

# Entidades privadas e interés general: el papel de las fundaciones <sup>1</sup>

José Luis Piñar Mañas

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad CEU San Pablo de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. FUNDACIONES, TERCER SECTOR E INTERÉS GENERAL.—II. DERECHO DE FUNDACIÓN CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDO E INTERÉS GENERAL.—III. INTERÉS GENERAL Y FUNDACIONES.—IV. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, FUNDACIONES E INTERÉS GENERAL: 1. *La necesaria revisión del Protectorado*. 2. *Las fundaciones privadas de iniciativa pública*.

## I. Introducción. Fundaciones, tercer sector e interés general

Las fundaciones están presentes en el desarrollo de actividades de interés general desde hace siglos. Aventurar un momento para concretar su origen es tan arriesgado como estéril. Lo cierto es que siempre han sido un instrumento idóneo para hacer frente a los nuevos retos sociales que a lo largo de la historia de la solidaridad (de la beneficencia, de la acción social, y ahora también de ciertos fines de interés general basados en el desarrollo de actividades económicas) se han ido presentando. Instituciones que en alguna ocasión he calificado de «camaleónicas»<sup>2</sup>. Su desarrollo se ha visto generalmente sometido a constantes críticas, que todavía hoy se hacen presentes, y que han condicionado su evolución misma. Sin duda ello se debe, en la vieja Europa y en Iberoamérica, al origen estrechamente vinculado a la Iglesia y a la aristocracia que es posible apreciar en las fundaciones (origen que, como luego veremos, no es el mismo en Estados Unidos), así como a la instrumentalización a que las fundaciones se han visto sometidas últimamente. En fin, las fundaciones están ex-

---

<sup>1</sup> Las siguientes reflexiones se basan en parte en la Relación General presentada en el XVIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo que con el título de *Forme private e interessi generali: quale ruolo per le Fondazioni?* se celebró en Bolonia los días 27 a 29 de mayo de 2010. Asimismo, algunas de las consideraciones que planteo las acabo de exponer en «El estado actual del modelo constitucional de fundaciones: revisión crítica», en DE LORENZO, PIÑAR y SANJURJO (dirs.), *Tratado de Derecho de Fundaciones*, Civitas, Madrid, 2010.

<sup>2</sup> «¿Qué fundaciones? La Constante adaptación de una institución camaleónica», en GARCÍA RUBIO y TRIGO GARCÍA (dirs.), *Tendencias legislativas y Tercer Sector*, Universidad de Santiago de Compostela, 2005, pp. 19 y ss.

perimentando un auge hasta ahora desconocido, que entre nosotros puede explicarse desde el hecho de que ahora están sustentadas en la consideración del de fundación como verdadero derecho fundamental, pero que también es una realidad en otros escenarios donde esa consideración no se da.

Las fundaciones son sociedad civil y forman parte del tercer sector. Una y otro hacen referencia al ámbito del interés colectivo o general. Y en su evolución ha sido de gran trascendencia el papel asumido por los poderes institucionalizados o fácticos (Iglesia, aristocracia, capas sociales más poderosas). Algo que diferencia el origen y la evolución del tercer sector en Europa y en Estados Unidos, y que explica en gran medida su propia configuración y la relación con el poder público y el interés general.

El asociacionismo en Estados Unidos surge de la iniciativa de los propios ciudadanos. No se impone desde arriba. No son los movimientos ilustrados o religiosos los que mueven a la colaboración benéfica o filantrópica, sino los individuos mismos. Por eso no encontramos en Estados Unidos un recelo hacia los llamados cuerpos intermedios como el que caracterizó la Europa de los siglos XVIII y XIX, incluso los primeros años del XX. En virtud de la Primera Enmienda a la Constitución (1787) «El Congreso no podrá aprobar ninguna ley conducente al establecimiento de religión alguna, ni a prohibir el libre ejercicio de ninguna de ellas. Tampoco aprobará ley alguna que coarte la libertad de palabra y de imprenta, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar reparación de cualquier agravio». Esta enmienda refleja y al mismo tiempo produce el desconocimiento de un poder religioso de la entidad del que existe en Europa, que tan decisivo ha sido en la vertebración de las entidades no lucrativas. Además, el principio de «fragmentación constitucional de la soberanía»<sup>3</sup> refuerza directa e indirectamente el desarrollo de un tejido social de gran presencia y sumamente activo, al tiempo que con idea de protagonismo.

En Europa el impulso se da, sin embargo, desde la Iglesia y la Aristocracia. Los cuerpos intermedios, más que en la idea de participación, se basan en la idea de propiedad. De ahí la crisis de las Manos Muertas, que tienen un exponente en las duras palabras de Turgot en la Enciclopedia de Diderot y D'Alembert<sup>4</sup>. Además no hay fragmentación de la soberanía, sino atribución

---

<sup>3</sup> Vid. D. C. HAMMACK y D. R. YOUNG, «Perspectives on Nonprofits in the Marketplace», en HAMMACK y YOUNG (eds.), *Nonprofit Organizations in a Market Economy*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1993, pp. 1-2 y 9 y ss.

<sup>4</sup> La voz «Foundation» fue escrita anónimamente por Turgot, así como las voces «Etymologie», «Existence», «Expansibilité» (Volumen VI, 1756) y «Foire» (Volumen VII, 1757; volumen en el que también se encuentra la voz «Foundation»), Vid. G. J. CAVANAUGH, «Turgot and

a la representación popular articulada en torno a los Parlamentos Nacionales, sin reconocimiento de otras posibles fuentes.

Hoy ambos sistemas tienden a confluir. La llamada Sociedad Civil se ve cada vez más reforzada en Europa, al tiempo que se produce una evidente «fragmentación del poder». Además, tanto en América como en Europa se buscan nuevas fórmulas de colaboración social que refuercen el llamado Tercer Sector o Sector no lucrativo.

La crisis de las fundaciones en los siglos XVIII y, sobre todo, XIX, se supera en gran medida como consecuencia de la extraordinaria labor que llevan a cabo en el momento de la revolución industrial, que viene acompañada de necesidades sociales hasta entonces desatendidas. Necesidades cuya atención, por un lado va poniendo las bases del estado social, y por otro revuelve los fundamentos de la posición de la Iglesia, que se acerca más a las necesidades sociales de la mano, señaladamente, de la Encíclica *Rerum Novarum*, promulgada por el Papa León XIII el 15 de mayo de 1891. Las fundaciones se convierten así en un instrumento extraordinariamente útil para hacer frente a situaciones de necesidad e injusticia social que los Estados no pueden asumir por falta de recursos y medios, y además dando un paso más en la perspectiva de sus fines, que de la caridad religiosa pasan con mayor peso a la satisfacción de necesidades vitales de los más desfavorecidos. Es la época en que las fundaciones se confunden con la beneficencia. Beneficencia que pretende ser fundamentalmente pública y que convive con la privada.

En este sentido, la Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849 es absolutamente capital. En ella se abre, en apariencia tímidamente, una puerta a las fundaciones que ya no volverá a cerrarse. Dicha Ley, que ha estado en vigor en España hasta 1994, es decir casi siglo y medio, considera las instituciones de beneficencia como públicas, pero admite que, por excepción, también puedan ser privadas. Su artículo 1.º parte de la base de que «los establecimientos de beneficencia son públicos», pero de inmediato admite, siquiera sea por vía de excepción, la existencia de establecimientos «particulares». Y se da por sentado que tanto los establecimientos públicos como los particulares podían cumplir fines de interés general. En gran medida la admisibilidad de establecimientos de beneficencia particulares, sobre todo asistenciales y docentes, pretendía también facilitar que se atendiesen las necesidades de salud e instrucción pública entonces cada vez más demandadas y difícilmente atendibles por los poderes públicos. Ya a finales de siglo, el Código Civil de 1889 consagra definiti-

---

the Encyclopédie», en O. FELLOWS y D. GUIRAGOSSIAN (eds.), *Diderot Studies X*, Librería Droz, S.A., Ginebra, 1968, pp. 23 y ss; en particular, p. 23.

va y expresamente, de la mano de Francisco Silvela <sup>5</sup>, a las Fundaciones como personas jurídicas. En fin, en 1899 se aprueba la importantísima Instrucción de 14 de marzo, sobre el Protectorado del Gobierno en la Beneficencia Particular, que ha estado formalmente en vigor, y por tanto formalmente ha regido la vida de las fundaciones asistenciales, hasta los últimos años del siglo XX.

Es decir, cuando va a empezar el siglo XX la legislación de las fundaciones en España se encuentra recogida en el Código Civil y en la Ley de 1849, así como en la Instrucción de 1899. Y la razón de ser de esa normativa administrativa (no así del Código Civil) era el enorme recelo frente a la beneficencia particular, sólo compensado por la imperiosa necesidad de contar con tales establecimientos, pero sometidos a un férreo control público que recibe la denominación de Protectorado. En cualquier caso, las fundaciones ya habían ocupado con naturalidad y con apoyo legal el terreno del interés general. Terreno que les era reconocido desde hacía siglos. Y que consolida definitivamente la Constitución de 1978 <sup>6</sup>.

## II. Derecho de fundación constitucionalmente reconocido e interés general

El artículo 1.º de la Constitución configura a España como un «Estado social y democrático de derecho». Lo que exige, como es ya de sobra conocido, que los poderes públicos adopten una posición activa en relación con los derechos fundamentales. Posición que debe ser prestacional en lo que a los derechos sociales se refiere, que en principio serían el campo propio de actuación del tercer sector en general y de las fundaciones en particular. Pues bien, como ya he podido señalar en otras ocasiones, lejos de quedar resentidas por la caracterización de nuestro Estado como social y democrático de derecho, las fundaciones como expresión de la participación y colaboración del sector privado con los poderes públicos, salen revitalizadas en su relación con el interés general. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 18/1984, de 7 de febrero, de cita tan obligada como reiterada, «es propio

---

<sup>5</sup> SILVELA, en efecto, impulsó la incorporación en el Código Civil de la referencia a las fundaciones: «Principios capitales a que deben ajustarse en nuestra codificación civil la vida y modo de ser de las personas morales», *Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, 1887. Publicado también en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 71, 1887. *Vid.* PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Pons, Madrid, 2000, pp. 48-52.

<sup>6</sup> Gran parte de las consideraciones de este apartado y de los siguientes las adelanté ya en «Las fundaciones y la constitución española» (1991), *ob. cit.*

del Estado social de derecho la existencia de entes de carácter social, no públicos, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general». Entes que deben mantener una estrecha colaboración con el Estado: la configuración del Estado como Estado Social de Derecho, continúa el Tribunal, «viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza con una actuación mutua Estado-Sociedad».

Tras alguna redacción inicial que recogía en el mismo precepto el derecho de asociación y el de fundación, se llegó a la redacción final del artículo 34, que somete el derecho de fundación al interés general. La Constitución, en efecto, garantiza el derecho de fundación sólo para fines de interés general y con arreglo a la Ley.

El concepto generalmente aceptado de fundación, del que se ha hecho eco el Tribunal Constitucional en su Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, define a la fundación como «persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general».

La generalidad de los fines no es en sí elemento que necesariamente deba definir a los entes de naturaleza institucional, pero el artículo 34 garantiza precisa y solamente a las fundaciones que persigan fines de interés general (asumiendo la posición de De Castro<sup>7</sup> en su controversia con Cárdenas<sup>8</sup>). La generalidad de los fines forma parte, por tanto, del contenido esencial del derecho garantizado y por tanto del concepto de fundación que el legislador debe necesariamente respetar y que los particulares pueden crear en ejercicio del derecho que se les reconoce. No se garantiza, por tanto, cualquier tipo de fundación, sino sólo la que persiga fines de interés general. La STC 341/2005 ha señalado (FJ 5): «Como ya afirmamos en nuestra STC 49/1988, de 22 de marzo, y recordábamos en el FJ 4 de esta resolución, el concepto de fundación al que se refiere dicho precepto constitucional, coincidente con el admitido de forma generalizada entre los juristas, «considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera».

---

<sup>7</sup> «Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares», *Anuario de Derecho Civil*, 1953, pp. 623 y ss.

<sup>8</sup> «Las fundaciones familiares en el derecho privado», *Revista de Derecho Privado*, 1952, pp. 597 y ss.

La misma STC 341/2005 señala también que *«esta caracterización, en la que resulta esencial el interés público o social que ha de estar presente en todo ente fundacional, se manifiesta reiteradamente en los pronunciamientos de este Tribunal, bien sea para considerar insuficiente la calificación de las cajas de ahorro como fundaciones (SSTC 18/1984, de 7 de febrero, FJ 4, y 49/1988, de 22 de marzo, FJ 6), bien para explicar por qué no resultaba irrazonable ni desproporcionado el requisito, establecido en la Instrucción de 14 de marzo de 1899, de que las fundaciones obtuvieran autorización del Protectorado para el ejercicio de acciones judiciales (STC 164/1990, de 29 de octubre, FJ 3), bien, en fin, para entender que no se advierte conculcación alguna del derecho a la igualdad en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, cuando reconoce este derecho únicamente a las personas jurídicas de “interés general”, que “cuando se trata de entidades de tipo fundacional (universitas bonorum) relaciona con las fundaciones que hayan sido inscritas en el Registro administrativo correspondiente” (STC 117/1998, de 2 de junio, FJ 4)».*

La garantía de contenido así configurada no supone en absoluto la petrificación de la institución. No impide la evolución del concepto de fundación. Pero tampoco permite considerar amparadas por ella cualesquiera tipo o manifestación de las fundaciones. De entrada quedan excluidas —ya lo sabemos— las que persigan fines particulares, y se plantean problemas con las fundaciones-empresa. Sobre éstas, el TC (Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, ya citada) ha indicado que *«en todo caso resultaría discutible en qué medida tal concepto encajaría en el de fundación protegida por el art. 34 de la Constitución», que tampoco alcanzaría a proteger a las Cajas de Ahorro por cuanto la transformación sufrida por ellas «no permite considerarlas hoy —según el Tribunal— como fundaciones en el sentido que... el artículo 34 de la Constitución da a este concepto», de modo que no es posible afirmar «que la creación actual de Cajas constituya el ejercicio del derecho de fundación», si bien el propio Tribunal reconoce que no se puede negar que las Cajas «tengan un cierto carácter fundacional o puedan calificarse dogmáticamente de fundaciones a los efectos de encajarlas en una de las figuras jurídicas reconocidas por nuestro derecho», pero añade que «lo cierto es que son, en todo caso, fundaciones de carácter muy peculiar en que domina su condición de entidades de crédito, que es lo que les da su fisonomía actual» (STC 49/1988, FFJJ 6.º, 9.º y 10, respectivamente) <sup>9</sup>.*

---

<sup>9</sup> La crisis que están atravesando las Cajas de Ahorro hace que vuelva a plantearse acudir a la figura fundacional, siquiera sea para atribuir la propiedad de aquéllas a nuevas fundaciones, que asimismo se harían cargo de la obra social. El pasado 25 de mayo de 2010 se ha hecho público que, ante la grave crisis que están atravesando las Cajas de Ahorro en España, el Fondo Monetario Internacional reclama que se sometan a una transformación, convirtiéndose en bancos controlados por una fundación. El modelo a seguir sería el italiano, que por

La garantía constitucional alcanza, por tanto, a la creación de fundaciones que persigan fines de interés general.

Las previsiones del artículo 34 de la Constitución fueron desarrolladas por la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y Mecenazgo. Dicha Ley vino a derogar la vieja Ley General de Beneficencia de 1849, norma hasta entonces en vigor y, como sabemos, pieza clave, junto con el Código Civil, del régimen jurídico de las Fundaciones. La ley regulaba en un solo texto el régimen sustantivo (Título I) y fiscal (Título II) de las Fundaciones y el Mecenazgo. Lo hacía en términos de libertad, resaltando el papel central de la voluntad del fundador, las exigencias del interés general y la nueva posición del protectorado. Además, abría la puerta a la posibilidad de que las fundaciones pudiesen desarrollar actividades económicas o empresariales y a que las personas jurídico-públicas pudiesen crear fundaciones. La ley fue formalmente sustituida en 2002 por las Leyes 49 y 50, pero manteniendo en lo esencial el contenido de la de 1994. Más que nuevas leyes, por tanto, se produjo una simple reforma de la anterior.

El derecho de fundación está íntimamente relacionado con el derecho de propiedad. Precisamente el concepto clásico de fundación se basa en la existencia previa de un patrimonio (entendido éste en sentido ciertamente amplio), que se destina al cumplimiento de un fin de interés general. El propio Tribunal Constitucional admite sin género de dudas que ese concepto tradicional de fundación es el constitucionalmente garantizado por el artículo 34. Incluso prueba de ello sería la propia ubicación sistemática del precepto, inmediatamente posterior al artículo que reconoce el derecho de propiedad.

---

cierto ha dado unos resultados mucho mejor de los inicialmente esperados. Se indica: «El FMI dejó ayer un diagnóstico preocupante para España y para la banca, en especial para las cajas de ahorros, con una receta clara para salir del apuro: más mercado. La prioridad debe ser “reducir la influencia política en las cajas” y obligar a las más grandes —la Caixa y Caja Madrid, por lo menos— a convertirse en sociedades tenedoras de acciones controladas por una fundación; en una suerte de bancos bajo ese paraguas que ofrece la figura jurídica de una fundación». Un portavoz del FMI explicó que lo que sugiere la institución es «un cambio en la estructura legal para clarificar los derechos de propiedad, como han hecho en Italia y Noruega». «Una fundación controlaría la entidad (el banco en que se convertiría la antigua caja) y recibiría dividendos por las acciones. Si esa fundación lo necesitara, podría vender las acciones en el mercado para aumentar capital». «Se trata de un mecanismo útil para imponer disciplina de mercado».

Entregado este trabajo a la imprenta y en fase de corrección de pruebas, se ha publicado el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio (*BOE* de 13 de julio), de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, que permite la transformación de éstas en fundaciones «de carácter especial» conservando la obra social, y el traspaso de todo su negocio financiero a un banco (art. 6).

Sin embargo, como ya he apuntado en otras ocasiones <sup>10</sup>, no creo que de la Constitución se derive que el derecho de fundación deba reconducirse necesaria y casi exclusivamente a la posibilidad de cumplir fines de interés general mediante la vinculación a los mismos de bienes de propiedad del fundador. Antes al contrario, sigo pensando que debe resaltarse la estrecha vinculación del derecho de fundación con el de participación en la vida política, social, económica y cultural, en definitiva, en la consecución del interés general a partir de los concretos fines que, también de interés general, han de perseguir las fundaciones para disfrutar de la garantía constitucional *ex artículo 34*. Participación que no sólo está dirigida al cumplimiento de fines de interés general, sino incluso a la propia definición de dicho interés <sup>11</sup>.

Las anteriores consideraciones realzan la importancia del artículo 9.2 de la Constitución en la configuración de las fundaciones. Al tiempo que impulsan a llevar a cabo una redefinición de las relaciones entre derecho de fundación y derecho de propiedad que seguramente se ha de traducir en una posible desvinculación progresiva del primero en relación con el segundo. La palabra clave en el ejercicio del derecho de fundación no ha de ser sólo «propiedad» sino además «participación». El concepto actual de fundación, por tanto, atenúa la importancia del elemento patrimonial <sup>12</sup> y bascula más a favor de la idea de participación en el interés general y la existencia de una organización personificada como base estructural de la institución.

Lo anterior no es baladí. E incluso debería hacernos pensar si la exigencia de un sustrato patrimonial como elemento esencial de las fundaciones podría llegar a plantear problemas de constitucionalidad si se llevase a extremos exagerados. Pues si admitimos que las fundaciones son hoy un instrumento de participación en la consecución del interés general (lo que nos acerca, por cierto, al modelo estadounidense en los términos que antes vimos) y que el de fundación es un derecho fundamental constitucionalmente garantizado, tendríamos que plantearnos si es posible limitar su ejercicio por razones económicas. La cuestión no es sencilla. La duda que debemos poner sobre la mesa es si la posición económica o patrimonial puede ser condición para restringir el ejercicio de un derecho.

---

<sup>10</sup> «Las fundaciones y la Constitución española», *ob. cit.*; También en «El derecho de fundación como derecho fundamental», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 9, 1996, pp. 147 y ss.

<sup>11</sup> La participación del tercer sector en la definición de políticas públicas se ha analizado por M. DE CASTRO SANZ, «Las relaciones entre el Tercer Sector y los poderes públicos», en la obra colectiva *Las relaciones entre el Tercer Sector y los poderes públicos, VII Foro Tercer Sector*, Fundación Luis Vives, Madrid, 2010, pp. 15 y ss.

<sup>12</sup> Ejemplo de ello son las fundaciones gerenciales y la posibilidad de dotaciones sucesivas (dotaciones sucesivas que ya preveía la ley de fundaciones de 1994 y hoy admite la Ley 50/2002, de Fundaciones, art. 12.2).

Desde luego hay derechos que requieren un estatus específico para su ejercicio. Por ejemplo, la libertad de cátedra [art. 20.1.c)], los derechos de los condenados (art. 25.2), derechos de los profesores, padres y alumnos (art. 27.7), derecho de huelga de los trabajadores (art. 28.2), derecho a la negociación colectiva y a la adopción de medidas de conflicto colectivo de trabajadores y empresarios (art. 37). Incluso podría considerarse que de alguna manera el derecho a la libertad de empresa (art. 38) podría ver limitado en cierta medida el ejercicio por todas las personas dado que el legislador puede definir qué ha de entenderse por empresa, fijando para ello ciertos límites de contenido económico. ¿Puede considerarse que el derecho de fundación se reconoce sólo a favor de quienes son titulares de un patrimonio suficiente para la creación de tales entidades? Si nos atenemos al concepto clásico de fundación, podríamos considerar que es así. Pero es más que dudoso que de la Constitución pueda derivarse una conclusión semejante. No olvidemos que las fundaciones son cauce de participación en la consecución del interés general, lo que equivale a decir que de alguna manera configuran el alcance mismo de tal interés. Y esa posibilidad configuradora no puede limitarse en función del patrimonio personal. El derecho a que se refiere el artículo 34 se reconoce, por tanto, a todas las personas, sin distinción por su capacidad patrimonial o económica. Sobre todo teniendo en cuenta, como luego veremos, que el interés general de dicho precepto no es el interés general equivalente al que la propia Constitución cita en otros artículos (por ejemplo, el 103), sino un interés supraindividual.

El legislador puede establecer un límite o un requisito económico para ejercer el derecho a la libertad de empresa. Pero fijar un contenido patrimonial mínimo para ser titular del derecho de fundación sería inconstitucional. Ello es así precisamente porque, aparte la propia naturaleza de las empresas, el fin de la constitución de una empresa no tiene por qué ser de interés general. Las fundaciones, sin embargo, deben perseguir fines de tal naturaleza, lo que impide, como digo, reservar sólo a unos pocos (o no permitir a todos) la participación en su cumplimiento. Por eso no sería admisible fijar una cantidad mínima para poder constituir una fundación y por eso en la Ley 50/2002 tal cantidad no se fija. Su artículo 12 (de aplicación general por constituir legislación civil al amparo del art. 149.1.8 de la Constitución <sup>13</sup>) señala que la dotación debe ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales y recoge una presunción (sólo una presunción), de que es suficiente una dotación de 30.000 euros. Además, se admite, como ya sabemos, la dotación sucesiva y se prevé un régimen muy flexible tanto de la naturaleza de la dotación como de su aportación.

---

<sup>13</sup> Disposición final primera, 2.b), de la Ley 50/2002.

En definitiva, pues, resulta ya discutible definir la fundación como patrimonio adscrito a un fin general. Hoy la idea de participación y la necesidad de contar con una organización estable que permita la consecución de los fines fundacionales son igualmente identificativos de la figura fundacional. Como en parte se considera en la definición que de fundación contiene el artículo 2 de la Ley 50/2002, que constituye condición básica para el ejercicio del derecho de fundación, de acuerdo al artículo 149.1.1 de la Constitución <sup>14</sup>.

En fin, elemento esencial del derecho de fundación es el respeto a la voluntad del fundador, que ocupa asimismo un lugar de primera magnitud <sup>15</sup>. De una interpretación conjunta de los artículos 34 y 9.2 CE deriva que el derecho de fundación se concreta en el ejercicio de la libertad que se garantiza al fundador para, mediante la creación de una persona jurídica, vincular de forma duradera ciertos bienes a fines de interés general como manifestación del derecho de propiedad y del derecho a participar en la vida social y cultural; derecho que en todo caso deben tutelar y promover los poderes públicos.

Como ha señalado el TC en la Sentencia 341/2005, reiterando la doctrina ya expresada en la STC 49/1988, «la fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera. Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman... como afirmación general pocas dudas puede haber de que ese es el concepto de fundación a que se refiere el artículo 34 de la Constitución. Obsérvese también que el reconocimiento del derecho de fundación figura en el Texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia (art. 33). Ello permite entender que aquel derecho es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados» (FJ 5).

---

<sup>14</sup> Disposición final primera, 1, de la Ley.

<sup>15</sup> Sobre ello *vid.* PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, ob. cit.

### III. Interés general y fundaciones <sup>16</sup>

Tanto el artículo 34 como el 103 de la Constitución utilizan la misma expresión para referirse, respectivamente, a los fines que definen a las fundaciones constitucionalmente garantizadas («se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general»), y al mandato servicial que configura constitucionalmente a la Administración: ésta «sirve con objetividad los intereses generales» (art. 103). Sin embargo, ambos fines no son equivalentes <sup>17</sup>. En cualquier caso, queda meridianamente claro que no corresponde a los poderes públicos el monopolio del interés general.

La Constitución utiliza diversas expresiones para referirse al interés supraindividual. Habla de interés general <sup>18</sup>, interés social <sup>19</sup>, interés público <sup>20</sup> e interés nacional <sup>21</sup>. También, de «Interés general de España» <sup>22</sup>. Además, se refiere también a un interés definido en función del territorio, para habilitar las competencias de las Comunidades Autónomas <sup>23</sup>.

El Interés general que deben perseguir las fundaciones es el interés superior al individual, incluso al de grupo si éste está integrado por sujetos no genéricamente individualizados. Pero ese interés general puede llegar a ser el mismo al que deben servir las Administraciones Públicas. Ningún límite se ha establecido al respecto ni en la Constitución ni en la Ley de Fundaciones. La enumeración de fines recogido en el artículo 3.1 de la Ley 50/2002 es meramente enunciativa, sin que para nada tenga ánimo de acotar los fines generales que pueden perseguir las fundaciones. En consecuencia, para que el derecho

---

<sup>16</sup> Como he advertido más atrás, algunas de las siguientes reflexiones las he expuesto ya en la «Relazione Generale», en el marco del *XVIII Congresso italo-spagnolo dei Professori di Diritto Administrativo. Forme private e interessi generali: quale ruolo per le fondazioni?*, Bolonia, 27-29 mayo de 2010.

<sup>17</sup> Sobre el concepto de interés general es ya clásica la aportación de A. NIETO, «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo IV, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2187 y ss. Asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA, «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», *REDA*, n.º 89, 1996, pp. 69 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, «Interés General», en *Enciclopedia Jurídica Básica, III*, Civitas, Madrid, pp. 3658 y ss. En relación con las fundaciones, CAFFARENA LAPORTA, «Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, Asociación Española de Fundaciones-Iustel, Madrid, 2009, pp. 29 y ss.

<sup>18</sup> Artículos 30, 34, 47, 128, 150.

<sup>19</sup> Artículos 33 y 124.

<sup>20</sup> Artículos 76 y 124.

<sup>21</sup> Artículo 144.

<sup>22</sup> Artículo 155.

<sup>23</sup> Artículos 148.1, apartados 4, 10, 11, 15 y 16, y 149.1, apartados 20 y 24.

de fundación resulte constitucionalmente garantizado, las fundaciones *deben* perseguir (y por tanto los fundadores establecer) un interés superior al individual, que *puede* llegar a ser el mismo interés general a que se refiere el artículo 103. Incluso nada impediría que ese interés general fuese considerado interés nacional por el fundador. Pero en este caso debe estimarse que la definición que haga el fundador no tiene mayor alcance que el de autodefinirse como tal. Así como no hay un monopolio del legislador en definir qué se entiende por interés general, sí lo hay para definir qué se entiende por interés nacional.

En este sentido, plantea serias dudas lo que se afirma en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid, de 29 de mayo de 2009<sup>24</sup>, por la que se desestima el recurso interpuesto contra la denegación de la inscripción de una Fundación con la denominación de «Fundación para la Defensa de la Nación Española».

El Tribunal resalta que

*«la denegación se basó en un análisis conjunto de las reglas [contenidas en el artículo 5.º de la Ley 50/2002] ... para llegar a la conclusión de que la incorporación en la denominación de los términos “DEFENSA”, que se corresponde con la denominación de un Departamento Ministerial, y “NACIÓN ESPAÑOLA”, que equivale a “ESPAÑA”, daba lugar a error o confusión en cuanto a los fines de la Fundación que en ningún caso podrían ser los propios del Ministerio de Defensa, ni identificarse con el sector público.*

*Y lo cierto es que la denominación propuesta, al unir ambos términos, sugiere desde luego una vinculación con fines públicos evocando una actividad reservada al sector público cual es la defensa de España.*

*Esta confusión o error conceptual es precisamente lo que pretende eludir la regulación sobre la materia y, concretamente, el transcrito artículo 5 de la Ley 50/2002, considerando la Sala que la interpretación que de dicho precepto se hace en las Resoluciones*

---

<sup>24</sup> A ella nos referimos también en este Anuario: PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ, «Las fundaciones en la Comunidad de Madrid. Doctrina de los Tribunales 2009-2010». La Sentencia, dictada en el Recurso 554/2006, se enfrentó a un caso curioso: La Subdirección General de Fundaciones y Mecenazgo del Ministerio de Cultura dictó resolución el 11 de enero de 2006, confirmada por la Secretaría General Técnica mediante Resolución de 27 de febrero de 2006, por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto contra aquella, por la que desestimó la petición formulada por los interesados para que se emitiese certificado de denominación negativa a favor de la Fundación para la Defensa de la Nación Española. La resolución por la que se denegó tal solicitud, y por tanto la expedición del certificado, se basó en lo establecido en el artículo 5 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, «advirtiendo que debía proponerse otra denominación por la cual resultara indubitado que la fundación no pertenece al Sector Público estatal ni pretende desempeñar potestades reservadas en exclusiva a ésta» (sic).

*impugnadas no resulta restrictiva, como asegura el demandante, del derecho reconocido en el artículo 34 de la Constitución cuando, siendo ilimitadas las posibilidades denominativas, puede elegirse cualquier otra que reflejando también los fines de la Fundación no incida en las limitaciones o prohibiciones comprendidas en el precepto.*

*Se trata, además, no sólo de prevenir el error o la identificación con el sector público, sino también de evitar que por el carácter excluyente de la inscripción previa pueda apropiarse una Fundación de denominaciones o términos que pertenecen al acervo común y no son susceptibles de empleo en exclusiva».*

Al margen de otras consideraciones, merece la pena destacar que de la Sentencia parecería desprenderse que las fundaciones no pueden desarrollar actividades reservadas «al sector público», lo cual en absoluto es así. No existe en la Ley de Fundaciones una prohibición de perseguir fines de interés general que correspondan al sector público. Esta prohibición sólo es efectiva en caso de que bien exista una reserva a favor de dicho sector público en relación con tales fines, o bien estemos ante el ejercicio de potestades que, prohibidas en relación con las fundaciones privadas de iniciativa pública, han de estarlo también, lógicamente, en relación con las de iniciativa privada. De hecho, son innumerables las fundaciones que persiguen fines de interés general coincidentes con otros tantos propios del sector público. Por eso, la Sentencia a la que me refiero sólo puede considerarse admisible si en ella lo que se pretende es resaltar que las fundaciones no pueden perseguir fines de interés general que impliquen el ejercicio de potestades.

Incluso hay supuestos normativos de posible reconocimiento a las fundaciones de fines que corresponderían a los poderes públicos. Así, el artículo 45.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, establece que «Las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla podrán establecer los convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades, bien sean públicas, de la Administración del Estado, Local o de otras Comunidades Autónomas, o privadas sin ánimo de lucro, para la ejecución de las medidas de su competencia, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución». Por su parte, el artículo 83 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores, prevé que los centros de menores puedan ser públicos o privados. Los ejemplos podrían multiplicarse.

En realidad, la única limitación constitucional a los fines de las fundaciones es que sean de interés general (art. 34), que en ningún caso sean fines tipificados como delito (art. 22 de la Constitución, al que se remite el 34) y que no impliquen el ejercicio de potestades (reservadas a las Administraciones Públicas: arts. 97 y 103).

Por otra parte, el interés general a que hace referencia el artículo 103 no es el mismo a que se refiere el artículo 34.

El primero es el interés de los ciudadanos y se cita para dejar claro que la Administración no actúa en servicio de ningún hipotético interés propio, y que en ningún caso puede actuar en beneficio particular, por muy ajeno a la propia Administración que sea. Precisamente, los casos de corrupción tienen en la base la puesta a disposición de fines particulares del aparato de la Administración, incluyendo fondos públicos. La apertura de los contratos y la necesidad de respetar reglas de selección de los contratistas y adjudicación de los contratos se fundamenta en la interdicción de poner al servicio de, o beneficiar a, intereses particulares con recursos y medios públicos (además de garantizar que no se falseen las reglas de la competencia).

El interés general del artículo 34 es el contrapunto del interés particular. La figura fundacional es un medio para, a través de la creación de una persona jurídica diferente del fundador (que no necesariamente ha de ser una persona física o jurídico-privada), cumplir fines de interés general, dirigidos a beneficiar a colectividades genéricas de personas (art. 3.2 de la Ley 50/2002: «La finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas»<sup>25</sup>). Esta es una de las diferencias más significativas con las asociaciones. Éstas, integrantes también del tercer sector, pueden cumplir fines de interés particular, ceñidos sólo a los propios de los socios, que pueden estar perfectamente definidos y ser identificables (por ejemplo, una asociación de antiguos alumnos). Por este motivo, el artículo 22 de la Constitución, al reconocer el derecho de asociación, no añade exigencia alguna a la naturaleza o alcance de los fines perseguidos, que sólo son limitados negativamente, al objeto de prohibir fines delictivos (además de prohibir las asociaciones secretas, las de carácter paramilitar y las que utilicen medios tipificados como delitos). Por eso no hay un derecho constitucional de las asociaciones a ser reconocidas de utilidad pública, pues los fines de las asociaciones pueden ser privados. Las fundaciones no necesitan ser declaradas de utilidad pública, pues siempre son «de interés general».

Por otro lado, sin entrar ahora en el debate sobre si el de interés general es o no un concepto jurídico indeterminado (García de Enterría<sup>26</sup>, Tomás Ra-

---

<sup>25</sup> La Ley interpreta el alcance de la generalidad de los destinatarios en el propio artículo 3.º Merece la pena resaltar que tendrán la consideración de colectividades genéricas de personas los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares y que asimismo se admite la creación de fundaciones a favor de personas jurídicas singularizadas que persigan fines de interés general. Tal sería el caso, por ejemplo, de la Fundación de Amigos del Museo del Prado.

<sup>26</sup> «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», ob. cit. Asimismo, junto con T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo, I*, Thomson-Civitas, Madrid, 14.ª ed., 2008, pp. 467 y ss.

món Fernández, Sainz Moreno <sup>27</sup>, por un lado; Beltrán de Felipe <sup>28</sup>, Mariano Bacigalupo <sup>29</sup>, Muñoz Machado <sup>30</sup>, por otro) lo que sí debe afirmarse es que la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados no es aplicable para definir el alcance del interés general en el artículo 34 de la Constitución. Lo que el artículo 34 hace al remitirse a la ley (se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la ley) no es dejar en manos del legislador definir qué se entiende por interés general, pues ello implicaría una limitación injustificada del ámbito de aplicación del derecho de fundación, sino permitirle configurar los contornos del ejercicio del derecho, teniendo en cuenta que no se podrá limitar el derecho a la persecución de unos fines de interés general y no de otros. Las fundaciones no son instrumentos del poder público para el servicio objetivo del interés general (salvo las de iniciativa pública y las fundaciones públicas). Son manifestación en clave de libertad del ejercicio de un derecho reconocido constitucionalmente.

Lo que entonces debe concretarse es si hay algún medio para garantizar e incluso imponer el interés general que esté reservado a la Administración. Semejante interrogante tiene una respuesta afirmativa: el medio consistente en el ejercicio de potestades le corresponde en exclusiva a la Administración (al poder público) pues no es dable que la ciudadanía delegue en entidades privadas el uso de medios coactivos para la imposición del interés general.

En principio, pues, debería pensarse que ningún fin de interés general le está vedado a las fundaciones (los fines prohibidos por la remisión al art. 22 no son intereses generales, por definición), pero sí le son inaccesibles ciertos medios para imponerlos. Por tanto, y en conclusión, no hay intereses generales vedados a las fundaciones, sino medios para imponerlos. Medios que corresponden en exclusiva al poder público.

Debe tenerse en cuenta, además, que la posibilidad de que las fundaciones participen en el interés general no viene atribuida hoy ni por el legislador ni mucho menos por la Administración, sino por la propia Constitución. Es decir, ni siquiera el legislador puede reservar, ni a sí mismo ni a la Administración, el monopolio del interés general. Hacerlo así sería inconstitucional. Lo que sí puede hacer el poder público es definir qué intereses generales puede

---

<sup>27</sup> *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.

<sup>28</sup> *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.

<sup>29</sup> *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Madrid, 1997.

<sup>30</sup> *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, I*, Iustel, Madrid, 2.ª ed., 2006, pp. 546 y ss.

considerar prioritarios. La definición de unos intereses generales como más importantes que otros es consustancial al pluralismo político.

Pero esa posibilidad nada tiene que ver con la exigencia de informe favorable del Protectorado para constituir una fundación, previsto en el artículo 35.1.a) de la Ley 50/2002<sup>31</sup> y que en mi opinión podría ser inconstitucional, pues deja en manos de la Administración (no del legislador —que sería excesivo— ni de los jueces —que sería lo lógico—) la definición del interés general. La cuestión sería distinta si ese control previo (y el Protectorado en general), se atribuyese a una Autoridad independiente. Luego me refiero a ello.

#### **IV. Administración pública, fundaciones e interés general**

##### **1. *La necesaria revisión del Protectorado***

La consecución de fines de interés general en el marco de la voluntad del fundador está sometida a la supervisión de la Administración pública a través de la figura del Protectorado.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, ha señalado expresamente que «las leyes pueden prever un tipo de acción administrativa, el Protectorado, para asegurar el cumplimiento de los fines de la Fundación y la recta administración de los bienes que la forman»<sup>32</sup>. Esta afirmación, que se hace en el marco constitucional, significa que en dicho marco encaja la posibilidad de establecer, por vía legal, el Protectorado. La configuración que del ejercicio del derecho de fundación puede hacer la Ley, de acuerdo a lo que el propio artículo 34 de la Constitución admite («se reconoce el derecho de fundación... con arreglo a la Ley»), no impide que se establezca un tipo de Protectorado en relación con las fundaciones.

Este es el punto de partida que, como ya he tenido ocasión de señalar en otro lugar, debemos tomar en consideración. «La Constitución no impone, pero en absoluto prohíbe, la existencia del Protectorado. Puede incluso afirmarse que en el núcleo esencial del derecho de fundación institucionalmente garantizado por la Constitución cabe identificar la presencia de la acción pública de Protectorado como elemento no extraño al sistema»<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Y artículo 43.b) del Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, aprobado por Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre.

<sup>32</sup> Véase mi libro *Régimen jurídico de las Fundaciones: jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, ob. cit., pp. 17 y ss.

<sup>33</sup> «Régimen jurídico público...», ob. cit., p. 371.

No voy a analizar ahora el Protectorado, ampliamente estudiado entre nosotros, pero en cualquier caso hay que revisar totalmente su régimen y la posición de las fundaciones en relación con la Administración Pública en este punto. No sólo porque el Protectorado no ha funcionado, sino porque, pese a ser constitucional su existencia, debe reconfigurarse.

Admitida la constitucionalidad y justificación del control externo sobre las fundaciones, la Administración pública es la que por naturaleza está llamada a ejercer el primer control sobre el cumplimiento de la voluntad del fundador (sin perjuicio, por supuesto, del control último que se reserva a los jueces y tribunales). El artículo 103 de la Constitución nos da base más que suficiente para llegar a esa conclusión.

Muy distinto es que la actual configuración del Protectorado sea la más idónea.

Por un lado, la diversidad de Protectorados puede introducir disparidad de criterios en el modo en que el control es ejercido, lo cual es a todas luces criticable. Por eso es imprescindible llevar a cabo una decidida reestructuración del Protectorado que debería cuando menos traducirse en un proceso decidido de unificación de los servicios del Protectorado frente a la dispersión hoy existente. Dispersión que, como he señalado ya en otras ocasiones, es no sólo disfuncional sino también en no pocas ocasiones totalmente injustificada. No se trata ya de que sean —en el ámbito de la Administración del Estado— dos o tres los Departamentos con competencias en materia de control sobre las fundaciones en función de la actividad desarrollada, sino que la gran mayoría de los Ministerios han optado por crear sus propios órganos de protectorado, sobre todo cuando previamente se han creado, a iniciativa de los mismos, fundaciones «del sector público estatal», respecto de las cuales no se desea dejar en manos de un Ministerio diferente el ejercicio del control.

Pero seguramente ha de darse un paso más. Y ése no es otro que el de tender hacia un control público, externo e independiente. No vinculado, en consecuencia, a un Departamento específico, sino dotado de autonomía y con suficientes recursos humanos y económicos. La proliferación de fundaciones de iniciativa pública exige, en mi opinión, que el control no se atribuya en absoluto a quien en definitiva va a ser controlado. Esta situación sólo puede ser calificada de esquizofrénica, pues no es extraño que los órganos de gobierno de las fundaciones de iniciativa pública coincidan con quienes han de ejercer el protectorado. Y no sólo eso, pues también ha de tenerse en cuenta que la importancia, el peso, y por qué no decirlo, el poder de no pocas fundaciones de iniciativa privada se compadecen mal con el control de servicios poco dotados e integrados en estructuras administrativas fuertemente burocratizadas.

Creo, pues, que debe tenderse hacia la creación de una suerte de Agencia pública e independiente de control sobre las fundaciones. No es un tema extraño en cuanto al ejercicio de un derecho, pues ya tenemos ejemplos, como la Agencia Española de Protección de Datos, que tutela y garantiza un derecho. Sobre todo por la importancia que tiene el interés general.

Esa Agencia debe, además, ejercer un control de naturaleza reglada, no discrecional, como por el contrario ocurre en estos momentos. En efecto, no pocas de las autorizaciones previstas tanto en la Ley estatal como en las leyes autonómicas hasta ahora aprobadas tienen un fuerte contenido discrecional, de modo que se atribuye al protectorado un amplio margen de apreciación a la hora de adoptar sus decisiones. Por otra parte, ese control reglado debe dejar de ser fundamentalmente previo para serlo *a posteriori* o revisor.

En cualquier caso, es evidente que a los Tribunales les corresponde el control último de la legalidad de la actuación de las Fundaciones y de la Administración. Ningún problema hay en ello.

## 2. *Las fundaciones privadas de iniciativa pública*

El fenómeno de las fundaciones de iniciativa pública ha sido objeto de ya numerosos estudios que han dedicado no pocas páginas a intentar explicar una cuestión que era ajena al mundo fundacional hace unos años y que ahora ocupa un lugar preferente que resulta difícil explicar y justificar<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> La bibliografía sobre el tema ya es más que abundante. *Vid.*, entre otros (por orden cronológico), PIÑAR MAÑAS, «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», *REDA*, n.º 97, 1998, pp. 37 y ss.; MUÑOZ MACHADO, «Las fundaciones privadas de ente público», en *Las Universidades y su régimen jurídico*, Lex Nova, Valladolid, 1999, pp. 583 y ss.; VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Pons, Madrid, 1999. En esta obra hay un interesante Prólogo de PAREJO ALFONSO; PIÑAR MAÑAS, «Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n.º 1 del año 2000, pp. 73 y ss.; PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones...*, ob. cit., pp. 203 y ss.; BERMEJO LATRE, «Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la “huida” del derecho administrativo», en SOSA WAGNER (COORD.) *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 935 y ss. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Fundaciones privadas del sector público: problemas de constitucionalidad», en *Actas del XIII Congreso italo-español de profesores de Derecho Administrativo. Salamanca, 9-11 de octubre de 2000*, Cedecs, Barcelona, 2002, pp. 301 y ss.; PIÑAR MAÑAS, «Tercer sector, sector público y fundaciones», en las mismas *Actas*, pp. 241 y 242 (en base a este trabajo, notablemente revisado y actualizado, el trabajo del mismo título en *Revista Española del Tercer Sector*, n.º 1, oct.-dic., 2005, pp. 15 y ss.); MALARET GARCÍA y MARSAL FERRET, *Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción*, Fundación Pi i Sunyer, Barcelona, 2005; SOCIAS CAMACHO, *Fundaciones del Sector Público. En especial, el ámbito sanitario*, Iustel, Madrid, 2006; CARBALLEIRA RIVERA, *Fundacio-*

Salvo en la Ley catalana de fundaciones de 3 de marzo de 1982 (que sólo reconocía la capacidad de fundar a las personas físicas y a las jurídico-privadas), la constitución de fundaciones por parte de las Administraciones Públicas no ha estado nunca prohibida. O mejor dicho, nada impedía, por defecto, que las Administraciones pudiesen constituir fundaciones. De hecho, la figura fundacional, a través de las fundaciones públicas de servicio y los patronatos municipales, siempre ha estado presente en el ámbito de la Administración. Lo que no ha sido tan usual, hasta no hace mucho, era la constitución de fundaciones privadas. Pero, repito, con anterioridad a la Constitución y antes también de la Ley de 1994, nada impedía a la Administración crear fundaciones privadas. Con la excepción, ya apuntada, de la Ley catalana. Dicho lo anterior, el primer reconocimiento normativo que de forma expresa tuvo la capacidad de las Administraciones de crear fundaciones se encuentra en el artículo 6 de la Ley 30/1994. Dicho precepto reconocía a las personas jurídico-públicas la capacidad de fundar. Quienes tuvimos el honor de formar parte de la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de ley de fundaciones de 1994 recordamos que cuando se planteó la posibilidad de reconocer a las personas jurídico-públicas la capacidad de crear fundaciones se tuvo muy en cuenta la existencia, ya entonces, de al menos dos fundaciones creadas por entidades públicas; fundaciones privadas a todos los efectos: la Fundación Argentaria (entonces Argentaria era Banco público) y la Fundación General de la Universidad Complutense. Esta realidad motivó que se permitiese, casi por vía de excepción, la creación de fundaciones de iniciativa pública. El resquicio abierto por la ley de 1994, que luego pasó a la de 2002, ha sido aprovechado de forma desmedida por las Administraciones Públicas, del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales. Nótese la paradoja de tal situación en relación con la prevista por la Ley de 1849. Podría decirse, casi, que mientras que en ésta la beneficencia pública era la regla y la privada la excepción, en el modelo constitucional y en el legal surgido de él, la situación es cabalmente la contraria. En cualquier caso, así como tras la rendija abierta por la ley de 1849 las fundaciones privadas experimentaron un notable incremento, tras la ley de 1994 han sido las administraciones públicas las que han aprovechado con enorme generosidad la posibilidad que por vía de excepción se les ha reconocido.

---

*nes y Administraciones Públicas*, Atelier, Barcelona, 2009; MUÑOZ MACHADO, «Las fundaciones del sector público y la legislación de contratos», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, Asociación Española de Fundaciones-Iustel, Madrid, 2009, pp. 153 y ss.; VÁZQUEZ LIDOY, *Entregas dinerarias sin contraprestación concedidas por las fundaciones públicas*, Asociación Española de Fundaciones, Madrid, 2009; MENÉNDEZ GARCÍA, «Las fundaciones y las sociedades públicas», en CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo II, La organización de las Administraciones públicas*, Iustel, Madrid, 2009.

Las fundaciones constituidas por entidades públicas no son expresión de ningún derecho fundamental (el derecho de fundación), sino una técnica. Artificiosa, además. Que se utiliza, en no pocas ocasiones, para intentar eludir la aplicación del derecho administrativo. La posibilidad de constituir fundaciones no forma parte en sí misma del estatuto jurídico de las Administraciones públicas. Se trata tan sólo de una posibilidad que el legislador puede reconocer o no. Son en cualquier caso verdaderas fundaciones privadas, no públicas.

Las fundaciones públicas forman parte de las entidades institucionales de la Administración. Son Administración institucional. Su régimen jurídico, por tanto, es de derecho público. Por el contrario, las fundaciones a que ahora me refiero son entidades privadas, creadas, eso sí, por entidades públicas, pero sometidas al derecho privado.

Significa esto que una vez constituida la fundación, se registrará ante todo (y no supletoriamente) por lo dispuesto en la Ley 50/2002, de Fundaciones. La especialidad de su régimen se encuentra en el proceso de formación de la voluntad de la entidad pública que funda, que por supuesto está sometido a normas de derecho público, así como en el proceso de disposición de los bienes dotacionales, también sometido al derecho público, en el control financiero y contable y en el régimen de contratación.

La Ley de 2002 dedica los artículos 44 a 46 a las mal llamadas «fundaciones del sector público estatal», es decir, las fundaciones creadas a iniciativa de la Administración del Estado. La opción del legislador era atajar algunos de los problemas que ya antes se habían evidenciado y que tienen que ver con las necesarias cautelas que han de tomarse a la hora de crear tales fundaciones y a su régimen jurídico. Merece la pena destacar que la ley prohíbe que puedan ejercer potestades públicas [art. 46.1.a)] y refuerza el control presupuestario y contable a que están sometidas, así como los principios de objetividad y publicidad que deben observar en la selección de personal y en la contratación. Se trata de previsiones que deben ser bienvenidas, pero que en absoluto resuelvan los muchos problemas que plantean. Por ejemplo, y por citar uno, sigue sin resolverse el espinoso tema del ejercicio del protectorado, que en muchas ocasiones corresponde, en función de su cargo y competencias, a quien ejerce la presidencia de la fundación controlada o forma parte de su patronato. Además, debe tenerse en cuenta que la contratación por parte de tales fundaciones no sólo debe ajustarse a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad (como pretende el art. 46.5) sino que debe aplicarse la Ley 30/2007, de contratos del sector público, en los términos en ésta fijados. Su artículo 3.f) considera que, a efectos de lo dispuesto en la propia Ley, se entenderá que forman parte del sector público «las fundaciones que se constituyan con una aporta-

ción mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades» (concepto que coincide con el definido en el art. 44 de la Ley 50/2002) <sup>35</sup>.

Existe un debate abierto acerca de la capacidad de las Administraciones Públicas para constituir fundaciones. Incluso se ha llegado a plantear la inconstitucionalidad de las fundaciones de iniciativa pública <sup>36</sup>.

En mi opinión, y frente a lo que se mantiene con carácter general <sup>37</sup>, la creación de una fundación de iniciativa pública no necesita de una ley especial habilitante que reconozca la capacidad de las Administraciones Públicas para su creación. El artículo 8 de la Ley 50/2002 (que según su disposición final 1.<sup>a</sup> es de aplicación general, al amparo del art. 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución, y tiene su origen en el art. 6 de la Ley 30/1994) dispone en su apartado 4 que «las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario».

Las previsiones del citado artículo 8 (y antes del art. 6 de la Ley de Fundaciones de 1994) hicieron, como digo, que por algún sector se considerase (y se considere) que es necesaria una habilitación legal ulterior para reconocer de forma expresa la capacidad de las Administraciones Públicas para crear fundaciones <sup>38</sup>. Por nuestra parte, hemos mantenido que ya la ley de 1994 permitía sin más la creación de fundaciones por la Administración (salvo que la ley lo prohíba), sin que fuese necesaria esa habilitación posterior <sup>39</sup>.

Pues bien, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Madrid de 29 de diciembre de 2009 (Recurso 582/2008) acoge sin duda la postura por nosotros mantenida. El Pleno del Consejo General de Colegios de Graduados Sociales aprobó el 25 de abril de 2008 la creación de la Fundación Justicia Social del Consejo General de Colegios de Graduados Sociales. La Asociación

---

<sup>35</sup> Sobre ello *vid.* MUÑOZ MACHADO, «Las fundaciones del sector público y la ley de contratos», *ob. cit.*

<sup>36</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Fundaciones privadas del sector público...», *ob. cit.*

<sup>37</sup> VAQUER CABALLERÍA, PAREJO, SOCAS CAMACHO, CARBALLEIRA (en las obras citadas más atrás).

<sup>38</sup> VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, PONS, Madrid, 1999, con Prólogo de PAREJO ALFONSO, en el que rebate nuestra opinión previa. SOCAS CAMACHO, *Fundaciones del Sector Público. En especial, el ámbito sanitario*, Iustel, Madrid, 2006; CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administraciones Públicas*, Atelier, Barcelona, 2009.

<sup>39</sup> PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ, *Derecho de Fundaciones y voluntad del fundador*, PONS, Madrid, 2000, pp. 203 y ss.

de Graduados Sociales Ejercientes consideró nulo el acuerdo, y lo impugnó ante el TSJ. Su argumento es que el acuerdo «es nulo de pleno derecho por carecer el Consejo General de capacidad suficiente para adoptarlo». Señala que ni la ley de Colegios Profesionales ni los Estatutos del de Graduados Sociales recogen la creación de fundaciones entre las competencias que asignan al Consejo General, por lo que al carecer el Consejo de capacidad para crear la fundación objeto del acuerdo impugnado, éste deviene nulo de pleno Derecho.

El Tribunal es tajante: «el artículo octavo de la Ley 50/02 de Fundaciones, al regular la capacidad para fundar, además de los dos requisitos resaltados en la demanda para personas físicas o jurídicas privadas de índole asociativa, establece en su número 4 que las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario, de donde resulta que el Consejo General en este caso tiene reconocida por la ley, al ser una Corporación de Derecho Público, la capacidad de crear fundaciones, capacidad que sólo cedería ante una disposición expresa en contrario de las normas que la regulan, disposición que no se identifica en la demanda ni se halla en los estatutos». Y concluye que «con claridad meridiana se desprende que la creación de la Fundación y aprobación de sus Estatutos entran dentro de las funciones y fines que tiene atribuidos el Consejo General por el RD 1415/2006 y que por lo tanto no existe vicio de capacidad alguno en el acuerdo que pudiera determinar su nulidad de pleno Derecho». Y ello teniendo en cuenta que «en el supuesto que estamos examinando el Consejo General de Colegios de Graduados Sociales actuó como Administración Pública al crear una fundación, y lo hizo dentro de la función de formación de sus asociados que le viene reconocida en sus estatutos y, además, adoptó el acuerdo fundacional en la forma igualmente en ellos establecida, por lo que no puede imputarse a éste el vicio de ausencia de capacidad que pretende la demandante».

La creación de fundaciones privadas de iniciativa pública tampoco es manifestación de la potestad de autoorganización de la Administración, sino, en primer lugar, de la potestad de disposición de fondos y recursos (no personales) públicos. Puede entrar en juego, indirectamente, la potestad de autoorganización cuando la creación de la fundación afecta a la organización administrativa. Por ejemplo, si la creación de una fundación lleva emparejada la supresión de un órgano o unidad administrativos. Se trata de una suerte de manifestación negativa o indirecta de la potestad de autoorganización. Pero nada más. Y ello es así porque las fundaciones de iniciativa pública a las que ahora nos referimos no son entidades públicas, no se integran en la organización administrativa, no son, en definitiva, administración pública. Incluso es

equivoco considerarlas, a todos los efectos, como integrantes del sector público, como parecería desprenderse de la Ley 50/2002. Más simplemente, *vienen consideradas* como integrantes del sector público *pero sólo a ciertos efectos*: a los derivados del control presupuestario y a los del régimen de contratación. Pero, por ejemplo, en ningún caso se aplica al personal el Estatuto básico del empleado público (Ley 7/2007, de 12 de abril), salvo que deba aplicarse por el hecho de que quien preste sus servicios en una de estas fundaciones sea empleado público (por ejemplo, en cuanto al régimen de incompatibilidades o situaciones de los funcionarios). Ni se aplica el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo en supuestos de responsabilidad concurrente. Pero no por aplicación del artículo 140 de la Ley 30/1992, según la redacción dada por la Ley 4/1999, sino en aplicación de lo previsto en el artículo 2.e) de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción, pues en caso de concurrencia de responsabilidades entre una Administración y una fundación de iniciativa pública no estaríamos ante un supuesto de concurrencia entre Administraciones públicas, sino de concurrencia con particulares (la fundación) en la producción del daño.

Ahora bien, dado que la Administración debe servir con objetividad los intereses generales (art. 103 de la Constitución), es imprescindible que justifique la incuestionable necesidad de crear una fundación, pues ésta también debe cumplir fines de interés general. Además, y éste es un tema de enorme importancia no suficientemente resaltado hasta la fecha, mientras que las Administraciones públicas actúan al servicio de los ciudadanos, las fundaciones ejercen sus funciones a favor de los beneficiarios o usuarios (cuyo estatus no está nada claro <sup>40</sup> ni su habilitación o legitimación para cuestionar el desempeño de su actividad por las fundaciones: ver Ley 50/2002). Y es evidente que la Administración, al crear una fundación, no puede convertir a los ciudadanos en simples beneficiarios. Por ello una fundación en ningún caso puede sustituir a la Administración. Pensemos en algún servicio público municipal que se cede o traspasa a una fundación privada de iniciativa local. Se daría la paradoja de que los particulares destinatarios de tal servicio pasarían de ostentar la condición de ciudadanos frente a la corporación municipal, a ser simples beneficiarios ante la fundación, con la consiguiente mutación de su posición jurídica y, lo que es peor, la reducción hasta casi supresión, de sus derechos frente al

---

<sup>40</sup> Fue pionero en el estudio del régimen de los beneficiarios de las fundaciones (o de la beneficencia) Luis María Díez-Picazo, «La legislación de beneficencia en España», en PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ, *Legislación sobre Instituciones de Beneficencia Particular. Fundaciones benéfico-asistenciales puras y mixtas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, pp. 28-29. Recientemente, CAFFARENA, «Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», ob. cit.

municipio. Sería pues, quizá, necesario, la convivencia de la Administración prestadora de un servicio al que los *ciudadanos* tienen *derecho*, y la fundación, frente a la que los *beneficiarios* no ostentan más que una mera *expectativa* no exigible. Situación que sin duda es de todo punto cuestionable por la duplicidad de servicios que ello puede ocasionar. Sin embargo, lo que sí podría hacer una fundación es intensificar la actividad prestacional. En este sentido, el ámbito natural de las fundaciones de iniciativa pública debería ser el prestacional.

El régimen jurídico que se aplica a ciertos efectos a las fundaciones privadas de iniciativa pública no cambia su naturaleza jurídica de persona jurídico-privada. En este sentido, se les aplica la Ley de Fundaciones, en la medida en que recoja contenidos esenciales del derecho de fundación. Pues la Ley de Fundaciones, que cumple una verdadera función constitucional (Gomez-Ferrer Morant <sup>41</sup>) de definición del derecho de fundación, no sólo recoge y regula el «derecho a fundar», sino los derechos de las fundaciones, que las de iniciativa pública también pueden ejercer, pues son titulares de tal derecho una vez constituidas. No se trata de algo extraño en nuestro sistema jurídico. Algo semejante ocurre con el derecho a la autonomía universitaria, del que son titulares las Universidades constituidas. Entre tales derechos cabría considerar el de no ser extinguidas más que en los supuestos previstos en el artículo 31 de la Ley 50/2002 (que tiene carácter básico en aplicación del art. 149.1.1 de la Constitución <sup>42</sup>). Es decir, las Administraciones que constituyesen una fundación no podrían libremente extinguirla, pues estarían sometidas a los supuestos tasados que aquel artículo prevé (supuestos que, necesario es reconocerlo, permiten un amplio margen de maniobra al fundador, incluida la Administración fundadora). Tampoco la Administración fundadora podría por sí misma modificar los Estatutos de la fundación, que está reservado al patronato (aunque en la mayoría de las ocasiones el patronato está ostentado o cuando menos controlado por aquélla). En fin, debe quedar claro que la fundación, *ni es* Administración, *ni pertenece* a la Administración.

La no confusión entre las fundaciones privadas de iniciativa pública y la Administración fundadora se manifiesta asimismo en que las primeras pueden (y deben) por supuesto cumplir fines de interés general, pero en ningún caso pueden ejercer potestades.

Las fundaciones, de iniciativa pública o de iniciativa privada, no pueden llevar a cabo actividades que impliquen el ejercicio de potestades públicas (sí

---

<sup>41</sup> «Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional», *RAP*, n.º 113, 1987, pp. 7 y ss.

<sup>42</sup> Disposición final primera, 1, de la Ley 50/2002.

pueden, por tanto, ejercer potestades privadas). El artículo 46.1.a) de la Ley 50/2002 lo señala claramente, como ya sabemos. Ello implica que en ningún caso las entidades públicas promotoras de las fundaciones podrán trasladar a éstas el ejercicio de potestades públicas<sup>43</sup>. Lo cual no siempre se cumple.

Tal es el caso de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA), constituida como fundación privada de iniciativa pública, que ejerce, sin ningún género de dudas, verdaderas potestades públicas. La acreditación de profesores universitarios, su sistema de retribución, incluso la autorización de títulos de grado y postgrado a través del sistema VERIFICA, que corresponde a la ANECA, implica el ejercicio de potestades. En el caso de la autorización de títulos, una simple fundación puede limitar, nada más y nada menos, que la autonomía universitaria. Pues controlar si una Universidad puede o no ofrecer un grado o unos determinados estudios de postgrado limita y condiciona claramente la autonomía universitaria. Así resulta de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, sobre todo tras la reforma operada por la Ley Orgánica 4/2007, y del Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales<sup>44</sup>. En particular, la disposición transitoria 5.<sup>a</sup> de éste dispone que «Hasta tanto se lleve a efecto la previsión contenida en el artículo 32 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, en su nueva redacción dada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la anterior, las funciones atribuidas a la ANECA en el presente Real Decreto, así como en el Real Decreto 1312/2007, de 5 de octubre, por el que se establece la acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios, serán ejercidas por la actual Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación». Es decir, se reconoce paladinamente que una *simple* fundación privada está ejerciendo funciones que han de corresponder en el futuro a una Agencia. La denominación de la ANECA no puede inducir a error: no es una Agencia, sino una fundación privada, que ejerce potestades públicas.

Que tal régimen esté previsto en la Ley Orgánica de Universidades no afecta a la conclusión a que he llegado. Precisamente por la función constitucional que, como antes señalaba, corresponde a la Ley de Fundaciones, que es la que, por voluntad del constituyente, configura el contenido del derecho de

---

<sup>43</sup> Por otra parte, el artículo 2.4 de la LOFAGE establece que «las potestades y competencias administrativas que, en cada momento, tengan atribuidas la Administración General del Estado y sus organismos públicos por el ordenamiento jurídico, determinan la capacidad de obrar de una y otros».

<sup>44</sup> Véanse los artículos 24 y 25 del Real Decreto 1393/2007.

fundación y puede limitar su ejercicio. Sin perjuicio de que, como también sabemos, la constitución de fundaciones no forma parte del estatuto jurídico de la Administración y en ningún caso puede considerarse ejercicio de un hipotético derecho, que no tiene, la Ley 50/2002 prohíbe que las fundaciones de iniciativa pública puedan ejercer potestades, sin que una ley sectorial pueda establecer lo contrario, salvo que se modifique expresa y específicamente la Ley de Fundaciones (lo que modificaría el régimen general de tales instituciones).