

TERCER SECTOR, SECTOR PÚBLICO Y FUNDACIONES

José Luis Piñar Mañas
*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad San Pablo-CEU*

RESUMEN

En este artículo se establece primero una aproximación al concepto Tercer Sector. En segundo lugar, se resalta la importancia que el Tercer Sector tiene en el Derecho Administrativo actual y del futuro, así como en la propia Administración Pública. En tercer lugar, el autor explica algunas de las cuestiones que la figura fundacional plantea en el ámbito del Derecho Administrativo, haciendo una aproximación a dos cuestiones capitales: por un lado el régimen del protectorado, hoy claramente obsoleto; por otro el de las fundaciones de iniciativa pública.

PALABRAS CLAVE:

Fundaciones, protectorado y Derecho Administrativo.

ABSTRACT

In this paper, the author firstly approaches the concept of the Third Sector. Secondly, the importance of Third Sector in the discipline of Administrative Law is highlighted, as well as the implications it will have on the discipline in the future. The author also comments on its impact on public administration. Thirdly, the author explains some of the issues arising from foundations from a legal perspective; in particular, the regime of register (“protectorado”), which according to the author is clearly obsolete, and the foundations created by public initiative.

KEY WORDS:

Foundations, Trusts, Register and Administrative Law.

1. INTRODUCCIÓN

Es ya de sobra conocida la sentencia del Tribunal Constitucional 18/1984, de 7 de febrero, en la que se señala, con carácter general, que “es propio del Estado Social de Derecho la existencia de entes de carácter social, no públicos, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general”, y que la configuración del Estado como Estado Social de Derecho “viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza con una actuación mutua Estado-Sociedad” (Piñar, 1992, p. 9).

En un estado social, pues, como es el español según dispone expresa y claramente el artículo 1º de la Constitución, es imprescindible la interrelación entre lo público y lo privado. Es imprescindible, en suma, el vínculo entre el Tercer Sector y el sector público.

Partiendo de esa base, los temas que abordaré a continuación son los siguientes. Una aproximación al siempre difícil concepto *Tercer Sector* y la importancia que el Tercer Sector tiene en el Derecho Administrativo actual y del futuro, así como en la propia Administración Pública. Importancia desconocida o prácticamente ignorada hasta la fecha, y en cualquier caso no suficientemente resaltada. Al término, y por descender a un terreno más concreto, me ocuparé de algunas de las cuestiones que la figura fundacional plantea en el ámbito del Derecho Administrativo. Haré una aproximación a dos cuestiones capitales: el régimen del protectorado, hoy claramente obsoleto, el de las fundaciones de iniciativa pública (véase también Piñar, 2003).

2. SOCIEDAD CIVIL Y TERCER SECTOR. LA COMPLEJIDAD DE AMBOS CONCEPTOS.

Antes de comenzar he de llamar la atención acerca de una cuestión previa de primera magnitud: el de Tercer Sector es un concepto, confuso y equívoco, además de, todavía, poco conocido. Pese a ello, será el empleado. Sin que ello signifique olvidar que se trata de un concepto puramente convencional que, aunque admitido, carece de expresa traducción o reconocimiento jurídicos¹. Sin embargo hay estudios no del tercer sector en cuanto tal, sino de las instituciones que lo integran².

Quizá las dudas conceptuales se deban en parte a que sólo desde hace algunos años se habla del Tercer Sector. Sea cual fuera el origen de la expresión, lo cierto es que fue en los primeros años setenta cuando se utilizó por primera vez³. Nace como un concepto residual, para distinguirlo del sector público (el primer sector) y del sector lucrativo (el segundo sector). Y es este dato, el de su carácter residual, el que nos confunde y complica. Como también nos confunde la propia terminología, sobre cuya utilización no hay acuerdo unánime. En ocasiones se habla de *Sector Terciario* cuando debería decirse *Tercer Sector*, y no faltan quienes llaman *Tercer Sector* a una realidad diferente de la que usualmente se entiende por tal⁴.

En otra ocasión tuve la oportunidad de referirme a las dificultades que entraña concretar lo que ha de entenderse por Tercer Sector (Piñar, 2000). Frente a la, en principio, más sencilla delimitación de lo que se entiende por sector público y por sector lucrativo resulta sumamente difícil definir el tercero. Podríamos considerar desde una perspectiva residual⁵ –presente en el origen mismo del concepto– que el Tercer Sector es simplemente el integrado por las entidades no incluidas ni en el primero ni en el segundo (Ponzanelli, 1996, p.1). Pero, de inmediato, surgen las dudas.

¹ En ocasiones se utilizan otros términos que no siempre coinciden en su contenido. Así, no son equivalentes Tercer Sector y Sector no Lucrativo. También se habla con cierta frecuencia y cada vez más repetidamente, de “sector voluntario” (Dunn, 2000). Hay que decir, por cierto, que no es siempre correcto ni posible trasladar o intentar hacer coincidir términos anglosajones y continentales. He aquí un simple ejemplo: La Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre *El fomento del papel de las asociaciones y Fundaciones en Europa*, Com(97) 241 final, de 6 de junio de 1997, tiene en inglés el siguiente enunciado: *Promoting the Role of Voluntary Organisations and Foundations in Europe*. En algunos textos legales se utiliza la expresión ONG, organizaciones no gubernamentales. A veces, ciñéndose más a planteamientos económicos, se utiliza la expresión de organizaciones de economía solidaria. Véase, por ejemplo, la Ley colombiana 454, de 4 de agosto de 1998, por la cual se determina el marco conceptual de la economía solidaria, se aprueban determinadas disposiciones organizativas y se regula la actividad financiera de las entidades de naturaleza cooperativa. En su artículo 2º, “Definiciones”, se establece: “Para efectos de la presente Ley, denominase economía solidaria al sistema socioeconómico, cultural y ambiental conformado por el conjunto de fuerzas sociales organizadas en formas asociativas identificadas por prácticas autogestionarias solidarias, democráticas y humanistas, sin ánimo de lucro para el desarrollo integral del ser humano como sujeto, actor y fin de la economía”.

² Además de las obras citadas más abajo, puede verse por ejemplo, en Italia, Alleva (2004). El estudio analiza el régimen de los diversos “enti *non profit*”

³ Sobre ello véase el magnífico trabajo de Ricardo Sánchez Rivera, junto con Carlos Parames, sobre el Tercer Sector en España, en Piñar Mañas (2000). Se considera que el término fue utilizado por primera vez bien por Amitai Etzioni en su artículo “The Third Sector and Domestic Missions”, *Public Administration Review*, número 33, julio-agosto, 1.973, o por Theodore Levitt (*The Third Sector; new tactics for a responsive society*, AMACOM, New York, 1.973), sin olvidar a Burton Allen Weisbrod en su trabajo “Towards a theory of the voluntary non profit sector in a Three Sector Economy”, en la obra colectiva *Altruism, Morality and Economic Theory*, Edmund S. Phelps- Russell Sage Foundation, New York, 1.975, págs. 171 y ss.

Además de considerar criticable una definición negativa y residual como la expuesta, lo cierto es que nos aboca a un sector extraordinariamente amplio, dispar, heterogéneo, compuesto, literalmente, por partes de diversa naturaleza. ¿Es posible hablar con propiedad de un único sector en el que se integrarían partidos políticos, sindicatos, asociaciones de empresarios, entidades religiosas, fundaciones, asociaciones, cámaras de comercio, colegios profesionales, obras sociales, mutualidades, entidades deportivas, etc.? ¿A qué constelación a qué entidades estamos refiriéndonos? (Rodríguez Piñero y cols., 1993).

No todo lo que no es ni poder público ni sector lucrativo puede o debe incluirse en el tercero, al menos a los efectos de lo que ahora nos interesa. Quiero decir que no se puede considerar incluidas entidades como los partidos políticos, los sindicatos o las patronales, aunque también sean entidades que en principio no son lucrativas. Para intentar esclarecer algo la cuestión hay que decir que cuando hablamos de Tercer Sector nos referimos, como he apuntado, al diferente al público y al lucrativo. Es, pues, *privado y no lucrativo*. Lo cual exige diferenciarlo del llamado sector no lucrativo y de la llamada sociedad civil.

Se ha dicho que la “idea-clave” del *Contrato Social* de Rousseau “es la elaboración del concepto de *sociedad civil*, su separación del concepto de Estado y la subordinación de éste a aquélla” (Tuñón de Lara, 1996, p. 12). Rousseau “busca la clave de bóveda en que descansa el edificio de la sociedad civil. Es «el acto por el cual un pueblo es tal pueblo». Siguiendo a Grocio, dice Rousseau que «un pueblo es un pueblo antes de darse un rey». El acto de darse un rey supone una deliberación pública: la constitución de la sociedad civil, es decir, del cuerpo social soberano. Según Rousseau el hombre llega a ese acto mediante el pacto o contrato social, único que exige el consentimiento unánime de cuantos en él participan” (Tuñón de Lara, 1996, p. 13).

⁴ Vayan algunos ejemplos, el primero de una incorrecta utilización de la expresión “sector terciario”; el segundo, de una incorrecta utilización de la expresión “tercer sector”: el *documento de reflexión de la Comisión de las Comunidades Europeas “La Comisión y las Organizaciones no Gubernamentales: el refuerzo de la colaboración”*, COM (2000) 11 final, de 18 de enero de 2000, al definir las entidades a las que se refiere señala: “En un sentido más amplio, los sindicatos y organizaciones sectoriales o profesionales pueden también considerarse como ONG. Sin embargo, el presente documento trata esencialmente de las organizaciones activas en el conocido como “sector terciario”, es decir, en ámbitos que no dependen ni del Gobierno ni del sector comercial” (pág. 4). García Santesmases, en el “Prólogo” a Jacques (2000), escribe: “La pérdida de la capacidad de maniobra del estado, la reducción de sus funciones y el decrecimiento en la importancia de la solidaridad y del universalismo va propiciando un aumento de la desigualdad social. Ya hemos hablado de la dificultad de las clases medias de soportar la presión fiscal cuando ven los beneficios desorbitantes del primer sector, y viven el miedo de correr la suerte del **tercer sector** lanzado al paro, a la exclusión social y al trabajo precario” (pág. 14).

⁵ Se ha hablado del tercer sector como “categoría residual” (Álvarez de Mon, 1998, p. 59)

Hay que decir sin embargo que en la obra de Rousseau es seguramente más apropiado hablar de “estado civil” que de “sociedad civil”. En su construcción, en efecto, el pacto social produce el tránsito del “estado de naturaleza” al “estado civil”. Sea como fuere, el concepto de sociedad civil que ahora se utiliza tiene otro significado.

Quizá haya sido Víctor Pérez Díaz (1995) quien con más detenimiento ha estudiado entre nosotros -desde la sociología-, la sociedad civil. Siguiendo a Oakeshott ha apuntado que “la expresión «sociedad civil» se refiere a un intento de «teorizar» (quizá deberíamos decir, mejor, «conceptualizar») una experiencia histórica específica: la tradición de (al menos) dos/tres siglos (ininterrumpida y todavía en curso) de un núcleo conjunto de instituciones socioeconómicas y políticas (vinculadas a algunas disposiciones culturales) de algunas naciones del Atlántico norte. Otras naciones (especialmente de la Europa continental) se han ido incorporando a esta tradición en fechas más recientes y de una manera discontinua; de forma que hoy parece haber un amplio acuerdo en que tales instituciones han tenido éxito, y son, por ello, objeto de imitación y difusión. El núcleo institucional ha consistido en la combinación de: un gobierno limitado y responsable, que opera bajo el imperio de la ley (*the rule of law*); una economía de mercado (que implica un régimen de propiedad privada); un abanico de asociaciones voluntarias (políticas, económicas, sociales y culturales), y una esfera de debate público” (p. 16).

Sin perjuicio de volver más adelante sobre el concepto de sociedad civil, merece la pena detenerse en ese dato del origen de la sociedad civil en los países anglosajones, donde la tradición en tal sentido es mucho más intensa y está más consolidada que en los países de la Europa continental. Aquí estamos sin duda ante un Tercer Sector emergente, en el marco de una sociedad civil emergente que lleva mucha desventaja a la sociedad civil de los países anglosajones.

Como recientemente he tenido ocasión de señalar (Piñar, 2005), la sociedad estadounidense, pasa por ser una de las más dadas al asociacionismo y a la participación ciudadana en beneficio de la colectividad. Tocqueville (1971, p. 193) dice: “Las instituciones libres que poseen los habitantes de los Estados Unidos, y los derechos políticos de que hacen tanto uso, recuerdan constantemente, y de mil maneras, a todo ciudadano que vive en sociedad. A cada momento dirigen su espíritu hacia la idea de que el deber y el interés de los hombres consisten en ser útiles para sus semejantes; y como no encuentran ningún motivo particular para aborrecerlos, puesto que no son jamás ni sus señores ni sus esclavos, su corazón se

inclina fácilmente al lado de la benevolencia. Se ocupan en primer término del interés general por necesidad y después por conveniencia; lo que era cálculo se convierte en instinto; y a fuerza de trabajar por el bien de sus conciudadanos, adquieren finalmente el gusto y el hábito de servirlos”.

El asociacionismo en Estados Unidos surge de la iniciativa de los propios ciudadanos. No se impone desde arriba. No son los movimientos ilustrados o religiosos los que mueven a la colaboración benéfica o filantrópica, sino los individuos mismos. Por eso no encontramos en Estados Unidos un recelo hacia los llamados cuerpos intermedios como el que caracterizó la Europa de los siglos XVIII y XIX incluso los primeros años del XX. No hay lucha contra las manos muertas porque la iniciativa social surge de las manos vivas. Lo cual se refleja incluso en el marco constitucional. En virtud de la Primera Enmienda a la Constitución (1787): “El Congreso no podrá aprobar ninguna ley conducente al establecimiento de religión alguna, ni a prohibir el libre ejercicio de ninguna de ellas. Tampoco aprobará ley alguna que coarte la libertad de palabra y de imprenta, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar reparación de cualquier agravio”. Esta enmienda, basada en la propia realidad de Estados Unidos, refleja y al mismo tiempo produce el desconocimiento de un poder religioso de la entidad del que existe en Europa, que tan decisivo ha sido en la vertebración de las entidades no lucrativas. Además, el principio de “fragmentación constitucional de la soberanía” (Himmack y Young, 1993) refuerza directa e indirectamente el desarrollo de un tejido social de gran presencia y sumamente activo. En Inglaterra las organizaciones voluntarias han tenido gran protagonismo desde la época de los Tudor (Dunn, 2000, p. 2).

En la Europa continental el impulso se da, sin embargo, desde la Iglesia y la aristocracia. Los cuerpos intermedios más que en la idea de participación se basan en la idea de propiedad (por mi parte he dicho, sin embargo, en más de una ocasión que el derecho de fundación es manifestación del derecho de participación). De ahí la crisis de las Manos Muertas, que tiene un exponente en las duras palabras de Turgot en la *Enciclopedia* de Diderot y D’Alambert⁶. Además no hay fragmentación de la soberanía, sino atribución a la representación popular articulada en torno a los parlamentos nacionales, sin reconocimiento de otras posibles fuentes.

Hoy ambos sistemas tienden a confluir. La llamada sociedad civil se ve cada vez más reforzada en Europa, al tiempo que se produce una eviden-

⁶ TURGOT no duda en afirmar que las fundaciones son fruto de la vanidad humana. Véase Piñar Mañas y Real Pérez (2000).

te “fragmentación del poder”. Además, tanto en América como en Europa se buscan nuevas fórmulas de colaboración social que refuercen el llamado Tercer Sector o sector no lucrativo privado, voluntario y filantrópico.

Ese fortalecimiento es patente, sobre todo, a raíz de dos fenómenos coetáneos y de signo dispar: por un lado la caída de los sistemas del socialismo real; por otro, la redefinición del papel del estado en las sociedades occidentales. En ambos casos se produce un evidente cambio de rol de los poderes públicos. En los países del este el estado pierde poder frente a los grupos de presión e intereses económicos que pretenden suplantarlo y llenar ilegítima y antidemocráticamente el vacío gubernamental producido. En los países occidentales, sin embargo, el Estado otorga mayor protagonismo a la sociedad civil desde la consolidación de las instituciones democráticas y la idea de “estado mínimo”.

Ese que he llamado sector no lucrativo, privado y filantrópico es el que, en mi opinión, debe ser tomado ahora en cuenta. Primero, porque es el que realmente está modificando las relaciones de la Administración con la sociedad civil. Segundo, porque es en él donde encuentran lugar las fundaciones, (en las que he de centrar la atención en la segunda parte de estas páginas).

En cualquier caso, el Tercer Sector incluye entidades tanto de naturaleza institucional como corporativa. Es decir, entidades que persiguen fines diferentes a los de sus miembros que se rigen por el principio burocrático y tienen una base patrimonial (fundamentalmente las fundaciones) y entidades que persiguen fines que coinciden en lo esencial con los de sus miembros que, en su organización, se rigen por el principio democrático o participativo y que tienen base personal (fundamentalmente corporativas o asociativas).

Por otra parte, el Tercer Sector suele hacer referencia a organismos del que podríamos denominar ámbito social, altruista o filantrópico. De este modo, las notas características del Tercer Sector, en lo que ahora nos interesa, serían las siguientes:

1. - Agrupaciones dotadas de forma jurídica y una determinada organización.
2. - Carentes de ánimo de lucro.
3. - De naturaleza y origen privado y voluntario.
4. - Su finalidad principal ha de ser de índole altruista o filantrópica.

3. LA IMPORTANCIA CRECIENTE DE UN SECTOR EMERGENTE.

El sector así definido incluiría, principalmente asociaciones y fundaciones. Y hay que decir que se trata de un sector emergente cuya entidad e importancia se incrementa de forma constante y significativa.

A ello se ha referido, por ejemplo, la Comisión Europea, que en su Comunicación sobre *El fomento del papel de las Asociaciones y Fundaciones en Europa*⁷ señala que éstas “están desempeñando un importante papel en casi todos los ámbitos de la actividad social, contribuyendo a la creación de empleo, a la ciudadanía activa y a la democracia, proporcionando una amplia gama de servicios, desempeñando un papel de primera importancia en el deporte, representando los intereses de los ciudadanos ante las administraciones públicas, asumiendo una función muy importante en la salvaguarda de los derechos humanos y ejerciendo una actividad esencial en las políticas de desarrollo... A lo largo de los años han venido aportando una contribución creciente al desarrollo de Europa, faceta ésta que debería fomentarse y ampliarse” (apartados I.1. y I.1.1.).

La comisión ha resaltado asimismo la importancia social (apartado 7) y política (apartados 8 y 9) del sector generalizable en y para todos los estados miembros (véase la Comunicación y Doyle, 1996).

En España la importancia del sector es cada vez más notable. Así lo ha puesto de manifiesto Ricardo Sánchez Rivera (en Piñar, 2000), en un magnífico y muy reciente trabajo. Se considera que mientras que el número de empleos en España creció un 15% entre 1990 y 2000, en el caso del tercer sector (en su más amplio sentido de economía social) el aumento fue del 58%. Se estima que la economía social en España supone entre un 5 y un 6% de la riqueza del país y que el Tercer Sector representa el 7% del total de empleos⁸.

El gran potencial que representa el tercer sector impone que desde el derecho público se le preste especial atención. No en vano, uno de los motivos de la emergencia del sector es la retirada del Estado o de las Administraciones Públicas derivada de la llamada crisis del Estado de bienestar. Lo cual exige, como ya apuntaba el Tribunal Constitucional en su temprana

⁷ COM(97) 241 final, de 6 de junio de 1997.

⁸ Según un informe promovido por la Fundación ONCE y la Confederación Empresarial Española para la Economía Social (CEPES). Véase también *Las ONG y las fundaciones y su contribución al empleo*, Instituto Nacional de Empleo, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

Sentencia 18/1984, citada al comienzo de este trabajo, que se produzca una estrecha interrelación Estado-sociedad en la consecución del interés general.

4. TERCER SECTOR, DERECHO ADMINISTRATIVO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Pese a la entidad del sector, el Derecho Administrativo permanece prácticamente al margen del fenómeno. Y sin embargo estamos, seguramente, ante uno de los mayores retos del Derecho Administrativo y de las administraciones públicas. Es imprescindible definir las relaciones entre el sector público y el Tercer Sector (Gidróń y cols., 2000; Van Til, 2000).

El *Informe sobre Desarrollo Mundial 1999-2000* del Banco Mundial (p. 122) llama la atención acerca del necesario vínculo que debe existir entre las administraciones públicas (en particular las llamadas “subnacionales” o locales) y la sociedad civil. Se afirma expresamente que “la «sociedad civil» puede ser un complemento de la administración local en la búsqueda de una gestión de gobierno más eficaz y sensible a las necesidades”. Señala asimismo que “los gobiernos deben alentar la participación de la sociedad civil en una buena gestión de gobierno” y deben “estar dispuestos a aprovechar los recursos que ofrecen estos grupos” (los integrantes de la sociedad civil), aunque sugiere que debe actuarse con precaución pues “puede darse el caso de que (las organizaciones cívicas) reflejen solamente las opiniones de un segmento muy pequeño de la población” y subraya el hecho de que “una vez que los movimientos democráticos alcanzan sus objetivos inmediatos, la energía de la sociedad civil suele disiparse”. Por su parte, el art. 14.2 de la *Carta Social Europea* de 1961⁹ señala que, para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a beneficiarse de los servicios sociales, los Estados “se comprometen a estimular la participación de los individuos y de las organizaciones benéficas o de otra clase en la creación y mantenimiento de tales servicios”.

En el ámbito comunitario las relaciones entre el Tercer Sector y las instituciones europeas son cada vez más intensas. Los vínculos entre ambos se reconocieron ya, incluso formalmente, en la Declaración 23 del Tratado de la Unión Europea de 1992, según la cual “la Conferencia destaca la importancia que tiene, para conseguir los objetivos del artículo 117 del Tratado

⁹ *Carta Social Europea*, del Consejo de Europa, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961. Ratificada por España en abril de 1980.

constitutivo de la Comunidad Europea, la colaboración entre ésta y las asociaciones de solidaridad y las fundaciones, como instituciones responsables de establecimientos de beneficencia y de servicios sociales”. El ya citado documento de reflexión de la Comisión (*La Comisión y las Organizaciones no Gubernamentales: el refuerzo de la colaboración*¹⁰) ha resaltado la importancia de la participación de las organizaciones no gubernamentales en la definición de las políticas europeas o en “la formación de una política pública europea, que se considera generalmente como una condición previa para establecer una verdadera entidad política europea”. Así como también de su contribución “a promover la integración europea de una manera práctica y a menudo desde una base popular” (p. 5). Además se hace eco de los problemas que obstaculizan la cooperación entre las instituciones europeas y las ONG y apuesta decididamente por un reforzamiento del diálogo entre unas y otras.

En nuestro ámbito, el reto que debe afrontar el Derecho Administrativo y la Administración Pública (que no puede infravalorarse en absoluto) está sin duda a la altura del que ha debido asumir a raíz del fenómeno privatizador. Los frentes en los que ha de moverse son al menos dos:

- Por un lado ha de considerar el peso de las entidades del Tercer Sector en la definición de políticas (Lauraga, sin fecha)¹¹ y en el fortalecimiento de la democracia participativa. Si en alguna ocasión se ha llegado a decir que elemento esencial del Derecho Administrativo es la participación, mucho más lo debe ser ahora a través de las organizaciones del Tercer Sector y entre ellas las fundaciones (que no son mera manifestación de la autonomía de la voluntad en ejercicio del derecho de propiedad: fundaciones como patrimonios adscritos a un fin de interés general), son expresión del derecho de participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 de la Constitución).
- Por el otro, es imprescindible valorar el hecho de que no pocas responsabilidades que hasta no hace mucho se consideraban propias de los poderes públicos (sobre todo en el seno del apogeo del estado del bienestar) han pasado ahora o están pasando al ámbito de las organizaciones del Tercer Sector, en un proceso cuando menos tan intenso como el privatizador.

¹⁰ COM(2000) 11 Final, de 18 de enero de 2000.

¹¹ *Interacción Estado-sociedad civil en el sistema de políticas públicas de infancia*, en <http://www.lasociedadcivil.org/uploads/ciberteca/infancia.pdf>

Estas consideraciones son de extraordinaria importancia. Como lo es el hecho de reconducir el fenómeno a sus justos términos. Quiero decir que en ningún caso es posible olvidar que los organismos del Tercer Sector, que pueden y deben colaborar, por ejemplo, en la definición de objetivos públicos, no son los que deben fijar esos objetivos. Su legitimación democrática es sólo indirecta y marginal. La propia indefinición del sector o la dificultad de conceptualizarlo indican ya claramente que no es posible reconocerle más legitimación democrática que la que pueda derivar de reconocer el derecho de participación.

Por otra parte, la propia importancia del sector exige un esfuerzo de lo que se ha venido a llamar “visibilidad” del mismo, y legitima a los poderes públicos para establecer mecanismos de control que garanticen la transparencia en su funcionamiento¹².

Tales cuestiones se han planteado sobre todo en relación con las fundaciones, a las que seguidamente dedico mi atención.

5. FUNDACIONES, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO.

Doy un salto temático para centrarme en un argumento más concreto que el hasta ahora expuesto, pero muy relacionado con él. Me centro ahora en las fundaciones, por considerar que, de entre las diversas entidades que forman parte del Tercer Sector, se trata de las instituciones que más cuestiones pueden plantear en el ámbito del Derecho Administrativo.

Dos temas merecerán nuestra atención. El control público sobre las fundaciones. El siempre espinoso de las Fundaciones de iniciativa pública.

¹² Con excesiva frecuencia se plantea asimismo la necesidad de garantizar el funcionamiento democrático de las entidades del Tercer Sector. Se trata de un error grave que ignora que el funcionamiento interno de las fundaciones es sustancialmente autoritario, basado en el respeto a la voluntad del fundador y en las facultades que se atribuyen al patronato.

¹³ Alguna de las siguiente reflexiones las tomo de Piñar Mañas y Real Pérez (2000)

5.1. La necesaria reconfiguración del protectorado. La necesidad de un control público, externo e independiente¹³.

Al hablar de las relaciones entre las administraciones públicas y las fundaciones hemos de hacer forzosa y principal referencia al protectorado. Afirmar que el control público externo sobre las fundaciones es una manifestación de intromisión en su actividad, que contradice la concepción que en un marco de libertades debe caracterizar el desarrollo del derecho de fundación es simplemente desconocer la realidad de las cosas e incluso desconocer la historia de la constitución de la figura fundacional.

Ahora bien, admitido ese control, lo que se debe cuestionar es su alcance, los sujetos que deben ejercerlo y su finalidad. Luego volveré sobre ello, pero ahora puedo adelantar que dicho control podría ser ejercido por la Administración o por los jueces y que en ningún caso debe perjudicar el contenido esencial del derecho de fundación. Su razón, en cualquier caso, queda sumamente vinculada a la garantía del cumplimiento de la voluntad del fundador.

La existencia de un control externo sobre el desarrollo de las actividades de las fundaciones es una constante en evolución que no es posible ignorar. Al principio el control eclesiástico, que debía y deseaba fiscalizar las obras pías en cuanto que debían actuar de forma totalmente ortodoxa. Más adelante el control se seculariza a niveles de exagerado recelo hacia las fundaciones, para luego pasar por una fase de recelo moderado que llega, al aprobarse la Constitución de 1978, a una suerte de control por tradición o casi rutina, que en cualquier caso enormemente ineficaz. Tras la Constitución, la vigilancia no debe ser de mera fiscalización, sino también de garantía de un derecho fundamental. El cambio ha de ser, pues, radical.

La cuestión a resolver ahora es aclarar si esa acción de protectorado se justifica hoy, en su caso, con qué alcance (véase Piñar, 1995).

Antes de proseguir hemos de cuestionar, como punto de partida previo, si la existencia de una actividad pública de control y supervisión sobre las Fundaciones respeta el contenido esencial del derecho de fundación, o si por el contrario, el ejercicio de éste debe quedar exento de toda suerte de control, o, en fin, si es posible llegar a una tercera vía intermedia en la que el ejercicio del protectorado resulte admitido pero con ciertos límites.

Adelanto ya que según mi parecer es esta última opción la que mejor encaja con el modelo constitucional, lo cual nos obliga a determinar cuáles han de ser esos límites para no desvirtuar el protectorado y en consecuencia para no alterar, restringiéndolo, el ejercicio mismo del derecho de fundación.

El Tribunal Constitucional, en la conocida Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, ha señalado expresamente que “las leyes pueden prever un tipo de acción administrativa, el Protectorado, para asegurar el cumplimiento de los fines de la Fundación y la recta administración de los bienes que la forman” (en Piñar, 1992, p. 17). Esta afirmación, que se hace en el marco constitucional, significa que en dicho contexto encaja la posibilidad de establecer, por vía legal, el Protectorado. La configuración que del ejercicio del derecho de fundación puede hacer la Ley, de acuerdo a lo que el propio artículo 34 de la Constitución admite (“se reconoce el derecho de fundación... con arreglo a la Ley”), no impide que se establezca un tipo de protectorado en relación con las fundaciones.

Este es el punto de partida que, como ya he tenido ocasión de señalar en otro lugar, debemos tomar en consideración. “La Constitución no impone, pero en absoluto prohíbe, la existencia del Protectorado. Puede incluso afirmarse que en el núcleo esencial del derecho de fundación institucionalmente garantizado por la Constitución cabe identificar la presencia de la acción pública de Protectorado como elemento no extraño al sistema” (Piñar, 1992, p. 371).

El protectorado, pues, no es necesariamente un advenedizo en el ejercicio del derecho de fundación. Lo será, sin embargo, si se excede en sus funciones, que hoy deben ser definidas e interpretadas de acuerdo a la Constitución, que, no lo olvidemos, exige interpretar el ordenamiento jurídico de las fundaciones desde la idea de libertad, no de recelo o restricción.

Además, en mi opinión, no sólo el control es perfectamente compatible con la Constitución, sino que hoy seguramente está más justificado que nunca.

Por un lado, por el muy favorable régimen fiscal del que disfrutaban las fundaciones, no sólo regulado en la Ley 49/2002, sino en diversas disposiciones autonómicas, que mejoran en no pocas ocasiones el régimen previsto en la legislación estatal. Además, por la atenuación de la regla de la no reversión de los bienes de las fundaciones extinguidas (Trapiella, 1999); por la posibilidad ya generalizada de que las administraciones públicas puedan crear fundaciones; y por el asombroso régimen de financiación que la Ley 50/2002 prevé para las “fundaciones vinculadas a los partidos políticos”,

cuyos recursos pueden proceder de la financiación pública a través de los presupuestos de las distintas administraciones públicas (Disposición adicional séptima). Todas estas circunstancias, que dan a las fundaciones unas posibilidades y privilegios que antes no tenían, pueden y deben traducirse en un sistema de control que, siempre, por supuesto, desde la perspectiva del derecho reconocido por el artículo 34 de la Constitución, permita garantizar con eficacia que tal derecho está ejercitándose correctamente y que la voluntad del fundador es cumplidamente respetada.

Llegados a este punto, admitida la constitucionalidad y justificación del control externo sobre las fundaciones, cabe plantear en primer lugar si debe llevarlo a cabo precisamente la Administración o debería ejercerlo otra entidad, los jueces, por ejemplo. O incluso si sería posible que se permitiese que el fundador designara él mismo quién puede y debe controlar la fundación por él instituida. Si el control debe estar definido y atribuido a la Administración, o indefinido y atribuido a quien el fundador designe.

Para contestar hemos de partir de un dato que no es posible ignorar: las fundaciones constitucionalmente garantizadas (y legalmente reguladas) deben perseguir fines de interés general; es algo que integra su propio concepto. No son particulares los fines que han de alcanzar. Por eso en ningún caso sería posible atribuir el control externo de las fundaciones a quienes no tuviesen legitimación para adoptar decisiones en relación con la determinación de la generalidad de los fines. No en cuanto a la definición de tales fines (de hecho, los particulares pueden definirlos al crear fundaciones) sino en cuanto a la garantía de su cumplimiento. Por eso no creo que sea admisible que el fundador pueda atribuir a cualquiera -también por tanto a una persona física- la interpretación de su voluntad incluso admitiendo que la misma sea suplida¹⁴.

Por eso, por su propia consideración constitucional, la Administración pública es la que por naturaleza está llamada a ejercer el primer control sobre el cumplimiento de la voluntad del fundador (sin perjuicio del control último que se reserva a los jueces y tribunales). El artículo 103 de la Constitución nos da base más que suficiente para llegar a esa conclusión.

Muy distinto es que la actual configuración del protectorado sea la más idónea. Por un lado, la diversidad de protectorados puede introducir disparidad de criterios en el modo en que el control es ejercido, lo cual es a todas luces criticable. Por eso es imprescindible hacer una decidida reestructuración del protectorado, hoy lastrado todavía por viejas concepciones paternalistas e incluso basado en la idea de tutela de quien necesita de alguien que com-

plete su limitada capacidad (de las fundaciones). Por otra parte, las limitaciones presupuestarias y organizativas pueden dar al traste, literalmente, con el sistema. Por ello, repito, es imprescindible reelaborar totalmente el sistema del control público sobre las fundaciones. El actual protectorado no alcanza a resolver ni la mitad de los problemas que tiene planteados.

Esa reestructuración debería cuando menos traducirse en un proceso decidido de unificación de los servicios del protectorado frente a la dispersión hoy existente. Dispersión que, como he señalado, es no sólo disfuncional sino también en no pocas ocasiones totalmente injustificada. No se trata ya de que sean –en el ámbito de la Administración del Estado– dos o tres los departamentos con competencias en materia de control sobre las fundaciones en función de la actividad desarrollada, sino que la gran mayoría de los ministerios han optado por crear sus propios órganos de protectorado, sobre todo cuando previamente se han creado, a iniciativa de los mismos, fundaciones “del sector público estatal”, respecto de las cuales no se desea dejar en manos de un ministerio diferente el ejercicio del control.

Pero seguramente ha de darse un paso más. Y ese no es otro que el de tender hacia un control público, externo e independiente. No vinculado, en consecuencia, a un departamento específico, sino dotado de autonomía y con suficientes recursos humanos y económicos. La proliferación de fundaciones de iniciativa pública exige, en mi opinión, que el control no se atribuya en absoluto a quien en definitiva va a ser controlado. Esta situación sólo puede ser calificada de esquizofrénica, pues no es extraño que los órganos de gobierno de las fundaciones de iniciativa pública coincidan con quienes han de ejercer el protectorado. Y no sólo eso, pues también ha de

¹⁴ Así, García de Enterría (1992), que estima que “un fundador puede decir que cualquier duda que haya sobre su voluntad sea suplida o sea interpretada” por cualquier entidad, o “por qué no, una persona determinada, determinada por su nombre civil o por una cualidad”. Según García de Enterría, “esta cláusula sería perfectamente lícita desde la perspectiva del efecto directo del artículo 34 y hay que desear que en la futura Ley de Fundaciones así se establezca de una manera explícita. El interés general no alcanza a que la libertad del fundador se restrinja a este hecho básico de quién ha de ser el representante ulterior de su voluntad, siempre que se trate de una interpretación de la misma y no de una sustitución. Entiendo que únicamente en el silencio del fundador, podrá la Administración arrogarse la facultad de representar su voluntad, pero no contra esta misma voluntad”.

Nada impide, desde luego, que el fundador exprese su deseo de que el control del cumplimiento de su voluntad sea atribuido a un particular. Pero ello no puede afectar a lo siguiente: por un lado, es el Patronato el que legalmente tiene atribuida la función de “cumplir los fines fundacionales” (art. 14.2 de la Ley 50/2002) y responde de la marcha de la fundación (art. 17). Es pues él quien ha de interpretar en un primer momento la voluntad del fundador, quien la ha de poner en marcha y ejecutar. Por otra parte, sin embargo, la actividad del Patronato debe a su vez ser susceptible de control externo. Control dirigido al efectivo cumplimiento de la voluntad del fundador dirigida a la consecución de fines de interés general, y esto, necesariamente, nos remite a una entidad pública. Sólo de esta manera es posible articular un sistema coherente de exigencia de responsabilidad.

tenerse en cuenta que la importancia, el peso, y por qué no decirlo, el poder de no pocas fundaciones de iniciativa privada se compaginan mal con el control de servicios poco dotados e integrados en estructuras administrativas fuertemente burocratizadas.

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

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

5.2. Fundaciones de iniciativa pública: fundaciones públicas y fundaciones privadas.

El segundo de los temas que quería analizar, al hablar de las relaciones entre el tercer sector y el sector público, es el de las fundaciones de iniciativa pública.

Pese a que la Constitución, art. 34, ni incluye ni excluye el derecho de los sujetos jurídico-públicos a constituir fundaciones, la Ley de Fundaciones de 1994 primero, y también la 50/2002, después, han reconocido a las personas jurídico-públicas la capacidad para crear fundaciones, sin necesidad de una ley previa que les habilite expresamente para ello.

Como ya he señalado en otra ocasión (Piñar, 1996, p. 179; véase también Piñar Mañas y Real Pérez, 2000), el artículo 34 de la Constitución reconoce el derecho de fundación tanto a las personas físicas como a las jurídico-privadas. Pero según creo tal derecho no alcanza a las entidades públicas. La garantía constitucional del artículo 34 no alcanza a las personas jurídico-públicas, “en relación con las cuales el legislador es libre de tomar la decisión que considera más oportuna. Además, hay que tener en cuenta que las personas jurídico-públicas gozan de un derecho de propiedad que

obedece a perfiles propios (carecen, por ejemplo de plena autonomía de la voluntad para disponer de sus bienes) y no necesitan del derecho de fundación para participar en la vida cultural, social y económica. No hay, pues, un derecho constitucional de las personas jurídico-públicas a constituir fundaciones (en contra de lo que ocurre en relación con otros derechos: el Tribunal Constitucional ha reconocido a las personas jurídico-públicas el derecho a la tutela judicial efectiva, por ejemplo), pues no es un derecho que integre su estatus jurídico-constitucional”.

Así las cosas, el artículo 8 de la Ley 50/2002¹⁵, que es heredero directo del art. 6º de la Ley de Fundaciones de 1994, señala expresamente en su apartado 1º: “Podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas”. El apartado 4º del mismo artículo dispone por su parte que: “Las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario”.

El artículo 6º de la Ley de 1994 supuso una novedad en nuestro ordenamiento. Hasta su aprobación, existía una notable laguna que producía no pocas confusiones y que se había saldado admitiendo que las entidades públicas pudiesen constituir fundaciones, pues eran ya varias las que habían sido creadas, por ejemplo por universidades o por entidades bancarias públicas.

Esta novedad, sin embargo, fue acogida con reservas por algún sector político, que se había mostrado claramente contrario a ella, como ya he tenido ocasión de apuntar en otras ocasiones. No voy a analizar de nuevo los problemas, dudas, cuestiones e incertidumbres que plantean las fundaciones de iniciativa pública. Sí he de decir que el régimen previsto en los artículos 44 a 46 de la Ley 50/2002¹⁶ pretende solventar algunas de las críticas que se habían planteado. En cualquier caso las dudas conceptuales que sugieren las llamadas fundaciones del sector público¹⁷ siguen sin resolverse. No hay que olvidar que incluso se ha planteado la inconstitucionalidad misma de tales fundaciones.

No creo que sea posible llegar a tanto, pero no cabe duda de que las relaciones a las que antes me refería, las que se dan entre tercer sector y

¹⁵ Tomás González Cueto (2003), *Comentarios a la Ley de Fundaciones 50/2002*, de 26 de diciembre Aranzadi

¹⁶ Con la modificación que del artículo 45.1 llevó a cabo la Ley 47/2003, General Presupuestaria

¹⁷ Expresión que ahora también recoge la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOE)

Administración Pública, sufren, con el advenimiento de tales fundaciones, una tensión no fácil de soportar. Recordemos que una de las notas del tercer sector es la de su carácter residual, partiendo de la base de que está configurado por las entidades que ni se integran en el sector público ni en el lucrativo. Y sin embargo, irrumpen ahora un tipo de entidades que son de indudable naturaleza jurídico-privada pero que no sólo se confunden con el sector público (del que incluso la Ley afirma que forman parte: “Fundaciones del sector público”), sino que están sometidas a un híbrido régimen jurídico tan confuso como incoherente. Pues estas fundaciones al pretender huir de la rigidez del derecho público, quedan dentro de muy importantes sectores del régimen fiscalizador jurídico-público, pero también dentro del régimen del protectorado en ciertos extremos. Protectorado que, por otra parte, se ejerce en no pocas ocasiones, como antes apuntaba, por las mismas personas que configuran el patronato y, por tanto, el órgano sometido a control.

Por ello es imprescindible repensar la figura de las fundaciones de iniciativa pública, que tensiona, tal como hoy está regulada, el propio régimen jurídico de las fundaciones.

6. UNAS BREVÍSIMAS REFLEXIONES FINALES.

Dicho todo lo anterior debemos plantearnos una última cuestión: ¿Por qué las fundaciones no son instrumento adecuado para las administraciones públicas?

Primero, hemos visto que las fundaciones son un instrumento de la sociedad civil, en cuanto mecanismo de participación, y no sólo manifestación del ejercicio del derecho de propiedad.

Segundo, las fundaciones son un instrumento para, desde la autonomía de la voluntad privada, cumplir fines de interés general. Son por tanto medios que se configuran para que, en contra de lo que les es propio, los particulares puedan, con la protección del ordenamiento, desarrollar fines no privados sino generales.

Las administraciones públicas, sin embargo, no requieren de la figura interpuesta de la fundación para cumplir fines de interés general, pues es precisamente el servicio objetivo de los intereses generales lo que corresponde y caracteriza precisamente a la Administración (art. 103 de la

Constitución). Mientras que los particulares requieren de una fundación para cumplir fines de interés general con vocación de permanencia y reconocimiento y, la protección del ordenamiento (trascendiendo la vida del propio fundador), la Administración puede y debe cumplir esos fines sin necesidad de persona jurídica (de naturaleza privada) diferenciada. Así como está justificado que la Administración acuda a formas jurídico-privadas de personificación para alcanzar fines privados (empresas públicas, en sentido estricto, que es el propio y más acertado), no lo está que se valga de ellas para cumplir fines de interés general.

Tercero, las fundaciones son instrumento para hacer efectivo el cumplimiento de la voluntad del fundador, que en principio se petrifica en el momento en que es expresada. Sin embargo, al ser las administraciones públicas meros instrumentos del poder público, expresión del pluralismo político, no tiene sentido admitir que una voluntad constituya una fundación con vocación de permanencia vinculando al futuro depositario democrático del poder, sobre todo cuando el pluralismo político es valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1º Constitución). En otras palabras, no es oportuno que una institución jurídica, que tiene como uno de sus elementos esenciales la voluntad del fundador expresada con vocación de permanencia, sea utilizada por un sujeto, la Administración Pública, cuya voluntad viene condicionada por el poder público.

Y si las fundaciones de iniciativa pública suponen una piedra en el engranaje del sistema (ya de por sí confuso) de las relaciones entre el tercer sector y los poderes públicos, que debe ser sometido a profunda reflexión, también lo es (no en igual medida, por supuesto) el régimen actual del Protectorado, que no sólo es disfuncional, sino difícilmente admisible, tal como está configurado desde el punto de vista organizativo (sobre todo en relación con las fundaciones de iniciativa pública) y en cuanto al amplio margen de discrecionalidad que lo caracteriza.

BIBLIOGRAFÍA

Alleva, F. (2004): *I confini giuridici del Terzo settore italiano*, Casa Editrice Ediesse, Roma.

Álvarez de Mon, S. (Dir) (1998): *El Tercer Sector: retos y propuestas para el próximo milenio*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.

Banco Mundial (2000): *En el umbral del siglo XXI. Informe sobre el desarrollo mundial, 1999-2000*, Ediciones Mundi-Prensa.

De Lorenzo, R. y Cabra de Luna, M.A. (1993): “La constelación de las entidades no lucrativas: el tercer sector”, en Rodríguez Piñero (Dir.): *El sector no lucrativo en España*, Escuela Libre Editorial, Madrid.

Doyle, L. P. (Ed.) (1996): *Funding Europe's Solidarity. Resourcing Foundations. Associations. Voluntary Organisations and NGOs in the Member States of the European Union*, Association for Innovative Cooperation in Europe, Bruselas.

Dunn, A. (Ed.) (2000): *The Voluntary Sector, the State and the Law*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon.

Etzioni, A. (1973): “The Third Sector and Domestic Missions”, *Public Administration Review*, 33, julio-agosto.

García de Enterría (1999): “Constitución, fundaciones y sociedad civil”, en De Lorenzo, R. y Cabra de Luna, M.A. (Coord.): *Las fundaciones y sociedad civil*, Fundación ONCE-Civitas.

García Rubio, M. P. y Trigo García, B. (Ed) (2005): *Tendencias legislativas y Tercer sector*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela.

Gidrón, B. y otros (Ed.) (1992): *Government and the Third Sector: Emerging Relationships in Welfare States*, Jossey-Bass Inc. Publishers.

Hammack, D. C. y Young, D. R. (1993): “Perspectives on Nonprofits in the Marketplace”, en Hammack, D. C. y Young, D.R. (Ed), *Nonprofit Organizations in a Market Economy*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco.

Jacques, M. (Ed.) (2000): *¿Tercera Vía o neoliberalismo?*, Icaria, Antrazyt, Barcelona.

Levitt, T. (1973): *The Third Sector; new tactics for a responsive society*, AMACOM, New York.

Pérez Díaz, V. (1995): “La sociedad civil como posibilidad”, *Claves de razón práctica*, 50.

Piñar Mañas, J.L. (1992): *Régimen jurídico de las Fundaciones: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid.

Piñar Mañas, J.L. (1995): “Régimen jurídico público de las Fundaciones en la nueva Ley española de Fundaciones y Mecenazgo”, *Cuadernos de Derecho Judicial. Asociaciones, Fundaciones y Cooperativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

Piñar Mañas, J.L. (2003): “Tercer Sector, Sector Público y Fundaciones”, en *Congreso Italo-Español de profesores de Derecho Administrativo*, Cedecs, Barcelona.

Piñar Mañas, J.L. (Dir.) (2000): *El Tercer Sector en España e Iberoamérica. ONG, fundaciones y sociedad civil*, Tirant Lo Blanch-Centro de Fundaciones, Valencia.

Piñar Mañas, J.L. y Real Pérez, A. (2000): *Derecho de Fundaciones y voluntad del fundador*, Pons, Madrid.

Ponzanelli, G. (1996): “Il terzo settore: non profitto, non Stato”, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino.

Tocqueville (1971): *La Democracia en América*, Aguilar, Madrid.

Trapiella Nieto, I., (1999): “Destino de los bienes de las fundaciones extintas. Su posible reversión”, en Real Pérez, A. (Dir.): *Constitución y extinción de fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia.