

Las fundaciones en la Comunidad de Madrid. En especial, las fundaciones de las Cajas de Ahorro, y el protectorado autonómico sobre las fundaciones de iniciativa pública del Estado según la STC 120/2011

José Luis Piñar Mañas

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad CEU-San Pablo de Madrid

Alicia Real Pérez

Profesora Titular y Directora del Departamento de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. SUPRESIÓN DEL CONSEJO DE FUNDACIONES Y DE LA COMISIÓN DE CLASIFICACIÓN DE FUNDACIONES.—II. REGULACIÓN DE LAS FUNDACIONES DE CAJAS DE AHORROS: 1. *Fundaciones de carácter especial*. 2. *Fundaciones para la gestión de la Obra Social de las Cajas de Ahorro*.—III. REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 120/2011, DE 6 DE JULIO DE 2011.

Tres son los temas esenciales en relación con las fundaciones de la Comunidad de Madrid que merecen una reseña en este momento. Nos referimos a las modificaciones que ha sufrido la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, por la que se suprime el Consejo de Fundaciones y la Comisión de Clasificación de Fundaciones, a la regulación de las fundaciones de las Cajas de Ahorro, y a la importante y reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2011, de 6 de julio de 2011.

I. Supresión del Consejo de Fundaciones y de la Comisión de Clasificación de Fundaciones

Dentro de la política de recortes que estamos viviendo en estos meses, el artículo 25 de la Ley madrileña 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, suprime numerosos órganos colegiados (los recogidos en el Anexo de la propia ley), entre los que se encuentra el Consejo de Fundaciones. También suprime la Comisión

de Clasificación de Fundaciones. Por cierto, la Exposición de Motivos de la Ley señala que en su Capítulo II «se dirigen mandatos a los patronatos de determinadas fundaciones, consorcios y fondos a fin de reordenar los mismos», sin que hayamos sido capaces de localizar dichos mandatos. Quizá se trate, una vez más, de una previsión contenida en una Exposición de Motivos que luego no se lleva al cuerpo de la norma.

El Consejo de Fundaciones estaba regulado en los artículos 33 y 34 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid. El primero de ellos dispone la creación misma del Consejo como órgano de carácter consultivo que dependerá de la Consejería competente en materia de Registro de Fundaciones (Consejería de Presidencia, Justicia e Interior) y estaría integrado por representantes de la Administración autonómica y de las fundaciones. Por su parte, el artículo 34 regulaba sus funciones: a) Asesorar, informar y dictaminar, cuando así se le solicite, sobre cualquier disposición legal o reglamentaria que afecte directamente a las Fundaciones, así como formular propuestas. b) Planificar y proponer las actuaciones necesarias para la promoción y fomento de las Fundaciones, realizando los estudios necesarios al efecto. Y c) Las demás que les puedan atribuir las disposiciones vigentes. Como decimos, sin embargo, los artículos de la Ley que regulaban el Consejo han sido derogados por la Ley 9/2010, de modo que se suprime asimismo el Consejo. Debe entenderse de igual modo derogado el Decreto 29/1999, de 18 febrero, sobre Reglamento y composición del Consejo de Fundaciones de la Comunidad de Madrid (*BOCM* de 1 de marzo de 1999), que lógicamente ha quedado sin contenido.

En cuanto a la Comisión de Clasificación de Fundaciones, hay referencias a ella (sin que se utilice, por lo demás, dicha denominación) en la disposición adicional segunda.² y en la disposición transitoria tercera.¹ del Decreto 20/2002, de 24 de enero, por el que se regula el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid. La primera, en efecto, establece en su punto 1 que «Las fundaciones de competencia de la Comunidad de Madrid estarán adscritas a un Protectorado único, cuya titularidad corresponderá al consejero de Presidencia, sin perjuicio de la posibilidad de desconcentración de dicha titularidad, mediante Orden del Consejero, o delegación de su ejercicio. En todo caso, la unidad administrativa de apoyo al Protectorado estará orgánicamente diferenciada del Registro de Fundaciones». Y en el apartado 2 dispone que «No obstante, si el titular del Protectorado fuera nombrado, personalmente o por razón de su cargo, en el momento de su constitución o con posterioridad, patrono de alguna fundación de la Comunidad de Madrid, el Protectorado de la misma se adscribirá, mientras subsista dicha circunstancia, a otra Consejería, que determinará una Comisión presidida por el Consejero de

Presidencia e integrada por todos los Secretarios Generales Técnicos». Es esta Comisión la que ha quedado suprimida. Por su parte, la disposición transitoria tercera del citado Decreto 20/2002 dispone que «hasta que el Consejero de Presidencia ordene la implantación efectiva del Protectorado único, una vez que la Consejería de Hacienda haya realizado las modificaciones de las relaciones de puestos de trabajo y de plantilla necesarias, las fundaciones se adscribirán, según su fin prevalente, al Protectorado de la Consejería que corresponda por razón de la materia. Dicha adscripción se llevará a cabo por la Comisión prevista en el número 2 de la disposición adicional segunda. Aquellas fundaciones cuyos fines no se ajusten claramente o no se correspondan con las competencias propias de una Consejería, quedarán adscritas al Protectorado de la Consejería que la citada Comisión determine».

II. Regulación de las Fundaciones de Cajas de Ahorros

La Ley 4/2003, de 11 de marzo, de Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid, ha sido modificada en diversas ocasiones. En particular, por la Ley 2/2009, de 23 de junio (*BOCM* de 24 de junio de 2009); la Ley 10/2009, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas (*BOCM* de 29 de diciembre de 2009), y la Ley 1/2011, de 14 de enero, por la que se adapta la Ley 4/2003 al Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros (*BOCM* de 24 de enero de 2011). Esta última es especialmente significativa a efectos de lo que ahora nos interesa: las fundaciones de las Cajas de Ahorro. Cabe distinguir el régimen de las fundaciones «de carácter especial» previstas en el Real Decreto-Ley 11/2011, y las fundaciones para la gestión de la obra social.

1. *Fundaciones de carácter especial*

Como consecuencia de la crisis que asola el sistema financiero y en particular las Cajas de Ahorro, se aprobó el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, que acabamos de citar y que, como señala su Exposición de Motivos, «diseña un nuevo modelo organizativo de las Cajas de Ahorro basado en una doble alternativa: el ejercicio indirecto de la actividad financiera de la caja a través de una entidad bancaria o la transformación de la misma en una fundación de carácter especial traspasando su negocio a otra entidad de crédito». Es el artículo 6 del Decreto-Ley el que se refiere a la «Transformación de cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial». Para ello señala que las Cajas de Ahorros podrán acordar la segregación de sus actividades financiera y benéfico-social mediante el régimen previsto en dicho artículo en los siguientes casos:

a) Conforme a lo previsto en el apartado 3 del artículo 5.º del Real Decreto-Ley, es decir, en el caso de que una caja de ahorros redujese su participación de modo que no alcance el 50% de los derechos de voto de la entidad de crédito a la que se refiere el propio artículo 5.º (las cajas de ahorros podrán desarrollar su objeto propio como entidad de crédito a través de una entidad bancaria a la que aportarán todo su negocio financiero), *deberá* renunciar a la autorización para actuar como entidad de crédito según lo previsto en la Ley de Ordenación Bancaria de 1946 *y proceder* a su transformación en fundación especial con arreglo a lo previsto en el artículo siguiente (caigamos en la cuenta de que en este caso no hablamos de la simple *posibilidad* de transformarse en fundación especial sino de una verdadera obligación).

b) Como consecuencia de la renuncia a la autorización para actuar como entidad de crédito y en los demás supuestos de revocación.

c) Como consecuencia de la intervención de la entidad de crédito en los supuestos previstos en la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito.

A tal efecto traspasarán todo el patrimonio afecto a su actividad financiera a otra entidad de crédito a cambio de acciones de esta última y se transformarán en una fundación de carácter especial perdiendo su condición de entidad de crédito.

La fundación centrará su actividad en la atención y desarrollo de su obra benéfico-social, para lo cual podrá llevar a cabo la gestión de su cartera de valores. La fundación deberá destinar a su finalidad benéfico social el producto de los fondos, participaciones e inversiones que integren su patrimonio. Auxiliarmente, podrá llevar a cabo la actividad de fomento de la educación financiera.

El acuerdo al que se refiere el apartado anterior estará sujeto al cumplimiento de los requisitos previstos para la constitución de fundaciones y supondrá la transformación de la Caja en una Fundación de carácter especial. La segregación de la actividad financiera, por su parte, se regirá por lo establecido en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Las previsiones del citado Real Decreto-Ley se han recogido ya en la Ley 4/2003, de 11 de marzo, de Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid. Sobre todo en la modificación llevada a cabo a través de la Ley 1/2011, de 14 de enero, por la que se adapta la Ley 4/2003, de 11 de marzo, al Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros.

El nuevo artículo 14 quinquies de la Ley 4/2003 regula con detalle la transformación de cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial.

Señala que las Cajas de Ahorros, en el supuesto previsto en el artículo 14 quáter.³¹ y en los otros supuestos previstos en la normativa estatal básica, podrán acordar la segregación de sus actividades financiera y benéfico-social mediante el traspaso de todo el patrimonio afecto a su actividad financiera a otra entidad de crédito a cambio de acciones de esta última y su transformación en una fundación de carácter especial, perdiendo su condición de entidad de crédito.

El apartado 2 del artículo regula el procedimiento para la transformación:

La transformación exigirá autorización previa del Gobierno de la Comunidad de Madrid.

La Fundación deberá inscribirse en el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid si desarrolla principalmente sus funciones en la Comunidad de Madrid, y se sujetará en su ámbito, organización, funcionamiento y demás normas aplicables a su régimen jurídico a la normativa reguladora de las Fundaciones de la Comunidad de Madrid con las siguientes especialidades:

a) El protectorado de la Fundación corresponderá a la Consejería competente en materia de Hacienda Pública y política financiera que podrá designar un representante en el Patronato de la Fundación.

b) Corresponde a la Consejería competente regular la composición y normas de funcionamiento del Patronato de la Fundación. Las referidas normas serán objeto de desarrollo por los Estatutos de la Fundación que serán a su vez autorizados por el Protectorado.

c) La obra benéfico-social de las fundaciones de carácter especial, a la que deberán destinar la totalidad del producto de sus fondos, participaciones e inver-

¹ Si la caja de ahorros redujese su participación de modo que no alcance el 50% de los derechos de voto de la entidad de crédito deberá renunciar a la autorización para actuar como entidad de crédito y proceder a su transformación en fundación especial en los términos que dispone la legislación básica estatal. La misma renuncia deberá ejercerse por las Cajas de Ahorros domiciliadas en la Comunidad de Madrid que, de forma concertada con otras Cajas de Ahorros, ejerzan en exclusiva su objeto como entidades de crédito a través de una entidad de crédito controlada conjuntamente por todas ellas conforme a lo dispuesto en el artículo 5.4 del Real Decreto-Ley, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, cuando la participación conjunta de todas ellas no alcance el 50% de los derechos de voto de la entidad de crédito. La aprobación por la Caja de Ahorros del acuerdo que determine o autorice la reducción de la participación de la Caja en la entidad de crédito de manera que supusiera su transformación en fundación especial exigirá autorización previa del Gobierno de la Comunidad de Madrid.

siones que integren su patrimonio, se regirá por lo dispuesto en la presente Ley, en especial, lo dispuesto en el artículo 19, respecto a la autorización del presupuesto anual, de los correspondientes informes de rendición de cuentas de su ejecución y su liquidación, de los Estatutos de la Fundación y sus modificaciones, y de las directrices en obra social. La obra social se territorializará de manera que se garantice que la Fundación desarrolla principalmente sus actividades en el territorio de la Comunidad de Madrid si los depósitos captados por la Caja provenían principalmente de la Comunidad de Madrid ².

Por su parte, la disposición adicional octava ³ de la Ley de Fundaciones de Madrid señala que las Fundaciones de carácter especial a las que se refiere el artículo 6 del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, que se constituyan como consecuencia de la transformación de una Caja de Ahorros domiciliada en la Comunidad de Madrid, y las reguladas en el artículo 74.2 de la Ley 4/2003, de 11 de marzo, de Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley con las especialidades establecidas en la Ley 4/2003, de 11 de marzo, y demás normativa aplicable, debiendo adaptar sus estatutos a lo dispuesto en las citadas normas y las que se dicten en desarrollo de las mismas.

2. Fundaciones para la gestión de la Obra Social de las Cajas de Ahorro

El artículo 74 de la Ley madrileña de Cajas de Ahorro dispone:

«Gestión de la Obra Social.

1. *Con la excepción prevista para las fundaciones de carácter especial reguladas en esta Ley, la gestión de la Obra Social de la Caja corresponderá al Consejo de Administración, con sujeción a las directrices que, en su caso, apruebe la Asamblea General.*

2. *Dicha gestión podrá realizarse directamente por los órganos o servicios de la Caja, o mediante una Fundación constituida a este efecto por la propia Caja y cuyo Patronato estará formado por los miembros del Consejo de Administración de la Caja de Ahorros, por un miembro de la Comisión de Obra Social designado por esta y por un representante de la Comunidad de Madrid que asistirá a sus reuniones con voz pero sin voto ⁴.*

² Artículo añadido por la Ley madrileña 1/2011, de 14 de enero.

³ Añadida por la Ley 1/2011, de 14 de enero.

⁴ Téngase en cuenta la disposición transitoria sexta de la Ley 1/2011, de 14 de enero: *«Fundación Caja Madrid.*

En la forma y plazos previstos en la disposición transitoria primera, la Caja de Ahorros y

El Consejo de Administración podrá acordar, por mayoría absoluta, la integración en el Patronato de otros Consejeros Generales que no ostenten la condición de Vocales del Consejo de Administración.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19.b) de la presente Ley⁵, la aprobación de los Estatutos de dicha Fundación, así como su modificación, requerirán el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros del Patronato. El nombramiento de los patronos y su renovación, deberán ser aprobados por mayoría del Consejo de Administración de la Caja. El protectorado de la Fundación corresponderá a la Consejería competente en materia de Hacienda Pública y política financiera, ejerciendo en el ámbito específico de sus competencias, el control y la supervisión de la actuación de la fundación, sin perjuicio de las atribuciones que normativa en materia de Fundaciones reconozca a otros órganos de la Comunidad de Madrid.

3. Las Cajas de Ahorros domiciliadas en la Comunidad de Madrid deberán destinar anualmente la totalidad de los excedentes líquidos que, conforme a la normativa vigente, no se apliquen a reservas o fondos de provisión no imputables a riesgos específicos o que no sean atribuibles, en su caso, a los cuotapartícipes, a la dotación de

Monte de Piedad de Madrid procederá a adaptar los Estatutos de la Fundación Caja Madrid a lo dispuesto en el artículo 74.2 de la Ley 4/2003, en la redacción dada por la presente Ley, realizando las modificaciones en su objeto, ámbito y organización necesarias para posibilitar el cumplimiento de los requerimientos establecidos en dicho artículo y para su posterior inscripción en el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid».

La disposición transitoria primera dispone:

«Adaptación de Estatutos Sociales y Reglamento Electoral de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid.

La Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid procederá, en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, a aprobar una versión reformada de sus Estatutos y Reglamento Electoral, al objeto de adaptarlos a lo dispuesto en la presente Ley.

Dicha aprobación se hará por acuerdo de su Asamblea General, para cuya válida constitución será necesaria la asistencia de la mayoría de sus miembros en primera convocatoria y de cualquier número de sus miembros en segunda convocatoria, bastando en ambos casos para que el acuerdo de adaptación sea válido con que el mismo se adopte por mayoría simple de los votos de los asistentes.

Si transcurriera el plazo de seis meses sin la modificación correspondiente de los Estatutos y Reglamento Electoral de las Cajas de Ahorro para su adecuación a la presente Ley, quedará facultada la Consejería competente para proceder a su adaptación y aprobación definitiva».

Aunque no queda del todo claro, parece que el plazo debe entenderse a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2011, es decir, a partir del día de su publicación en el BOCM de 24 de enero de 2011.

⁵ «Artículo 19. *Competencias en materia de distribución de excedentes y obras benéfico-sociales.*

1. Corresponderá a la Consejería competente de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con la legislación básica estatal: ...

b) Autorizar los Estatutos de las Fundaciones, así como sus modificaciones, que las Cajas de Ahorros pudieran constituir para la gestión y administración, total o parcial, de sus Obras Benéfico-Sociales, propias o en colaboración, de acuerdo con lo establecido en el Título V de la presente Ley».

un fondo para obra social que tendrá como finalidad la financiación de obras propias o en colaboración en los campos de la sanidad, la promoción del medio ambiente, la investigación, la enseñanza, la cultura, los servicios sociales, la defensa del patrimonio cultural, el deporte, la ayuda humanitaria, la innovación y el desarrollo tecnológico y otras actuaciones con trascendencia social, de acuerdo con las directrices que establezca la Consejería competente»⁶.

III. Referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2011, de 6 de julio de 2011

El artículo 9.3 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid, disponía:

«Las fundaciones que desempeñen su actividad principalmente en la Comunidad de Madrid y que estén constituidas por una o varias personas jurídico-públicas cualquiera que sea el ámbito territorial de actuación de tales personas, estarán sujetas a las disposiciones de la presente Ley».

Por su parte, el apartado segundo de la disposición adicional primera de la misma ley establecía:

«[s]e entenderá, a los efectos previstos en el artículo 1.1 de la presente Ley que las fundaciones constituidas por las Universidades públicas de la Comunidad de Madrid, desarrollan principalmente sus actividades en el territorio de ésta».

Según el citado artículo 1⁷ «La presente Ley tiene por objeto la regulación de las fundaciones de competencia de la Comunidad de Madrid, por desarrollar principalmente sus funciones en su territorio».

La Sentencia Constitucional 120/2011, de 6 de julio (publicada en el BOE de 2 de agosto), ha declarado inconstitucional tanto el artículo 9.3 como el apartado segundo de la disposición adicional segunda.

La Sentencia en cuestión cierra un conflicto competencial entre el Estado y la Comunidad de Madrid que tiene elementos muy peculiares y que tuvo su origen en una controversia específica referida a una fundación en particular. Veamos.

Como ya señalamos en este mismo *Anuario*, en 2009, el inicial Estatuto de Autonomía de Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, no incluía referencia alguna a las Fundaciones. Tras la Ley Orgánica 9/1992,

⁶ Nueva redacción dada a este artículo por la Ley madrileña 1/2011, de 14 de enero.

⁷ En realidad, el apartado 1.1 no existe. El artículo 1 no tiene división alguna en apartados.

de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, se aprobó la Ley Orgánica 10/1994, de 24 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, cuyo artículo 26 establecía que corresponde a la Comunidad la plenitud de la función legislativa en materia de «fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma». La Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio ⁸, modificó ligeramente la redacción del artículo 26, fijando el texto hoy vigente, según el cual «1. La Comunidad de Madrid, en los términos establecidos en el presente Estatuto, tiene competencia exclusiva en las siguientes materias»: «1.26: Fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad de Madrid».

Madrid aprobó su propia Ley de Fundaciones: la ya citada Ley 1/1998, de 2 de marzo. Como también señalamos en el citado *Anuario*, la aprobación de la Ley se debió seguramente a tres motivos fundamentales: permitir el derecho de reversión; intentar garantizar el control por parte de la Comunidad de Madrid de las grandes fundaciones de iniciativa pública que tenían su sede en Madrid (por ejemplo, Fundación del Teatro Lírico) y que, en principio, desarrollaban sus funciones, principalmente, en dicha Comunidad; y poder establecer un régimen más favorable que el estatal para así potenciar la creación de fundaciones sujetas a la legislación madrileña. A tales motivos puede añadirse el de regular las fundaciones de iniciativa pública ⁹.

La regulación del derecho de reversión mereció una interpretación conforme a la Constitución en la Sentencia del Tribunal Constitucional 341/2005, de 21 de diciembre ¹⁰.

El alcance de las competencias del Estado y de la Comunidad de Madrid, con una doctrina que puede ser extendida a otras Comunidades Autónomas, en relación con las fundaciones de iniciativa pública y en base al ámbito territorial en el que desempeñen sus actividades es el tema que ha merecido la atención del Tribunal Constitucional en la Sentencia 120/2011.

Antes dijimos que la sentencia es fruto de una situación peculiar. Parece paradójico, de entrada, que se haya dictado como consecuencia de un recurso interpuesto por el Gobierno central, a la sazón del Partido Popular, contra una

⁸ BOE de 8 de julio.

⁹ PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ, «Las Fundaciones en la Comunidad de Madrid», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, Asociación Española de Fundaciones-Iustel, Madrid, 2009, pp. 438-439.

¹⁰ Que hemos analizado en ob. ult. cit.

ley aprobada por un Gobierno regional también del Partido Popular. Ello se debe fundamentalmente al hecho de que con el artículo recurrido lo que pretendía la Comunidad Autónoma era controlar las Fundaciones de iniciativa pública estatal domiciliadas en Madrid pero con una proyección que sin duda excedía la propia de la Comunidad. Fundaciones que estaban domiciliadas en Madrid por su vinculación a una actividad o finalidad propia de una institución también domiciliada en la capital. En particular, el conflicto surgió a raíz de la Fundación del Teatro Lírico.

La Fundación del Teatro Lírico, hoy Fundación del Teatro Real ¹¹, es una Fundación del sector público estatal de acuerdo con lo previsto en el artículo 44 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Fue constituida, el 14 de diciembre de 1995, al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, por el Ministerio de Cultura y la Comunidad de Madrid, con una participación del 72,5% y 27,5%, respectivamente. Por Orden Ministerial de 1 de abril de 1997 el Estado cedió a la Fundación, a título gratuito, el uso del Teatro Real, inmueble donde desarrolla su actividad, así como los bienes muebles y equipos ubicados en el mismo ¹².

Dado el porcentaje de participación de las Administraciones fundadoras, y dado que en principio la Fundación desarrolla principalmente sus funciones en la Comunidad de Madrid (en el Teatro Real), parecería que debería corresponder a esta el ejercicio del Protectorado. Tal planteamiento originó un importante conflicto entre el Estado y la Comunidad Autónoma, que Madrid quiso zanjar aprobando en 1998 la Ley de Fundaciones, cuyo artículo 9.3 dispone (disponía), como sabemos, que «las fundaciones que desempeñen su actividad principalmente en la Comunidad de Madrid y que estén constituidas por una o varias personas jurídico-públicas cualquiera que sea el ámbito territorial de actuación de tales personas, estarán sujetas a las disposiciones de la presente Ley». Precepto que, es evidente, estaba pensado expresamente para la Fundación Teatro Lírico, cuyo control pretendía mantener la Comunidad Autónoma.

Además de la citada Fundación, también se plantearon problemas con las creadas por las Universidades Públicas, como también veremos.

¹¹ En su reunión de 3 de diciembre de 2007, el Patronato acordó modificar su denominación, que pasó a ser Fundación Teatro Real.

¹² Es muy interesante la *Resolución de 16 de febrero de 2011, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la Fundación Teatro Lírico, ejercicio 2006* (BOE de 23 de marzo de 2011).

Aprobada la Ley 1/1998, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, el Presidente del Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 9.3, y el apartado segundo de la disposición adicional primera de la Ley (cuyos textos ya hemos transcrito más atrás), así como contra el inciso final del apartado primero de dicha disposición, que no fue declarado inconstitucional y en el que ahora no vamos a detenernos.

El Abogado del Estado basa el recurso contra el artículo 9.3 en los siguientes argumentos: a) la disposición impugnada desconoce que las fundaciones constituidas por las Administraciones públicas «son meros instrumentos de éstas para el ejercicio de sus competencias»; b) la utilización por las Administraciones públicas de entes instrumentales, ya sean públicos o privados, no puede «dar lugar a la alteración, vulneración o defraudación del reparto constitucional de competencias»; c) el «ejercicio del registro y protectorado incide en el desenvolvimiento de la actividad fundacional». En consecuencia, las «competencias que se atribuye la Comunidad Autónoma... han de considerarse una evidente y manifiesta intromisión competencial cuando, como ocurre en el caso que nos ocupa, resulta que la fundación se ha constituido por otra Administración para el ejercicio de sus competencias. El principio de autonomía que rige la actuación de las distintas Administraciones territoriales reconocidas en la Constitución impide que una Administración pueda controlar, vigilar o dificultar el ejercicio de las competencias de otra. ... Por tanto, esa función de vigilancia y control público que resulta del registro y protectorado de fundaciones resulta incompatible con la Constitución cuando el ente fundacional haya sido creado por personas jurídico-públicas, distintas de aquellas a las que corresponde su ejercicio»; d) la Constitución prohíbe «invadir competencias estatales por una interpretación excesiva de un título competencial autonómico». La competencia legislativa plena de Madrid en materia de fundaciones que realicen la mayor parte de su actividad en su territorio no puede, a su juicio, impedir el ejercicio de las competencias que el Estado ostenta en virtud de otros títulos. Así, «aunque parece que el título autonómico establece un criterio de distribución competencial exclusivamente territorial (fundaciones que llevan a cabo su actividad principalmente en el territorio autonómico), en realidad es necesario matizarlo para evitar que otros títulos competenciales sustantivos del Estado queden perturbados, limitados o eliminados. Supuesto que se daría si la fundación se ha constituido por el Estado para ejercer una competencia que tiene reconocida en el bloque de la constitucionalidad»; e) el artículo 9.3 vulnera la potestad de autoorganización de la Administración del Estado, pues impediría que la Administración del Estado elija, como fórmula organizativa «para el ejercicio de sus competencias la forma privada de la fundación, ya que si lo hace debe soportar la injerencia de la

Administración autonómica en su gestión, administración y dirección a través del Registro y del Protectorado», produciendo así «una evidente perturbación en la competencia de autoorganización» de la Administración del Estado, puesto «que no podrá organizar el ejercicio de sus competencias como lo considere más conveniente, con total y plena libertad».

En cuanto al apartado segundo de la disposición adicional primera (recordemos que se refiere a las fundaciones constituidas por las Universidades Públicas de la Comunidad, respecto de las que se entiende, siempre, que desarrollan principalmente sus actividades en el territorio de ésta), me interesa destacar ahora el argumento del Abogado del Estado basado en que se «impide al fundador... establecer libremente el ámbito territorial de actividad de las [fundaciones], vulnerando con ello el artículo 34 de la Constitución». La disposición recurrida «establece una presunción o ficción sobre el ámbito territorial en el que ese tipo de fundaciones desarrolla su actividad que deja en segundo plano y, por tanto, sin eficacia jurídica, no sólo la realidad del lugar de realización de la actividad fundacional sino también la voluntad del fundador». Consecuentemente, afirma el Abogado del Estado, «el precepto no ha respetado el contenido esencial del derecho», que ha resultado alterado, pues «la voluntad del fundador ha de extenderse a la determinación del ámbito territorial de actuación de la fundación para que el derecho a su creación no quede totalmente desnaturalizado».

El Letrado de la Comunidad, por supuesto, defiende la constitucionalidad del artículo 9.3 de la Ley 1/1998, en base a la utilización de un criterio, el territorial, que es el utilizado por los diferentes Estatutos de Autonomía. Si bien puede ofrecer matices, como es el caso de las fundaciones, respecto de las que se pone el acento en el ámbito donde se desarrolla «principalmente» la actividad.

Además de ese planteamiento general, el Letrado alega, entre otros extremos, que, frente a la consideración de la fundación como instrumento de la actividad administrativa, niega que cuando una persona jurídico-pública crea una fundación lo haga, necesariamente, para ejercer sus competencias. Además, ha de quedar claro que las fundaciones creadas por entidades públicas son verdaderas fundaciones privadas y no fundaciones públicas. En este sentido, señala también que la especialidad del régimen jurídico de las fundaciones constituidas por entidades públicas se limita al proceso de formación de la voluntad de la entidad pública fundadora, que está sujeto a normas de Derecho público, pero una vez constituida la fundación se regirá por lo dispuesto en la legislación sobre fundaciones sin excepciones. La pretensión de que la Administración fundadora ejerza, por ese carácter, también el protectorado, incurre

en una «incompatibilidad clara entre el desarrollo de las actividades de fundación y su control». Y, lo que creemos es de gran importancia (y transcribimos literalmente la exposición que de su argumentación hace el propio Tribunal Constitucional), «rechaza a continuación que el artículo 9.3 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid, vulnere la potestad de autoorganización de la Administración estatal, puesto que «las fundaciones privadas no pueden ser nunca una manera de autoorganizarse el Estado, aunque sí de realizar ciertas actividades mediante entidades jurídico-privadas, como son las fundaciones o las sociedades mercantiles. ... La fundación no es un ente público sino privado y, como tal, no puede asumir funciones públicas sino sólo colaborar con la Administración en la consecución de fines públicos, del mismo modo que pueden hacerlo las Fundaciones constituidas por entidades privadas. ... La fundación, aun constituida por entes públicos, no deja de ser una persona jurídico-privada. ... No es Administración y tampoco es de titularidad de la Administración... y, por ello, no puede encuadrarse dentro de la autoorganización de la Administración. ... Distinto es el caso de los entes públicos institucionales, que tienen una base fundacional, esto es constituyen un conjunto de bienes adscritos a ciertos fines que no son propios de las personas que los administran. ... Pero no son estas entidades a las que se refiere la Ley impugnada sino a puras entidades privadas, de Derecho privado».

Por otra parte, respecto del apartado segundo de la disposición adicional primera, rechaza, tanto su inconstitucionalidad competencial como cualquier vulneración material del contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 34 de la Constitución. Para concluir, «en el escrito de alegaciones se responde al “ejemplo demostrativo de la injerencia competencial” aducido en la demanda de inconstitucionalidad, referido al conflicto con relación a la Fundación Teatro Lírico, argumentando que “el protectorado de la fundación es una función administrativa, que corresponde a la Administración territorialmente competente, aunque su participación inicial en la dotación de la fundación sea minoritaria o, incluso, sea inexistente”».

Creemos que los términos del debate son realmente interesantes. Lo malo es que hemos tenido que esperar 12 años para conocer el desenlace. Desenlace que, lo adelantamos ya, es en nuestra opinión correcto en cuanto al resultado, pero no en cuanto al planteamiento y la base argumental.

Como señala el propio Tribunal (FJ 4, *in fine*) «el objeto de la controversia competencial que, a propósito del artículo 9.3 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid, se ventila en este proceso se circunscribe a determinar si resulta o no constitucional extender el criterio territorial delimitador de las competencias en materia de fundaciones a las

que el artículo 44 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, configura como fundaciones del sector público estatal». Pese a que ya lo hemos hecho más atrás, quizá convenga recordar de nuevo el texto del precepto controvertido: «Las fundaciones que desempeñen su actividad principalmente en la Comunidad de Madrid y que estén constituidas por una o varias personas jurídico-públicas cualquiera que sea el ámbito territorial de actuación de tales personas, estarán sujetas a las disposiciones de la presente Ley».

Sin perjuicio de que es difícil no extender la doctrina del Tribunal a cualquier fundación de iniciativa pública, sea estatal, autonómica o local, la Sentencia advierte que «la controversia competencial debe entenderse referida, más particularmente, al régimen competencial aplicable a las fundaciones instituidas por la Administración General del Estado. A pesar de que también estén comprendidas en el tenor literal del artículo 9.3 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid, en este recurso de inconstitucionalidad no se hace cuestión, en cambio, de la aplicación del citado criterio a las fundaciones creadas por la propia Comunidad de Madrid o por otras Administraciones territoriales».

El Tribunal parte de la muy importante y acertada consideración de que «la creación de fundaciones por las personas jurídico-públicas no constituye el ejercicio del derecho de fundación proclamado en el artículo 34.1 CE». Asimismo, señala que «la proclamación del derecho de fundación para fines de interés general (art. 34.1 CE) implica el reconocimiento de un derecho de libertad cuyo ejercicio permite a los particulares participar en la realización de actividades de interés general a través de la creación de una organización permanente dotada de personalidad jurídica propia y diferenciada del instituyente. De la proclamación constitucional de este derecho fundamental no se deriva, en consecuencia, el reconocimiento de la capacidad para constituir fundaciones por parte de las personas jurídico-públicas» (FJ 5.º, *in fine*). Algo que ya habíamos señalado hace años¹³. Sigue el Tribunal resaltando que «ha sido, precisamente, el legislador estatal quien ha establecido que “las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario” (art. 8.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones). El reconocimiento a las Administraciones públicas de la capacidad para constituir fundaciones no deriva, por tanto, del art. 34.1 CE sino de una decisión adoptada por el legislador con la finalidad de satisfacer el mandato que le impone el art. 103.1 CE en el sentido de con-

¹³ Vid. PIÑAR MAÑAS Y REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Pons, Madrid, 2000.

figurar el Derecho propio de la Administración pública de tal manera que a ésta le resulte posible actuar con eficacia» (FJ 6.º).

Hasta aquí nada hay que objetar (salvo quizá la extensión de la referencia al artículo 103.1 y el intento de reconducir, solo a ese precepto, la justificación de la capacidad de constituir fundaciones que se reconoce a las Administraciones públicas). Pero a partir de este punto la argumentación del Tribunal Constitucional no es fácil de compartir.

Como hemos señalado, considera que «la decisión de un ente público de constituir una fundación para el cumplimiento de los fines que le son propios no supone el ejercicio del derecho de fundación reconocido a los particulares en el art. 34.1 CE sino el de la potestad de autoorganización que corresponde a las Administraciones territoriales». Nos encontramos, «ante personificaciones instrumentales con forma fundacional constituidas por la Administración para la tutela de los intereses públicos que tiene normativamente encomendados» (el resaltado es nuestro). Hace entonces el Tribunal una alusión a su Auto 206/1999, de 28 de julio (en nuestra opinión muy desafortunado en cuanto a la argumentación utilizada, aunque el fallo fuese acertado), referido precisamente a la condición funcional o laboral del puesto de director general de la Fundación del Teatro Lírico, para insistir en que la entidad, «si bien formalmente persona jurídico-privada, puede equipararse en realidad a un Ente público con capital y fines también públicos que actúa en el tráfico jurídico utilizando sólo de manera instrumental la veste fundacional»¹⁴.

Creemos que el Tribunal se mueve por un escenario complicado, que no solo le aparta de su propio planteamiento en base al criterio territorial, que él mismo anunció y que abandona, sino que le lleva a conclusiones más que discutibles. Pues en definitiva lo que a la postre mantiene es que las fundaciones de iniciativa pública son entidades que han de ser consideradas de naturaleza y titularidad públicas, con todas sus consecuencias.

Tras resaltar el carácter instrumental de las fundaciones de iniciativa pública¹⁵, considera que del mismo se extraen varias consecuencias (ninguna de las

¹⁴ Palabras del Fundamento Jurídico 2 del Auto. El texto transcrito lo es del FJ 6 de la Sentencia.

¹⁵ «7. La decisión del legislador de reconocer a las personas jurídico-públicas la capacidad para constituir fundaciones (art. 8.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones) tiene como consecuencia la posibilidad de que las Administraciones públicas empleen instrumentalmente la legislación reguladora de esta concreta forma de personificación jurídica que, según hemos indicado, ha de concretarse de conformidad con el “concepto de fundación al que se refiere dicho precepto constitucional [el art. 34.1 CE], coincidente con el admitido de forma generalizada entre los juristas” y que integra una “imagen reconocible de la institu-

cuales, por cierto, tienen que ver con el criterio territorial, que en principio parecería que debería ser para el Tribunal, como él mismo apuntó, el fundamental para decidir la controversia):

En primer lugar, el alcance limitado de las actividades de las fundaciones constituidas por la Administración General del Estado ¹⁶ se traduce en que «su actuación en ningún caso puede desbordar los límites trazados por la distribución de competencias, *resultando a este respecto indiferente que la actuación de la Administración General del Estado se lleve a cabo directamente a través de sus propios órganos y servicios o mediante personificaciones instrumentales de Derecho público o privado (STC 52/1994, de 24 de febrero, FJ 5)*» (la cursiva es nuestra). Esta es una peligrosa y confusa afirmación del Tribunal. No sólo viene a equiparar a estos efectos a las fundaciones de iniciativa pública con cualquier Administración, sino que olvida, por un lado, que hay actividades y funciones públicas respecto de las que tal opción no es posible, pues deben reservarse a entidades de derecho público [con acierto el art. 46.1.a) de la Ley 50/2002 prohíbe a las fundaciones del sector público estatal «ejercer potestades públicas»], por otro, que el citado artículo 46.1 está redactado para limitar las actividades de tales fundaciones (no para equipararlas, a estos efectos, a la Administración) y, por último, que tal amplitud en la «capacidad de autoorganización» (criterio equivocado) que se reconoce a la Administración, olvida que los destinatarios de las actividades de esta son los ciudadanos, mientras que los de las fundaciones son los beneficiarios, que con dificultad conceptual pueden invocar derechos subjetivos frente a la fundación. Como uno de nosotros ya ha señalado en otro lugar, «mientras que las Administraciones públicas actúan al servicio de los ciudadanos, las fundaciones ejercen sus funciones a favor de los beneficiarios o usuarios (cuyo estatus no está nada claro ¹⁷ ni su habilitación o legitimación

ción preservada por el art. 34 CE» (STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 7). Sin perjuicio de que el legislador deba, por ello, respetar esa imagen, el carácter instrumental de las fundaciones respecto de las Administraciones públicas que las han creado, y por lo que aquí interesa de las fundaciones del sector público respecto de la Administración del Estado, tiene, no obstante, diversas consecuencias para su régimen jurídico entre las cuales cabe destacar las siguientes».

¹⁶ Que «únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas» [art. 46.1.b) de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre].

¹⁷ Fue pionero en el estudio del régimen de los beneficiarios de las fundaciones (o de la beneficencia) L. M. Díez-Picazo, «La legislación de beneficencia en España», en Piñar Mañas y Real Pérez, *Legislación sobre Instituciones de Beneficencia Particular. Fundaciones benéfico-asistenciales puras y mixtas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, pp. 28-29. Recientemente, Caffarena, «Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, Asociación Española de Fundaciones-Iustel, Madrid, pp. 29 y ss.

para cuestionar el desempeño de su actividad por las fundaciones: ver Ley 50/2002). Y es evidente que la Administración, al crear una fundación, no puede convertir a los ciudadanos en simples beneficiarios. Por ello una fundación en ningún caso puede sustituir a la Administración»¹⁸.

En segundo término, señala el Tribunal que «la circunstancia de que quien actúa a través de estas fundaciones no sea un particular sino un ente público... *afecta necesariamente a las potestades de intervención administrativa sobre las fundaciones que, tal y como ya hemos señalado, se fundamentan precisamente en la necesidad de asegurar que estas últimas cumplan con los fines de interés general que justificaron su creación en ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 34.1 CE*» (la cursiva es nuestra).

«En el caso de las fundaciones del sector público, sigue el Tribunal, el servicio al interés general y la garantía de legalidad también resultan constitucionalmente obligados y, por tanto, capaces de habilitar potestades de control administrativo sobre su actuación, pero ello no tiene lugar en el marco de lo dispuesto en el art. 34.1 CE —“para fines de interés general, con arreglo a la ley”—, sino en el que se deriva del art. 103.1 CE, que llama a la Administración a *servir “con objetividad los intereses generales”*, así como a actuar “de acuerdo con los principios de eficacia [y] jerarquía, ... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”» (la cursiva es nuestra). Una vez más diferimos del planteamiento que hace el Tribunal Constitucional. La intervención administrativa sobre las actividades de las fundaciones de iniciativa pública y el cumplimiento de sus fines va mucho más allá que la del Protectorado. El control económico y presupuestario, o las exigencias en materia de contratación, se fundamentan en su vinculación a la Administración y al uso, en su caso, de recursos públicos. Pero no en el servicio objetivo del interés general. Este criterio es válido, en su caso, en la fase de creación de la fundación (que sí debe justificarse en tal servicio objetivo), pero no en el desarrollo de sus funciones, pues el interés general del artículo 103 no es coincidente con el del 34¹⁹. Por otra parte, el principio de jerarquía no es en absoluto aplicable a las relaciones entre la Administración fundadora y la propia fundación. Tal principio se aplicará, en su caso, en los términos que establezcan los estatutos de esta, pero no por disposición del artículo 103. Los fundadores y las fundaciones no se rigen en sus relaciones por el principio de jerarquía. Tampoco las fundaciones de iniciativa

¹⁸ Vid. PIÑAR MAÑAS, «Entidades privadas e interés general: el papel de las Fundaciones», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, Asociación Española de Fundaciones-Iustel, Madrid, pp. 281 y ss.

¹⁹ Sobre ello nos remitimos de nuevo a PIÑAR MAÑAS, «Entidades privadas e interés general...», ob. cit.

pública. Por tanto, la argumentación del Tribunal no es adecuada, en nuestra opinión, como parte de su postura a la hora de estimar el recurso.

En tercer lugar, para el Tribunal, el carácter instrumental de las fundaciones del sector público «determina también que el ejercicio de las competencias de control administrativo sobre su actuación tenga materialmente por objeto la actuación de la Administración territorial que se sirve de esa personificación, lo cual revela que su ejercicio... se enmarca en el ámbito de las relaciones jurídicas entre los entes públicos —con independencia de cuál sea su régimen de personificación y de funcionamiento— a través de los cuales actúa el Estado» y resalta que el artículo 46.2 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, dispone que el protectorado de las fundaciones del sector público estatal «se ejercerá, con independencia del ámbito territorial de actuación de las mismas, por la Administración General del Estado».

Tras hacer las anteriores consideraciones, el Tribunal analiza el «canon que resulta aplicable al control de la constitucionalidad del precepto impugnado».

Por un lado, señala el Tribunal, «la Comunidad de Madrid es titular de la competencia respecto de las “fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad de Madrid” (art. 26.1.26 EAM), de tal manera que, según sostuvimos en nuestra STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 4, será “el legislador autonómico el habilitado para ejercer la amplia libertad de configuración que el texto constitucional le confiere cuando se trate de fundaciones que realicen su actividad principalmente en el territorio de la Comunidad Autónoma, mientras que lo será el estatal en los supuestos no cubiertos por las aludidas previsiones estatutarias”». Sin embargo, el Tribunal concluye tajantemente que *«lo que en modo alguno puede hacer la Comunidad de Madrid en el ejercicio de su competencia es extender el ámbito de aplicación de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid, a las fundaciones del sector público estatal. Y ello no tanto porque al hacerlo se esté interfiriendo en el ámbito propio del ejercicio de la potestad de autoorganización de la Administración General del Estado —ya que a ésta le seguirá siendo posible acometer su actividad a través de la forma de la fundación—, sino porque, en tal caso, la decisión de actuar a través de la interposición de una fundación tendría como consecuencia el sometimiento de la actuación de la Administración General del Estado, realizada en ejercicio de sus propias competencias, a un conjunto de controles administrativos de legalidad que, de no haberse empleado la veste fundacional, no resultarían de aplicación. Este es el sentido del artículo 46.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, que como ya se ha indicado establece que el protectorado de las fundaciones del sector público estatal “se ejercerá, con independencia del ámbito territorial de*

actuación de las mismas, por la Administración General del Estado”. Y es que no resulta constitucionalmente aceptable que la actuación de la Administración del Estado quede sometida a un sistema de control administrativo de legalidad por parte de una Comunidad Autónoma a raíz de una decisión adoptada exclusivamente por esta última. Del hecho de que la Administración General del Estado *adopte esa opción organizativa para la más adecuada persecución de los fines que les son propios* no puede derivarse atribución competencial alguna que justifique que otra Administración territorial establezca mecanismos administrativos para controlar o supervisar el modo en que se ejercen las competencias del Estado cuya existencia no se plantearía de no haberse optado por la forma jurídica de fundación» (la cursiva es nuestra).

No creemos que sea posible compartir la argumentación que acabamos de transcribir. Una vez más creemos que el Tribunal debería haber evitado considerar las fundaciones de iniciativa pública como personificaciones de la Administración, casi administraciones al fin y al cabo, sin tener en cuenta las peculiaridades de la figura fundacional. No son una simple «opción organizativa para la más adecuada persecución de los fines que les son propios», como más atrás ya hemos advertido. Sin perjuicio de que existen casos en que una Administración puede condicionar el ejercicio de sus actividades por otra a través de controles de legalidad. El urbanismo o el medio ambiente nos facilitan múltiples ejemplos.

Tras analizar y desestimar el recurso planteado contra el apartado primero de la disposición adicional primera de la Ley 1/1998 ²⁰ (en lo que ahora no podemos entrar), el Tribunal se centra en el apartado segundo de la disposición adicional primera, cuyo tenor literal conviene recordar:

«Se entenderá, a los efectos previstos en el artículo 1.1 de la presente Ley que las fundaciones constituidas por las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid, desarrollan principalmente sus actividades en el territorio de ésta».

Y en este caso, el Tribunal se circunscribe, exclusivamente, al ámbito territorial como criterio de atribución de competencias, sin entrar para nada en los argumentos que ha utilizado en relación con las Fundaciones del sector público estatal.

Reitera algunas de las consideraciones hechas anteriormente (por ejemplo, «que la constitución de fundaciones por parte de las Universidades públicas no

²⁰ «La Comunidad de Madrid, podrá requerir del Registro de Fundaciones de competencia estatal, y en tanto éste no se haya constituido, de los Protectorados estatales, la documentación e información relativa a las fundaciones domiciliadas en el territorio de la Comunidad de Madrid, al objeto de determinar su ámbito territorial de actividad».

implica el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 34.1 CE —cuya vulneración ha de ser descartada por este motivo—, sino de la habilitación reconocida en el artículo 8.4 de la Ley 50/2002», pero a continuación resalta que «la disposición cuya constitucionalidad ahora analizamos no debe encuadrarse en la materia competencial correspondiente a las Universidades, es decir, en la de “enseñanza en toda su extensión, niveles y grados” (art. 29.1 EAM), sino en la relativa a las fundaciones (art. 26.1.26 EAM), puesto que el objeto del precepto es el régimen jurídico de las fundaciones creadas por las universidades públicas radicadas en la Comunidad de Madrid y su contenido es la regla en virtud de la cual dichas fundaciones quedarán sometidas en todo caso a la Ley 1/1998, de 2 de marzo. Por consiguiente, el reparto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma debe regirse por el criterio territorial establecido por el legislador estatutario (art. 26.1.26 EAM) en virtud del cual la competencia sobre esas fundaciones corresponderá a la Comunidad Autónoma si “desarroll[an] principalmente sus funciones en la Comunidad de Madrid”, mientras que la competencia habrá de corresponder al Estado en caso contrario». Y concluye que «la norma impugnada supone una extralimitación competencial del legislador autonómico, en cuanto que fija una presunción *iuris et de iure* conforme a la cual todas las fundaciones de las Universidades públicas de la Comunidad de Madrid quedan sujetas a la competencia de esta Comunidad Autónoma por la única y exclusiva razón de la ubicación territorial de la persona jurídico-pública creadora».

¿Por qué el Tribunal no utiliza aquí el criterio de que estamos ante fundaciones cuya titularidad última corresponde a las Universidades, o el criterio de la autoorganización, lo que implicaría una violación de la autonomía universitaria?

Creemos, en suma, que de la Sentencia que con brevedad y urgencia hemos comentado cabría extraer algunas conclusiones equívocas:

Primera, que las fundaciones de iniciativa pública son en definitiva personificaciones jurídico-públicas, integrantes de la Administración fundadora y una herramienta de la que libremente pueden disponer las Administraciones para el cumplimiento de sus fines. Por el contrario, no cualquier fundación es posible y no cualquier fin es posible. El recurso a las fundaciones por parte de las Administraciones Públicas no puede considerarse con la extraordinaria amplitud, y normalidad, con que lo hace el Tribunal Constitucional.

Segunda, que en ningún caso cabe que una Administración ejerza el Protectorado sobre fundaciones constituidas por otra Administración Territorial. ¿A quién corresponde entonces el Protectorado sobre las fundaciones constituidas por entidades locales, toda vez que ni la ley estatal ni las autonómicas

prevén la posibilidad de que aquellas puedan ejercer tal función de control, reservándola solo a la Administración del Estado o a las de las Comunidades Autónomas? Por otro lado, ¿a quién correspondería el protectorado sobre una hipotética fundación creada por el Consejo General del Poder Judicial, o el Defensor del Pueblo, o cualquier otro órgano constitucional? ¿Quedarían huérfanas de control, teniendo en cuenta que el propio Tribunal Constitucional ha bendecido la función de Protectorado en el marco del artículo 34 de la Constitución?

Tercera, que el ejercicio del Protectorado sobre las fundaciones de iniciativa estatal incide en el ejercicio de las competencias propias de la Administración del Estado, pero no así el ejercido sobre las creadas por las Universidades Públicas, en cuyo caso el criterio determinante es solo el territorial, olvidando, de seguirse la misma lógica argumental utilizada para las primeras, que el Protectorado no solo puede incidir en el ejercicio de las funciones propias de las Universidades, sino en su propia autonomía, que goza de garantía constitucional, nada menos.

Creemos que habría sido mucho más fácil declarar la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados por incorporar una presunción *iuris et de iure* en cuanto al ámbito territorial de la actividad de las fundaciones de iniciativa estatal o de las Universidades Públicas madrileñas, contraria a la libertad constitucional que deriva del artículo 34 en relación con la voluntad del fundador. Es el fundador, y no la ley autonómica, el que determina el ámbito de las actividades de la fundación. Lo cual, además, podría haberse puesto en relación con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la Ley de Fundaciones. Por otra parte, en cualquier caso, el ámbito territorial de las actividades no puede ser definido de modo restrictivo en los casos en que, como sucede cabalmente con la Fundación del Teatro Real, sus actividades trascienden claramente el reducido ámbito del local en el que se desarrollan físicamente, pues tienen una trascendencia no solo nacional, sino internacional, que justifican la atribución del Protectorado a la Administración del Estado.