

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y PROCESAL

AREA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TRABAJO DE GRADO

FUNDACIÓN PÚBLICA

SUSY INES BELLO KNOLL

2009

ÍNDICE

<i>Presentación</i>	5
----------------------------	---

PRIMERA PARTE: LAS FUNDACIONES

Capítulo 1. Introducción

1.1. Concepto de Fundación y caracteres

1.1.1. Noción general	14
1.1.2. Las conditio iuris	19
1.1.2.1. Un acto de voluntad	20
1.1.2.2. Un patrimonio y la afectación perpetua de ese patrimonio	24
1.1.2.3. Un interés general	28
1.1.2.4. Una estructura y forma jurídica	32
1.1.3. Control	35
1.1.4. Plazo	36
1.1.5. Definición legal	37

1.2. Antecedentes históricos

1.2.1. En el Derecho Romano	38
1.2.2. En Europa	42
1.2.2.1. Inglaterra	43
1.2.2.2. Alemania	45
1.2.2.3. Francia	47
1.2.2.4. España	49
1.2.3. En América	54
1.2.3.1. Derecho de Indias	55
1.2.3.2. La legislación nacional de un país de América Latina: la República Argentina	58
1.3. Incidencia social de las Fundaciones	63

Capítulo 2. El Derecho de fundar en la Constitución Española y la legislación vigente

2.1. Normativa Constitucional	68
2.1.1. Garantía constitucional	70
2.1.2. Sujetos habilitados a fundar	73
2.2. Legislación General	76

2.3. Legislación Autonómica	82
------------------------------------	----

SEGUNDA PARTE: LAS FUNDACIONES PÚBLICAS

<i>Capítulo 3. La Organización de la Administración Pública y las Fundaciones</i>	91
--	----

3.1. La creación de fundaciones como manifestación de la potestad organizatoria	97
--	----

3.2. Organización instrumental privada	109
---	-----

3.3. Instrumentos para la consecución del interés general	120
--	-----

Capítulo 4. Fundaciones privadas de entes públicos

4.1. Problemas en su régimen jurídico	128
--	-----

4.1.1. Obligación de cumplimiento de normas de procedimiento administrativo	131
---	-----

4.1.2. Sujeción a los controles administrativos correspondientes	133
--	-----

4.1.3. Reserva de funciones por el fundador	138
---	-----

4.1.4. Aplicación de Derecho de la competencia y normas de contratación pública	139
4.1.5. Límite funcional	144
4.1.6. Disposición de bienes y dotación patrimonial	145
4.1.7. Relaciones laborales	147
4.2. La huida del Derecho Administrativo	149
4.3. Distintos tipos de Fundaciones en el ámbito público	
4.3.1. Fundaciones públicas sanitarias	156
4.3.2. Fundaciones laborales	160
4.3.3. Fundaciones del Sector Público Estatal	163
4.3.4. Fundaciones del Patrimonio Nacional y Fundaciones para Conservación del Patrimonio Histórico Español	170
4.3.5. Fundaciones de Entidades Religiosas	172
4.4. Algunas experiencias en el mundo	173
4.5. Fundaciones públicas o en mano pública	178
4.5.1. Características de las fundaciones en mano pública	179
<i>Conclusiones</i>	184
<i>Bibliografía</i>	195

Presentación

Esta Tesina tiene por objeto la obtención del Grado de Salamanca en el ámbito del Programa de Doctorado “Derecho Administrativo de la Sociedad del Conocimiento”. La misma ha sido dirigida por el Profesor Doctor Ricardo RIVERO ORTEGA.

La elección del tema “Fundación pública” estuvo determinada por la atención que nos ha provocado durante el curso del período de Docencia del mencionado Doctorado la denominada “huida del derecho administrativo” y la utilización de personas jurídicas a esos efectos. Este fenómeno se enmarca en un ámbito donde el Derecho Público y el Derecho Privado debieran buscar, especialmente, su armonía para bien de la sociedad. Creemos necesario trabajar en la construcción de un modelo que permita responder flexiblemente¹ a lo que se presenta como incierto porque no sólo observamos la materialización de este fenómeno a través de la utilización de las fundaciones en España sino en distintos países del mundo. Si bien el recurso de mecanismos de personificación se conoce básicamente en referencia a las sociedades mercantiles, es en las fundaciones donde genera mayor curiosidad ya que éstas son entidades sin fines de lucro destinadas a actividades que hacen al bien común. Esas actividades pueden ser coincidentes con aquellas que tiene el Estado como función primordial de satisfacción del interés general y, entonces, parece más difícil determinar la verdadera razón por la cual se produce esta descentralización.

¹ MALARET I GARCÍA, Elisenda, “Servicios Públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, RAP, Revista de Administración Pública, número 145, 1998, pág. 52.

Entendemos que algunos de los objetivos de la Administración Pública en la Sociedad del Conocimiento deben ser la innovación y la modernización de los procesos y servicios. Estamos convencidos que, además, debe alcanzar esos objetivos respetando las normas aplicables y vigentes en cada caso. La Administración eficiente conlleva el uso integral de políticas, personificaciones y prácticas más comprometidas con sus fines que las que tradicionalmente empleara el Estado. Las demandas de la sociedad son cada vez mayores y más complejas y cada día deben desarrollarse nuevas herramientas para dar respuestas válidas a esos reclamos. El empleo de personas jurídicas creadas, fomentadas, soportadas, dirigidas o participadas por el Estado permite llegar a aquellos espacios cubiertos ineficientemente por la burocracia pública. Consideramos de gran beneficio que la Administración Pública tenga la versatilidad suficiente para que, a través de instrumentos jurídicos personalizados, pueda cumplir con fines a los que está llamada. Sin embargo, debe poner un límite razonable a estos modos de gestión para evitar su proliferación ineficaz y permisiva. Entonces, y con el objetivo de evitar que esto suceda, las estructuras y mecanismos utilizados deben ser más susceptibles de control. Así, tanto debe fiscalizarse el procedimiento de adopción de la decisión administrativa que lleva a considerar válida, necesaria y suficiente la gestación o participación en un ente personificado por la Administración como la fiscalización de su operatoria en el mercado. Particularmente es necesario un control estricto por la pérdida de confianza de los ciudadanos en el manejo de los fondos y el patrimonio públicos aplicados a alcanzar la satisfacción de los intereses generales. La sociedad reclama transparencia tanto o más como pide la asistencia estatal. La base de la corrupción pública se funda en actos que hacen a la malversación de fondos públicos y la distracción de ellos en causas distintas a las que corresponde al Estado, como tal, participar.

Las herramientas para el cumplimiento por parte de la Administración Pública de sus fines deben ser proporcionales a las necesidades a satisfacer y su utilización debe ser diseñada y planificada con visión de integralidad. La organización supone una planificación de medios que piense al Estado en su conjunto para dar respuesta adecuada y armónica a lo que la sociedad demanda. La armonía social encuentra su cauce desde un pensamiento global

de la tarea política que incluya a todos los sectores sin dejar fuera a ninguno de ellos, pero, sin diferencias entre los incluidos. Esto es, buscando la distribución equitativa tanto de bienes como de servicios. La coordinación de las actividades, funciones y misiones de las personas jurídicas público-privadas resulta una necesidad básica para superar los desequilibrios porque de otro modo sería imposible desarrollar y concretar una política de Estado eficaz e inclusiva. Sin embargo, nada más difícil que ello en el marco de la gestión pública². Particularmente cuando dentro de la misma no sólo hay criterios políticos diversos sino también posiciones técnicas distintas que no comparten la solución adoptada en un caso determinado y pueden llevar a la ineficiencia en la aplicación de lo decidido. Normalmente no es el mismo quien decide que quien ejecuta la decisión adoptada y la falta de coordinación entre estas etapas provoca resultados no esperados. El concepto de idoneidad que se emplea en el derecho administrativo -en el marco del cargo público-, trasunta la noción de “aptitud” y significa “aptitud necesaria para desempeñar un cargo”. Por ello, podemos decir que tomando ese principio, la personificación en el Derecho Administrativo también debe gozar de aptitud técnica y económica suficiente para ser tal y así lo analizaremos en este trabajo.

El estudio de un instituto jurídico y su conocimiento puede llevar a subsanar las debilidades de su uso fuera del marco natural para el que fue creado. No siempre las soluciones dadas para resolver planteos puntuales son las mejores ni tampoco suelen ser las que abarquen el problema en toda su dimensión. Algunas veces porque no existe el mecanismo que provea esta solución, otras veces porque se ha adoptado un erróneo criterio para la resolución. Por ello nos envuelve el entusiasmo de poder contribuir a la utilización acertada de la figura de la fundación en el ámbito de la Administración Pública. JULIÁN MARÍAS³ en el prólogo de “La rebelión de las masas” de ORTEGA Y GASSET

² Así lo afirmábamos en el trabajo “La Coordinación entre el Plan Hidrológico Nacional y los Planes Hidrológicos de Cuenca en España” realizado para la Materia del Período de Investigación del Doctorado “La planificación y la nueva gobernanza: en concreto, aguas públicas y planificación hidrológica, a cargo del Profesor Dr. MIGUEL ANGEL GONZÁLEZ IGLESIAS, 2008.

³ Prólogo de JULIÁN MARÍAS, en Madrid, diciembre de 1982, a “La rebelión de las masas” de José ORTEGA Y GASSET, Círculo de lectores, Buenos Aires, Argentina, 1985, pág. 107.

decía que la rebelión de ORTEGA no era contra los opresores o los tiranos sino contra la propia condición, contra la inautenticidad, la falsedad y la enfermedad social, y, es por ello que, trataremos de ir contra el mal uso de las fundaciones fuera de su esencia vital. Quizás porque estamos convencidos de que, como decía FRAY LUIS DE LEÓN, “no siempre es poderosa... la maldad... y cuando más alto sube, viene al suelo”⁴. Siempre es posible encontrar las señales que nos lleven por la buena senda en cuanto a soluciones jurídicas se refiere. El Derecho, a lo largo del tiempo, se ha ido encargando de dar respuestas a los problemas sociales y políticos de las sociedades y ha sido la garantía de la armonía común. Ha desarrollado, en fin, una preocupación permanente y creativa de encontrar institutos a través de las cuales se pueda “dar a cada uno lo suyo”. Por eso, es deber de los juristas sostener esa tradición que impone la utilización eficaz de cada una de esas creaciones, sea tanto en los límites para el que se gestaron, como en otros ámbitos donde se prueba su utilidad.

En el primer capítulo de este trabajo se ha hecho necesario aclarar conceptos que a lo largo del tiempo y los autores han variado aunque más no fuere sutilmente. Siempre ha existido una idea social de lo que una Fundación significa. Fundamentalmente se la ha vinculado con la beneficencia y especialmente con la falta de fin de lucro. Es decir, la Fundación ha sido una entidad suficiente donde el hombre pudo completar su deseo de perdurabilidad y cumplir con el sueño de dejar un legado social. La sociedad en general siempre ha visto de buen grado la actividad desarrollada a través de estas personas jurídicas aunque muchas veces el poder político no lo haya visto así como veremos que sucedió en España.

Por otra parte, la historia nos ha dado la pauta de la utilización de la Fundación en distintos momentos. En muchos de ellos con un inusitado auge en la estructura social, en otros perseguida y atacada para lograr su desaparición, algunas coordinando el trabajo con el Estado, pero siempre con una presencia

⁴ “No siempre es poderosa, carrero, la maldad, ni siempre atina la envidia ponzoñosa; y la fuerza sin ley, que más se empina, al fin la frente inclina: que quien se opone al cielo, cuando más alto sube, viene al suelo”, FRAY LUIS DE LEÓN, “Poesías”, Odas, IV, Al mismo, Biblioteca Clásica y Contemporánea, Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina, Tercera Edición, 1974.

social vital que continúa hasta nuestros días. Lógicamente que no se encuentra ni la misma concepción ni el mismo uso de la figura en las distintas latitudes del mundo, ni siquiera en aquellos países con iguales raíces históricas y jurídicas, pero existe, sin embargo, un hilo conductor que hace que el hablar de fundaciones en general sea común y comparable. El derecho muestra los valores y las debilidades de cada sociedad nacional en cada momento histórico y ello se refleja en sus instituciones como podremos demostrar. Así veremos que en algunos países hay insuficiente y pobre legislación; en otros, como España, existe el derecho constitucional a fundar otorgándosele el más alto rango legal posible a ese derecho. Este recorrido histórico nos permite reflexiones valiosas que pueden servir como vasos comunicantes de experiencias legales útiles para un necesario marco legal cuando de fundaciones público-privadas se trata.

Siempre, a través de los tiempos, la fundación se ha constituido en una institución clave en la sociedad civil⁵. Ella ha sido el reducto donde el espíritu humano se ha enaltecido en la preocupación por el otro y sus necesidades. La Fundación le ha permitido ganar al hombre, como decía MIGUEL DE UNAMUNO: “una lucha contra el eterno olvido”⁶. Ha servido de aglutinante natural de preocupaciones sociales y a través de ella, tanto fundadores, como patronos, continuadores o ciudadanos han desarrollado su espíritu de colaboración.

En el segundo capítulo del presente trabajo se realiza un estudio de la legislación española. Se hace un recorrido que comienza en la Ley Fundamental, la Constitución; pasando por la Ley de Fundaciones que admite explícitamente, por vez primera en el ordenamiento español, en el año 1994, que los entes públicos puedan constituir fundaciones privadas (artículos. 6.1. y

⁵ Palabras del Diputado señor BARÓN CRESPO del Grupo Parlamentario Socialista en los debates de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, número 71, de 22 de mayo de 1978 mencionado por PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, Capítulo V, en Nota al pie N° 13, pág. 84.

⁶ MIGUEL DE UNAMUNO, “La agonía del cristianismo”, Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina. Quinta Edición, 1973.

6.4 Ley 30/1994) y que, además, éstas se rijan por las normas del Derecho Privado. Se finaliza con un análisis de las normas autonómicas. Este es el Derecho vivo que ha dado acogida a este instituto en nuestra comunidad, lo hace posible y, en fin, permite su desarrollo y uso efectivos en la sociedad española. Sin duda, la normativa responde al pensamiento de la comunidad en relación a los límites institucionales de esta persona jurídica y sus características esenciales y determina los extremos que justifican su creación y el rumbo cotidiano que deben tener sus actividades.

Luego, ya en la segunda parte y tercer capítulo de esta tarea, se analizan las Fundaciones en el ámbito del Derecho administrativo que corresponden a aquellas creadas por entes públicos. Se realiza un análisis de las posibilidades de organización instrumental del Estado en virtud de que buena parte de la doctrina jurídica considera que se ha realizado un uso excesivo de la facultad de fundar por parte de la Administración Pública, con posibles consecuencias graves⁷. Los mecanismos usados para el cumplimiento de sus fines por parte del Estado son innumerables y, entre ellos, uno es la creación y participación en personas jurídicas distintas a él. A lo largo del tiempo se observa que la delegación de funciones propias por parte de la Administración Pública, con otorgamiento o no de posibilidad de ejercicio de las potestades públicas, se ha realizado por ejemplo a través de los Organismos Autónomos, las sociedades mercantiles y las fundaciones. La doctrina nacional ha analizado intensamente el tema y particularmente se ha detenido en la aptitud política, organizativa y legal por parte de la Administración Pública para utilizar institutos que tienen su génesis y su regulación en el Derecho privado. La teoría de la persona jurídica privada tuvo una importante evolución y produjo uno de los debates académicos más interesantes en la historia del Derecho. En él participaron juristas de distintos países quienes, influenciados por los criterios sociales e históricos de sus comunidades, aportaron riqueza al mismo para converger, sin más, en la definición común de uno de los institutos jurídicos que más ha contribuido al desarrollo social y económico mundial.

⁷ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, "Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador", Marcial Pons, 2000, pág. 122/123.

Se deben, sin embargo, fijar los límites necesarios para que estas fundaciones públicas no proliferen velozmente sin coordinación con el entramado organizacional del Estado y sean una verdadera contribución al ejercicio de las buenas prácticas de la Administración pública. Sin duda existen riesgos al expandir su aplicación particularmente por los problemas que presente su régimen jurídico que analizaremos en detalle. Estos inconvenientes no inhiben, a nuestro criterio, la posibilidad de que sean estas fundaciones eficaces instrumentos para la consecución del interés general en cumplimiento del fin del Estado.

Cuando se utilizan en la organización de la Administración Pública personas jurídicas de Derecho privado se produce un fenómeno que se ha dado en llamar “huida del derecho administrativo” porque se excluye la aplicación del Derecho público a situaciones que, en forma aparente, debieran estar reguladas en ese marco. En torno al tema de la utilización de formas esencialmente privadas a lo público se han generado posiciones doctrinarias a favor y en contra que deben ser analizadas y eso haremos. En el medio de dos extremos argumentales se debe encontrar un justo medio para expandir los horizontes de uso instrumental de figuras jurídicas que contribuyan al éxito de la gestión pública.

Diversas han sido las denominaciones dadas a las fundaciones en las cuales el Estado ha intervenido como fundador o cofundador, con decisión mayoritaria o minoritaria en el patronato, aportando bienes o derechos de su propiedad, o bien, contribuyendo económica y políticamente a su desarrollo. Se las ha denominado “fundaciones públicas”, “fundaciones privadas de entes públicos”, “fundaciones en mano pública”, “fundaciones de iniciativa pública”, “fundaciones del sector estatal”, entre otras nominaciones y a ellas se les dedica el siguiente capítulo. Algunas fundaciones públicas se constituyen con la mayoría de aportación estatal o bien su patrimonio con un carácter permanente está formado por bienes o derechos de la Administración y ellas están específicamente reguladas en la Ley de Fundaciones en su Capítulo XI

como “fundaciones del sector público estatal”. Sin embargo existen también distintos tipos de fundaciones consideradas esencialmente públicas y que forman parte de la Administración institucional por lo que se realizará una enumeración de ellas y se describirán algunas experiencias nacionales.

Intentaremos, además, enunciar criterios para la caracterización de las fundaciones en mano pública y establecer las pautas que harán reconocer que se trata de este tipo de fundaciones. Las aplicaciones dadas a las fundaciones públicas han sido diversas y por ello se hace necesario vislumbrar cuáles pueden ser aquellos detalles que marquen la diferencia de las fundaciones públicas con el resto de las fundaciones.

Después de haber caminado los senderos de las distintas cuestiones que hacen al tema de la fundación en mano pública, tal como lo hemos planteado, cerraremos el recorrido con las conclusiones que esperamos contribuyan al análisis científico y al uso coherente de las fundaciones públicas por parte de la Administración.

PRIMERA PARTE:

LAS FUNDACIONES

Capítulo 1. Introducción

1.1. Concepto de Fundación y caracteres

1.1.1. Noción general

No hay duda de que cuando se utiliza un término como, en este caso, *fundación*, es indispensable indicar qué se quiere significar con él⁸. Por ello, nada mejor que recurrir a los diccionarios jurídicos donde encontraremos seguramente una definición similar a la siguiente: “Fundación: creación de un establecimiento de interés público o utilidad social, mediante una donación o legado (ejemplo: fundación de un hospital o un asilo); y también la adjudicación a una persona moral de fondos afectados a una obra de interés general o piadoso (fundación de una cama de hospital, fundación de premios, fundación de misas)”⁹.

Esta conceptualización resulta ser la noción universal del resultado de la acción y efecto de fundar que luego, en cada jurisdicción nacional, conforme a la experiencia, las ideas sociales preponderantes y la evolución normativa, se va plasmando en la legislación particular con mayores o menores aditamentos y con elevada, media o nula complejidad estructural. El concepto de fundación es coincidente en su esquema básico en todas las latitudes a pesar de la diversa evolución que ha tenido a través de los siglos¹⁰ y se sintetiza en la expresión

⁸ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge. “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española”, RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo–agosto, 2001, Nota al pie N° 37, pág. 125.

⁹ “Vocabulario jurídico” redactado por profesores de derecho, magistrados y jurisconsultos franceses bajo la dirección de HENRI CAPITANT, traducción castellana de Aquiles Horacio Guaglianone, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, sexta edición, 1979.

¹⁰ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 88/89.

del civilista francés CARBONNIER que enseñaba que “las fundaciones consisten en la afectación perpetua de un grupo de bienes a un fin de interés general”¹¹.

El Derecho Romano está en la base y en el origen de distintos Derechos privados, particularmente de los Estados Miembros de la Unión Europea, lo que permite encontrar en todos ellos una mayor o menor inclusión de esta figura conforme ese pensamiento jurídico. Este Derecho Romano, luego de su recepción en Europa, junto con el Derecho canónico para a ser Derecho común y mantiene la referencia a este instituto. Más tarde con el surgimiento de los Estados modernos y la soberanía nacional aparecen los distintos códigos y derechos nacionales que representan en esencia el Derecho tal como hoy lo conocemos pero que no implican una derogación de la figura de la fundación sino su reafirmación en respuesta a las exigencias de la globalización. En referencia al tema se ha mantenido cierta unidad tanto en el tratamiento como en las soluciones dadas a los problemas planteados incluso en el Reino Unido a pesar de la particularidad de su Derecho Común. Cada día cobra más fuerza la idea de elaborar un Código Civil Europeo que podría incluir la institución fundacional pero todavía es sólo una idea¹².

En el siglo XIV, la fundación era estudiada, en general, como una institución propia del Derecho Civil aunque sabemos que durante la Edad Media no existía una distinción tajante entre Derecho público y Derecho privado y que incluso el poder público se asentaba en títulos e instituciones similares a la de los sujetos privados. Incluso en Roma la distinción entre *ius publicum* y *ius privatum* fue carente de valor en la época visigoda y durante los cinco primeros siglos de la Reconquista y recién alcanzó el mayor significado en el sistema jurídico en los

¹¹ Jean CARBONNIER, “Derecho Civil”, Tomo I, Parte General, Volumen I, Parágrafo 97, pág. 443 mencionado por CARRANZA, Jorge A. en “Las fundaciones en el derecho privado”, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 9.

¹² Palao Moreno, Guillermo; Prats Albertosa, Lorenzo; y, Reyes López, Coordinadores, “Derecho Patrimonial Europeo”, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2003. Capítulo XV “Algunas consideraciones sobre el futuro Código Civil Europeo” por Javier PLAZA PENADÉS, pág. 304.

siglos XVI y XVII¹³. Esta falta de distinción se justificaba en el uso que hacían los particulares de estas figuras con fines diversos tanto de interés personal como de interés general. Así las distintas legislaciones del mundo en sus orígenes no contemplaban estas “particulares personas jurídicas” ni con la nominación ni con la especificidad de nuestros tiempos y poco aportaban la doctrina y la jurisprudencia, que expresa o implícitamente consideraban las fundaciones dentro de un área confusa donde coexistían el Derecho Civil con el Administrativo¹⁴. Siempre existió el paradigma de la contraposición de intereses para la construcción de las instituciones jurídicas, tanto en el Derecho público como en el Derecho privado. Precisamente de esta contraposición ha resultado una jerarquización rigurosa que conlleva una dificultad de entendimiento y adaptación de instituciones jurídicas cuando ellas han nacido en el seno de un Derecho, como en este caso en el Derecho privado y luego se desplazan hacia otro, como en este caso al Derecho administrativo¹⁵. No ha contribuido esta estricta categorización a validar conceptos en otras cuestiones. Sin embargo esto no ha sido así en referencia a las fundaciones porque independientemente del derecho y jurisdicción aplicable el concepto de las mismas se ha unificado para destacar con simpleza sus rasgos definitorios.

En el siglo XIX la expresión era utilizada para nuclear a todas las entidades benéficas sin precisión alguna sobre las diferencias sustanciales que las mismas podían tener¹⁶, pero durante el siglo XX la fundación como tal nuevamente se ha desarrollado como institución del Derecho Civil en sentido formal y en su seno ha sido definida.

¹³ REBOLLO PUIG, Manuel, “Derecho de la Administración Pública y Derecho Administrativo”, *Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, número 2, 2000, pág. 244.

¹⁴ CARRANZA, Jorge A., “Las fundaciones en el derecho privado”, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 1.

¹⁵ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 231.

¹⁶ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge. “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española”, *RAP, Revista de Administración Pública*, Número 155, mayo–agosto, 2001, pág. 113.

Es así que dos frentes son los que enmarcan el Derecho de Fundaciones: el Derecho Público y el Derecho Privado¹⁷. Aquí, “el Derecho público tiene que aportar y hacer posible básicamente lo que, valiéndonos de la expresión de VILLAR PALASÍ, podríamos denominar como una *tutela integrativa* de las fundaciones *con influencia dominante de la Administración*”¹⁸. La intervención del Derecho público no hace al cambio de definición de la fundación sino sólo a su regulación legal como instituto jurídico.

Instituir o fundar es el acto por el cual un fundador afecta un conjunto de medios materiales y personales a la gestión de una finalidad por éste propuesta, finalidad que remite a un interés¹⁹. El acto de fundar supone simplemente la afectación de un patrimonio a una finalidad²⁰. Pero no a cualquier finalidad, como podremos ver. El orden teleológico del ente será esencial y su razón de ser. Para lograr el cumplimiento del objetivo fundacional se requiere una organización al servicio de ello. Se reconoce fácticamente que no es posible alcanzar las metas establecidas si no se logran un orden y armonía razonables en la utilización de los medios a disposición. El Derecho en este caso ha provisto siempre el marco formal para obtener ese orden. Aquí la estructura organizativa se manifiesta jurídicamente como una persona ideal. Esta cuestión de la persona jurídica, en el derecho de la mayoría de los países, ha sido un tema de profunda y concienzuda discusión tanto entre doctrinarios como entre legisladores. Se debe recordar que “la teoría de la persona jurídica

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en Prólogo de PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 11.

¹⁸ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público “en, RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 266.

¹⁹ SOCÍAS CAMACHO, Joana M., “Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario”, Iustel, 2006, pág. 77.

²⁰ BOSCH CARRERA, Antoni en Capítulo 1, “Antecedentes históricos” del “Tratado de Fundaciones” dirigido por BENEYTO PÉREZ, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 1.

queda largo tiempo estancada en un problema casi ontológico, en torno al carácter real o puramente ficticio de esta categoría de sujetos”²¹.

La naturaleza jurídica de esta institución ha sido ampliamente debatida para dar origen a una conclusión suficientemente válida y admitida por todos. Así, en Alemania, Otto von Gierke y Kohler, indicaban que se trataba de un acto de creación en el cual la voluntad del fundador daba origen a un nuevo sujeto de derecho. En Italia, Francisco Ferrara, el maestro de Pisa, afirmaba que era indispensable el reconocimiento estatal para el nacimiento de la nueva persona jurídica²². Es decir, era necesario que el Estado ejerciendo un acto pleno de soberanía otorgara personalidad a una persona moral sino ésta no existía como tal. Por ello, se concluye que la fundación es una organización dotada de personalidad al servicio de un fin²³, sea que el reconocimiento de esa personalidad se produzca en el acto fundacional o más tarde, con intervención necesaria o no del Estado, dándole o no carácter constitutivo a su intervención. La determinación de la naturaleza jurídica de este instituto, como de otros, tiene, por sobre todo, la finalidad práctica de indicar el régimen que le es aplicable y la jurisdicción competente en caso de conflicto²⁴. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, se hace eco, en su fundamento jurídico 5, del concepto tradicional de fundación aceptado por la doctrina jurídica al considerarla como “persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general”²⁵.

²¹ MORELL OCAÑA, Luis, “La personificación y otorgamiento de “status” en el Derecho Administrativo. Rasgos generales del “status” de los entes administrativos”, RAP, Revista de Administración Pública, Números 100-102, Enero-diciembre 1983, pág. 977.

²² Estos autores son mencionados por CARRANZA, Jorge A. en “Las fundaciones en el derecho privado”, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 17.

²³ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 75.

²⁴ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, “Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales”, Fundació Carles Pi I Sunyer d’Estudis Autònoms i Locals, Barcelona, 2005, pág. 12.

²⁵ CASARES MARCOS, Ana Belén en BENEYTO PÉREZ, José María, Director, Alfonso Rincón GARCÍA LOYGORRI, Coordinador, “Tratado de Fundaciones”, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, Capítulo 4, Tipología fundacional, pág. 187.

1.1.2. Las conditio iuris

Así, el concepto de este instituto nos lleva a determinar las *conditio iuris* de la figura, que a nuestro criterio serían, en el análisis de este concepto básico, por ahora, las siguientes:

a) Un acto de voluntad

b) Un patrimonio y la afectación perpetua de ese patrimonio

c) Un fin de interés general

d) Una estructura y forma jurídica

Ninguno de los componentes enunciados son exclusivos del concepto de fundación pero hacen esencialmente al mismo. Podríamos indicar además otros elementos que integran el concepto tales como, el sujeto que es titular del patrimonio y produce la afectación, es decir el fundador; el plazo, y, por fin, indicar que la afectación se debe realizar conforme a legislación vigente. Estos elementos suman al perfeccionamiento de la noción jurídica de fundación y se manifiestan de un modo u otro en algún momento en la vida de la misma. El sustrato de las fundaciones es una organización por lo que éste también pasa a ser uno de sus elementos integrantes²⁶. Sin duda, como dijimos, el centro vital de la existencia de la fundación gira alrededor de la idea de un patrimonio asignado a un fin determinado, conforme a la definición brindada.

²⁶ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 249.

Desarrollamos las *conditio iuris* enunciadas que nos ayudarán a comprender ese carácter esencial del que hablamos y que hace que sean imprescindibles para la configuración de la fundación.

1.1.2.1. Un acto de voluntad

La fundación se crea por un acto de voluntad del fundador y esta voluntad, para algunos, es la piedra fundamental del concepto mismo de fundación.²⁷ El fundador puede ser uno o varios. En la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1998 que define a la fundación como una *“persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general...”* se introduce este criterio de que podrían existir un número ilimitado de fundadores si esa fuera la decisión al momento de suscribir el instrumento constitutivo. Uno, dos o más pueden ser los fundadores pero la declaración de voluntad es una sola²⁸. Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de junio de 1964 al decir que *“las fundaciones son constituidas por una voluntad extraña... por lo que mientras las corporaciones o Asociaciones tienen como substrato una voluntad colectiva, las fundaciones se apoyan en la voluntad individual del instituyente o fundador y aun cuando los fundadores sean varios, se tiene siempre un acto unilateral, un haz de voluntades convergentes en dirección única, entrando en juego la voluntad del Estado o la voluntad individual, según la naturaleza de las fundaciones públicas o privadas”*²⁹.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en Prólogo de PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons. 2000, pág. 11.

²⁸ Boquera Oliver, José María en Olavaria Iglesia, Jesús, Coordinador, “Comentarios a la Ley de Fundaciones” Tinent lo blanch, Valencia, 2008, Capítulo XI, “Fundaciones del sector público estatal”, pág. 1005.

²⁹ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, Capítulo IV, Nota al pie N° 11, pág. 71.

Para reafirmar este criterio de elemento esencial de la voluntad fundante que hemos enunciado recordamos la Sentencia del Tribunal Supremo del 20 de diciembre de 1985 que indica que *“la voluntad del fundador es el primero y principal de los elementos a tener en cuenta aquí, pero sin que ello deba llevarse al extremo de considerar que dicha voluntad es soberana u omnipotente, entre otros motivos, porque a ella le afectan las limitaciones inherentes a todo querer”*³⁰. El límite básico a esa voluntad, a nuestro criterio, es el cumplimiento de la ley. Es decir, dentro de lo establecido por el legislador para el ejercicio del derecho de fundar, el o los fundadores podrán disponer sobre la estructura, los fines y la metodología operativa que tendrá esta persona jurídica sin olvidar que dentro de esos parámetros se encuentra siempre involucrado el respeto a la moral y las buenas costumbres³¹.

En principio, *“la fundación es una persona jurídica que se sustrae una vez constituida a la voluntad de sus representantes, de sus beneficiarios, así como de su propio fundador”*³². Por ello la expresión del acto de voluntad que funda define la personalidad distinta y la independiza de los sujetos de derecho fundantes que se vincularán como terceros con la fundación a partir de la suscripción de su constitución. Esto no significa que no puedan conservar los fundadores una tremenda influencia a posteriori porque así también la legislación lo permite. En fin, las condiciones para el funcionamiento de una fundación están fijadas en su estatuto y de allí surgen las reglas generales que marcan su dinámica. En la fundación, entonces, existe *“una voluntad previa*

³⁰ RUÍZ OJEDA, Alberto, “Las fundaciones privadas como colaboradores de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundaciones. Un comentario con ocasión de la nueva ley de fundaciones”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 93, enero-marzo 1997, pág. 41.

³¹ Artículo 11 apartado 2 Ley 50/2002: “2. Toda disposición de los Estatutos de la fundación o manifestación de la voluntad del fundador que sea contraria a la Ley se tendrá por no puesta, salvo que afecte a la validez constitutiva de aquella”.

³² CAFFARENA, en DE LORENZO, CABRA et. al., 1990, p. 47 indicado por VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, nota al pie N° 18. pág. 72.

*que impone a los órganos del ente la decisión sobre el modo de ser y la trayectoria futura del mismo*³³.

Esa voluntad es de tal magnitud que produce la creación de una persona jurídica distinta del fundador y sustrae de su patrimonio un bien o grupo de bienes que quedan adscriptos en forma permanente a la realización de fines de interés general. Tradicionalmente las fundaciones se identifican por nacer de la voluntad de un fundador que decide adscribir un patrimonio a un fin de interés general. La diferencia con otros institutos similares es que, como dijéramos, la voluntad de quien instituye o crea la persona jurídica se convierte en la “ley suprema de la fundación”³⁴. El propio artículo 1 de la Ley 30/1994, de Fundaciones, hoy derogada, indicaba que: “2. *Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus estatutos y, en todo caso, por la presente Ley*” y esto mismo se reitera en el artículo 2 apartado 2 de la Ley de Fundaciones 50/2002, hoy vigente.

La Administración Pública 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. Es así que los Tribunales han respetado al extremo dicha voluntad, considerándola como la ley de la fundación, y en función directa con el objeto sustancial determinado para la misma³⁵ sin dejar de considerar como ya indicamos al referir la Sentencia del Tribunal Supremo del 20 de diciembre de 1985 que esta voluntad tiene un límite y no es omnipotente.

Una de las funciones esenciales del Protectorado está vinculada al control del cumplimiento de esa voluntad fundacional y así lo ha manifestado la Sentencia

³³ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 245.

³⁴ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 18 y 99.

³⁵ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 68.

del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1985 *“de donde resulta que es ante todo a la voluntad del Fundador a lo que hay que atender y que el Protectorado ha de velar porque esa voluntad sea respetada en lo que interese a comunidades determinadas (...). Es decir, que el Protectorado ha de velar por el interés general de los destinatarios de la fundación al mismo tiempo que por el particular del respeto a la voluntad del fundador”*³⁶. Se juega aquí el equilibrio de dos intereses diversos pero integrados, por un lado lo que ha querido el fundador como legado social con el deseo de cubrir necesidades de sus semejantes y por otro lado los probables beneficiarios de esa generosidad que tienen el derecho subjetivo de reclamar esa asistencia pensada y diseñada por el fundador. El Estado es quien actúa como último armonizador de estos intereses que muchas veces pueden entrar en conflicto. Así puede haber diversidad entre lo que el fundador entiende como fin común a que se destina la fundación y lo que la Administración entiende en un momento histórico determinado que debe aceptar como necesidades a satisfacer. Por ello, la Administración pública evalúa la importancia social efectiva, comprueba la existencia real de las necesidades y otorga validez al mecanismo de satisfacción implementado por el o los fundadores tanto en el acto fundacional como en la actividad posterior de la entidad cuidando que se mantenga el criterio inicial establecido.

Cuando participa del acto fundacional la Administración pública en cualquiera de sus niveles entra en juego la voluntad de los entes públicos que en tanto poderes públicos constituidos y en posesión de un *status* particular y distinto supeditan su voluntad a la función social que asumen vinculándose a los fines propios de la Administración Pública³⁷. Entonces es necesario tener en cuenta que la formación de la voluntad y su manifestación no es igual que en el caso de los fundadores personas físicas o personas jurídicas privadas. En estas

³⁶ RUÍZ OJEDA, Alberto, “Las fundaciones privadas como colaboradores de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundaciones. Un comentario con ocasión de la nueva ley de fundaciones”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 93, enero-marzo 1997, pág. 40.

³⁷ SOCÍAS CAMACHO, Joana M., “Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario”, Iustel, 2006, pág. 41.

últimas se deberán respetar las normas que hacen a la toma de una decisión fundacional por parte de la persona jurídica con lo que ella implica desde el punto de vista patrimonial. Se debe respetar, en este caso, la norma que indica el órgano idóneo para decidir, dar a conocer lo decidido y con entidad suficiente para obligar a la persona jurídica. PIÑAR MAÑAS sugiere prestar atención a los procedimientos referidos a los órganos colegiados y su formación de voluntad. Eso supone el procedimiento interno de formación de voluntad pero, en el caso de las personas jurídicas públicas, no implica el procedimiento administrativo de toma de decisión de fundar³⁸ que a nuestro criterio resulta más complejo que el procedimiento al que está obligada la persona jurídica privada y que genera consecuencias no sólo legales sino políticas que deben evaluarse cuidadosamente.

1.1.2.2. Un patrimonio y la afectación perpetua de ese patrimonio

La voluntad fundadora no es una simple manifestación de deseo sino una acción indubitable donde, además, el mismo fundador realiza la atribución patrimonial y, lo hace, bajo un marco legal adecuado. La dotación, respecto del fundador, conforme Federico De Castro, es un negocio de causa gratuita donde se produce el empobrecimiento de su patrimonio sin contraprestación económica pero totalmente distinta a la donación por su conexión sustantiva con el fin para el que la entidad fue fundada³⁹.

A nuestro criterio todo fundador debe realizar su aporte económico al momento de constitución y en el caso de ser más de uno el número de fundadores, cada uno de ellos debe hacerlo con independencia de que su aporte sea menor, mayor o igual que el aporte realizado por el resto de los cofundadores. Es

³⁸ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, "Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales", Fundació Carles Pi I Sunyer d'Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 2005, pág. 78.

³⁹ DE CASTRO BRAVO, Federico, "La persona jurídica", Editorial Civitas S.A., Madrid, Reimpresión de la segunda edición de 1984, 1991 pág. 297.

imposible crear una persona jurídica fundación sin transferencia a la misma de bienes o derechos que resultarán su patrimonio inicial. Asimismo es necesario cumplir con todos los requisitos jurídicos que esta transmisión dominial supone. En el caso de que la atribución patrimonial suponga la transmisión de derechos reales, será pertinente el cumplimiento de las formalidades exigidas y las inscripciones en los Registros que corresponda.

La idea de crear un patrimonio de destino o de afectación aparece como predominante en el acto fundacional para el fundante⁴⁰. Este patrimonio está constituido por la dotación del fundador en el momento de fundar y es por ello que esta dotación debe “*ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales*”⁴¹. Esto es, se hace necesario que la fundación subsista al momento de la constitución y cumpla con su vocación de permanencia social. Esta nota de permanencia está presente en los bienes ya que los mismos, luego de la desaparición de la persona jurídica, deben seguir vinculados a un fin de interés general y transmitidos a un sujeto cuyo objeto sea precisamente éste⁴².

La fundación podría financiarse, luego de su institución formal, con aportaciones de terceros y subvenciones de los poderes públicos sumados o no a los aportes posteriores que realicen si así lo disponen, los fundadores. Recordemos que las subvenciones son técnicas de fomento utilizadas por la Administración como contribuciones a fondo perdido, en general, que deben ser adjudicadas en base a principios de objetividad, concurrencia, publicidad y

⁴⁰ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 226.

⁴¹ Artículo 10 Ley 30/1994 mencionado por VAQUER CABALLERÍA, Marcos, Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios. Marcial Pons, 1999, pág. 82.

⁴² MORELL OCAÑA, Luis, “Notas sobre el arcaísmo del Derecho de las fundaciones benéficas”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 17, abril/junio 1978, pág. 154.

transparencia. Estas subvenciones, según el caso, podrían tener incompatibilidad con las ayudas públicas del Derecho comunitario⁴³.

Las entidades que reciben fondos tanto del Estado o de terceros son las denominadas “fundación instrumental” o “fundación receptora” que de cualquier forma deben ser debidamente dotadas como en España lo indica la Ley 50/2002 que prevee en su artículo 12 apartado 5 que “*en ningún caso se considerará dotación el mero propósito de recaudar donativos*”. Asimismo, la fundación podría obtener ingresos derivados de su actividad e incluso participar en sociedades mercantiles en las que no responda personalmente por las deudas sociales⁴⁴. Esto no significa que las fundaciones se conviertan en entidades con fines de lucro. Nada más alejado a ello porque “las fundaciones podrán obtener ingresos por sus actividades siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios”⁴⁵. Simplemente su gestión genera ingresos genuinos que vuelven a aplicarse al cumplimiento del fin fundacional. Estas son las llamadas “fundación funcional” o “fundación-empresa” o fundación “de actividad”⁴⁶.

Si el Protectorado denegase el informe favorable en cuanto a la suficiencia de la dotación⁴⁷, el acto administrativo podría ser impugnado ante los Tribunales en lo Contencioso, y serían los jueces quienes decidirán sobre la viabilidad o

⁴³ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Derecho administrativo económico”, Cuarta edición, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 171.

⁴⁴ Artículo 24 apartado 2 Ley 50/2002.

⁴⁵ Artículo 26 Ley 50/2002.

⁴⁶ La denominada “fundación instrumental” en la terminología propuesta por PUIG SALELLAS (p. 36), o “fundación receptora” en la de GARCIA DE ENTERRÍA (en DE LORENZO y CABRA *et. al.*, 1992, p. 36) o NIETO ALONSO (p. 369), por ejemplo, y “fundación funcional” por VALERO AGÜNDEZ (p. 313); o “fundación-empresa”, categoría adoptada por nuestra jurisprudencia constitucional (STS 49/1988, de 22 de marzo) y por la doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA, en DE LORENZO y CABRA *et. al.*, 1992, p. 36; NIETO ALONSO, pp. 369 ss.); o fundación “de actividad” (PUIG SALELLAS, p. 37) indicados por VAQUER CABALLERÍA, Marcos, Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios, Marcial Pons, 1999, pág. 82/83.

⁴⁷ “La dotación, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales”, artículo 12 Ley 50/2002 de 26 de diciembre.

no de la fundación⁴⁸, es decir, sobre la posibilidad real de que el patrimonio asignado sea el óptimo para el cumplimiento del fin para el que fue creada. Es clave, entonces, el vínculo que se produce entre la dotación patrimonial y la tutela administrativa para fiscalizar la correcta y posible aplicación de aquélla al cumplimiento del objeto fundacional⁴⁹. Es así porque según tenemos dicho en este trabajo el Estado es árbitro y protector de la satisfacción del interés general y en ese carácter tiene la información y potestad necesarias como para no permitir que se autorice la existencia de una fundación necesariamente creada para fenecer al poco tiempo por imposibilidad económica de continuidad.

Cuando se trata de fundaciones públicas entendemos que respecto a la dotación patrimonial no se produce una desvinculación definitiva de los bienes que el fundador adscribe pues a su extinción es natural que se pretenda que se incorporen de nuevo al patrimonio del fundador. A nuestro criterio se debería producir una reversión de los bienes en dirección al propio patrimonio del Estado fundador⁵⁰. En principio, la legislación determina que el remanente patrimonial a la disolución se entrega a quien se disponga conforme el artículo 33 de la Ley de Fundaciones y siempre que sea legítima esta disposición⁵¹. El

⁴⁸ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 123/124.

⁴⁹ PALMA FERNÁNDEZ, José Luis, Capítulo Segundo: “El Registro de Fundaciones: inscripción y dinámica registral” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 53.

⁵⁰ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 246–247.

⁵¹ Artículo 33...2. los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persiga fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquellos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en los Estatutos de la fundación extinguida. En su defecto, este destino podrá ser decidido a favor de las mismas fundaciones y entidades mencionadas en el patronato cuando tenga reconocida esa facultad por el fundador y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido. 3. No obstante, lo dispuesto en el apartado anterior, las fundaciones podrán prever en sus estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general.

El caso de las fundaciones públicas es uno de los únicos supuestos donde la Ley permite la reversión lo que es totalmente comprensible dado la finalidad constitucional de la Administración conforme el artículo 103 de la Constitución española⁵². Insistimos en que una fundación pública no puede dejar de contemplar en sus estatutos especiales condicionamientos referidos al patrimonio para el momento de su extinción⁵³ y disponer en forma particular su recupero para la continuidad en el cumplimiento de sus fines.

Corresponde indicar además que se deberá realizar un especial análisis de las características de los bienes públicos a transferir para determinar la habilitación legal para su transmisión ya que se puede tratar de bienes de dominio público no transferibles. Admitiendo que no cabe la titularidad de bienes de dominio público por sujetos de Derecho privado sólo será válida la aportación de un derecho real sobre esos bienes distinto del de dominio o bien deberán ser aportados luego de su desafectación⁵⁴.

1.1.2.3. Un interés general

Deben concurrir en la fundación, como elemento esencial, presupuestos materiales que permitan calificar el fin de la fundación como altruista⁵⁵. El elemento finalista es el interés general, que armoniza con el subjetivo ya estudiado como voluntad de fundar y el objetivo relacionado con el patrimonio

⁵² GONZÁLEZ CUETO, "Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002 de 26 de diciembre", Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003, pág. 372.

⁵³ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, "Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales", Fundació Carles Pi I Sunyer d'Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 2005, pág. 81.

⁵⁴ ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, "El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros", La Ley, 2004, pág. 152.

⁵⁵ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge. "Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española", RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo-agosto, 2001, pág. 143.

que acabamos de desarrollar⁵⁶. Se ha realizado tanto por la doctrina la importancia del fin fundacional que se ha articulado la existencia y estructura de la fundación en torno a él⁵⁷ elevando el rango de valor del mismo por sobre los otros elementos. Este principio constitutivo marca teleológicamente la voluntad del fundador y además condiciona la posibilidad de la afectación de los bienes⁵⁸. No puede ser otro el destino del patrimonio y tampoco puede manipularse su cumplimiento durante la vida misma de la fundación.

En España, por mandato constitucional se puede fundar para cualquier fin, siempre que sea de interés general, que es la única exigencia del artículo 34 de la Constitución Española, que se impuso en el debate constitucional, durante la elaboración del texto constitucional en el Senado, fruto de una enmienda del Profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO⁵⁹. Esta es la muestra de que una sociedad puede definir con certeza lo que espera de sus instituciones. Luego de un fructífera discusión legislativa se estableció este límite constitutivo que restringe la formación de fundaciones reconociendo, en un contexto social determinado, la existencia de intereses generales que afectan a una comunidad o a un grupo concreto de individuos⁶⁰ pero que no son simplemente la suma de intereses individuales. Mediante el texto de la ley se consolida el sentido democrático de la sociedad española⁶¹.

⁵⁶ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, "Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios", Marcial Pons, 1999, pág. 70.

⁵⁷ LÓPEZ JACOISTE mencionado por PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, "Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador", Marcial Pons, 2000, nota 15, pág. 34.

⁵⁸ RUÍZ OJEDA, Alberto, "Las fundaciones privadas como colaboradores de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundaciones. Un comentario con ocasión de la nueva ley de fundaciones", REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 93, enero-marzo 1997, pág. 32.

⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Constitución, fundaciones y sociedad civil", RAP, Revista de Administración Pública, número 122, 1990, pág. 246.

⁶⁰ Artículo 3 apartado 2 Ley 50/2002: "2. la finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas. Tendrán esta consideración los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares".

⁶¹ NIETO, Alejandro, Catedrático de Derecho Administrativo, "La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo", RAP, Revista de Administración Pública, número 76, 1976, pág.19.

Recordemos que la caracterización de interés público ha llevado a exigir que los destinatarios de sus beneficios sean una colectividad indeterminada de personas y que el Reglamento de 21 de julio de 1972 que desarrollaba las directrices de la antigua Ley de Educación y regulaba las fundaciones culturales privadas concretó el alcance del concepto en base a dos requisitos: a) carácter gratuito de las prestaciones, y b) carácter de necesitados de sus destinatarios que ya habían sido enunciados indirectamente en la Ley de Beneficiencia de 20 de junio de 1849 ⁶².

La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones enuncia en su artículo 3 apartado 1 que *“las fundaciones deberán perseguir fines de interés general, como pueden ser entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico”*. Esta enunciación no es menor como podemos ver y entendemos que ha tratado de ser inclusiva de las necesidades de la sociedad española que se entienden no suficientemente cubiertas por el Estado ya que la normativa civil está habilitando en especial a los particulares para constituir fundaciones con los objetos descritos por la ley. Destacando ello citamos al Tribunal Supremo en Sentencia del 6 de junio de 1987 donde dice que *“por el carácter de institución destinada al cumplimiento de fines generales y públicos, en beneficio pues de colectividades indeterminadas de personas, la Administración Pública como encargada de la tutela y gestión de los servicios públicos de fomento, educación, enseñanza y cultura, interviene en la actividad de la Fundación desde su nacimiento, por el reconocimiento que hace de ella que le confiere*

⁶² GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, “Aspectos de la nueva regulación de las fundaciones culturales privadas”, RAP, Revista de Administración Pública, número 70, 1973, pág. 384.

personalidad jurídica; durante toda su vida vigilando las actuaciones del Patronato regidor en cuanto a los medios de realización y el mejor empleo y uso de ellos mediante sus funciones de Protectorado”⁶³. Aquí el órgano jurisdiccional no sólo destaca el cumplimiento de fines de interés público por parte de las fundaciones a favor de una masa de ciudadanos necesitados sino que se desprende de la sentencia que existe convergencia entre algunos fines de interés general de las fundaciones y los del Estado. Este es un dato no despreciable cuando se analiza la posibilidad de que la Administración Pública ejerza el derecho de fundar.

Lógicamente el Derecho no puede anular la posibilidad de la expresión humana cuando persigue fines que interesan a toda la sociedad⁶⁴ pero debe contextualizarlos en cada momento histórico a través de la legislación específica y eso es lo que ha sucedido en la instancia indicada al aprobar el Poder Legislativo la normativa de Fundaciones.

Fundar supone, además, el derecho de participación garantizado en toda Constitución de un Estado de Derecho. Durante millones de años nuestra especie ha vivido en grupos pequeños que compartían éxitos y fracasos cotidianos. Allí, la cooperación explícita o directa era la única clase de participación que podía tener lugar⁶⁵ y era la determinante de las decisiones comunitarias. El elemento crucial que ha permitido la prosperidad de las naciones ha sido la interacción entre los individuos dentro de una sociedad organizada. En ese entorno participativo siempre se logran consensos y se encuentran irreconciliables disensos pero con ellos inexorablemente se

⁶³ La cursiva nos pertenece al citar a RUÍZ OJEDA, Alberto, “Las fundaciones privadas como colaboradores de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundaciones. Un comentario con ocasión de la nueva ley de fundaciones”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 93, enero-marzo 1997, pág. 41.

⁶⁴ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 50.

⁶⁵ BLOCK, Walter; BARNETT, William II, “Rejoinder to Critics of Laissez-Faire Capitalism”, Journal of Corporate Citizen, No. 23, Autumn 2006, USA.

produce el progreso social y la promoción social de los miembros de la comunidad.

La fundación es una figura interesante que puede servir como instrumento para aunar esfuerzos⁶⁶ institucionalmente entre las entidades del sector público y las personas físicas o jurídicas de Derecho privado, quienes pueden coexistir sabiamente, para la consecución del interés general. Volvemos a reiterar la procedencia de un trabajo coordinado para la mejor aplicación de los bienes privados o públicos al bien común.

1.1.2.4. Una estructura y forma jurídica

En particular, los elementos nucleares de la figura son, al menos, como hemos visto: un patrimonio adscrito o vinculado, la finalidad de interés general y la consecuente ausencia de ánimo de lucro, la voluntad del fundador o fundadores y la personalidad jurídica. Por ello, se debe otorgar, desde la legislación, la forma jurídica más adecuada, la organización apropiada⁶⁷ y los medios suficientes que garanticen tanto el cumplimiento de la voluntad del fundador como la real consecución del fin propuesto en su constitución⁶⁸.

En Roma inicialmente se entiende la expresión de la personalidad como la titularidad de un derecho, es decir, el goce de una determinada capacidad o legitimación porque en sentido propio y natural sólo el hombre era persona para el Derecho. Pero más tarde se desarrolla la idea de la persona como sujeto de derechos y obligaciones para concluir en el concepto moderno de persona jurídica según el cual se puede atribuir a un ente esa condición no sólo

⁶⁶ GONZÁLEZ CUETO, "Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002 de 26 de diciembre", Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003, pág. 345.

⁶⁷ DE CASTRO BRAVO, Federico, "La persona jurídica", Editorial Civitas S.A., Madrid, Reimpresión de la segunda edición de 1984, 1991 pág. 297.

⁶⁸ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, "Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador", Marcial Pons, 2000, pág. 37/38.

otorgándole capacidad jurídica y considerándolo un sujeto de derechos y obligaciones sino independizando su existencia de sus miembros. Se crea, de este modo, una ficción tanto ontológica como jurídica análogamente a como era en Derecho canónico una ficción atribuir a los santos la titularidad de los bienes eclesiásticos⁶⁹.

La gran mayoría de los países europeos, entre ellos España, gozan de un sistema administrativo de concesión de la personalidad jurídica para las fundaciones que marca una determinada estructura legal a la que deben ajustarse bajo pena de no serles otorgada la personalidad diferencial con respecto a sus fundadores. Tienen este sistema de concesión pública de la personalidad jurídica, además de España⁷⁰ entre otros: Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo y Portugal⁷¹. Es decir, la mayoría de los países de Europa continental con raíces jurídicas románicas, que son las que dieron origen a las personas jurídicas como entidades distintas de sus creadores y con posibilidad legal de vida independiente, exigen intervención del Estado para validar el nacimiento de esta nueva persona⁷².

Esta subordinación de la personalidad jurídica a la inscripción registral es la confirmación del importante desplazamiento de la normativa civil al fuero administrativo precisamente en el momento del nacimiento a la vida jurídica de la institución fundacional⁷³. Aquí el Estado cumple, como dijimos, su función de

⁶⁹ ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, “La Administración institucional: origen y personalidad”, RAP, Revista de Administración Pública, número 63, 1970, pág. 110.

⁷⁰ Artículo 4 apartado 1 Ley 50/2002: “1. Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones”.

⁷¹ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge, “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española”, RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo–agosto, 2001, Nota al pie N° 59, pág. 132.

⁷² De igual modo en América latina la concesión estatal de personalidad es mayoritaria en su legislación. Así lo disponen el artículo 33 del Código Civil argentino y el artículo 3 de la ley uruguaya 17.163 del año 1999.

⁷³ PALMA FERNÁNDEZ, José Luis, Capítulo Segundo: “El Registro de Fundaciones: inscripción y dinámica registral en RUIZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de

tutela social de las organizaciones que se personifican en función de lo permitido por la ley.

Las legislaciones, en general, y la española en particular, recogen un principio que se ha dado en llamar “pro fundación”, o “de conservación del negocio jurídico fundacional”⁷⁴, arbitrando los mecanismos jurídicos suficientes para la estabilidad de la entidad desde su nacimiento hasta su disolución. Esta tendencia protectora de la entidad se ha podido comprobar en diversas resoluciones administrativas y en sentencias judiciales de distintos fueros a lo largo de los años.

La falta del término fundación en algunos ordenamientos comparados ha llevado a afirmar que no existía una regulación sobre las fundaciones pero podemos asegurar que no es así y que la normativa general de esos países permite la exteriorización de la voluntad individual contribuyendo a la creación de entes que gozan de todas las características aquí descriptas.

Badenes Gasset señala que para que el fin fundacional sea realizado de un modo duradero hace falta necesariamente una organización⁷⁵. La realidad impone que sólo se pueden alcanzar eficazmente los objetivos planteados si se aplican principios de ordenamiento estructural establecidos previamente que faciliten la ejecución y el control. Por ello se destaca la importancia de la redacción de un estatuto fundacional completo y homogéneo.

Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 55.

⁷⁴ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 121.

⁷⁵ Mencionado por CROVI, Luis Daniel, “Fundaciones, régimen jurídico y actuación empresarial”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 39 según BADANES GASSET, Ramón, “Las fundaciones de derecho privado”, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1986, páginas 57 y 68.

1.1.3. Control

Hemos dado el indicio de la necesidad de fiscalización al momento de constituir la fundación y durante su vida. Constituida la fundación el control necesariamente se proyecta sobre su actividad cotidiana⁷⁶ y sus estatutos no pueden excluir bajo ningún punto de vista el ejercicio del Protectorado por parte del Estado⁷⁷. Ya en el Derecho romano era conocida la vigilancia ejercida por el *Curator rei publicae* en orden al cumplimiento de disposiciones, en ese caso de naturaleza fiduciaria, hechas a favor de una ciudad o *collegium* con la carga de ejecutar la voluntad del “fundador” conforme el mismo la hubiere manifestado en el instrumento constitutivo de la fundación con el poder disciplinario suficiente para encauzar las acciones que fueran contrarias a ella⁷⁸.

En relación al control estatal de las fundaciones, GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ indican que “cabe distinguir entre dos grandes modelos o sistemas abstractos, de intervención, uno de signo represivo y otro de signo preventivo” y para esta doctrina, entre las modalidades de control previo o posterior, la segunda parece más adecuada a la realidad fundacional posconstitucional⁷⁹. Es decir se incentiva el control *a posteriori*.

Lamentablemente no existe un régimen de control interno para esta clase de instituciones donde se pueda prevenir la toma de una decisión que pueda afectar el interés público⁸⁰. En los casos en que se compruebe en virtud de esa

⁷⁶ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 190.

⁷⁷ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, “Aspectos de la nueva regulación de las fundaciones culturales privadas”, RAP, Revista de Administración Pública, número 70, 1973, pág. 392.

⁷⁸ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 170.

⁷⁹ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 193.

⁸⁰ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Administraciones Públicas y Derecho privado”, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 120.

vigilancia a posteriori que existe una concreta actividad que se desarrolla fuera de los cauces de la reglamentación establecida, entonces, surge la reacción por vía de sanción administrativa o, incluso, penal, en su caso⁸¹ y reservando intervenciones concretas del Protectorado si fuere necesario⁸². Cada una de las sanciones estará relacionada con la gravedad del incumplimiento. A nuestro criterio es esencial el control preventivo además del propiciado control *ex post* porque además de verificar el funcionamiento conforme a derecho es posible, a través de él, acompañar la gestión del patronato contribuyendo con la mayor experiencia en la materia en razón de tener la información suficiente de la mayoría de los entes de iguales características que cumplen sus objetos fundacionales en satisfacción de los intereses de una determinada sociedad, ya que se encuentran obligados a cumplir con determinadas informaciones periódicas que dan un panorama de sus actividades, de su nivel de compromiso social, de los fondos involucrados y la gestión de su patronato. La vigilancia resulta necesaria pero no suficiente ya que el Protectorado no sólo existe para producir actos de autoridad por lo que es primordial modular la tutela y apoyo de las fundaciones a través de él⁸³.

1.1.4. Plazo

Por último, no podemos dejar de indicar que, si no estuviera absolutamente claro que el fundador erige la fundación señalándole un **plazo** de vida, se deberá entender que la fundación no está sometida a plazo alguno⁸⁴. En

⁸¹ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, "Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador", Marcial Pons, 2000, pág. 191.

⁸² GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, "Aspectos de la nueva regulación de las fundaciones culturales privadas", RAP, Revista de Administración Pública, número 70, 1973, pág. 394.

⁸³ MORELL OCAÑA, Luis, "Notas sobre el arcaísmo del Derecho de las fundaciones benéficas", REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 17, abril/junio 1978, pág. 166.

⁸⁴ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, "Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador", Marcial Pons, 2000, pág. 153.

algunas legislaciones se somete a la fundación a un límite temporal y en todos los casos entendemos que está sometida a una condición que determina el tiempo de su existencia y se vincula a la posibilidad material de cumplir con el objeto para el cual fue constituida.

No toda la doctrina coincide en la característica de perpetuidad. Hay quienes opinan que la fundación podría tener una finalidad temporal y efímera como la ayuda a los damnificados por una inundación⁸⁵.

Para el fundador normalmente constituye la fundación con vocación de perpetuidad aunque el Derecho no estipule que ésta sea una característica esencial.

La realidad muestra que las fundaciones existen mientras pueden ir cumpliendo con sus fines y que van adaptándose a lo largo del tiempo para encontrar mecanismos de supervivencia para alcanzar el objetivo de fin común para el que fueron creadas.

1.1.5. Definición legal

La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, recogiendo todo lo ante dicho, determina en su artículo segundo el concepto legal de Fundación para España diciendo que: *“1. son fundaciones las organizaciones constituidas sin fines de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. 2. Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley”*⁸⁶. Podemos apreciar que esta definición recoge todos los elementos

⁸⁵ CROVI, Luis Daniel, “Fundaciones, régimen jurídico y actuación empresarial”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 118.

⁸⁶ Disposiciones finales Primera. Aplicación de la Ley. 1. Los artículos 2.... Constituyen las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación reconocido en el artículo 34, en relación con el 53, de la Constitución, y son de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1ª de la Constitución.

esenciales descriptos y caracteriza las fundaciones españolas sin provocar demasiadas diferencias respecto a sus pares de otras jurisdicciones.

1.2. Antecedentes históricos del instituto

Realizaremos aquí un somero análisis, a través del tiempo, del pensamiento jurídico y de las distintas legislaciones que dieron origen a la normativa vigente en algunos países, sin proceder a la consideración de esta última en cada uno de ellos. Consideramos que el análisis de las discusiones doctrinarias y principalmente del intercambio de opiniones que se produce cuando se realiza el procedimiento necesario para la aprobación de nuevas legislaciones o sus modificaciones ayudan a entender las aristas de las figuras jurídicas empleadas en cada circunstancia histórica. Es por ello que entendemos necesario este paseo en el tiempo y en el espacio.

1.2.1. Derecho Romano

Sabemos que en el Derecho Romano, existían cuatro clases de personas morales, a saber:

- a) las corporaciones o universitates;
- b) las fundaciones o piae causae⁸⁷;

⁸⁷ Para algunos autores como BOSCH CARRERA no resultan claros los antecedentes de la fundaciones en el derecho romano y entiende que a partir del siglo VI el derecho cristiano aceptó las fundaciones de carácter benéfico que denomina piae causae.

c) el Estado (*fictum y aerarium*), y

d) la herencia yacente.

En este Derecho las fundaciones eran institutos civiles o eclesiásticos dirigidos a un objeto de utilidad pública, de beneficencia o de culto ⁸⁸. No se puede hablar expresamente de fundaciones pero la génesis de ella puede ser encontrada en estos institutos.

La clásica *universitas* mencionada en primer lugar indicaba tanto una reunión de individuos como un conjunto de cosas y fue confundiendo con la *congregatio* y la *communitas* cuando se hace referencia a las corporaciones voluntarias de individuos. En tanto, la expresión *piae corporae* de la legislación justiniana de donde la tomó el derecho canónico, se reservaba exclusivamente para identificar a las fundaciones. A las asociaciones se las denominaba *universitates personarum* por ser uniones de personas y a las fundaciones *universitates bonorum*⁸⁹. La división indicada no fue perfecta y no implicó la total separación con otras corporaciones. Este es el detalle que produce confusión entre los autores que recogen las distintas tradiciones romanas. Por ello, hay autores que afirman que el Derecho Romano no conoció la fundación, sino sólo algunos entes colectivos –*universitates, collegia*–; y que el concepto de *instituto* surge con el Derecho Canónico que no se corresponde con el de fundación civil⁹⁰. Para nosotros efectivamente existió la fundación en un concepto rudimentario pero con características comparables con la concepción moderna y entendemos que los canonistas denominaban indistintamente *persona representata, persona ficta, persona universalis* o

⁸⁸ COCCA, Aldo Armando, “Las Fundaciones. Del Derecho de la Antigüedad al moderno Derecho Internacional. Historia y Legislación en la República Argentina”, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, pág. 13.

⁸⁹ ALBALADEJO, Manuel, “Derecho Civil”, Tomo I, Decimosexta Edición, Edisofer S.L., Madrid, 2004, pág. 383.

⁹⁰ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge, “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española”, RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo–agosto, 2001, pág. 116.

persona collegii tanto a la fundación como a otros diversos institutos reconocidos por el derecho privado.

A partir del siglo XIV las construcciones teóricas y prácticas fundadas en el Derecho Romano a las que se llegó de la mano del Derecho Canónico van a ser pasadas por el tamiz de la secularización⁹¹ y adaptadas estructuralmente a las necesidades de su tiempo.

En verdad, las más variadas formas de fundaciones se ofrecen en Roma a través de su extenso período de civilización. Entre las singularmente originales se encuentra la que hizo Tizio a favor de las plantas de papiro, que aún existe, en la fuente de Aretusa, en Sicilia.

También alcanzó desarrollo la fundación alimentaria, y podemos citar como ejemplos a la Fundación Pliniana, la Fundación Ferentina y la Fundación Veleiana. Hicieron lo propio Nerva y Trajano a su tiempo⁹².

La referida fundación de Plinio fue hecha del modo siguiente: Plinio donó a la ciudad de Como un fondo y se lo hace después retransferir gravado con un vectigal inferior al rédito del fondo y que debe representar el capital fundado. De este modo se aseguraba perpetuamente el pago del precio que debía ser destinado cada año al fin alimentario y por otra parte, el fondo era sustraído de la libre disposición de la ciudad (Plinio, Epist, VII, 18).

Análogo es el sistema adoptado por la Fundación Ferentina (Corpus inscr. Lat. X, 5.853). Sin embargo, más dudas interpretativas provocan las fundaciones alimentarias imperiales, de las cuales hay un testimonio interesante en la tabla de Veleia y de Bibiana que se conservan en el Museo de Parma, al decir de COCCA. Se ha sostenido que fueron verdaderas fundaciones autónomas, en el

⁹¹ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, "Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador", Marcial Pons, 2000, pág. 171

⁹² COCCA, Aldo Armando, "Las Fundaciones. Del Derecho de la Antigüedad al moderno Derecho Internacional. Historia y Legislación en la República Argentina", Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, págs. 11-12.

sentido del derecho moderno. Pero comparto el criterio que afirma que más bien parecen un instituto del Estado.

Se ha dicho que las fundaciones de Nerva, Trajano y Antonio Pío tenían fines sociales y no eran, en el ordenamiento jurídico, sino instituciones de renta perpetua porque el patrimonio no se separó jamás de la persona del emperador⁹³. Hay que apuntar aquí que los romanos eran menos generosos que los griegos y en general ocultaban bajo estas instituciones un interés personal que era satisfecho a través de ellas. Sin embargo se dice que fue SÉNECA⁹⁴ quien destacó lo esencial de la sociabilidad en el hombre refiriéndose al bien del *humanum genus* lo que constituye la búsqueda del bien común⁹⁵. Sólo en la época de JUSTINIANO aparece claramente el rasgo de desinterés individual transformado en interés social en este tipo de institutos. Con Justiniano las *causae piae* fueron reconocidas como personas morales con vida propia.

La fundación religiosa hace su primera aparición en la Roma pagana. Conforme ULPIANO algunas de ellas gozaban de la *testamenti factio* pasiva, es decir, adquirían y poseían (Ex corpore tituli, Ulpiani, tít. 22, N° 6). Es con el cristianismo que surge la *causa pia* y se multiplica y provoca el florecimiento de la beneficencia pública bajo el concepto religioso de caridad que se extiende a la vida secularizada.

En el Imperio Romano las fundaciones fueron bastante frecuentes, sobre todo en la forma de fundaciones fiduciarias: disposiciones a favor de una ciudad o de un *collegia* con cargo de cumplir la voluntad del fundador. Especialmente el derecho imperial de Roma nos da un panorama completo de las fundaciones

⁹³ BONFANTE, Pedro, "Instituciones de Derecho Romano", 2da. Edición, Madrid, 1950, p. 69 mencionado por COCCA, Aldo Armando, "Las Fundaciones. Del Derecho de la Antigüedad al moderno Derecho Internacional. Historia y Legislación en la República Argentina". Capítulo I, Nota al pie N° 17, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, pág. 14.

⁹⁴ Filósofo estoico romano nacido en Córdoba, España el año 4 A.C., preceptor de NERÓN, que entendía que la filosofía era una disciplina práctica donde se encuentra remedio y consuelo para la vida.

⁹⁵ CROVI, Luis Daniel, "Fundaciones, régimen jurídico y actuación empresarial", Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 209.

autónomas y de las fundaciones subordinadas, cobijando a estas últimas bajo la personería jurídica de la Iglesia. La fundación subordinada, como su nombre lo indica, no es independiente y está sujeta patrimonial y políticamente a su creador.

Como para otros institutos del derecho, Roma ha sido la cuna donde se conocieron los primeros arrullos de las fundaciones y por ello ha dejado huellas ciertas de su uso que hasta nuestros días nos sirven de ejemplo y guía en el estudio jurídico.

1.2.2. En Europa

Aquí se han elegido aquellos países en los que no sólo se ha desarrollado el concepto legal de fundación sino que también se ha discutido su naturaleza jurídica y en cuyo derecho nacional se ha producido un desarrollo del instituto sumamente interesante. Analizaremos entonces los siguientes países: Inglaterra⁹⁶, Alemania⁹⁷, Francia⁹⁸ y España⁹⁹. No por ello se desprecian otras

⁹⁶ Inglaterra a abril de 2005 tenía constituidas 8.800 fundaciones con activos por 46.597.360.000 euros de acuerdo al informe del Centro Europeo de Fundaciones citado por Carlos PARAMÉS MONTENEGRO en Capítulo 29, "Las fundaciones en España" del Tratado de Fundaciones dirigido por BENEYTO PÉREZ, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 1491.

⁹⁷ Alemania a abril de 2005 tenía constituidas 10.085 fundaciones con activos por 50.000.000.000 de euros y un presupuesto anual de 35.000.000.000 de euros de acuerdo al informe del Centro Europeo de Fundaciones "Facts and figures across the EU" citado por Carlos PARAMÉS MONTENEGRO en Capítulo 29, "Las fundaciones en España" del Tratado de Fundaciones dirigido por BENEYTO PÉREZ, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 1491.

⁹⁸ Francia a abril de 2005 tenía constituidas 2.109 fundaciones de acuerdo al informe del Centro Europeo de Fundaciones citado por Carlos PARAMÉS MONTENEGRO en Capítulo 29, "Las fundaciones en España" del Tratado de Fundaciones dirigido por BENEYTO PÉREZ, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 1491.

⁹⁹ España a abril de 2005 tenía constituidas 6.000 fundaciones de acuerdo al informe del Centro Europeo de Fundaciones citado por Carlos PARAMÉS MONTENEGRO en Capítulo 29, "Las fundaciones en España" del Tratado de Fundaciones dirigido por BENEYTO PÉREZ, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 1491. Coincidentes estos números con el trabajo de Miguel Angel CABRA DE LUNA y Berta FRAGUAS, "¿Qué son y qué quieren ser las fundaciones españolas?", realizado en el año 2004.

experiencias sino que simplemente se enuncian ejemplos europeos que contribuyen a mostrar un paisaje diverso y útil.

1.2.2.1. Inglaterra

Inglaterra es una de las naciones que más ha contribuido a formar el derecho de las fundaciones aunque en virtud de las características de su sistema el mismo se integra con las decisiones de los jueces. Sin embargo la lucha por la jurisdicción sobre las fundaciones entre el Estado y la Iglesia provocó constantes cambios en los criterios aplicados. La jurisdicción eclesiástica se basaba en el carácter moral y religioso de las cuestiones pero a pesar de ello poco a poco fue cediendo el terreno a la resolución de los conflictos en marco de la jurisdicción secular.

Las fundaciones que existían en Inglaterra desde la Antigüedad comenzaron a renovarse en el año 1225 con la promulgación de la Carta Magna que prohibía la alienación de bienes en mano muerta en beneficio de las corporaciones religiosas que no fueran las *corporations sole*, salvo en la ciudad de Londres, y cuyo texto introducía el concepto de *uses* que renueva la noción jurídica de las fundaciones. El sistema de los *uses* está basado en la constitución de una propiedad fiduciaria a través de una interposición de personas y podemos decir con las transformaciones sufridas a lo largo del tiempo sería comparable al actual *trust*. El origen de los *uses* se reconoce en el derecho germánico más que en el romano.

Desde comienzos de la Edad Media ha ofrecido frondosa jurisprudencia. Para la existencia de una fundación era necesario que, a más de cumplir un fin benéfico, ella estuviera dirigida a toda la colectividad o una gran parte de ésta. Hasta el siglo XVI las fundaciones fueron creadas por un procedimiento feudal.

El Estado advierte con preocupación el poderío económico desarrollado por las fundaciones en general y por las religiosas en particular. Es por ello que

Enrique VIII en el año 1536 comenzó una ofensiva contra estas instituciones que duraría varios años y que encontraría su inicio en el *Statute of uses* que propugnaba la total abolición de los *uses* y el desdoblamiento de la propiedad. Tanto en la época de Enrique VIII como en la de Eduardo VI se crearon establecimientos organizados según el modelo de las antiguas fundaciones religiosas y sometidos al derecho privado que se denominaban *charitable uses*. Isabel en el año 1601 limitó el campo de los *uses* y creó y organizó los *Charity Commisioners* que tendrían el control de las fundaciones. En el siglo XVIII se redobla la lucha en contra de las “manos muertas” y recién en el siglo siguiente se comienzan a constituir nuevamente gran número de fundaciones en el marco de una interpretación amplia de la jurisprudencia y la escasa legislación sobre el particular.

En el derecho inglés nunca se ha definido la noción y la naturaleza jurídica de la fundación¹⁰⁰ dadas las características del *common law* que no requiere las precisiones técnicas de nuestro sistema. Sin embargo la jurisprudencia ha propugnado la defensa de la entidad, garantizado la ejecución de sus fines, limitado la acumulación ineficaz de patrimonio y rentas y, entre otras cuestiones también ha defendido a los beneficiarios indeterminados que aunque no forman parte de la fundación constituyen la razón de ser de ella¹⁰¹. Así se ha desarrollado una obra notable de construcción jurídica que se concreta generalmente por medio del *trust* que fue reglado en su ejecución en la *Trustee Act* del año 1925.

¹⁰⁰ LEVY-ULLMAN, H. y ESCARRA, Jean, Profesores en la Facultad de Derecho de París, “Las fundaciones en Inglaterra”, La Ley, Tomo 13, Sección Doctrina, Buenos Aires, Argentina, pág. 225.

¹⁰¹ CROVI, Luis Daniel, Fundaciones, régimen jurídico y actuación empresarial, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 143.

1.2.2.2. Alemania

Hasta principios del siglo XIX no se desarrolló en este país la noción de fundación propiamente dicha ni desde el punto de vista del derecho privado ni desde el derecho público. Anteriormente existían los establecimientos de beneficencia como sujetos de derecho de la Iglesia al igual que en el resto de Europa.

Particularmente la naturaleza jurídica de la persona moral estuvo en debate, y por ello, la naturaleza jurídica de la fundación. Para SAVIGNY aparecía como pura ficción; para IHERING como una propiedad colectiva de la universalidad de los beneficiarios; para Brinz eran masas patrimoniales sin titulares pero afectadas a un fin común determinado, y para Otto von Gierke, a quien ya hemos mencionado en relación al tema, constituía un organismo social independiente.

Durante mucho tiempo la teoría dominante definía a la fundación como un patrimonio con personalidad jurídica autónoma para un fin determinado.

ENNECCERUS es quien refutó esta teoría y planteó que *“no cabe considerar como fundación o como sujeto de derecho independiente que haya de tratar por analogía de la misma, a un patrimonio afectado por suscripciones para un fin determinado, por ejemplo, para socorrer a los damnificados por inundaciones o incendios o para la erección de un monumento”*¹⁰² pero no tuvo éxito en convencer acerca de ello para diferenciar a la fundación de otras personas jurídicas constituidas por un grupo de individuos con un fin de lucro.

¹⁰² ENNECCERUS, Ludwig, “Derecho Civil”, Parte General, Volumen I, Traducción del alemán de PERÉZ GONZÁLEZ Y ALGUER, Barcelona, 1953, pág. 507 mencionado por COCCA, Aldo Armando en Las Fundaciones. Del Derecho de la Antigüedad al moderno Derecho Internacional. Historia y Legislación en la República Argentina, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, pág. 96.

Henri LEHMANN, desde su cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia, decía que: *“La fundación, en derecho alemán, es una organización autónoma reconocida como titular de derechos, para la realización de un fin permanente supra–personal determinado en el acto de la fundación, por la voluntad del fundador, siendo dicha asociación susceptible de estar dotada de un patrimonio y no constituido en una agrupación de personas”*. La Stiftung o fundación, es decir el sujeto de derecho, no es el patrimonio, sino la organización creada para realizar el fin de la fundación¹⁰³, criterio que se asimila al de otras legislaciones.

En los términos de esta formulación germánica, por corporación (*universitas personarum*) se entiende al *“grupo de personas organizadas en el interés común de todas ellas y con la participación de las mismas en su organización”, es decir, “un conjunto de personas, las cuales adoptan la condición formal de miembros; son estos miembros, por una parte, los titulares de los intereses a los que el grupo va a servir, aunque se trate de sus intereses comunes y no particulares; y en segundo término, los propios miembros son los que organizan el ente, en el sentido también de que es su voluntad la que va a integrar la voluntad propia del ente a través de un proceso representativo”*. Por el contrario, en la categoría de entes institucionales (*universitas rerum*)¹⁰⁴ no existen miembros propiamente y aquí se encuentran las fundaciones.

El cambio de óptica lo dió, inicialmente, el Código Civil alemán del año 1900, que reglamentó en detalle a las fundaciones, haciendo una apertura legislativa que antes hubiera sido impensada. No sólo se reconocía la existencia de las fundaciones sino que el Código en su artículo 80 indicaba que la aprobación para funcionar era otorgada por el estado confederado (*Land*) en cuyo territorio debía tener su sede la fundación. En caso de que su sede no estuviera en ningún estado, entonces, la autorización era otorgada por el *Reichsrat*. La aprobación gubernamental resultaba condición para la obtención de la

¹⁰³ LEHMANN, Henri, “Las fundaciones en derecho alemán”, La Ley, Tomo 13, Sección Doctrina, Buenos Aires, Argentina, pág. 216-225.

¹⁰⁴ SOCÍAS CAMACHO, Joana M., “Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario”, lustel, 2006, pág. 77.

capacidad jurídica en aquel tiempo y continuó siéndolo hasta nuestros días. La constitución de las fundaciones debió respetar lo normado por el Código de 1900, la legislación del Imperio y de los *Länder*.

La ley de 1 de junio de 1924, que introdujo el Código Civil francés en los departamentos de Aut.-Rhin, Bas-Rhin y Moselle, dejó subsistentes las reglas de derecho alemán referidas a fundaciones con algunas modificaciones no significativas y permitió la fusión de ambas normativas poco a poco y a lo largo de su aplicación práctica.

La controversia doctrinaria sobre la naturaleza jurídica de la fundación que mencionamos no finalizó con el Código Civil de 1900 y la tendencia fue apartarse cada vez más de las teorías de la ficción para fundar las teorías referidas a esta persona jurídica en la realidad particular. Así se considera que la doctrina alemana abandonó la concepción que comprendía todo tipo de entidades benéficas a favor de una definición formal, que es la que se incluye en el Código¹⁰⁵, que luego se fue perfeccionando para llegar a la normativa actual.

1.2.2.3. Francia

Las fundaciones eran numerosas en Francia cuando en el siglo XVIII y más precisamente en el mes de agosto del año 1749, antes de la Revolución Francesa, el Canciller D'Aguesseau emitió un edicto por el cual se prohibían de manera absoluta las fundaciones testamentarias y sólo se autorizaban las fundaciones bajo la forma de liberalidad con cargo en beneficio de un establecimiento preexistente. Esta reacción contraria a las manos muertas, es decir, a aquellas concentraciones patrimoniales excesivas se produce porque

¹⁰⁵ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge. "Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española", RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo-agosto, 2001, pág. 117.

las mismas eran vistas como riesgosas por todo el poder económico que acumulaban.

Luego, el Código Civil del año 1804 no consagra ninguna disposición especial sobre las fundaciones ignorando su posibilidad de regulación y sin reconocer la realidad histórica que demostraba que, a pesar de la persecución, se daba cauce a la beneficencia a través de las fundaciones existentes y se empezaban a crear algunas nuevas encontrando espacios no regulados que así lo permitían.

Durante el siglo XIX, el Consejo de Estado elaboró una jurisprudencia administrativa sobre las fundaciones que permitió que empezaran a proliferar nuevamente luego de su desaparición en la época revolucionaria. De acuerdo a esa jurisprudencia y a la ley del 1 de julio de 1901 se puede considerar a las fundaciones como establecimientos privados, dotados de personalidad moral, en virtud de un acto del poder público por el que el gobierno las reconoce como de utilidad pública. Su fin es realizar la obra concebida por el fundador con los recursos provenientes del patrimonio afectado por el propio fundador, que es administrado por un consejo de administración regulado por el estatuto fundacional¹⁰⁶. Como indicáramos para Alemania, en Francia el Estado también tiene un rol especial en el otorgamiento de la capacidad jurídica.

No puede decirse que el instituto en Francia sea de puro derecho privado; la fundación se asemeja, en algunos aspectos, a las personas morales de derecho público¹⁰⁷ y quizás sea el país que más ha patentizado la coordinación de ambos derechos en la regulación de esta institución.

¹⁰⁶ DE FONT REAULX, Pierre, "Las fundaciones en derecho francés", Auditor del Consejo de Estado, La Ley, Tomo 14, Sección Doctrina, Buenos Aires, Argentina, pág. 18-27.

¹⁰⁷ COCCA, Aldo Armando, Las Fundaciones. Del Derecho de la Antigüedad al moderno Derecho Internacional. Historia y Legislación en la República Argentina, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, pág. 124.

1.2.2.4. España

Federico De Castro ha manifestado que la fundación ha sido una figura descuidada por nuestra doctrina y que por mucho tiempo se la consideró de poco interés, gris y abandonada a los límites imprecisos de lo civil y lo administrativo¹⁰⁸. También DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN recuerdan que durante mucho tiempo las fundaciones estuvieron huérfanas de tratamiento legal¹⁰⁹.

El antiguo derecho español, al tiempo de producirse la recepción de los derechos romano y canónico, recogió la aplicación concreta de casos que hoy calificaríamos de fundaciones. Así, por ejemplo, se aceptaron las disposiciones “*ad pias causas*”, con base canónica, acuñadas en leyes hispanas como las de Novísima Recopilación, y se admitió que los testamentos podían contener disposiciones atinentes a la erección de una fundación, bajo la forma de legados o mandas con cargo. Asimismo, estas leyes consagraban algunas aplicaciones del principio de la personalidad jurídica pero sin reconocerlo expresamente ni recogerlo en ninguna de sus disposiciones. Poco a poco llegarían a través de la doctrina los desarrollos teóricos de la personalidad que luego se plasmarían en la legislación.

Este antecedente histórico debe necesariamente completarse con la legislación producida en las primeras décadas del siglo XIX, de severa restricción para las fundaciones por imperio de lo que DE CASTRO BRAVO, según CARRANZA, llama “aristas de hiriente carácter político–social” de las leyes desvinculadoras y desamortizadoras¹¹⁰. Se denomina desamortización a la venta forzosa de los

¹⁰⁸ DE CASTRO BRAVO, Federico, “La persona jurídica”, Editorial Civitas S.A., Madrid, Reimpresión de la segunda edición de 1984, 1991 pág. 291.

¹⁰⁹ Mencionados por CROVI, Luis Daniel, “Fundaciones, régimen jurídico y actuación empresarial”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 5 según DÍEZ-PICAZO, Luis-Gullón, Antonio, Sistema de derecho Civil, Volumen I, edición 11, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 615.

¹¹⁰ CARRANZA, Jorge A., “Las fundaciones en el derecho privado”, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 6.

bienes de patrimonios afectados a una finalidad. La norma obligaba a la venta de las masas de bienes inmuebles vinculadas para su conversión en títulos de la Deuda Pública¹¹¹. A estos patrimonios afectados a un fin, a su vez, se los clasifica en vinculados, lo que supone una desamortización civil, y, “manos muertas”, lo que supone una desamortización eclesiástica. Como en el resto de los países la tremenda influencia política y patrimonial que concentraban las fundaciones movió al Estado a tratar de restringirlas. Esta obligación de venta de los bienes y adquisición de títulos de Deuda consolidada implicó la condena a muerte de las fundaciones y de ejecución más o menos rápida visto la depreciación veloz de la moneda¹¹².

La gran desamortización se comenzó con los Reales Decretos de Carlos IV en 1789, reforzados por los Reales Decretos de 21 de agosto de 1795 y de 19 de septiembre de 1798 de carácter tributario donde se agravaban las obligaciones fiscales. A través de estas normas se produce un ataque indirecto a la institución que dejaba de tener utilidad práctica por su onerosidad. La verdadera intención de la normativa fiscal era desalentar su constitución y logró su objetivo.

En la Ley de 11 de octubre de 1820, se suprimen todo tipo de vinculaciones incluidas las fundaciones y además se prohíben las mismas para el futuro. Esta Ley pone en marcha la desvinculación y en su artículo 14 prohibió fundar, “bajo ningún pretexto, obras pías ni vinculación de ninguna clase de bienes o derechos”. Aunque no se citan *expresis verbis*, es patente que la prohibición incluye a las fundaciones, aludidas por una serie de términos equivalentes en el uso jurídico de la época.¹¹³ Sin embargo, se exceptuó de la disolución

¹¹¹ RUÍZ OJEDA, Alberto, “Las fundaciones privadas como colaboradores de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundaciones. Un comentario con ocasión de la nueva ley de fundaciones”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 93, enero-marzo 1997, pág. 34.

¹¹² DE CASTRO BRAVO, Federico, “La persona jurídica”, Editorial Civitas S.A., Madrid, Reimpresión de la segunda edición de 1984, 1991 pág. 303.

¹¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Constitución, fundaciones y sociedad civil”, RAP, Revista de Administración Pública, número 122, 1990, pág. 240.

automática a los *establecimientos de beneficencia particular* (artículo 128, ley del 27 de diciembre de 1821). Según CAMY¹¹⁴ existían ideas preponderantes en la legislación desamortizadora que se resumen en la declaración de venta de todos los bienes excepto los edificios de los establecimientos de beneficencia y la prohibición de mantener bienes bajo su titularidad. Se entiende que las disposiciones de la Ley de 1820 “*son aplicables sólo a los vínculos y fideicomisos establecidos a favor de los parientes del fundador o de familias determinadas; por lo cual no se hallan comprendidas en la citada Ley las fundaciones meramente piadosas o benéficas cuyos productos estuvieren destinados a tales objetivos, continuando subsistentes las de esta índole y circunstancia*”¹¹⁵.

Como vemos, influenciados por el liberalismo de la época, los poderes públicos en España iniciaron una corriente en contra de los establecimientos benéficos, prohibiendo todo mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía o vinculación de cualquier tipo. Las autoridades en muchos lugares lucharon por defender los bienes de beneficencia laicos no eclesiásticos aunque la Administración y los Tribunales se inclinaban al principio por una aplicación indiscriminada de las leyes desvinculadoras¹¹⁶. Sin embargo, este criterio fue suavizado por la Ley del 20 de junio de 1849¹¹⁷, de Entidades de Beneficencia Pública y Particular¹¹⁸, que reconoció a los establecimientos privados de beneficencia en forma de fundaciones, los que luego se denominarían “fundaciones benéficas”. Además, dicha ley, organizó el patronato del gobierno respecto de las mismas. Luego, el Real Decreto de 6 de julio de 1853 precisa

¹¹⁴ CAMY, Buenaventura, Registrador de la Propiedad, “Fundaciones: breve idea de su normativa legal”, Revista de Derecho Privado, 1974, pág. 980.

¹¹⁵ Sentencia Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1871, publicada en la *Gaceta* de 26 de julio según PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 173/174.

¹¹⁶ DE CASTRO BRAVO, Federico, “La persona jurídica”, Editorial Civitas S.A., Madrid, Reimpresión de la segunda edición de 1984, 1991, pág. 292.

¹¹⁷ Esta Ley se ocupa especialmente de los establecimientos públicos de beneficencia (generales, provinciales y municipales) y los distingue en su artículo 1 de los establecimientos particulares.

¹¹⁸ Y también Instrucción de la misma fecha.

esta Ley de 20 de junio de 1849 exigiendo que para clasificar un establecimiento como particular se debían cumplir determinados requisitos, a saber:

a) que el establecimiento cumpla con el objeto de su fundación o con el que ha tenido desde tiempo inmemorial;

b) que se mantenga exclusivamente con el producto de bienes propios, sin ser socorrido con fondos del Gobierno, de la provincia o de la municipalidad, y sin participar del beneficio de repartos o arbitrios forzosos;

c) que su dirección y administración estén confiados a corporaciones autorizadas por el Gobierno al efecto o a patronos designados por el fundador o apoyen su derecho en la posesión inmemorial.

Aquella desacertada decisión política desamortizadora fue también, en parte, dejada sin efecto parcialmente con la Ley de Beneficiencia de 21 de junio de 1894 y el Real Decreto de 14 de marzo de 1899 que regula de modo general las fundaciones benéficas particulares, entendiéndose por benéficas las *“permanentemente dedicadas a la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales y físicas”*. Pero, recién a mediados del siglo XIX la doctrina jurisprudencial se consolida en la defensa de los bienes destinados a fundaciones benéficas. La realidad demostró en forma contundente que la decisión desamortizadora había sido desacertada porque el Estado no pudo satisfacer las necesidades de la comunidad que eran cubiertas con anterioridad por las fundaciones produciéndose un descontento social no deseado. Entendemos que este efecto no fue previsto cuando se manifestó la voluntad política contraria a estas instituciones y eso permitió demostrar su real e innegable dimensión de utilidad social.

Excede el marco de este trabajo el análisis del proceso desvinculador y de constricción de las fundaciones. Sin embargo, merece una especial mención porque supone un período oscuro para la institución en el derecho español que la hizo renacer como el Ave Fénix con más brío y seguridad jurídica. La norma

de 1820, para bien de la sociedad, tuvo corta vida siendo dejada sin efecto en 1823. Sin embargo, a pesar de ello, sus efectos continuaron por largo tiempo. No debemos olvidar que años después apareció fugazmente la ley de desamortización del 1º de mayo de 1945 que inmediatamente quedó derogada pero, de cualquier modo, permitió demostrar que el poder político siempre posa su mirada en las fundaciones por uno u otro motivo que entiende estratégico.

En la época de la codificación, la puja entre las dos tendencias que disputaban su primacía en relación a la existencia o no ya no de las fundaciones sino de las personas morales, se traduce en el hecho concreto de la admisión de la fundación como persona jurídica. Así el artículo 35 del Código Civil español, apartándose del modelo francés, incluyó en su enumeración a “las fundaciones de interés público reconocidas por la ley”. Sin embargo el Código Civil no define a la fundación y el concepto se debe deducir de las manifestaciones de la época que llevan a considerar a la fundación, según Federico De Castro, como “la personificación de la organización, instituida y reglada por el fundador, para realizar el fin benéfico al que destina una masa de bienes”¹¹⁹.

En este tema se encuentra un ejemplo más de la influencia que el derecho americano ejerció sobre la codificación española y ello habla de la apertura intelectual de los juristas de la época que reflexionaron sobre lo socialmente útil a los fines de lograr la mejor y más avanzada normativa para sus comunidades. En efecto, tanto el Proyecto de García Goyena, confeccionado en el año 1851, como el Anteproyecto de Código Civil español de 1882 –siguiendo las ideas del código francés–, no contenían normas sobre las fundaciones, en particular, ni sobre las personas jurídicas en general. Recién en la etapa final de la codificación española en el año 1888, se incorporan al proyecto definitivo los artículos correspondientes a las personas jurídicas (artículos 35 a 39), y en ellos se nota una influencia evidente de las disposiciones que sobre el particular contenían los principales códigos americanos, como el chileno y el

¹¹⁹ DE CASTRO BRAVO, Federico, “La persona jurídica”, Editorial Civitas S.A., Madrid, Reimpresión de la segunda edición de 1984, 1991, pág. 293.

argentino. Este hecho ya fue advertido por el maestro español CASTÁN TOBEÑAS, en la Parte General de su Tratado¹²⁰ que lo reconoce y lo destaca.

En efecto, los juristas americanos, a mediados del siglo XIX, habían superado en este aspecto a sus pares franceses, y tanto BELLO (título XXXIII, libro primero del Código de Chile, artículos 545 a 564), como FREITAS en el Esbozo brasileño (libro primero, título III de la sección primera, artículos 272 a 316) y VÉLEZ SÁRSFIELD en los artículos 32 a 50 del Código Civil argentino, se habían ocupado de las personas jurídicas y sus obras contenían referencias, aunque incompletas, a las fundaciones y a su funcionamiento. El codificador español tomó en consideración estos antecedentes americanos para apartarse del modelo francés y ocuparse de las personas jurídicas lo que pone de relieve una vez más el estrecho parentesco que existe entre los sistemas jurídicos imperantes en los países que integran la familia iberoamericana¹²¹.

1.2.3. En América

En este apartado hemos decidido dividir el análisis de la normativa previa a los Estados nacionales y vinculada principalmente a la tarea desarrollada por el pensamiento jurídico europeo para despertar en el Nuevo Mundo aquellas ideas y desarrollos doctrinarios que dieron origen a las legislaciones nacionales. Luego se ha elegido un país determinado para analizar en él la normativa referida al tema para demostrar la evolución en los distintos países que ha sido similar y en la mayoría de los casos ha quedado estancada en el

¹²⁰ En MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Profesor Titular de Derecho Civil II y IV en la Universidad de Córdoba, Argentina, Académico de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en Prólogo de CARRANZA, Jorge A., "Las fundaciones en el derecho privado", Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. XII, se indica ver tomo I, volumen 2, p. 373, 10ª Editorial Reus, Madrid, 1963.

¹²¹ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Prof. Titular de D. Civil II y IV en la Universidad de Córdoba, Académico de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en Prólogo de CARRANZA, Jorge A., "Las fundaciones en el derecho privado", Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. XII.

tiempo necesitando hoy una irremediable reforma para adaptarla a los tiempos. Algunos países como Perú y Panamá han efectuado un desarrollo más completo del instituto pero estos países resultan ser la excepción.

1.2.3.1. Derecho de Indias

La Obra de España en América tenía, entre otros, un fin primordial que era “la buena gobernación y la administración de justicia”, tal como con frecuencia se menciona en los documentos de la época¹²². Ello significaba aspirar a la realización del bien común que era el máximo objetivo del Estado en la doctrina católica contemporánea y esta orientación es la que se encuentra en la normativa referida a fundaciones.

Recordemos que el derecho romano reconoció la plena capacidad de la persona jurídica y que el derecho canónico, continuador de esta posición romana, tenía plena vigencia en la España de los Reyes Católicos y desde allí llegó a América.

Esta afirmación nace del análisis de las Partidas de Alfonso X el Sabio, redactadas probablemente en Murcia entre los años 1256 y 1263. En esta época se encuentra en pleno desarrollo doctrinario la teoría de la personalidad jurídica de los entes creados por el hombre para trascenderlo en el tiempo y que, poco a poco, estas teorías eran reconocidas por la legislación positiva.

Así, las fundaciones se fueron desarrollando de la mano protectora de la Corona. Es por ello que nos detenemos en el Cedulaario Indiano de Diego de

¹²² ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, “Historia del derecho argentino”, Tomo I, Primera edición, Tercera reimpresión, Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1985, pág. 119.

Encinas¹²³ encargado en el año 1596, que si bien se limitó a reunir en cuatro libros las cédulas existentes en los archivos del Consejo y no agregó nueva normativa resulta suficiente para entender la praxis fundacional de la época. Esta obra, que tardó doce años en concluirse, fue de gran utilidad práctica porque compendió casi la totalidad de la legislación vigente en la segunda mitad del siglo XVI y permitió una visión global de la regulación de los distintos institutos jurídicos y sus particularidades.

La Real Cédula del 21 de septiembre de 1551 se refiere a la fundación de la Universidad de México según la cual el monarca ha *“ordenado que de nuestra Real hacienda se dé en cada un año para la fundación de dicho estudio y Universidad mil pesos de oro”* (folio 201 del Cedulaario). Aparecen aquí la dotación patrimonial como básica al momento constitutivo y el fin social sin ánimo de lucro que son elementos esenciales de una fundación, como ya hemos dicho.

Así también, *“por Cédula de Su Majestad se mandó fundar una Universidad en Santo Domingo de la Isla Española, donde hubiere dos Cátedras... y se dotaron de los bienes que estuviesen situados para la dicha Universidad”*.

El 12 de mayo de 1551, en Cédula recogida en folio posterior, se da cuenta de haberse dispuesto la creación de una Universidad en Lima, en el Convento de Santo Domingo, y la nota marginal dice: *“En conformidad con esta provisión, el virrey don FRANCISCO DE TOLEDO fundó otra Universidad en la Ciudad de los Reyes y la dotó”* (folio 204)¹²⁴.

¹²³ A instancias de CARDENAL ESPINOZA se había designado en 1566 a DON JUAN DE OVANDO, miembro del Consejo de la Inquisición, hombre de confianza del Rey Felipe II, a los fines de ordenar medidas en Indias y se comenzó con él una tarea recopiladora que fue interrumpida por su muerte según relata EDUARDO MARTIRÉ en “Guión sobre el proceso recopilador de las Leyes de Indias”, Editorial Emilio Perrot, Buenos Aires, República Argentina, 1978, pág. 23 a 25.

¹²⁴ COCCA, Aldo Armando, “Las Fundaciones. Del Derecho de la Antigüedad al moderno Derecho Internacional. Historia y Legislación en la República Argentina”, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, pág. 26- 27.

Luego, en la Recopilación de 1680 en su título XXII trata “De las Universidades y Estudios Generales y particulares de las Indias”, y en cincuenta y siete leyes se refiere lo anteriormente detallado.

La Real Cédula del 15 de junio de 1685 autorizaba la fundación de un Colegio Universitario en lo que es hoy la República Argentina ya no por la Corona ni con el aporte económico de las arcas reales sino que se trataba de un acto de voluntad fundadora de un particular luego aprobado por el Rey. A posteriori de la autorización real se realizó la donación de DUARTE DE QUIRÓS de todos sus bienes el 8 de julio de 1687. Más tarde, se realiza el establecimiento del Colegio cumplido por el Gobernador de Córdoba el 1º de agosto de ese mismo año. Y por fin, en la Real Cédula del 2 de diciembre de 1716, el monarca español aprobó definitivamente la fundación, creándose así el Colegio universitario más antiguo de la República Argentina en la provincia mediterránea de Córdoba.

Asimismo se crean otro tipo de fundaciones además de las educativas, por ejemplo, se crea una fundación hospitalaria y de estudios médicos denominada Fundación San Roque. La historia cuenta que DIEGO SALGUERO DE CABRERA cursaba estudios en el Real Colegio de Nuestra Señora de Monserrat y en la Real y Pontificia Universidad de Córdoba del Tucumán, donde obtuvo los títulos de bachiller y de maestro en artes. Luego obtuvo allí el doctorado en teología. Más tarde es nombrado deán de la Catedral de su ciudad natal, Córdoba y en el año 1763 es ungido como obispo de Arequipa. Entonces, ese mismo año, y en vista de que habría de abandonar la ciudad de Córdoba para asumir la silla apostólica en el Perú, suscribe la escritura de fundación de un hospital “*donde se curen y medicinen los pobres*”. Esta fundación perduraría a través de los siglos como Fundación San Roque. La autorización es concedida al fundador por Real Cédula el 25 de enero de 1776 en el Pardo. Refiere la Cédula que el diocesano de Córdoba manifestó la “suma complacencia que le ha causado el intento de fundar este hospital y el ponerlo a cargo de los religiosos betlehemitas”. Casi 100 años después, en el año 1850, fallecido FRAY FÉLIZ DEL ROSARIO, último integrante de la orden

beneficiada por el fundador, el Gobierno de la Provincia de Córdoba, República Argentina, asume el patronato de la Fundación ¹²⁵.

Ha sido profusa la creación de fundaciones en la época colonial y, a través de ellas, la Corona española permitió principalmente el avance de la educación en las nuevas tierras.

1.2.3.2. La legislación nacional de un país de América Latina: la República Argentina

Los países de América Latina, como hemos expresado, han seguido legislativamente el pulso de la legislación hispánica. Hay algunas naciones como Perú¹²⁶ que incluso han recogido constitucionalmente el derecho a fundar y otras, como es el caso argentino, han quedado sumamente atrasadas con normativa de casi cuarenta años de antigüedad¹²⁷.

De conformidad con la Ley 340 del 29 de septiembre de 1869, el Código Civil, redactado por el Dr. Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD, comenzó a observarse como ley en la República Argentina a partir del 1º de enero de 1871. VÉLEZ SÁRSFIELD en los artículos 32 a 50 del Código Civil argentino, se había ocupado novedosamente de las personas jurídicas. Así fue como el artículo 33 del Código Civil argentino, en su inciso 5, enumeró entre las entonces llamadas personas jurídicas *“de existencia posible” a “los establecimientos de utilidad pública, religiosos o piadosos, científicos o literarios, las corporaciones, comunidades religiosas, colegios, universidades, sociedades anónimas,*

¹²⁵ COCCA, Aldo Armando, “Las Fundaciones. Del Derecho de la Antigüedad al moderno Derecho Internacional. Historia y Legislación en la República Argentina”, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, pág. 60.

¹²⁶ Constitución Peruana de 1979 en su artículo 2, inciso 13 indica que toda persona tiene derecho “a asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley”.

¹²⁷ La ley vigente 19.836 fue promulgada en el año 1971.

bancos, compañías de seguros y cualesquiera otras asociaciones que tengan por principal objeto el bien común, con tal que posean patrimonio propio y sean capaces, por sus estatutos, de adquirir bienes y no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado”. Allí comenzaba, y también concluía, toda la normativa del Código Civil sobre las fundaciones a las que no se refería directamente. Nadie puede pensar que el juriconsulto ignorara la importancia de las fundaciones, anteriores al Estado mismo, pero se asistía a la etapa final de la lucha de dos siglos contra las fundaciones, ya comentada *ut supra*, y tal vez por ello prefirió no llamarlas por su nombre¹²⁸. Sin embargo podemos ver los caracteres esenciales de la institución en lo transcrito ya que se habla de un patrimonio asignado a un fin de bien común que se separa del haber de su fundador para ser independiente. Sorprende la prescripción acerca de la necesidad de que no sea el Estado la única fuente de subsistencia del ente.

Hubo, a posteriori, algunas propuestas de reformas al Código Civil como el Anteproyecto BIBILONI que comenzó por llamar las cosas por su nombre y a emplear, por lo tanto, la palabra “fundaciones”. La Comisión Redactora fue creada por el Poder Ejecutivo Nacional el 2 de julio de 1926 y estuvo compuesta por nueve miembros bajo la presidencia de un Ministro de la Corte Suprema de Justicia. Esta Comisión decidió designar al Dr. Juan Antonio BIBILONI para realizar una primera redacción que le llevó seis años de dura labor y resultó un antecedente valiosísimo para la posteridad. Lamentablemente BIBILONI falleció poco después de entregar el borrador y recién en 1936, luego de la revisión por los miembros de la Comisión, fue presentado al Poder Ejecutivo que lo elevó al Congreso Nacional donde nunca fue considerado¹²⁹. El artículo 208 del Anteproyecto determina que “los particulares pueden constituir fundaciones con carácter de persona jurídica, afectando bienes en plena propiedad para la realización de un objeto

¹²⁸ COCCA, Aldo Armando, “Las Fundaciones. Del Derecho de la Antigüedad al moderno Derecho Internacional. Historia y Legislación en la República Argentina”, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, pág. 181.

¹²⁹ BIAGOSCH, Facundo, “Las organizaciones no gubernamentales”, Editorial Adhoc, Buenos Aires, Argentina, 2006, pág. 250.

designado”. Aquí se simplifica el concepto de fundación pero el mismo nunca llegaría a ser incluido en el Código Civil.

Luego, el Proyecto de Reformas del año 1936 nada aportó de novedoso en la materia incluyendo similares regulaciones que la propuesta algunos años antes por BIBILONI. Luego el Proyecto Herrera-Saadi del año 1948 hacía una reglamentación minuciosa del régimen de las fundaciones pero tampoco tuvo eco parlamentario. Igual suerte tuvo el Anteproyecto del año 1954, obra del Instituto de Derecho Civil de la Dirección de Institutos Jurídicos de la República Argentina¹³⁰.

La reforma del año 1968 al Código Civil pasó a clasificar las personas jurídicas según su naturaleza jurídica pública o privada, ubicando entre las de carácter privado a las fundaciones “que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado y obtengan autorización para funcionar” (artículo 33, 2ª parte, inciso 1). Los proyectos de reformas a la ley común habían contemplado expresamente cambios referidos a la normativa de fundaciones y se esperaba que estos proyectos incluyeran su tratamiento pero a la hora de dictarse el decreto-ley 17.711/68 –única modificación profunda realmente producida en un siglo de vigencia del Código de VÉLEZ–, no se tuvieron en cuenta y sólo se las mencionó expresamente por su nombre y nada más. Es decir, no se incluyó ninguna norma específica referida a las fundaciones que por otra parte existían desde los primeros tiempos de la Colonia.

La ley 18.805 determinó la autoridad administrativa de control que debe conceder la autorización correspondiente y el reconocimiento de la personería mediante la aprobación de los Estatutos de las personas jurídicas que regirán su vida institucional. Esta autoridad administrativa es la Inspección General de Personas Jurídicas, que se constituye así en la Capital Federal y Territorios

¹³⁰ CROVI, Luis Daniel, “Fundaciones, régimen jurídico y actuación empresarial”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 62.

sometidos a la jurisdicción nacional como el órgano gubernamental y autoridad de fiscalización. Luego con iguales funciones pasaría a llamarse Inspección General de Justicia.

Hacia el año 1972 se había registrado un aumento notable en el número de fundaciones, que en jurisdicción nacional excedía de varios centenares, según lo expresa el Ministro de Justicia al elevar el proyecto de ley de fundaciones. Por ello, se hacía indispensable contar con una ley que estableciera el régimen general y estructural de las fundaciones, para su adecuado desenvolvimiento y control por el Estado. La ley 19.836 de Fundaciones tiene su origen en los trabajos de la Comisión creada por Resolución 141 del Ministerio de Justicia, del 8 de abril de 1971 y en las resoluciones dictadas por la Inspección General de Personas Jurídicas en los años 1967 y 1968. El trabajo de la Comisión recogió la experiencia anterior e indagó en las fundaciones que funcionaban en el ámbito nacional a los fines de encontrar el modo más simple de legislar el fenómeno y propiciar su constitución en un marco de seguridad jurídica. Así el 15 de septiembre de 1972 se promulgó la ley 19.836 de Fundaciones, que como ley complementaria al Código Civil, rige sin reformas hasta la fecha. Esta ley ha tenido una vida de casi cuarenta años. En este período jamás ha sufrido modificaciones sino que han sido las resoluciones administrativas de las distintas jurisdicciones, las que han ido regulando la figura de acuerdo al pensamiento del funcionario de turno.

Una definición de carácter legal es ofrecida por el artículo 1º de la ley 19.836: *“Las fundaciones a que se refiere el artículo 33 del Código Civil son personas jurídicas que se constituyen con un objeto de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posibles sus fines. Para actuar como tales deberán requerir la autorización prevista en el artículo 45 del citado Código”*. Se reitera en él el criterio mantenido históricamente pero se incluye el principio de suficiencia patrimonial, que no había sido recogido en los Anteproyectos de reforma del Código Civil, y asimismo la posibilidad de la pluralidad de fundadores. Reserva el otorgamiento de la capacidad jurídica al Estado.

No es densa ni tan siquiera numerosa la cantidad de casos judiciales en que los tribunales han debido resolver causas en las cuales estuviesen comprometidas fundaciones ¹³¹. Tal es el caso de la sentencia dictada por la Cámara Nacional Civil, Sala A, el 5 de septiembre de 1958, en autos “Niño de ACEVEDO, Marta E. c/ ACEVEDO Y ECHEVERRÍA, María A. (suc.)”. En este fallo –verdadero *leading case* en la materia– se define acertadamente a las fundaciones como “*sujetos de derecho consistentes en organizaciones dotadas de personería jurídica, destinadas a realizar los fines de su institución*”. Es interesante rescatar de la extensa resolución judicial que comentamos que se da por sentado que “la fundación nace cuando el Estado le otorga su aprobación y con ella su personería jurídica”. La legislación recogerá luego estos conceptos sin destacar el carácter organizacional que en definitiva entendemos incluido en el concepto de persona jurídica.

En la ley argentina, a diferencia de lo que es fondo común legislativo en el derecho comparado, se autoriza al fundador –desde luego que cuando es utilizado el *modus* del negocio fundacional *inter vivos*– a ocupar cargos en el órgano de gobierno y administración si ello fuera consentido por los estatutos como también a reservarse la facultad de designar a los integrantes del consejo de administración cuando se produzca el vencimiento de sus mandatos o vacaren los cargos respectivos.

Asimismo en su artículo 12, la Ley de Fundaciones, indica que “la designación de miembros del consejo de administración puede ser conferida a instituciones públicas y a entidades privadas sin fines de lucro”. Disposición, ésta, que tampoco se advierte en otras legislaciones del derecho comparado en el marco de las cuales se permiten los extremos antes indicados.

¹³¹ CARRANZA, Jorge A., “Las fundaciones en el derecho privado”, Depalma, Buenos Aires, 1977, págs. 39–40.

Pero, de cualquier modo, el país y las circunstancias en las cuales las fundaciones se constituyen y operan han cambiado demasiado como para continuar aplicando legislación tan antigua.

1.3. Incidencia social de las Fundaciones

No cabe ninguna duda que las fundaciones hacen a la formación y mantenimiento de la paz social y tienen una relevante incidencia en la sociedad¹³². En cuestiones que hacen al bienestar general la influencia y el protagonismo de las fundaciones es creciente y los ciudadanos se dedican a la asistencia y participación de las más variadas entidades sin fines de lucro sean estas asociaciones civiles o fundaciones. La mayor cantidad de fundaciones son, en España, entidades benéfico-asistenciales cuya principal actividad son las residencias de ancianos y en general cubren un amplio espectro de necesidades pasando por los minusválidos, los emigrantes y las víctimas de la violencia entre otros sectores desprotegidos de la sociedad. En Castilla y León al año 2000 existían dentro de las fundaciones inscritas en el Registro un 47% de fundaciones benéfico asistenciales dentro del total de las fundaciones¹³³. Entre los años 1991 y 1994 la financiación de las fundaciones asistenciales dependió entre un 30 y un 41% de fondos privados; entre un 22 y 28% de aportaciones públicas; y, entre un 31 y 47% de los fondos propios provenientes

¹³² Diario Tribuna de Salamanca, "Torre de Clavero. El Colegio de Abogados constituye una fundación", martes 16 de octubre de 2007, pág.15.

¹³³ MORALES GUERRERO, Ana, "La realidad económica de las Fundaciones. Información contable y gestión de las entidades no lucrativas. Fundaciones-Aspecto Económico I", Universidad de Valladolid, Secretariado de publicaciones e intercambio editorial, Valladolid, 2002, pág. 236.

de los ingresos de estas instituciones¹³⁴. Es decir, no fue precisamente el Estado quien más aportó para el funcionamiento de estas entidades que forman red de contención social.

La Exposición de Motivos de la Ley 30/1994 de Fundaciones, decía abiertamente que el Estado no puede por sí solo subvenir a todas las necesidades sociales y ha de estimular que la sociedad lo haga¹³⁵ y las fundaciones son un modo de propiciar esta colaboración entre la Administración pública y los habitantes. Las fundaciones siempre han participado, en mayor o menor medida, en lo se ha dado en llamar la actividad social del Estado¹³⁶. Algunas veces por ausencia o insuficiencia del mismo y otras en coordinación con él. La fundación resulta propicia cuando se desea consolidar la real colaboración entre sujetos públicos y privados¹³⁷.

Los niveles de desarrollo económico y la densidad demográfica, la historia, las tradiciones locales y la influencia religiosa en determinados ámbitos socio-culturales, son todos factores a tener en cuenta para medir el impacto de las fundaciones en el contexto social. Las fundaciones tienen mucho que ver con el modelo económico y con la generación de riqueza y particularmente con la sensibilidad de los ciudadanos hacia el bien común y el ansia de progreso igualitario e inclusivo.

En España se está produciendo un trasvase en lo que respecta a constitución de fundaciones desde la España rural a las ciudades porque los centros de

¹³⁴ CABRA DE LUNA, Miguel Angel, "La dimensión económica de las fundaciones españolas de competencia estatal: una aproximación", *Economistas*, Colegio de Madrid, Número 83, enero 2000, pág. 86.

¹³⁵ RUÍZ OJEDA, Alberto, Epílogo en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), "Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica", Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 274.

¹³⁶ RUÍZ OJEDA, Alberto, "Las fundaciones privadas como colaboradores de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundaciones. Un comentario con ocasión de la nueva ley de fundaciones", REDA, *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 93, enero-marzo 1997, pág. 39.

¹³⁷ RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Administraciones Públicas y Derecho privado", Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 160.

poder se han ido desplazando¹³⁸ y las necesidades urbanas son más acuciantes y urgentes que las del campo. La solidaridad encontrada en el ámbito del interior del país se contrapone a la indiferencia marcada de las grandes urbes. La lucha por la subsistencia se vuelve feroz para los desplazados del mercado laboral e incluso de la beneficencia pública y son las entidades privadas las que vienen a completar ese espacio vacío. Si no existieran estas organizaciones desinteresadas el clima de convivencia sería más violento e insoportable particularmente en las ciudades y sus periferias donde generalmente se aglutinan los individuos económica y socialmente desplazados de la sociedad que carecen de asistencia sanitaria, educación, vivienda, trabajo, acceso a la justicia y, en fin, de oportunidades de salida de esa situación y promoción social. Hay que tener en cuenta que la noción de necesidad se amplía cuando se alteran los estándares de vida y ahora hay que desarrollar una actividad protectora ante el riesgo de indigencia¹³⁹ y exclusión.

En la Comunidad Autónoma Castilla-León podemos encontrar, según datos del año 2000 que se cuentan: 20 fundaciones Culturales, 202 Asistenciales, 207 Docentes e Investigación, y, una laboral, sobre un total de 430 fundaciones inscriptas¹⁴⁰. Estos son datos del Registro de Fundaciones, es decir que se limitan a la información voluntaria que el Estado recibe sobre las fundaciones y es posible que algunas de las fundaciones inscriptas desarrolle tareas de envergadura social no comunicada debidamente, ya que el Registro no intima a las fundaciones a cumplir con la obligación formal de presentar sus cuentas y sus memorias.

¹³⁸ CABRA DE LUNA, Miguel Angel, "La dimensión económica de las fundaciones españolas de competencia estatal: una aproximación", *Economistas*, Colegio de Madrid, Número 83, enero 2000, pág. 98.

¹³⁹ MORELL OCAÑA, Luis, "Notas sobre el arcaísmo del Derecho de las fundaciones benéficas", *REDA*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 17, abril/junio 1978, pág. 160.

¹⁴⁰ Fuente: CABRA DE LUNA, 2000, pág. 97 según MORALES GUERRERO, Ana, "La realidad económica de las Fundaciones. Información contable y gestión de las entidades no lucrativas. Fundaciones-Aspecto Económico I", Universidad de Valladolid, Secretariado de publicaciones e intercambio editorial, Valladolid, 2002.

La principal actividad de las fundaciones docentes que presentan cuentas al Protectorado, sobre todo las más antiguas, es la de concesión de becas y ayudas ¹⁴¹ dentro de ellas se enmarca la nueva fundación salmantina denominada Fundación Torre del Clavero¹⁴² cuyo Protectorado es ejercido por la Consejería de Educación y Cultura. Por otra parte, la principal actividad de las fundaciones culturales es la promoción y fomento de actividades culturales en sus diferentes manifestaciones y, en general, en Castilla y León se trata de entidades modernas ya que la más antigua data del año 1987¹⁴³. En numerosas fundaciones de este tipo el fin de interés general consiste en la conservación del patrimonio compuesto por importantes bienes culturales que generalmente son una parte importante de su patrimonio total¹⁴⁴. Este tipo de fundaciones eran, en el país, las de dotación fundacional más elevada al 31 de marzo de 1995, según el Ministerio de Cultura, con exclusión de aquellas cuya dotación consistía en bienes históricos–artísticos y su patrimonio. Conforme cifras del trabajo de Arthur Andersen Consulting del año 1991, el patrimonio de las fundaciones españolas era cuatro veces mayor que el patrimonio de las fundaciones del mismo carácter en el Reino Unido y levemente superiores en un cincuenta por ciento al patrimonio de las de Estados Unidos de América¹⁴⁵. Estas fundaciones culturales son las que más cumplen con sus deberes de rendición de cuentas ya que, por ejemplo, las fundaciones culturales de la Comunidad de Castilla y León han presentado sus cuentas en el período 1996-

¹⁴¹ MORALES GUERRERO, Ana, “La realidad económica de las Fundaciones. Información contable y gestión de las entidades no lucrativas. Fundaciones-Aspecto Económico I” Universidad de Valladolid, Secretariado de publicaciones e intercambio editorial, Valladolid, 2002, pág. 258.

¹⁴² Diario Tribuna de Salamanca, “Torre de Clavero. El Colegio de Abogados constituye una fundación”, martes 16 de octubre de 2007, pág.15.

¹⁴³ MORALES GUERRERO, Ana, “La realidad económica de las Fundaciones. Información contable y gestión de las entidades no lucrativas. Fundaciones-Aspecto Económico I” Universidad de Valladolid, Secretariado de publicaciones e intercambio editorial, Valladolid, 2002, pág. 277.

¹⁴⁴ CABRA DE LUNA, Miguel Angel, “La dimensión económica de las fundaciones españolas de competencia estatal: una aproximación”, Economistas, Colegio de Madrid, Número 83, enero 2000, pág. 81.

¹⁴⁵ CABRA DE LUNA, Miguel Angel, “La dimensión económica de las fundaciones españolas de competencia estatal: una aproximación”, Economistas, Colegio de Madrid, Número 83, enero 2000, pág. 81 y 84.

1999 al Protectorado en un 52,73% del total de las fundaciones inscritas en el Registro¹⁴⁶. Este cumplimiento ha permitido su seguimiento estadístico, el reconocimiento de las variaciones dadas en la gestión y la tendencia operativa de ellas a cada momento lo que no solamente hace eficiente el control sino la asistencia al Estado y a los terceros que acceden a los datos y manifiestan su voluntad de ayudar a los altos fines propuestos. En segundo lugar de importancia dentro de las fundaciones culturales se destacan las fundaciones conmemorativas como es el caso la Fundación Gala-Salvador Dalí¹⁴⁷ que no sólo se dedica a la promoción de las obras de los personajes *in memoriam* sino también al estudio, comprensión y promoción de sus vidas e influencia de los mismos en los eventos históricos de su época y de la posteridad.

La sociedad civil ha sido capaz de generar un entramado institucional a través de las Fundaciones que es soporte de actividades de promoción social que el Estado no puede sustituir de ninguna forma¹⁴⁸ como se ha podido comprobar en la historia española. Recordemos que en la España del siglo XIX se intentó anular el poder social de las mismas con las leyes desamortizadoras y ante la patética realidad de la imposibilidad de atender los reclamos de la comunidad se debió hacer marcha atrás en tan importante decisión. Esta es la mejor prueba histórica de la incidencia social de las Fundaciones que sigue siendo tan importante hoy, en los albores del siglo XXI en medio de una crisis económica mundial, como ayer cuando se intentó erradicarlas de la faz de la tierra española sin mucho éxito.

¹⁴⁶ MORALES GUERRERO, Ana, "La realidad económica de las Fundaciones. Información contable y gestión de las entidades no lucrativas. Fundaciones-Aspecto Económico I" Universidad de Valladolid, Secretariado de publicaciones e intercambio editorial, Valladolid, 2002, pág. 277.

¹⁴⁷ CABRA DE LUNA, Miguel Angel, "La dimensión económica de las fundaciones españolas de competencia estatal: una aproximación", Economistas, Colegio de Madrid, Número 83, enero 2000, pág. 83.

¹⁴⁸ RUÍZ OJEDA, Alberto, "Las fundaciones privadas como colaboradores de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundaciones. Un comentario con ocasión de la nueva ley de fundaciones", REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 93, enero-marzo 1997, pág.48.

Capítulo 2. Legislación vigente en España

2.1. Normativa Constitucional

La Constitución Española es la Ley de Leyes para el país. En ella se plasma la decisión de la sociedad española de organizarse como un Estado de Derecho. Se enuncian los principios básicos y fundacionales del mismo y se establecen las reglas que hacen a la convivencia de sus habitantes. La Constitución, como decía GARCIA PELAYO, es la norma fundamental y fundamentadora de todo el Ordenamiento Jurídico, por lo que ella nutre todo el Derecho y el Derecho Administrativo en particular¹⁴⁹.

España tiene la singularidad de contar con una disposición constitucional referida a las fundaciones. Como afirma la profesora Zulima SÁNCHEZSÁNCHEZ, “las principales figuras participativas aparecen con su reconocimiento constitucional”¹⁵⁰ y entendemos que esta es una de ellas porque en definitiva el negocio fundacional es la manifestación de la autonomía de la voluntad¹⁵¹ que constituye un elemento participativo en la satisfacción del interés general¹⁵².

¹⁴⁹ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, “Aspectos de la nueva regulación de las fundaciones culturales privadas”, RAP, Revista de Administración Pública, número 70, 1973, pág. 159.

¹⁵⁰ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Zulima, “Estudio Práctico de las Asociaciones-Democracia directa y otras formas de participación ciudadana”, Editorial Lex Nova, Valladolid, España. Mayo, 2004, página 35.

¹⁵¹ Artículo 1255 del Código Civil: Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público.

¹⁵² FIGUEROA BORREGO, Rosendo, Capítulo quinto: “Régimen económico de las fundaciones: presupuestos, cuentas anuales y auditoría” en RÚZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 107.

La actual Constitución de España, del 27 de diciembre de 1978, reconoce en el artículo 34, en forma expresa, “*el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley*”. Se convierte, entonces, este artículo en el pilar legal del derecho de fundar. En forma totalmente novedosa y en su condición de derecho subjetivo el derecho de fundar o de crear fundaciones aparece en la tabla de los derechos fundamentales de la Constitución. Sin embargo, cuando el artículo 34 de la Constitución dice que el derecho se reconoce “en los términos que establezcan las leyes” no hay que entender, bajo ningún punto de vista, que existe una remisión en blanco al legislador para que configure el derecho de fundación y para que lo regule de la manera que pueda entender oportuna¹⁵³. Se trata de un mandato constitucional al Poder Legislativo para que haga operativo el derecho para su goce por parte de los ciudadanos.

Se afirma que la española era la única Constitución en todo el campo del Derecho comparado que reconocía tal derecho al momento de su redacción. La constitución italiana y la Ley Fundamental de Bonn sólo aluden respectivamente, hasta hoy, a las “formaciones sociales” y a las personas jurídicas como sujetos de derechos constitucionales, entre las que ciertamente se incluyen las fundaciones, pero éstas no son citadas expresamente ni se reconoce el derecho a su creación como en el caso español¹⁵⁴. En América Latina la Constitución de Perú reconoce el derecho de fundación en su nueva Constitución de 1993, en la que se indica que toda persona tiene derecho “*a asociarse y constituir fundaciones...*”¹⁵⁵ con clara influencia en esta cuestión de la Constitución española que ha sido inspiradora de los juristas peruanos como se puede observar en la doctrina y los debates previos al texto constitucional.

¹⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Constitución, fundaciones y sociedad civil”, RAP, Revista de Administración Pública, número 122, 1990, pág. 238.

¹⁵⁴ Artículos 2 y 19 de la ley Fundamental de Bonn y demás leyes en PIÑAR MAÑAS, José Luis. “El derecho de fundación como derecho fundamental” en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 9, mayo-agosto 1996, citado en PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, Capítulo V, Nota al pie N° 2, pág. 82.

¹⁵⁵ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons. 2000, pág. 83.

Hay quienes piensan que la doctrina ha propiciado una interpretación formal del término fundación que no contempla el sentido material que el constituyente trató de garantizar en la Constitución española¹⁵⁶. Coincidimos con esta apreciación porque la Madre de las Leyes, a nuestro criterio, ha intentado proteger el derecho a la beneficencia en general que fuera el atacado en España en el pasado. La garantía constitucional ampara el ejercicio por parte de cada persona, física o jurídica, en tanto actor social, de su compromiso moral con grupos de interés o con la sociedad en general. Es decir, se otorga el amparo constitucional a la acción social externa de la persona que se institucionaliza para una ayuda de carácter netamente solidario o humanitario, sin fin de lucro, en apoyo a diversas actividades consideradas de interés general como pueden ser la caridad, la cultura o la educación, entre tantas.

2.1.1. Garantía constitucional

Se deriva del artículo 34 de la Constitución española como consecuencia directa que las fundaciones son beneficiarias de una verdadera e inmediata garantía institucional. La finalidad de la garantía institucional, es decir de la garantía constitucional del instituto, implica, *“otorgar una específica protección constitucional frente al legislador ordinario a determinadas y típicas características de una institución en la medida en que éstas han pasado a ser - como resultado de la evolución histórica de dicha institución - esenciales e identificativas de la misma”*. Supone, en consecuencia, *“una protección reforzada de una institución prevista por el constituyente, protección que, referida al núcleo esencial de aquélla, se proyecta hacia el futuro y produce efectos tanto frente a los poderes públicos como frente a los particulares”*¹⁵⁷.

¹⁵⁶ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge. “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española”, RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo-agosto, 2001, pág. 114.

¹⁵⁷ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 86.

La elevación al nivel constitucional tiene una evidente trascendencia jurídica, en cuanto vincula a todos los poderes públicos^{158/ 159} que deben respetar esa esencia.

El artículo 34 está incluido en el Título Primero de la Constitución, dentro del catálogo de los derechos fundamentales del capítulo II del Título I, a que el artículo 53.1 se refiere, aunque, para GARCÍA DE ENTERRÍA, no se encuentre entre los derechos fundamentales de especial protección protegibles a través del recurso de amparo¹⁶⁰. Compartimos que el derecho de fundar goza de una doble garantía: por un lado el valor normativo que asiste a los derechos reconocidos por la Constitución y, por otro lado, la protección que establecen los artículos recién mencionados, 34 y 53.1, al reservar la regulación de su ejercicio a la ley porque ella deberá irremediablemente respetar su contenido vital¹⁶¹ ya aquí enunciado y analizado. La protección de este derecho se sustancia a través del recurso de inconstitucionalidad contemplado en el artículo 161 de la Constitución¹⁶².

Como se ha reportado en los antecedentes históricos, la prohibición de las fundaciones en determinados lapsos de la vida del país ha llevado a prevenir cualquier idea prohibitiva, sancionadora o restrictiva hacia la institución a través de la protección constitucional, el más alto amparo que puede tener un derecho y una institución dentro de la pirámide jurídica.

¹⁵⁸ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, "Aspectos de la nueva regulación de las fundaciones culturales privadas", RAP, Revista de Administración Pública, número 70, 1973, pág. 181.

¹⁵⁹ Se indica que el Magistrado del Tribunal Constitucional, Francisco RUBIO LLORENTE entendía, a su juicio, el artículo 34 sólo contenía una "garantía de instituto" en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Constitución, fundaciones y sociedad civil", RAP, Revista de Administración Pública, número 122, 1990, pág. 236.

¹⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Constitución, fundaciones y sociedad civil", RAP, Revista de Administración Pública, número 122, 1990, pág. 237.

¹⁶¹ CASARES MARCOS, Ana Belén en BENEYTO PÉREZ, José María, Director, Alfonso Rincón GARCÍA LOYGORRI, Coordinador, "Tratado de Fundaciones", Editorial Bosch, Barcelona, 2007, Capítulo 4, Tipología fundacional, pág. 180.

¹⁶² CASARES MARCOS, Ana Belén en BENEYTO PÉREZ, José María, Director. Alfonso Rincón GARCÍA LOYGORRI, Coordinador, "Tratado de Fundaciones", Editorial Bosch, Barcelona, 2007, Capítulo 4, Tipología fundacional, pág. 181.

El artículo 34 de la Constitución “se refiere sin duda al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que considera la fundación como persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general que ya hemos enunciado. *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, duradera¹⁶³. Esta definición debió ser recogida más tarde en una norma específica a los fines de cumplir el mandato constitucional.

El derecho de fundación aparece en el texto constitucional después del artículo que recoge el derecho a la propiedad. La garantía constitucional dispone con carácter previo sobre los principios de la ordenación jurídica de la economía, esto es, el derecho de propiedad y de libertad de empresa. Así como el artículo 38 es la base esencial de la libertad de empresa en la Constitución, el artículo 34 es el fundamento de la beneficencia. Sin embargo, la primera diferencia entre la corporación y la fundación se marca en la preeminencia del factor personal sobre el patrimonial y del factor lucrativo sobre el desinterés. En las fundaciones se destaca especialmente el carácter benéfico. El posicionamiento sistemático del derecho a fundar con la garantía del derecho de propiedad, se comprende porque el mismo sería “*una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes*”¹⁶⁴ y el ejercicio de la libertad económica. No se puede constituir una fundación si no se le realiza al momento de su creación una aportación patrimonial. El derecho de fundar está relacionado con el artículo 33 que define la propiedad privada como uno de los derechos de los ciudadanos que sólo está limitado por la función social de la misma. Este límite genérico impone la idea de la movilización de la riqueza a favor del interés

¹⁶³ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 90.

¹⁶⁴ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge. “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española”, RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo–agosto, 2001, Nota al pie N° 38, pág. 121.

general como enuncia el artículo 128 de la Constitución cuando dice que “toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”¹⁶⁵.

2.1.2. Sujetos habilitados a fundar

No cabe duda que todos los derechos reconocidos en los artículos 30 a 38 de la Constitución son propios de los ciudadanos pero el derecho de fundación ha provocado discusiones doctrinarias en relación a determinar los titulares a los que se reconoce su ejercicio. Los titulares naturales y directos son entonces las personas físicas que pueden ejercerlo conforme las normas aplicables en relación a la capacidad. Pero, asimismo, se admite que las personas jurídico-privadas también son titulares del derecho de fundación. Hay quienes afirman, que la Constitución no garantizaría a las personas jurídicas el ejercicio del derecho de fundación; esto es, no serían, titulares constitucionales de ese derecho, aunque el legislador pudiese reconocérselo a posteriori. El fundador-persona jurídica no estaría amparado por la Constitución pero sería susceptible de ser autorizado por la ley a fundar en el marco de los límites establecidos oportunamente por el legislador. La Constitución, desde luego, carece de una previsión semejante a la que contiene el artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que les sean aplicable. Para nosotros no cabe duda que la Constitución española ampara el derecho a fundar de las personas jurídicas privadas aunque no se reconozca expresamente. Creemos que, acertadamente, el mismo Tribunal Constitucional ha mantenido en numerosas ocasiones la posición de que las personas jurídicas son titulares de algunos de los derechos fundamentales reconocidos en la Sección 1^o¹⁶⁶ y no pueden ser excluidas de su ejercicio. Recordamos en

¹⁶⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen Primero”, Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 44.

¹⁶⁶ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 112.

este punto que existen en el mundo teorías jurídicas que hablan del ciudadano corporativo o “*corporate citizen*” que propugnan que las corporaciones tienen iguales derechos y obligaciones que los ciudadanos comunes¹⁶⁷.

La doctrina más autorizada indica que el derecho de fundación para fines de interés general del artículo 34 de la Constitución no es atribuible a las personas jurídico-públicas sin perjuicio de que la legislación ordinaria reconozca también a éstas tal derecho¹⁶⁸. En esto coincidimos, las personas jurídico-públicas no son titulares, ex Constitución, del derecho de fundación, sin perjuicio de que la normativa general pueda habilitarles su ejercicio. Entendemos que el caso planteado se diferencia sustancialmente del referido a las personas jurídicas privadas. El artículo 34 de la Constitución en absoluto incluye la garantía a favor de las entidades públicas para que éstas puedan ser titulares en cuanto fundadoras del derecho de fundación y de eso no tienen duda los doctrinarios aunque la Constitución no prohíbe esa posibilidad¹⁶⁹ y reafirma el principio de que lo que no está expresamente prohibido en ella está, en principio permitido si no fuere contra la esencia del Estado de Derecho. En la misma línea afirman, entonces, los doctrinarios que las fundaciones de titularidad pública quedan fuera del alcance del artículo 34 de la Constitución y desvinculadas por sus remisiones al artículo 22 del mismo texto y también con ello estamos de acuerdo^{170/171}. Según la interpretación de algunos autores, las fundaciones

¹⁶⁷ World Report, Julio-Septiembre 2007, Journal of Corporate Citizen, Greenleaf Publishing Ltd., y en igual sentido Istemi Demirag, Queen’s University, United Kingdom, “Towards better governance and accountability, exploring the relationship between the Public, Private and Community”, Journal of Corporate Citizen, No. 15, Autumn 2004, USA.

¹⁶⁸ MORELL OCAÑA, Luis y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 268. En igual sentido, PIÑAR MAÑAS, José Luis, “Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 97, enero-marzo 1998, pág. 41.

¹⁶⁹ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 24/25.

¹⁷⁰ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge, “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española”, RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo-agosto, 2001, pág. 121 y 142.

constituidas por las Administraciones públicas al amparo de la normativa de Fundaciones tampoco quedan incluidas en el precepto constitucional citado del artículo 34 de la Constitución española porque el derecho constitucional a la beneficencia exige la consecución de fines de interés general, y que, además, la Ley indica que la voluntad creadora debe provenir de la iniciativa de los privados ¹⁷². Entendemos que esto no es así porque no se puede interpretar que se haya constreñido sólo a los sujetos privados la facultad de crear fundaciones con destino al interés general.

Asimismo, la Constitución garantiza el respeto en la permanencia de la institución constituida por voluntad del fundador, de modo que tampoco es posible acordar o imponer la extinción de la fundación ya creada, salvo que sea por razones estrictamente justificadas y avaladas por una decisión judicial. ¹⁷³ Este principio debe también ser recogido por la ley que reglamente el ejercicio del derecho.

Para entender el sustento medular de un derecho constitucional y por lo tanto, en este caso, del derecho de fundación, debemos recurrir a lo señalado por el Tribunal Constitucional que ha dicho que hay dos caminos para desentrañar la esencia del derecho, a saber:

1) “acudir a la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho...”

¹⁷¹ Constitución española de 27 de diciembre de 1978 (BOE número 311-1, de 29 de diciembre de 1978), Título Primero, De los derechos y deberes fundamentales, Capítulo II, Derechos y libertades.... Sección 2ª. De los derechos y deberes de los ciudadanos, artículo 34 1. Se reconoce el derecho de Fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley. 2. Regirá también para las Fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22. Los precitados apartados precisan: 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales...4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.

¹⁷² GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge, “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española”, RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo-agosto, 2001, Nota al pie N° 37, pág. 125.

¹⁷³ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 93.

2) “tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos...”¹⁷⁴

Por ello es que buscando en la concepción popular de la figura y ahondando en la historia de la misma en España se puede concluir que no existe posibilidad legal de prohibir el derecho a fundar y existe jurídicamente una garantía efectiva para este derecho al más alto nivel normativo, tanto para las personas jurídicas privadas como para las públicas.

2.2. Legislación general

El artículo 34 de la Constitución española, si bien reconoce el derecho de fundación, lo hace “con arreglo a la ley” como hemos anticipado. Es decir, nos encontramos ante un derecho constitucional de necesaria configuración legal. Esto significa que la Constitución propone que sea la ley la que disponga el alcance de ese derecho. Esta Ley debe ser una Ley ordinaria, no una Ley orgánica, y así se ha materializado este extremo con la aprobación oportunamente de la ya derogada Ley 30/1994. La Exposición de Motivos de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, la Ley de Fundaciones vigente, indica que el artículo 53.1. del texto constitucional¹⁷⁵ reserva a la ley la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del Título I, entre los que se encuentra el de fundación, especificando que dichas normas legales deben, en todo caso, respetar el contenido esencial de tales derechos y libertades. Por ello el artículo primero de esa Ley dispone que la misma tiene por objeto desarrollar el derecho de fundación reconocido constitucionalmente de lo que resulta que la Ley de Fundaciones es imperativa

¹⁷⁴ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 87/88.

¹⁷⁵ Este artículo afirma que sólo por Ley puede regular el ejercicio de los derechos fundamentales, y el derecho de fundación tiene ese carácter.

para todas ellas, salvo excepciones puntuales determinadas también por ley¹⁷⁶. Esta Ley es derecho necesario y no derecho dispositivo, como indica Del Campo¹⁷⁷.

El concepto de fundación recogido en la Ley de Fundaciones del año 1994 y posteriormente en la Ley de Fundaciones del año 2002 no basta por sí solo para que le resulte aplicable el artículo 34 de la Constitución sino que precisa estar acompañado de otros elementos adicionales que forman parte de su definición¹⁷⁸ y que generalmente se agregan a través de resoluciones reglamentarias o administrativas. Dada la complejidad del derecho reconocido y la diversidad de los sujetos que pueden resultar ser titulares, la regulación legal debe prevenir los posibles conflictos y aplicaciones del derecho a fundar con la mayor precisión posible. Será además, el propio fundador quien, conforme a esa ley, pueda regular los distintos aspectos de la institución como entidad de Derecho privado¹⁷⁹ y es por eso que la ley debe establecer claramente los límites dentro de los cuales puede enmarcarse la estructura de la misma por parte del fundador.

El Derecho Civil no asumió en todas sus consecuencias el concepto formal de fundación pues no admite que ésta pueda perseguir cualquier finalidad sino que, por el contrario, la norma requiere siempre la presencia de un interés público¹⁸⁰ y ello tuvo influencia en la norma constitucional y en la legislación posterior promulgada bajo su amparo. Así, el artículo 35 del Código Civil indica

¹⁷⁶ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, "Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador", Marcial Pons, 2000, pág. 120.

¹⁷⁷ DEL CAMPO ARBULO, José Antonio en OLMOS VICENTE, Ignacio, "Las fundaciones. Su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable" Editorial Dykinson, Madrid, 1995, Capítulo "Temas polémicos del Título I de la ley y soluciones posibles", pág. 104.

¹⁷⁸ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge, "Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española", RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo-agosto, 2001, Nota al pie N° 37, pág. 125.

¹⁷⁹ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, "Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador", Marcial Pons, 2000, pág. 118.

¹⁸⁰ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge, "Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española", RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo-agosto, 2001, Nota al pie N° 35, pág. 116.

que: “*Son personas jurídicas: 1. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley*”¹⁸¹. Hay quienes afirman que al referirse este artículo a “interés público” el constitucionalista con voluntad de coordinar y vincular el derecho de fundación con la norma civil decidió que el artículo 34 de la Constitución se refiera al “interés general”¹⁸². Sea efectivamente premeditada esta redacción por ese motivo, o no, la realidad es que tuvo como resultado una coherencia normativa aunque la ley pueda ser considerada deficiente por algunos autores en relación a la captación integral del concepto formal de fundación, como ya dijimos¹⁸³.

El objetivo propio de la Ley de Fundaciones es la regulación de la fundación como la institucionalización de un derecho que supone la facultad de vincular un patrimonio a un fin de interés general y forma parte de la capacidad jurídico-privada de los sujetos ordinarios. Cuando se trata de las fundaciones como recurso instrumental de las Administraciones públicas para la gestión de servicios públicos, una parte de la doctrina entiende que la capacidad sólo puede ser regulada por la legislación estatutaria de dichas Administraciones públicas, que es la que determina su capacidad¹⁸⁴ y no por la legislación general. El debate sobre el particular ha resultado interesante. Sin embargo, entendemos que se debe primero precisar el concepto de gestión de los servicios públicos para tomar posición al respecto. Excede el marco de este trabajo el análisis del tema en profundidad pero volveremos brevemente sobre el mismo más adelante.

¹⁸¹ PALMA FERNÁNDEZ, José Luis, Capítulo Segundo: “El Registro de Fundaciones: inscripción y dinámica registral” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 52.

¹⁸² CASARES MARCOS, Ana Belén en BENEYTO PÉREZ, José María, Director, Alfonso Rincón GARCÍA LOYGORRI, Coordinador, “Tratado de Fundaciones”, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, Capítulo 4, Tipología fundacional, pág. 227.

¹⁸³ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge, “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española”, RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo–agosto, 2001, pág. 114.

¹⁸⁴ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 40.

El carácter relativo de los derechos tiene como límite el principio de razonabilidad de modo tal que su regulación legal no signifique la supresión del mismo. Ese carácter surge de las declaraciones internacionales de derechos humanos tales como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 o la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que sujetan el ejercicio de los derechos a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general¹⁸⁵. El legislador, entonces, no tiene libertad absoluta de configuración del derecho de fundar¹⁸⁶ y debe ajustarse a estos principios.

Los jurisconsultos romanos nos legaron que es propio de la ley partir de y prever casos *in eo quod plerumque fit*, es decir, aquello que sucede las más de las veces, a lo que Santo Tomás de Aquino agregara *ut in pluribus*, que significa lo que puede suceder en la mayoría de los casos. La ley positiva, siguiendo la enseñanza tomista, se dicta *ut in pluribus* para que se logre hacer justicia en la mayoría de los casos¹⁸⁷ en los que puede existir conflicto y, en lo concreto, se garantice el libre ejercicio de un derecho que, en lo que cuenta aquí, es el derecho de fundar. Asimismo existe la certeza del antiguo adagio que reza “*ubi ius legalis déficit aequitas supplet*” que indica que donde el derecho positivo resulte insuficiente, la equidad lo suple. En nuestro sistema, la Justicia se encarga en cada cuestión particular de resolver en derecho que no es más que la coronación de la equidad en el *common law*. Asimismo el Poder Judicial se encarga del control de constitucionalidad que resulta ser la protección casuística que expresa la superioridad manifiesta de los derechos fundamentales frente a la legislación¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Artículo 29.2. la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

¹⁸⁶ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, “Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales”, Fundació Carles Pi I Sunyer d’Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 2005, pág. 157.

¹⁸⁷ ROSSI, Abelardo, “La virtud de la equidad. Sus dos vicios opuestos”, El Derecho, Revista de Doctrina y Jurisprudencia, 8 de octubre de 2008, Buenos Aires, Argentina.

¹⁸⁸ ALEXY, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, La Ley, 9 de octubre de 2008, Buenos Aires, Argentina referenciando a versión castellana de “Teoría de los

Como ya hemos indicado la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, recogiendo todo lo aquí puntualizado, determina en su artículo segundo el concepto legal de Fundación para España diciendo que: “1. *son fundaciones las organizaciones constituidas sin fines de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general*” y se ocupa de regular puntualmente el instituto de manera sustantiva y procedimental¹⁸⁹. Recordemos que la primer regulación de las fundaciones en un solo cuerpo jurídico se produce mediante la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General que termina con el régimen jurídico no específico, contradictorio e incompleto que la precedía.

La Ley de Fundaciones consta de diez capítulos que contemplan, en primer término, disposiciones generales como la constitución de la fundación, el gobierno de la fundación, el patrimonio de la misma, su funcionamiento y actividad, las normas que rigen su modificación fusión y extinción, el Protectorado, el Registro de Fundaciones de competencia estatal, el Consejo Superior de Fundaciones, las autorizaciones, intervención temporal y recursos jurisdiccionales y, por último, las Fundaciones del sector público estatal. Algunas de las novedades de esta norma respecto a su antecedente legal Ley 30/1994 son:

- a) la regulación de las fundaciones extranjeras¹⁹⁰ quienes para ejercer actividades estables en España deberán tener una delegación en su territorio;
- b) la regulación de la denominación de las fundaciones¹⁹¹ que pretende evitar duplicaciones e inscripciones abusivas;

derechos fundamentales”, traducida por Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

¹⁸⁹ Conforme Exposición de Motivos, sección II que dice “la presente Ley aborda la regulación sustantiva y procedimentales de las fundaciones”.

¹⁹⁰ Artículo 7 Ley 50/2002.

¹⁹¹ Artículo 5 Ley 50/2002.

c) el establecimiento de una presunción de suficiencia¹⁹² en la dotación a fin de garantizar la viabilidad económica;

d) la obligatoriedad de la figura del Secretario¹⁹³ en el Patronato;

e) la admisión de una retribución adecuada a los patronos que presten servicios a la fundación distintos de los que corresponden por ejercer sus funciones de miembros del patronato¹⁹⁴;

f) la posibilidad de desarrollar actividades económicas¹⁹⁵;

g) la creación del Registro de Fundaciones de competencia estatal¹⁹⁶ donde se inscribirán los actos relativos a las fundaciones que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma;

h) el diseño de un régimen especial a las fundaciones constituidas mayoritariamente por entidades del sector público estatal¹⁹⁷.

Además la norma contiene siete disposiciones adicionales referidas cinco de ellas a fundaciones en particular y las restantes a las obligaciones de los notarios y al depósito de cuentas y legalización de libros. Asimismo la Ley se integra con cuatro disposiciones transitorias, una derogatoria única de la

¹⁹² Artículo 12 apartado 1 Ley 50/2002: "...Se presumirá suficiente la dotación cuyo valor económico alcance los 30.000 euros".

¹⁹³ Artículo 15 apartado 1 Ley 50/2002.

¹⁹⁴ Artículo 15 apartado 4 Ley 50/2002.

¹⁹⁵ Artículo 24 apartado 1 Ley 50/2002: "1. Las fundaciones podrán desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia".

¹⁹⁶ Artículos 36 y 37 Ley 50/2002.

¹⁹⁷ Capítulo XI, Artículos 44 a 46 Ley 50/2002.

normativa que se oponga a ella y en particular buena parte de las normas de la Ley 30/1994 y cinco disposiciones finales referidas a su aplicación y entrada en vigor.

No debemos dejar de señalar que integran el régimen jurídico de las fundaciones además del artículo 34 de la Constitución y la Ley de Fundaciones, la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo, y el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal. Asimismo deben aplicarse como legislación complementaria los artículos 35 a 39 del Código Civil y, como veremos a continuación, las normas de las Comunidades Autónomas.

2.3. Legislación Autonómica

Siete Comunidades Autónomas: las tres históricas, más Andalucía, más Navarra, más las dos que tienen Leyes genéricas de derogación del artículo 150.2, que son Valencia y Canarias, tienen la plenitud de competencias en materia de fundaciones; y varias de ellas han dictado ya Leyes de fundaciones. La aplicación del artículo 147.1.1.º de la Carta Magna parece difícilmente discutible cuando el artículo 81 de la Constitución impone una Ley Orgánica para el desarrollo de esos derechos, norma no accesible a los Parlamentos autonómicos. Por otra parte, el artículo 149.1.8 de la Constitución atribuye al Estado toda la competencia en materia de Derecho Civil, salvo las peculiaridades forales, y las fundaciones, como personas jurídico-civiles, caen bajo este concepto. Finalmente, el artículo 149.1.18 de la Constitución habilita al Estado para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y, por consiguiente, desde esta perspectiva, a establecer las pautas básicas de los Protectorados¹⁹⁸.

¹⁹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Constitución, fundaciones y sociedad civil", RAP, Revista de Administración Pública, número 122, 1990, pág. 253.

La asunción en los Estados de Autonomía de competencias exclusivas sobre instituciones como las fundaciones, cuyo núcleo ha sido siempre considerado una materia claramente civil, habría de sostenerse a la competencia estatal para algunos¹⁹⁹. Hay quienes entienden que si la fundación actúa “principalmente” en todo el territorio nacional, la competencia es estatal, y si lo hace en el de una Comunidad Autónoma, la competencia es de ésta²⁰⁰.

Las Comunidades Autónomas entienden que les corresponde la regulación de las fundaciones en su sentido civil y de esta pretendida competencia ha resultado una abundante regulación sobre estas instituciones que combina por igual los aspectos civiles y administrativos. Así en cuanto a la competencia podemos observar, en Cantabria, el artículo 24.29 del Estatuto de Autonomía, según la redacción dada por la Ley Orgánica 11/1998, de 30 de diciembre; en Castilla y León, el artículo 32.27 del Estatuto de Autonomía, según la redacción dada por la Ley Orgánica 4/1999, de 8 de enero; en el País Vasco, el artículo 10.13 del Estatuto de Autonomía; en Madrid, el artículo 26.1.26 del Estatuto de Autonomía, según la redacción dada por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio; en La Rioja, el artículo 8.1.34 del Estatuto de Autonomía, según la redacción dada por la Ley Orgánica 2/1999, de 7 de enero; en Castilla-La Mancha, el artículo 31.1.25 del Estatuto de Autonomía, según la redacción dada por la Ley Orgánica 3/1997, de 3 de julio; en las Islas Baleares, el artículo 10.29 del Estatuto de Autonomía, según la redacción dada por la Ley Orgánica 3/1999, de 8 de enero; en la Región de Murcia, el artículo 10.1.26 del Estatuto de Autonomía, según la redacción dada por la Ley Orgánica 1/1998, de 15 de junio; en Asturias, el artículo 10.1.30 del Estatuto de Autonomía, según la redacción dada por la Ley Orgánica 1/1999, de 5 de enero; en Aragón, el artículo 35.1.27 del Estatuto de Autonomía, según la redacción dada por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre; en Extremadura, el artículo 7.1.26 del Estatuto de

¹⁹⁹ ex artículo 149.1.8 de la Constitución según GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge, “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española”, RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo-agosto, 2001, pág. 108.

²⁰⁰ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 81.

Autonomía, según la redacción dada por la Ley Orgánica 8/1994, de 24 de marzo; en Galicia, el artículo 27.26 del Estatuto de Autonomía; en Navarra, el artículo 44.20 de la Ley de Reintegración y Amejoramiento; en Cataluña, el artículo 9.24 del Estatuto de Autonomía; en Andalucía, el artículo 13.25 del Estatuto de Autonomía; en la Comunidad Valenciana, el artículo 31.23 del Estatuto de Autonomía; en Canarias, el artículo 30.7 del Estatuto de Autonomía, según la redacción dada por la Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre. Por ello se pueden advertir dos tipos de persona jurídica fundacional: las fundaciones de competencia estatal y las de competencia autonómica²⁰¹. En España, conforme datos del año 1997, existían 1.175 fundaciones, un 20,62% del total de ellas, con ámbito de actuación estatal; y, 4.523 fundaciones, es decir un 79,37% del total de ellas, con actuación en el ámbito autonómico²⁰².

El Tribunal Constitucional ha insistido en reiteradas sentencias acerca de la necesidad de cooperación voluntaria entre la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas, que también será aplicable en este tema en particular porque la actuación sin coordinación puede llevar a resultados disfuncionales en la consecución de los fines de interés general de uno y otras y a ineficaz aplicación de recursos²⁰³.

Los Estatutos de Autonomía cuando establecen la competencia se refieren, en general, a que las funciones de los entes se realicen principalmente dentro del territorio de la Comunidad Autónoma y pocas veces a que el punto de conexión sea el interés para esa Comunidad²⁰⁴. Podemos mencionar como ejemplos del

²⁰¹ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge, "Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española", RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo-agosto, 2001, pág. 132.

²⁰² CABRA DE LUNA, Miguel Angel, "La dimensión económica de las fundaciones españolas de competencia estatal: una aproximación", Economistas, Colegio de Madrid, Número 83, enero 2000, pág. 96.

²⁰³ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, "Aspectos de la nueva regulación de las fundaciones culturales privadas", RAP, Revista de Administración Pública, número 70, 1973, pág. 177.

²⁰⁴ DEL CAMPO ARBULO, José Antonio en OLMOS VICENTE, Ignacio, "Las fundaciones. Su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable", Editorial Dykinson, Madrid, 1995. Capítulo "Temas polémicos del Título I de la ley y soluciones posibles", pág. 102.

interés como punto de conexión a la Ley gallega 7/1983, de 22 de junio que establece el Régimen de las Fundaciones de Interés Gallego cuyo reglamento de organización y funcionamiento del protectorado se aprueba por el Decreto 248/1992, de 18 de junio y las fundaciones de interés para la Comunidad de Castilla-León contempladas en su Ley 13/2002.

En Castilla y León las fundaciones son muy antiguas y León se sitúa por encima de la media nacional con una tasa media de 16,78 fundaciones por cada 100.000 habitantes, según informe de 2002²⁰⁵. En la provincia de Burgos hay inscritas mayor número de fundaciones con un 25,67% del total de las fundaciones existentes en la Comunidad de Castilla y León; ocupa un segundo lugar la provincia de Valladolid con el 17,37% del total y con una importancia también destacable aparecen las provincias de León, Salamanca y Palencia, con un 13,71%, 13,90% y 8,11% respectivamente del total. En cuanto a su importancia económica son las provincias de Salamanca y León en las que se concentran mayor volumen de activos²⁰⁶. Recordemos que la Ley 4/1983, de 25 de febrero, aprueba del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; la Ley 9/1992, de 23 de diciembre, produce la transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas, luego por Ley 11/1994, de 24 de marzo se reforma el Estatuto de Autonomía de Castilla y León y finalmente por Real Decreto 830/1995, de 30 de mayo, se produce el traspaso a la Comunidad Autónoma de Castilla y León de las funciones y servicios en materia de fundaciones. Ya el gobierno de Castilla y León por Decreto 118/1995, de 11 de julio, atribuye funciones y servicios en materia de fundaciones pero la variedad de fines originó el Decreto 227/1995, de 9 de noviembre, de nueva atribución de funciones y servicios en materia de fundaciones que deroga el Decreto 118/1995. Se concluye con el Decreto 121/1996, de 9 de mayo, que crea el

²⁰⁵ MORALES GUERRERO, Ana, "La realidad económica de las Fundaciones. Información contable y gestión de las entidades no lucrativas. Fundaciones-Aspecto Económico I", Universidad de Valladolid, Secretariado de publicaciones e intercambio editorial, Valladolid, 2002, pág. 229.

²⁰⁶ MORALES GUERRERO, Ana, "La realidad económica de las Fundaciones. Información contable y gestión de las entidades no lucrativas. Fundaciones-Aspecto Económico I", Universidad de Valladolid, Secretariado de publicaciones e intercambio editorial, Valladolid, 2002, pág. 230 y 255.

Registro de Fundaciones de la Comunidad de Castilla y León y el año 1996 resulta el primer ejercicio en que han sido asumidas estas competencias²⁰⁷. Conforme lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León, como por el artículo 3 del Decreto 63/2005, de 25 de agosto, en el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Castilla y León y por el artículo 4.5. de ese Reglamento, las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura de constitución²⁰⁸ en el Registro de Fundaciones de Castilla y León, por tanto la inscripción tiene eficacia constitutiva dentro del ámbito de aplicación de esta normativa autonómica. Asimismo el artículo 4.3. del Reglamento establece que el encargado de dicho Registro para acordar dicha inscripción necesita del Informe del Protectorado en el que conste que *“la dotación fundacional es adecuada y suficiente, que los fines previstos son de interés general y que el contenido de los Estatutos se ajusta a lo dispuesto en la Ley”*²⁰⁹.

En Cataluña, conforme la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cataluña, se dicta el Decreto 37/1987, de 29 de enero, por el que se aprueba la instrucción para la organización y el funcionamiento del Protectorado de la Generalidad sobre las fundaciones privadas de la Comunidad Autónoma. La Ley 5/2001 modificada por las Leyes 7/2004, de 16 de julio y 11/2005 es la normativa vigente en la Comunidad en lo que hace a fundaciones y se completa con el Decreto 43/2003 que aprueba el plan de contabilidad de las fundaciones privadas.

En el País Vasco las Fundaciones se encuentran reguladas por la Ley 12/1991, de 17 de junio referida a las Fundaciones del País vasco y el Decreto

²⁰⁷ MORALES GUERRERO, Ana, “La realidad económica de las Fundaciones. Información contable y gestión de las entidades no lucrativas. Fundaciones-Aspecto Económico I”, Universidad de Valladolid, Secretariado de publicaciones e intercambio editorial, Valladolid, 2002, pág. 227.

²⁰⁸ Artículo 8 de la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León.

²⁰⁹ BENEYTO PÉREZ, José María, Director, Alfonso Rincón GARCÍA LOYGORRI, Coordinador, Capítulo: “La personalidad jurídica de la fundación” en “Tratado de Fundaciones”, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, Capítulo 1 por Antoni BOSCH CARRERA, Notario, pág. 383.

404/1994, de 18 de octubre que aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado y del Registro de Fundaciones del País Vasco.

En Andalucía el Decreto 279/2003, de 7 de octubre crea el registro de fundaciones de Andalucía ya prueba su reglamento de organización y funcionamiento y por último la Ley 10/2005, de 31 de mayo regula las Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Se reconoce expresamente la iniciativa fundacional pública para crear cualquier tipo de fundaciones en los artículos 4.1. de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco ya mencionada; artículo 9 y siguientes de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid; artículo 3 de la Ley 2/1998, de 6 de abril de Fundaciones Canarias; artículo 7.2. de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana; artículo 2.1. de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña; y, artículo 8 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía²¹⁰.

Así, en materia general de fundaciones en el Principado de Asturias por Decreto 34/1998 se crea y regula el Registro de fundaciones docentes y culturales de interés general del Principado de Asturias el que se modifica por Decreto 12/2000, de 3 de febrero, y por Decreto 82/2005, de 28 de julio se crea y regula el registro de fundaciones laborales del principado de Asturias; en Cantabria por Real Decreto 13/1996, de 7 de junio se realiza el traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Cantabria en materia de fundaciones, por Decreto 26/1997 se crea y regula el Protectorado y el registro de fundaciones de la Comunidad Autónoma de Cantabria modificado por Decreto 33/1998, de 6 de abril; en la Comunidad Valenciana la Ley 8/1998, de 9 de diciembre regula las Fundaciones de dicha Comunidad y por Decreto 139/2001 se aprueba el Reglamento de Fundaciones de la misma; en Aragón por Decreto 276/1995 se regulan las competencias en materia de Fundaciones y se crea el Registro de

²¹⁰ CASARES MARCOS, Ana Belén en BENEYTO PÉREZ, José María, Director. Alfonso Rincón GARCÍA LOYGORRI, Coordinador, "Tratado de Fundaciones", Editorial Bosch, Barcelona, 2007, Capítulo 4, Tipología fundacional, pág. 206.

Fundaciones; en Canarias la Ley 2/1998 regula las Fundaciones Canarias. En todas las Comunidades Autónomas se ha creado y reglamentado el Registro de Fundaciones a pesar de que en muchas de ellas no existan normas específicas que contemplen a las fundaciones con un régimen integral referido a ellas.

El control público de las fundaciones se manifiesta en primer lugar sobre el ejercicio mismo del derecho de fundación, por ello, en la práctica la totalidad de los legisladores autonómicos se ha inclinado por la exigencia de una decisión pública para que la fundación pueda entenderse válida y plenamente constituida²¹¹. Quizás ella sea la razón de creación de registros en todas ellas.

La Ley gallega 10/1996, de 5 de noviembre, en su Exposición de Motivos manifiesta con toda claridad los propósitos que la inspiran y destaca su pretensión de mayor y mejor transparencia por lo que considera adecuado someter las fundaciones a que se refiere la ley a la fiscalización del Consejo de Cuentas, sin que ello implique su inclusión en la Cuenta general de la Comunidad Autónoma, debiendo dicho órgano dar cuenta de su informe y conclusiones al Parlamento de Galicia²¹². El artículo 2 de la Ley de Fundaciones de interés gallego permite que las personas jurídico-públicas constituyan fundaciones: *“Cualquier persona natural o jurídica puede constituir fundaciones de interés gallego”*. Sin embargo, en Galicia se ha querido evitar de alguna manera que esa posibilidad se extralimite y el artículo 1 de la Ley dispone que *“habrán de ajustar su actuación en materia de personal y contratación a los principios básicos que regirán la función pública y contratación de las Administraciones Públicas”*. Las fundaciones constituidas mayoritariamente o en su totalidad por aportaciones de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, por sus organismos autónomos o entidades de derecho público vinculadas o dependientes o cuyos ingresos provengan

²¹¹ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 189.

²¹² MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 264.

mayoritariamente de subvenciones con cargo a los presupuestos de la Comunidad Autónoma “...estarán sujetas al control financiero de la Intervención General de la Comunidad Autónoma, que lo ejercerá mediante la realización de auditorías en cada ejercicio presupuestario” (artículo 11) y habrán de remitir sus cuentas al Consejo de Cuentas de Galicia, para su fiscalización (artículo 12) ²¹³.

Por último, queremos destacar que el respeto a la autonomía local tanto por parte de la legislación estatal como de la legislación autonómica en lo que se refiere a la potestad de organización debe plasmarse en un abanico amplio de opciones para que este ente local esté dotada de medios instrumentales que le permitan gozar de la posibilidad real de cumplir sus fines, según se lo garantiza la Constitución²¹⁴. La incorporación expresa de la fundación al ámbito local se produce en el año 1955 con la aprobación del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, por Decreto de 17 de junio. La jurisprudencia se ha referido a las fundaciones públicas constituidas bajo ese Reglamento y cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 25 de octubre de 1999 que indica que la Fundación del patronato de Zorroaga de ámbito local, de servicio funerario, “siempre ha sido de naturaleza pública, porque el dinero está afectado para fines públicos, porque tiene intervención pública, porque está sujeta al Tribunal de Cuentas según su Ley Orgánica Reguladora, y, en consecuencia si está afecta al control del Tribunal de Cuentas es porque es sector público, y por tanto tiene naturaleza pública” ²¹⁵. Se trata de una afirmación de los derechos de independencia de los entes locales particularmente en el tema fundacional.

²¹³ PIÑAR MAÑAS, José Luis, Capítulo Cuarto: “El protectorado de Fundaciones: situación actual y propuestas de reforma” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 104.

²¹⁴ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, “Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales”, Fundació Carles Pi I Sunyer d’Estudis Autònoms i Locals, Barcelona, 2005, pág. 114.

²¹⁵ CASARES MARCOS, Ana Belén en BENEYTO PÉREZ, José María, Director, Alfonso Rincón GARCÍA LOYGORRI, Coordinador, “Tratado de Fundaciones”, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, Capítulo 4, Tipología fundacional, pág. 214.

SEGUNDA PARTE:
LAS FUNDACIONES PÚBLICAS

Capítulo 3. La Organización de la Administración Pública y las Fundaciones

Aquí nos ocupamos de la actividad desarrollada por la Administración en el marco de su funcionamiento que implica la utilización de medios instrumentales convenientes para operar como organización. Es decir, de la actividad estatal que conlleva la posibilidad de realizar el diseño de una estructura orgánica dotada de personal propio, determinándose su régimen de funcionamiento, atribuciones especiales, capacidades, recursos y medios a su disposición para cumplir un objetivo preestablecido.

Lo habitual en Derecho administrativo es la naturaleza orgánica de los centros que integran el *corpus* organizativo del Estado. Por ello las distintas unidades administrativas y políticas no constituyen sujetos autónomos de derecho a pesar de formar divisiones separadas funcionalmente que suelen en algunos casos dar apariencia de personalidad diferente pero la realidad es que no la tienen porque siempre se trata de la actuación de la propia Administración²¹⁶.

Hay que admitir de cualquier modo que la Administración siempre se ha situado en un lugar de superioridad para utilizar los mecanismos necesarios para cumplir los fines del Estado y con mayor razón hoy cuando las exigencias del Estado de Derecho y Democrático, según plantea RIVERO ORTEGA, obligan a una adecuación de la organización administrativa que constituye una de las preocupaciones actuales de los estudiosos de Derecho administrativo ya que conlleva la opción entre regímenes jurídicos distintos que luego se deberán aplicar en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos²¹⁷. Tal como en

²¹⁶ ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, "La Administración institucional: origen y personalidad", RAP, Revista de Administración Pública, número 63, 1970, pág.118.

²¹⁷ RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Administraciones Públicas y Derecho privado", Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 53.

cualquier empresa privada, pero con mucha más exigencia por la quintaesencia pública que está en juego, el Estado debe en forma concreta perseguir el éxito en su gestión y, para ello, busca el mejor modo de organizarse.

Sobre este tema en particular la doctrina española admite la libertad del poder público para la elección de la forma organizativa y, asimismo, admite la forma privada en el desarrollo de la actividad administrativa fundado en que toda organización de Derecho privado se considera instrumental²¹⁸.

Fue LORENZ VON STEIN quien configuró como personas jurídicas distintas del Estado, tanto a las entidades locales (Landschaften, Gemeinde) como a las Corporaciones (Korporationen)²¹⁹ y desde él este criterio se ha aplicado en distintas legislaciones como es el caso de la española. Esto último no sólo para permitir la creación de empresas públicas que desarrollen su actividad a la par de los sujetos privados en libre competencia sino para constituir otros tipos de entes instrumentales como las fundaciones.

Es conocido que los poderes públicos desarrollan por medio de las sociedades mercantiles estatales, por ejemplo, actividades que no pueden ser calificadas como administrativas en sentido estricto porque el fin que persiguen es la obtención de medios o recursos económicos, de modo análogo al de cualquier empresario particular²²⁰ desarrollándose libremente en el mercado. Podemos afirmar que no existe país en el mundo, cualquiera sea su régimen político y su concepción del Estado, que no haya recurrido en algún momento de su historia a un mecanismo instrumental que supusiera la creación de empresas que de uno u otro modo intervinieran en la economía nacional con o sin justificativo

²¹⁸ RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Derecho administrativo económico", Cuarta edición, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 92 a 94.

²¹⁹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, "Sobre la personalidad de las Cortes Generales. Una aproximación a los problemas de las organizaciones estatales no administrativas", Revista de Derecho Político, número 9, 1981, pág. 9.

²²⁰ DE LA SERNA BILBAO, María Nieves, "Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública", Documentación Administrativa, número 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pág. 510.

político o técnico. Se afirma que ya no se discute en el Derecho español, ni en el Derecho público europeo la necesidad y legalidad de la creación de entes instrumentales porque la Administración necesita recurrir a la personalidad jurídica para conseguir soluciones organizativas más apropiadas, adaptadas y especializadas al tipo de actividades que hoy debe desarrollar , particularmente en lo referido a funciones prestacionales²²¹. Sin embargo debe utilizar estas formas instrumentales de modo racional.

En España, se ha empleado la personificación de entes como medio de organización del gobierno a partir de los años 20 sin grandes contradictores desde la sociedad o la academia y así lo expresa explícitamente la Exposición de Motivos de la derogada Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas, del 26 de diciembre de 1958 indicando que aparecen estas entidades en el período comprendido entre los años 1923 y 1930²²². Simplificando el análisis, ARIÑO ORTÍZ explica que, a su criterio, existieron dos fuerzas enfrentadas que le dieron origen a este fenómeno de personificación, así, por un lado el creciente intervencionismo del Estado que entendía indispensable su participación y por otra parte un movimiento inverso que propugnaba una descentralización o más aún una desestatización; resultando el primero una concentración efectiva e intensa de poder por parte del Estado y la segunda un factor de dispersión estructural del mismo²²³. DEL SAZ habla de una aplicación indiscriminada por parte de la Administración del Derecho privado desde que la Restauración borbónica cedió parte de sus competencias a la jurisdicción ordinaria, consolidada, según esta autora, más tarde a partir de la posguerra española cuando el Estado empezó a intervenir directamente en

²²¹ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, "Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros".

²²² ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, "El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros", La Ley, 2004, pág. 57. En igual sentido ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, "La Administración institucional: origen y personalidad", RAP, Revista de Administración Pública, número 63, 1970, pág. 93.

²²³ ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, "La Administración institucional: origen y personalidad", RAP, Revista de Administración Pública, número 63, 1970, pág. 92.

la vida económica para fomentar la actividad industrial y mercantil²²⁴; y, continuada luego en el ámbito local durante la Dictadura de Primo de Rivera con la regulación en el Estatuto Municipal (en el año 1955) de la fórmula societaria como alternativa de gestión directa del Ayuntamiento²²⁵.

A través del tiempo se acrecienta el debate referido a la libertad de organización de la Administración y, asimismo, los efectos que las decisiones políticas o legislativas tienen sobre la propia Administración, sus obligaciones y sobre el derecho aplicable. Hay un sector de la doctrina administrativista que indica, por ejemplo, que las empresas que desarrollan una actividad de servicio público no pierden, por ello, su carácter de actividad mercantil privada, debiendo, en todo caso, aplicárseles para el cumplimiento de la misión asignada, un régimen exorbitante respecto del Derecho común en la única y exacta medida de las necesidades del servicio público, en función del fin de interés público, que tengan asignadas²²⁶.

Hay quienes definitivamente opinan que las funciones que se transfieren a estos entes instrumentales podrían ser perfectamente cubiertas por órganos administrativos y encuadradas en la estructura orgánica y dentro de la jerarquía administrativa²²⁷ pero no siempre esto es así por cuestiones técnicas o de oportunidad que generalmente sólo pueden ser evaluadas por el poder político y superan el análisis teórico. Encontramos distintas posiciones en la doctrina respecto a la validez de la organización administrativa instrumental y en verdad, no hemos hallado criterios jurisprudenciales específicos que ayuden a

²²⁴ RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Administraciones Públicas y Derecho privado", Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 14 quien considera que "la aparición de la actividad industrial y mercantil de los poderes públicos será el desencadenante del recurso a las formas privadas de organización".

²²⁵ DEL SAZ CORDERO, Silvia, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la UNED, "La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas", RAP, Revista de Administración Pública, número 133, enero-abril 1994, pág. 60.

²²⁶ DE LA SERNA BILBAO, María Nieves, Profesora Titular de Derecho Administrativo (interina) Universidad Carlos III de Madrid, "Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública", Documentación Administrativa, número 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pág. 506.

²²⁷ MARTÍN BERNAL, José Manuel, "Asociaciones y Fundaciones", Editorial Aranzadi, Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2005, pág. 266.

clarificar el tema ya que la organización de la Administración como tal está ajena tradicionalmente al control jurisdiccional²²⁸ y es difícil que un Juez acuda a los límites de la potestad organizatoria, como dice RIVERO ORTEGA, para anular la decisión que impulsa la constitución de un ente instrumental sujeto a Derecho privado²²⁹. Nosotros entendemos que el mérito y la conveniencia de incluir en el diseño de la organización administrativa a los entes instrumentales y en particular a las fundaciones será una decisión, como dijéramos, de la dirección política. Esta decisión seguramente estará en armonía con el concepto del Estado y sus funciones que tenga la clase dirigente que decide y asimismo deberá encontrarse dentro del marco constitucional del Estado de Derecho. Normalmente esa determinación estará alejada, sin embargo, de la postura gerencial de otros políticos opositores que darían a lo mejor mayor importancia a otras cuestiones distintas de las priorizadas en la determinación ejecutiva de descentralizar. El Gobierno trata de garantizar y proteger el ejercicio de los derechos constitucionales en equilibrio con las exigencias de la economía general y de la planificación en particular²³⁰.

A través de estas figuras diferenciales la Administración tiene la intención de ponerse a la altura de un ciudadano común renunciando a sus prerrogativas naturales para actuar en un pie de igualdad con los particulares pero muchas veces no logra este objetivo por una u otra razón. En este caso la Administración busca instrumentos más adecuados para diversificar sus actividades y ello plantea problemas de orden jurídico y político²³¹. Sin embargo, una vez que se admiten es imposible a posteriori su proscripción

²²⁸ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, “Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales”, Fundació Carles Pi I Sunyer d’Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 2005, pág. 62.

²²⁹ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Administraciones Públicas y Derecho privado”, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 71.

²³⁰ DíEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, Volumen Primero, Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 46.

²³¹ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, “Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales”, Fundació Carles Pi I Sunyer d’Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 2005, pág. 12.

completa²³². Para algunos se trata simplemente de un fenómeno de “descentralización por colaboración”²³³ y para otros una clara violación de las normas organizativas a las que está sometido el Estado. BORRAJO INIESTA defiende la suficiencia del Derecho Privado para salvaguardar los fines a que se ordena la Administración y MALARET GARCÍA afirma que la aplicación de derecho privado no significa eliminación de control jurídico y coincide con la mayoría de la doctrina administrativa que entiende que se debe poner coto a algo que estudiaremos aquí como huida del Derecho administrativo²³⁴.

Debemos recordar que la Ley General de Beneficiencia de 14 de enero de 1822, derogada al año siguiente por causa de cambios políticos, establecía que la beneficiencia debía ser de titularidad pública. En cuanto a la gestión de la beneficiencia distinguía entre patronato público y privado. Esta ley representa una etapa histórico-política denominada de legislación desamortizadora pero muestra el perfil público dado a la cobertura de necesidades sociales no sólo desde el plano de la decisión coyuntural sino esencial en relación a la organización estatal. Debemos admitir que es una realidad incontestable que existe “una *intercambiabilidad de modos gestores y de técnicas de personificación instrumental* y en ese cuadro de herramientas intercambiables la fundación es, a la vez, pieza y mecanismo básico o común”²³⁵.

²³² RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”.

²³³ RUÍZ OJEDA, Alberto, “Las fundaciones privadas como colaboradores de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundaciones. Un comentario con ocasión de la nueva ley de fundaciones”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 93, enero-marzo 1997, pág. 29 recordando a Fernández Rodríguez.

²³⁴ ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, “El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros”, La Ley, 2004, pág. 65.

²³⁵ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 266.

3.1. La creación de fundaciones como manifestación de la potestad organizatoria

Nos referiremos aquí a las fundaciones involucradas en la actuación de la Administración en ejercicio de sus funciones. Primero se deberá determinar si ésta tiene la posibilidad legal de recurrir al instituto jurídico privado de la fundación libremente en referencia a su organización o simplemente tiene prohibido o limitado este recurso a los fines de poder avanzar en el estudio propuesto.

En este tema lo fundamental parece ser el estatuto de constitución de la Administración y el régimen de la potestad organizativa. Para SOCÍAS CAMACHO, según GÓMEZ-FERRER MORANT, es fundamental determinar, partiendo de la personalidad, capacidad y actividad de la Administración Pública, si existen límites constitucionales a esa potestad de organización y definir si puede hablarse de una reserva constitucional de Derecho Administrativo o no. Coincidimos con su conclusión que indica que no existe libertad absoluta organizatoria de elección de las formas de actuación y de organización de las actividades públicas pues ellas deben estar enmarcadas en lo dispuesto por la Carta Magna, que limita la potestad organizatoria de la Administración²³⁶. Sin embargo, la Constitución no establece prohibiciones específicas respecto a modos o medios a utilizar y, además, no existe reserva constitucional alguna. La reserva constitucional de Ley de que se habla está dirigida a una precisa función constitucional que corresponde a la Ley de organización de modo que toda norma que pretenda regular los modos organizativos posibles y su funcionamiento, las condiciones de su creación, modificación y extinción debe basarse precisamente en el régimen jurídico de las Administraciones públicas y ser un claro ejercicio del título competencial

²³⁶ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, Catedrático de Derecho Administrativo, en Prólogo de SOCÍAS CAMACHO, Joana M., "Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario", Iustel, 2006, pág. 15.

correspondiente²³⁷. La creación de entes instrumentales por parte de las Administraciones públicas no viola, a nuestro criterio, el régimen constitucional y permite a la Administración servirse de organismos colaboradores y auxiliares para la consecución de sus fines²³⁸. La Constitución no es ajena a las normas referidas a la organización de la Administración y su texto enuncia principios que se condensan en sus artículos 103.1 y 149.1.18 y se refuerzan con los artículos 14 y 23 referidos a derechos fundamentales pero que no deben ser ignorados cuando se modelan entes instrumentales²³⁹.

GARRIDO FALLA concluía, según RIVERO ORTEGA, que *“tradicionalmente ha habido cierto consenso en respetar la llamada potestad organizatoria”* cuando se hace referencia a las entidades instrumentales. Sin embargo se aclara que esta potestad, como cualquier otra función administrativa, debe adecuarse a los fines por las que se asigna a la Administración. Por ello los criterios asignados para la idoneidad de la personalidad jurídica separada son: por un lado, la necesidad de especialización, que se justifica desde la creación de los clásicos organismos autónomos hasta las fundaciones; y, por otro, la búsqueda de un régimen peculiar. Para RIVERO ORTEGA, sólo cuando concurren ambos tendrá sentido la creación de entes instrumentales²⁴⁰.

Sea como fuere, la fundación en mano pública es en sí misma una institución dogmáticamente problemática. Nada en el régimen estatutario de las Administraciones Públicas les impide gozar, ya no del derecho subjetivo-constitucional de fundación, sino de capacidad de fundar y por ello, a esta

²³⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid, en Prólogo de VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública, La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 24.

²³⁸ ALBALADEJO, Manuel, “Derecho Civil”, Tomo I, Decimosexta Edición, Edisofer S.L., Madrid, 2004, pág. 379.

²³⁹ BORRAJO INIESTA, Ignacio, “El intento de huir del Derecho Administrativo”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 78, 1993, pág. 235.

²⁴⁰ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”.

altura, no cabe duda alguna de que el Estado puede proceder a erigir fundaciones en el ámbito del derecho privado²⁴¹.

La Constitución, en este campo, contiene una enumeración de principios inspiradores en su artículo 103 y una remisión a la ley para la regulación, de carácter general, de la creación, régimen y coordinación de los órganos de la Administración del Estado²⁴². La Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1994, de 24 de febrero, ha puesto de resalto que la eventual utilización de las técnicas ofrecidas por el Derecho privado es un arbitrio puramente instrumental, como medio práctico de ampliar su acción social y económica y en virtud de ello las ha encontrado válidas en el marco de la Constitución Española²⁴³. Reafirma esto la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1995 cuando frente a la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por el Ayuntamiento indica *“que: ...la personalidad y capacidad de la Fundación Pública ... son sólo operativas o instrumentales...”*²⁴⁴ y, tal como lo hemos manifestado, creemos que el Tribunal Supremo fortalece la posición de la legalidad de su creación por parte del Estado.

Así, en la organización administrativa la personalidad es un dato instrumental, como venimos afirmando, y tanto es así que ello precisamente le ha permitido a la jurisprudencia, en un caso contractual, aplicar una técnica concebida en el ámbito mercantil que consiste en “levantar el velo” de la personalidad en los entes instrumentales a los efectos de determinar su responsabilidad

²⁴¹ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 87.

²⁴² GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, “Aspectos de la nueva regulación de las fundaciones culturales privadas”, RAP, Revista de Administración Pública, número 70, 1973, pág. 181.

²⁴³ SOCÍAS CAMACHO, Joana M., “Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario”, Iustel, 2006, pág. 46.

²⁴⁴ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 248.

patrimonial²⁴⁵, como en este caso que se menciona, o bien desentrañar la verdadera causa y esencia de la existencia del ente. La técnica del levantamiento del velo implica asumir una visión formalista de la personalidad jurídica como lo indica ORTÍZ VAAMONDE donde la personalidad sólo es un velo, real o ficticio, que en determinadas ocasiones es preciso ignorar, y por ende levantar, porque esta interposición de la persona jurídica perjudica a un tercero y se podría concluir eventualmente que este mecanismo fue utilizado en fraude al derecho²⁴⁶. Este mecanismo es sólo una solución *a posteriori* que podría ser evitada si se corrigieran de antemano los excesos de la libertad de elección de la potestad organizativa²⁴⁷. Incluso en el ámbito local el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse a los fines de desentrañar la verdadera naturaleza de la institución fundacional y así en el caso Patronato Municipal de Guarderías Infantiles de Barcelona ha dicho que es necesario *“alzar el velo de la personalidad jurídica para apreciar la auténtica relación que une al Ayuntamiento con las fundaciones públicas que de él dependen, que es una relación fiduciaria, en virtud de la que el ente matriz –Ayuntamiento de Barcelona- confía al Patronato la realización de una finalidad concreta: guardería infantil”*²⁴⁸. Aquí el Tribunal Supremo no sólo valida la posibilidad de creación de un ente privado por parte de un ente público sino que confirma el objeto de bien común para el que fue creada y denuncia el carácter fiduciario de su patrimonio. En igual sentido, la sentencia de 12 de junio de 1984 (Ar. 3463/1984), con ocasión de la reclamación por el acreedor al Ayuntamiento de la deuda contraída por la fundación, dice que: *“(...) hay que empezar por tener en cuenta que la personalidad jurídica, que haya podido reconocerse, en su*

²⁴⁵ Aunque contractual, en el caso de autos: Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1995, VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 66.

²⁴⁶ ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, “El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros”, La Ley, 2004, pág. 54.

²⁴⁷ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”.

²⁴⁸ CASARES MARCOS, Ana Belén en BENEYTO PÉREZ, José María, Director, Alfonso Rincón GARCÍA LOYGORRI, Coordinador, “Tratado de Fundaciones”, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, Capítulo 4, Tipología fundacional, pág. 218.

*constitución, a tal Patronato [Fundación Municipal], no pasa de ser un recurso técnico-jurídico, para agilizar y facilitar su gestión específica... para llegar a un resultado que implica un fraude de ley, una frustración de los legítimos derechos de la empresa recurrente...*²⁴⁹. En este fallo se advierte la necesidad de descorrer el velo de la personalidad porque se ha perjudicado a través de ella a un tercero que busca la compensación económica de su perjuicio. La desconexión entre la responsabilidad individual del Estado y la responsabilidad limitada sólo al patrimonio de la persona jurídica creada, es decir la fundación en este caso, puede dar lugar a hipótesis que se encuadran en el verdadero fraude de ley²⁵⁰ que tienen como resultado el daño a otro que, en justicia, debe ser reparado. No siempre, entonces, es aplicable la limitación de la responsabilidad patrimonial. Particularmente no es aplicable la limitación cuando existe confusión entre patrimonios de distintas personas que resultan una sola a la hora de responder. Resulta difícil pensar que la Administración mediante la creación de un ente exprese una voluntad específica dirigida a violar la ley²⁵¹ pero las consecuencias de ciertas decisiones pueden provocar irregularidades. La instrumentalización por parte de la Administración no supone violación de la ley y no representa un fraude a la misma²⁵² independientemente de las situaciones fácticas que se pueden presentar como en los casos jurisprudenciales antes comentados. Por ello, acertadamente los Tribunales han actuado en contra del uso abusivo de la figura instrumental en conflictos presentados para su resolución y la doctrina, en los casos de interposición de personas, ha propugnado que los terceros perjudicados tienen la facultad de imputar los actos de la persona jurídica diferenciada a la matriz

²⁴⁹ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 247.

²⁵⁰ MORELL OCAÑA, Luis, “La personificación y otorgamiento de “status” en el Derecho Administrativo. Rasgos generales del “status” de los entes administrativos”, RAP, Revista de Administración Pública, Números 100-102, Enero-diciembre 1983, pág. 978-979.

²⁵¹ ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, “El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros”, La Ley, 2004, pág. 59.

²⁵² RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Administraciones Públicas y Derecho privado”, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 32.

administrativa creadora y por ende solicitar la aplicación del Derecho administrativo como régimen propio de la Administración, si fuere necesario, del que se puede haber huido a través de una alternativa de personificación.

El Tribunal Constitucional en diversas sentencias ha fundado su posición en el sentido de que es admisible que el Estado pueda atribuir la gestión de los intereses públicos en un determinado sector a Corporaciones o Fundaciones. Hay autores como José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ que ha subrayado los problemas de constitucionalidad que plantean la creación de sociedades mercantiles como asimismo la creación de fundaciones privadas, porque la consecuencia de esta decisión organizativa sería la elusión del Derecho administrativo, entendido como exigencia constitucional²⁵³. Sin embargo, a lo largo del tiempo ni la Justicia ni la legislación general o autonómica han interpretado que estas formas de gestión sean contrarias a la Constitución²⁵⁴ y ambas instancias las han admitido directa o indirectamente.

Como hemos enunciado, hay quienes afirman que el artículo 34 de la Constitución no garantiza el derecho de fundar a la Administración Pública. Sin embargo, podemos afirmar que ha sido una práctica común por parte de las Administraciones Públicas, habituadas al juego instrumental de toda clase de personificaciones jurídicas por simple comodidad organizativa, ejercer el derecho de fundar que, por otra parte, no lo tienen prohibido ni en la Constitución ni en la ley²⁵⁵. Nada obsta para que la Administración recurra a la fundación, al régimen general propio de las fundaciones y a la normativa autonómica equivalente para la realización de actividades que le son propias²⁵⁶. La fundación queda, en relación a la denominada descentralización

²⁵³ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, "Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros".

²⁵⁴ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, "Aspectos de la nueva regulación de las fundaciones culturales privadas", RAP, Revista de Administración Pública, número 70, 1973, pág. 187.

²⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en Prólogo de PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, "Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador", Marcial Pons, 2000, pág. 12.

²⁵⁶ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: "La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público" en RUÍZ OJEDA, Alberto

por servicios que desarrollamos, como “una autonomía organizativa completa” frente a la organización general de la Administración, “tanto en el aspecto jurídico como en los aspectos contable y administrativo”²⁵⁷. Es razonable que la gestión esté diferenciada y sea “autónoma” e independiente de las demás actividades propias del fundador²⁵⁸, es decir, que se propicie una separación visible entre ambos entes. Pero, sin embargo, el fundador puede continuar también con actividades que se complementan y coordinan con las asignadas al nuevo ente pero como sujeto distinto sin que ello esté prohibido.

A través del tiempo se produce una mutación de la descentralización territorial por la descentralización de servicios como afirmaba ROYO VILLANOVA²⁵⁹ y uno de sus ejemplos es la constitución de fundaciones. Esta descentralización dada a comienzos del siglo pasado en toda Europa, pretende separar del Estado como aparato político los servicios en general para darles substantividad y existencia diversa de la Administración²⁶⁰. A pesar de ello el Tribunal Constitucional, oportunamente, no otorgó la protección del artículo 34 de la Constitución a las cajas de ahorros pese a haberlas categorizado formalmente como fundaciones del artículo 35 del Código Civil, lo que nos indica que habrá que analizar cada caso en particular²⁶¹ porque no siempre la

(coordinador), “Manual de Fundaciones, Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 268.

²⁵⁷ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 228.

²⁵⁸ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 247.

²⁵⁹ ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, “El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros”, La Ley, 2004, pág. 58.

²⁶⁰ ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, “La Administración institucional: origen y personalidad”, RAP, Revista de Administración Pública, número 63, 1970, pág. 104.

²⁶¹ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge, “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española”, RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo–agosto, 2001, Nota al pie N° 37, pág. 125.

constitución de una fundación por parte de la Administración supone el ejercicio del derecho de fundar amparado por la Constitución en el artículo 34.

En España se ha discutido sobre la utilización de la fórmula fundacional como estrategia organizativa en particular en el ámbito sanitario y educativo²⁶², y también en el ámbito local. RIVERO ORTEGA descarta, hoy, el recurso de las fundaciones como herramienta para desarrollar tareas de evaluación y acreditación, u otras actividades materialmente administrativas, que han despertado dudas en la doctrina²⁶³. Las fundaciones resultan, a nuestro criterio, instituciones de régimen jurídico-privado al alcance de la potestad organizatoria de las Administraciones públicas²⁶⁴ como se deduce de lo hasta aquí expresado. Parejo afirma este criterio²⁶⁵ y MORELL OCAÑA y RUÍZ OJEDA así lo consideran al decir que “*cuando se trata de fundaciones constituidas por el Estado u otra entidad pública territorial la fundación es considerada como una fórmula organizativa más*”²⁶⁶. PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ afirman que cuando se trata de constituir fundaciones privadas, no públicas, no se hace referencia al Derecho Administrativo de la organización²⁶⁷. RIVERO ORTEGA ha dicho que con independencia de que se parta o no de la consideración de

²⁶² Se debe recordar que en virtud de un conflicto de competencia entre los Ministerios de la Gobernación y el de Instrucción Pública resuelto a favor de este último por Real Decreto de 29 de junio de 1911, se origina la separación definitiva de las fundaciones benéfico-docentes destinadas a la enseñanza, educación, instrucción o incremento de las Ciencias, Letras y Artes y cuyo Protectorado se entrega al Ministerio de Instrucción Pública por Real Decreto de 27 de septiembre de 1912.

²⁶³ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”.

²⁶⁴ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 39.

²⁶⁵ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, “Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales”, Fundació Carles Pi I Sunyer d’Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 2005, pág. 61.

²⁶⁶ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 246.

²⁶⁷ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, “Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales”, Fundació Carles Pi I Sunyer d’Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 2005, pág. 60.

la creación de fundaciones como manifestación de la potestad organizatoria, interpretación que sostiene, la cuestión no está en el *si*, sino en el *cómo*, *cuándo* y *para qué* de la creación de estas fundaciones privadas²⁶⁸.

Para nosotros, la discusión sobre si se trata de un ente público o privado carece de sentido porque lo único importante es determinar, en cada relación jurídica de un ente, el tipo de norma, pública o privada, por la que se rige²⁶⁹. La clasificación binaria del derecho hoy no es suficiente y la categorización de los sujetos en virtud de ella no aporta ningún beneficio práctico al derecho.

Son inexactos los criterios de distinción entre personas jurídicas públicas y privadas que se basan en:

a) el carácter de su fundador. Es decir, el haber sido creadas mediante ley o acto administrativo por el estado o una Comunidad autónoma o Municipio, les otorga el carácter de públicas, y el ser creadas por particulares, les otorga el carácter de privadas;

b) el estar sometidas o no al control y vigilancia estatales. El Estado suele someter a entidades privadas a su fiscalización si lo cree conveniente y esto no las convierte en personas públicas.

c) el hecho de perseguir fines públicos o privados. Muchas personas privadas cumplen legalmente fines de interés público como en el caso de las fundaciones.

d) el hallarse dotadas o no de potestad pública o potestad de *imperium* típica del Estado. El Estado no siempre hace partícipe de esa potestad a todas las entidades que forman parte de su organización porque la mayoría de las veces

²⁶⁸ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, "Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros".

²⁶⁹ SANTAMARIA PASTOR, Juan A., "Principios de Derecho Administrativo", Vol. I, Iustel, 2004, págs. 392-393 y 440-441 indicado por SOCÍAS CAMACHO, Joana M., "Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario", Iustel, 2006, pág. 46.

no se precisa esa potestad para realizar la misión que se le encomienda al ente.

e) en la forma adoptada. Es decir si se trata de sociedades, corporaciones o fundaciones son personas jurídicas del campo del Derecho privado²⁷⁰.

Ni siquiera cuando la ley diga que se trata de una persona de Derecho público hay que confiar en que efectivamente es así. Por ejemplo, la Fundación Lázaro Galdiano fue creada por el Estado por Ley de 17 de julio de 1947 que en su artículo primero reza que se trata de una “persona jurídica de Derecho público” pero a pesar de esta calificación legal se trata de una fundación de Derecho común²⁷¹.

Entendemos que la Administración pública además de constituir fundaciones como medios instrumentales en solitario, puede además dotar, participar en el patronato, y entre otras acciones, realizar contribuciones económicas y técnicas en entidades en las que además de ella confluyen sujetos privados que en mayor o menor medida participan del acto constitutivo, aportan bienes o derechos, forman parte del gobierno fundacional y, en fin, contribuyen económicamente para la continuidad de entes fundacionales que propugnan la satisfacción del interés general. A nuestro entender estas últimas fundaciones “mixtas” pueden ser denominadas públicas como las anteriores. Por último también se pueden incorporar a la maquinaria estatal entes que existían desde antes como organizaciones privadas.

El estatuto personal del sujeto público que funda o participa de una fundación constituye un dato previo a respetar aunque a veces la adquisición del nuevo *status* pueda suponer la modificación profunda de dicho estatuto²⁷² y que esto

²⁷⁰ GARCÍA TREVIJANO FOS, J.A., “Tratado de Derecho Administrativo”, Madrid, 1965, pág. 149.

²⁷¹ ALBALADEJO, Manuel, “Derecho Civil”, Tomo I, Decimosexta Edición, Edisofer S.L., Madrid, 2004, pág. 381.

²⁷² MORELL OCAÑA, Luis, “La personificación y otorgamiento de “*status*” en el Derecho Administrativo. Rasgos generales del “*status*” de los entes administrativos”, RAP, Revista de Administración Pública, Números 100-102, Enero-diciembre 1983, pág. 974.

a su vez provoque la oposición a su creación en razón de este efecto de desnaturalización. Justamente por ello, en el análisis de la competencia como legitimación conferida por la legalidad para actuar se debe recurrir a una interpretación sistemática que permita reconocer las atribuciones explícitamente asignadas como la deducción de atribuciones implícitas de esa potestad²⁷³ que habilitan en este caso la constitución de la fundación o la limitan. Este análisis debe aplicarse asimismo al contenido estatutario de la estructura fundacional elegida porque dentro de él pueden existir disposiciones, particularmente patrimoniales, para las cuales el fundador debe justificar atribuciones especiales. No olvidemos que el ente público fundador dispone, además, de un poder de organización del ente constituido en el marco del estatuto que redacta²⁷⁴ pero tanto en la redacción de este estatuto como en la configuración funcional que el ente público realiza no puede atentar contra los principios constitucionales de objetividad, eficacia y sometimiento pleno al Derecho²⁷⁵. Mediante los estatutos, por ejemplo, puedan adoptarse decisiones organizativas que contraríen la estructura de gobierno local (por ejemplo, excluyendo totalmente a un Alcalde de sus órganos de gobierno)²⁷⁶.

Se trata, en fin, de dar vida a entidades públicas que desarrollarán actividades en un plano de igualdad con los sujetos privados²⁷⁷ lo que implica entrar en una zona gris como dijimos donde se habilita la aplicación directa de normas

²⁷³ MORELL OCAÑA, Luis, “La personificación y otorgamiento de “status” en el Derecho Administrativo. Rasgos generales del “status” de los entes administrativos”, RAP, Revista de Administración Pública, Números 100-102, Enero-diciembre 1983, pág. 996.

²⁷⁴ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 250.

²⁷⁵ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Administraciones Públicas y Derecho privado”, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 22.

²⁷⁶ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”.

²⁷⁷ DE LA SERNA BILBAO, María Nieves, Profesora Titular de Derecho Administrativo (interina) Universidad Carlos III de Madrid, “Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública”, Documentación Administrativa, número 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pág. 500.

privadas. Por tal motivo entendemos que no se puede proceder a fundar sin una reflexión y habilitación previas sobre los extremos de legalidad involucrados en el caso. Esta creación de personas jurídicas diferenciadas no implica un desapoderamiento pleno de potestades por parte de la Administración a favor de ellas y en perjuicio del ente público creador²⁷⁸ pero las situaciones planteadas otorgan motivos suficientes para la verificación de este hecho en virtud de las cuestiones públicas incluidas que no resultan totalmente extrañas a las obligaciones jurídicas supremas de la Administración. No cabe duda para nosotros que, por ejemplo, es viable y admisible la utilización de un recurso instrumental personificado a través de una fundación a la que la Administración le encomiende el desarrollo actividades de carácter material, técnico o de servicios²⁷⁹ pero no lo sería la acumulación de funciones de control propias del Estado en una fundación creada al efecto.

MORELL OCAÑA enseña que, en la personificación por parte de la Administración, hay que tener en cuenta por lo menos estas tres cuestiones:

1.^a La posición del Derecho administrativo respecto de los procesos de personificación, esto es, de constitución de sujetos propios y peculiares, para nosotros distintos de las Administraciones públicas.

2.^a Los caracteres y contenido del *status* de Administración pública que regula el Derecho administrativo y reciben determinados entes, tanto si se constituyen con arreglo al mismo como si su constitución se lleva a cabo fuera de este ámbito del ordenamiento.

²⁷⁸ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: "La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público" en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), "Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica", Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 251.

²⁷⁹ RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Administraciones Públicas y Derecho privado", Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 137.

3.^a La tipología de los entes que reciben dicho *status* y contenidos diferentes que, como consecuencia de la naturaleza y caracteres de cada tipo de sujetos, pudieran observarse en cada caso”²⁸⁰.

Esta síntesis nos ayuda a resaltar que es fundamental determinar el ente administrativo que funda, la aptitud de éste para fundar y las características de la fundación a constituir porque serán los elementos que determinen la legalidad en cada caso en particular.

3.2. Organización instrumental privada

El artículo 6, apartados 1 y 4 de la Ley 30/1994 de Fundaciones, hoy derogada, abrió la puerta de forma decidida a la creación de fundaciones por parte de las entidades públicas²⁸¹. Esta Ley de Fundaciones habilitaba, como lo hace la Ley vigente, a estas últimas para constituir fundaciones privadas, posibilidad que les estaba vedada por la legislación anterior. Desde que la derogada Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, introdujera esta capacidad en la legislación española, la figura ha sido utilizada tanto en la normativa como en la realidad organizativa de las Administraciones Públicas. A pesar de que con anterioridad la opinión común de la doctrina española era contraria a la posibilidad de que el Estado pudiera ser fundador y autores como DÍEZ-PICAZO indicaban que el derecho de fundar era propio de la autonomía de la voluntad privada por lo que no era posible que se ejerciera por los poderes públicos a pesar de la garantía constitucional del derecho a fundar²⁸².

²⁸⁰ MORELL OCAÑA, Luis, “La personificación y otorgamiento de “*status*” en el Derecho Administrativo. Rasgos generales del “*status*” de los entes administrativos”, RAP, Revista de Administración Pública, Números 100-102, Enero-diciembre 1983, pág. 976-977.

²⁸¹ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 24.

²⁸² Mencionado por CROVI, Luis Daniel, “Fundaciones, régimen jurídico y actuación empresarial”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 102.

Según el derogado artículo 6.4 de la Ley 30/1994 y el vigente artículo 8.4 de la Ley 50/2002, las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario^{283/284}. Se reconoce, entonces, por la legislación ordinaria, a las personas jurídicas del Derecho público el mismo derecho de fundación reconocido a los particulares y prácticamente en sus mismos términos²⁸⁵ y no es posible afirmar que este artículo 6 sea contrario a la Constitución. Sin embargo este artículo 6 fue muy debatido en el Congreso y el Grupo Parlamentario Popular propugnaba que se agregara que “no debe permitirse a las personas jurídicas creen fundaciones privadas para escapar de los controles administrativos del gasto público, creando cajas especiales” y esto finalmente no fue admitido por la mayoría parlamentaria. La capacidad de constitución de fundaciones es la regla que sólo puede ser excepcionada de forma expresa y contraria²⁸⁶.

Los entes públicos aparecen como fundadores o patronos de fundaciones, empleando la segregación de recursos patrimoniales estatales como técnica habitual de gestión de actividades incluidas dentro de sus esferas competenciales²⁸⁷ en lo que ya hemos dado en llamar organización instrumental privada. El ente institucional público, en palabras de GARCIA DE

²⁸³ SOCÍAS CAMACHO, Joana M., “Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario”, *Iustel*, 2006, pág. 58.

²⁸⁴ Ley 50/2002, artículo 8. Capacidad para fundar.- 4. Las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario. Conforme la Disposición final de esta ley Primera. 2. b) constituye esta norma legislación civil y es de aplicación al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8. de la Constitución, sin perjuicio de la aplicabilidad preferente del Derecho Civil Foral o Especial allí donde exista.

²⁸⁵ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 226.

²⁸⁶ PIÑAR MAÑAS, José Luis, “Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”, REDA, *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 97, enero-marzo 1998, pág. 43.

²⁸⁷ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 223–224.

ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, *“pasa a ser, por diferencia esencial de la fundación privada, un ente instrumental de la Administración Fundadora, esto es, un simple instrumento de actuación en manos de esta última para la gestión de un servicio que es propio de ella misma”*²⁸⁸. Por ello la necesidad de controlar si fueron respetadas las normas administrativas que habilitan además al ente específico a fundar.

La norma en análisis ha provocado un frondoso y apasionante debate doctrinal entre varios catedráticos españoles como PIÑAR MAÑAS y REAL PEREZ, VAQUER CABALLERIA, PAREJO ALFONSO y MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, que ha tenido como fin determinar si existe una autorización legal de alcance general a los poderes públicos para constituir fundaciones de carácter privado, con reserva de posibles prohibiciones específicas, o si, en cambio, se trata de una regla de recepción, en sí misma no habilitante, requerida de actualización por las normas administrativas, es decir, por el Derecho estatutario de las Administraciones Públicas²⁸⁹. PIÑAR MAÑAS y REAL PEREZ²⁹⁰ señalan que la previsión que contiene la Ley 30/1994 no necesita ninguna habilitación ulterior. Sin embargo, VAQUER CABALLERIA realiza una interpretación inversa²⁹¹, y entiende que, conforme con la concepción sistemática del ordenamiento jurídico, la habilitación general a favor de los entes públicos para constituir fundaciones no es en absoluto una habilitación en blanco para celebrar dicho acto privado según lo establecido en la Ley 50/2002 y su antecedente la Ley

²⁸⁸ SOCÍAS CAMACHO, Joana M., “Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario”, *Iustel*, 2006, pág. 79.

²⁸⁹ RIVERO ORTEGA, Ricardo, en Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros” dice que se trata de definir si la previsión genérica de la nueva Ley de Fundaciones es suficiente, o se hace necesaria ulterior previsión normativa. Y agrega que la doctrina no parece ser unánime tampoco en este aspecto crucial, pues a la interpretación de SOSA WAGNER, que ha venido aceptando la posibilidad de utilizar la fórmula fundacional pese a no estar recogida en el elenco de la Ley de Bases, se opondría la consideración de PAREJO ALFONSO, que ha sostenido la necesidad de ley administrativa.

²⁹⁰ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, *Marcial Pons*, 2000, pág. 214.

²⁹¹ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, *Marcial Pons*, 1999, pág. 41.

30/1994, sino que, por el contrario, se trata de una norma de recepción que requiere una ulterior habilitación específica o una actualización por parte de la legislación estatutaria de las Administraciones Públicas. PAREJO ALFONSO, que critica a PIÑAR MAÑAS y comparte opinión con VAQUER CABALLERIA, aporta la idea de que la previsión del artículo 6.4 de la Ley 30/1994 sólo puede entenderse como una habilitación genérica de Derecho privado requerida de actualización por las normas administrativas que lo lleva a sostener la impropiedad, incluso inconstitucionalidad, de la misma capacidad fundacional atribuida a la Administración (tesis en la que se inscribe también MUÑOZ MACHADO), toda vez que, para él, con la referida habilitación resulta violentado el sistema constitucional de la organización administrativa²⁹².

Sin embargo, del actual artículo 8.4. de la Ley de Fundaciones no resulta una habilitación en blanco y sin límites a las Administraciones para fundar con el objeto de alcanzar alguno de los fines contemplados en la Ley de Fundaciones aunque dichos fines tengan carácter benéfico o altruista sino que la limitan a que no existan normas que establezcan la prohibición. La Constitución como máxima Ley y cúspide de la pirámide jurídica no impone una prohibición pero sí permite inducir, no tanto desde su artículo 34, como desde la comprensión sistemática de éste en juego con los artículos 36, 103 y 128, los límites objetivos o materiales a la instrumentación organizativa del Derecho privado. Por ello, toda la normativa de Fundaciones debe ser analizada, interpretada y aplicada de acuerdo al espíritu constitucional que le dá razón²⁹³. Es decir, aunque no exista puntualmente norma contraria al derecho de fundar en un caso determinado se debe estar a la razonabilidad de su ejercicio por parte de la Administración.

La Administración Pública, en particular, no tiene capacidad jurídica plena en el ámbito privado, según ha postulado en reiterada doctrina el Tribunal Constitucional, en la medida en que carece de la dignidad y la libertad que se

²⁹² SOCÍAS CAMACHO, Joana M., "Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario", Iustel, 2006, pág. 61/62.

²⁹³ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, "Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios", Marcial Pons, 1999, Nota al pie N° 28, pág. 87.

expresa en la personalidad a que se refiere el artículo 10.1 Constitución Española. Su condición de organización del poder público constituido y su posición como sujeto pasivo y no activo de los derechos y libertades constitucionales así lo determinan²⁹⁴. Asimismo el Tribunal Constitucional ha establecido que *“lo que con carácter general es predicable de las posiciones subjetivas de los particulares no puede serlo, con igual alcance y sin más matización, de las que tengan los poderes públicos, frente a los que, principalmente, se alza la garantía constitucional”*²⁹⁵. Por ello el campo de actuación de la Administración queda limitado a lo que disponen las leyes.

En nuestra opinión la creación de fundaciones por entidades públicas, en principio, es perfectamente admisible²⁹⁶ aunque hay quienes indiquen que en la mayoría de los casos no son necesarias y no son siempre convenientes²⁹⁷. Comenta RIVERO ORTEGA que cuando nos aproximamos a los estatutos de las fundaciones privadas creadas por distintos ayuntamientos, nos encontramos con previsiones sobre capacidad y régimen jurídico por completo equiparables a las propias de las creadas por sujetos privados con sujeción a la Ley de fundaciones, con referencia genérica al resto de normas que les sean de aplicación y sin mención de las normas públicas pero sabemos que las fundaciones privadas municipales se encuentran también sujetas al ordenamiento local que debe proyectarse sobre cada uno de los elementos relevantes de sus estatutos, comenzando por los fines así, entonces, coincidimos en que podría plantearse la posibilidad de impugnar ante los

²⁹⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano, “Eficacia y Administración. Tres estudios, INAP/BOE”, Madrid, 1995, pág. 55–57 y 67 citado por SOCÍAS CAMACHO, Joana M., “Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario”, Iustel, 2006, pág. 39.

²⁹⁵ Sentencia Tribunal Constitucional 129/2001, de 4 de junio, FJ 3 en SOCÍAS CAMACHO, Joana M., “Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario”, Iustel, 2006, pág. 41.

²⁹⁶ PIÑAR MAÑAS, José Luis, Capítulo Cuarto: “El protectorado de Fundaciones: situación actual y propuestas de reforma” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 103.

²⁹⁷ LÓPEZ NIETO Y MALLO, Francisco, “La ordenación legal de las fundaciones”, Wolters Kluwer España S.A., Móstoles, Madrid, 2006, pág. 268.

tribunales del orden contencioso-administrativo la creación de una fundación privada municipal cuyos fines excedieran los propios de su ente creador²⁹⁸.

Al categorizar a las fundaciones se ha señalado como “fundaciones públicas” a aquellas creadas por la Administración en orden a su fundador antes que a su naturaleza o a su régimen jurídico que ha resultado ser esencialmente privado²⁹⁹. A la misma categoría de fundaciones alude PIÑAR MAÑAS cuando se refiere a “fundaciones administrativas” que se distinguen bajo este criterio de las “fundaciones privadas” que son las constituidas por particulares, cuyo régimen es privado pero no idéntico al de las anteriores como se parece intuir. La Ley de Fundaciones utiliza tan sólo el término genérico “fundaciones” y admite, ambas subclases al igual que la casi totalidad de las leyes autonómicas en la materia³⁰⁰. Las fundaciones administrativas constituyen, en fin, una hipótesis más de manifestación de técnicas organizativas³⁰¹ pero con diversos matices, como podemos observar, que no pueden ser pasados por alto a la hora de su estudio. En estas fundaciones, por ejemplo, el Estado transmite la propiedad de bienes de su dominio público o privado o le afecta fondos públicos para llevar a cabo un fin lícito de interés público. En virtud de situaciones como la descrita, debemos admitir, que en este sentido la fundación pública, tiene características *sui generis* con relación a las fundaciones privadas.

Se ha producido una “denuncia doctrinal” de los riesgos que conlleva la constitución de fundaciones porque lo que consideramos indispensable

²⁹⁸ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”.

²⁹⁹ En este sentido, VALERO AGÚNDEZ y PALOMAR OLMEDA, 1998, p. 273 y SANTAMARIA PASTOR, p. 606) mencionados por VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 55.

³⁰⁰ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 55.

³⁰¹ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 252.

detenernos en su análisis³⁰². Para muchos autores como J. CAFFARENA, con independencia de la evolución experimentada en los últimos tiempos por la fundación y su construcción dogmática por la doctrina jurídico-civil, la atribución sin más a la Administración del derecho de fundación implica una desnaturalización de aquella porque en la fundación sigue siendo consustancial, como destaca la doctrina civil, la objetivación de una actividad de interés general a través del negocio fundacional, que es un acto de liberalidad del que resulta la afectación permanente de un patrimonio al fin fundacional, y la diferenciación, por tanto, de la fundación del fundador que le dió origen. Por esto la Administración no puede: “objetivar” mediante acto propio un fin de interés general, diferenciándolo de los fines de interés general a los que ella misma sirve y afectando permanentemente un patrimonio público al mismo (en contra del régimen general de dicho patrimonio), ni desentenderse organizativa y funcionalmente de la actividad de interés general por descarga de ésta en una organización cuyo estatuto implica la separación de su creador. No llega a convencer a muchos doctrinarios de derecho administrativo la tesis de J. L. PIÑAR MAÑAS, que salva la atribución de capacidad fundacional universal a la Administración mediante una reserva de prohibición a las leyes administrativas, es decir, precisamente de las llamadas constitucionalmente a determinar positiva y exclusivamente toda la capacidad de aquella. Tampoco acuerdan estos autores con M. VAQUER, quien invierte los términos de la tesis anterior: la entrada en juego de la habilitación general comentada depende, para él, de una previsión expresa de la pertinente normativa administrativa. Sin embargo, para hacer esa inversión, recurre a una distinción en la Administración pública de una doble capacidad de obrar, pública y privada, con la que no acuerdan otros autores, por el peligro de confusión que encierra³⁰³. Este es el primer y gran riesgo: la confusión de régimen jurídico a aplicar. A su vez se provoca con éste un segundo gran riesgo que se desata con la proliferación de entes de este tipo de entidades y

³⁰² RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Administraciones Públicas y Derecho privado”, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 16.

³⁰³ PAREJO ALFONSO, Luciano, Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III de Madrid, en Prólogo de VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 15.

que podría generar una “Administración invertebrada”, como dice PIÑAR MAÑAS parafraseando a ORTEGA³⁰⁴, que atenta contra la necesaria unidad³⁰⁵ de la Administración y puede ser instrumento de corrupción³⁰⁶. Un exceso de ramificación organizativa criticable desde el punto de vista del control y de los principios constitucionales³⁰⁷. La estructura de la organización estatal como herramienta efectiva de gestión debe ser lógica, simplificada y, por la peculiaridad de las misiones públicas involucradas, debe empeñarse en la coordinación de las actividades de los distintos estamentos para su homogenización operativa. No es suficiente determinar los objetivos de la gestión política sino que es indispensable establecer las premisas de la organización que ayude a lograr esos objetivos y a medir, evaluar y controlar los resultados de la acción.

Se ha dicho que los diversos intentos de ordenar la Administración instrumental han consistido nada más que en la definición de una nueva tipología, tanto en el nivel estatal como en los autonómicos y locales, y no cabe duda de que la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1954, la Ley General Presupuestaria de 1977, la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado de 1998 y en el nivel local, la reforma de la Ley de Bases mediante la Ley de Modernización del Gobierno local de 2003, así lo demuestran³⁰⁸.

³⁰⁴ PIÑAR MAÑAS, José Luis, “Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 97, enero-marzo 1998, pág. 47.

³⁰⁵ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Administraciones Públicas y Derecho privado”, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 57.

³⁰⁶ CRESPO PÉREZ, Jorge, “La formación de la voluntad de la Administración en a contratación pública”, Trabajo de Grado de la Facultad de Derecho, Departamento de Derecho administrativo, financiero y procesal de la Universidad de Salamanca, 2002, pág. 57.

³⁰⁷ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”.

³⁰⁸ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”.

En ocasión de la promulgación y entrada en vigor de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General de Estado (en adelante, LOFAGE) aparece en su propia Exposición de Motivos que uno de los objetivos de este texto legal era proceder a racionalizar la denominada “Administración Institucional de Estado”, poniendo fin a la proliferación de entes de titularidad pública, sometidos a regímenes jurídicos distintos, porque ello había creado un panorama de heterogeneidad y confusión en el seno de la Administración. Sin embargo, el artículo 53.2, relativo a las Entidades públicas empresariales, pone en duda aquel objetivo al indicar que: *“Las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria”*. Aquí se instaura un régimen jurídico “dual” para las entidades públicas empresariales, es decir, un régimen jurídico–privado, como norma general de aplicación y un régimen jurídico–administrativo para el ejercicio de potestades públicas y para algunos aspectos de su funcionamiento. La racionalización de la organización institucional del Estado pretendida por esta Ley se ve desbordada en sus Disposiciones Adicionales que articulan una serie heterogéneas de regímenes jurídicos en función de la entidad concreta de que se trate³⁰⁹. La LOFAGE patentiza, en palabras de PIÑAR MAÑAS, un evidente deseo de simplificación y de “reducción a la unidad” por parte del legislador³¹⁰ que, sin duda, advierte el problema que venimos planteando en cuanto a la incertidumbre de norma aplicable no sólo al sujeto sino a las distintas situaciones que se presentan en la realidad. También advertimos que difícilmente sea posible homogeneizar la normativa aplicable a este tipo especial de entes muy diferenciados entre sí y por ello recomendamos un

³⁰⁹ DE LA SERNA BILBAO, María Nieves, Profesora Titular de Derecho Administrativo (interina) Universidad Carlos III de Madrid, “Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública”, Documentación Administrativa, número 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pág. 496 y 504.

³¹⁰ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 258.

esquema legal orientativo que responda la mayor cantidad de interrogantes y disipe buena parte de las dudas que se pueden generar. Porque, como decía DÍEZ-PICAZO, no se cumplen los postulados de la seguridad jurídica si las normas se conciben con gran dosis de amplitud sin siquiera establecer líneas generales para su interpretación limitativa³¹¹. Se afirma que en el ámbito local la reforma de la Ley de Modernización en el año 2003 supuso, en definitiva un intento de hacer más ordenada la “carta” de formas de gestión a ese nivel gubernamental, aproximándola a la realidad de las empleadas por los municipios para prestar servicios³¹².

Estas fundaciones forman parte, en definitiva, del “bloque de lo público” pero, no son entidades administrativas ni son de titularidad de las Administraciones Públicas. Se trata de personas jurídico–privadas que se rigen por la legislación de fundaciones y por la específica que en su caso se haya aprobado en la respectiva Comunidad Autónoma (por ejemplo, la Ley gallega 10/1996 aquí mencionada) pero no por el Derecho administrativo³¹³. Esto también supone que esté latente el riesgo, como veremos, de que en alguna oportunidad la cercanía con lo público pueda provocar la excepción en la aplicación del derecho privado para virar hacia otras normas de carácter administrativo.

Para nosotros, aparece claro el sentido de la legislación y de las Resoluciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo acerca del “levantamiento del velo” que lleva a detectar las desviaciones posibles en la constitución y en funcionamiento de las fundaciones públicas como ya lo hemos expresado³¹⁴.

³¹¹ DÍEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, Volumen Primero, Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 53.

³¹² RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”.

³¹³ PIÑAR MAÑAS, José Luis, Capítulo Cuarto: “El protectorado de Fundaciones: situación actual y propuestas de reforma” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 104.

³¹⁴ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, Catedrático de Derecho Administrativo, en Prólogo de SOCÍAS CAMACHO, Joana M., “Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario”, lustel, 2006, pág. 17.

La calificación de abuso del derecho al hecho de constituir personas jurídicas buscando efectos distintos de los naturales previstos para ellas tanto en el ámbito civil como mercantil, puede y debe ahora ser aplicado en el espacio originalmente asignado al Derecho público³¹⁵ como lo afirman numerosos autores. La idea de abuso de derecho del artículo 7.2. del Código Civil incluye no sólo los actos dirigidos exclusivamente a producir daño a otros sino también aquellos otros en que el derecho se ejercita desbordando manifiestamente su función social o un fin legítimo³¹⁶. Es así porque, como decía BORRAJO INIESTA, la lucha contra la arbitrariedad del poder y contra sus inmunidades ha de ser llevado a cabo en el contexto que ofrecen las leyes³¹⁷.

Observamos que, por un lado la Administración sufre una pérdida de posición de privilegio derivada de su actuación como sujeto de derecho privado y, por otro lado, ve mermadas sus garantías y derechos como consecuencia de la inaplicación del Derecho administrativo³¹⁸ que es su régimen jurídico natural. Por ejemplo, a estas fundaciones no se aplican en forma directa las exenciones o beneficios fiscales establecidos para el Estado o sus Organismos Autónomos. Por otra parte, algunas normas de Derecho público no se pueden eludir como el control económico-financiero acentuado con las nuevas exigencias contempladas en la normativa referida a transparencia, corrupción y lavado de dinero, consecuencia de los tratados internacionales y la tendencia normativa europea y global. Es por ello que la búsqueda del sano equilibrio se puede dar a través de la propuesta de RIVERO ORTEGA de mejora de su régimen jurídico con la introducción de garantías de Derecho administrativo en

³¹⁵ MORELL OCAÑA, Luis, "La personificación y otorgamiento de "status" en el Derecho Administrativo. Rasgos generales del "status" de los entes administrativos", RAP, Revista de Administración Pública, Números 100-102, Enero-diciembre 1983, pág. 981.

³¹⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", Volumen Primero, Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 51.

³¹⁷ BORRAJO INIESTA, Ignacio, "El intento de huir del Derecho Administrativo", REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 78, 1993, pág. 235.

³¹⁸ ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, "El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros", La Ley, 2004, pág. 60.

sus normas reguladoras que afiancen la naturaleza verdaderamente “instrumental” de estos entes³¹⁹.

3.3. Las fundaciones como instrumentos para la consecución del interés general

El concepto dominante de interés general está principalmente conformado por la búsqueda de satisfacción de las necesidades colectivas de la población que comprende una idea de igualdad social que guía constitucionalmente el diseño de las políticas sociales y económicas³²⁰. Existen, no cabe duda alguna, fines concurrentes entre el Estado y las fundaciones privadas en este contexto de necesidades insatisfechas. El Estado no tiene, ni puede tener, el monopolio del bien público. No puede, materialmente, generar situaciones de monopolio destinadas a satisfacer las necesidades de interés general y, además, asegurarse que la respuesta que brinda en cada caso sea adecuada porque ello es realmente imposible³²¹. Hablamos de monopolio porque ya ORTEGA Y GASSET veía como amenaza para la civilización, “como el mayor peligro, que el Estado absorbiera la espontaneidad social, es decir, la anulación de la espontaneidad histórica, que, para él, en definitiva sostenía, nutría y empujaba los destinos humanos”³²². En la actualidad, en España, la voluntad del fundador privado se puede manifestar en la creación libre de entidades que lleven a cabo actividades similares a las que desarrollan los poderes públicos y no hay

³¹⁹ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”.

³²⁰ MALARET I GARCÍA, Elisenda, “Servicios Públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, RAP, Revista de Administración Pública, número 145, 1998, pág. 63 y 73.

³²¹ MORELL OCAÑA, Luis, “La personificación y otorgamiento de “status” en el Derecho Administrativo. Rasgos generales del “status” de los entes administrativos”, RAP, Revista de Administración Pública, Números 100-102, Enero-diciembre 1983, pág. 988.

³²² ORTEGA Y GASSET, José. La rebelión de las masas. Círculo de lectores, Buenos Aires, Argentina, 1985, pág. 107.

norma alguna que lo prohíba³²³, por lo que son, por ahora, infundados los temores de Ortega. Las fundaciones privadas pueden perseguir los mismos objetivos y satisfacer las mismas necesidades sociales que la Administración Pública. Desde el momento que la autoridad de control procede a la aprobación de los Estatutos, donde están reflejados esos propósitos, se da nacimiento y reconocimiento a una actividad paralela legítima, que el propio Estado se encargará de que resulte eficaz pero que no puede anular³²⁴. La libertad de consecución del interés general por iniciativa privada consiste propiamente, en un derecho constitucional distinto al recogido en el artículo 23 de la Carta Magna para la participación política. Sin embargo, el sentido último del artículo 34 constitucional contiene una prohibición de que el Estado monopolice la consecución del interés general, pues la garantía de la beneficencia o actividad altruista no supone otra cosa que permitir que la iniciativa privada también participe en el servicio al interés general³²⁵.

Como dijimos, el tema de las fundaciones privadas de interés general, está “por su naturaleza, situado en una zona fronteriza entre el Derecho civil y el Derecho administrativo” y esa es una de las cuestiones más problemáticas cuando se nos presenta la resolución de antinomias³²⁶.

Existen dominios de competencia primaria del Estado como son los derechos de las personas y de las instituciones creadas por las personas, y competencias secundarias como las de garantizar tales derechos y procurar las condiciones para que cada uno y cada institución creada para el bienestar general alcance sus fines, por su propia disposición y bajo su responsabilidad.

³²³ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 18.

³²⁴ COCCA, Aldo Armando, “Las Fundaciones. Del Derecho de la Antigüedad al moderno Derecho Internacional. Historia y Legislación en la República Argentina”, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, pág. 215.

³²⁵ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge, “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española”, RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo-agosto, 2001, pág. 121.

³²⁶ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 186.

Aquellas competencias primarias, para nosotros, son exclusivas e intransferibles³²⁷ y los sujetos privados no podrán ejercerlas. Los intereses públicos a los que debe tender la actividad de la Administración son fijados en el primer momento por el legislador pero en la actualidad el legislador no puede establecer exhaustivamente tales intereses por lo que otorga a la Administración un margen de discrecionalidad para la posterior concreción de ellos³²⁸.

Estamos convencidos que existen actividades de interés social que mejoran las ventajas competitivas de una sociedad como también el progreso de esta misma. No existe una contradicción inherente entre mejorar el contexto competitivo y crear un compromiso sincero para mejorar una sociedad³²⁹ porque los objetivos económicos no están aislados del contexto social y pueden ser perfectamente integrados. Una de las obligaciones del Estado es ayudar a esa integración. Las fundaciones privadas se dirigen, en general, en forma simultánea a diversas metas sociales, medioambientales y económicas, seleccionando áreas donde ambos, el Estado y los particulares, se benefician mutuamente con los activos aportados. Al intervenir coordinadamente los particulares y el Estado generan una mejora social, aumentan la eficiencia estatal y ayudan a exteriorizar los valores éticos de la sociedad en general. En fin, se materializa, a través de la Fundación, el cumplimiento de ciertos fines que, o bien que le son propios al Estado, o bien el Estado comparte con los particulares. Los objetivos sociales y económicos de la Administración Pública y de los ciudadanos están estrechamente relacionados y son múltiples,

³²⁷ COCCA, Aldo Armando, "Las Fundaciones. Del Derecho de la Antigüedad al moderno Derecho Internacional. Historia y Legislación en la República Argentina", Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, pág. 212.

³²⁸ CRESPO PÉREZ, Jorge, "La formación de la voluntad de la Administración en a contratación pública", Trabajo de Grado de la Facultad de Derecho, Departamento de Derecho administrativo, financiero y procesal de la Universidad de Salamanca, 2002, pág. 32.

³²⁹ PORTER, M.; KRAMER, M., "The Competitive Advantage of Corporate Philanthropy", Harvard Business Review, Product Number 242 X, 2002, p. 14 analizado en el trabajo final de la Materia del Período de Investigación del Doctorado "Empresas y medio ambiente: nuevas perspectivas del régimen jurídico " a cargo del Profesor Dr. Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA.

cambiantes y variables³³⁰ por lo que es indispensable una fluida comunicación entre ambos sectores . Para nosotros, los medios utilizados para lograr los objetivos no necesariamente entran en conflicto sino que pueden integrarse y complementarse en perfecta sinergia. Por tal motivo, si bien los poderes públicos tienen un gran margen de discrecionalidad en la ordenación y eventual restricción de la beneficencia³³¹ no pueden desconocer la presencia dinámica de los sujetos privados. Se aplica aquí, además, el principio de subsidiariedad que siempre se tiene en cuenta en relación a esta coordinación público-privada de intereses y particularmente en los campos en que se considere útil la actividad privada³³² que respete el derecho constitucional de libertad de empresa³³³ que exige libertad de aprovechamiento patrimonial de la propiedad privada, presupuesto de aquélla, y que se vincula con la libre elección del oficio o de la profesión de los particulares y la libertad de asociación³³⁴.

En España, la estipulación legal referida a fundaciones es abierta y se refiere a “fines de interés general”. Cualquiera podría ser el fin principal de la fundación porque entraría en el concepto jurídico indeterminado de fines de interés general, que es el único límite que la Constitución impone al derecho subjetivo de fundar. PIÑAR MAÑAS, al afirmar esto, agrega que hay fines de interés general, en sentido amplio, que sólo corresponden a las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones, que no pueden ser privatizadas, y que la propia Constitución exige que algunos de esos fines sean propios en

³³⁰ REBOLLO PUIG, Manuel, “Derecho de la Administración Pública y Derecho Administrativo”, *Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, número 2, 2000, pág. 274.

³³¹ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge, “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española”, *RAP, Revista de Administración Pública*, Número 155, mayo-agosto, 2001, pág. 128.

³³² COCCA, Aldo Armando, “Las Fundaciones. Del Derecho de la Antigüedad al moderno Derecho Internacional. Historia y Legislación en la República Argentina”, *Plus Ultra*, Buenos Aires, 1981, pág. 212.

³³³ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Administraciones Públicas y Derecho privado”, *Marcial Pons*, Madrid, 1998, pág. 162 indicando la posición de ARIÑO ORTÍZ en este tema.

³³⁴ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Derecho administrativo económico”, Cuarta edición, *Marcial Pons*, Madrid, 2007, pág. 130.

exclusiva de los poderes públicos³³⁵. Constitucionalmente hablando, el artículo 103.1 de la Constitución española³³⁶, establece que la Administración Pública es una organización servicial de interés general definido por la Ley y establece que ella sirve con objetividad a los intereses generales actuando de acuerdo con principios como los de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. La posición jurídica de superioridad de la Administración, plasmada en potestades, prerrogativas y privilegios, sólo tiene justificación en cuanto sea una medida proporcionada para la consecución de los fines de interés general que tiene confiados³³⁷. Como ha dicho la doctrina, la Administración Pública no es una organización representante de la comunidad, sino puesta a su servicio³³⁸.

Visto que el fin fundacional debe contemplar el interés general, entonces, pasa a ser éste un límite a la voluntad del fundador, quien debe restringir su voluntad de fundar a esta norma³³⁹, sea el fundador público o privado. En el ejercicio del derecho de fundar no olvidemos que está presente una decisión referida al patrimonio del fundador que nada tiene que ver con una expresión de lo que muchos denominan “función social de la propiedad”, sino que, con la plena autonomía de la voluntad de que goza el sujeto, dispone libremente de sus bienes para aplicarlos a un fin de interés general por él establecido. Se vincula

³³⁵ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 109.

³³⁶ Artículo 103.1 de la Constitución Española: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.”

³³⁷ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, “Aspectos de la nueva regulación de las fundaciones culturales privadas”, RAP, Revista de Administración Pública, número 70, 1973, pág. 184 y 167 respectivamente.

³³⁸ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás–Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, indicado por SOCÍAS CAMACHO, Joana M., “Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario”, Iustel, 2006, pág. 34.

³³⁹ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 34 y 75.

allí, entonces, la voluntad del fundador con el derecho de propiedad³⁴⁰, tema que no resulta menor dado que sin dotación patrimonial la fundación está destinada al fracaso. La fundación como institución se desprende de su fundador, carece de miembros y sólo tiene beneficiarios para cumplir con su objetivo de bien común. El fundador, pues, al margen de la estructura jurídica del ente, sólo tendrá el derecho de exigir coactivamente que se cumpla el fin de la fundación³⁴¹ y efectivamente se realice el bien común.

Según el artículo 2.1. de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, los sanitarios se cuentan entre los posibles fines de interés general que las fundaciones deberán perseguir y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6.4. de esa ley, ya lo hemos puntualizado, “las personas jurídico públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario”³⁴² por lo que la Administración puede fundar con este fin especial referido al ámbito de la asistencia sanitaria como efectivamente lo ha hecho. Aquí el Derecho positivo sigue la técnica propia de los ordenamientos estatutarios y pone acento en por lo menos tres cuestiones: por un lado en la asignación a cada sujeto de una actividad determinada, de entre las que ha asumido la Administración pública en su conjunto; la dotación de las titularidades activas y pasivas necesarias para llevarla a cabo, esto es las competencias; y, luego, dispone la ordenación de la voluntad del ente, de modo que su formación, expresión y ejecución se adecuen a la actividad asignada y a los objetivos de interés general que con ella se han de lograr.³⁴³ Sin embargo, justamente en el ámbito sanitario sólo encontramos fundaciones que por sus características no entran en el rango de las estudiadas por

³⁴⁰ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 98 y 99.

³⁴¹ CARRANZA, Jorge A., “Las fundaciones en el derecho privado”, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 23.

³⁴² VAQUER CABALLERÍA, Marcos, Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios, Marcial Pons, 1999, pág. 39.

³⁴³ MORELL OCAÑA, Luis, “La personificación y otorgamiento de “status” en el Derecho Administrativo. Rasgos generales del “status” de los entes administrativos”, RAP, Revista de Administración Pública, Números 100-102, Enero-diciembre 1983, pág. 984.

nosotros porque las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 15/1997, de 25 de abril, son organismos públicos y se le aplican subsidiariamente los preceptos del capítulo XI de la Ley 50/2002.

No dudamos, como indicamos en el inicio del presente desarrollo, que la presencia de un interés general provoca comúnmente la aplicación del Derecho Público y, con menos frecuencia, la aplicación de Derecho Privado como es el caso de las fundaciones³⁴⁴, pero no creemos que la capacidad de crear organizaciones fundacionales por parte del Estado con el fin de cumplir fines de interés general que la Administración tiene encomendados, venga a desnaturalizar radicalmente el ejercicio de sus actividades y produzca el vaciamiento de la competencia de la persona jurídica pública, como una consecuencia del trasvase de su ejercicio a la fundación por ella creada. Cuando las tareas delegadas no constituyen una parte de la competencia administrativa, la creación de una fundación de carácter público quedará jurídicamente justificada si con ello se atiende a una manifestación concreta de los intereses de la comunidad local correspondiente³⁴⁵ y más aún si comparte con los sujetos privados la realización de esas actividades o con sujetos públicos de distintos ámbitos. Existen “tareas accesorias de las principales que la Administración tiene encomendadas (actividades formativas, de investigación, de ayuda, culturales o de difusión)” que son susceptibles de ser ejercidas por fundaciones constituidas al efecto³⁴⁶. Así, no es posible desconocer el hecho de que existen sociedades mercantiles cuyo objeto social es la consecución de algún fin de interés público³⁴⁷. Las fundaciones

³⁴⁴ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 185.

³⁴⁵ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 255.

³⁴⁶ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, Catedrático de Derecho Administrativo, en Prólogo de SOCÍAS CAMACHO, Joana M., “Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario”, Lustel, 2006, pág. 15.

³⁴⁷ DE LA SERNA BILBAO, María Nieves, Profesora Titular de Derecho Administrativo (interina) Universidad Carlos III de Madrid, “Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública”, Documentación Administrativa, número 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pág. 510.

constituidas por la Administración pública, o integradas de algún modo en el ámbito de la gestión administrativa, son el espacio ideal para que se sumen, integrándose, esfuerzos particulares³⁴⁸.

El Parlamento Europeo, destacando la importancia de la consecución del interés general y el bien común de los países de la Comunidad en su Resolución sobre las fundaciones en Europa (RA 304/93) señala en este sentido que “merecen apoyo especial las fundaciones que participen en la creación y desarrollo de respuestas e iniciativas sociológicas de la sociedad contemporánea. Particularmente las que luchan por la defensa de la democracia, el fomento de la solidaridad, el bienestar de los ciudadanos, la profundización de los derechos humanos, la defensa del medio ambiente, la financiación de la cultura, las ciencias y prácticas médicas y la investigación”³⁴⁹. Podemos observar, nuevamente, la importancia que se asigna a las fundaciones cuando de cumplir con la satisfacción de necesidades sociales se trata.

³⁴⁸ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 236.

³⁴⁹ Exposición de Motivos Ley 50/2002, de 26 de diciembre, II.

Capítulo 4. Fundaciones privadas de entes públicos

4.1. Problemas en su régimen jurídico

Ya hemos visto que el Derecho de Fundaciones encuentra su esencia a cabalgata del Derecho público y del Derecho privado para definir su naturaleza jurídica. Tanto en aquellas fundaciones constituidas, dotadas y gestionadas totalmente por la Administración Pública así como en aquellas entidades que resultan, además, esquemas técnicos específicos donde el espíritu es integrar el esfuerzo privado con el público y en las cuales interviene el Estado conjuntamente con organizaciones privadas se navega en aguas de incertidumbre jurídica sobre el derecho aplicable tanto al momento de su constitución como empíricamente en el desenvolvimiento cotidiano en el mercado.

Como dice FEDERICO DE CASTRO, el resultado de distinguir entre Derecho Público y Derecho Privado es *“paradógico y desesperante”* porque las teorías dualistas hablan de dos sistemas separados y excluyentes. Sin embargo, como afirma este autor, el convencimiento intuitivo de los autores es que existen distintas normativas tanto privadas como públicas que permiten en la realidad práctica distribuir competencias y señalar el ámbito de aplicación de las leyes. Indica asimismo este maestro que para salir de la contradicción hay que recordar que el Derecho Positivo es uno solo así como el Derecho Natural del que depende y que la diversificación se produce por las distintas realidades y con el objeto de poder facilitar a las personas y a la comunidad toda que alcancen sus fines. Por eso cuando se habla de instituciones propias de uno u otro derecho debe entenderse que sólo referimos a situaciones de predominio normativo lo que no supone exclusión o incomunicación de normas. Nada

impide que se utilicen normas de derecho privado para completar las privadas o viceversa ³⁵⁰.

No basta la presencia de la Administración en cualquier instancia de la generación u operación de un artificio instrumental independiente de ella para que se produzca la aplicación directa y sin más del Derecho administrativo aunque la Administración actúe en el ejercicio de sus funciones substanciales y naturalmente se reclame la aplicación de este Derecho que es el que resulta específico a ella. No es lo mismo cuando se trata de la actuación de entes distintos a la Administración pero creados por ella para un fin determinado y que además se desprenden jurídicamente de ella ya que a ellos se les aplica el Derecho privado porque es el que regula las relaciones entre los particulares aunque la Administración pública no será nunca jamás uno de esos sujetos³⁵¹. Debemos reconocer que es sumamente difícil establecer un criterio general que determine el régimen jurídico aplicable en estos casos, especialmente si no se encuentran involucradas potestades públicas y sólo se perciben datos concretos que podrían involucrar cuestiones públicas. Precisamente por esto el poder público no sólo debe limitarse a aplicar las normas jurídicas de derecho público o privado para las que entiende se encuentra habilitado sino que debe analizar los efectos de la aplicación de algunas de estas reglas que podrían resultar ilegales³⁵², excesivas o inapropiadas en ciertas circunstancias.

DE CASTRO afirma que todos los miembros de la comunidad jurídica son destinatarios de las normas jurídicas, tanto los súbditos como las autoridades y reafirma que el funcionario tiene el deber servicio por lo que se le impone en forma contundente el de *“colaborar con la obra del Estado cumpliendo y*

³⁵⁰ DE CASTRO BRAVO, Federico, “Derecho Civil de España”, Parte General, Tomo I, Libro Preliminar, Segunda Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, pág. 90.

³⁵¹ REBOLLO PUIG, Manuel, “Derecho de la Administración Pública y Derecho Administrativo”, Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, número 2, 2000, pág. 249.

³⁵² NIETO, Alejandro, Catedrático de Derecho Administrativo, “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, RAP, Revista de Administración Pública, número 76, 1976, pág.18.

*haciendo cumplir las normas jurídicas*³⁵³. Esto nos indica de alguna manera que existe además una responsabilidad agravada por el mal uso de los instrumentos al alcance de las autoridades administrativas.

La nueva persona jurídica de base institucional nace entonces a la vida en el seno del Derecho privado pero está llamada a incardinarse en actividades de interés público³⁵⁴ como se puede observar claramente en el caso de la fundación. En virtud de lo antedicho, la doctrina mayoritaria entiende que a la personalidad jurídica de los entes públicos les corresponde una dualidad de capacidad jurídica, de Derecho público por un lado y de Derecho privado por el otro, que les permite ser titulares de relaciones jurídicas en uno y otro ámbito del ordenamiento³⁵⁵ y por ende tienen la prerrogativa de intervenir en la creación de sujetos de derecho privado, tema sobre el que ya hemos reflexionado. Se concluye de cualquier modo que las formas privadas de actuación no eliminan la naturaleza básicamente administrativa del agente³⁵⁶ y que ellas tienen autonomía de decisión siempre en un plano estrictamente técnico³⁵⁷ que es el ámbito para el que son creadas frecuentemente.

Del análisis que venimos realizando surge que la constitución de fundaciones privadas por entes públicos, en ambos casos, sea en solitario o en coordinación con los particulares, supone un régimen jurídico especial donde la presencia del Estado obliga a tomar en consideración el establecimiento de

³⁵³ DE CASTRO BRAVO, Federico, "Derecho Civil de España", Parte General, Tomo I, Libro Preliminar, Segunda Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, pág. 531.

³⁵⁴ RUÍZ OJEDA, Alberto, "Las fundaciones privadas como colaboradores de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundaciones. Un comentario con ocasión de la nueva ley de fundaciones", REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 93, enero-marzo 1997, pág. 33.

³⁵⁵ GARCIA DE ENTERRIA y T.-R. FERNANDEZ, GARRIDO FALLA o SANTAMARIA PASTOR mencionados por SOCÍAS CAMACHO, Joana M., "Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario", Iustel, 2006, pág. 57.

³⁵⁶ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, "Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador", Marcial Pons, 2000, pág. 185.

³⁵⁷ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: "La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público" en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), "Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica", Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 251.

límites estatutarios y funcionales que en sus aspectos más relevantes analizaremos en el presente. La permanente duda del derecho a aplicar cuando existen puntos de conflictos sólo lleva a la merma de la seguridad jurídica³⁵⁸ y a la incertidumbre de los terceros relacionados con el ente. Uno de los principios rectores del orden público es la seguridad jurídica. La misma ha sido definida por DÍEZ-PICAZO como *“asequibilidad, conocimiento y certidumbre del sistema normativo aplicable a un caso o a una situación determinada, de tal manera que se puedan predecir o pronosticar, con algún fundamento, los resultados o las consecuencias que de la situación puedan derivar”*³⁵⁹. Todo el derecho responde a la idea de seguridad y certidumbre que debe ser honrada particularmente en las cuestiones que hacen a lo público.

Analizaremos a continuación algunas de las cuestiones que consideramos a destacar y que necesariamente merecen reflexión en esta situación especial de cruce de dos tipos de normativas.

4.1.1. Obligación de cumplimiento de normas de procedimiento administrativo

Los entes de Derecho público no se rigen por la autonomía de la voluntad, de modo de poder realizar todo aquello no prohibido por la Ley, sino que se encuentran constreñidos por las normas, procedimientos, autorizaciones y medios que se indican legalmente como presupuesto de validez de sus actos. Estas Leyes son de Derecho administrativo, como Derecho estatutario de las Administraciones públicas, cuyo régimen sólo integran supletoriamente las del Derecho privado en lo que aquéllas lo prevean expresamente o implícitamente

³⁵⁸ ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, “El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros”, La Ley, 2004, pág. 95.

³⁵⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, Volumen Primero, Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 52.

lo permitan³⁶⁰. Este es el gran límite a la erección de fundaciones públicas. Los requisitos de formación y expresión de la voluntad constitutiva del sujeto creador deben cumplirse tal y como los estipula su ordenamiento estatutario, y, además los propios del ordenamiento a que el sujeto creado se incorpora³⁶¹. Por ejemplo, estas fundaciones no pueden ser creadas por órganos unipersonales³⁶². El razonamiento de la tesis de M. VAQUER indica que la Administración tiene una única capacidad, determinada por las normas que lo constituyen como sujeto público. Esa capacidad, para nosotros, es suficiente para que, con arreglo al Derecho privado, la Administración ejecute actos que sirvan al desarrollo de la actividad administrativa. Como indicada este autor, para ser explicadas tales habilitaciones no precisan ser encuadradas en una “capacidad privada”; sencillamente forman parte integrante de la capacidad propia de la correspondiente Administración por esto debe ponerse acento en la competencia del fundador para ello³⁶³.

El procedimiento administrativo resulta una garantía para cumplir con los principios de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y del derecho a la tutela judicial efectiva³⁶⁴. Así, resulta, también, una garantía, la reserva de poderes básicos de impulso y control, tradicionalmente denominados de tutela que tiene la Administración³⁶⁵.

³⁶⁰ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 41.

³⁶¹ MORELL OCAÑA, Luis, “La personificación y otorgamiento de “*status*” en el Derecho Administrativo. Rasgos generales del “*status*” de los entes administrativos”, RAP, Revista de Administración Pública, Números 100-102, Enero-diciembre 1983, Nota al pie N°4, pág. 975.

³⁶² PIÑAR MAÑAS, José Luis, “Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 97, enero-marzo 1998, pág. 51.

³⁶³ PAREJO ALFONSO, Luciano, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid, en Prólogo de VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 16.

³⁶⁴ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 121, 130 y 133.

³⁶⁵ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 251.

Por otra parte, las fundaciones “*sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de la resolución judicial motivada*” y, de ello, se deriva una limitación a las facultades de autoorganización de los servicios administrativos^{366/367}. Es decir, que habrá que circunscribir la constitución de estas fundaciones al cumplimiento de las normas de constitución y funcionamiento por parte del órgano estatal correspondiente, de modo que el órgano jurisdiccional no entienda que hay justificación suficiente para disolver o suspender las actividades de una fundación en mano pública por no haberse cumplido las normas de procedimiento administrativo tanto para la toma de decisión fundacional como para redactar y suscribir su estatuto. Se trata de un límite de objetividad y transparencia en su creación, en particular, por lealtad a su origen público³⁶⁸.

4.1.2. Sujeción a los controles administrativos correspondientes

La Ley no permite que se puedan evitar los controles administrativos concretos. Estos controles existen, para las fundaciones privadas, como límite a la voluntad del fundador en aras de la protección de los intereses generales y en el caso de las fundaciones en manos públicas se deben agudizar ellos con el mismo objetivo. Las disposiciones que regulan la actuación del Protectorado sobre las fundaciones en general son claramente imperativas. Por ejemplo, todas las fundaciones deberán adaptarse a la exigencia del patronato

³⁶⁶ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge. “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española”, RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo–agosto, 2001, pág. 141.

³⁶⁷ Artículos 32 y 42 Ley 50/2002 de 26 de diciembre.

³⁶⁸ PIÑAR MAÑAS, José Luis, “Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 97, enero-marzo 1998, pág. 49.

colegiado³⁶⁹ y este requisito coadyuva a la transparencia de las decisiones de gobierno. El Patronato resulta un aspecto de gran importancia en los estatutos de las fundaciones privadas porque supone el órgano de gobierno que asume la dirección absoluta de la misma pero que se diluye porque se suele incluir la previsión estatutaria de otros órganos ejecutivos (comisiones ejecutivas, Director-Gerente) que asumen las decisiones de gestión cotidiana de la fundación perdiéndose la posibilidad de control y transparencia³⁷⁰. La colaboración público-privada en la composición del Patronato de las fundaciones públicas es una de las razones de ser de la fórmula fundacional pública, aunque no siempre tiene que contemplarse necesariamente³⁷¹.

Uno de los riesgos más paradigmáticos consiste en que la propia Administración Pública fundadora asuma el ejercicio del Protectorado sobre la fundación³⁷². Por ejemplo, en Castilla y León, en las fundaciones benéfico-asistenciales el Protectorado es ejercido por la Consejería de Sanidad y Bienestar Social; las fundaciones docentes y culturales dependen de la Consejería de Educación y Cultura; y las fundaciones laborales inscritas en el Registro de Fundaciones depende de la Consejería de Industria, Comercio y Turismo³⁷³. Bien podría cualquiera de estos organismos constituir o gestionar una fundación en mano público en la órbita de su competencia y resultaría además su Protectorado. Si esto llega a concretarse, se sugiere la posibilidad de que el Protectorado se atribuya a un órgano administrativo distinto de aquél

³⁶⁹ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, "Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador", Marcial Pons, 2000, pág. 133.

³⁷⁰ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, "Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros".

³⁷¹ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, "Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros".

³⁷² GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge. "Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española", RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo-agosto, 2001, pág. 143.

³⁷³ MORALES GUERRERO, Ana, "La realidad económica de las Fundaciones. Información contable y gestión de las entidades no lucrativas. Fundaciones-Aspecto Económico I, Universidad de Valladolid, Secretariado de publicaciones e intercambio editorial, Valladolid, 2002, pág. 231.

que haya creado la fundación o que participe en su Patronato³⁷⁴. La razón de ser del Protectorado es precisamente el ejercicio de una función de control que garantice el cumplimiento del fin y la justa aplicación del patrimonio a ello. Para esto, es necesario mantener la independencia, la objetividad y la imparcialidad en un lógico equilibrio de intereses³⁷⁵ entre fundador y fiscalizador.

Por otra parte el Patronato de las fundaciones de estas fundaciones, para algunos, está más intervenido y controlado por la aplicación del régimen administrativo general del sector público que el Patronato de una fundación privada. En consecuencia resulta redundante la aplicación de la figura del Protectorado y la mayoría de las veces ineficaz porque viola el principio básico de la fiscalización ya que, en este tipo de fundaciones públicas, quien ejecuta suele ser el mismo que controla. Hay quienes afirman “que las normas reguladoras de las fundaciones en mano pública han aceptado la figura del Protectorado sobre sus fundaciones de manera acrítica, como si se tratase de entidades benéficas y no de meros apéndices instrumentales de la Administración”³⁷⁶. Nosotros, sin embargo, coincidimos con quienes afirman que “la presencia de estos protectorados reiterativos puede constituir una ruptura en el frágil equilibrio de la distribución de competencias”³⁷⁷. Entendemos que el control no sólo debe estar bien diseñado jurídicamente sino que debe ser efectivo. Cuando el fundador es la Administración pública, puede resultar adulterado el espíritu del esquema organizativo de la misma, por confusión entre la instancia de gobierno y la de control, sobre todo si coinciden

³⁷⁴ GONZÁLEZ CUETO, “Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002 de 26 de diciembre”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003, pág. 358.

³⁷⁵ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, “Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales”, Fundació Carles Pi I Sunyer d’Estudis Autònoms i Locals, Barcelona, 2005, pág. 104.

³⁷⁶ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge, “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española”, RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo–agosto, 2001, pág. 143.

³⁷⁷ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge, “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española”, RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo–agosto, 2001, pág. 144.

ab initio el fundador y el Protectorado³⁷⁸. No olvidemos que, sean las fundaciones privadas o públicas, el control es una constante en el régimen jurídico de las fundaciones³⁷⁹. En este sentido, existen al menos dos tipos de control: un control previo de las actividades y decisiones de la fundación, y un control *a posteriori* de las mismas³⁸⁰. Las fundaciones en mano pública con un gobierno ineficiente, sea que quede en manos de los patronos nombrados por la Administración Pública, generalmente autoridades administrativas, o de patronos privados, pueden perjudicar un importante patrimonio sujeto a la satisfacción de necesidades sociales y a los beneficiarios de la fundación que normalmente son personas desvalidas, menores de edad o pobres que no tienen los medios suficientes para defender sus derechos³⁸¹. La negligencia, incapacidad, falta de honradez o corrupción de los patronos de este tipo de entidades provocarán un daño social mayor seguramente que en una fundación privada, lo que hace indispensable el control.

Los artículos 123 y siguientes de la Ley General Presupuestaria somete a las fundaciones de la Administración General del Estado a la auditoría de la Intervención General del Estado (artículo 129.1) y al control del Tribunal de Cuentas (artículo 130). En igual sentido, la Ley gallega 10/1996, de 5 de noviembre, somete a las fundaciones gallegas en mano pública –las definidas en el art. 1.b)– a la auditoría de la Intervención General de la Comunidad Autónoma y al control del Consejo de Cuentas de Galicia (artículos 11 y 12)³⁸². Como podemos observar existe un tratamiento especial para estas fundaciones que las separa del marco normativo general de las fundaciones de derecho

³⁷⁸ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 75.

³⁷⁹ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, Capítulo IX, Nota al pie N° 2, pág. 168.

³⁸⁰ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 190.

³⁸¹ BOQUERA OLIVER, José María en Olavaria Iglesia, Jesús, Coordinador, “Comentarios a la Ley de Fundaciones”, Tinent lo blanch, Valencia, 2008. Capítulo XI, Fundaciones del sector público estatal, pág. 1015.

³⁸² GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge. “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española”, RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo–agosto, 2001, Nota al pie N° 95, pág. 143.

privado en algunos aspectos particulares como en este caso el control más estricto lo que es totalmente razonable visto el sujeto involucrado que debe cumplir con normas de orden público relativas a su gestión.

No podemos dejar de apuntar el temor, ya planteado en el debate legislativo de la Ley 30/1998, respecto a la posibilidad de creación de “cajas especiales” o “cajas separadas” que puedan escapar del control público³⁸³. Existe el riesgo de quiebre del principio de universalidad presupuestaria y de control presupuestario además de la evasión del control legislativo del gasto público³⁸⁴.

Se plantea también el problema real, aunque para algunos artificial, del control jurisdiccional ya que se pasa del orden contencioso-administrativo al proceso civil³⁸⁵ o laboral, a nuestro entender, según corresponda. Hay que reconocer que estos dos últimos fueros resultan poco acostumbrados a aplicar las reglas y principios del Derecho público. Las garantías y controles del Derecho privado están pensados para la defensa de los intereses particulares de los accionistas, los consumidores, y hasta los trabajadores pero no para defender situaciones donde se pone en juego el interés público³⁸⁶ o los bienes afectados a la satisfacción del mismo.

³⁸³ PIÑAR MAÑAS, José Luis, “Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 97, enero-marzo 1998, pág. 44.

³⁸⁴ DEL SAZ CORDERO, Silvia, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la UNED, “La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, RAP, Revista de Administración Pública, número 133, enero-abril 1994, pág. 80.

³⁸⁵ GONZÁLEZ CUETO, “Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002 de 26 de diciembre”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003, pág. 345.

³⁸⁶ DEL SAZ CORDERO, Silvia, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la UNED, “La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, RAP, Revista de Administración Pública, número 133, enero-abril 1994, pág. 84.

4.1.3. Reserva de funciones por el fundador

No surge de la Ley de Fundaciones que se impida al fundador que se reserve en los estatutos funciones de asesoramiento o colaboración con la fundación que instituye. Podría, por ejemplo, reservarse facultades en orden a la renovación del patronato y control de su funcionamiento, a la modificación de estatutos o a la fusión de la fundación con otra u otras. Las funciones que se reserve no pueden vulnerar la esencia de la fundación, ni desvirtuar los controles legales del Protectorado sobre la fundación³⁸⁷.

En referencia a los fines, pueden modificarse los fines establecidos originariamente con más frecuencia en el caso de las entidades de base fundacional que sean más dependientes de las Administraciones públicas³⁸⁸. La Ley 50/2002, de 26 de diciembre persiste en el error de la Ley 30/1994 en cuanto a no incluir en su artículo 10³⁸⁹ que indica los contenidos obligatorios de la escritura de constitución, la necesidad de determinación del interés general, incluyendo en el artículo 11, referido al contenido del estatuto, “*los fines fundacionales*”. De este modo se posibilita que el Patronato pueda modificar el fin fundacional sin problemas, incluso cuando el fundador hubiera prohibido

³⁸⁷ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 135.

³⁸⁸ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones”, Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 249.

³⁸⁹ Artículo 10. Escritura de constitución. La escritura de constitución de una fundación deberá contener, al menos, los siguientes extremos: a) El nombre, apellidos, edad y estado civil del fundador o fundadores, si son personas físicas, y en ambos casos, su nacionalidad y domicilio y número de identificación fiscal. B) La voluntad de constituir una fundación. C) La dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación. D) Los Estatutos de la fundación, cuyo contenido se ajustará a las prescripciones del artículo siguiente. E) La identificación de las personas que integran el Patronato, así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional.

expresamente la modificación del fin ³⁹⁰ porque el mismo no tiene la entidad constitutiva como debió tenerla a nuestro criterio.

Si bien la actividad de la fundación se desarrolla conforme el Derecho privado los patronos de este sujeto de derecho vinculado con el Estado pueden solicitar a la Administración Pública que ejercite el poder administrativo en su beneficio³⁹¹ y ésta acceda a ello. En ese caso se quiebra el equilibrio existente entre esta fundación y el resto de aquellas a las cuales se les aplica el derecho común y no tienen la posibilidad de que se ejerzan potestades públicas en su beneficio.

4.1.4. Aplicación de Derecho de la competencia y normas de contratación pública

A estas fundaciones se les debe aplicar en forma plena el Derecho de la competencia cuando desarrollan actividades económicas³⁹². Las condiciones de satisfacción del interés general a través de estos entes no pueden tener por objeto falsear el juego de la libre competencia³⁹³. Los sujetos privados, sean de titularidad pública o privada, siguen rigiéndose con carácter general por los principios de autonomía de la voluntad y libre competencia, que son los propios de la actividad económica que pueden realizar. Existe una Constitución

³⁹⁰ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, "Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador", Marcial Pons, 2000, Capítulo II, Nota al pie N° 19, pág. 35.

³⁹¹ BOQUERA OLIVER, José María en Olavaria Iglesia, Jesús, Coordinador, "Comentarios a la Ley de Fundaciones", Tirant lo blanch, Valencia, 2008, Capítulo XI, "Fundaciones del sector público estatal", pág. 1004.

³⁹² Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de Justicia Europeo de 4 de junio de 1996.

³⁹³ MALARET I GARCÍA, Elisenda, "Servicios Públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto", RAP, Revista de Administración Pública, número 145, 1998, pág. 53.

económica dentro de la Constitución política a la que responde el artículo 38 de la Carta Magna que forma parte del conjunto de principios y líneas de inspiración sobre las cuales la actividad económica desarrollada en la sociedad da origen al llamado orden público económico donde se encuentra la base de la economía social de mercado³⁹⁴.

En las palabras del dictamen del Centro Europeo de Empresas con Participación Pública (CEEP) de febrero de 1993 sobre la Directiva 92/50/CEE, *“el CEEP estima que las empresas públicas que operan en el marco de la competencia, e igualmente cuando su objetivo inicial esté dirigido al interés general, no pueden ser discriminadas respecto de las empresas privadas por razón de las obligaciones de licitación a nivel comunitario”*³⁹⁵. El Derecho comunitario europeo hace tiempo que abandonó la noción subjetiva de empresa a favor de otra funcional o material, es decir, considerando a la empresa como una clase de organización que desarrolla una actividad económica³⁹⁶.

La evolución actual de Ordenamiento español, la incorporación a las Comunidades Europeas en el año 1986 y los fallos contrarios que tuviera España en relación al Derecho de la Competencia obliga, sin duda, a considerar la concepción subjetiva o estatutaria del Derecho Administrativo desde una perspectiva funcional³⁹⁷ como la que plantea la normativa comunitaria. Así debe ser para poder quebrar antiguos moldes formales y poder dar dinamismo a la gestión presupuestaria, el control contable o la contratación, respetando la transparencia en el manejo de fondos públicos particularmente en los entes indicados como manifestaciones del fenómeno de

³⁹⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, Volumen Primero, Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 44.

³⁹⁵ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 105.

³⁹⁶ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 61.

³⁹⁷ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, Catedrático de Derecho Administrativo, en Prólogo de SOCÍAS CAMACHO, Joana M., “Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario”, lustel, 2006, pág. 17.

la “huida del Derecho administrativo” que se acogen a los beneficios del Derecho privado. El concepto de sector público resulta fronterizo en las fundaciones en mano pública y de difícil determinación cuando de cuestiones litigiosas se trata³⁹⁸. El Derecho comunitario exige que las actividades empresariales, ya sean desarrolladas por sujetos públicos o por sujetos privados, se rijan por el Derecho privado³⁹⁹.

Para el Derecho Comunitario son poderes adjudicadores no sólo las Administraciones territoriales sino también las Sociedades y Fundaciones en las que concurren determinadas características por él establecidas. Este criterio fue recogido en el artículo 2 de la Ley 13/1995, de 28 de abril, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP), hoy derogada⁴⁰⁰, porque las fundaciones resultaban, en principio, excluidas del ámbito de aplicación subjetivo de la normativa sobre contratos públicos⁴⁰¹. Es decir, entonces, que las entidades constituidas por los poderes públicos bajo la forma de personificación jurídico privada, entre las que se encuentran lógicamente las fundaciones, estaban en principio excluidas del ámbito de aplicación de la LCAP 13/1995 y, por lo tanto, sujetaban su actividad contractual al Derecho privado, de acuerdo con la vieja máxima de la identidad entre persona y régimen jurídico⁴⁰². El apartado primero de este mencionado artículo 2 imponía a los entes de Derecho público no incluidos en el ámbito de aplicación plena de la Ley, es decir, no incluidos en el artículo 1 de la LCAP 13/1995, una sujeción *parcial*, según distintos criterios: a) limitada a

³⁹⁸ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 63.

³⁹⁹ DE LA SERNA BILBAO, María Nieves, Profesora Titular de Derecho Administrativo (interina) Universidad Carlos III de Madrid, “Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública”, Documentación Administrativa, número 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pág. 507.

⁴⁰⁰ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, Catedrático de Derecho Administrativo, en Prólogo de SOCÍAS CAMACHO, Joana M., “Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario”, Iustel, 2006, pág. 17.

⁴⁰¹ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 103.

⁴⁰² VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 104.

determinados contratos, ya sea por su naturaleza y objeto, por su cuantía o por su financiación, o b) por determinadas prescripciones de la Ley referidas a la preparación y adjudicación del contrato. La doctrina indicaba, apenas promulgada la ley, que este “*corte en dos* del régimen de la contratación pública provocaría no pocos problemas de interpretación y aplicación sobre los muchos *flecos* que deja sin resolver este inciso del 2.1., al menos hasta su pacificación por la jurisprudencia”⁴⁰³ y entendemos que efectivamente ha sido así. Además, la disposición adicional 6.^a de esa ley no sujetaba a las empresas públicas a los principios propios de la contratación pública en general, sino sólo a los de publicidad y concurrencia. En todo lo demás no implícitamente incluido en estos principios, como capacidad y facultades de las partes, constitución de garantías, procedimientos, efectos y extinción del contrato, regía el Derecho común⁴⁰⁴. Tampoco correspondía, en este ámbito normativo, imputar responsabilidad contable a una fundación que contratase sin sujetarse a estos principios, pues de ello no se infiere de forma necesaria y acreditable objetivamente menoscabo alguno de los caudales o bienes públicos. De esta situación surge la dificultad para el Tribunal de Cuentas de ejercer su función jurisdiccional sobre la actividad contractual de las fundaciones en mano pública.

Queremos destacar aquí la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en *Comisión contra España*, de 16 de octubre de 2003, C-283/00 en igual sentido que la Sentencia anterior contra España del 15 de mayo de 2003, C-214-00. El caso es bastante ilustrativo y coincide con el hábito de algunas Comunidades Autónomas, Diputaciones y Ayuntamientos que además de la Administración General, realizan buena parte de la obra pública a través de régimen de contratación privada por medio de una sociedad mercantil o una fundación por ellos creada. En este caso, el Ministerio del Interior, en cuyo ámbito se encuentra la Dirección General de Centros Penitenciarios, había creado la Sociedad Estatal de Infraestructuras y

⁴⁰³ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 108.

⁴⁰⁴ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 119.

Equipamientos Penitenciarios S.A. (en adelante, SIEPSA), con el fin de construir y equipar prisiones dependientes de la mencionada Dirección en el año 2000. La Sociedad convocó en abril del año 1997 a un concurso para adjudicar obras en Segovia con destino a un Centro Educativo Penitenciario Experimental. Esta licitación fue denunciada ante la Comisión, quien reclamó al Gobierno español por el incumplimiento a la Directiva Comunitaria 93/37 en materia de contratación pública. España insistió en la argumentación de que la condición de sociedad anónima de la entidad adjudicataria del contrato excluía la obligación de cumplir con las normas comunitarias de contratación pública. En este sentido, el Tribunal indica que *“con carácter previo, procede recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia, para ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, una entidad debe cumplir los tres requisitos acumulativos que enuncia la citada disposición, según los cuales debe ser un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público”* y agrega que *“en el presente caso, si bien las partes están de acuerdo en que SIEPSA cumple los requisitos contemplados en los guiones segundo y tercero del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, disienten sobre si las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente SIEPSA carecen de carácter mercantil”*.

⁴⁰⁵ Hemos anticipado que el legislador comunitario ha tomado un enfoque funcional en estos temas y así lo confirma, como vemos, en esta sentencia. En fin, hay aquí una censura clara a los mecanismos instrumentales que tienen como fin exclusivo eludir la regulación iuspublicística.

En relación con la contratación que realizan estas fundaciones, el respeto a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad no es obligatorio o

⁴⁰⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión de las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas (Sentencia Comisión contra España, de 16 de octubre de 2003, C-283/00)”, RAP, Revista Española de Derecho Administrativo, número 120, 2003, pág. 672.

vinculante⁴⁰⁶ sino un marco razonable de actuación que pueden ser dejados de lado y producirse situaciones de discriminación. Cualquier tercero puede, además, entender que fue perjudicado o que el ente es incapaz de cumplir con sus obligaciones contractuales o extracontractuales y dirigirse contra la Administración solicitando la utilización del mecanismo del “levantamiento del velo”. Pero, en este caso, ya ni siquiera invocará el tercero la aplicación de esta técnica en el ámbito comunitario porque luego de los antecedentes comentados de la jurisprudencia comunitaria contraria a España puede traer a colación la Directiva que creyere correspondiente⁴⁰⁷.

4.1.5. Límite funcional

El Estado normalmente aparece con ciertos rasgos de poder con determinadas facultades coactivas para imponer, al menos en determinados casos, obligaciones y cargas, y en esas circunstancias el modelo fundacional clásico no resulta suficiente. En algunos estatutos se les atribuyen a las fundaciones públicas potestades antes sólo otorgadas a los entes territoriales y sabemos que esta institución no resulta apta para ejercerlas, por ello entendemos que existe un límite funcional elemental a ser considerado en la constitución de la fundación pública⁴⁰⁸. Para nosotros se trata de restricciones que inciden sobre la capacidad de obrar y no sobre la existencia de una personalidad distinta. Como indica MORELL OCAÑA citando a BARBERO, *“la personalidad es un*

⁴⁰⁶ GONZÁLEZ CUETO, “Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002 de 26 de diciembre”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003, pág. 365.

⁴⁰⁷ ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, “El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros”, La Ley, 2004, pág. 121.

⁴⁰⁸ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 240.

*quid simple, mientras que la capacidad de obrar es un quantum, susceptible de medición por grados*⁴⁰⁹, y a eso nos referimos.

Cuando el fundador es el Estado o algún otro ente administrativo, se plantea en relación a la voluntad constitutiva, la posibilidad, por un lado de alteración del contenido del acto fundacional, y por otra parte, la posibilidad de dejar sin efecto este mismo acto⁴¹⁰. Asimismo se advierten los riesgos de insuficiencias o inexactitudes en la redacción del estatuto de la fundación que implicarán seguramente daños futuros a la gestión o al patrimonio.

En relación a ello se hace indispensable la asignación de un ámbito objetivo para el cumplimiento de fines de interés general predeterminados⁴¹¹ para que dentro de ese ámbito el fundador público se encuentre habilitado para fundar.

4.1.6. Disposición de bienes y dotación patrimonial

Es indispensable el cumplimiento de los requisitos formales y materiales establecidos por la legislación a la hora de disponer de bienes o derechos de propiedad de la Administración. La Sentencia de 28 de septiembre de 1984 (Sala 4ª.) destaca la importancia de ello cuando dice que: “La intromisión de la Administración Pública en las Fundaciones Benéficas tiene su justificación en el hecho de que a través de esas Fundaciones un bien patrimonial o conjunto de

⁴⁰⁹ BARBERO, “Sistema del Derecho Privado”, I, traducción castellana, Buenos Aires, Argentina, 1967, página 191 mencionado por MORELL OCAÑA, Luis, en “La personificación y otorgamiento de “status” en el Derecho Administrativo. Rasgos generales del “status” de los entes administrativos”, RAP, Revista de Administración Pública, Números 100-102, Enero-diciembre 1983, pág. 980.

⁴¹⁰ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 245–246.

⁴¹¹ GONZÁLEZ CUETO, “Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002 de 26 de diciembre”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003, pág. 350.

bienes se adscriben a un fin de carácter social y al bien común, lo que les sitúa en un ámbito semejante al reservado a ciertos bienes públicos”⁴¹².

Recordamos que “la teoría jurídica se construye desde y para la Administración, pero de una Administración que, parangonando una definición utilizada por la Constitución española de 1978, está al servicio del interés general, de los ciudadanos titulares de derechos y libertades fundamentales”⁴¹³ y no para el fraude a la ley excluyendo, por ejemplo, bienes públicos de su régimen natural sin respetar los procedimientos que obligan a su protección para beneficio de la comunidad.

En orden al patrimonio asignado en el acto fundacional puede entenderse que la fundación, a lo sumo, puede tener una titularidad fiduciaria pero no una plena propiedad, ya que ésta sería siempre del Estado o de la entidad territorial creadora, lo que supone que la Administración debe tener rigurosos controles sobre la dinámica de estos bienes que, necesariamente, afectan la capacidad de obrar de la fundación pero no al carácter de la titularidad de los bienes ⁴¹⁴. Recordemos que cuando hablamos de propiedad fiduciaria, decimos que es la propiedad que temporariamente ejerce una persona física o jurídica, llamada fiduciario, y que le ha sido transmitida por otra persona física o jurídica, fiduciante, en base de una relación contractual nacida de la “confianza”⁴¹⁵ que ambos se tienen. Sin embargo, el dominio fiduciario es un dominio imperfecto porque está sometido a un plazo o una condición y, además, no es un dominio pleno porque el fiduciario sólo podrá efectuar con el bien lo que disponga

⁴¹² RUÍZ OJEDA, Alberto, “Las fundaciones privadas como colaboradores de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundaciones. Un comentario con ocasión de la nueva ley de fundaciones”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 93, enero-marzo 1997, pág. 31.

⁴¹³ MALARET I GARCÍA, Elisenda, “Servicios Públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, RAP, Revista de Administración Pública, número 145, 1998, pág. 55.

⁴¹⁴ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 247.

⁴¹⁵ La etimología de las palabras “fiducia” o “fideicomiso” es el vocablo latino fides que significa “fe” o “confianza”.

específicamente el contrato de fideicomiso. Sería asimilable, a nuestro criterio, a lo que algunos teóricos denominan propiedades *ad tempos*, en el marco propio de las concesiones públicas⁴¹⁶.

También, debe estar debidamente justificado que la Administración pública, constitucionalmente llamada a la satisfacción del interés general, aparezca legalmente separando de su haber recursos funcionales y patrimoniales afectos a tal satisfacción de forma permanente⁴¹⁷. No olvidemos que “la desviación de poder supone que el acto administrativo, aun cuando pueda estar revestido de legalidad extrínseca, nació con vicio de nulidad por no responder en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa”⁴¹⁸ y por ello puede ser impugnado.

4.1.7. Relaciones laborales

Ya existe experiencia de conflictos suscitados en relación a la celebración de contratos de alta dirección. Así lo prueba el Auto del Tribunal Constitucional 206/1999, de 28 de julio. En el año 1996 doña Elena Salgado Méndez firma un contrato de alta dirección con la Fundación del Teatro Lírico, fundación de iniciativa pública creada en orden a la Ley 30/1994, para ocupar el puesto de Directora General de la institución. Luego de las elecciones generales del 3 de marzo de 1996, con los cambios producidos en el Gobierno se le pide la dimisión a la Sra. Salgado Méndez, quien se niega a ello. Luego, una modificación de los estatutos fundacionales suprime el cargo que ella ostentaba

⁴¹⁶ VERA-JURADO, Diego José, “El régimen jurídico del patrimonio de destino en la concesión administrativa de servicio público”, RAP, número 109, enero/abril 1986, pág. 224.

⁴¹⁷ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 267.

⁴¹⁸ MORELL OCAÑA, Luis, “La personificación y otorgamiento de “status” en el Derecho Administrativo. Rasgos generales del “status” de los entes administrativos”, RAP, Revista de Administración Pública, Números 100-102, Enero-diciembre 1983, pág. 995.

lo que produce el cese de su contrato a partir del 9 de julio de 1996. La Sra. Salgado recurre a la jurisdicción laboral porque considera su despido lesivo a derechos fundamentales, considerando que no había despido sino fraude de ley que ocultaba una violación a su derecho a la libertad ideológica amparado por el artículo 16 de la Constitución. El Juzgado Social número 12 de Madrid desestima el reclamo en una sentencia del 14 de noviembre de 1996. La Sra. Salgado interpone recurso de suplicación contra esa decisión ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el cual, desestima la pretensión de la recurrente en decisión del 22 de octubre de 1997. Luego, la Sra. Salgado interpone recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que no es admitido por Auto fechado el 30 de abril de 1998. Por último y agotada que fuera la vía jurisdiccional la recurrente acude al Tribunal Constitucional demandando su amparo el 26 de junio de 1998 contra las sentencias antes indicadas. Funda su derecho en la violación del artículo 16 de la Constitución antes mencionado y en el artículo 23.2 de la misma que refiere al acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos. En escueta decisión el Tribunal Constitucional, con firma de los Magistrados Viver Pi-Sunyer, González Campos y Conde Martín de Hijas, niega la violación de los derechos fundamentales indicados por parte de la Fundación y las sentencias recurridas. Sin embargo afirma el Tribunal *que “la peculiar configuración de la Fundación del Teatro Lírico como fundación pública gestora de un teatro público (es decir, una forma privada de personificación por completo en manos de dos Administraciones Públicas) implica necesariamente ciertas consecuencias para el personal directivo de la misma”* y añade que *“el hecho de tratarse de una relación jurídica laboral especial sometida a priori no a la normativa funcional sino al real Decreto 1382/1985 (y sólo en algunos aspectos al Estatuto de los Trabajadores) no significa que no se le deben aplicar ciertas reglas y principios propios del personal al servicio de las Administraciones Públicas”*. Particularmente indica el Tribunal que *“de hecho la utilización del contrato de alta dirección se explica en este caso por la relación de dependencia y confianza que se establece entre el empresario y el directivo”* y agrega que *“resulta claro que al cesar el alto cargo cuando a su vez cesa la autoridad para la que se presta sus servicios y, en cualquier caso, al tener la relación que les une un componente esencial de confianza política*

personalísima (ambas cosas expresamente previstas en el art. 20.2 de la Ley 39/1984) no sería atendible la alegación de vulneración del derecho a la libertad ideológica". Esta decisión judicial pone de manifiesto que no hay regulación para este tipo de conflictos laborales y que no es lo mismo suscribir determinados tipo de contratos, particularmente laborales, en el ámbito privado que en un ámbito donde no se delimita claramente lo público de lo privado. No indica la Sentencia si todos los altos directivos de las entidades similares a la Fundación del Teatro Lírico, aunque no hayan suscripto contrato de alta dirección, deben ser considerados altos directivos en el marco no sólo de la confianza técnica sino además de la confianza política⁴¹⁹.

4.2. La huida del Derecho Administrativo

La técnica de la personificación, para algunos autores, ha sido el instrumento del que se ha servido la Administración para eludir, en buena parte, la aplicación del Derecho administrativo, produciéndose un fenómeno conocido como "huida" del Derecho administrativo al Derecho privado, con la disociación entre la forma de las organizaciones y el régimen regulador de su funcionamiento y su actividad⁴²⁰. Hay voces que afirman que la utilización del mecanismo instrumental puede suponer sólo una astucia política para evadir normas de aplicación obligatoria tanto desde el punto de vista teórico como en sus aplicaciones prácticas. La huida del Derecho general del Estado es fruto de que tanto para los administradores como para los propios administrados, el régimen público resultaba por demás rígido, obstaculizante en la mayoría de

⁴¹⁹ MORENO FUENTES, Rodrigo, "Derechos fundamentales y relaciones laborales de alta dirección en una fundación constituida por una entidad pública (auto del Tribunal Constitucional 206/1999, de 28 de julio)", REDA, Revista Española de Derecho Constitucional, número 60, 2000, pág. 316. En igual sentido refiere al caso Ricardo RIVERO ORTEGA en "Administraciones públicas y Derecho privado" ya citado.

⁴²⁰ SOCÍAS CAMACHO, Joana M., "Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario", Iustel, 2006, pág. 43/44.

los casos y difícil de aplicar a las nuevas tareas asumidas por las Administraciones a partir sobre todo del año 1944. Este fenómeno se justifica en sus albores por diversas razones entre las que se encuentran las siguientes: la búsqueda de mayor libertad de acción; la intención de estimular las liberalidades privadas⁴²¹; la exigencia de mayor flexibilidad⁴²²; la aparición de nuevas necesidades de los ciudadanos y la asunción de nuevo dinamismo por parte de los poderes públicos⁴²³. RIVERO ORTEGA indica que tal vez el mejor exponente del *status quaestionis* a principios de la última década del siglo pasado se encuentre en los dos volúmenes editados como Libro Homenaje al Profesor Doctor Manuel CLAVERO ARÉVALO, dirigido por el Profesor Doctor Alfonso PÉREZ MORENO, bajo el título “La Administración instrumental”, con ponencias destacadísimas sobre su régimen de autores aquí mencionados como VILLAR PALASÍ, ARIÑO ORTÍZ, GARCÍA DE ENTERRÍA, GARRIDO FALLA, S. MARTÍN-RETORTILLO⁴²⁴.

La Administración General del Estado está incardinada en un ordenamiento jurídico público que, en principio, impide la aplicación del Derecho privado y, por ello la denominación dada a este fenómeno⁴²⁵. Sin embargo hay autores, con quienes coincidimos, que afirman que la Administración pública se sirvió siempre del catálogo de técnicas de personificación reconocido por el Derecho común general. Por ello, no participan del todo con esta corriente de

⁴²¹ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc “Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales”, *Fundació Carles Pi I Sunyer d’Estudis Autònomic i Locals*, Barcelona, 2005, pág. 14.

⁴²² ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, “La Administración institucional: origen y personalidad”, *RAP, Revista de Administración Pública*, número 63, 1970, pág. 98. En igual sentido RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Administraciones Públicas y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 15 indica que “es la expresión más notoria de la búsqueda de un régimen más libre y menos complejo”.

⁴²³ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Administraciones Públicas y Derecho privado”, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 15.

⁴²⁴ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”.

⁴²⁵ DE LA SERNA BILBAO, María Nieves, Profesora Titular de Derecho Administrativo (interina) Universidad Carlos III de Madrid, “Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública”, *Documentación Administrativa*, número 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pág. 504.

preocupación por la “huida” de la Administración del Derecho administrativo, materializada en el empleo de formas de actuación tomadas del Derecho privado, fundamentalmente porque creen que no ha existido nunca una separación tajante entre el Derecho público y el privado y porque postulan la aplicación del Derecho público y de sus específicos regímenes de control con total independencia de las técnicas de actuación de las que se sirve la Administración⁴²⁶. DEL SAZ, en contrario, ataca terminantemente este fenómeno como una “dolosa fuga del Derecho público” y propone combatirlo a través de la formulación de una reserva constitucional de Derecho administrativo⁴²⁷. La calificación es excesiva porque no en todos los casos existe dolo y la propuesta debe ser moderada para no impedir actuación organizativa a la Administración. Por esta razón propugnamos un término razonable de solución a los conflictos que se pueden producir sin anular la posibilidad por parte de la Administración de una organización flexible ya que el establecimiento de principios constitucionales no puede significar una prohibición total del recurso de utilización de formas jurídicas privadas para limitar al Estado sólo al uso de las formas jurídico-públicas porque existen circunstancias donde la realidad llama a recurrir a estos arbitrios privados⁴²⁸ pero con moderación. A la potestad organizatoria, que es consecuencia necesaria de la autonomía, se le debe conceder un margen de discrecionalidad con límites claros de la estructura a diseñar⁴²⁹.

Las transformaciones en las estructuras de la sociedad, los cambios en el trabajo y las familias, los avances de la ciencia y la tecnología, su aplicación a

⁴²⁶ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 225.

⁴²⁷ DEL SAZ CORDERO, Silvia, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la UNED, “La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, RAP, Revista de Administración Pública, número 133, enero-abril 1994, pág. 66.

⁴²⁸ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Administraciones Públicas y Derecho privado”, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 23.

⁴²⁹ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”.

nuevos sectores de la economía, el desarrollo económico y social y la diversidad de prestaciones⁴³⁰ reclaman respuestas distintas por parte de la Administración pública. Muchas veces las necesidades de gestión de servicios y el interés político “van por delante de las llamadas al orden y de los intentos de sistematización hechos por la legislación general”⁴³¹. Pero no se deben buscar los motivos de esta forma de operar simplemente en meros objetivos políticos generalmente no abiertamente explicitados, sino más bien se deben revisar las normas referidas a la organización público-administrativa, quizás fundadas, al decir de PAREJO ALFONSO, aún en el principio monárquico y centradas en fórmulas y soluciones propias de un modelo de Estado ya superado para España. También influyen, como afirma el mismo autor, las pocas posibilidades de cambio que se avizoran y que se pueden predecir por los últimos sucesos económicos y financieros mundiales⁴³², los que requieren una apertura a soluciones innovadoras antes impensadas. Uno de los objetivos de la primeras personificaciones era desarrollar una gestión administrativa más ágil y directa, y luego, se convirtió en la razón fundamental de la descentralización que llevaba consigo una “huida” del Derecho administrativo común o general, tanto en materia de organización como de actividad⁴³³. Con la personalidad jurídica se pretende, sin más, muchas veces, que los entes

⁴³⁰ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, “Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales”, Fundació Carles Pi I Sunyer d’Estudis Autònoms i Locals, Barcelona, 2005, pág. 11.

⁴³¹ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 263.

⁴³² PAREJO ALFONSO, Luciano, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid, en Prólogo de VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 12.

⁴³³ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 241.

creados por el Estado gocen de un régimen económico, de personal y contractual distinto al estatal y similar al privado⁴³⁴.

Todas estas circunstancias contribuyen a la tan resonada “huida del Derecho administrativo” y producen un círculo vicioso de tensiones públicas y privadas que provoca confusión e inseguridad porque se advierte que se realiza en relación con estas entidades una aplicación más flexible de la legislación administrativa⁴³⁵. La realidad jurídica como escindida en dos ámbitos, por una parte, en el Derecho público que contempla al Estado en cuanto asume las tareas que hacen a la consecución de los fines de interés general con cierta tendencia al monopolio y, por otra, el ámbito del Derecho privado que se impone sobre las personas en sus relaciones con los demás particulares, ha provocado que se califique a los sujetos en el ordenamiento legal, separándolos en dos categorías: públicos y privados. Este criterio de clasificación poco ha servido a la armonía operativa de los entes y ha venido a generar graves y no pocos conflictos legales. Hoy, compartimos, “es imposible seguir manteniendo las concepciones excesivamente simplistas de la Sociedad que, por motivos puramente ideológicos, tomó como punto de partida el Derecho administrativo” a lo largo de la historia legislativa⁴³⁶, y se hace indispensable asumir una actitud integradora. No se escapa realmente del Derecho administrativo porque, en muchos casos, la entidad nunca estuvo sometida a él o bien se está ante una actividad privada que se llevaba a cabo por una persona pública pero no en su carácter de poder público o ejerciendo alguna potestad⁴³⁷ sino como sujeto privado. Pero no todo sometimiento al

⁴³⁴ BOQUERA OLIVER, José María en Olavaria Iglesia, Jesús, Coordinador, “Comentarios a la Ley de Fundaciones”, Tinent lo blanch, Valencia, 2008, Capítulo XI, Fundaciones del sector público estatal, pág. 1017.

⁴³⁵ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Derecho administrativo económico”, Cuarta edición, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 92.

⁴³⁶ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 235.

⁴³⁷ BOQUERA OLIVER, José María en Olavaria Iglesia, Jesús, Coordinador, “Comentarios a la Ley de Fundaciones”, Tinent lo blanch, Valencia, 2008, Capítulo XI, Fundaciones del sector público estatal, pág. 1018.

Derecho privado equivale a la huida de todo Derecho y de todo control ni la Administración puede dejar de ser quién es⁴³⁸. Para nosotros se trata, en definitiva, de huir de la aplicación de ciertas normas más rigurosas que en este caso resultan ser las normas públicas y si esa huida resulta antijurídica hay que buscar el camino de regreso a la juricidad.

A través del tiempo la Administración se ha apoyado y se sigue apoyando, hoy día, en las organizaciones altruistas en general, no sólo en fundaciones, para prestar indirectamente servicios. Los motivos exteriorizados por las Administraciones públicas para constituir fundaciones públicas suelen ser la facilidad para proveer fondos y la flexibilización de la prestación de servicios, entre otros. Son éstas las denominadas fundaciones en mano o titularidad pública, tal y como las denomina el artículo único de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del sistema nacional de salud⁴³⁹ y que para VAQUER CABALLERÍA son la personificación de los servicios y una nueva “huida del Derecho administrativo”. Este tipo de entidades oportunamente fueron reclamadas como instrumento de competencia y eficiencia desde algunos foros de cierta autoridad, como el *Informe Abril*⁴⁴⁰. Hay quienes afirman que es una consecuencia más o menos lógica de aquellas corrientes que afirman que lo privado es bueno y lo público es malo; lo privado es ágil, flexible, eficaz y eficiente, y lo público es burocrático, lento, rígido, ineficaz e ineficiente⁴⁴¹, aunque a nosotros nos parezca que no hay tales extremos y que puede haber ineficiencia, rigidez y lentitud en lo privado también. Para algunos doctrinarios, la “huida” del Derecho administrativo común o general, *“queda neutralizada cuando se van promulgando las grandes leyes reguladoras del régimen jurídico de la*

⁴³⁸ BORRAJO INIESTA, Ignacio, “El intento de huir del Derecho Administrativo”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 78, 1993, pág. 236.

⁴³⁹ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge. “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española”, RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo–agosto, 2001, pág. 141.

⁴⁴⁰ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 45.

⁴⁴¹ GONZÁLEZ CUETO, “Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002 de 26 de diciembre”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003, pág. 344.

Administración pública” en las que se debe imponer un sistema general de controles propio del Derecho público⁴⁴². Sin embargo, concebida la actividad de los entes administrativos como no libre, sino impuesta, el ordenamiento tiende a dibujar el contenido de la misma y encorsetar su funcionamiento. Por ello es esencial la búsqueda del equilibrio en la normativa⁴⁴³.

Por todo lo dicho la doctrina administrativista coincide en lo que RIVERO ORTEGA denomina “*el rechazo del descontrol de los entes instrumentales*”⁴⁴⁴ y adherimos a esta posición mayoritaria de rechazo del exceso instrumental. Recordemos que este autor ha reconocido que su posición sobre estos entes ha evolucionado en los últimos diez años, pasando de dudar de su verdadera esencia por completo, a reconocer que a menudo puede ser conveniente y oportuno utilizar la fórmula privada para adaptar la gestión de un servicio

⁴⁴² MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica.”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 241.

⁴⁴³ MORELL OCAÑA, Luis, “La personificación y otorgamiento de “status” en el Derecho Administrativo. Rasgos generales del “status” de los entes administrativos”, RAP, Revista de Administración Pública, Números 100-102, Enero-diciembre 1983, pág. 990.

⁴⁴⁴ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros” donde en nota indica que “resultaría excesivamente largo recordar, en una sola nota, todos los pronunciamientos doctrinales sobre este problema. Se destacaron en la denuncia del fenómeno PARADA VÁZQUEZ, en su *Derecho administrativo*, y DEL SAZ, defensora de la tesis de la garantía institucional o reserva de Derecho administrativo. También se pronunciarían en torno al fenómeno GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en su *Curso de Derecho Administrativo*. Otros primeros trabajos sobre la huida serían los de ARINO ORTIZ, GARRIDO FALLA, S. MARTÍN RETORTILLO, SALA ARQUER, BORRAJO INIESTA, GONZÁLEZ-VARAS o LAGUNA DE PAZ. Vid. ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, *Privatizar el Estado. Un retroceso en el camino de la historia o la antítesis del Estado de Derecho*, Fundación BBV, 1994. BORRAJO INIESTA, “El intento de huir del Derecho administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.78, 1991. DEL SAZ, Silvia, “Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional”, en *Nuevas Perspectivas del Derecho administrativo*. Tres estudios, Cívitas, Madrid, 1993. GARRIDO FALLA, Fernando, “Un tema de seguridad jurídica: La regulación de los entes instrumentales”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 79, 1993. GONZÁLEZ-VARAS, Santiago, *El Derecho administrativo privado*, Montecorvo, Madrid, 1996. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *Las empresas públicas de promoción económica regional*, Montecorvo, Madrid, 1991. MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, “Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm.140, 1996. PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *Derecho administrativo. Organización y empleo público*, 8ª Edición, Marcial Pons, Madrid, 1993. SALA ARQUER, “Huida al Derecho privado y huida del Derecho”, *Revista Española de Derecho administrativo*, núm.75, 1992.” Muchos de estos trabajos mencionados puntualmente en este trabajo.

público a las prácticas del mercado, favoreciendo la mayor flexibilidad contractual y de personal pero con cautelas.

4.3. Distintos tipos de Fundaciones en el ámbito público

4.3.1. Fundaciones públicas sanitarias

El Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio en su único artículo crea las fundaciones de gestión sanitaria⁴⁴⁵ y con él comienza una larga sucesión de normas referidas a las mismas. Este Decreto fue posteriormente sustituido con significativas modificaciones por el también artículo único de la Ley 15/1997, de 25 de abril. Más tarde el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, más conocida como Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para el año 1999, da origen a la denominación “fundaciones públicas sanitarias”⁴⁴⁶. Estas fundaciones nacen, al igual que las otras formas de gestión sanitaria antes habilitadas por la Ley 15/1997, *“para la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o socio-sanitaria”*. Las “fundaciones públicas sanitarias”, de

⁴⁴⁵ “En el ámbito del Sistema Nacional de Salud, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o socio-sanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente mediante cualesquiera entidades admitidas en derecho, así como a través de la constitución de consorcios, *fundaciones* u otros entes dotados de personalidad jurídica, pudiéndose establecer además de acuerdos o convenios con personas o entidades, públicas o privadas, y fórmulas de gestión integrada o compartida”.

⁴⁴⁶ Artículo 111 apartado 1 Ley 50/1998: “1. De acuerdo con lo establecido en la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, para la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o socio-sanitaria podrán crearse cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho y, entre ellas, las fundaciones públicas sanitarias, que se regulan por las disposiciones contenidas en el presente artículo, por lo que se refiere al ámbito del Instituto Nacional de la Salud, y por la normativa específica de cada Comunidad Autónoma, en lo referente a las fundaciones públicas sanitarias que se puedan crear en sus respectivos ámbitos territoriales.”

competencia estatal, se definen como organismos públicos⁴⁴⁷ adscritos al Instituto Nacional de la Salud (en adelante, INSALUD)⁴⁴⁸. El artículo 111 de la Ley 50/1998 establece un régimen particular en materia de constitución, modificación y extinción (apartado 3), plan inicial de actuación (apartado 4), personal (apartado 5), y para el directivo, (apartado 6), contratación (apartado 7), patrimonio (apartado 8), recursos económicos (apartado 9) y régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y control financiero (apartado 10). En el apartado 8 referido a patrimonio se habilita a las fundaciones públicas sanitarias a tener bienes propios y adscritos por la Administración General del Estado o por la Tesorería General de la Seguridad Social. Los bienes adscritos no integran ya el patrimonio propio de las fundaciones públicas sanitarias, sino que siguen formando parte de los patrimonios del Estado o de la Seguridad Social⁴⁴⁹. Sin embargo, en lo demás, les resulta aplicable el régimen general de las entidades públicas empresariales establecido en la Ley 6/1997, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE) y en la Ley General Presupuestaria.

La Ley 15/1997 rompe frontalmente en el ámbito sectorial sanitario con la orientación marcada por la LOFAGE porque esta norma elude el requisito de ley constitutiva con propuesta de estatutos propios y plan de actuación inicial, que quedaría sustituido por el acto de creación de la fundación y por un Decreto. Es aquí donde se interpreta que la Administración General ha encontrado una vía de escape que le exime de los estrictos requisitos impuestos por la LOFAGE⁴⁵⁰. En virtud de ello VAQUER CABALLERÍA opina

⁴⁴⁷ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, "Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios", Marcial Pons, 1999, pág. 91.

⁴⁴⁸ Artículo 111 apartado 2 Ley 50/1998.

⁴⁴⁹ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, "Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios", Marcial Pons, 1999, pág. 95.

⁴⁵⁰ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: "La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público" en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), "Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica", Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 261.

que su denominación legal de “fundaciones” resulta equívoca, anacrónica y asistemática⁴⁵¹.

Resumiendo, la reforma organizativa sanitaria nace con el Real Decreto–ley 10/1996 que autorizara la “fundación *stricto sensu*” como forma de gestión del INSALUD (con ulterior convalidación de dicho Real Decreto–ley en sede parlamentaria y su posterior sustitución por la Ley 15/1997) hasta su nueva regulación contenida en el artículo 44 de la Ley 50/2002 (por la que los entes fundacionales de promoción pública pasan a denominarse “fundaciones del sector público estatal”), pasando previamente por la introducción y regulación de las “fundaciones públicas sanitarias” en el artículo 111 de la Ley 50/1998 como hemos visto, así como por el desarrollo reglamentario de todas las nuevas formas de gestión del INSALUD admisibles en virtud del Real Decreto 29/2000 como última norma específica. Mientras las “fundaciones *stricto sensu*” constituidas por entes públicos al amparo de la legislación sobre fundaciones y de la Ley 15/1997 son entes de naturaleza privada, aunque excluidas de la ley 50/2002; las “fundaciones públicas sanitarias” del artículo 111 de la Ley 50/1998 son figuras enteramente públicas⁴⁵².

Ha sido la normativa autonómica la primera en permitir la gestión de la sanidad pública a través de la creación de fundaciones⁴⁵³.

La Ley catalana 5/2001, en su artículo 1, otorga capacidad para fundar entidades sometidas a dicha Ley “*sólo a las personas físicas o jurídicas privadas*” y no a las jurídicas públicas sin embargo ha habido un desarrollo importante de las fundaciones públicas⁴⁵⁴. En especial y referido a la gestión de

⁴⁵¹ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 56.

⁴⁵² SOCÍAS CAMACHO, Joana M., “Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario”, Iustel, 2006, pág. 29.

⁴⁵³ BERMEJO LATRE, José y MIR PUIGPELAT, Oriol, “Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 104, 1999, pág. 577.

⁴⁵⁴ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto

la sanidad pública a través de fundaciones. VAQUER CABALLERÍA, en un profundo análisis, ha indicado que el modelo catalán ha deseado estar al servicio de la *“racionalización, eficacia, simplificación y eficiencia de la organización sanitaria”* y propugna que esa forma de gestión debe ser universal con una cláusula en blanco para *“crear o participar en cualesquiera otras Entidades administrativas en Derecho, cuando así convenga a la gestión y ejecución de los servicios o actuaciones”*.

Así el autor mencionado sostiene que la Ley 8/1997, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, sigue esta tendencia, y en su Exposición de Motivos proclama su *“apuesta clara hacia una reforma de base organizativa que potencie la capacidad de la organización sanitaria para lograr una mayor eficiencia en el empleo de los recursos públicos”*. Esto se manifiesta en la transformación del organismo autónomo administrativo Osakidetza-Servicio Vasco de Salud en un ente público de Derecho privado (artículo 20), sujeto -como el Servicio Catalán de Salud- a este Derecho y con algunas excepciones al Derecho Público.

Otras Comunidades Autónomas han emprendido medidas similares a las enunciadas en lo referido a la descentralización funcional de los servicios sanitarios en particular, como lo indica VAQUER CABALLERÍA en su libro dedicado al tema. Para nosotros se encuentran algunas diferencias entre ellas que hacen a sus características autonómicas. Las Leyes andaluzas 4/1992, de 30 de diciembre (d. a. 18.^a) y 2/1994, de 24 de marzo, de empresas públicas para gestionar el Hospital de la Costa del Sol, y los servicios de emergencias sanitarias, respectivamente, dotan de personalidad instrumental a estos servicios bajo la forma de un ente público que sujeta sus relaciones patrimoniales, su contratación y su personal al Derecho privado⁴⁵⁵.

Las fundaciones públicas sanitarias no son fundaciones en sentido estricto o de Derecho privado sino entes instrumentales destinados a realizar una

(coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 268.

⁴⁵⁵ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios” Marcial Pons, 1999, pág. 36/37.

descentralización por servicios⁴⁵⁶. Estas entidades son materialmente Administración Pública, aunque no lo sean formalmente utilizando un ropaje de sujeto de Derecho común, lo que se traduce en que les sea de aplicación el estatuto de las Administraciones Públicas⁴⁵⁷. Los entes de Derecho público no están situados en el Derecho en términos equiparables a los sujetos ordinarios ni están en igual nivel legal que ellos. Los de Derecho público son de existencia predeterminada, se rigen por la heteronomía de las leyes y cuentan con una capacidad jurídica modulada por el Derecho positivo especialmente y con características peculiares que no los equiparan a otros sujetos. Sin embargo, los entes de Derecho Privado se rigen por la autonomía de la voluntad y poseen una capacidad jurídica que se construye sobre el principio de libre desarrollo de la personalidad que consagra el artículo 10.1 de la Constitución Española⁴⁵⁸. Por ello a las fundaciones públicas sanitarias sólo se les pueden aplicar normas de Derecho público en virtud de la entidad de las mismas.

4.4.2. Fundaciones laborales

En cuanto a las fundaciones laborales podemos decir que son entidades cuya naturaleza no coincide, tampoco, con la de las fundaciones comunes del Derecho privado precisamente porque se trata de la creación de una fundación para beneficiar a los trabajadores de una corporación o de una empresa⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 252.

⁴⁵⁷ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, Catedrático de Derecho Administrativo, en Prólogo de SOCÍAS CAMACHO, Joana M., “Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario”, Iustel, 2006, pág. 17.

⁴⁵⁸ SOCÍAS CAMACHO, Joana M., “Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario”, Iustel, 2006, pág. 39.

⁴⁵⁹ CROVI, Luis Daniel, “Fundaciones, régimen jurídico y actuación empresarial”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 84.

cuando la Ley 50/2002 indica que la fundación debe tener beneficiarios indeterminados o generales. En su momento para algunos autores como María Teresa CARRANCHO HERRERO fue el medio suficiente para poder consolidar la creación de organizaciones asistenciales en el seno de las empresas españolas⁴⁶⁰. La primera norma dictada⁴⁶¹ en relación a estas fundaciones afirma en su Exposición de Motivos *“que es cada vez mayor el número de empresas que en recta interpretación a sus deberes sociales implanta en sus eno organizaciones asistenciales en pro de sus trabajadores”* y *“aconseja ofrecer a empresarios y trabajadores fórmulas que den estabilidad a la obra, estimulen su extensión y den facilidades para que los trabajadores se solidaricen con el esfuerzo de la empresa”*, como asimismo afirma que *“parece adecuado a tal propósito utilizar como instrumento jurídico la figura de las fundaciones que da permanencia al organismo”*. Este tipo de fundaciones fueron reguladas inicialmente en los años 1961 y 1962⁴⁶² y sucesivamente se fueron dictando normas referidas a ellas lo que produjo que en la práctica se genere una dualidad de regímenes sustantivos de difícil aplicación. El Decreto 446/1961, de fundaciones laborales en su artículo 3 indica que *“las fundaciones laborales serán creadas a virtud de pacto o concierto entre la empresa y sus trabajadores”*⁴⁶³ y la Ley 50/ 2002 las nombra específicamente en su artículo 3 apartado 2 en referencia a los fines y beneficiarios: *“2. la finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas. Tendrán esta consideración los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares”*.

⁴⁶⁰ Mencionada por su libro “La constitución de fundaciones”, Bosch, Barcelona, 1997 en la pág. 60 por CROVI, Luis Daniel, Fundaciones, régimen jurídico y actuación empresarial, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 84.

⁴⁶¹ Decreto 446 del 16 de marzo de 1961 creó del Régimen de Fundaciones Laborales.

⁴⁶² MORELL OCAÑA, Luis, “Notas sobre el arcaísmo del Derecho de las fundaciones benéficas”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 17, abril/junio 1978, pág. 150.

⁴⁶³ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, Capítulo III, Nota al pie N° 70, pág. 62.

Se las define como aquellas fundaciones de carácter asistencial, organizada en el ámbito de uno o varias empresas en beneficio de sus trabajadores y sus familias.

El Decreto 446/1961 fue derogado junto con la Orden del Ministerio de Trabajo del 25 de enero de 1962 por el nuevo Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal aprobado por Real Decreto 1337/2005, del 11 de noviembre que establece que se entiende por fundaciones laborales “a) *las creadas por pacto o concierto entre la empresas y sus trabajadores, als constituidas en virtud de un acto unilateral de una empresa o de terceras personas en beneficio de los trabajadores de una o varias empresas y sus familiares; b) las formadas entre organizaciones empresariales y sindicales más representativas de un sector o sectores determinados para el desarrollo de fines laborales*”.

En general estas fundaciones laborales destinan sus fondos a la formación continua de los trabajadores, facilitan el acceso a los estudios superiores, y establecen planes y programas de formación, orientación, gestión y administración de cursos de formación profesional ocupacional⁴⁶⁴. Ponemos como ejemplo a la Fundación para la Formación Continua que nació a raíz del Primer Acuerdo Nacional de Formación Continua, firmado a finales del año 1992, y fue constituida por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (C.E.O.E.), Confederación Española de Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), Unión General de Trabajadores (U.G.T.), Confederación Sindical de Comisiones Obreras CC.OO.) y Convergencia Intersindical Galega (C.I.G.) en escritura pública otorgada en Madrid el día 19 de mayo de 1993. Su objeto principal es la administración y gestión de los fondos procedentes del INEM (parte alícuota de la cuota de Formación Profesional) y del Fondo Social Europeo con destino a la formación continua de los trabajadores ocupados⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ CABRA DE LUNA, Miguel Angel, “La dimensión económica de las fundaciones españolas de competencia estatal: una aproximación”, Economistas, Colegio de Madrid, Número 83, enero 2000, pág. 96.

⁴⁶⁵ CABRA DE LUNA, Miguel Angel, “La dimensión económica de las fundaciones españolas de competencia estatal: una aproximación”, Economistas, Colegio de Madrid, Número 83, enero 2000, pág. 100.

4.4.3. Fundaciones del Sector Público Estatal

Aparecen, como hemos indicado, novedosamente en el capítulo XI de la Ley 50/2002, artículo 44 las Fundaciones del Sector Público Estatal. La Exposición de Motivos de dicha Ley las denomina acertadamente *“fundaciones constituidas mayoritariamente por entidades del sector público estatal”*. Esta norma es absolutamente inédita por cuanto en su antecedente normativo, la Ley 30/1994, no existía ninguna previsión específica sobre las fundaciones del sector público más allá de haber reconocido las personas jurídicas públicas la capacidad de fundar⁴⁶⁶. La Ley no define este tipo de fundaciones⁴⁶⁷ y, en particular, a nuestro criterio, no existe un concepto legal único de sector público ya que en ocasiones tiene el alcance restringido a las personas de Derecho público y otras veces a las sociedades mercantiles públicas, pero más frecuentemente se usa el término “sector público” para hacer referencia a parte de las entidades de Derecho público y de Derecho privado bajo el control de la Administración⁴⁶⁸. Sin embargo, el mencionado artículo 44 indica dos supuestos en que la fundación puede ser calificada como tal. Así dispone que serán fundaciones del sector público estatal aquellas que:

a) se constituyan con la aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal, y,

⁴⁶⁶ GONZÁLEZ CUETO, “Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002 de 26 de diciembre”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003, pág. 340.

⁴⁶⁷ DEL CAMPO ARBULO, José Antonio en OLMOS VICENTE, Ignacio, “Las fundaciones. Su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable”,. Editorial Dykinson, Madrid, 1995, Capítulo “Temas polémicos del Título I de la ley y soluciones posibles”, pág. 101.

⁴⁶⁸ ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, “El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros”, La Ley, 2004, pág. 148.

b) su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

Se acoge aquí el criterio económico, lo que no nos parece suficiente porque se olvida el criterio político que supone que el Estado tenga el control de una fundación a través de la designación de la mayoría de los miembros del Patronato o de otros mecanismos que no necesariamente se vinculan por la dotación patrimonial o el sostenimiento de la fundación⁴⁶⁹. Así no se abarcan todas las posibilidades sino que sólo se consideran las económicas a los fines de determinar el carácter de este tipo de fundaciones quizás en un afán de simplificar los parámetros que se deben controlar para incluir una fundación en este sector. Se atienden las mismas circunstancias pero en dos momentos distintos⁴⁷⁰: por un lado al momento de la constitución y por otro, a posteriori, se tienen que dar los extremos del segundo inciso que supone la aportación o cesión de bienes para su funcionamiento. En este caso se deben dejar de lado las subvenciones que tienen otro régimen jurídico de aplicación y control. Si se perdiera el porcentaje superior al 50 por 100 indicado en el apartado segundo automáticamente dejaría de ser fundación del sector público estatal y se registraría por el derecho común sin que subsista ninguna de las normas especiales aplicadas a ella con anterioridad.

Se trata de fundaciones que, a pesar de la ingerencia estatal, no pueden ejercer potestades públicas⁴⁷¹ conforme la Ley de Fundaciones, de lo que se puede inferir que pueden existir otras fundaciones, fuera del régimen del Capítulo XI, que efectivamente ejerzan potestades públicas. Esta delegación de poder administrativo a fundaciones por parte del Estado entendemos que sólo

⁴⁶⁹ GONZÁLEZ CUETO, “Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002 de 26 de diciembre”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003, pág. 346.

⁴⁷⁰ BOQUERA OLIVER, José María en Olavaria Iglesia, Jesús Coordinador, “Comentarios a la Ley de Fundaciones”, Tinent lo blanch, Valencia, 2008. Capítulo XI, Fundaciones del sector público estatal, pág. 1004.

⁴⁷¹ Artículo 46 apartado 1.a) Ley 50/2002: “1. Las fundaciones del sector público estatal estarán sujetas a las siguientes limitaciones: a) no podrán ejercer potestades públicas”.

se podrá hacer por Ley. Parece desacertado que la ley se haya referido a potestades públicas y no a potestades administrativas porque de aquel modo se estaría refiriendo a todas las potestades públicas, es decir, a la constitucional, legislativa, política y jurisdiccional⁴⁷². En ocasiones se denominan “fundaciones públicas” a aquellas que no tienen potestades públicas y esta en realidad es una calificación incorrecta desde el punto de vista jurídico porque esta nominación se reserva a aquellas en las que participa la Administración.

Las fundaciones del sector público estatal se encuentran excluidas de las normas generales de la Ley de Fundaciones, de 26 de diciembre de 2002 salvo en los aspectos no regulados en el Capítulo XI de dicha Ley. Conforme la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se exigía autorización del Consejo de Ministros para la creación de fundaciones estatales. El artículo 45 apartado 1 de la Ley 50/2002, hoy vigente, reitera este concepto indicando que “la creación de fundaciones del sector público estatal deberá ser autorizada por Acuerdo del Consejo de Ministros”. Esto no soluciona el problema del procedimiento adecuado para su formación pero al menos implica una aprobación del Consejo⁴⁷³ y la existencia de una iniciativa de gestión del órgano de la Administración competente⁴⁷⁴. A nuestro entender estas exigencias presuponen un trámite administrativo necesario y sujeto a un procedimiento que será imposible de eludir. Con carácter previo, conforme los apartados 2 y 3 del artículo 45 de la Ley de Fundaciones se debe elaborar una memoria económica, para nosotros informe no vinculante, y, también, una memoria motivadora de la resolución de creación de la fundación⁴⁷⁵.

⁴⁷² BOQUERA OLIVER, José María en Olavaria Iglesia, Jesús, Coordinador, “Comentarios a la Ley de Fundaciones”, Tirant lo blanch, Valencia, 2008. Capítulo XI, Fundaciones del sector público estatal, pág. 1013.

⁴⁷³ GONZÁLEZ CUETO, “Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002 de 26 de diciembre”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003, pág. 341.

⁴⁷⁴ LÓPEZ NIETO Y MALLO, Francisco, “La ordenación legal de las fundaciones”, Wolters Kluwer España SA, Móstoles, Madrid, 2006, pág.269.

⁴⁷⁵ Artículo 45:... 2. En el expediente de autorización deberá incluirse una memoria, que habrá de ser informada por el Ministerio de Administraciones Públicas, en la que, entre otros

Estas fundaciones del sector público estatal son personas jurídicas de derecho privado y por ello están incluidas en la Ley de Fundaciones pero no concurren en ellas las condiciones necesarias para ser titulares de potestades públicas, salvo previsión legal expresa que, de existir, las excluiría de la aplicación de las normas del capítulo XI⁴⁷⁶. Para nosotros, sin embargo, estas fundaciones están actuando en situaciones privilegiadas que las diferencian de las fundaciones estrictamente privadas y por ello deben ser consideradas Administración pública indefectiblemente⁴⁷⁷ en la mayoría de las situaciones conflictivas en las que se vean involucradas.

El Protectorado de estas fundaciones se ejercerá, con independencia del ámbito territorial de actuación de las mismas, por la Administración General del Estado⁴⁷⁸. Compartimos que ésta es una de las más problemáticas interesantes de las Fundaciones del sector estatal ya que puede suceder que el fundador se reserve el Protectorado y esto produzca una superposición de funciones de control y dirección que alteran la diferenciación legal que se le otorga al Patronato del Protectorado en las fundaciones privadas⁴⁷⁹. El artículo

aspectos, se justifiquen suficientemente las razones o motivos por los que se considera existirá una mejor consecución de los fines de interés general perseguidos a través de una fundación que mediante otras formas jurídicas, públicas o privadas, contempladas en la normativa vigente. 3. También deberá presentarse una memoria económica, que habrá de ser informada por el Ministerio de Hacienda. En el caso de creación de fundaciones, en la memoria se justificará la suficiencia de la dotación inicialmente prevista para el comienzo de su actividad y, en su caso, de los compromisos futuros para garantizar su continuidad.

⁴⁷⁶ GONZÁLEZ CUETO, “Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002 de 26 de diciembre”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003, pág. 356.

⁴⁷⁷ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Administraciones Públicas y Derecho privado”, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 25.

⁴⁷⁸ Artículo 46, apartado 1. inciso b.2. de la Ley 50/2002: Las fundaciones del sector público estatal estarán sujetas a las siguientes limitaciones:... 2. El Protectorado de estas fundaciones se ejercerá, con independencia del ámbito territorial de actuación de las mismas, por la Administración General del Estado.

⁴⁷⁹ MARTÍN BERNAL, José Manuel, “Asociaciones y Fundaciones”, Editorial Aranzadi, Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2005, pág. 289.

34 apartado 1. de la Ley 50/2002 deja librada la forma del Protectorado a lo que disponga la norma reglamentaria⁴⁸⁰.

Por otra parte, los mecanismos de control de este tipo de fundaciones parecen dar alguna garantía de su funcionamiento al sumarse los siguientes controles: la autorización previa del Consejo de Ministros como ya apuntamos; las memorias previas indicadas ut supra; la auditoría de la Intervención General de la Administración del Estado; y la remisión a la Ley General Presupuestaria en lo referido a presupuestos, contabilidad y auditoría de cuentas⁴⁸¹. Además se debe presentar la rendición de cuentas a la Intervención General de la Administración del Estado y por su conducto al Tribunal de Cuentas que en ningún caso excluye la obligación de presentar cuentas ante el Protectorado para su depósito en el Registro de Fundaciones⁴⁸².

El apartado 4 del artículo 46 determina los criterios que han de regir para la selección de personal, que “deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria”. No se sujetan a las Leyes para la selección de personal y contratación de las Administraciones públicas pero sí a los principios que informan estas normas⁴⁸³ que a nosotros nos parece que resultan insuficientes porque siguen dejando un margen de discrecionalidad muy grande al Patronato.

La mayoría de las fundaciones públicas constituidas bajo el amparo de la Ley 30/1994, ante el silencio normativo, sujetaban su actividad contractual al

⁴⁸⁰ Artículo 34... 2.El Protectorado será ejercido por la Administración General del estado, en la forma que reglamentariamente se determine, respecto de las fundaciones de competencia estatal.

⁴⁸¹ Artículo 46, apartado 3 de la Ley 50/2002: Las fundaciones del sector público estatal estarán sujetas a las siguientes limitaciones:...3. En materia de presupuestos, contabilidad y auditoría de cuentas, estas fundaciones se regirán por las disposiciones que les sean aplicables del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de diciembre.

⁴⁸² GONZÁLEZ CUETO, “Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002 de 26 de diciembre” Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003, pág. 360.

⁴⁸³ BOQUERA OLIVER, José María en Olavaria Iglesia, Jesús, Coordinador, “Comentarios a la Ley de Fundaciones”, Tinent lo blanch, Valencia, 2008. Capítulo XI, Fundaciones del sector público estatal, pág. 1020.

Derecho privado por lo que el artículo 46 en su apartado 5 establece que *“su contratación se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”*. Pero debemos recordar que el control efectivo de la aplicación de estos principios que en definitiva rigen para la contratación pública, deberá ser realizado por la jurisdicción civil que no tiene habitual manejo de estos parámetros⁴⁸⁴.

El artículo 46.6. altera todo el sistema de control de fondos por cuanto convierte fondos públicos en privados con importantes consecuencias, al decir, que: *“cuando la actividad exclusiva o principal de la fundación sea la disposición dineraria de fondos, sin contraprestación directa de los beneficiarios, para la ejecución de actuaciones o proyectos específicos, dicha actividad se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, siempre que tales recursos provengan del sector público estatal”*. Se trata ni más ni menos que de la actividad subvencional del Estado, es decir, parte de la actividad de fomento clásica, que se encuentra normada por el Derecho administrativo se separa de él para aplicar esta norma de origen civil. Aquí se corre el riesgo no sólo en la tarea de selección de beneficiarios que se flexibiliza porque sólo se dispone la aplicación de principios generales difícilmente verificables en su aplicación práctica sino que, además, se elude la comprobación de la efectiva aplicación de los fondos que puede concluir en un enriquecimiento sin causa para un particular y un fraude para la Administración⁴⁸⁵.

Nada se dice sobre las causales de extinción de estas fundaciones por lo que se les aplicará la norma general del artículo 31 de la Ley de Fundaciones. Tampoco se dice nada sobre el destino de los bienes al momento de la liquidación. En este último sentido hemos adelantado nuestra opinión al tratar el patrimonio fundacional en relación a la necesidad de establecer en los estatutos de la fundación ese destino final. No hay normas especiales para la

⁴⁸⁴ LÓPEZ NIETO Y MALLO, Francisco, “La ordenación legal de las fundaciones”, Wolters Kluwer España SA, Móstoles, Madrid, 2006, pág. 273.

⁴⁸⁵ GONZÁLEZ CUETO, “Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002 de 26 de diciembre”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003, pág. 367.

fusión de estas entidades que podría producirse básicamente por la creación de una nueva fundación con extinción de las otra u otras fundaciones o bien por absorción con extinción de la o las fundaciones absorbidas de acuerdo al régimen general⁴⁸⁶. Nosotros entendemos que la fusión debería ser expresamente incluida en el estatuto del ente creado por la Administración para evitar interpretaciones o situaciones erróneas que favorezcan el malogramiento institucional.

Por último la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Fundaciones dispone la creación de un especial Registro de Fundaciones de Competencia Estatal. Mientras no se cree este Registro existirá la paradoja de que estas fundaciones seguirán naciendo a la vida jurídica en el Registro de Fundaciones privadas.

Para tener una idea de la dimensión adquirida por estas fundaciones mencionamos las fundaciones del sector público estatal cuyos presupuestos aprobara la Ley 30/2005 para el año 2006: Fundación AENA; Fundación Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación; Fundación Almadén-Francisco Javier Villegas; Fundación Biodiversidad; Fundación Canaria Puerto de las Palmas; Fundación Centro de Estudios Económicos y Comerciales (CECO); Fundación Centro de Investigación de Enfermedades Neurológicas; Fundación Centro Nacional de Investigación Oncológica Carlos III; Fundación Centro Nacional del Vidrio; Fundación Colección Thyssen-Bornemisza; Fundación Colegios Mayores MAE-AECI; Fundación de los Ferrocarriles Españoles; Fundación de Servicios Laborales; Fundación del Teatro Lírico; Fundación EFE; Fundación ENRESA; Fundación Escuela de Organización Industrial; Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología; Fundación Española para la Innovación de la Artesanía; Fundación Iberoamericana para el Fomento de la Cultura y Ciencias del Mar; Fundación ICO; Fundación Instituto de Investigación Cardiovascular Carlos III; Fundación Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores; Fundación Instituto Portuario de Estudios y Cooperación de la Comunidad Valenciana; Fundación

⁴⁸⁶ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, "Aspectos de la nueva regulación de las fundaciones culturales privadas", RAP, Revista de Administración Pública, número 70, 1973, pág. 400

Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas; Fundación Juan José García; Fundación Laboral de Minusválidos Santa Bárbara; Fundación Museo do mar de Galicia; Fundación Museo Lázaro Galdiano; Fundación Museo Sorolla; Fundación Observatorio de Prospectiva Tecnológica Industrial (OPTI); Fundación para el Desarrollo de la Formación en las Zonas Mineras del Carbón; Fundación para el Desarrollo de la Investigación en Genómica y Proteómica; Fundación para la Cooperación y Salud Internacional Carlos III; Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales; Fundación Parques Nacionales; Fundación Pluralismo y Convivencia; Fundación Real casa de la Moneda; Fundación Residencia de Estudiantes; Fundación SEPI; Fundación Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje-Sima; Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo; y, Fundación Víctimas del Terrorismo⁴⁸⁷. Más de cuarenta fundaciones de estas características muestran su proliferación en España en los últimos años sin considerar aquellas fundaciones que no están incluidas en esta aprobación de presupuestos y que actúan en más de una Comunidad Autónoma por lo que hay que considerarlas del sector público estatal.

4.4.4. Fundaciones del Patrimonio Nacional y Fundaciones para Conservación del Patrimonio Histórico Español

Otro tipo de fundaciones en el ámbito público son las Fundaciones del Patrimonio Nacional, excluidas de la Ley 50/2002 por su Disposición Adicional Primera, también denominadas “Reales Patronatos”⁴⁸⁸. El Patrimonio Nacional está integrado por los bienes de titularidad estatal afectados al uso y servicio

⁴⁸⁷ CASARES MARCOS, Ana Belén en BENEYTO PÉREZ, José María, Director, Alfonso Rincón GARCÍA LOYGORRI, Coordinador, “Tratado de Fundaciones”, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, Capítulo 4, Tipología fundacional, pág. 210.

⁴⁸⁸ Disposición Adicional Primera de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre: “La presente Ley no será de aplicación a las fundaciones a que se refiere la Ley 23/1982, de 16 de junio, del Patrimonio Nacional”.

del Rey y de los miembros de la Real Familia para el ejercicio de la alta representación que la Constitución y las Leyes les atribuyen. El artículo 5 de la Ley 23/1982, de 16 de junio del Patrimonio Nacional dispone que forman parte de él *“los derechos de patronato o de gobierno y administración sobre las siguientes Fundaciones, denominadas Reales Patronatos como hemos anticipado, a saber: 1. la Iglesia y el Convento de la Encarnación. 2. La Iglesia y Hospital del Buen Suceso. 3. El Convento de las Descalzas Reales. 4. La Real Basílica de Atocha. 5. La Iglesia y Colegio de Santa Isabel. 6. La Iglesia y Colegio de Loreto, en Madrid, donde también se radican los citados en los apartados precedentes. 7. El Monasterio de San Lorenzo de El Escorial, sito en dicha localidad. 8. El Monasterio de las Huelgas, en Burgos. 9. El Hospital del Rey, sito en dicha capital. 10. El Convento de Santa Clara, en Tordesillas. 11. El Convento de San pascual en Aranjuez. 12. El Copatronato del Colegio de Doncellas Nobles, en Toledo”*. La administración ordinaria del Patrimonio Nacional corresponde a un Consejo de Administración, que es una entidad de Derecho público adscrita a la Presidencia del Gobierno, a través del Ministerio de la Presidencia. El Protectorado queda confiado al Rey.

Su régimen jurídico está desarrollado en el Reglamento de la Ley del Patrimonio Nacional y curiosamente contiene una cláusula de remisión a la normativa sobre fundaciones privadas para todo lo no previsto en el propio Reglamento y que se refiera a la administración, gobierno y ejercicio del Protectorado sobre los Reales Patronatos. Esta remisión debe entenderse hecha a la Ley 50/2002 de Fundaciones⁴⁸⁹.

Deben también considerarse excluidas a las Fundaciones para Conservación del Patrimonio Histórico Español que se rigen por la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español; por la Ley de Régimen Fiscal de las Entidades sin fines lucrativos y por las normas de naturaleza tributaria del

⁴⁸⁹ GONZÁLEZ CUETO, “Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002 de 26 de diciembre”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003, pág. 374.

Estado y de las Comunidades Autónomas que sean de aplicación en su caso⁴⁹⁰.

4.4.5. Fundaciones de Entidades Religiosas

En el ámbito de lo público debemos considerar las Fundaciones de Entidades Religiosas⁴⁹¹. Estas fundaciones no tienen un régimen especial sino que como son preexistentes a la legislación fundacional privada y se vinculan con Tratados Internacionales, legislación y reglamentos estatales tienen algunas peculiaridades que, de cualquier modo, no las excluyen de la plena aplicación del derecho común. Ejemplo de ello es el Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos que dispone en su artículo 1 apartado 4 que *“el Estado reconoce la personalidad jurídica civil y la plena capacidad de obrar de las Ordenes, Congregaciones religiosas y otros Institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas y de las asociaciones y otras entidades y fundaciones religiosas que gocen de ella en la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo”*. Existe para la Iglesia Católica la posibilidad de erigir fundaciones religiosas con arreglo al Derecho Canónico y éstas adquirirán personalidad jurídica civil mediante la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas por lo que no será necesaria su inscripción en el Registro de Fundaciones de competencia estatal ni en cualquier otro de ámbito territorial limitado. La Ley de Fundaciones se aplica sin perjuicio de esos acuerdos y convenios preexistentes. Así la Ley Orgánica de Libertad Religiosa dispone en su artículo 6.2. que las diferentes Iglesias, Confesiones y

⁴⁹⁰ LÓPEZ NIETO Y MALLO, Francisco, “La ordenación legal de las fundaciones”, Wolters Kluwer España SA, Móstoles, Madrid, 2006, pág. 275.

⁴⁹¹ Disposición Adicional Segunda de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre: “Lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio de lo establecido en los acuerdos con la Iglesia Católica y en los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por el Estado con otras iglesias, confesiones y comunidades religiosas, así como en las normas dictadas para su aplicación, para las fundaciones creadas o fomentadas por las mismas”.

Comunidades religiosas podrán crear fundaciones para la realización de sus fines, con sometimiento al ordenamiento jurídico general⁴⁹².

4.5. Algunas experiencias en el mundo

No son pocas las experiencias en distintos países del mundo y en distintos sectores de la actividad humana donde el Estado tiene protagonismo en fundaciones y a través de ellas cumple fines específicos que hacen a su existencia⁴⁹³.

Así en la **República Federal de Alemania** existen las llamadas “fundaciones públicas”, constituidas con todas las ventajas de las fundaciones privadas.

Podemos mencionar la **Fundación von Humboldt**, que tiene como finalidades el avance de las ciencias sociales y naturales, las humanidades y la salud pública y el fomento de la cooperación de investigación internacional. Se trata de una fundación pública de derecho privado con responsabilidad jurídica, cuyo fundador ha sido el Estado Federal, representado por el Ministerio Federal de Asuntos Extranjeros. Es ampliamente conocido su programa que posibilita estancias de investigación de larga duración en Alemania a científicos extranjeros altamente calificados y apoya las cooperaciones científicas y culturales resultantes de esas estancias. A la fecha tiene una red de investigadores en el mundo que superan los 23.000 distribuidos en más de 130 países.

⁴⁹² GONZÁLEZ CUETO, “Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002 de 26 de diciembre”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003, pág. 377.

⁴⁹³ Se marca en “negrita” el país, la fundación o la actividad a la que nos referimos.

Así también se puede indicar la **Stiftung Volkswagenwerk** que fue establecida en el año 1961, como donación privada y es claro ejemplo de la armonía de gestión que se puede producir en la colaboración público-privada. Debe su existencia a un acuerdo entre la República Federal de Alemania y el Estado de la Baja Sajonia, que puso fin a la controversia relativa a la propiedad de la Volkswagenwerk después del año 1945. La Antigua Volkswagenwerk GmbH fue, por lo tanto, transformada en una sociedad anónima, quedando 60% del capital accionario en manos privadas, a través de la emisión de las llamadas “acciones populares”. Los beneficios de estas acciones constituyó el capital de la fundación.

También se puede mencionar a la **Fundación Konrad Adenauer** que actúa a través del servicio exterior de la República Federal, particularmente dedicada a conceder becas y asistencia a la investigación y realiza un trabajo constante en América Latina para la formación de los cuadros políticos de distintas agrupaciones.

Por último mencionamos, en referencia a Alemania, a la **Fundación ABC para América Latina**, fundación pública de derecho civil con personalidad jurídica y sede en Tutzing, Alemania, cuyo objetivo consiste en promover la formación escolar y profesional de niños y jóvenes, especialmente en América Latina, a través de proyectos y otras formas de ayuda para el desarrollo. Las medidas de fomento deben contribuir tanto a la elevación del nivel educativo, como al afianzamiento del carácter de los niños. Los objetivos de la Fundación se alcanzan especialmente mediante:

- la adjudicación de becas;
- el establecimiento, apoyo, acompañamiento y cooperación con instituciones en países latinoamericanos con el objeto de posibilitar y promover proyectos de formación escolar y profesional de niños. Esto incluye igualmente la formación calificada de instructores;
- el otorgamiento de subsidios materiales y viáticos para cursos de idiomas y de formación y capacitación de niños y jóvenes latinoamericanos en el interior y exterior.

Las fundaciones del derecho público, en Alemania, tienen su origen en un acto de gobierno, o, en razón de su naturaleza especial, son incorporadas a un órgano del Estado, o de la Iglesia, o a cualquier otra colectividad pública. No se aplican a ellas las reglas del derecho civil.

El primer ejemplo de fundación pública en los **Países Bajos**, es la fundación conocida como Prins Bernhard Fonds fue establecida en Londres en 1940, con el fin de reunir fondos para la compra de material bélico destinado a los gobiernos británico y holandés. Hacia fines de la Segunda Guerra Mundial fueron reunidos más de 21.000.000 de florines, enviados por ciudadanos holandeses, desde territorios no ocupados. Después de este conflicto armado, se decidió orientar la Fundación hacia la reconstrucción de la vida cultural en los Países Bajos y en el exterior que continúa hasta la fecha.

Una importantísima tarea propia del gobierno de **Francia** es la realizada en el campo cultural con alcance internacional, por una institución civil, la Alliance Française, que posee una gran agilidad, por escapar a la lentitud de la burocracia administrativa oficial.

En la **República Federativa de Brasil** es dable hallar las “Fundações de Direito Público”, las “Fundações Públicas” y las “Fundações Empresas Públicas”, aparte de buena cantidad de fundaciones mixtas.

Es muy interesante analizar el caso de los **Bancos**, tanto públicos como privados, y sus fundaciones, ya que generalmente las fundaciones bancarias están subordinada al ente que las creó particularmente en relación a su dotación patrimonial y a su mantenimiento económico.

Los Bancos, por su naturaleza, no se constituyen con objeto de bien común, sin fines de lucro. Los bancos estatales, creados con fondos públicos, no son una excepción a la regla.

Es muy difícil que la carta orgánica o los estatutos de las instituciones bancarias, particularmente estatales, pueden autorizar a engendrar una persona del derecho privado, aún siendo ellas mismas personas del derecho público si fueren estatales, o a transformarse en persona del derecho privado, a través de una desmembración de su capital en algunos casos.

Existen en el mundo los llamados “banco de fundación” que son instituciones que explotan el crédito con fines exclusivos de beneficencia. El capital es propiedad de la fundación y las utilidades que arrojan sus balances son destinadas exclusivamente a fines de bien común. Su origen arranca en el año 1539, en que uno de los más terribles flagelos, la usura, desangraba al pueblo napolitano. Dicen que espíritus generosos, conmovidos por tan extendido mal, y ante la impotencia del reino para neutralizar sus consecuencias, a pesar de las drásticas medidas contra la usura, idearon la entrega de dinero para ser invertido en préstamos prendarios a muy bajo interés. Así nació el Monte de Pietá Ave Gratia Plena, y luego el Sacro Monte dei Poveri, el Banco de Santa María dei Popolo, el Banco de San't Eligio al Mercato, el Banco de San Giacomo a Vittoria y el Banco del Salvatore. Para sobrevivir a la presión fiscal y para fortalecerse, se unieron o fusionaron varios de ellos en un nuevo Banco: el Banco Nazionali di Napoli, luego Banco di Napoli. Desde su creación, este Banco destina sus utilidades por completo a la beneficencia, en su más amplio sentido.⁴⁹⁴

En España, por ejemplo, en relación a Bancos privados en el año 1989 se inscribieron las Fundaciones Banco Bilbao Vizcaya y MAPFRE Vida; en 1990, La Fundación Caja de Madrid; en 1991, la Fundación Cultural Banesto.⁴⁹⁵ Las fundaciones pertenecientes a entidades bancarias en general, acaparan el 80%

⁴⁹⁴ COCCA, Aldo Armando, “Las Fundaciones. Del Derecho de la Antigüedad al moderno Derecho Internacional. Historia y Legislación en la República Argentina”, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, pág. 210.

⁴⁹⁵ CABRA DE LUNA, Miguel Angel, “La dimensión económica de las fundaciones españolas de competencia estatal: una aproximación”, Economistas, Colegio de Madrid, Número 83, enero 2000, pág. 81.

de las dotaciones fundacionales⁴⁹⁶. Por otra parte, el Banco de España ha constituido la fundación denominada Centro de Estudios Monetarios y Financieros (CEMFI) cuya finalidad principal es la investigación en ciencias económicas. Al momento de su constitución fue la fundación con más alta dotación inicial de esos años⁴⁹⁷.

El primer caso de dotación enteramente pública de una fundación en España, es, el de la Escuela de Organización Industrial, antiguo organismo autónomo comercial transformado en el año 1997 en fundación. Otro ejemplo es el de las fundaciones de hospitales y, asimismo el de fundaciones constituidas por las Universidades públicas. Los ejemplos de dotación y gestión mixta, en segundo lugar, abundan cada día más y ellos despiertan verdadero interés. La Fundación Colección Thyssen Bornemisza, constituida en el año 1998 por el Estado español y el Barón Thyssen Bornemisza como fundación cultural privada para la gestión de la colección de arte prestada para su exposición pública en España es prueba de ello⁴⁹⁸. Estas fundaciones han tenido, por parte de la doctrina, tanto valoraciones negativas como positivas⁴⁹⁹. Nosotros nos enrolamos en la defensa de las mismas y de su utilidad.

El 16 de noviembre de 2001 el Consejo de Ministros creó la Fundación Víctimas del Terrorismo que tiene carácter estatal con la participación de empresas privadas⁵⁰⁰ y resulta el espacio común donde el dolor del Estado y

⁴⁹⁶ CABRA DE LUNA, Miguel Angel, “La dimensión económica de las fundaciones españolas de competencia estatal: una aproximación”, *Economistas*, Colegio de Madrid, Número 83, enero 2000, pág. 84.

⁴⁹⁷ CABRA DE LUNA, Miguel Angel, “La dimensión económica de las fundaciones españolas de competencia estatal: una aproximación”, *Economistas*, Colegio de Madrid, Número 83, enero 2000, pág. 93.

⁴⁹⁸ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 68.

⁴⁹⁹ Estudios de las profesoras Silvia DEL SAZ y M^a Jesús MONTORO en VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 69.

⁵⁰⁰ BOQUERA OLIVER, José María en Olavaria Iglesia, Jesús, Coordinador, “Comentarios a la Ley de Fundaciones”, Tinent lo blanch, Valencia, 2008, Capítulo XI, Fundaciones del sector público estatal, pág. 1010.

los particulares se unen para consolidar esfuerzos para que lo sucedido en Atocha no se repita nunca jamás.

4.6. Fundaciones públicas o en mano pública

Las fundaciones que analizamos aquí son las fundaciones privadas constituidas o gestionadas por la Administración General del Estado, sus organismos públicos y demás entidades del sector público estatal con o sin participación en su constitución o gestión de personas privadas o entidades públicas que no sean del sector público estatal, como son las Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios o Administraciones institucionales no estatales y que, además, no cumplen con los requisitos determinados el Capítulo XI de la Ley 50/2002 de Fundaciones por lo que se encuentran excluidas de su aplicación y se someten a la legislación general⁵⁰¹. Hablamos aquí de verdaderas fundaciones privadas aunque no lo son propiamente y se diferencian de las otras fundaciones del sector estatal porque, esas, son parte de la Administración institucional⁵⁰². A veces se trata de las dadas en llamar fundaciones mixtas porque en su constitución concurre el Estado con los particulares, pero una vez creadas se les aplica plenamente la legislación civil. Además de la Ley de Fundaciones, entre otras, las siguientes leyes estatales se refieren a este tipo particular de fundaciones: Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General; Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado; y la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo.

⁵⁰¹ BOQUERA OLIVER, José María en Olavaria Iglesia, Jesús, Coordinador, "Comentarios a la Ley de Fundaciones" Tinent lo blanch, Valencia, 2008, Capítulo XI, "Fundaciones del sector público estatal", pág. 1004.

⁵⁰² PIÑAR MAÑAS, José Luis, "Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones", REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 97, enero-marzo 1998, pág. 38.

4.6.1. Características de las fundaciones en mano pública

Las características de estas fundaciones a las que nos referimos son:

a) participa en su constitución la Administración General del Estado, una o varias Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios o Administraciones institucionales no estatales pero en el caso de la Administración General no cumple con los extremos impuestos por el Capítulo XI de la Ley de Fundaciones que las constituye en Fundaciones del Sector Público Estatal;

b) es dotada patrimonialmente por la Administración General del Estado, una o varias Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios o Administraciones institucionales no estatales pero en el caso de la Administración General no cumple con los extremos impuestos por el Capítulo XI de la Ley de Fundaciones;

c) en su Patronato hay miembros nombrados por la Administración General del Estado, una o varias Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios o Administraciones institucionales no estatales en forma mayoritaria o minoritaria;

d) recibe asistencia económica total o parcial de la Administración General del Estado, una o varias Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios o Administraciones institucionales no estatales;

En virtud de ello realizamos algunas consideraciones⁵⁰³ sobre estas condiciones que nos permitirán identificar este tipo de fundaciones que seguimos denominando “fundaciones en mano pública” a pesar del deseo de bautizarlas “fundaciones con influencia pública”, “fundaciones con detalles públicos” o “fundaciones con matices públicos”.

⁵⁰³ Estas consideraciones serán destacadas en “negrita” en el texto.

La fórmula legal para designar a los organismos públicos creados por la Ley 50/1998 es el de “fundaciones públicas”; luego aparece el término legal de “fundaciones del sector público estatal” que son aquellas que regula el Capítulo XI en los artículos 44 a 46 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre; y, la doctrina **ha empleado la nominación “fundaciones en mano pública”, que se utiliza para denominar a las fundaciones en sentido estricto, o de Derecho privado, constituidas por las Administraciones públicas.** Dichas fundaciones, en cuanto regidas fundamentalmente por el Derecho privado, constituyen una manifestación del fenómeno conocido como “huida del Derecho administrativo” para autores como VAQUER CABALLERÍA⁵⁰⁴.

El artículo 6.4 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada, reiterado en la vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre, parece contener una definición de capacidad fundacional de carácter general a favor de la Administración Pública en su conjunto que se repite en la legislación vigente⁵⁰⁵ como ya se ha indicado. Sin embargo, el artículo de la Ley de Fundaciones vigente es claro: la Ley otorga “capacidad” a los entes públicos “para constituir fundaciones”, y ello no “cuando” o “en la medida de que” lo establezcan sus normas reguladoras, sino “salvo que... establezcan lo contrario”. Sobre esta base, PIÑAR MAÑAS, como ya hemos indicado, concluye que **la Ley de Fundaciones configura expresa y terminantemente las fundaciones en mano pública, sin necesidad una habilitación ulterior** y así también lo creemos con las consideraciones ya apuntadas por lo que se advertirá siempre la presencia de la Administración General del Estado, una o varias Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios o Administraciones institucionales no estatales suscribiendo el acta constitutiva.

⁵⁰⁴ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 57/58.

⁵⁰⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid, en Prólogo de VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 13.

Estas fundaciones se utilizan **para el cumplimiento de funciones de carácter público** por lo que las actividades que realizan también pueden ayudarnos a clarificar su naturaleza porque normalmente la Administración pública no participará en cualquier fin de interés general sino en aquellos que hagan a su competencia⁵⁰⁶. Aquí aparecen *“las fundaciones específicamente concebidas por el Derecho público como formas de prestación de servicios o de mera tenencia y administración de bienes”* que generalmente son *“fundaciones constituidas por la Administración o sus entidades instrumentales con arreglo al Derecho común o general de fundaciones privadas”* según MORELL OCAÑA y RUÍZ OJEDA⁵⁰⁷. Habitualmente se trata de entidades que realizan actividades que no son objeto de libre oferta en el mercado por empresarios particulares porque precisamente se trata de servicios no rentables económicamente y desarrollados fuera de todo interés particular pero que resultan atractivas al Estado para cumplir sus fines⁵⁰⁸. Es esencial determinar si el ente ejerce una actividad propia de los sujetos públicos o bien desempeña funciones que indistintamente pueden realizar tanto sujetos públicos como privados porque la forma privada no resulta la más apropiada para el ejercicio de potestades públicas como es sabido⁵⁰⁹ y si así fuera no podríamos decir que el sujeto es una “fundación en mano pública” sino otro tipo de fundación.

Los entes administrativos que crean fundaciones sólo “pueden querer y actuar de la manera más acorde al fin de interés general de que se trate”⁵¹⁰ en

⁵⁰⁶ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Administraciones Públicas y Derecho privado”, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 79.

⁵⁰⁷ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 230.

⁵⁰⁸ ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, “El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros” La Ley, 2004, pág. 80.

⁵⁰⁹ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Administraciones Públicas y Derecho privado”, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 134 y 143.

⁵¹⁰ MORELL OCAÑA, Luis, “La personificación y otorgamiento de “status” en el Derecho Administrativo. Rasgos generales del “status” de los entes administrativos”, RAP, Revista de Administración Pública, Números 100-102, Enero-diciembre 1983, pág. 1000.

relación a sus respectivas competencias, por lo que habitualmente el primer análisis se hará considerando **el fin asignado a la fundación que normalmente será coincidente con la actividad de su ente creador.**

A través de estos sujetos el Estado ya no se limita a la actividad de policía o mantenimiento del orden público sino que se convierte en un sujeto que asume una posición activa en la prestación de servicios, por ejemplo⁵¹¹.

En fin, debe tomarse en consideración **cuál es el sujeto que tiene la iniciativa** de creación, la naturaleza de la tarea que desarrolla, las reglas de organización y funcionamiento, el origen de la dotación y de los recursos, el grado y tipo de controles⁵¹², las definiciones de las políticas de actuación, porque éstos son algunos de los datos sustanciales que nos pueden llevar a caracterizar las fundaciones en mano pública.

La legislación impone que estas entidades **se financien con los ingresos que deriven de sus bienes y derechos y de sus operaciones**, sin dejar de lado otra serie diversa de recursos económicos aportados por terceros como la Administración General del Estado, una o varias Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios o Administraciones institucionales no estatales⁵¹³. Generalmente las fundaciones en mano pública disponen de financiación y dotación pública para proceder a la contratación de bienes y servicios necesarios para su actuación⁵¹⁴.

⁵¹¹ MALARET I GARCÍA, Elisenda, "Servicios Públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto", RAP, número 145, 1998, pág. 50.

⁵¹² MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, "Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales", Fundació Carles Pi I Sunyer d'Estudis Autonomics i Locals, Barcelona, 2005, pág. 14.

⁵¹³ DE LA SERNA BILBAO, María Nieves, Profesora Titular de Derecho Administrativo (interina) Universidad Carlos III de Madrid, "Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública", Documentación Administrativa, número 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pág. 509.

⁵¹⁴ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, "Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales", Fundació Carles Pi I Sunyer d'Estudis Autonomics i Locals, Barcelona, 2005, pág. 96.

Los **miembros del Patronato** que son nombrados por las administraciones públicas, en su mayoría son asignados en función del cargo ejercido en las mismas por lo que se produce la influencia y a veces el control de la dirección de la entidad tanto en sus aspectos estratégicos de gobierno como en los financieros llegando al extremo de la comunicación patrimonial en algunos casos como indica ORTÍZ VAAMONDE⁵¹⁵.

En cada caso en particular se deberá comprobar que concurren algunas de las notas señaladas para poder definir si hay una fundación en mano pública, sin poder anticipar nosotros una respuesta general aplicable a todos los casos. Sin embargo, tenemos la certeza de que si alguna de estas características, si más no fuere solitariamente, se advierten en una fundación, entonces, ésta institución, seguramente, tendrá en su haber alguna influencia pública que nos sitúe en una zona gris en relación a la norma aplicable en caso de conflicto y nos permita, otra vez, contribuir al análisis y a la propuesta de soluciones hasta que, algún día, un marco legal adecuado las contemple y termine con la incertidumbre y la inseguridad jurídica.

⁵¹⁵ ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, "El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros", La Ley, 2004, pág. 99.

Conclusiones ⁵¹⁶

1. Debe elaborarse una **teoría** que plantee y resuelva los problemas específicos de los entes de base fundacional creados por la Administración Pública⁵¹⁷. No sólo porque estas entidades pueden presentar ventajas por su autonomía y mayor maniobrabilidad sino porque estas formas privadas facilitan particularmente la colaboración público-privada en numerosos proyectos estatales dirigidos a la satisfacción del interés general⁵¹⁸. La mayor flexibilidad de su régimen jurídico, financiero, presupuestario y contractual no debe dar espacio a sustituciones normativas o funcionales inadecuadas por lo que se hace necesario recurrir a una estructura conceptual clara de este instituto fundacional público.
2. Debiera establecerse una regulación diferenciada⁵¹⁹, **marco jurídico** completo y adecuado para las fundaciones en mano pública visto el vacío normativo⁵²⁰ y el ordenamiento imperfecto existente⁵²¹ para

⁵¹⁶ Destacaremos con “negrita” algunos conceptos.

⁵¹⁷ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 235.

⁵¹⁸ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Derecho administrativo económico”, Cuarta edición, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 16. En igual sentido este autor se pronuncia en su libro Administraciones Públicas y Derecho privado, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 160.

⁵¹⁹ PIÑAR MAÑAS, José Luis, “Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 97, enero-marzo 1998, pág. 62.

⁵²⁰ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 78, Indican, asimismo, la insuficiencia normativa Bermejo Latre, José y Mir Puigpelat, Oriol, “Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 104, 1999, pág. 592.

⁵²¹ NIETO, Alejandro, Catedrático de Derecho Administrativo, “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, RAP, Revista de Administración Pública, número 76, 1976, pág.16.

aportar mayor seguridad jurídica y certeza legal⁵²². Es claro que, por lo pronto, estas fundaciones escapan al régimen legal tradicional tanto público como privado⁵²³. Este marco debería incluir criterios generales sobre la estructura básica interna, los requisitos de composición de los órganos⁵²⁴, ámbito funcional y territorial, el régimen jurídico a aplicar a cuestiones esenciales como el personal jerárquico o las contrataciones para orientar la decisión concreta y limitada a la creación y gestión específica de determinada fundación verificando las reales y legítimas ventajas que ella ofrece⁵²⁵. Hay cuestiones con matices de Derecho administrativo que no pueden ser libradas al azar como la creación, modificación, supresión, refundición y dependencia; las condiciones que debe reunir el titular del máximo órgano de dirección; las reglas de funcionamiento del consejo rector o consejo de administración; las condiciones retributivas del personal; los controles sobre gastos de personal y gestión de recursos humanos; el inventario de bienes y derechos; la autorización para celebrar contratos por encima de ciertas cuantías y el control de eficacia⁵²⁶.

Deben establecerse legalmente los modos y condiciones de creación de fundaciones por parte de los entes locales cubriendo las aparentes

⁵²² MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, "Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales", Fundació Carles Pi I Sunyer d'Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 2005, pág. 19.

⁵²³ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, "Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros".

⁵²⁴ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc. Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales. Fundació Carles Pi I Sunyer d'Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 2005, pág. 68.

⁵²⁵ RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Administraciones Públicas y Derecho privado", Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 71.

⁵²⁶ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, "Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros".

lagunas existentes de la forma que mejor respuesta a los condicionamientos constitucionales⁵²⁷.

3. Lo importante es diseñar los preceptos concretos que restrinjan **la libertad de la Administración** para optar libremente por personificaciones tanto de derecho público como de Derecho privado⁵²⁸ para racionalizar la creación de entes instrumentales. Es indispensable poder verificar si el recurso a la personificación de Derecho privado es adecuado y responde a las exigencias constitucionales de organización, o bien, plantea objeciones por violar normas o principios de Derecho administrativo⁵²⁹. La decisión se debe incardinar en el objeto que más se ajuste al interés público, en el esquema más adecuado para cumplir ese fin y debe respetar el principio de especialidad. Así se debe captar el dato objetivo que reconoce la necesidad y conveniencia debidamente justificada de creación de una fundación. Se trata de reducir el ámbito de discrecionalidad.

Dado que existe una especial vinculación entre el Estado y las fundaciones que él mismo constituye en los estatutos, que deben ser publicados antes de la constitución de la fundación, es indispensable establecer claramente las cláusulas referidas al régimen de los órganos de dirección; las funciones y competencias que se le asignan, incluyendo potestades; la naturaleza de las mismas; el patrimonio del que se la dote; el régimen relativo a los recursos humanos, el patrimonio y la contratación; el origen de los recursos; el nivel y tipología de control; el régimen presupuestario, económico-financiero y de contabilidad; el

⁵²⁷ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, “Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales”, Fundació Carles Pi I Sunyer d’Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 2005, pág. 20.

⁵²⁸ ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, “El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros”, La Ley, 2004, pág. 69. En igual sentido RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Administraciones Públicas y Derecho privado”, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 58.

⁵²⁹ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”.

control interno; los cambios estatutarios y la disolución porque será el único modo de limitar el funcionamiento de estos entes⁵³⁰. Particularmente se deben establecer cláusulas referidas a su extinción dado que ni siquiera una Ley sería suficiente para suprimir una fundación de este tipo ya que sólo pueden ser disueltas o suspendidas en virtud de resolución judicial motivada⁵³¹. Se debe prohibir la utilización de estatutos tipo para la constitución de fundaciones.

Debe propugnarse a la mayor juridificación de la potestad organizatoria de la Administración ya que no puede exponérsela a una total discrecionalidad conforme la cual podría menoscabar las garantías jurídicas de los ciudadanos⁵³².

Asimismo es posible pensar en la reglamentación de los servicios, cuando son prestados por entes instrumentales de la Administración con forma de fundación, para el ejercicio intenso de sus derechos por parte de los usuarios, el respeto a los principios del servicio público y la publicación de la relación de instrumentalizada⁵³³.

4. Deben establecerse claramente los criterios para regular, en la creación de fundaciones en manos públicas, el ejercicio de la **voluntad fundacional**⁵³⁴ porque la sola y exclusiva voluntad del órgano que

⁵³⁰ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, "Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros".

⁵³¹ PIÑAR MAÑAS, José Luis, "Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones", REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 97, enero-marzo 1998, pág. 56.

⁵³² RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Administraciones Públicas y Derecho privado", Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 31.

⁵³³ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, "Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros".

⁵³⁴ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, "Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador", Marcial Pons, 2000, pág. 24/25.

decide la constitución resulta incompatible con el Estado de Derecho⁵³⁵. Generalmente las situaciones de abuso de derecho se detectan cuando hay una voluntad subyacente distinta de la voluntad de quien constituye por lo que resulta esencial postular mecanismos que garanticen la legalidad de la decisión del sujeto que tiene la iniciativa de creación. Los actos preparatorios son actos administrativos en ejercicio de una potestad administrativa⁵³⁶. Se deben, entonces, establecer los presupuestos y requisitos de validez y de eficacia a que ha de someterse la voluntad administrativa para alcanzar valor jurídico⁵³⁷ determinándose incluso una exigencia procedimental⁵³⁸ ya que el procedimiento administrativo se configura como un instrumento jurídico posibilitador del cumplimiento del deber de buena administración⁵³⁹. La expresión de la voluntad fundadora deberá ir acompañada por una razonada motivación y una expresa justificación consignando antecedentes de hecho y de derecho⁵⁴⁰ que correspondan a análisis, estudios, consultas y trabajos previos suficientes⁵⁴¹.

⁵³⁵ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "De la arbitrariedad de la Administración", Civitas, Madrid, 1994, pág. 82 mencionado por Cassagne, Juan Carlos en "La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial", El Derecho, Buenos Aires, Argentina, diario del 29 de septiembre de 2008.

⁵³⁶ CRESPO PÉREZ, Jorge, "La formación de la voluntad de la Administración en a contratación pública", Trabajo de Grado de la Facultad de Derecho, Departamento de Derecho administrativo, financiero y procesal de la Universidad de Salamanca, 2002, pág. 23.

⁵³⁷ MORELL OCAÑA, Luis, "La personificación y otorgamiento de "status" en el Derecho Administrativo. Rasgos generales del "status" de los entes administrativos", RAP, Revista de Administración Pública, Números 100-102, Enero-diciembre 1983, pág. 997.

⁵³⁸ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, "Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros".

⁵³⁹ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, "Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales", Fundació Carles Pi I Sunyer d'Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 2005, pág. 76.

⁵⁴⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, "La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial", El Derecho, Buenos Aires, Argentina, diario del 29 de septiembre de 2008.

⁵⁴¹ CRESPO PÉREZ, Jorge, "La formación de la voluntad de la Administración en a contratación pública", Trabajo de Grado de la Facultad de Derecho, Departamento de Derecho administrativo, financiero y procesal de la Universidad de Salamanca, 2002, Conclusiones.

5. Deben establecerse los **cometidos posibles** que deben tener las fundaciones en mano pública siguiendo el criterio de especialidad con respeto al condicionamiento teleológico del interés general⁵⁴². No pueden existir declaraciones genéricas de interés público por parte de la Administración. Esto supone diseñar estándares con márgenes razonables de delimitación de actividades que respeten el principio de especialidad y habiliten la evolución funcional del ente para adaptarse a las necesidades de interés público en lo que hace a los fines asignados. Corresponde determinar legalmente el ámbito material de actuación de estos entes⁵⁴³. Esto no supone necesariamente la estipulación normativa de cada concreto sino que se puede consolidar a través de disposiciones orientativas⁵⁴⁴ más generales sin que ello lleve a la abstracción y disponga límites preestablecidos.

No todo servicio público, por ejemplo, puede ser susceptible de ser prestado por una fundación por lo se hace indispensable una norma que limite los fines que podrían ser asignados a las fundaciones públicas. En esta tarea de referencia finalista es pertinente revisar la experiencia habida en la sociedad española en los últimos años que necesita establecer, por otra parte, un concepto claro y preciso de servicio público inexistente tanto en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia⁵⁴⁵.

6. Hay que regular los **controles** a los fines de que los mismos no se superpongan, neutralicen o eludan y para limitar el margen de

⁵⁴² MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, "Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales", Fundació Carles Pi I Sunyer d'Estudis Autònoms i Locals, Barcelona, 2005, pág. 19.

⁵⁴³ DE LA SERNA BILBAO, María Nieves, "Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública", Documentación Administrativa, número 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pág. 504.

⁵⁴⁴ CRESPO PÉREZ, Jorge, "La formación de la voluntad de la Administración en a contratación pública", Trabajo de Grado de la Facultad de Derecho, Departamento de Derecho administrativo, financiero y procesal de la Universidad de Salamanca, 2002, pág. 34.

⁵⁴⁵ DE LA SERNA BILBAO, María Nieves, "Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública", Documentación Administrativa, número 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pág. 503.

discrecionalidad de la persona jurídica. No se trata de controlar sin más el ejercicio del derecho de fundación, sino de garantizar su recto ejercicio⁵⁴⁶. La exigencia de mayor transparencia es necesaria a los fines de otorgar seguridad jurídica y certeza a los ciudadanos⁵⁴⁷. Justamente el control económico-financiero de las fundaciones privadas es una de las cuestiones que no ha merecido excesiva atención por parte de los administrativistas por lo que el régimen de control debería ser revisado y rediseñado incluyendo exigencias documentales específicas terminando con la dialéctica entre flexibilidad y control para lograr condiciones de control efectivas⁵⁴⁸. Debe quedar claro que la creación de entes fundacionales con personalidad jurídica propia no elimina el control necesario del Gobierno y de la Administración porque la propia existencia de los mismos está vinculada al cumplimiento de la función asignada en su constitución⁵⁴⁹. Se hace esencial el control de cumplimiento de las normas legales, es decir del respeto al principio de legalidad impuesto a la Administración en la Constitución española en el artículo 103.1. al indicar su “sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Aunque para RIVERO *“la sumisión de la Administración al derecho ha adquirido un valor de principio”*⁵⁵⁰. En cumplimiento del ordenamiento comunitario europeo se deben agudizar los mecanismos de control, transparencia, garantía y responsabilidad en estas entidades porque la

⁵⁴⁶ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 183. Asimismo en PIÑAR MAÑAS, José Luis, “Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 97, enero-marzo 1998, pág. 38.

⁵⁴⁷ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, “Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales”, Fundació Carles Pi I Sunyer d’Estudis Autònoms i Locals, Barcelona, 2005, pág. 13.

⁵⁴⁸ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”.

⁵⁴⁹ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Administraciones Públicas y Derecho privado, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 92.

⁵⁵⁰ RIVERO, Jean, “L’Administration et le droit”, en Reveu Internationale des Sciences Administratives, Volumen XLIV, 1978 p. 145, artículo reproducido en Páginas de derecho administrativo de, Temis, Bogotá, 2002, pág. 188 mencionado por CASSAGNE, Juan Carlos, “La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial”, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, diario del 29 de septiembre de 2008.

aplicación de normas supranacionales no puede verse obstaculizada por las decisiones organizativas instrumentales que adopten los sectores públicos nacionales⁵⁵¹.

El Protectorado debe garantizar efectivamente el ejercicio de sus funciones de control referidas al efectivo cumplimiento de los fines fundacionales para lo cual se hace necesario establecer pautas de publicidad de su actuación tanto de fiscalización como de básico asesoramiento⁵⁵². Además debe mantenerse la independencia, objetividad e imparcialidad en el ejercicio del control por parte del Protectorado.

Se debe establecer estatutariamente el sometimiento de las cuentas a una auditoría externa además de los controles presupuestarios y de Tribunales de Cuentas⁵⁵³.

Se deben aplicar los mecanismos de control democrático y de división de poderes⁵⁵⁴ para ejercer un control efectivo de las fundaciones públicas constituidas.

Los patronos se deben someter a las exigencias de responsabilidad tanto civil como penal de los administradores privados y arrastrar por añadidura la responsabilidad de las autoridades en cargadas de controlar a estos gestores sometidos al Derecho privado.

⁵⁵¹ BORRAJO INIESTA, Ignacio, "El intento de huir del Derecho Administrativo", REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 78, 1993, pág. 237.

⁵⁵² MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, "Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales", Fundació Carles Pi I Sunyer d'Estudis Autònoms i Locals, Barcelona, 2005, pág. 104.

⁵⁵³ PIÑAR MAÑAS, José Luis, "Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones", REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 97, enero-marzo 1998, pág. 48.

⁵⁵⁴ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, "Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales", Fundació Carles Pi I Sunyer d'Estudis Autònoms i Locals, Barcelona, 2005, pág. 79.

El legislador debe realizar una ordenación de competencias, jurisdicciones y procesos a los fines de la obtención de la tutela judicial correspondiente a los distintos conflictos que se susciten en referencia a estas fundaciones respetando los derechos básicos del artículo 24.1 de la Constitución española, es decir, libertad de acceso al proceso, derecho a la articulación del debido proceso y derecho al pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión⁵⁵⁵.

7. Es indispensable el **montaje de un sistema de ayuda técnica** a favor de estas fundaciones para evitar distorsiones operativas en su funcionamiento⁵⁵⁶. Cada vez más se hace necesaria la profesionalización en el manejo de funciones y recursos. En este sentido aparece como indispensable sellar alianzas estratégicas de cooperación tanto con la propia Administración como con entidades privadas⁵⁵⁷ cuando aparecen nuevos riesgos sociales vinculados con las transformaciones de la sociedad y aplicaciones tecnológicas inherentes al desarrollo de las ciencias⁵⁵⁸. En especial cuando en algunos sectores, como el sanitario y el educativo, existe proliferación de fundaciones que prestan servicios públicos⁵⁵⁹. En este caso de los servicios públicos debería existir, además, una particularización del régimen por vía legal o estatutaria, en virtud del objeto fundacional.

⁵⁵⁵ BORRAJO INIESTA, Ignacio, "El intento de huir del Derecho Administrativo", REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 78, 1993, pág. 247.

⁵⁵⁶ RUÍZ OJEDA, Alberto, "Las fundaciones privadas como colaboradores de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundaciones. Un comentario con ocasión de la nueva ley de fundaciones", REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 93, enero-marzo 1997, pág. 38 y 56.

⁵⁵⁷ CROVI, Luis Daniel, "Fundaciones, régimen jurídico y actuación empresarial", Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 139.

⁵⁵⁸ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, "Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales", Fundació Carles Pi I Sunyer d'Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 2005, pág. 11.

⁵⁵⁹ RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Administraciones Públicas y Derecho privado", Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 93.

8. No hay una teoría general del **reparto de poderes** y deberes entre el ente fundador y el Organismo creado que genera la transferencia de las competencias precisas para su desarrollo y la reserva de poderes básicos de impulso y control que llevan consigo fuertes limitaciones a la capacidad de obrar del ente constituido⁵⁶⁰. El objetivo debe ser evitar las para-administraciones tanto desde el punto de vista de la Administración pública como desde los entes por ella creados⁵⁶¹.

9. Se ha justificado que las fundaciones en mano pública se rigen, tanto organizativa como funcionalmente, con carácter general por el Derecho Privado, por lo que los supuestos específicos en que, por motivos de interés público, se sujetan determinados aspectos de su organización o de su funcionamiento a **normas imperativas de Derecho público** son excepcionales y por ello, precisamente, deben estar perfectamente regulados⁵⁶².

10. Hay ciertos **elementos patrimoniales** sobre los que debe imponerse la autorización previa para transferir su dominio por parte del Estado, como podrían ser los recursos integrados en la dotación fundacional, o los que tengan un elevado y reconocido valor económico, artístico o cultural⁵⁶³. Habrá además que cumplir con todos los requisitos formales y materiales que la legislación establece para ello⁵⁶⁴. Hay que considerar

⁵⁶⁰ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 251.

⁵⁶¹ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”.

⁵⁶² VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 115.

⁵⁶³ RUÍZ OJEDA, Alberto, Epílogo en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 277.

⁵⁶⁴ PIÑAR MAÑAS, José Luis, “Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 97, enero-marzo 1998, pág. 52.

que el destino del patrimonio a una finalidad pública tiene una supremacía absoluta por sobre cualquier situación jurídica privada⁵⁶⁵.

11. Regular el **régimen laboral** de los altos cargos de libre designación y al personal eventual⁵⁶⁶ que no sólo se ha aplicado en el nivel superior de cargos políticos sino que se han introducido en un segundo nivel directivo⁵⁶⁷. Incluso se deberían incorporar a los estatutos de las fundaciones privadas los principios a respetar en la selección de personal e incluso alguna estipulación estatutaria sobre eventuales incompatibilidades porque no es suficiente la enunciación de pautas en la legislación administrativa⁵⁶⁸. Se deben establecer las previsiones necesarias en relación a la aplicación plena o parcial de la legislación laboral cuando corresponda⁵⁶⁹.

No se podrán nombrar patronos con carácter indefinido o vitalicio al personal eventual o a los altos cargos de libre designación que pueden formar parte del patronato como miembros natos por razón de su cargo y sólo mientras lo conserven para no violentar el ejercicio de la potestad de organización de las administraciones públicas⁵⁷⁰.

⁵⁶⁵ VERA-JURADO, Diego José, "El régimen jurídico del patrimonio de destino en la concesión administrativa de servicio público", RAP, número 109, enero/abril 1986, pág. 237.

⁵⁶⁶ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, "Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales", Fundació Carles Pi I Sunyer d'Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 2005, pág. 99.

⁵⁶⁷ DEL SAZ CORDERO, Silvia, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la UNED, "La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas", RAP, Revista de Administración Pública, número 133, enero-abril 1994, pág. 96.

⁵⁶⁸ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, "Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros".

⁵⁶⁹ BORRAJO INIESTA, Ignacio, "El intento de huir del Derecho Administrativo", REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 78, 1993, pág. 243.

⁵⁷⁰ Mención de la opinión de VAQUER CABALLERÍA vertida en el análisis del Auto del Tribunal Constitucional 206/1999, de 28 de julio, en MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, "Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales", Fundació Carles Pi I Sunyer d'Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 2005, pág. 99.

Bibliografía

Libros

1. ALBALADEJO, Manuel, "Derecho Civil", Tomo I, Decimosexta Edición, Edisofer S.L., Madrid, 2004.
2. BENEYTO PÉREZ, José María, Director; Alfonso Rincón GARCÍA LOYGORRI, Coordinador; "Tratado de Fundaciones", Editorial Bosch, Barcelona, 2007. Capítulo 1 por Antoni BOSCH CARRERA, Notario, pág. 1-25. Capítulo 4 por Ana Belén CASARES MARCOS, Profesor ayudante, Doctor de Derecho Administrativo Universidad de León, pág. 179-227. Capítulo 29, "Las fundaciones en España", por Carlos PARAMÉS MONTENEGRO, Secretario General de la Asociación Española de Fundaciones, pág. 1483-1498.
3. BIAGOSCH, Facundo, "Las organizaciones no gubernamentales", Editorial Adhoc, Buenos Aires, Argentina, 2006.
4. CARRANZA, Jorge A., "Las fundaciones en el derecho privado", Prólogo del Profesor Luis MOISSET DE ESPANÉS, Profesor Titular de Derecho Civil II y IV en la Universidad de Córdoba, Académico de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1977.
5. COCCA, Aldo Armando, "Las fundaciones. Del derecho de la antigüedad al actual derecho internacional. Historia y legislación en la República Argentina", Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina, 1981.

6. CROVI, Luis Daniel, "Fundaciones, régimen jurídico y actuación empresarial", Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2008
7. DE CASTRO BRAVO, Federico, "Derecho Civil de España", Parte General, Tomo I, Libro Preliminar, Segunda Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.
8. DE CASTRO BRAVO, Federico, "La persona jurídica", Editorial Civitas S.A., Madrid, Reimpresión de la segunda edición de 1984, 1991.
9. DÍEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", Volumen Primero, Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993.
10. GIUNTOLI, María Cristina, "Fundaciones. Aspectos jurídicos, contables e impositivos", Editorial Ad-hoc S.R.L, Buenos Aires, Argentina, 1994.
11. GONZÁLEZ CUETO, Tomás, "Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002 de 26 de diciembre", Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003.
12. LÓPEZ NIETO Y MALLO, Francisco, La ordenación legal de las fundaciones, Wolters Kluwer España SA, Móstoles, Madrid, 2006.
13. MALARET GARCÍA, Elisenda y Marsal Ferret, Marc, "Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales", Fundació Carles Pi I Sunyer d'Estudis Autonomics i Locals, Barcelona, 2005.
14. MARTÍN BERNAL, José Manuel, "Asociaciones y Fundaciones", Editorial Aranzadi, Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2005.
15. MARTIRÉ, Eduardo, "Guión sobre el proceso recopilador de las Leyes de Indias", Editorial Emilio Perrot, Buenos Aires, República Argentina, 1978.

16. MORALES GUERRERO, Ana, “La realidad económica de las Fundaciones. Información contable y gestión de las entidades no lucrativas. Fundaciones-Aspecto Económico I”, Universidad de Valladolid, Secretariado de publicaciones e intercambio editorial, Valladolid, 2002.
17. OLAVARIA IGLESIA, Jesús, Coordinador, “Comentarios a la Ley de Fundaciones”, Tirrent lo blanch, Valencia, 2008. Capítulo XI, Fundaciones del sector público estatal por José María Boquera Oliver, pág. 1003-1024.
18. OLMOS VICENTE, Ignacio, “Las fundaciones. Su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable”, Editorial Dykinson, Madrid, 1995. Capítulo “Temas polémicos del Título I de la ley y soluciones posibles” por José Antonio DEL CAMPO ARBULO (abogado, asesor jurídico del Centro de Fundaciones), pág. 282-284.
19. ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, “El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros”, La Ley, 2004, (www.laley.net).
20. PALAO MORENO, Guillermo; PRATS ALBENTOSA, Lorenzo; y, REYES LÓPEZ, Coordinadores, “Derecho Patrimonial Europeo”, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2003. Capítulo XV “Algunas consideraciones sobre el futuro Código Civil Europeo” por Javier PLAZA PENADÉS.
21. PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador. Estudio, desde la Evolución del Derecho español de fundaciones, del régimen jurídico de la voluntad del fundador en la Constitución de 1978 y en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre”, Prólogo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A., Madrid, 2000.

22. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Administraciones Públicas y Derecho privado", Marcial Pons, Madrid, 1998.
23. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Derecho administrativo económico", Cuarta edición, Marcial Pons, Madrid, 2007.
24. RUÍZ OJEDA, Alberto, (coordinador), "Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica", Civitas Ediciones, Madrid, 1999. Capítulo Segundo: "El Registro de Fundaciones: inscripción y dinámica registral" por José Luis PALMA FERNÁNDEZ, Letrado del Consejo de Estado del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado-Excedente, pág. 51-55. Capítulo Cuarto: "El protectorado de Fundaciones: situación actual y propuestas de reforma" por José Luis PIÑAR MAÑAS, Catedrático de Derecho Administrativo Decano de la Facultad de Derecho, Universidad de San Pablo-CEU, pág. 103-106. Capítulo Séptimo: "La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público" por Luis MORELL OCAÑA, Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Complutense de Madrid (fallecido el día antes del día de los Inocentes según Muñoz Machado en RAP 175 del enero/abril 2008) pág. 223-269 y Epílogo: Alberto RUÍZ OJEDA, Profesor Titular de Derecho Administrativo Universidad de Málaga, pág. 271- 279.
25. SOCÍAS CAMACHO, Joana M., "Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario", Prólogo de Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, Catedrático de Derecho Administrativo, Iustel, Portal Derecho S.A., 1ª. Edición, Madrid, 2006.
26. Textos Legales 91, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de la Presidencia, Fundaciones, 4ª edición, Madrid, 2006.

27. VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Prólogo de Luciano PAREJO ALFONSO, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A., Madrid, 1999.
28. ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, “Historia del derecho argentino”, Tomos I y II, Primera edición, Tercera reimpresión, Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1985.

Monografía

CRESPO PÉREZ, Jorge, “La formación de la voluntad de la Administración en a contratación pública”, Trabajo de Grado de la Facultad de Derecho, Departamento de Derecho administrativo, financiero y procesal de la Universidad de Salamanca, 2002.

Ponencia

RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”.

Artículos de Revistas

1. ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, “La Administración institucional: origen y personalidad”, RAP, Revista de Administración Pública, número 63, 1970, pág. 85-130.

2. BERMEJO LATRE, José y MIR PUIGPELAT, Oriol, “Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 104, 1999, pág. 575-593.
3. BORRAJO INESTA, Ignacio, “El intento de huir del Derecho Administrativo”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 78, 1993, pág. 233-249.
4. CABRA DE LUNA, Miguel Angel, “La dimensión económica de las fundaciones españolas de competencia estatal: una aproximación”, Economistas, Colegio de Madrid, Número 83, enero 2000, pág. 80-100.
5. CAMY, Buenaventura, Registrador de la Propiedad, “Fundaciones: breve idea de su normativa legal”, Revista de Derecho Privado, 1974, pág. 980-991.
6. CONSUEGRA REVUELTA, Miguel Angel, Letrado Tribunal de Vasco de Cuentas Públicas, “La utilización instrumental de las fundaciones por las Administraciones Públicas”, Auditoría Pública No. 33 (julio-2004), pág. 81-87.
7. DE FONT REAULX, Pierre, “Las fundaciones en derecho francés”, Auditor del Consejo de Estado, La Ley, Tomo 14, Sección Doctrina, Buenos Aires, Argentina, pág. 18-27.
8. DE LA SERNA BILBAO, María Nieves, Profesora Titular de Derecho Administrativo (interina) Universidad Carlos III de Madrid, “Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública”, Documentación Administrativa, número 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pág. 495-510.

9. DEL SAZ CORDERO, Silvia, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la UNED, "La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas", RAP, Revista de Administración Pública, número 133, enero-abril 1994, pág. 57-98.
10. GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge, "Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española", RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo-agosto, 2001, pág. 107-145.
11. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Constitución, fundaciones y sociedad civil", RAP, Revista de Administración Pública, número 122, 1990, pág. 235-256.
12. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión de las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas (Sentencia Comisión contra España, de 16 de octubre de 2003, C-283/00)", RAP, Revista Española de Derecho Administrativo, número 120, 2003, pág. 667-677.
13. GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, "Aspectos de la nueva regulación de las fundaciones culturales privadas", RAP, Revista de Administración Pública, número 70, 1973, pág. 377-401.
14. GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, "Incidencia de la Constitución sobre el Derecho Administrativo", RAP, Revista de Administración Pública, número 150, 1999, pág. 159-208.
15. LEHMANN, Henri, Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia, "Las fundaciones en derecho alemán", La Ley, Tomo 13, Sección Doctrina, Buenos Aires, Argentina, pág. 216-225.

16. LEVY-HULLMAN, H. y ESCARRA, Jean, Profesores en la Facultad de Derecho de París, "Las fundaciones en Inglaterra", La Ley, Tomo 13, Sección Doctrina, Buenos Aires, Argentina, pág. 225-234.
17. LÓPEZ RODÓ, Luis, "Personalidad jurídica del Estado en el Derecho Interno", Revista de Derecho Político, número 11, 1981, pág. 57-65.
18. MALARET I GARCÍA, Elisenda, "Servicios Públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto", RAP, Revista de Administración Pública, número 145, 1998, pág. 49-87.
19. MORELL OCAÑA, Luis, "La personificación y otorgamiento de "*status*" en el Derecho Administrativo. Rasgos generales del "*status*" de los entes administrativos", RAP, Revista de Administración Pública, Números 100-102, Enero-diciembre 1983, pág. 973-1000.
20. MORELL OCAÑA, Luis, "Notas sobre el arcaísmo del Derecho de las fundaciones benéficas", REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 17, abril/junio 1978, pág. 149-171.
21. MORENO FUENTES, Rodrigo, "Derechos fundamentales y relaciones laborales de alta dirección en una fundación constituida por una entidad pública (auto del Tribunal Constitucional 206/1999, de 28 de julio)", REDA, Revista Española de Derecho Constitucional, número 60, 2000, pág. 289-317.
22. NIETO, Alejandro, Catedrático de Derecho Administrativo, "La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo", RAP, Revista de Administración Pública, número 76, 1976, pág. 9-30.
23. PIÑAR MAÑAS, José Luis, "Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones", REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 97, enero-marzo 1998, pág. 37.

24. REBOLLO PUIG, Manuel, "Derecho de la Administración Pública y Derecho Administrativo", Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, número 2, 2000, pág. 243-286.
25. RUÍZ OJEDA, Alberto, "Las fundaciones privadas como colaboradores de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundaciones. Un comentario con ocasión de la nueva ley de fundaciones", REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 93, enero-marzo 1997, pág. 27-48.
26. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia, "Sobre la personalidad de las Cortes Generales. Una aproximación a los problemas de las organizaciones estatales no administrativas", Revista de Derecho Político, número 9, 1981, pág. 7-20.
27. VERA-JURADO, Diego José, "El régimen jurídico del patrimonio de destino en la concesión administrativa de servicio público", RAP, Revista de Administración Pública, número 109, enero/abril 1986, pág. 217 y 243.

Prensa

Tribuna de Salamanca, "Torre de Clavero. El Colegio de Abogados constituye una fundación", martes 16 de octubre de 2007, pág.15.