

# I. ESPAÑOLA Y DE LA UNIÓN EUROPEA

## LAS FUNDACIONES PRIVADAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO COMPARADO<sup>1</sup>

M<sup>a</sup> TERESA CARBALLEIRA RIVERA  
Profesora Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Santiago de Compostela

I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS FUNDACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO FRANCÉS: 1. *Las fundaciones civiles francesas. En especial, la fundación de empresa.* 2. *Los Groupements d'intérêt public:* 2.1. Origen y naturaleza jurídica. 2.2. Régimen jurídico.—III. LAS FUNDACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO ITALIANO: 1. *Introducción.* 2. *La privatización del sector público italiano y el fenómeno fundacional:* 2.1 Las causas del cambio. 2.2. Los nuevos retos de la Administración Pública contemporánea. 2.3. Hacia la privatización subjetiva. 2.4. Las fundaciones privadas como colofón del fenómeno privatizador. 3. *Tipología de fundaciones en el Derecho italiano:* 3.1. El retorno a la figura fundacional originaria de determinados entes públicos. 3.2. La conversión de entes públicos en fundaciones: A) Las fundaciones bancarias. B) Las fundaciones de carácter asistencial, social y cultural. 3.3. La creación ex novo de fundaciones. 4. *Las fundaciones en el ámbito local:* 4.1. El iter legislativo. 4.2. La gestión de los servicios de cultura y tiempo. 4.3. La gestión de otros servicios locales. 5. *Pros y contras de las fundaciones privadas de la Administración pública.*—IV. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

### RESUMEN

Las fundaciones privadas de la Administración pública constituyen una forma organizativa de gestión de actividades públicas en clara expansión en nuestro ordenamiento. Se trata de una institución que carece de un régimen jurídico uniforme y general aplicable a todas las Administraciones públicas por lo que su articulación no está exenta de problemas. El estudio de las soluciones propuestas por el Derecho francés e italiano en este punto nos permite obtener algunas pistas de su evolución. En el primer caso, se optó por la creación de un ente público —los Groupements d'intérêt public— que conjuga las ventajas del negocio fundacional sin abandonar el marco del Derecho Administrativo. Y en el segundo, la fundación civil se ha ido remodelando paulatinamente para adaptarse a las exigencias internas y comunitarias del sector público o introducir elementos de otras instituciones como la asociación.

*Palabras clave:* Organización administrativa; fundaciones; privatización; derecho italiano; derecho francés.

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de investigación PGIDI-T06PXB202096PR de la Xunta de Galicia.

## ABSTRACT

The publicly owned private foundation is an increasingly common instrument for the management of activities at all levels of government. Nevertheless, problems arise from its lack of a uniform legal treatment that is applicable to all public administrations. Some insight is provided by solutions proposed in French and Italian law. In the former, a public entity was defined—the *Groupement d'intérêt public*—that enjoys the working advantages of the foundation without escaping from the framework of administrative law. In the latter, the civil foundation has undergone successive changes that adapt it to the demands of and on the public sector, or which introduce features of other kinds of institution, such as the association.

*Key words:* Administrative organization; foundations; privatization; Italian law; French law.

## I. INTRODUCCIÓN

las fundaciones privadas de la Administración pública son una nueva manifestación de la versatilidad de lo público. Pese a su relativa juventud en los términos que hoy las conocemos —apenas quince años—, la aparición de esta forma privada de gestión pública en el escenario organizativo español ha puesto en jaque, una vez más, la concepción tradicional de la Administración pública y con ella el Derecho Administrativo<sup>2</sup>. No es que la fundación careciese de antecedentes en el Derecho español pues es bien conocido que históricamente ha venido utilizándose para la realización de actividades colaterales o auxiliares de la Administración (PAREJO, 1995:77). La diferencia en la actualidad estriba en que las actividades asignadas ahora a las fundaciones se circunscriben al corazón mismo de servicios públicos de carácter social o antieconómico.

Los orígenes de este cambio hay que ubicarlos en el artículo 34 de la Constitución española según el cual «se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley». Dicho precepto fue objeto de desarrollo legislativo, primero, por la Ley 30/1994, de 24 de

<sup>2</sup> Entre los estudios dedicados a las fundaciones privadas de la Administración pública española destacamos, VAQUER CABALLERÍA, M. *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública*, Marcial Pons, Madrid, 1999; PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A. *Derecho de fundaciones y voluntad del legislador*, Marcial Pons, Madrid, 2000; MALARET GARCÍA, E. y MARSAL FERRET, M., *Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2005; Socías Camacho, *Fundaciones del sector público*, Iustel, Madrid, 2006; SOSA WAGNER, F., «La fundación en el horizonte de las formas de gestión de los servicios públicos locales», en [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), 1998; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. «Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la Constitución española», RAP n° 155, 2001, pág. 107-155; MARTÍNEZ LÓPEZ- MUÑIZ «Fundaciones privadas del sector público: problemas de constitucionalidad», en *Actas del XIII Congreso italo-español de profesores de derecho administrativo*, Cedecs, Barcelona, 2002, pág. 301-332; MUÑOZ MACHADO, S., «El tercer sector entre el Estado y el mercado», en *Actas del XIII Congreso italo-español de profesores de derecho administrativo*, cit., págs. 169-240; CASTILLO VÁZQUEZ, I. C del, «Administración pública y fundación privada, RAP n° 167, 2005, págs.. 339-367; PIÑAR MAÑAS, J.L. «¿Qué fundaciones?. La constante adaptación de una institución camaleónica», en *Tendencias legislativas y tercer sector*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2005, págs.. 19-34.

noviembre y, después, por la vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones (LF). En su artículo 8.4 se dota de capacidad a las personas jurídico-públicas para fundar y en el Capítulo XI se regulan las fundaciones del sector público estatal. Por su parte, las Comunidades Autónomas, en el marco de las disposiciones generales y básicas dispuestas por la LF, han ido desarrollando una regulación paralela para las fundaciones que ejercen la actividad en su ámbito territorial.

Este colchón legislativo ha servido para asentar la proliferación de numerosas fundaciones privadas de la Administración pública poniendo así de manifiesto «su instrumentación como una nueva forma de Derecho privado de lo estatal» (Vaquer, 1999: 72). No deja de ser paradójico, sin embargo, que un derecho nacido precisamente para favorecer la libertad de la acción de la Administración como es el Derecho Administrativo, creando formas de personificación novedosas y desconocidas en el ámbito privado, se torne luego en obstáculo insalvable para gestionar la cosa pública. Ello nos lleva a pensar *a vote pronto* que el inconveniente principal no se halla tanto en la inadecuación de las estructuras administrativas como en la constitucionalización de determinadas garantías impuestas a tales estructuras: la transparencia, la publicidad, la proporcionalidad, la motivación, la razonabilidad o el control financiero y contable. En suma, todo un compendio de prevenciones que ciertamente el derecho privado tutela débilmente o no tutela porque esa no es su misión y que justamente constituye el gran atractivo de la aplicación de un derecho privado sin metabolizar al ámbito de lo público.

Pero tal fenómeno no es patrimonio exclusivo de nuestro ordenamiento jurídico. Antes al contrario, existen numerosos ejemplos en el Derecho comparado que han puesto en pie este modelo con resultados no siempre deseables. Uno de los más señeros es el Derecho italiano donde la penetración del derecho privado en la organización administrativa ha alcanzado su máxima expresión, tanto desde el punto de vista material —privatización de la actividad administrativa— como subjetivo —privatización de instituciones públicas—. Consecuencia de lo cual fue la generalización del modelo fundacional en el ámbito de los servicios públicos de carácter social, asistencial y cultural.

Entre las razones esgrimidas en favor de esta penetración de lo privado, se señalaron la suavización de las barreras impuestas a la acción administrativa, la necesaria adaptación de las estructuras públicas a las nuevas exigencias sociales y económicas, la libertad de organización interna o autoorganización administrativa y la búsqueda de la colaboración de la sociedad civil y los fondos privados para la gestión de asuntos públicos de carácter no económico. Sin embargo, los hechos también han demostrado, como se verá, que el derecho privado no es la panacea universal que

anestesia todos los males de la Administración pública italiana sino que en algunos casos los agrava. Así, la mejor capacidad de adaptación a las nuevas exigencias sociales y económicas de las personas jurídico-privadas creadas por la Administración no parece tanto así dado que, por un lado, es conocida la ductilidad de las estructuras públicas para adaptarse a los más variados fines públicos, y, por otro, esa presunta adaptación acaba tornándose mínima ya que una vez se otorgue la consecución de un fin público a una entidad pública privatizada, comienza a operar toda una serie de límites de corte publicista sobre la autonomía de la voluntad del sujeto privado. No en vano la justicia administrativa es la primera en hacer prevalecer el carácter público de la misión sobre el carácter privado del instrumento y a valorar las relaciones del ente privado con la Administración matriz a fin de sujetarlo a un régimen jurídico o a otro. (TORCHIA, 2004:31).

Igualmente, esa supuesta libertad de organización interna desligada de las normas administrativas desaparece desde el momento en que o bien se radicaliza el sometimiento del ente al derecho privado impidiendo cualquier modulación o derogación posterior por parte del legislador —como ocurrió con las fundaciones bancarias italiana— o bien el legislador excepciona determinadas reglas del derecho privado o limita el régimen de libre autonomía para dar paso a otras que suponen una clara administrativización de la organización y funcionamiento del ente privatizado.

Por último, la pretendida colaboración de la sociedad civil en la actividad administrativa de carácter *non profit* se ha quedado en muchos casos en un mero *desideratum* pues el sustento económico de muchos de los servicios prestado a través de fundaciones privadas sigue corriendo a cargo de la Administración pública fundadora que aporta la mayor parte de los recursos financieros.

En el extremo opuesto se halla la experiencia francesa a la que también dedicamos una parte de este trabajo. En este caso, la superación de los inconvenientes de los tradicionales establecimientos públicos se logró aprovechando las sinergias de la potestad organizatoria de la Administración. El resultado fue el nacimiento de los *Groupements d'intérêt public*, una figura del derecho público que intenta aunar las ventajas de la fundación privada —en tanto que patrimonio privado adscrito a un fin de interés general— con las garantías y exigencias legales de la acción administrativa.

## II. LAS FUNDACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO FRANCÉS

En el Derecho francés, la fundación en sentido civilista, no tiene cabida en la estructura organizativa de la Administración pública como, en

general, no lo tienen las personificaciones privadas sometidas al régimen jurídico-privado salvo en el ámbito económico. Para la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, los organismos privados de la Administración no son más que un «*faux-semblant*», esto es, una artimaña utilizada por las personas públicas para escapar a las reglas de derecho público: «*c'est l'Administration qui se camoufle derrière une structure de droit privé qui n'a aucune autonomie réelle*» (Rivero y Waline, 2006:212). La experiencia habida en este campo es además demostrativa de las dudosas prácticas financieras a las que daba cobijo pues, pese a la voluntad inicial de aunar a través de la fórmula fundacional la cooperación entre organismos de derecho privado y público con vistas a satisfacer objetivos de interés general, se vio que, en la mayoría de los casos derivaban en estrategias para eludir la aplicación del derecho público:

*«Certaines de ces institutions étaient en effet utilisées dans le seul but d'échapper aux règles qui s'appliquent aux personnes publiques (par exemple, les règles de la comptabilité publique). La Cour des comptes a ainsi dénoncé à plusieurs reprises dans ses rapports publics annuels ces déviations, qui pouvaient ensuite donner lieu à des poursuites pur gestion de fait des deniers publics» (Quoc et al, 2007: 4).*

Ello no impide que existan organismos de derecho privado creados por el legislador (por ejemplo, los Groupements de défense contre les ennemis des cultures, los Comités d'organisation) o integrados en el tejido administrativo a partir de entes privados preexistentes (organismos mutualistas como las Caisses régionales de Sécurité sociale, sociedades como SAFER y asociaciones como la Association pour l'information municipale) que gestionan servicios públicos. Aún así, tienen carácter residual, su naturaleza es siempre pública y su régimen jurídico, salvo cuestiones puntuales, se adscribe al derecho público. Todos sus actos, reglamentarios o no, se rigen por el derecho público y quedan sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa. En materia de contratación, se aplica el derecho público salvo si no actúan por cuenta de una persona pública o el contrato no contiene alguna cláusula propia de la contratación administrativa, en cuyo caso se someten al derecho privado. Excepcionalmente, en materia de responsabilidad sólo se remite al conocimiento de la jurisdicción administrativa cuando el organismo actúa ejerciendo potestades públicas, sin perjuicio de que en todo caso sea la Administración matriz responsable subsidiaria de aquél.

Junto a esta tipología conviven otras variantes organizativas que podrían aproximarse al modelo fundacional español utilizado por la Administración

pública —las fundaciones de empresa— o bien representar una alternativa en clave pública de la figura fundacional tradicional que aúna la colaboración pública y privada para la prosecución de fines de interés general —*los groupements d'intérêt public*—. Por su interés pasamos a analizarlas.

### 1. *La fundación civil francesa. En especial la fundación de empresa*

La fundación civil se concibe en el Derecho francés como una simple donación modal a la Administración pública. La voluntad privada se manifiesta únicamente en la fase de constitución de aquélla quedando remitida toda su actividad y fines al control administrativo que es bastante incisivo y demostrativo, por demás, de la desconfianza que la figura despierta en el legislador francés.

La regulación jurídica de las fundaciones se recoge en la Ley 571/1987, de 23 de julio, *sur le développement du mécénat*. Se entiende por fundación todo «acto mediante el cual una o más personas físicas o jurídicas disponen el destino irrevocable de bienes, derechos o recursos a la realización de una obra de interés general con fines no lucrativos». Dado que el interés general de la fundación queda estrechamente vinculado a los fines de la Administración pública, sólo ésta puede garantizar tal finalidad a través de una acción activa de gestión e intervención pública. Así se entiende por qué ni el código napoleónico ni el código civil de 1865 francés contemplan el hecho fundacional: no se trata de una manifestación de la autonomía privada sino de una responsabilidad pública. El legislador francés clasifica las fundaciones privadas en tres grandes clases:

a) Las *fundaciones de utilidad pública*. Aparecen reguladas en la mencionada ley 571/1987, de 23 de julio, e integran a todas aquellas fundaciones privadas de interés general en su versión más tradicional.

b) Las *fundaciones abritées*. Carecen de personalidad jurídica, están patrocinadas por otras fundaciones de utilidad pública, y no tienen ánimo de lucro. Para su creación se precisa el acuerdo del Bureau de la Fundación de Francia, y deben tener una duración mínima de tres años sin que sea necesaria la dotación inicial. (Palazzo, 2005:227). Y, por último,

c) Las *fundaciones de empresa*. Sobre esta merece la pena detenerse un poco ya que es la única modalidad que puede utilizar la Administración pública y, por lo tanto, la excepción a la regla general. De su regulación se ocupa la citada ley 571/1987, de 23 de julio, reformada en este aspecto por las leyes 559/1990, de 4 de julio y la 5/2002, de 4 de enero.

Según el art. 19, «las sociedades civiles o comerciales, los establecimientos públicos de carácter comercial o industrial, las cooperativas, las instituciones aseguradoras y las mutuas, pueden crear, para la realización de una obra de interés general, una persona jurídica, con fines no lucrativos, denominada fundación de empresa».

Dicho precepto abre la posibilidad a los organismos públicos de carácter económico de crear fundaciones para realizar actividades calificadas de interés general. Consiguientemente y desde el punto de vista organizativo estamos en presencia de una institución privada utilizada por la Administración pública para gestionar parte de su patrimonio, lo que marca una notable diferencia con las fórmulas fundacionales españolas que, adoptando tal tipo de personificación, persiguen fines de interés general no económicos.

Una de las especialidades relevantes de este tipo de fundaciones es la no adscripción perpetua de sus fines y bienes, pudiendo disponerse estatutariamente un término que nunca será inferior a cinco años de vigencia con carácter prorrogable cada tres años. Están sometidas a fuertes restricciones y, de hecho, no pueden adquirir más inmuebles que los que sean necesarios para el cumplimiento de sus fines ni recibir legados o donaciones privadas. Tampoco pueden ejercer el derecho a voto en caso de que sean accionistas de otras empresas. Asimismo, están sujetas al control de la autoridad administrativa que, siempre que lo estime oportuno, podrá recabar toda la información y documentación que estime necesaria para ejercer su función.

Su principal órgano de gobierno es el Consejo de Administración, compuesto en sus dos tercios por representantes de los fundadores y en un tercio por representantes del personal y expertos de prestigio en el concreto campo de intervención de la fundación. Los miembros del Consejo ejercen su cargo a título gratuito<sup>3</sup>.

En su seno también se integra un comisario de cuentas encargado de vigilar el efectivo cumplimiento de los fines de la fundación y su adecuada gestión pudiendo, llegado el caso, elevar un informe especial a la autoridad administrativa sobre la situación de la fundación.

Desde el punto de vista financiero, están obligadas a la presentación de un balance anual y una cuenta de resultados así como a la elaboración de

---

<sup>3</sup> Dice el artículo 19.4 : «*La fondation d'entreprise est administrée par un conseil d'administration composé pour les deux tiers au plus des fondateurs ou de leurs représentants et de représentants du personnel, et pour un tiers au moins de personnalités qualifiées dans ses domaines d'intervention. Les personnalités sont choisies par les fondateurs ou leurs représentants et nommées lors de la première réunion constitutive du conseil d'administration.*

*Les statuts déterminent les conditions de nomination et de renouvellement des membres du conseil.*

*Les membres du conseil exercent leur fonction à titre gratuit»*

un programa de acción plurianual. En caso de extinción, el patrimonio de la fundación revertirá en otras de iguales fines<sup>4</sup>.

## 2. *Los Groupements d'intérêt public*

Los denominados «*Groupements d'intérêt public*» (GIP) son un ejemplo de colaboración entre el sector público y el privado para la prosecución de intereses comunes enmarcado en el sistema organizativo-administrativo francés. Se perfilan como personas jurídicas de derecho público asociativas que persiguen fines de interés general de carácter no económico sometidas a un estatuto jurídico especial (*Quoc et al*, 2007:4). Por sus peculiares características, podríamos decir que estamos en presencia de un modelo de partenariado de Derecho Administrativo que ha conseguido aunar satisfactoriamente los efectos benéficos de la fundación privada con las exigencias de las estructuras públicas. Son, en definitiva, la respuesta institucionalizada de un acuerdo entre las instituciones públicas y las personas privadas (*Vincent et al*, 2003:276). Veamos por qué.

### 2.1. *Origen y naturaleza jurídica*

El origen de los GIPs arranca del art. 21 de la Ley 82/610, de 5 de julio de 1982, de orientación y programación para la investigación y el desarrollo tecnológico de Francia. El objetivo pretendido era crear una fórmula institucional que permitiera la cooperación activa de instituciones de derecho privado y de derecho público para satisfacer necesidades de interés general, en concreto, la puesta en común de medios de laboratorios privados y públicos para desarrollar programas conjuntos en el ámbito de la investigación científica y tecnológica.

Con anterioridad, las fórmulas utilizadas eran las fundaciones privadas o los establecimientos de utilidad pública. Sin embargo, la experiencia demostró que el recurso a estas figuras jurídico-privadas conducía normalmente a la huída de la normativa administrativa, significadamente de las reglas de la contabilidad pública.

Tampoco se adaptaban bien a la prosecución conjunta de intereses generales los llamados «*Groupements d'intérêt économique*» pues su natu-

---

<sup>4</sup> Así lo establece el artículo 19.12 : «*En cas de dissolution d'une fondation d'entreprise, les ressources non employées et la dotation si celle-ci a été constituée et n'a pas fait l'objet de l'affectation prévue à l'article 19-6, sont attribuées par le liquidateur à un ou plusieurs établissements publics ou reconnus d'utilité publique dont l'activité est analogue à celle de la fondation d'entreprise dissoute*».

raleza eminentemente comercial y su vocación económica dirigida principalmente a la obtención de beneficios casaba mal con este otro tipo de objetivos públicos.

El Consejo de Estado se hizo eco de esta circunstancia y en su informe de 1971 sobre la reforma de los establecimientos públicos, se pronunció en favor de la constitución de estructuras a medio camino entre lo público y lo privado que suplieran las deficiencias del modelo institucional existente pero que garantizaran el recto funcionamiento de las estructuras públicas. La recomendación fue asumida por el legislador y una década después creaba el GIP.

Aunque inicialmente se dudó sobre su naturaleza pública o privada, en la actualidad, su adscripción a las personificaciones de derecho público parece incuestionable. Para dirimir la cuestión, el Tribunal de Conflictos recurrió a la aplicación de los indicadores tradicionales que permiten distinguir los organismos públicos franceses de los establecimientos de utilidad pública privados, a saber, la iniciativa de creación del organismo, la atribución de prerrogativas o potestades públicas, la naturaleza de la función o actividad ejercida, las reglas de control a que queda sometido y las normas de organización y funcionamiento por las que se rigen. Consecuencia de lo cual fue el reconocimiento de los GIPs en el arrêt de 14 de febrero de 2000 como «*personnes morales de droit public*» con un régimen específico.

A una conclusión parecida llegó el Consejo de Estado en su dictamen de 15 de octubre de 1985 en el que señaló no obstante, que deberán estar sometidos a las mismas reglas que los establecimientos públicos; y posteriormente en el arrêt n<sup>o</sup> 185200 y n<sup>o</sup> 185287, de 1 de diciembre de 1997 donde, pese a todo, declara que «si existe una estructura o un procedimiento en el campo del derecho público más adecuado, es preferible recurrir a él que crear un *groupement d'intérêt public*», a fin de evitar cualquier desviación en la aplicación de las reglas de derecho público.

## 2.2. Régimen jurídico

Los GIPs se constituyen con una duración determinada, a partir de la asociación de personas jurídico públicas (institucionales o territoriales) entre ellas o con personas jurídicas de derecho privado (empresas, sociedades de economía mixta, asociaciones, fundaciones, etc). La asociación con personas físicas o con personas jurídicas extranjeras está en principio prohibida.

Su finalidad es prestar servicios de carácter no económico con prohibición expresa de la realización de actividades que den lugar a la consecución o reparto de beneficios. Su ámbito de actuación natural es, consi-

guientemente, la investigación, la enseñanza y la formación, el deporte, la acción cultural, la sanidad, las políticas sociales, la protección del medio ambiente, el turismo, la gestión y la cooperación internacional.

En la actualidad existen más de 160 GIPs de los cuales 50 se encuadran en el campo de la investigación y el resto en los ámbitos mencionados. Algunos ejemplos de esta figura son las *Maisons de services publics*, la *Agences d'urbanisme*, GIP de *développement social urbain*, GIP *postes e télécommunications*, *Institut national du cancer*, las *Agences régionales de l'hospitalisation*, *l'Institut des collectivités territoriales et des services publics locaux*, la *Agence française de l'adoption*, las *maisons de l'emploi*, o los GIPs *universitaires*.

El gran éxito obtenido con esta fórmula organizativa no discurre PA-REJO a la fijación de un régimen jurídico común pues éste dependerá de la concreta ley de creación del GIP. De hecho, frente a aquellas posturas que abogaban por la aplicación mimética del régimen jurídico de los establecimientos públicos se alzó otra de mayor calado y difusión sostenida por el Tribunal de Conflictos que entiende que se trata de una nueva categoría, distinta de los establecimientos públicos y, consiguientemente, sometida a un régimen jurídico diferenciado y singular. Por su parte, la Ley de 9 de diciembre de 2004 contempla en su art. 56 la autorización al Gobierno para crear una legislación marco y adoptar «*les mesures nécessaires pour conférer un cadre législatif général aux Groupements d'intérêt public*». Con todo, y aunque tal mandato legislativo aún no se ha cumplido, algunas de las notas comunes más sobresalientes que caracterizan a este tipo de entes podrían resumirse en las siguientes:

a) *Creación*: los GIPs, al igual que todos los organismos públicos su creación debe estar previamente habilitada por una Ley. Corresponde al legislador establecer nuevas categorías, fijar las reglas constitutivas, el modelo general de organización y funcionamiento al que se acogen, el porcentaje de representación que corresponde a la Administración pública y al sector privado, su objeto y las modalidades de control que se ejercerán sobre él. La ley de creación podrá ser complementada por las disposiciones reglamentarias que dicte el gobierno donde se fijarán las condiciones de funcionamiento del ente, las reglas de compatibilidad o las prerrogativas del comisario del gobierno y de los órganos de control del Estado sobre el Grupo.

Una vez establecido el marco legal, los miembros fundadores definirán libremente el estatuto jurídico del GIP. Para ello, firmarán un convenio, «la convention constituti-

ve», en donde se determinan, entre otros, la denominación del ente, la identificación de sus miembros, la sede social, su duración, el capital aportado por las partes y la contribución al sostenimiento de las cargas del grupo, la organización y funcionamiento interno de sus órganos de gobierno, el régimen jurídico financiero y de personal y las reglas relativas a la disolución o modificación de sus estatutos.

Los estatutos, una vez firmados por las partes asociadas, deberán ser aprobados por un órgano del Estado, generalmente el Ministro del ramo en el que se inscriba el GIP así como por el Ministro de Economía o bien por el Prefecto de la región donde el grupo tenga su sede social. De acuerdo con el Decreto n° 83-204, de 15 de marzo de 1983 relativo a los GIPs, dicha aprobación se hace de forma tácita si el convenio es conforme a la reglamentación aplicable a esa categoría de GIP. El ente queda válidamente constituido una vez se proceda a la publicación de los estatutos en el boletín oficial francés.

b) *Organos de gobierno*: los GIPs se estructuran internamente de acuerdo con el modelo representativo de organización siendo los órganos básicos colegiados la Asamblea general y el Consejo de administración. Dentro de los órganos unipersonales destacan el presidente, director, el comisario de gobierno y el interventor general.

c) *Personal*: puede estar constituido por personal transferido de la Administración participante (funcionarios públicos) o de los sujetos privados (personal laboral) o bien por personal propio del GIP (laboral y/o funcional). Cada uno se ajustará a su concreto régimen jurídico.

d) *Contratación*: el sistema habitual de contratación será el propio de las personas jurídico públicas. Los contratos que comporten una o más cláusulas exorbitantes de derecho común se acogerán al régimen de contratación administrativa. Quedarán excepcionados aquellos contratos que realicen con terceros expresamente previstos por la ley de creación en el marco de la contratación comunitaria.

e) *Control*: los GIPs quedan sometidos al control económico, financiero, contable y técnico del Estado que es

el encargado de fiscalizar su actividad. La autoridad competente para ejercer el mismo viene determinada normalmente en la normativa reglamentaria relativa a la concreta categoría de GIP. La contabilidad es ejercida por personal de la Administración cuando así la determine expresamente el acuerdo constitutivo, los miembros sean exclusivamente públicos o cuando la ley lo imponga. Además, en todos los GIPs existirá un comisario del gobierno nombrado de entre los funcionarios del grupo A por orden ministerial o prefectoral que será el encargado de ejercer las funciones de control de legalidad y asesoramiento en el seno del ente.

f) *Bienes*: a los GIPs pueden adscribirse bienes de dominio público al igual que el resto de los establecimientos públicos así como todos los bienes y derechos resultantes del ejercicio de la potestad expropiatoria. Igualmente pueden recibir bienes procedentes de donaciones de particulares que quedarán sujetas a desgravaciones fiscales si se cumplen determinadas circunstancias.

En definitiva, los GIPs representan una alternativa a las fórmulas fundacionales privadas y demuestran, una vez más, que la versatilidad de la potestad organizatoria de la Administración es capaz de dar acogida a fórmulas institucionales paccionadas que integren a la sociedad civil y aúnen recursos económicos de diversa procedencia en la procura de intereses públicos comunes sin que por ello tengan que desfallecer las garantías y controles propios de las instituciones administrativas. Son, en definitiva, *«un partenariat entre plusieurs personnes morales de droit public et de droit privé, dans un cadre institutionnel consensuel, autrement dit selon une formule qui soit plus que la convention mais moins que l'institution»* (Vincent et al, 2003 :272).

### III. LAS FUNDACIONES PRIVADAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO ITALIANO

#### 1. *Introducción*

En Italia, la fundación se ha venido tildando históricamente como un instrumento social y económicamente dañoso. De ahí que de siempre el Derecho tomase muchas prevenciones en cuanto a su constitución y exis-

tencia, de modo que sólo se consentía tal figura cuando la misma estaba conectada a una finalidad social íntimamente ligada a las necesidades colectivas del momento. Ello explica el por qué de la tradicional intervención administrativa sobre este tipo de instituciones. El control administrativo de las fundaciones privadas resultaba primordial para evitar la desviación de los fines públicos a los que estaba llamado el patrimonio fundacional y, por supuesto, para su consecución. Por eso, el régimen jurídico de las fundaciones siempre ha tenido una dimensión esencialmente pública.

Con el Código civil italiano de 1942 se dio un giro a esta situación aunque manteniendo el espíritu precedente. La figura fundacional se recoge en los art. 11 a 26 de manera muy escueta y monolítica. Tanto su inclusión en el Código civil como su personificación son el resultado de una necesidad pública. En otros términos, dada la proliferación que se venía dando a lo largo de la época de este tipo de instituciones, era obligado crear un marco jurídico que, de un lado limitase la libertad de creación y organización interna de las fundaciones privadas y, de otro, facilitase el control del Estado sobre las mismas. Por eso, el modelo pergeñado en el Código civil puede calificarse como fuertemente rígido y fundamentalmente público (ROMANO TASSONE, 2005: 479).

La aparición de la Constitución italiana incidirá notablemente en la perspectiva de mira cambiando radicalmente la concepción jurídica de las fundaciones y su papel en la sociedad. A diferencia de España, la Constitución italiana no contiene ningún tipo de declaración fundamental sobre el derecho de fundación. Sin embargo, ello no ha sido obstáculo para su proliferación en el tejido social ni, por supuesto, para que la Administración pública italiana se valiese de esta institución para los más diversos usos y actividades, hasta el punto que podría declararse que se trata de un fenómeno en expansión que corre en paralelo al de la privatización iniciada por el Gobierno Amato.

Por tanto, las razones que alentaron este novedoso enfoque hay que buscarlas sobre todo en el propio contexto social creado por el constitucionalismo italiano. Paulatinamente emerge un modelo de sociedad democrática que promueve un nuevo escenario de relación entre la esfera pública y privada. El conocido actualmente como tercer sector, el auge de los modelos participativos, la heterogeneidad del concepto interés público, la amplitud de fines de instituciones como las fundaciones o su perfil tradicionalmente publicista, serán el mejor motor de propulsión y justificación del fenómeno fundacional, inclusive en el escenario público. Como dice ROMANO TASSONE, «si antes el reconocimiento jurídico de cuerpos intermedios era totalmente funcional en aras de la afirmación de la autoridad del Estado, el nuevo contexto constitucional lleva, al contrario, a reconocer a las formaciones sociales un estatuto de autonomía funda-

mental, que opera durante toda la vida de la institución» (ROMANO TASSONE, 2005:479).

El resultado fue la creación de un nuevo régimen que frente a la rigidez y monolitismo precedente se convierte en flexible y tipológico. Flexible porque reduce la presencia del control público sobre las mismas hasta el punto de tener que ser justificado de acuerdo con el canon constitucional de la «razonabilidad». Y tipológico porque permite crear distintos modelos de fundación (empresarial, asociativas, plurifinalistas, etc.). Y así, esa vertiente plurifuncional con que se adorna a las fundaciones harán de ellas el bálsamo que cura todos los males, inclusive, los de la Administración pública:

*«Si ha tavola la sensazione che il ricorso al modello fondazionale venga in qualche modo ritenuto idoneo a soddisfare, immediatamente e di per sé solo, un eminente interesse dell'amministrazione (soprattutto di quella locale), per quanto la formula cosente di realizzare sul piano dell'esternalizzazione e della c.d. lean organisation»* (ROMANO TASSONE, 2005:481).

## 2. La privatización del sector público italiano y el fenómeno fundacional

Desde la perspectiva administrativa, el fenómeno de las fundaciones en mano pública surge en Italia en los años 90 a raíz de las primeras fundaciones estatales creadas mediante leyes singulares. Paso a paso, esta tímida iniciativa fue generando un estado de opinión que culminó con la generalización de la figura en ámbitos de la vida pública impensados y sin parangón en ningún país europeo. Sin embargo, el proceso de gestación de este fenómeno hay que situarlo en un momento anterior y en íntima conexión al movimiento privatizador que impregnó la política italiana de los últimos treinta años.

El comienzo del proceso privatizador en Italia se remonta a finales de los años setenta a raíz de la venta de numerosas sociedades públicas a los particulares. Más tarde, se generalizará pasando de ser actuaciones puntuales del legislador a un programa político del ejecutivo que tendrá especial incidencia en la actividad económica (FRENI, 2003:3951) y que afectará también a la faceta social del Estado. La idea de extender el uso del derecho privado a la Administración pública se convierte en una obsesión del derecho positivo actual italiano. (MERUSI, 2004:651).

## 2.1. *Las causas del cambio*

Las razones esgrimidas para dar este importante paso son numerosas y variadas pudiendo establecerse dos grandes grupos, unas de carácter endógeno, derivadas de la propia situación del país y otras de carácter exógeno, consecuencia de la transformación de sistema en el ámbito supranacional.

Las primeras, según FRENI, se centran básicamente en la necesidad de sanear la balanza del Estado y la introducción de la normativa de protección de libre competencia en el mercado que impone el aumento de la eficiencia y la competitividad del sistema de las empresas públicas (Ley 287/1990, de 20 de octubre). A las mismas hay que añadir otras de porte sociopolítico: el reconocimiento del modelo privado en el imaginario social y político como garante de una mayor eficiencia y eficacia para el desarrollo de competencias públicas, la crisis del sistema político italiano y la necesidad de crear alguna vía de gestión pública capaz de sustraerse a los avatares políticos de los años noventa. Y, en fin, algunas de carácter teórico y conceptual como la consagración por la Corte Constitucional (sentencia 396/1988) de la subsidiariedad del Estado respecto de los particulares en sectores ligados a las prestaciones asistenciales y de previsión (CAMMELLI et al, 2004:16), o el advenimiento del nuevo *welfare mix* que emerge del tradicional *welfare state* a hombros de principios tan novedosos como interesados cual es el de la subsidiariedad horizontal, esto es, el carácter subordinado del Estado frente al ciudadano, significadamente frente a la gestión privada ( OCCHIENA, 2005: 1) y la superación de la gran dicotomía público-privado.

Por lo que se refiere a las razones de carácter exógeno destacan el nacimiento de un derecho supranacional que modula las concepciones clásicas del Derecho Administrativo y la transformación de la dinámica de actuación y conformación de la Administración Pública. En efecto, el nacimiento de un derecho supranacional, el derecho comunitario europeo, va a provocar toda una serie de cambios en cascada. Éste, al tiempo que crea una Administración propia y se autoatribuye reglas especiales de funcionamiento, hace tábula rasa de la distinción interna del Derecho nacional entre público y privado, en la procura de la salvaguarda de los principios basilares que persigue, a saber, la libertad de circulación y de concurrencia. La distinción se «funcionaliza», como bien dice CASSESE: lo absoluto se convierte en relativo y las concepciones dogmáticas dejan paso al pragmatismo. En algunos casos, el ámbito de lo público se agranda (el concepto de organismo de derecho público, la contratación pública, la erradicación de privilegios) y en otros casos se restringe (el acceso al empleo público, la liberalización de sectores económicos, la encomienda

a sujetos particulares de prestación de servicios públicos, la defensa de las libertades comunitarias, etc) (ORTEGA et al, 2007 :133).

El resultado de esta operación no es otra que la superación de la distinción conceptual de sendas ramas del Derecho: «*La distinzione formale tra diritto pubblico e diritto privato viene superata, perché deve addatarsi, volta per volta, alle esigenze sostanziali dettate dalla necessità di affermare la supremazia del diritto europeo*» (CASSESE, 2004:910).

## 2.2. *Los nuevos retos de la Administración pública contemporánea*

Además de lo dicho, existen otros factores íntimamente conectados a las dinámicas de actuación de la Administración pública que igualmente servirán de catapulta hacia la privatización.

La actividad administrativa constituye el punto focal de la transformación. Las formas de intervención pública en la sociedad que la antigua doctrina política fue acuñando a lo largo del siglo XX se han ido tornando más difusas y cambiantes. A decir de un sector doctrinal, en muchos casos, el Derecho Administrativo y sus operadores, atrincherados en su visión monista del sistema jurídico, no han sabido encarrilar adecuadamente esos nuevos modelos de gestión pública, dejándolas en vía muerta o abandonándolas a su propia suerte (NAPOLITANO, 2003: 16). En otros, han invalidado cualquier intento de cambio. Y, en los menos, ha generado formas nuevas de acoplamiento.

Las exigencias sociales y económicas contemporáneas ya no son las de antes. El ciudadano ha acrecentado su dependencia respecto de lo público, exigiendo la prestación de nuevos servicios y la intervención en sectores hasta entonces liberados de la acción administrativa o ajenos al concepto de bienestar social. Paralelamente, se mantiene el perfil del Estado como agente económico pero esta vez, en clave de competencia con el sector privado y de saneamiento del sector público. Todo ello conduce a un inevitable reto de adaptación y de renovación del Estado y la Administración: «Adaptación a la nueva realidad social y económica. Y renovación que encuentra su centro de gravedad en el campo específico de la Administración pública como instrumento primario en la acción de configuración e integración sociales (esto es como poder público), pero también en su condición de agente económico desarrollada por la misma» (PAREJO 2000: 88).

Dentro de ese proceso de adaptaciones y renovaciones hay que encuadrar también la propia metamorfosis del rol tradicional de la Administración Pública. Hemos pasado de una Administración que «hace» a una Administración que «deja hacer» (CASSESE, 2003:541). Surgen nuevos modelos de gestión administrativa enmarcados dentro de lo que comúnmente

se conoce como externalización<sup>5</sup>, una técnica que arropa a toda una serie de fenómenos de diversa naturaleza, a través de la cual se intenta crear una «Administración ligera», esto es, una Administración que traslada al exterior la gestión de asuntos no indispensables.

La externalización en el sector público afecta a dos frentes claramente definidos. Uno, de naturaleza interna u orgánica, que incide en la configuración misma del aparato administrativo y otro de naturaleza externa o funcional, que se proyecta sobre la actividad administrativa. La primera está presidida por las notas de eficiencia, eficacia y racionalidad en la gestión pública y su objetivo es la reordenación y modernización del aparato público: la *nouvelle gestion publique*, el *new public management*. La segunda apela al traslado de funciones y competencias públicas hacia sujetos de naturaleza privada.

El análisis de este fenómeno ofrece varias lecturas netamente diversas. Para unos, el aligeramiento de la Administración pública es sinónimo de «*reducción de lo público*». Lo que significa, bien la muerte del Derecho Administrativo (VALLET, 1992:5), bien un desplazamiento del Derecho Administrativo al espacio netamente público-institucional: se alarga el ámbito de actuación de la sociedad con la consiguiente extensión del derecho privado y se restringe el ámbito de actuación de la Administración pública que continuará a valerse de instrumentos publicistas en los que el Derecho Administrativo ocupará un espacio comparativamente más amplio (NAPOLITANO, 2003:19). En todo caso, se trata de una percepción dicotómica del Derecho.

Para otros, sin embargo, el fenómeno apela a la «*reorganización de lo público*», y al problema de la mixturación del Derecho público y privado y la juridificación de la sociedad. El desfallecimiento de la intervención pública directa que deja paso a fórmulas de autorregulación, la liberalización de sectores públicos, la intermediación de lo público en las relaciones interprivatos, los códigos de conducta impuestos a particulares, las nuevas formas de colaboración entre público y privado en la prosecución de fines sociales o la prestación de servicios públicos por particulares, son alguna de las consecuencias de este proceso reorganizador. El panorama actual se presenta, más allá de una mera compartimentalización de espacios de actuación del derecho público y privado, como el proceso de una convergencia irremediable:

*«Privatizzazioni ed esternalizzazioni, in conclusione, portano fuori dall'amministrazione, e quindi sottraggono alme-*

---

<sup>5</sup> Sobre este tema véase la obra dirigida por Mignone, C., PERUCI, G y ROVERSI-MONACO, *Le esternalizzazioni, Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli*, Génova, 25-26 maggio 2006, Bologna University Press, Bologna, 2007.

*no in parte al suo regime tradizionale, compiti pubblici, che, ttutavia, continuano ad essere considerati tali. Il diritto privato penetra nella parte centrale del diritto amministrativo, dando luogo a trasformazioni ben più significative di quelle determinate dall'apprensione delle sue zone periferiche. Il problema dei confini esterni lascia spazio a quello dei valori e dei regimi interni ad esso». (NAPOLITANO, 2003:24).*

### 2.3. *Hacia la privatización subjetiva*

De esta manera, va consolidándose un proceso privatizador que se materializa de muy variadas formas. Con el término privatización se suele apelar a realidades diversas que tienen como punto de unión el paso de un régimen de derecho público a uno de derecho privado. Dogmáticamente, privatizar es lo contrario de publicar. La privatización supone sustituir formas típicas del Derecho Administrativo por formas privadas cuando la Administración pública actúa como tal (TRIMARCHI, 2004:665). Mientras que *publicar* supone introducir esquemas y figuras propias del Derecho Administrativo en el Derecho privado cuando la Administración se rige por éste en sus relaciones jurídicas. De la publicación deriva lo que en el pasado se venía denominado «derecho privado de la Administración pública», esto es, la transformación de singulares disposiciones derogatorias del derecho común en elementos que transfieren alguna de las características propias del Derecho Administrativo (TRIMARCHI, 2004:674).

En todo caso, y al margen de consideraciones dogmáticas, el modelo privatizador que se propone en la actualidad no implica ningún tipo de publicación. Antes bien, intenta aplicar las formas, reglas y principios del derecho privado a la Administración pública en cuanto tal, sustrayéndola del régimen jurídico público.

Desde una perspectiva dinámica, la privatización suele aplicarse a este tipo de tránsito, ora afecte al objeto —enajenación o venta de bienes públicos a particulares, a la actividad— confiar funciones públicas a sujetos privados o a las relaciones jurídicas —laboralización del empleo público—. Sin embargo, la privatización en sentido estricto, se identifica con las técnicas de externalización orgánica. Se privatiza el sujeto. Se trata de un proceso que promueve transformaciones en el ámbito subjetivo, modificando la veste jurídica o los requisitos de un sujeto público llamado a operar en un sector determinado si bien, como es obvio, manteniendo la titularidad de la competencia. Se sustituye un ente público por un ente privado.

La forma habitual de privatización subjetiva consiste en que el sujeto público procede a la gestión de un servicio a través de un ente de derecho común sometido al régimen jurídico privado que le es característico, del cual conserva la mayoría (privatización fría o formal) o la minoría (privatización caliente o sustancial) (PIPERATA, 2005:968). Este tipo de privatización da vida a concretas estructuras personificadas de carácter mixto: sociedades mixtas, fundaciones o asociaciones.

En realidad, la inercia generada por el fenómeno privatizador en el ámbito económico e industrial a lo largo de la década de los noventa, introdujo una nueva variable en el pensamiento administrativo italiano según la cual la prosecución de los fines de interés público ya no son patrimonio exclusivo del Estado y para su logro éste necesita de la ayuda de los particulares que penetran en la esfera de lo público operando desde el régimen jurídico que le es aplicable, el derecho privado. La privatización equipara a Administración y particulares convirtiéndose en «un instrumento a través del cual el Estado, eliminando situaciones de privilegio y de inmunidad, redefine el contenido de las relaciones entre sujetos públicos y sujetos privados, entre Administración y ciudadanos, reconduciéndolo a una situación de paridad» (FRENI, 2003: 3948).

Y no sólo eso. Además de esta colaboración, la privatización también se presenta como un medio de aumentar los estándares de calidad de los servicios públicos y reducir su coste. Se piensa que cuando la gestión de un servicio se confía a los particulares, los medios y criterios de gestión mutan conforme a la lógica empresarial y los instrumentos del derecho privado, haciéndola así más flexible y eficiente. El Derecho Administrativo se manifiesta como inadecuado —pues aquellas situaciones de privilegio público que protegía ya no son necesarias— y poco operativo —excesivamente rígido y fragmentado en múltiples estatutos jurídicos— para llevar adelante una correcta prestación de los servicios y funciones públicas del Estado. Mientras que el Derecho privado introduce mayor flexibilidad y eficiencia en la gestión de las tareas públicas simplificando y ordenando el panorama organizativo de la Administración pública italiana.

Esta lógica de pensamiento se trasladará al denominado sector *non profit*. Nada se opone a que las alabadas ventajas que conlleva la penetración de lo privado en sectores económicos se aplique a ese grupo de actividades del Estado de carácter asistencial y social que de por sí implican grandes costes económicos y una ingente gestión pública. La incapacidad del Estado para afrontar este tipo de tareas anima al legislador a buscar en el Derecho privado la solución a los denominados «enti pubblici non economici». Una de las propuestas será la creación de fundaciones privadas por parte de la Administración. Conforme a este nuevo criterio, el trasvase de lo público a lo privado se lleva a cabo aplicando la siguiente secuencia

de examen: a) valoración del interés público implícito en la actividad; y, b) valoración de la eficiencia de la organización que lo gestiona.

En Italia este tránsito hacia formas jurídico-privadas tiene como ejemplo excelso la privatización de la banca pública, llevada a cabo con la promulgación de la Ley 218/1990, de 30 de julio, también conocida como Ley Amato, y el Decreto legislativo 356/1990, de 20 de noviembre, a cuyo través se procedió a la transformación de los entes crediticios públicos en sociedades mercantiles y a los denominados «entes conferentes», en fundaciones privadas. A ésta le seguirán la privatización de numerosos entes públicos que operaban en los ámbitos comerciales y económicos como el IRI, ENI, los Entes portuarios, *Ente Tabacchi Italiani*, *Ferrovie dello Stato*, *Poste italiane*, *Istituto poligráfico e Zecca dello Stato*, entre otros. Comienza así un periplo privatizador en el que tendrán acogida no sólo aquellos entes públicos que no realizan funciones públicas relevantes sino también aquellos que, realizándolas, no requieren una forma de personificación pública.

#### 2.4. *Las fundaciones privadas como colofón del fenómeno privatizador*

Según se ha visto, la cristalización de esa visión de lo público como altamente ineficiente junto con la necesidad de aminorar los costes que supone la gestión de servicios históricamente antieconómicos, hará que progresivamente se proceda a la transformación de las personas jurídico-públicas en personas jurídica-privadas.

Para proceder a esta transformación, se admite la naturaleza de la actividad como criterio general a utilizar a la hora de elegir la forma privada de personificación: cuando la actividad sea susceptible de generar algún tipo de beneficio económico debe adoptarse la fórmula societaria empresarial y cuando tenga carácter eminentemente social o no económica, algún ente de derecho privado sin ánimo de lucro de los regulados en el Libro I del Código civil italiano. El punto de engarce entre público y organizaciones sin ánimo de lucro viene dado por el hecho de que es aquí donde se une la vocación altruista del particular y la antieconomicidad de lo público. Como comenta críticamente FRENÍ,

*«Tali organismi, collocandosi nella zona intermedia tra l'intervento statale e il mercato, garantiscono la collectività dalle inefficienze del pubblico e dai comportamenti opportunistici del privato, rendendo possibile la giuridicizzazione del gratuito»* (FRENÍ, 2003:3979).

A ello hay que añadir otras razones de corte más pragmático que igualmente animaron el camino del descubrimiento del género fundacional en el ámbito público. A destacar: a) el carácter funcional de la figura de cara a la futura privatización total de un sector concreto; b) la búsqueda de financiación privada por parte de la Administración en sectores con grandes costes públicos; y, c) la traslación de parte de la gestión de competencias públicas a los particulares.

De acuerdo con este paradigma, se procede a la reordenación en clave privatizadora del aparato público en ámbitos de escasa o nula relevancia económica, significadamente, las instituciones públicas de asistencia y beneficencia, las instituciones de carácter socio-preventivo las instituciones sanitarias y las instituciones culturales. Todas ellas van a adoptar la forma fundacional privada. No en vano, la fundación se considera como un instrumento de privatización efectiva, sustancial y que no tiene vuelta atrás:

*«Una volta trasformato un ente pubblico in fondazione il nuovo soggetto perde ogni legame giuridicamente rilevante con la pubblica amministrazione e diventa, pertanto, uno strumento di riduzione effettiva della sfera pubblica comunque giuridicamente intesa» (MERUSI, 2004:449).*

Este éxodo hacia el régimen fundacional tiene, como fecha de arranque según se dijo, la década de los años noventa. Así, por Decreto Legislativo 419/1999, de 29 de octubre, se procede a la reordenación de los denominados «enti di previdenza». Por Sentencia de la Corte Constitucional 396/1988, se transforman en fundaciones las instituciones de asistencia y beneficencia estatales (IPAB). Mediante el Decreto Legislativo 509/1994, de 30 de junio se autorizó la transformación en personas jurídico privadas a todos los entes de previsión y asistencia. Por Decreto legislativo 367/1996, de 29 de junio se establecieron las condiciones para transformar a los entes musicales en fundaciones privadas. Por Decreto legislativo 288/2003, de 16 de octubre se transformó determinado entes integrados en el IRCCS en fundaciones. Por Decreto ministerial 491/2001, de 27 de noviembre se crean las fundaciones estatales para la gestión de bienes culturales.

Son éstos algunos de los muchos ejemplos que permiten afirmar la consolidación de la forma fundacional en la Administración italiana como un hecho incontrovertible pese a que, como luego se verá, no siempre han dado los resultados esperados ni su configuración jurídica se somete plenamente al modelo civilista. En cualquier caso, su mera existencia deja constancia de la penetración del modelo privatizador en el núcleo social de la acción y organización administrativas.

### 3. *Tipología de fundaciones en el Derecho italiano*

En el panorama actual italiano, podrían distinguirse tres modelos de creación y articulación de la fórmula fundacional en el ámbito público. Son: 1) el retorno a la fundación originaria; 2) la conversión de entes públicos en fundaciones; y 3) la creación ex novo de fundaciones públicas (MERUSI, 2004:462).

Cada uno de estos procesos dio lugar a un tipo concreto de fundaciones que bien podrían clasificarse a su vez en los siguientes grupos: a) fundaciones privadas reguladas en toda su extensión por el Código civil; b) fundaciones privadas sometidas a un régimen mixto público-privado; y c) creación de entes públicos con forma fundacional. Veamos algunos supuestos.

#### 3.1. *El retorno a la figura fundacional originaria de determinados entes públicos*

Este es el caso de las fundaciones de carácter asistencial que, conforme a la Ley Crispi de 1890, —considerada la madre de los entes públicos territoriales italianos—, se transformaron en el IPAB, un instituto público que pretendía dotar de controles administrativo a las antiguas fundaciones de beneficencia sometiéndolas a la gestión y contabilidad administrativa.

Casi cien años después y a raíz de la sentencia 396/1988, de 7 de abril, de la Corte Constitucional italiana se declaró inconstitucional la Ley Crispi por entender que se estaba procediendo a la publicación de una realidad no publicable integrada en el ámbito de la autonomía social o de los intereses difusos o colectivos. De modo que, aquellas fundaciones de carácter pío recuperaron su naturaleza privada sin intervención del legislador. Mas adelante, el Decreto legislativo 207/2001, de 4 de mayo, sobre reordenación del sistema de las instituciones públicas de asistencia y beneficencia, confirmó tal extremo recuperando el carácter privado fundacional en el sector que un tiempo atrás había sido nacionalizado.

#### 3.2. *La conversión de entes públicos en fundaciones*

En este grupo hay que encuadrar dos modelos de conversión: aquellos entes públicos que se transformaron en fundaciones privadas sometidas en su totalidad al régimen del derecho privado (las fundaciones bancarias). Y aquellos otros entes públicos que realizaron este tránsito hacia la personificación privada si bien sometiéndose a un régimen jurídico peculiar que desnaturaliza el propio fundacional recogido en el Código civil italiano (las fundaciones de carácter asistencial y social).

### A) *Las fundaciones bancarias*

Las fundaciones bancarias son el ejemplo de tránsito y conversión de un sector público en un sector privado en Italia.

A raíz de la obligación impuesta por la Comunidad Europea en el año 1992 de crear un mercado bancario concurrencial bajo el prisma de la libre competencia, el Estado italiano se vio obligado a transformar la banca pública en sociedades accionistas. En este caso, será el órgano de vigilancia estatal, la Banca d'Italia, el encargado de promover el proceso de privatización. Tras varios intentos infructuosos, será la ley 218/1990, de 30 de julio, la que dé el primer impulso autorizando a las entidades crediticias a transformarse en sociedades mercantiles bajo un holding público que gestionaba las participaciones estatales en dichas sociedades. Poco a poco, los fines del holding, «*enti publici conferente*» fueron mutando, pasando de ser un ente público gestor a un ente público de asistencia y beneficencia, dado que los beneficios obtenidos en la sociedades bancarias participadas se destinaban a fines de interés público y de utilidad social, preferentemente en los sectores de la investigación científica, la educación, el arte y la sanidad. El último paso en este recorrido se dio con la privatización del citado ente público en fundaciones de derecho privado. Una privatización irregular en sus inicios, a decir de la doctrina italiana, puesto que no se amparó en ninguna decisión legislativa sino en sucesivos actos administrativos emanados del propio ente público empresarial y del Ministerio de Economía pero que, finalmente, el Decreto legislativo 153/1999, de 17 de mayo, y posteriormente la Ley 448/2001, de 28 de diciembre, le otorgó el reconocimiento legal. Según ésta, las fundaciones bancarias se conciben como «personas jurídicas sin fines de lucro dotadas de plena autonomía estatutaria y gestora» que «persiguen exclusivamente fines de utilidad social y de promoción del desarrollo económico según lo previsto en sus respectivos estatutos» (art. 2 RD 153/1999).

Por su parte, la Corte constitucional italiana, incidió *a posteriori* y de una manera determinante en la definición de su régimen jurídico aplicando el criterio hermenéutico de la «*ragionevolezza fondato sulla natura della cosa*».

A través de sus sentencias 300 y 301 de 24 de septiembre de 2003 en las que declaró que las fundaciones bancarias eran fundaciones privadas a todos los efectos, establece una serie de principios interpretativos de corte iusprivativista que rigidificaron sobremanera el control de la Administración sobre dichos entes. En concreto señaló que: a) en las personas jurídicas privadas debe existir un nexo razonable entre el fin perseguido y su organización interna. b) la autonomía privada no puede ser sustituida ni dejada al arbitrio de la Administración pública. Y c) la interpretación y

aplicación de la norma se hará de acuerdo con la naturaleza privada del sujeto y no de los fines públicos que persiga.

De acuerdo con esta jurisprudencia tan apegada a la letra del Código Civil, una de las cuestiones a plantearse fue el papel otorgado a la ley de creación de las fundaciones privadas de la Administración. Dicho de otra manera, si la ley puede desplegar sus efectos más allá del mero acto fundacional o deber reducirse a sentar las bases de la constitución de la misma. La respuesta era a todas luces evidente. Las fundaciones privadas de la Administración son personas jurídicas privadas que, de acuerdo con el Código civil italiano y la jurisprudencia constitucional, una vez creadas entran de lleno en el mundo del derecho privado y siguen su régimen jurídico. Por lo que cualquier intromisión de la Administración en el ámbito fundacional, más allá de lo permitido por el Código civil, se reputará inconstitucional por vulneración del art. 3 Constitución italiana. Así lo confirmo la Corte constitucional en la Sentencia 300/2003, de 24 de septiembre<sup>6</sup>.

Otra cuestión fue la de saber hasta donde pueden desplegar la Administración sus efectos sobre las fundaciones privadas por ella creadas. Según MERUSI, la intervención administrativa sobre las fundaciones prevista en su ley de creación según la cual, respecto de las fundaciones bancarias, permite a la Banca d'Italia emanar «*atti di indirizzo*» vulneraria claramente la normativa comunitaria (en la medida en que nuevamente se produciría un control sobre la gestión bancaria) y la normativa civil por lo que de intromisión supone en el ámbito privado de la fundación. Deberan ser, por tanto, interpretados com «*atti a carattere regolamentare meramente interpretativi delle norme che regolano la fondazione in quanto inserite nell'atto complesso di fondazione e perciò non tali da implicare un controllo della gestione degli enti da parte del Ministero dell'Economia*» (MERUSI, 2004:480).

En suma, la experiencia adquirida con las fundaciones bancarias marcó un punto de inflexión en la política privatizadora del Estado italiano. Si, como ocurría con este tipo de fundaciones, una vez declarado su sometimiento al Código civil, no cabía ningún tipo de modulación pública de su régimen jurídico, las posteriores fundaciones a crear por el poder

---

<sup>6</sup> Dice: «*Le fondazioni di origine bancaria e le loro attività rientrono in una nozione, per quanto lata sia, di pubblica amministrazione in senso soggettivo e oggettivo. Dopo il d.lgs. n. 153, questo presupposto non è più sostenibile. La loro definizione quali perone giuridiche private, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale; il riconoscimento del carattere dell'utilità sociale agli scopi da esse perseguiti; la precisazione, contenuta nell'art. 2, comma 1, lettera a), della legge n. 461 del 1998, che, quali che siano le attività effettivamente svolte dalle fondazioni, restano fermi compiti e funzioni attribuiti dalla legge ad altre istituzioni, innanzitutto a gli enti pubblici, collocano [...] le fondazioni di origine bancaria tra i soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali (sentenza n. 50 del 1998), non delle funzioni pubbliche, anchorchè entro limiti e controlli compatibile con tale loro carattere. Non è dunque possibile invocare le funzioni attribuite alla competenza delle Regioni per rivendicare a esse il potere di ingerenza nell'organizzazione di soggetti che appartengono a un ámbito diverso da quello pubblicistico che è il loro*» (FJ7).

público tenían que contemplar algún tipo de excepción al régimen codificado para evitar la fractura entre público-privado y así poder incidir en sus fines y modos de gestión. Ello hará que el legislador, en las posteriores privatizaciones que lleve a cabo, comience a crear un modelo fundacional especial descodificado.

## B) *Las fundaciones de carácter asistencial, social y cultural*

### b.1. *El Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico (IRCCS)*

Muestra de lo dicho y del acogimiento a la vía de en medio público-privada es la transformación del IRCCS (*Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico*) en fundaciones, por Decreto legislativo 288/2003, de 16 de octubre.

El IRCCS es un ente público incardinado en el ámbito sanitario que cumple una doble misión, asistencial e investigadora. En concreto, su fin consiste en la investigación científica biomédica de alta especialización y la asistencia y cuidados hospitalarios. En términos cuantitativos, engloba a más de 33 entes (públicos y privados) y gestiona más de 13.000 camas.

Para su transformación, el Estado, en uso de las potestades que le confiere el art. 117 Constitución sobre «*ordinamento e organizzazione amministrativa degli ente pubblici nazionali*», procedió a convertir parte de los entes que componen el IRCCS en fundaciones privadas acogiendo a la Ley de delegación 3/2003, de 16 de enero. Dicha transformación fue objeto de impugnación ante la Corte Constitucional quien resolvió la controversia por sentencia 270/2005, de 7 de julio, de acuerdo con el reparto de competencias Estado-Región, sin que afectase sustancialmente al contenido del ente fundacional.

¿Por qué quiso el legislador proceder a la transformación del IRCCS en una fundación?. Según opinión de Occhienna, cuatro son las razones básicas que animaron al legislador de este último decenio a realizar el cambio: a) seguir la senda de esa incontestable moda privatizadora que invadió Italia en los últimos años. b) dar el primer paso en el camino de la progresiva privatización de la sanidad pública, de modo que el Gobierno consiguiera la gestión y el desarrollo de los servicios sanitarios sin perjudicar la titularidad y el poder de dirección y control públicos. c) atraer el capital privado que opera en el sector de la investigación médica y farmacológica hacia la labor administrativa, siempre precaria y carente de fondos; y, d) permitir la integración de los restantes entes locales en la gestión de este importante sector público. (Occhienna, 2005: 8-9).

Con todo, la transformación operada en el IRCCS no es tan drástica como a vote pronto parece desprenderse de su denominación. En el pro-

pio texto se afirma la «naturaleza pública de los institutos transformados en fundaciones», estableciendo todo una batería de requisitos de carácter administrativo que enervan fuertemente la autonomía estatutaria de las fundaciones contempladas en el Código Civil italiano —al que dota de carácter supletorio—, y sin perjuicio de las competencias normativas que las Regiones puedan ejercitar sobre aquéllas.

El Decreto legislativo disciplina, entre otros, el régimen jurídico del personal adscrito a las fundaciones, la utilización de instrumentos de gestión de carácter privado, la número y composición de los órganos —en el que se da participación a los restantes entes territoriales y a las entidades privadas con interés en el sector—, y el sistema de control y vigilancia. Asimismo, establece reglas en torno a la transparencia financiera, el seguimiento de programas y la evaluación de resultados, el destino de los fondos y beneficios a la finalidad pública señalada, la prosecución de objetivos en un plazo concreto de tiempo, o en fin, la necesidad de acogerse al sistema de responsabilidad administrativa y a los sistemas de contratación pública para los supuestos de gestión indirecta de su actividad.

Su configuración interna también puede calificarse de peculiar y bastante alejada del modelo fundacional civil. Se hizo de acuerdo con el novedoso modelo de las «*fundaciones de participación*», un híbrido fundacional que trata de combinar la naturaleza personalista de las asociaciones con la naturaleza patrimonial de las fundaciones. Dicho modelo, bastante denostado entre la doctrina italiana (FRANCHI SCARSELLI, 2000:8) aunque común a casi todas las fundaciones estatales y gran parte de las locales, trae causa en el art. 12 Código Civil italiano que prevé la posibilidad de crear «otro tipo de personas jurídicas» distintas a las asociaciones y fundaciones. Disocia el elemento constitutivo y el gestor de la fundación de tal manera que al esquema organizativo tradicional de las fundaciones se une un órgano asambleario con poder decisorio, formado por representantes de todos los socios participantes en la fundación.

En cuanto a sus miembros, distingue entre ente fundador, fundadores adjuntos, participantes sostenedores y participante en proyectos especiales. Todo un conjunto de sujetos unidos por un fin común de pública utilidad y un afán de recaudación de fondos para la gestión de la cosa pública. En todo caso y pese a los esfuerzos de ingeniería jurídica vertidos por el legislador, lo cierto es que los resultados no han sido nada satisfactorios: «*l'invitato no si è presentato, e nei casi in cui si è presentato, l'apporto del capitale privato si è rilevato del tutto irrisorio*» (IMMORDINO, 2005:10).

Sea como fuere, no cabe duda de que el IRCCS es ente público instrumental del Estado rotulado de fundación. Frente a su calificación jurídico-privada concreta y la remisión al Código civil italiano, priman elementos de clara paternidad pública, tales como el fin perseguido, la sujeción a

sistemas públicos de control o la constitución por un ente público que le dotan de tal naturaleza (FOA, 2005: 7). No se ha producido una privatización purista de las estructuras públicas sanitarias.

### b.2. *Los enti lirichi*

En este mismo grupo hay que incluir a los entes líricos, musicales y teatrales. Su conversión se operó a través de un largo periplo legislativo que comenzó con la Ley 163/1985, por la que se crea el fondo público para el espectáculo. A ésta le siguieron el Decreto legislativo 367/1996, que ofrece la posibilidad de que los entes públicos líricos se transformen en fundaciones privadas a petición de los mismos siguiendo el modelo de la Scala de Milán. Y el Decreto legislativo 134/1998, que será declarado inconstitucional por la Sentencia de la Corte constitucional 503/2000, de 18 de noviembre. Finalmente, la Ley 6/2001, que confirma el carácter fundacional de los entes líricos y la Ley 43/2005, que, de alguna manera administrativiza las fundaciones en materia de gestión financiera y contable, contratación y composición de órganos de gobierno cierran la andadura legislativa.

Nuevamente estamos en presencia de una «falsa privatización» o, mejor dicho, de un ente público que ha entrado por la puerta de atrás en el régimen jurídico fundacional. Como señala MANGANARO, «a diferencia de cuanto está previsto en el código civil, estas fundaciones no han sido constituidas ni por un acto de autonomía privada, ni por un negocio de fundación, sino directamente por la ley; el contenido de su estatuto queda sustraído a la autonomía privada y determinado por la ley; y siempre es la ley la que establece los órganos de la fundación, su composición y sus competencias; o, en fin, el procedimiento para el reconocimiento de la personalidad jurídica es también diversa de la prevista para las otras fundaciones» (MANGANARO, 2005, 529). En definitiva, tal como confirma la Corte de Casación italiana, (Sentencia de 8 de febrero de 2006, n 2637) las fundaciones líricas debe considerarse como organismos de derecho público.

Tal afirmación nos conduce nuevamente a replantear la cuestión de los límites de la aplicación del Derecho público y del Derecho privado a la acción administrativa. Tanto éste como los supuestos anteriormente comentados son ejemplo de que, más allá de las disposiciones comunitarias en aspectos concretos de la actividad administrativa, subyace un sustrato típicamente administrativo en estos ámbitos que no tiene tanto que ver con los elementos subjetivos como con los objetivos. La creación de un sujeto de derecho privado no sustrae del régimen jurídico público una actividad que viene calificada como de interés general, pues es justamente este dato el que prevalece por encima de cualquier catalogación más o menos

flexible que se pretenda hacer. El elemento objetivo, esto es, la prestación de un servicio o la realización de una actividad estrechamente vinculada a la prosecución de un interés público prima sobre cualquier otra consideración a la hora de aplicar los principios constitucionales que rigen el comportamiento de las Administraciones públicas y de ahí la necesidad de integrar excepciones de corte publicista en el régimen legal fundacional.

### 3.3. *La creación ex novo de fundaciones*

La proliferación de fundaciones en ámbitos donde antes no existían ni son producto de ningún proceso de transformación responde a unos objetivos muy concretos de los poderes públicos italianos. Así, amén de aquellos generales —minimizar lo público y capitalizar la actividad administrativa— se halla otro de gran importancia cual es contrarrestar el abuso de la figura societaria como fórmula de privatización de la acción administrativa.

En este grupo se encuadran las fundaciones culturales estatales, creadas por Decreto Ministerial 491/2001, de 27 de noviembre, cuyo fin es abrir a la participación del sector privado la gestión y conservación del patrimonio cultural y ambiental italianos. En concreto, se definen como objeto de éstas, el ejercicio de «las funciones y competencias relativas a la mejora de la conservación física, seguridad e integridad de los valores de los bienes culturales, así como el acceso y difusión de su conocimiento». La Administración estatal aporta a las fundaciones la concesión del uso del patrimonio cultural mueble e inmueble, que una vez extinta retornará a su titular originario, así como cualquier donación, legado o recursos financieros destinados a tal fin.

Su configuración interna atiende al modelo de fundación de participación y el régimen jurídico aparece perfectamente definido en la norma de creación, siendo su contenido de naturaleza eminentemente administrativa so pena de la remisión supletoria al Código Civil. De hecho, se enfatiza el poder de regulación, vigilancia y control estatal de toda la actividad del ente, el sometimiento al sistema de contratación pública o la posibilidad de que el ente estatal fundador se reserve el poder de decidir sobre la admisión y grado de participación de los particulares en los órganos de gobierno de la fundación. Respecto de éstos se prevén al menos cinco tipos de órganos: el Presidente, los órganos de administración y consulta científica, el órgano de control y el órgano asambleario.

En definitiva, se revela una vez más el falso camuflaje de la Administración en formas privadas que indefectiblemente se publican. Aquí, como en los casos anteriores, estamos ante un ente público con veste fundacional

en cuya base de creación se esconden motivos claramente económicos, esto es, recabar fondos privados para el sostenimiento del patrimonio cultural nacional. En este sentido no está demás señalar que las fundaciones privadas stricto sensu, significadamente las fundaciones bancarias, sólo pueden otorgar subvenciones y ayudas a entes de naturaleza *non profit* y que el sistema hacendístico italiano, al igual que el español, prima con determinadas ventajas fiscales las donaciones a entes sin fin de lucro. Pero como en tantos otros casos, los objetivos de corte pragmático y crematístico que animaron el nacimiento de tales fundaciones no se han visto colmados.

Lo antedicho es perfectamente extrapolable a las fundaciones universitarias creadas por la Ley 388/2000, de 28 de diciembre, y desarrolladas por Decreto 254/2001, de 24 de mayo. Su objeto es «la adquisición de bienes y servicios en las mejores condiciones de mercado» para el «desarrollo de actividades instrumentales y de apoyo a la enseñanza y a la investigación». Pese a que en aquél se declara expresamente que son fundaciones de derecho privado, contiene toda una serie de disposiciones concretas sobre su organización, fines, relaciones con el ente matriz y controles que, junto con la naturaleza pública del ente fundador —la Universidad pública italiana—, parece inevitable su calificación como organismo de derecho público. (SORACE, 2005:11).

#### 4. *Las fundaciones en el ámbito local*

El ámbito local, como no podía ser de otro modo, también fue tocado por el proceso de privatizaciones de corte subjetivo, pero esta vez apelando a la naturaleza del servicio público a prestar.

De acuerdo con el Libro Verde sobre servicios de interés general, dictado por la Comisión Europea (21/05/2003, n<sup>o</sup> COM (2003) 270) y el Libro Blanco sobre servicios de interés general (30/05/2004, n<sup>o</sup> COM (2004) 327) hay que distinguir entre servicios de interés económico general y meros servicios de interés general. Se entenderán integrados en el primer grupo toda actividad pública que implique la oferta de bienes y servicios a un concreto mercado sometidos, por tanto, a las reglas del mercado interno y al principio de concurrencia. Mientras, en la categoría de servicios de interés general, se encuadran aquellos otros que no gozando de tales características, quedan sustraídos del juego del mercado.

Habida cuenta que la Comisión renunció al establecimiento de un listado de los mismos, para su clasificación habrá de estarse al análisis de indicadores tales como la existencia de un mercado concurrencial, la mayor o menor presencia del ánimo de lucro, la posibilidad de ser ejercida por un particular, la asunción de riesgos o la posible financiación pública de la

actividad (Sentencia TJCE 22 de mayo de 2003, caso Taitolato). Y ello sin perjuicio de que la formal distinción entre servicios de carácter económico y no económico tiene un componente dinámico y evolutivo, por lo que no es factible fijar a priori un elenco definitivo de todos los servicios de interés general que deban considerarse de naturaleza económica.

De hecho, sobre este punto se ha venido entendiendo que un servicio público local goza de naturaleza económica en tanto en cuanto para su gestión se elija un modelo jurídico que consienta, al menos en abstracto, obtener ingresos con los que cubrir los costes de producción (PIPERATA, 2003: 3).

Por otra parte, el derecho europeo es consciente de que existe un núcleo duro de actividad no económica integrado por aquellas actividades que implican el ejercicio de prerrogativas públicas o inciden en sectores socialmente sensibles y que, consecuentemente, no están expuestos a grandes cambios ni dinámicas de mercado. Entre estos se incluirían los servicios educativos, sanitarios, culturales y sociales.

Pues bien, de acuerdo con esta clasificación, la legislación italiana inició a mediados de los noventa un proceso de liberalizaciones y privatizaciones culminado en el año 2003 y que toma como referencia la distinción entre «servicios de relevancia económica» y «servicios privados de relevancia económica», sometiendo los primeros a las reglas de la libre competencia y dejando al margen de ésta a los segundos: «*La liberalizzazione del settore dei servizi pubblici locali e l'esaltazione della concorrenza per la gestione e tra le gestioni costituiscono certamente i canoni ispiratori*» (DUGATO, 2002: 219).

Aún así, la reconstrucción de dichas categorías sigue siendo objeto de grandes disquisiciones y contradicciones que muchas veces acaban saldándose ante los Tribunales pues a la indefinición comunitaria se ha de añadir, a nivel interno, la falta de una regulación de desarrollo de las previsiones del Texto Unico local aprobado por Decreto Legislativo 267/2000, de 18 de agosto (TUEL), la ausencia de criterios legales generales a aplicar para la clasificación de los distintos servicios públicos y la reordenación de las categorías tradicionales elaboradas según fuese industrial o no.

#### 4.1. *El iter legislativo*

El iter legislativo de este proceso fue bastante accidentado. La primera medida adoptada consistió en privatizar todos aquellos servicios públicos de relevancia económica (abastecimiento de agua, transporte público, recogida de basuras, etc.) de titularidad municipal y provincial. Así, la Ley 448/2001, de 28 de diciembre, estableció en su art. 35 que los entes locales

debían transformar antes del 31 de diciembre de 2002 «le aziende speciali e i consorzi in società di capitali». El resultado de este mandato fue que, como bien apunta FRENI, las sociedades mercantiles acaban pasando de ser excepción a regla, de modo que quedan únicamente fuera de su ámbito de actuación aquellos servicios públicos que carecen de relevancia económica o comercial (FRENI, 2003: 3977).

Por su parte, el Texto Unico de la leyes sobre el ordenamiento de los entes locales, recogía en el art. 113.bis el modelo de gestión de servicios públicos locales carentes de relevancia económica, basándose para ello en los principios de la «proximidad funcional del gestor al ente local» (*istituzioni, aziende speciali anche consortile, società di capitali costitute o partecipate dagli enti locali*) y la «adjudicación directa» (DUGATO, 2003: 2581). Se integran en este grupo todos aquellos servicios avocados a la 'persona' que, en líneas generales, no se gestionan en red, no requieren implantación o no exigen una dotación patrimonial, excepción hecha de los servicios sociales (farmacias municipales, teatro, museos, actividades culturales, deporte, turismo, etc.).

Esta regla general convive con una especialidad contemplada en el apartado tercero del citado artículo 113.bis TUEL que introduce una variante para los servicios que en su momento fueron considerados como especialmente sensibles por la Comisión Europea: la cultura y el tiempo libre:

*«Los entes locales podrán confiar la gestión directa de servicios culturales y de tiempo libre a asociaciones y fundaciones por ellos constituidas o participadas».*

Con dicho precepto se abrieron importantes expectativas a las entidades sin ánimo de lucro, especialmente a las fundaciones privadas, en el escenario de la gestión pública local, al tiempo que se reemprendía el proceso de privatización de la gestión de los servicios públicos que ahora ya se extendía prácticamente a todo el espectro de competencias locales.

Sendos artículos del TUEL fueron reescritos nuevamente ante de echar a andar por la Ley 326/2003, de 24 de noviembre y Ley 350/2003, de 24 de diciembre, sin que, a los efectos que aquí interesa, se produjeran sustanciales variaciones.

Finalmente, la Corte Constitucional italiana se encargará un año después de declarar inconstitucional parte del contenido de los arts. 113 y 113.bis TUEL. En concreto, a través de la Sentencia 272/2004, de 27 de julio, declaró inconstitucional el citado artículo 113. bis TUEL por entender que invadía las competencias regionales, creando con ello una laguna jurídica en lo que a instrumentalización de la figura fundacional se refiere.

La resultante de todo este proceso de reformas y derogaciones podría concretarse en las siguientes notas: a) La calificación de un servicio como de carácter económico o no depende de la elección concreta que haga cada ente local y de su singular opción organizativa; b) No existe inconveniente alguno para extender el inicial sistema de gestión previsto para los servicios de carácter económico a los no económicos; c) La elección de un modelo de gestión concreta por parte de los entes locales es esencialmente discrecional, si bien en tal proceso habrán de valorarse aspectos tales como la concurrencia, el contenido de la actividad o la adaptación del sistema a la prosecución de los fines pretendidos; y d) La fundación, en tanto que ente sin ánimo de lucro, sólo tiene cabida en el ámbito de los servicios que no gocen de carácter económico.

#### 4.2. *La gestión de los servicios de cultura y tiempo libre.*

A cubrir el vacío legal dejado por la Corte constitucional vendrá, en el sector cultural, el Código de los bienes culturales y del paisaje (Decreto Legislativo 42/2004, de 22 de enero). Según su art. 115.3, la gestión y explotación de los bienes culturales por los entes locales así como de los denominados «*servizi aggiuntivi*», esto es, un elenco de actividades conexas a la gestión cultural (exposiciones, edición y venta de catálogos, cafetería, venta de reproducciones, billettería, etc.) se llevará a cabo preferentemente a través de modelos indirectos, entre los que se contempla la fundación, junto a otros como la asociación, consorcio o las sociedades de capital mixto por el sistema de adjudicación directa del servicio<sup>7</sup>.

Dicho Código no establece previsión legal alguna en lo que a régimen jurídico de estas fundaciones se refiere ni alude a la oportunidad de la utilización de este sistema de gestión con carácter preferente. Solamente la Ley de delegación 137/2002, de 6 de julio, de la que aquél trae causa, recoge en su art. 10.c.2 la posibilidad de crear fundaciones abiertas a la participación, amén de los entes locales, de la región, las fundaciones bancarias y demás entes públicos y privados que se estime conveniente por

<sup>7</sup> Artículo 115.3: «*La gestione in forma indiretta è attuata tramite:*

a) *affidamento diretto a istituzioni, fondazioni, associazioni, consorzi, società di capitali o altri soggetti, costituiti o partecipati, in misura prevalente, dall'amministrazione pubblica cui i beni pertengono*».

Por su parte, el art. 115.6 del Código señala respecto de los entes locales que:

«6. *Gli altri enti pubblici territoriali ordinariamente ricorrono alla gestione in forma indiretta di cui al comma 3, lett. a), salvo che, per le modeste dimensioni o per le caratteristiche dell'attività di valorizzazione, non risulti conveniente od opportuna la gestione in forma diretta*».

el ente fundador. Sin perjuicio de esta especificación, el régimen jurídico aplicable es el recogido en el Código Civil italiano. Su constitución, que se hará mediante acto público (art. 14 Código Civil), requiere la aprobación del acto constitutivo del estatuto que contendrá la denominación del ente, la indicación de su fin, patrimonio y sede, su transformación, causas de extinción y las normas relativas a su ordenación y administración (art. 16 Código Civil).

En el estatuto también se regularán los órganos de Gobierno, pudiendo prever un Presidente y un órgano encargado de la administración. Los administradores habrán de estar necesariamente definidos y el art. 18 Código Civil prevé su responsabilidad frente al ente según las normas del mandato. En cuanto a la elección de los representantes del ente local en el Consejo de Administración, habrá de estarse a lo dispuesto en el TUEL, art. 50.7, que confiere al Alcalde municipal y al Presidente provincial la competencia para la «designación y revocación de los representantes del municipio y de la provincia en los entes, empresas e instituciones».

Por lo que respecta a su naturaleza jurídica, pública o privada, dado que no existe un régimen jurídico especial, pudiera pensarse *a vote pronto* que estamos en presencia de sujetos privados regulados por el Derecho privado. Sin embargo, tal conclusión no es del todo exacta, pues más allá de su regulación concreta, confluyen otra serie de factores que modulan, cuando no alteran, la naturaleza misma de este tipo de fundaciones culturales locales. En este sentido se pronuncia Morbidelli, para quien resulta un hecho determinante la participación prevalente de los entes públicos en los órganos de gobierno: «Cuando la participación del ente público sea mayoritaria o cuando los órganos de administración estén constituidos mayoritariamente por sujetos designados por los entes públicos, la fundación adquirirá la naturaleza de organismo de derecho público, con todas las consecuencias» (Morbidelli, 2005:7). Distinto es, a juicio de este autor, cuando el fin de la fundación no es la gestión y explotación de bienes culturales, sino la promoción de actividades culturales, pues en tal caso no será de aplicación lo establecido en el art. 115 del Código de bienes culturales y del paisaje ni se requerirá la participación mayoritaria del ente público.

#### 4.3. *La gestión de otros servicios locales*

Un último aspecto a dilucidar fue el relativo a la gestión de aquellos otros servicios culturales y de tiempo libre —entre los que hay que incluir el turismo, el deporte y las actividades recreativas, así como todas aquellas destinadas a promover el crecimiento físico y cultural de la persona en el tiempo libre, (MARCHETTI, 2003:966)— que no se hallan regulados en una

norma especial y aquellos que carezcan de carácter económico y así vengán reconocidos. ¿Puede el ente local asumir la fundación como forma de gestión?. La respuesta a esta pregunta ha sido afirmativa.

Se acepta sin ningún tipo de dudas que, de acuerdo con la autonomía organizativa reconocida en los arts.114 y 117 de la Constitución italiana a los entes locales, éstos puedan elegir la forma de gestión de tales servicios según su libre criterio y una vez valorado el carácter económico o no de aquél. Valoración que, como se ha dicho depende, en gran medida del proyecto elaborado por la Administración concreta para la organización del servicio y de las consideraciones vertidas por el derecho comunitario que, en este punto son indicativas y muy amplias (CAROSELLI, 2005: 571).

De hecho, ninguna objeción de tipo formal puede oponerse a la elección de la fundación privada como forma de gestión de estos servicios pues, aunque a aquél implique el ejercicio de actividades económicas paralelas, es sabido que las fundaciones pueden ejercitarlas con el fin de obtener beneficios que luego revertirán en el fin fundacional. Además, tal como sostiene la jurisprudencia europea, un único organismo puede perseguir necesidades de interés general y al mismo tiempo desarrollar actividades económicas (STJCE de 27 de febrero de 2003, caso Truley). Y si se le reconoce carácter no económico tampoco existiría inconveniente dado que, en principio y a falta de prohibición expresa, la potestad de autoorganización de los entes locales puede llegar hasta donde lo decida su opción política concreta y el ejercicio de su discrecionalidad.

Con todo, la introducción de esta figura en el ámbito de los servicios locales despierta ciertas resistencias. Más allá del ejercicio de la libre potestad de autoorganización que se reconoce a los entes locales, existen algunas razones de peso para pensar que la gestión de un servicio local de carácter social a través de fundaciones privadas es un error en si mismo por varias razones. En primer lugar, porque el intento de identificar determinados servicios sociales o culturales con servicios que carecen de carácter económico es cerrar los ojos a una realidad que desde muchas vertientes confirma lo contrario (servicios asistenciales a ancianos, servicios sanitarios, determinados servicios de tiempo libre, etc.). La naturaleza social o no de una determinada actividad sólo es fruto de una concreta elección política: de la voluntad de proporcionar una prestación económica en términos sociales o antieconómicos (CHITL, 2004: 112).

En segundo lugar, el fin de utilidad social de la fundación no tiene por qué implicar un fin de interés público integrado en la noción de servicio público que exija y justifique la penetrante potestad reglamentaria en la gestión ordinaria de un ente público.

En tercer lugar, es un error poner al mismo nivel el concepto de utilidad social y el de servicio público de carácter social o cultural cuando,

en realidad, el primero hace referencia a un dato estructural y teleológico mientras que el otro explica un dato funcional conectado a una determinada tipología de actividad.

En cuarto lugar, existe una clara incompatibilidad entre los fines de interés general que persigue un ente local y la sujeción a perpetuidad a un fin concreto como es aquél perseguido por una fundación privada. Una fundación creada por un ente local implica que éste asume, aunque sea indirectamente, un compromiso de duración teóricamente perpetua y, por lo tanto, una inaceptable valoración de prioridad en el tiempo de un interés respecto de otros de igual grado en juego.

Finalmente y en quinto lugar, la creación de una fundación supone que el ente local queda comprometido a constituir un patrimonio adecuado al cumplimiento del fin social fundacional, poniendo en peligro el cumplimiento de otros fines a los que no puede destinar aquellos recursos. A mayor abundamiento, los bienes puestos a disposición de la fundación por el ente local pasan a pertenecer a un tercero, impidiendo así la libre disposición por el ente local.

##### 5. *Pros y contras de las fundaciones privadas de la administración pública*

Según se ha ido viendo a lo largo de estas líneas, el camino seguido por el legislador italiano en materia de fundaciones no ha sido siempre llano y rectilíneo sino más bien accidentado y tortuoso. Se trata de un fenómeno sobre el que planean luces y sombras. Desde el punto de vista doctrinal, las opiniones son claramente dispares. Para MARCHETTA son el resultado lógico de un proceso que se viene gestando desde largo tiempo atrás de efecto favorables. Cuando aborda las fundaciones universitarias, afirma que son un ejemplo de coherencia *«con l'evoluzione del sistema, che va verso forme sempre più diffuse di collaborazione tra pubblico e privato e di privatizzazione degli strumenti operativo degli organismi pubblici»* (MARCHETTA, 2001: 767). Simplifican y desburocratizan la actividad pública dándole mayor eficiencia al funcionamiento y prestación de servicios a la colectividad.

Otros autores como MERUSI o NAPOLITANO se sitúan en la vía del medio y subrayan la necesidad de someter a examen estos nuevos modelos organizativos de base privada contraponiéndolos con algunos elementos claves de toda estructura pública organizada de acuerdo con el Derecho comunitario. Habrá que analizar la estabilidad del programa fundacional, la composición de sus órganos de gobierno, la forma de ejercer el control administrativo, las técnicas y tutela de los beneficiarios y, la financiación de la actividad a realizar por la organización: *«Soltanto un esito positivo di tali valutazioni dipende la possibilità di ricorrere alle fondazioni como*

*strumenti diretti alla soddisfazione di interessi generali e collettivo effecttivamente alternativo ai tradizionali moduli di intervento pubblico»* (NAPOLITANO, 2005, 3).

En esta misma corriente de pensamiento se integran aquellos que abogan por su reubicación. Entienden que la fundación no es una figura generalizable a toda la actividad administrativa. Sólo sirve para prestar determinados servicios de carácter social y cultural. Así, debería distinguirse dentro de este sector dos campos: a) la gestión y conservación de patrimonios públicos; y, b) la realización de actividades culturales o la prestación de servicios asistenciales y sociales. En el primer campo, las fundaciones privadas se revelan como un sistema idóneo para su gestión habida cuenta, entre otras cosas, que el fin permanece invariable a lo largo del tiempo, la toma de decisiones políticas queda muy matizada en este sector o es escasamente relevante y la participación de los recursos económicos en el mantenimiento del patrimonio y la colaboración de privados en la gestión de los bienes culturales pueden reconducirse fácilmente a través de esta vía (FRANCHI SCARSELLI, 2002: 5)

Sin embargo, en el segundo campo no es recomendable por dos importantes razones. La primera, porque la facultad de «*indirizzo* político» se pierde totalmente. Y la segunda, porque el sistema público italiano al igual que el sistema español se basa en la equiordenación del interés público de modo que la priorización de unos u otros intereses depende de la opción política adoptada por los gobernantes en cada tiempo y lugar. La constitución de una fundación supone vetar el ejercicio del poder público petrificando la prosecución permanente y vinculada de un determinado interés general o la articulación de un servicio público concreto en detrimento de otros.

No faltan tampoco voces que al amparo de la experiencia fundacional de los últimos años, creen que se trata de una institución con un futuro incierto. A decir de TASSONE se trata de un modelo débil, radicalmente nuevo respecto del pasado en lo que a su fundamentación jurídica se refiere y cuya compatibilidad con las exigencias de control público sigue siendo, cuanto menos, problemática (TASSONE, 2005: 475).

Para otros es ya un modelo acabado porque muchos de los objetivos perseguidos o bien no se han conseguido o se han conseguido por otras vías. Así, según CAMMELLI y FRENI, aunque la virtualidad de las fundaciones en un primer momento fue la de privatizar la contratación y atraer fondos privados a la Administración pública, en la actualidad el sistema se revela agotado por varias razones:

1. El marco jurídico del Código civil es muy escaso e incapaz de integrar las formulas que necesita la Administración pública para gestionar sus intereses.

2. La contratación de las fundaciones debe someterse al régimen público por imposición comunitaria.

3. La laboralización del empleo público es ya una realidad en toda la Administración que no requiere por tanto de acogimiento a fórmulas del derecho privado.

4. La Administración pública carece de fondos para dotar a las fundaciones y las aportaciones privadas son cada vez más exiguas. Es bien conocido en Italia que sobre todo en las fundaciones líricas y culturales, la financiación pública sigue siendo prevalente mientras que las aportaciones privadas mantienen una trayectoria descendente (FRENI, 2003: 8).

No obstante, si alguna virtualidad tienen y se mantienen es porque siguen sirviendo para recabar fondos de particulares para la gestión de intereses públicos de carácter no económico y el modelo institucional *non profit* se adecua perfectamente a ciertas ventajas estratégicas y fiscales como son la de poder ser destinatario potencial de la acción de otras fundaciones privadas —significadamente las fundaciones bancarias— y de los particulares que decidan realizar aportaciones deducibles en el impuesto sobre la renta de las personas físicas a entidades sin ánimo de lucro.

Por lo demás, la evolución de los hechos demuestra que todas estas técnicas que abrazan procesos de colaboración entre público y privado producen un efecto contradictorio que podría resumirse en palabras de CAMELLI como «el efecto del Rey Midas del poder público»: «Tutto ciò che il potere pubblico tocca automaticamente se pubblicizza» (CAMELLI, 2000: 222). En otros términos, aunque la pretensión de todo proceso de externalización —y con ello de privatización subjetiva— intenta aligerar la Administración pública, transformado entes tradicionalmente burocráticos en Administración ligera, el resultado es que crean «Administraciones fuera de la Administración pública» (PIPERATA, 2005:985), es decir, sujetos de derecho privado intervenidos administrativamente y sometidos a las reglas típicas del Derecho Administrativo. La Administración se reorganiza: abre espacios a los particulares y al derecho privado pero sin retirarse (FRENI, 2004:9). Contrariamente a lo que pudiera pensarse *a vote pronto*, la privatización no supone un replegamiento del Estado en favor de la libre actuación de los particulares en todo lo que se refiere a la gestión y prosecución de los fines públicos. Antes bien, la realidad demuestra que la privatización es un medio del que se vale el Estado para proceder a su reorganización y modificar su forma de intervención en la sociedad sin

que ello suponga una total sustitución del derecho público por el derecho privado ni de la Administración por los particulares.

Incluso, desde el punto de vista organizativo, el panorama que se presenta no es muy halagüeño. En vez de proceder a la simplificación de las formas organizativas, se crean figuras que, como la fundación, entrañan un alto grado de complejidad legal y dogmática al tiempo que pone de manifiesto «la escasa sensibilidad pluralista del legislador» al permitir el nacimiento de determinadas organizaciones de intereses a las que se les concede beneficios sectoriales que hacen cuestionar la igualdad y perjudican la unidad y la coherencia del ordenamiento jurídico (FRENI, 2003:3997).

Y cuando se mira el marco jurídico las cosas no mejoran. Las relaciones entre público y privado se hacen cada vez más difíciles e inextricables llegando en algunos casos a grados superlativos de desnaturalización que impiden encajar las formas jurídicas surgidas al amparo de este proceso de «*frantumazione*» (FRENI, 2004:8) e inclusive colocan fuera del Código Civil muchos de los sujetos creados a su amparo:

*«A la natura privata dei soggetti si affianca la matrice prettamente pubblicistica di alcune attività delle quali risultano incaricati; regole di diritto amministrativo concorrono con norme di diritto civile a disciplinare singoli aspetti delle dinamiche in atto, con la conseguenza che diviene essenziale riuscire a ricostruire in maniera equilibrata il regime giuridico di riferimento»* (PIPERATA, 2005:1000).

Así pues, el balance de resultados arroja claramente un saldo negativo. La convergencia del derecho público y privado sobre unos entes o la búsqueda de formas híbridas de personificación privada como las fundaciones de participación poco o nada tiene que ver con ese proceso de nueva gobernanza y modernización que inicialmente se prevía y sí mucho con el estancamiento y la falta de referencias jurídicas para estas nuevas realidades

Sea como fuere y a modo de conclusión, la experiencia italiana demuestra que cuando se adopta el modelo fundacional para la gestión de determinadas actividades de interés general deben ponderarse algunas cuestiones claves como las siguientes:

A) Es necesario determinar el carácter instrumental existente entre fundación y ente matriz, de modo que pueda asegurarse que la actividad que éste realiza esté siempre bajo el control y disponibilidad del ente matriz y sea coherente con las necesidades operativas y con los progra-

mas por él establecidos. La actividad de la fundación debe reducirse a ser exclusivamente un elemento de apoyo para la mejor prosecución de los fines del ente matriz y no un elemento de apropiación de los fines de aquél. *«Lo scambio-arricchimento con istituzioni e imprese, ma è necessari che tutto ciò avvenga senza che ne risultino intaccati i principi fondamentali della libertà di insegnamento e dell'autonomia della ricerca»* (MARCHETTA, 2001:769). Y,

B) Es también relevante marcar el carácter colaborativo de las fundaciones entre la sociedad civil y el poder público, por lo que en su organización habrá de evitarse situaciones de conflicto en los órganos rectores o imposiciones de condiciones de corte económico o social al ente matriz.

C) No hay que olvidar que cuando se privatiza un servicio o una actividad, como ocurre con la creación de fundaciones o empresas mixtas para la gestión de servicios públicos, los objetivos de gestión cambian. El peso de la configuración de la entidad privada influye decisivamente en la lógica gestora. Antes, el ente público buscaba básicamente una gestión eficaz y una mejora sustancial en la prestación del servicio amén de cierta rentabilidad política. Con la creación de la fundación privada, los objetivos divergen de forma notable: la economicidad, la rentabilidad, la eficiencia y el saneamiento de la empresa son criterios dominantes.

D) Una cuestión clave es el carácter servicial de la Administración en tanto que dirige toda su actividad hacia la consecución del interés general. Esta *«funzionalità agli scopi»* en la terminología italiana, debe ser justamente el parámetro de medición de la acción administrativa y su sujeción al Derecho. De modo que, cualquiera que sea la forma en la que ésta actúa y el derecho al que se acoge, siempre debe quedar condicionada a la procura del interés general individualizable en cada caso. Consecuentemente, toda la actividad de la Administración queda vinculada a los principios de imparcialidad, tutela de terceros, objetividad y sometida a control de legalidad. (TRIMARCHI, 2004:668).

E) Por último, una vez que el Derecho privado o público despliega sus efectos, estos llegan hasta sus últimas consecuencias. En concreto, el acogimiento por parte de la Administración pública a una figura concreta del Código Civil, como pueden ser las fundaciones, supone la aplicación *in totum* de éste al caso concreto, sin que quepa posteriormente, vía normativa, publicar la figura o excepcionar permanentemente su régimen jurídico. Así sucedió con las fundaciones bancarias en Italia (TORCHIA, 2004:31-32).

## IV. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- CAMMELLI, M., (2000) «Collaborazione pubblico-privato e regole nella transazione» en *Le liberazioni e le privatizzazioni dei servizi pubblici locali* (Quadrio, A. y Fortis, M, dir.), Il mulino, Bologna, pág. 213-223.
- (2004) «Pubblica amministrazione e privatizzazioni: un primo bilancio», en *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni'90, un primo bilancio*, (CAMMELLI, M y SCIULLO, G. dir.), Maggioli Ed., Rimini, pág. 13-21.
- CAROSELLI, A., (2005) «La gestione dei servizi culturali locali», *Giornale di diritto amministrativo*, n 5, pág. 567-574.
- CASSESE, S. (2004) «Tendenze e problemi del diritto amministrativo», *Revista trimestrale di diritto pubblico*, n° 4, pág. 901-912.
- (2003) «Dieci anni di riforme amministrative: un bilancio», *Giornale di diritto amministrativo* n° 5, pág. 541- 542.
- CHITI, M., (2004) «Servizi pubblici locali e diritto comunitario» en *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni'90, un primo bilancio*, (CAMMELLI, M y SCIULLO, G. dir.) Maggioli, ed. Rimini, pág. 86-113.
- DUGATO, M, (2002) «I servizi pubblici degli enti locali», *Giornale di diritto amministrativo*, n° 2, pag. 218-223.
- (2003) «I servizi pubblici locali» en *Trattato di Diritto Amministrativo*, (CASSESE dir.) T. IV, Giuffrè, Milán, pág. 2581-2642.
- FRANCHI SCARSELLI, G., (2002) «La gestione dei servizi culturali tramite fondazione», *Rivista di arte e diritto on line*, n 1.
- (2000) «Sul disegno di gestire i servizi culturali tramite associazioni e fondazioni», *Rivista di arte e diritto on line*, n° 3.
- FRENI, E., (2004), *Le trasformazioni degli enti pubblici*, Giappichelli, Torino.
- (2003) «Le privatizzazioni», en *Trattato di Diritto Amministrativo*, (CASSESE dir.) T. IV, Giuffrè, Milán, pág. 3947-4001.
- FOA, S., (2005) «Un nuovo caso di fondazione strumentali all'ente pubblico fondatore: la trasformazione degli IRCCS tra salvaguardia delle competenze regionali e rispetto dell'autonomia fondazionale», *Giustizia amministrativa*, revista virtual, giustiamm.it.
- IMMORDINO, M., (2005) «Le fondazioni teatrali e la loro ancora incerta collocazione tra pubblico e privato», *Relazione al Convegno Fondazioni e attività amministrativa-Palermo, 13 maggio 2005*», <http://www.iweb.it/dirittoamministrativo>.
- MANGANARO, F., (2005) «Pubblico e privato nella disciplina giuridica delle fondazioni liriche e teatrali», *Nuove Autonomie*, n 4-5.

- MARCHETTA, D, (2001) «Le nuove fondazioni universitarie», *Giornale di Diritto Amministrativo*, n° 8, pág. 761- 774.
- MARCHETTI, B.(2003) «Il tempo libero», en *Trattato di Diritto Amministrativo*, (CASSESE dir.) T. IV, Giuffrè, Milán, pág. 965-976.
- MERUSI, F.,(2004) , «La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato», *Diritto Amministrativo*, n 3, pág. 447-512.
- (2004)«Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano», *Diritto Amministrativo*, n° 4, 649-659.
- MIGNONE, C., PERUCI, G Y ROVERSI-MONACO, F., (2007) *Le esternalizzazioni*, *Atti del XVI Convegno degli amministratori italo-spagnoli*, Génova, 25-26 maggio 2006, Bologna University Press, Bologna.
- MORBIDELLI, G., (2005) «Le fondazioni per la gestione dei beni culturali», *Giustizia Amministrativa on line*.
- NAPOLITANO, G., (2003) *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milán.
- (2005) Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole, *Relazione al Convegno Fondazioni e attività amministrativa-Palermo*, 13 maggio 2005», <http://www.iweb.it/dirittoamministrativo>.
- OCCHIENA, M., (2005) «Le fondazioni istituti di ricovero e cura a carattere scientifico», *Giustizia Amministrativa*, <http://www.giustamm.it>.
- ORTEGA ALVAREZ, L. y ARROYO JIMENEZ, L, (2006) «La externalización de los servicios públicos económicos. Formas, principios y límites», en *Le esternalizzazioni*, *Atti del XVI Convegno degli amministratori italo-spagnoli*, Génova, 25-26 maggio, Bologna University Press, Bologna, 2007, 123-158.
- PALAZZO, A., (2005) «Problemi delle fondazioni in diritto italiano e straniero», en *Tendencias legislativas y tercer sector*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, págs.. 225-240.
- PAREJO ALFONSO, L. (1995) *Eficacia y Administración. Tres estudios*, INAP-BOE, Madrid.
- (2000) «Las reformas italianas en una perspectiva española», en AAVV., *Le riforme amministrative italiane: un confronto europeo*. Seminari Spisa, Bologna, Clueb, págs.. 87-92.
- PIPERATA, G., (2005) «Le esternalizzazioni nel settore pubblico», *Diritto Amministrativo*, n° 4, 963-1001.
- (2003)«I servizi culturali nel nuovo ordinamento dei servizi degli enti locali», *Aedon*, n° 3.
- QUOC VINH, N., y R. MUZELLEC (2007), «Groupements d'intérêt public», *Juris-classeir administratif*, Lexis Nexis, pág. 1-25.
- ROMANO TASSONE, A., (2005) «Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello», *Diritto Amministrativo*, n 3, pág. 473-486.
- RIVERO, J. y WALINE, J., (2006), *Droit administratif*, París, Dalloz.

- SORACE, D., (2005) «Le fondazioni universitarie(di diritto speciale)». Relazione al Convegno Fondazioni e attività amministrativa-Palermo, 13 maggio 2005», <http://www.iweb.it/dirittoamministrativo>.
- TRIMARCHI BANFI, F. (2004), «Il diritto privato dell'amministrazione pubblica», *Diritto amministrativo*, n° 4, págs.. 661-689.
- TORCHIA, L. (2004), «Privatizzazioni ed azione amministrativa», en *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni'90, un primo bilancio*,(CAMELLI, M y SCIULLO, G. dir.), Maggioli, ed. Rimini, pág. 25-38.
- VALLET, O. (1992), «La fin du droit public?», *Revue Administrative*, enero-febrero P 4°0024, págs.. 3-26.
- VAQUER CABALLERIA, M. (1999) *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública*, Marcial Pons, Madrid.
- VINCENT, J.Y, CRUCIS, H.M., DE VILLIERS, M., DE BERRANGER, T., CADEAU, E., EUDE GUIAS, C., MONDIELLI, E., LE GALL, Y., BACHELIER, G., (2003) *Droit Public Général*, Juris-Classeur, París.