

EL DERECHO DE FUNDACION COMO DERECHO CONSTITUCIONAL (*)

JOSE LUIS PIÑAR MAÑAS
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad San Pablo-CEU de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCION. EN TORNO A LA JUSTIFICACION DE UNA LEY DE FUNDACIONES EN 1994. II. UNA BREVE REFERENCIA A LA POSICION DE LA LEY 30/1994 EN EL MARCO DEL DERECHO COMPARADO. III. EL DERECHO DE FUNDACION COMO DERECHO CONSTITUCIONAL. LA CONSTITUCION DE 1978 COMO MARCO OBLIGADO DE REFERENCIA. 1. Una novedad reiteradamente puesta de manifiesto: el art. 34 de la Constitución. 2. La elaboración del art. 34 de la Constitución como punto de referencia necesario para comprender el sentido del precepto. A) Tramitación en el Congreso: discusión sobre la conveniencia o no de constitucionalizar el derecho de fundación. B) Tramitación en el Senado: inclusión de la exigencia del interés general y traslado a la Sección 2.^a del capítulo 2.º. 3. Alcance y consecuencias derivadas del reconocimiento constitucional del derecho de fundación y de su enmarque en el

(*) El presente trabajo es en lo esencial el texto de la conferencia que, sobre "La nueva Ley de Fundaciones en el marco constitucional y en el Derecho Comparado", di en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 27 de abril de 1995, dentro del ciclo allí organizado durante 1995 sobre la *Ley 30/1994 de Fundaciones*, con la colaboración de la Fundación Ramón Areces y que será publicado en el libro que recogerá el texto de todas las ponencias. Agradezco que tanto una como otra, a través del presidente de la Academia, don Juan Vallet de Goytisolo, y del director de la fundación, don Juan González Palomino, me hayan facilitado su publicación en esta Revista. El texto que ahora ve la luz ha sido, en cualquier caso, modificado y actualizado en relación con el original, y contiene una referencia final al reciente Reglamento de Fundaciones de competencia estatal.

modelo que la Constitución diseña. A) Fundaciones y Estado social y democrático de Derecho. B) La garantía constitucional inmediata del derecho de fundación como expresión más directa de su reconocimiento constitucional. C) El contenido esencial del derecho de fundación. La generalidad de los fines como elemento esencial de las fundaciones constitucionalmente garantizadas. El concepto actual de fundación y su posible evolución futura. D) En particular, la extensión a las personas jurídicas del reconocimiento constitucional del derecho de fundación. E) Las fundaciones, cauce privilegiado de participación social y cultural. F) El derecho de fundación y su ejercicio en un marco de libertades. G) El derecho de fundación como derecho fundamental no especialmente protegido. H) El principio de reserva de ley y el alcance de la potestad reglamentaria de la Administración. Una breve referencia al Reglamento de Fundaciones de competencia estatal. I) El contenido y la finalidad del Protectorado tras el art. 34 de la Constitución. La opción restrictiva del Reglamento de Fundaciones de competencia estatal.

I. INTRODUCCION. EN TORNO A LA JUSTIFICACION DE UNA LEY DE FUNDACIONES EN 1994

La Exposición de Motivos de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la participación privada en actividades de interés general (que llamaré a partir de ahora Ley de Fundaciones) señala desde sus primeras palabras que "la necesidad ineludible de actualizar la legislación sobre Fundaciones viene determinada, de un lado, por el art. 34 de la Constitución, que reconoce el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la Ley, y, de otro lado, por la importancia que en la vida social ha adquirido el ejercicio del indicado derecho de fundación". Y añade que "a esa necesidad se une otra, también actual, pero no estrictamente jurídica, cual es la de estimular la iniciativa privada en la realización de actividades de interés general. Como la primera, también esta necesidad de estímulo es ineludible, vistos la dificultad de los poderes públicos de atender plenamente ese interés general y el protagonismo que la sociedad reclama y entrega a las variadas entidades sin ánimo de lucro".

En las anteriores palabras se resume la justificación de la nueva Ley de Fundaciones: justificación jurídico constitucional y justificación socio cultural. El Derecho y la realidad social se han dado en esta ocasión la mano para afrontar un tema de común interés.

Jurídicamente, la situación previa a la Ley de Fundaciones era insostenible. La regulación de las Fundaciones era caótica, decimonónica, obsoleta. La seguridad jurídica era casi una desconocida. Las normas o no se aplicaban o se aplicaban sin certeza sobre su efectiva vigencia, sobre todo tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 (1).

Socialmente, las Fundaciones reivindicaban desde hacía años la aprobación de una nueva Ley de Fundaciones. No sólo sustantiva, sino sobre todo fiscal. No creo necesario insistir en ello porque se trata de una situación de todos conocida.

En conclusión, por tanto, parece que una nueva Ley de Fundaciones estaba justificada. La Ley 30/1994 no llega a deshora (quizá un poco tarde) ni es inoportuna. Pero ¿es adecuada a las necesidades que pretende cubrir? El análisis de la Ley, en su detalle, se lleva a cabo en otros trabajos de esta misma Revista. Por ello, en este momento veremos tan sólo si la Ley resiste la comparación con otras normas sobre la materia existentes en los derechos extranjeros, algo que comprobaremos con suma brevedad, y, ya con algún detalle, si se adecúa al marco constitucional en el que encuentra su principal justificación, sobre todo a la luz del ya conocido art. 34, en el que como sabemos se reconoce el derecho de fundación.

II. UNA BREVE REFERENCIA A LA POSICION DE LA LEY 30/1994 EN EL MARCO DEL DERECHO COMPARADO

Casi con los dedos de una mano podrían contarse las Leyes de Fundaciones que, en lo que yo conozco, nos ofrece el Derecho comparado.

En Europa cabe destacar, en Francia, la Ley de 23 de julio de 1987 sobre desarrollo del mecenazgo y la Ley de 4 de julio de 1990, sobre

(1) En PIÑAR MAÑAS y REAL PEREZ, *Legislación sobre Instituciones de Beneficencia Particular. Fundaciones Benéfico-asistenciales puras y mixtas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, decíamos (p. 63) que la regulación de la beneficencia asistencial privada era "absolutamente caótica y dispersa, con carencia total de tablas de vigencias, y que ha experimentado muy notables cambios en su propia definición y aceptación a lo largo de más de un siglo de elaboración normativa en la que se entremezclan sin orden aparente elementos de muy diversas realidades socio políticas". La situación, en efecto, era ésa hasta la aprobación de la Ley de 1994. Aunque hay que decir que en el ámbito de las fundaciones culturales y docentes la situación cambió notablemente ya en 1972, con la promulgación del Decreto 2930/72, de 21 de julio. Asimismo, en el ámbito de las Comunidades Autónomas el panorama comenzó a cambiar, modernizándose, a partir de la Ley catalana de 1982.

fundaciones de empresa (2), y en Inglaterra las Leyes de 1992 y 1993, reguladoras de las *Charities* (3). En Latinoamérica (4) cabe citar, en Argentina la Ley 19836, de 15 de septiembre de 1972, de Fundaciones (5), en Méjico, la Ley de 2 de enero de 1943, de Instituciones de asistencia privada, para el Distrito Federal (6) y en Costa Rica, la Ley 5338, de 28 de agosto de 1973, de Fundaciones (7). Ha habido asimismo algún proyecto de Ley (por ejemplo en Uruguay) que no ha llegado a ser aprobado (8). En ciertos países del Este de Europa también se han aprobado diversas leyes de Fundaciones, como la polaca de 17 de mayo de 1991 (9).

(2) Véase Guido ALPA, "Il regime delle findazioni in Italia e in Francia", en Guido ALPA (coordinador), *Le fondazioni. Tradizione e Modernità*, Cedam, Padova, 1988, pp. 1 y ss.; en el mismo libro colectivo, pp. 35 y ss., Jean IMBERT, "Aperçu historique sur les fondations en droit français". Tales obras son anteriores a la Ley de 1990. No así la de Hyacinthe LENA, *Fiscalité du mécénat. Dons, Oeuvres d'art Parrainage, Sponsoring, Fondations d'entreprise*, Presses Universitaires de France, París, 1991; y la de Xavier DELSOL, "Le régime Juridique des fondations", en el libro colectivo dirigido por Elie ALFANDARI, *Les Associations et Fondations en Europe. Régime Juridique et Fiscal*, Les Editions Juris Service, París, 1990, pp. 124 y ss.

(3) Sobre la situación anterior a las leyes citadas, véase Elisabeth CAIRNS, *Charities: Law and Practice*, Sweet & Maxwell, Londres, 1988. Sobre las nuevas leyes, véase Charity Commission, *Charities. The new Law. A Trustees' Guide to the Charities Acts 1992 & 1993*, Londres, 1994.

(4) Sobre las Fundaciones en Iberoamérica véase PIÑAR MAÑAS (Director) y otros, *Régimen Jurídico de las Fundaciones en Iberoamérica*, McGraw Hill, Madrid, 1996. Asimismo, son útiles las *Memorias* de los Encuentros Iberoamericanos de Fundaciones (Cáceres, 1992 y Guadalajara, México, 1994).

(5) Véase María Cristina GIUNTOLI, *Fundaciones. Aspectos Jurídicos, Contables e Impositivos*, Ad. Hoc, Buenos Aires, 1994.

(6) Es ésta una Ley que ha pasado desapercibida y que regula con gran detalle las "instituciones de asistencia privada", que pueden ser fundaciones o asociaciones. Se refiere, en cualquier caso, sólo a las entidades del Distrito Federal.

(7) Véase Ministerio de Justicia y Gracia, *Ley de Asociaciones y Leyes conexas*, 4ª ed., San José de Costa Rica, 1994, pp. 115 y ss.

(8) Ver Gonzalo RODRIGUEZ DOLDAN, "Los antecedentes de las Fundaciones en Uruguay", en el libro por él mismo coordinado, *Primera Guía Uruguaya de Fundaciones*, Universidad Católica de Uruguay, Montevideo, 1995, pp. 21 y ss.; asimismo, en el mismo libro, pp. 11 y ss., María E. MARTINEZ SALGUEIRO, "Las Fundaciones ante el derecho Uruguayo". Un estudio muy crítico con las Fundaciones en Uruguay es el de Daniel RISSO ABADIE, *Fundaciones. Un análisis crítico*, Editorial Universidad, Montevideo, 1993, sobre todo pp. 49 y ss.

(9) La bibliografía sobre Fundaciones en Europa del Este es muy escasa. Puede consultarse Ewa LES, *The Voluntary Sector in Post-Communist East Central Europe*, publicado por CIVICUS, Washington, 1994, pp. 53 y ss. Existen proyectos de Ley de Fundaciones en Bulgaria y Estonia, ya avanzados. Aprovecho, por cierto, para agradecer desde aquí las informaciones y documentos que al respecto me ha facilitado Mark Segal, del *International Center for not-for-profit Law* de Varsovia.

Y junto a éstas, sin más, la regulación de alcance general contenida en los Códigos civiles y las normativas fiscales. Apenas nada más. Ni siquiera, pues, una docena de leyes específicas de Fundaciones.

Ante esta escasez normativa debemos plantearnos, primero, cuál puede ser el sentido de nuestra nueva Ley y, segundo, si el texto responde o no a las líneas que pudiesen considerarse maestras —si es que las hay— de las leyes de otros países.

He de decir que aprobar, como se ha hecho, una nueva ley española de fundaciones tiene, en mi opinión, pleno sentido. Y ello por diversos motivos que individualizan nuestra posición respecto de la propia de otros países. Pues si bien es cierto que la tónica general es que no existan leyes de fundaciones, bastando para regular tales entidades con los Códigos civiles, las normas fiscales y sus propios estatutos, no podemos olvidar que nuestro punto de partida se caracterizaba por la existencia de numerosísimas disposiciones de todo tipo. Nuestro ordenamiento, por tanto, no estaba adecuado (no estaba "acostumbrado") a servirse sólo del Código civil. Y se había producido una situación de hiperregulación que no podía ser resuelta con la sola derogación de las normas sino que requería de una labor normativa simplificadora y unificadora. No es posible, por tanto, pretender argumentar desde el Derecho comparado la conveniencia o no de aprobar una Ley de Fundaciones en España, pues nuestra peculiar situación exigía un texto normativo nuevo. Y no sólo por esa imperiosa necesidad de revisar nuestro viejo Derecho de fundaciones, sino por las exigencias derivadas de la aprobación de la Constitución de 1978. El texto constitucional, como veremos después, no sólo impone una nueva regulación de las Fundaciones en un marco de libertades, sino que contiene una referencia expresa, en el art. 34, a la Ley.

En conclusión, la escasez de leyes en el Derecho comparado no puede condicionar nuestro ánimo al valorar la necesidad de una Ley de Fundaciones. La Ley de fundaciones española responde a hechos determinantes propios que no pueden valorarse al hilo de experiencias ajenas. Que haya más o menos leyes en otros países no puede ni siquiera influir en el criterio que se tenga acerca de la existencia en sí de una nueva ley de fundaciones (10).

(10) No deja de ser curioso, sin embargo, que pese a la escasez de leyes de fundaciones existentes, dentro de unos años, si continúa la labor legislativa de las Comunidades Autónomas al ritmo que hasta ahora, podemos encontrarnos con la paradoja de que más de la mitad de las leyes de Fundaciones del mundo va a ser española.

Ahora bien, dicho lo anterior, lo que sí cabe cuestionar es si la ley de 1994 responde a las mismas preocupaciones que las del resto de leyes extranjeras. Para responder debemos antes definir, telegráficamente, las líneas de algunas de las leyes que antes cité.

La legislación francesa se reducía al Código civil (11) hasta que se aprobaron la Ley 87-571, de 23 de julio de 1987 y la Ley 90-589, de 4 de julio de 1990. La primera regula en lo esencial el mecenazgo si bien dedica diversos preceptos a las Fundaciones *reconnues d'utilité publique*; la segunda regula las *fondations d'entreprise*. Y es ésta sin duda la más destacable aportación del modelo francés: la regulación, con peculiaridades propias, de las "Fundaciones de empresa". Fundaciones con un régimen especial, más estricto que el general del resto de Fundaciones (12). En este sentido, nuestro legislador no ha considerado conveniente la distinción entre Fundaciones y ha preferido un régimen uniforme. Quizá influido por el hecho de que la Constitución de 1978 podría no admitir esa diferencia de régimen, aunque no creo que hubiese problema alguno para establecer un régimen diferenciado para las Fundaciones creadas por las empresas.

Las leyes inglesas de 1992 y 1993 regulan muy pormenorizadamente el régimen de las *charities*, distinguiendo entre entidades "normales" (con ingresos anuales superiores a 5.000 libras), *small charities* (con ingresos anuales inferiores a dicha cantidad) y *very small charities* (con ingresos inferiores a 1.000 libras), para las que hay previstos regímenes diferentes. Las leyes giran en torno, esencialmente, a las relaciones entre las *charities* y la *Charity Commission*, entidad que ejerce el control sobre ellas (13). El sistema prevé importantes controles y la necesidad de inscripción (que puede ser denegada por la *Charity Commission*) en el *Central Register of Charities*. No puedo entrar ahora en el detalle de la regulación inglesa, de gran interés, pero sí quiero resaltar

(11) Véase J. L. PIÑAR MAÑAS y A. REAL PEREZ, "Notas sobre la regulación de las Fundaciones en los Derechos Europeos", en *Cuadernos de Acción Social*, n.º 4, monográfico dedicado a *Fundaciones*.

(12) Las Fundaciones de empresa, que sólo pueden ser creadas por "*les sociétés civiles et commerciales, les établissements publics à caractère industriel et commercial, les coopératives et les mutuelles*", están sometidas en su constitución a autorización administrativa, pueden ser constituidas por una duración determinada, deben contar con una dotación inicial mínima fijada por la Ley, no pueden recibir donaciones o legados o solicitar públicamente aportaciones de terceros, y están sometidos a un mucho más estricto control público. Hasta el punto de que la autoridad administrativa podrá "*se faire communiquer tous les documents et procéder à toutes investigations jugées utiles*". Véase, entre otros, H. LENA, *Fiscalité...*, op. cit., pp. 269 y ss.

(13) La *Charity Commission* opera en Gales e Inglaterra.

cómo en el país del *Common Law* existe una muy detallada regulación sobre el tema. Y no precisamente laxa para con las Fundaciones. La cuestión esencial es que en Gran Bretaña las reglas del juego están perfectamente marcadas y que el a veces rígido control a que están sometidas las *Charities* pretende garantizar la transparencia en sus actividades y en su gestión.

En cuanto a las leyes antes citadas de Argentina, Costa Rica o Méjico, Distrito Federal, responden a criterios semejantes: regular la constitución de las Fundaciones, sus actividades y el control público (no poco rígido) a que están sometidas. Algo similar a lo que ocurre con las recientes leyes de Europa del Este, que contienen previsiones muy parecidas a las de aquéllas y a las de la nueva Ley española.

En definitiva, la Ley española responde a moldes no extraños en el Derecho comparado. No es posible afirmar, sin más, que se trata de una Ley más o menos intervencionista en relación con otras leyes porque la tónica general en éstas es muy cercano a los criterios de la nuestra, pese a que parece claro que el legislador español ha utilizado muy poco las aportaciones del Derecho comparado.

III. EL DERECHO DE FUNDACION COMO DERECHO CONSTITUCIONAL. LA CONSTITUCION DE 1978 COMO MARCO OBLIGADO DE REFERENCIA (14)

Así las cosas, corresponde ahora analizar con mayor detenimiento el marco constitucional de la nueva Ley. Pues, sin duda, ha sido la Constitución de 1978 el elemento que más ha influido en la apreciación de la conveniencia de aprobar una nueva Ley de Fundaciones en España.

1. Una novedad reiteradamente puesta de manifiesto: el art. 34 de la Constitución

No debe ser así por cuanto las consecuencias derivadas de ello siguen todavía sin ser suficientemente valoradas (y, por ello, insisto en resaltarlo), pero es seguramente cierto que corre el riesgo de convertirse en lugar común afirmar que corresponde a la Constitución española de 1978 el honor de haber recogido por primera vez, en norma de tan alto

(14) El presente apartado tiene su base en mi artículo "Las Fundaciones y la Constitución Española", en el libro colectivo *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II, Civitas, Madrid, 1991, pp. 1301 y ss.

rango, el derecho de fundación y de, por tanto, haber constitucionalizado expresamente las fundaciones. El art. 34 de la Constitución dispone:

- “1. Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley.
2. Regirá también para las Fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22.”

La española es además la única Constitución europea que contiene referencia expresa a tales entidades y al derecho a su creación (15). Sólo la Constitución de Perú de 1993, en lo que yo conozco, ha reconocido también el derecho de toda persona “a crear fundaciones con fines lícitos sin autorización previa” (art. 2.11) (16).

¿Qué alcance tiene tal decisión del constituyente y qué consecuencias derivan de ello? ¿El derecho de fundación debe entenderse de acuerdo a un contenido clásico o, por el contrario, puede y debe evolucionar ahora ya con el apoyo constitucional?

2. *La elaboración del art. 34 de la Constitución como punto de referencia necesario para comprender el sentido del precepto*

La presencia en la Constitución de su art. 34 no es un simple capricho del constituyente. Fue algo profundamente meditado y discutido,

(15) *Vid.* PIÑAR MAÑAS y REAL PEREZ, “Notas sobre el régimen jurídico de las Fundaciones en los Derechos Europeos”, *op. cit.*, pp. 125 y ss. MERINO MERCHANT, “Comentario al art. 34 de la Constitución”, en *Comentarios a las Leyes Políticas*, dir. por O. ALZAGA, t. III, Edersa, Madrid, 1983, pp. 435. La Constitución italiana y la Ley Fundamental de Bonn sólo aluden respectivamente, a las “formaciones sociales” (art. 2º) y a las personas jurídicas como sujetos de derechos constitucionales (art. 19), entre las que ciertamente se incluyen las Fundaciones, pero no son citadas expresamente ni, por supuesto, se reconoce el derecho a su creación. *Vid.* LACRUZ BERDEJO, “Las Fundaciones en la Constitución española de 1978”, *Anuario de Derecho Civil*, n.º 4 de 1983, homenaje al profesor DE CASTRO, p. 1457.

(16) La Constitución de Colombia de 1991 establece una garantía plena de intangibilidad de los bienes o rentas que se destinan a fines de interés social mediante donación o disposición testamentaria. Por su parte, la Constitución venezolana dispone que “el Estado protegerá las asociaciones, corporaciones, sociedades y comunidades que tengan por objeto el mejor cumplimiento de los fines de las personas humanas y de la convivencia social...”. *Vid.* J. A. DEL CAMPO, “Aproximación al régimen sustantivo y tributario de las Fundaciones en Latinoamérica”, en *Primer Encuentro de Fundaciones Iberoamericanas*, Centro de Fundaciones-Fundación San Benito de Alcántara, Madrid, 1993, pp. 60 y ss. y el libro citado *supra* en nota 4.

que condiciona la evolución del derecho de Fundaciones en un sentido para cuya definición resulta de capital importancia el conocimiento de los debates parlamentarios que dieron lugar a la redacción actual del precepto. Sólo si se conocen esos debates podrá comprenderse el porqué de la constitucionalización del derecho.

Muy bien podría decirse que el derecho de fundación está recogido en la Constitución *a pesar* de los argumentos esgrimidos en ciertos casos durante los debates constituyentes. Las críticas que entonces se utilizaron contra la intención de incluir entre los derechos fundamentales el de fundación fueron casi apasionadas y en algún momento recordaban argumentos utilizados durante el siglo XIX en contra de las manos muertas (17).

La génesis del art. 34, muy brevemente expuesta, fue a grandes rasgos la siguiente (18):

A) Tramitación en el Congreso: discusión sobre la conveniencia o no de constitucionalizar el Derecho de Fundación

El *Anteproyecto de Constitución* (19) reconocía ya en el art. 22, juntos, los derechos de asociación y fundación, este último "con arreglo a la Ley".

Presentadas las enmiendas, algunas de ellas de supresión (20), el *Informe de la Ponencia* (21) mantiene ambos derechos, pero por separado (arts. 21 y 22, respectivamente), y sin que se exija a las Fundaciones, todavía, el requisito del interés general.

(17) Todos los debates parlamentarios están recogidos en Julio MORALES MORENO, "El derecho de fundación en la Constitución. Trabajos parlamentarios", en *Cuadernos de Acción Social*, n.º 4, monográfico sobre Fundaciones, pp. 38 y ss.

(18) Además de la obra de MORALES MORENO, cit. en la nota anterior, *vid.* L. MARTIN-RETORTILLO, *Materiales para una Constitución*, Akal Universitaria, Madrid, 1984, pp. 183 y ss.; LACRUZ, "Las fundaciones en la Constitución...", *op. cit.*, pp. 1458 y 1459.; GARRIDO FALLA, "Comentario al art. 34", *op. cit.*, pp. 706 y ss.; MERINO MERCHAN, "Comentarios...", *op. cit.*, p. O. ALZAGA, *La Constitución española de 1978. Comentario sistemático.*, Ed. Foro, Madrid, 1978, pp. 292 y ss.; BADENES GASSET, *Las Fundaciones...*, *op. cit.*, pp. 196 y ss.

(19) *Boletín de las Cortes*, de 5 de enero de 1978.

(20) Por ejemplo, por considerar que el derecho de fundación no es un derecho fundamental (enmienda 252 del Grupo Socialistas de Catalunya) o que es materia propia del Código civil (enmienda n.º 2 del Señor Carro Martínez, por Alianza Popular).

(21) *Boletín Oficial de las Cortes*, de 17 de abril de 1978.

Los debates en la *Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas* (22) fueron muy vivos entre quienes defendían la supresión de toda referencia al derecho de fundación en el texto constitucional alegando razones históricas, jurídicas y económicas (23) y quienes apoyaban la constitucionalización de la "existencia del derecho" (24). Finalmente, el *Dictamen de la Comisión* (25) mantuvo la misma redacción dada por la Ponencia al art. 22.

Contra el Dictamen se formuló, en lo que ahora nos interesa, una *enmienda de supresión* del art. 22 por el Grupo Socialista (26), que fue retirada con anterioridad al *Debate en el Pleno del Congreso de los Diputados* (27).

El texto del art. 22 del Proyecto remitido al Senado era el siguiente (28):

(22) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 71, de 22 de mayo de 1978.

(23) El Diputado señor BARON CRESPO, del Grupo Parlamentario Socialista, pretendía la supresión del art. 22 por considerar las fundaciones "anacrónicas" y contrarias a la función social de la propiedad, "en tanto en cuanto es injustificable que dicha función social sea siempre —según trata de hacer el proyecto de Constitución— aquella que determine el fundador". Razones históricas ("en la transición del Estado estamental al Estado liberal hay todo un proceso de lucha contra las fundaciones"), jurídicas ("la doctrina imperante a raíz de la promulgación del Código civil, ya en el siglo XIX, está absolutamente en contra de los patrimonios declarados y de la vinculación *ad infinitum* de bienes a obras concretas, perdurando más allá de la vida de su titular") y económicas ("el admitir constitucionalmente la posibilidad de la existencia de un proceso de acumulación de capital, sin la presencia clara de un titular y aun teniendo en cuenta todas las variaciones que... ha experimentado la fundación en relación con todo el proceso de transformación del Estado puede conducir a esta necesidad económica... y que, dentro de un tiempo, se tenga que proceder a promulgar nuevas leyes desamortizadoras por la involución del desarrollo económico que supone la acumulación de capital en manos muertas") aconsejaban no constitucionalizar el derecho de fundación, sin perjuicio de que "estemos de acuerdo con el desarrollo de las fundaciones; con lo que no estamos de acuerdo es con el sentido que se ha dado a las fundaciones".

(24) El Diputado del Grupo centrista señor ALZAGA defendió la inclusión expresa del derecho de fundación por considerar a las fundaciones como "uno de los mecanismos por los cuales la generosidad y los fines altruistas que pueden mover a las personas físicas permiten trasladar un patrimonio que está al servicio de fines particulares, de intereses particulares, a favor del interés público, de los intereses generales... Pueden ser perfectamente uno de los grandes puentes que se han de tender para salvar el abismo existente entre los individuos y el Estado". Ciertamente —afirma también ALZAGA— que la regulación pormenorizada de su régimen jurídico debe dejarse al legislador ordinario, pero no es posible dejar totalmente en manos de éste la posibilidad de "administrarlo, reconocerlo o no admitirlo". Se podrá "establecer por el legislador el marco en que se debe desenvolver, pero no se podrá nunca ignorar".

(25) *Boletín Oficial de las Cortes* de 1 de julio de 1978.

(26) Enmienda n.º 340. *Boletín Oficial de las Cortes*, de 1 de julio de 1978.

(27) *Diario de Sesiones del Congreso*, de 7 de julio de 1978.

(28) *Boletín Oficial de las Cortes*, de 24 de julio de 1978.

- “1. Se reconoce el derecho de fundación con arreglo a la Ley.
2. Regirá también para las Fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo anterior.”

Como se ve, la única pero importantísima diferencia que se aprecia en el precepto es la falta de la alusión al interés general. Será el Senado, tras muy interesantes debates en la Comisión de Constitución, quien finalmente la incluya.

B) Tramitación en el Senado: inclusión de la exigencia del interés general y traslado a la Sección 2.^a del capítulo 2

Aceptado el reconocimiento expreso del Derecho de Fundación, en el Senado se van a perfilar las condiciones esenciales para su ejercicio: sólo se garantiza si es para fines de interés general, y, si bien es un derecho fundamental perfecto, deja de incluirse entre los especialmente protegidos.

En efecto, entre las varias enmiendas presentadas al texto remitido por el Congreso, destacan, por un lado, las que proponen añadir una mención expresa a la exigencia de que los fines perseguidos por las fundaciones sean de “interés general”. Enmienda que fue sugerida por GARCIA DE ENTERRIA al entonces Senador Lorenzo MARTIN-RETORTILLO (29). Se alega que “reconocer el derecho a la fundación, sin matices, atenta contra toda la tradición desvinculadora. Por eso, es importante que el derecho a instituir fundaciones se conecte con el fin al que se afectan los bienes a los que la ley confiere personalidad jurídica. Esos fines deben orientarse hacia el interés general para merecer el amparo constitucional” (30), pues “en otro caso se posibilitaría la técnica de las Fundaciones familiares que permitiría restablecer en la práctica las vinculaciones y mayorazgos” (31).

Y por otro lado, las que proponen el traslado del art. 22 a la Sección 2.^a, tras el derecho de propiedad (32).

(29) L. MARTIN-RETORTILLO, *Materiales...*, *op. cit.*, p. 182.

(30) Enmienda n.º 20 del Grupo Progresistas y Socialistas Independientes, defendida por el Senador L.MARTIN-RETORTILLO.

(31) Enmienda n.º 1049 del Grupo Socialista del Senado.

(32) Enmienda n.º 20, citada más atrás. Hay que decir asimismo que también hubo referencias, de nuevo, a la posibilidad de que, utilizando como instrumento a las Fundaciones, pudiesen encubrirse fraudes fiscales y de otro tipo: en este sentido, la enmienda n.º 118 del Senador señor IGLESIAS CORRAL, del Grupo Mixto.

Se habían puesto ya las bases para la actual configuración constitucional del derecho. La localización sistemática y el texto final del actual art. 34 fueron fijados en la *Comisión de Constitución*, en la que todos los grupos (33) mostraron su acuerdo en relación con la exigencia del interés general para evitar “el riesgo evidente de que puedan surgir unas nuevas manos muertas, pero esta vez en manos de los particulares, lo cual no sería nada de desear” (34), y hubo casi unanimidad en el cambio de lugar del precepto (35), pues “se reconoce, sí, como un derecho del ciudadano —por eso, se lleva a la Sección 2.^a de este capítulo—, pero no como uno de aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que figuran en la rúbrica de la Sección 1.^a” (36), ya que el derecho de fundación debe encontrarse “junto al derecho de propiedad y emanaciones del mismo” (37).

Al *Dictamen de la Comisión de Constitución* (38) no se presentaron votos particulares en lo que ahora interesa, y en el *Debate del Proyecto por el Pleno del Senado* (39) el texto fue aprobado sin opiniones en contra.

Tampoco hubo modificaciones en el *Dictamen de la Comisión mixta Congreso-Senado* (40), cuyo texto fue más tarde aprobado por ambas Cámaras en votación separada de cada una de ellas (41), dando lugar al art. 34 de la Constitución en la redacción que ya conocemos.

De los interesantes debates producidos durante los trabajos parlamentarios —y que considero necesario haber recordado una vez más en este momento— es posible extraer varias conclusiones. En primer lugar, que frente al recelo inicial de algún grupo, hubo un posterior acuerdo unánime en favor de la constitucionalización del derecho de fundación, pero sólo para fines de interés general y “con arreglo a la Ley”. En segundo lugar, que, dado su emplazamiento, se trata de un derecho fundamental no especialmente protegido (no susceptible *per se*, como luego veremos, de recurso de amparo) ni necesitado de ley orgánica en su regulación.

(33) Los debates están recogidos en el *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 43, de 24 de agosto de 1978.

(34) Palabras del Senador D. L. MARTIN-RETORTILLO.

(35) El Grupo Centrista no consideraba necesario el cambio de sistemática.

(36) Palabras del Senador señor VILLAR ARREGUI.

(37) Senador señor SAINZ DE VARANDA JIMENEZ.

(38) *Boletín Oficial de las Cortes-Senado*, de 6 de octubre de 1978.

(39) *Diario de Sesiones del Senado*, de los días 28 y 29 de septiembre de 1978.

(40) *Boletín Oficial de las Cortes* de 28 de octubre de 1978.

(41) *Diario de Sesiones del Congreso y del Senado*, de 31 de octubre de 1978.

Pero al configurar el derecho de fundación no es admisible volver la mirada sólo hacia el art. 34. Es imprescindible considerar la Constitución en su conjunto.

3. Alcance y consecuencias derivadas del reconocimiento constitucional del derecho de Fundación y de su enmarque en el modelo que la Constitución diseña

A) Fundaciones y Estado social y democrático de Derecho

Señalaba ESPOSITO, en relación con la regulación constitucional de la Administración Pública en Italia que “quien quiera hacerse una idea de cómo está regulada la Administración en nuestra Constitución no debe leer tan sólo uno o dos artículos de la misma, sino la entera Constitución”. Algo semejante ocurre, en mi opinión, en relación con las Fundaciones: quien quiera saber cual es el marco de regulación de las Fundaciones, cuál es la función social que en el marco constitucional ahora deben desempeñar, no puede quedarse sólo en el art. 34, debería leer la entera Constitución. Cuando menos, debería tener en cuenta los grandes principios constitucionales que perfilan el contenido mismo y la proyección dinámica del Derecho de Fundación y, por ende, de las Fundaciones.

Capital en este sentido resulta el art. 1 del Texto Constitucional, según el cual “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”. El segundo concepto que aparece en la Constitución (Preámbulo aparte) es, precisamente, el de “Estado Social” (el primero es “España”).

La caracterización del Estado como social —según he señalado en otra ocasión, y ahora reitero— implica la superación del Estado como simple garante del ejercicio de los derechos individuales y su configuración como impulsor efectivo del desarrollo de los derechos de la colectividad. Junto al respeto escrupuloso de los derechos personales se sitúa el impulso decidido de los derechos sociales. El Estado Social significa la atribución de protagonismo a los grupos, a lo colectivo. Es, por ello, el punto de referencia obligado para explicar la trascendencia del fenómeno fundacional.

Lejos de quedar resentidas por la presencia del Estado Social, las Fundaciones como expresión de la participación y colaboración de los sujetos con los poderes públicos, se han de revitalizar. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 18/1984, de 7 de

febrero, de cita ya obligada, “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”. Entes que deben mantener una estrecha colaboración con el Estado: la configuración del Estado como Estado Social de Derecho, continúa el Tribunal, «viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza con una actuación mutua Estado-Sociedad» (42).

Las derivaciones del Estado Social han de cohonestarse, en cualquier caso, con las de la consideración del mismo como democrático y de derecho. Lo cual también tiene reflejo en las Fundaciones. En efecto, si bien el Estado Social admite y aun exige la presencia del tejido social en la vida pública, no cabe duda de que en cierta medida refuerza la instancia del poder público, que queda legitimado —y compelido— a adoptar una actitud positiva o de hacer y no meramente pasiva o de control-garantía en el ejercicio de los derechos individuales y colectivos. Y es precisamente el carácter democrático y de Derecho del Estado lo que le reconduce a sus justos límites constitucionales. El Estado, en su actuación, no puede olvidar el protagonismo de los ciudadanos (principio democrático) ni puede actuar más allá de lo que el ordenamiento jurídico establece y permite o exige (Estado de Derecho).

Los tres elementos configuradores del Estado que acabo de señalar justifican y condicionan la existencia de las Fundaciones y refuerzan, como pocas veces se había hecho desde los más elevados escalones de lo normativo, el protagonismo de la sociedad. Estado social en cuanto protagonismo de intereses colectivos; Estado democrático en cuanto eje de la participación; Estado de Derecho en cuanto primacía de la Ley. Y en este marco recobran fuerza las Fundaciones en cuanto instrumentos de actuación de intereses colectivos y de participación de los ciudadanos de acuerdo con lo previsto por la Constitución y las leyes” (43).

(42) La trascendencia de esta Sentencia en la definición del tercer sector, de la sociedad civil y, en particular, de las Fundaciones, ya he tenido ocasión de resaltarla en otras ocasiones. Últimamente en mi libro *Régimen Jurídico de las Fundaciones: jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1992, p. 9.

(43) “Cámaras Oficiales y Colegios Profesionales”, en la obra colectiva dirigida por Rafael DE LORENZO y Miguel Angel CABRA *El sector no lucrativo en España*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994, pp. 281-282.

B) La garantía constitucional inmediata del derecho de fundación como expresión más directa de su reconocimiento constitucional

Las Fundaciones, pues, en el marco del tipo de Estado diseñado por la Constitución, tienen un innegable lugar en la sociedad. Parece que pueden y deben cumplir una inestimable función social. Incluso la configuración concreta que la Constitución hace del derecho de fundación y de las Fundaciones permite llegar a esa conclusión. Precisamente, por la *garantía institucional* que de aquél y de éstas contiene la Constitución.

El art. 34.1 de la Constitución reconoce el derecho de Fundación "con arreglo a la Ley". Hoy, tras una tímida y solitaria intención inicial de privar a los preceptos como el citado de efectividad inmediata por el hecho de reconducirse expresamente a lo que disponga el legislador ordinario (44), es opinión unánimemente aceptada dotar de valor normativo inmediato a tales artículos. Así, lo puso de manifiesto el Tribunal Constitucional desde sus primeras Sentencias, entre las que destaca la 15/1982, de 23 de abril, en la que señaló que el que un derecho reconocido por la Constitución requiera para su desarrollo y plena eficacia la *interpositio legislatoris* "no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado", pues "la dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar un derecho reconocido en ella".

Es evidente que en materia de Fundaciones no es posible afirmar —ni ahora ni antes— que la situación fuese, y sea, de falta de regulación. Las fundaciones estaban reconocidas y asimismo lo estaba el derecho a constituir las de acuerdo con la Ley. Pero la libertad del legislador era tal que incluso podía, sencillamente, desconocer ese derecho y en consecuencia desconocer las fundaciones. Algo que, por lo demás, ha ocurrido realmente, como ya nos consta, durante el siglo XIX; algo que, sin embargo, hoy es incompatible con la Constitución. He aquí la extraordinaria importancia del art. 34: el legislador debe regular el derecho de fundación, derecho constitucionalmente reconocido que es imposible ignorar (45) y que no puede ser restringido de

(44) Eso parecía desprenderse de alguna temprana sentencia del Tribunal Supremo, aunque no en relación con las Fundaciones. Así, las Sentencias de 16 de octubre de 1979 y 8 de mayo de 1981. A. REAL PEREZ, sin embargo, demostró que nunca hubo una verdadera jurisprudencia en tal sentido sino tan sólo algún argumento utilizado como *obiter dictum* y, a lo sumo, algún fallo solitario: "La discriminación por razón de sexo en las Compilaciones de Derecho Civil", *Revista de Derecho Privado*, marzo 1985, pp. 216 y ss.

(45) Recordemos que la prohibición de ignorar las Fundaciones ya fue apuntada en los debates constituyentes.

forma tal que su propia esencia quede alterada. Las fundaciones están, en definitiva, constitucionalmente garantizadas (46).

Expresado de forma sumamente simple, la garantía institucional supone que determinada institución se encuentra garantizada por el constituyente, de forma que el legislador no puede alterarla en términos que resulte irreconocible. La finalidad de la garantía institucional (garantía constitucional o garantía de instituto) —algo sobre lo que han llamado la atención en relación con las Fundaciones autores como GARCIA DE ENTERRIA (47), MUÑOZ MACHADO (48), TOMAS Y VALIENTE (49), y Rafael DE LORENZO (50), y algo sobre lo que yo también he tenido ocasión de pronunciarme en más de una ocasión (51)— implica, pues —ha indicado Luciano PAREJO—, «otorgar una específica protección constitucional frente al legislador ordinario a determinadas y típicas características de una institución en la medida en que éstas han pasado a ser —como resultado de la evolución histórica de dicha institución— esenciales e identificativas de la misma» (52). Supone, en consecuencia, como ya señalé en otro lugar, “una protección reforzada de una institución prevista por el constituyente, protección que, referida al «núcleo esencial» de aquélla, se proyecta hacia el futuro y produce efectos tanto frente a los poderes públicos como frente a los particulares” (53).

(46) La Constitución garantiza el derecho a constituir fundaciones y, como señaló LACRUZ, también garantiza las fundaciones ya realizadas: *Las Fundaciones...*, *op. cit.*, p. 1460.

(47) “Constitución, Fundaciones y Sociedad Civil”, *RAP*, n.º 122.

(48) “Las Fundaciones en la Constitución”, en el libro colectivo dirigido por Rafael DE LORENZO y Miguel Angel CABRA, *Presente y futuro de las Fundaciones*, Civitas, Madrid, 1990.

(49) “La Constitución española y las Fundaciones”, intervención en el *XIII Encuentro de Fundaciones Españolas*, organizado por el *Centro de Fundaciones*, Bilbao, 19-20 de enero de 1994. También en el “Estudio Previo” al libro colectivo coordinado por R. DE LORENZO y otros *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, t. I, Escuela Libre Editorial-Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. XXV y ss. Quiero rendir desde estas páginas un modesto pero sentido homenaje a Francisco TOMAS Y VALIENTE, del que todos hemos aprendido tanto, científica y humanamente.

(50) *El nuevo Derecho de Fundaciones*, Fundación ONCE-Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 125 y ss.

(51) “Las Fundaciones y la Constitución española”, en el libro colectivo dirigido por S. MARTIN-RETORTILLO, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. I, pp. 1316 y ss.; “Las Fundaciones en el marco constitucional”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 14, pp. 39 y ss.

(52) Luciano PAREJO ALFONSO, *Garantía institucional y autonomías locales*, IEAL, Madrid, 1981, p. 23.

(53) “Cámaras Oficiales y Colegios Profesionales”, *op. cit.*

De esa garantía institucional gozan las Fundaciones. Lo cual implica consecuencias de alcance extraordinariamente importante. Por ejemplo, si no existiese el art. 34 —y algún autor de prestigio ha indicado que no tendría por qué existir—, nada impediría al legislador desconocer las Fundaciones: es decir, nada impediría al legislador prohibir la creación de Fundaciones, y nada impediría al legislador, en su caso, configurar un régimen jurídico de Fundaciones en base al cual éstas estuviesen estricta y severamente sometidas a control administrativo. *Es precisamente la existencia del art. 34 lo que prohíbe que el legislador desconozca la existencia de Fundaciones, y lo que prohíbe que el legislador elabore una normativa que ahogue la función de las Fundaciones* y someta su actividad a controles injustificados y burocratizadores. Ni el legislador ni mucho menos la Administración Pública pueden, con sus normas o con su actuación, desconocer la constitucionalización de las fundaciones, es decir, aquí y ahora, de la vinculación de un patrimonio a un fin de interés general conforme a la voluntad del fundador. Pero tampoco los particulares pueden exigir que les sea permitida la vinculación de bienes para fines de interés privado, ya que hasta ahí no alcanza la garantía que la Constitución contiene. Tras la Constitución no caben, en principio, fundaciones familiares y en ningún caso son posibles nuevas tentaciones desamortizadoras.

El giro que con la Constitución se ha dado es, fácil resulta advertirlo, de alcance espectacular. La protección jurídica de que hoy disfrutaban las fundaciones, derivada directamente del art. 34, nunca antes la habían podido experimentar. No se trata de un paso más en la evolución de las Fundaciones; es el paso que debe estabilizar su ordenación y evitar nuevas tentaciones prohibitivas o restrictivas. El paraguas protector de las Fundaciones no es ya sólo la Ley, sino, nada más y nada menos, la Constitución misma.

C) El contenido esencial del derecho de fundación. La generalidad de los fines como elemento esencial de las fundaciones constitucionalmente garantizadas. El concepto actual de fundación y su posible evolución futura

En esta Revista se ha estudiado ya el concepto de fundación y a lo que allí se dice me remito ahora (54). Pero no creo inoportuno decir

(54) Véase el análisis que sobre el concepto de Fundación y su constitución lleva a cabo José María DE PRADA y el que sobre las fundaciones en formación en general y en la nueva Ley en particular hace Alicia REAL PEREZ en esta misma Revista.

algunas palabras previas sobre el tema, dado que en definitiva lo que la Constitución garantiza no es otra cosa que la Fundación como institución, y más en particular, el “contenido esencial” de la misma y, en consecuencia, del derecho a fundar.

Lo que hay que precisar en este momento es qué clase de Fundación está amparada por el art. 34 y en particular cuál es el contenido esencial del derecho de fundación constitucionalmente garantizado. Y sobre todo, qué evolución es posible tras el art. 34 y, en general, tras la Constitución de 1978.

Junto a las personas físicas, el Derecho, tras una apasionante evolución histórica y doctrinal, acuña el concepto de persona jurídica, que, en lo que ahora nos interesa, engloba, a partir de las aportaciones de HEISE y SAVIGNY, tanto a las corporaciones como a las instituciones: *universitas personarum* y *universitas rerum*. FERRARA lo expresó con especial lucidez: junto a las asociaciones “hay una segunda categoría de figuras sociales que se presentan bajo el ropaje de la personalidad jurídica. Mientras en las asociaciones un fin común provoca en torno a sí la reunión de varios individuos que voluntariamente se reúnen para su consecución, a veces el fin está predeterminado por la voluntad de un solo individuo, por la iniciativa de una sola persona —fin que tiene carácter duradero, indefinido—, y como la persona que lo ha determinado no puede, por la duración insuficiente de su vida, atender perpetuamente a su realización, quiere y ordena que otras personas, con arreglo a ciertos criterios fijos, vengan después de él a continuar su obra, de modo que por la sucesiva y no interrumpida cadena de aquellos que ponen su actividad al servicio del fin, éste pueda recibir una actuación estable. A estas figuras las llamaremos instituciones” (55).

A la categoría de las instituciones pertenecen las fundaciones, caracterizadas tradicionalmente por la adscripción de un patrimonio o masa de bienes a uno o varios fines determinados. Concepto generalmente aceptado de fundación del que se ha hecho eco el Tribunal Constitucional: en la Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, define a la Fundación como “persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general” (56).

Hay que decir que si bien la generalidad de los fines no es en sí elemento que necesariamente deba definir al concepto de fundación en

(55) *Teoría de las personas jurídicas*, trad. española, Reus, Madrid, 1929, p. 5.

(56) Fundamento Jurídico 5.º. La Sentencia analiza la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de las normas básicas sobre Organos Rectores de las Cajas de Ahorro.

cuanto institución y por tanto persona jurídica diferenciada de la asociación o corporación, el art. 34 garantiza precisa y solamente a las fundaciones que persigan fines de interés general. La generalidad de los fines forma parte, por tanto, del contenido esencial del derecho garantizado y por tanto del concepto de fundación que el legislador debe necesariamente respetar y que los particulares pueden crear en ejercicio del derecho fundamental que se les reconoce. No se garantiza, por tanto, cualquier tipo de fundación, sino sólo la que persiga fines de interés general (57).

Este concepto tradicional de fundación es el usualmente aceptado (no sólo en nuestro ámbito, sino asimismo en la mayoría de los ordenamientos jurídicos continentales y latinoamericanos). Muy bien puede decirse, por tanto, que ése es el contenido esencial de la institución a que puede dar lugar el ejercicio del derecho constitucionalmente garantizado por el art. 34. Contenido esencial que identifica a la

(57) Más adelante, se analiza la cuestión de la generalidad de los fines. Baste recordar ahora la importancia de los debates parlamentarios en este punto y apuntar que, en mi opinión, interés público (expresión utilizada por el art. 35 del Código civil) e interés general deben considerarse a los efectos que aquí interesa como conceptos equivalentes. Interés general es aquel que trasciende a lo particular, sin que sea posible identificarlo con alguno en concreto o referido a ámbitos precisos. Basta con que, además de general, el fin fundacional no sea delictivo para deber admitir la fundación. No hay un monopolio del poder público para preferir y por tanto autorizar unos fines generales en lugar de otros. La Constitución no permite esa restricción. MARCH CIVERA, "Transferencias a las Autonomías en materia de fundaciones: la experiencia valenciana", en *Cuadernos de Acción Social*, n.º 4, p. 30 considera que los términos "interés público" e "interés general" tienen una interpretación equivalente. MORELL y GONZALEZ MORENO, *Régimen jurídico básico de las fundaciones desde la desamortización hasta nuestros días*, Madrid, 1983 (trabajo inédito galardonado con el premio Centro de Fundaciones, que amablemente me han facilitado los autores), estiman que la sustitución de un término por otro "no hace variar el carácter de los fines de la Fundación" (p. 48), aunque más adelante (pp. 50-52) estiman que la Constitución subraya la trascendencia de la indeterminación numérica de los beneficiarios. MORALES MORENO, "El derecho de fundación...", *op. cit.*, p. 39 estima que "interés público guarda relación con la indeterminación de los posibles beneficiarios, mientras que "interés general" delimita claramente el objeto o fin de la fundación, que debe estar "entre aquellos que representan en la actualidad una necesidad social sentida por el colectivo nacional (o en general)".

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el que la Constitución garantice tan sólo las Fundaciones para fines de interés general no significa, en mi opinión, que el legislador no pueda reconocerlas, con las restricciones que en este caso, por supuesto, considere procedentes y sin que en ningún caso, por el hecho de así hacerlo, pasen a disfrutar tales fundaciones de una garantía que vaya más allá de lo que la ley pueda prever en un momento determinado, pudiendo ésta ser modificada y en consecuencia acordar de nuevo la prohibición de las mismas.

institución y que la diferencia de otras figuras (58). Contenido esencial que en todo caso debe respetar el legislador (art. 53.1 de la Constitución) (59).

Ahora bien, la garantía de contenido así configurada no supone en absoluto la petrificación de la institución. No impide la evolución del concepto de fundación. Pero tampoco permite considerar amparadas por ella cualquier tipo o manifestación de las Fundaciones. De entrada, quedan excluidas —ya lo sabemos— las que persigan fines particulares, y se plantean problemas con las fundaciones-empresa. Sobre éstas, el Tribunal Constitucional (Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, ya citada) ha indicado que “en todo caso, resultaría discutible en qué medida tal concepto encajaría en el de fundación protegida por el art. 34 de la Constitución” (60), que tampoco alcanzaría a proteger a las Cajas de Ahorro por cuanto la transformación sufrida por ellas “no permite considerarlas hoy —según el Tribunal—, como fundaciones en el sentido que... el art. 34 de la Constitución da a este concepto”, de modo que no es posible afirmar “que la creación actual de Cajas constituya el ejercicio del derecho de fundación”, si bien el propio Tribunal reconoce que no se puede negar que las Cajas “tengan un cierto carácter fundacional o puedan calificarse dogmáticamente de fundaciones a los efectos de encajarlas en una de las figuras jurídicas reconocidas por nuestro derecho”, pero añade que “lo cierto es que son, en todo caso, fundaciones de carácter muy peculiar en que domina su condición de entidades de crédito, que es lo que les da su fisonomía actual” (Sentencia 49/1988, Fundamentos Jurídicos 6.º, 9.º y 10, respectivamente) (61).

(58) El Tribunal Constitucional, desde sus más tempranas sentencias definió qué ha de entenderse por contenido esencial: “Aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga”: Sentencia 11/1981, de 8 de abril, Fundamento Jurídico 10.

(59) Soy consciente de la excesiva simplificación de los términos de la reflexión. No es momento ahora para proponer un tipo distinto de discusión. Véase, como referencia mínima, I. DE OTTO, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución”, en L. MARTIN-RETORTILLO e I. DE OTTO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 95 y ss.; J. M. BAÑO LEON,, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 24, pp. 161 y ss.

(60) El Tribunal se refiere, por cierto, a la fundación-empresa como “una de tantas importaciones de la doctrina alemana que se han realizado o se intentar realizar en nuestro derecho”.

Comparto las dudas acerca de que la fundación-empresa encaje dentro del concepto de fundación que se garantiza. La Constitución permite la invocación de un derecho fundamental a crear fundaciones, pero no a crear precisamente una fundación-empresa. Será el legislador el que libremente acepte o no tal tipo de entidad, pero sin estar sometido en este punto a un mandato constitucional de contenido concreto. La ausencia de regulación del derecho de fundación puede ser una violación del art. 34 de la Constitución; el prescindir de las fundaciones-empresa, no.

Tampoco entran dentro del contenido esencial ciertas características que usualmente se han considerado propias de la fundación. No es esencial a la fundación que sus prestaciones sean gratuitas o lo sea el cargo de patrono; tampoco que deba existir una función administrativa de control. Tales extremos se convierten en accesorios cuando nos situamos al nivel constitucional. Pero de igual forma, no cabría decir que se viola el contenido esencial de la institución garantizada si la ley impone aquella gratuidad o este control. Incluso el Tribunal Constitucional, como luego veremos, ha reconocido la compatibilidad del Protectorado con el art. 34. Ahora bien, esos elementos accesorios al concepto no pueden ser de tal entidad como para dificultar irrazonablemente el ejercicio del derecho. El control no debe ser obstructivo; la actividad de las fundaciones debe ser eficaz y ágil. No basta con que la Ley reconozca formalmente el contenido esencial: debe asimismo facilitar y hacer realizable el derecho. Garantizando además su desarrollo y evolución creativa. No se trata en definitiva de dotar de contenido estático al derecho de fundación, sino de garantizar su evolución dinámica. Sobre todo, porque las Fundaciones han de ser consideradas como elemento capital de participación en un Estado Social.

D) En particular, la extensión a las personas jurídicas del reconocimiento constitucional del derecho de fundación

La garantía constitucional alcanza, por tanto, a la creación de fundaciones en los términos y con el contenido que acabamos de ver. Pero

(61) Véase PIÑAR MAÑAS, *Régimen Jurídico...*, op. cit., pp. 11 y ss. La polémica acerca del carácter fundacional de las Cajas de Ahorro ha sido muy viva. En la propia Sentencia Constitucional 49/1988 se formuló un voto particular del Magistrado DIEZ-PICAZO que defiende el carácter fundacional de las Cajas de Ahorro, al menos "de las que hubieran sido inicialmente fundaciones". Sobre el tema véase la magnífica obra de J. M. GONZALEZ MORENO, *Naturaleza y régimen jurídico de las Cajas de Ahorro*, editada por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, Madrid, 1983.

aún debe añadirse una cuestión más: ¿son titulares las personas jurídicas del derecho de fundación?

El art. 34 está incluido en el título I, capítulo 2, Sección 2.^a de la Constitución: "De los derechos y deberes de los ciudadanos", lo cual parece que debería llevarnos a la conclusión de que las personas jurídicas no pueden pretender un derecho constitucional de fundación. Es el legislador el que puede otorgar ese derecho, pero no derivado inexorablemente de la Constitución. O dicho en otras palabras, si se quiere, la Constitución no garantizaría a las personas jurídicas el ejercicio del derecho de fundación; no serían, pues, titulares constitucionales de ese derecho (aunque el legislador pudiese reconocerlos como tales).

La Constitución, desde luego, carece de una previsión semejante a la que contiene el art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn según la cual los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que les sean aplicables. Así, lo ha recordado nuestro Tribunal Constitucional (Sentencia 137/1985, de 17 de octubre, F.J. 3.^o). Pero el mismo Tribunal Constitucional ha mantenido en numerosas ocasiones que las personas jurídicas son titulares de algunos de los derechos fundamentales reconocidos en la Sección 1.^a: Sentencias 19/1983, de 14 de marzo, 53/1983, de 20 de junio, 137/1985, de 17 de octubre, 64/1988, de 12 de abril y 246/1988, de 19 de diciembre, entre otras. La opinión del Tribunal —en relación con el valor que ha de darse a la referencia que se hace a los "ciudadanos" en otro lugar de la Constitución— parece clara y perfectamente aceptable: pese a que el art. 53.2 de la Constitución se refiere sólo a "los ciudadanos", una conclusión uniforme y restrictiva no es posible:

"Basta leer los arts. 14 a 29 para deducir el sentido del art. 53.2, que es el afirmar que cualquier ciudadano puede recabar la tutela de tales libertades y derechos, es decir, que todos los ciudadanos son titulares de los mismos, pero sin que ello limite la posible titularidad por otras personas.

La cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales no puede ser resuelta con carácter general en relación a todos y cada uno de ellos. La mera lectura de los arts. 14 a 29... acredita que existen derechos fundamentales cuya titularidad se reconoce expresamente a quienes no pueden calificarse como ciudadanos, como "las comunidades" —art. 16—, las personas jurídicas —art. 27.6— y los sindicatos —art. 28.2—; que hay otros derechos fundamentales que por su propio carácter no entran en

aquellos de los que eventualmente pueden ser titulares las personas jurídicas, como la libertad personal —art. 17— y el derecho a la intimidad familiar —art. 18—, y, por último, en algún supuesto, la Constitución utiliza expresiones cuyo alcance hay que determinar, como sucede en relación a la expresión “todas las personas” que utiliza su art. 24” (STC 16/1983, de 10 de marzo, F.J. 2.^º).

En particular, el tribunal ha insistido en el reconocimiento a las personas jurídicas del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la inviolabilidad del domicilio. No se ha mostrado tan explícito, sin embargo, con los derechos y deberes de la Sección 2.^a. Algo lógico por cuanto al no tratarse de derechos susceptibles de amparo las vías de acceso al mismo son mucho más restrictivas (además de no resultar afectados por el art. 53.2). Pero a los efectos que ahora nos interesan basta con retener por el momento que no es posible una respuesta apriorística que excluya a las personas jurídicas de la titularidad de los derechos y deberes que la Constitución consagra y reconoce, ni aunque se recoozcan a los ciudadanos tan sólo y formalmente.

Así las cosas, ¿qué ocurre con el derecho de fundación?

Debemos recordar ante todo que el de fundación es un derecho de los que se reconoce a “los ciudadanos”, como ya hemos indicado más atrás. Pero, siguiendo un hilo argumental semejante al del Tribunal Constitucional, es posible afirmar: que en los arts. 30 a 38 hay derechos que no son propios de las personas jurídicas (objeción de conciencia —art. 30.2—, matrimonio con plena igualdad —art. 32—, derecho al trabajo —art. 35.1—); que, por el contrario, otros deben reconocérseles sin duda (derecho a no ser privado de bienes y derechos si no es con las garantías del art. 33.3) y que en otros se utilizan expresiones cuyo alcance debe determinarse (derecho a la propiedad privada —art. 33— derecho a la libertad de empresa —art. 38— y el propio derecho de fundación). Primera conclusión, por tanto: no todos los derechos reconocidos en los arts. 30 a 38 son propios de sólo los ciudadanos. Y precisamente —segunda conclusión— el derecho de fundación es de los que se encuentran en el que podríamos llamar halo de incertidumbre en cuanto a los titulares a los que se reconoce su ejercicio. La cuestión, en consecuencia no está cerrada.

No puedo ahora detenerme mucho más en ello por razones de espacio, pero me inclino a pensar que también las personas jurídico-privadas son titulares del derecho de fundación, como también lo son las fundaciones ya constituidas. No alcanza, sin embargo, esa garantía a las personas

jurídico-públicas, en relación con las cuales el legislador es libre de tomar la decisión que considere 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 con 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 status jurídico-constitucional, en contra con lo que ocurre con las personas jurídico-privadas (62). Lo que no impide, sin embargo, que el legislador ordinario pueda reconocer la posibilidad de que las personas jurídico-públicas puedan constituir fundaciones (en este sentido, el art. 6.4 de la Ley 30/1994. En contra, el art. 1 de la Ley catalana 1/1982, reguladora de las fundaciones privadas) (63).

E) Las Fundaciones, cauce privilegiado de participación social y cultural

a) Las Fundaciones son un instrumento esencial de participación.

Se ha señalado en numerosas ocasiones que el derecho de fundación está íntimamente relacionado con el derecho de propiedad. Para ello se ha indicado que la referencia al derecho de fundación, no en vano, va justo después de la que se hace al derecho de propiedad, regulado en el art. 33 de la Constitución (64). No creo, sin embargo,

(62) CAFFARENA ha señalado que “la posibilidad de que las personas jurídico-públicas creen fundaciones no viene impuesta por la Constitución” y que, “en cierto sentido se puede decir que admitir que las personas jurídicas públicas puedan constituir fundaciones supone una cierta desnaturalización de la figura fundacional”, en su Comentario al art. 6, contenido en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, t. I, *op. cit.*, p. 50.

(63) Hay que señalar, sin embargo, que el art. 6.4 de la Ley 30/1994, si bien parte del reconocimiento de la capacidad para fundar a las personas jurídico-públicas, contiene una remisión a las normas reguladoras de éstas. Por otra parte, y en relación con la posible contradicción entre la ley estatal y la catalana, téngase en cuenta que el citado art. 6.4 tiene carácter básico, pero “en las Comunidades Autónomas con competencia en materia de derecho civil, foral o especial” sólo es “de aplicación supletoria”.

(64) El propio Tribunal Constitucional así lo ha recordado en la Sentencia 49/1988, Fundamento Jurídico 5.º.

que de la Constitución se derive que la vinculación más directa y casi exclusiva del derecho de fundación lo es en relación con el derecho de propiedad. Antes, al contrario, creo que debe resaltarse la vinculación cada vez más estrecha del derecho de fundación con el de participación en la vida política, social, económica y cultural.

En efecto, no debe descuidarse que, como antes vimos, en las primeras versiones del texto constitucional el derecho de fundación se encontraba junto al de asociación; y ambas son manifestación de la participación de la sociedad civil. Además, a través del apartado 2.º del art. 34 continúa habiendo una conexión entre el Derecho de Fundación y el de Asociación. Y aún más: si miramos no sólo hacia atrás en el texto constitucional (y en el tiempo) sino también y fundamentalmente hacia adelante, caeremos en la cuenta de que el derecho de fundación puede integrarse en un núcleo de preceptos (arts. 34 a 38) en los que la idea clave es la de la participación. Participación en la vida política, económica, social y cultural, que se encauza —sin perjuicio de lo dispuesto en otros preceptos constitucionales: partidos políticos, sindicatos— a través de los derechos que aquellos artículos reconocen: derecho de fundación, derecho al trabajo, a la negociación colectiva y a la libertad de empresa, regulación de los Colegios Profesionales.

Lo que ocurre es que *la participación que permiten las Fundaciones se articula principalmente a través del derecho de propiedad*. Lo que es muy distinto a afirmar que el derecho de fundación es expresión del de propiedad, o que éste condiciona irremediabilmente a aquél.

- b) La posibilidad de redefinir progresivamente las relaciones entre el derecho de Fundación y el derecho de Propiedad. El derecho de fundación no es manifestación de la función social de la propiedad, sino de la autonomía de la voluntad para disponer libremente de los bienes propios

En este sentido, también es necesario resaltar que las Fundaciones no son expresión de lo que técnicamente debe entenderse por *función social de la propiedad* (65). Tal función social presupone una *imposición*

(65) TOMAS Y VALIENTE considera, sin embargo, que el derecho de fundación es una clara manifestación de la función social de la propiedad: "La Constitución española y las Fundaciones", en el libro colectivo *Consideraciones sobre el tratamiento jurídico y fiscal de las Fundaciones españolas. Análisis y valoración del Proyecto de Ley de Fundaciones*, Fundación BBV-Centro de Fundaciones, Bilbao, 1994, pp. 35 y 38. Si bien, en otro lugar, p. 38, resalta que el derecho de fundación es expresión "de

externa y ajena a la voluntad del propietario, que obligatoriamente se ve sometido a las limitaciones que a la propiedad impone su función social. Por el contrario, en las Fundaciones el elemento voluntario, *la libre disposición del fundador*, es esencial para definir el contenido mismo del "derecho" de Fundación. La función social de la propiedad no implica un derecho para el propietario, sino una carga (un deber). No es un derecho subjetivo sino una carga que se traduce en un beneficio para la sociedad. Y no es éste, evidentemente, el esquema de ejercicio del derecho de fundación, cuyo pilar es la voluntariedad. Por otra parte, una vez constituida la Fundación, deja de formar parte del patrimonio del fundador. La Fundación no es de "su propiedad", por lo que ya no es "su propiedad" la que cumple una función social, sino la Fundación misma.

En conclusión, pues, la Fundación no es propiamente expresión de la función social de la propiedad, sino expresión de la posibilidad que existe de hacer que la propiedad se destine a una función social; algo, pues, muy diferente. Lo cual debe gozar de las garantías que derivan de la Constitución en los términos que antes he apuntado y que luego desarrollaré.

Las anteriores consideraciones realzan la importancia del art. 9.2 de la Constitución en la configuración de las Fundaciones (66). Al tiempo que impulsan a llevar a cabo una redefinición de las relaciones entre derecho de fundación y derecho de propiedad que seguramente se ha de traducir en una posible desvinculación progresiva del primero en relación con el segundo. La palabra clave en el ejercicio del derecho de fundación no ha de ser sólo "propiedad", sino además "participación". En una Fundación moderna, por tanto, puede afirmarse que la idea de propiedad puede ver reducido (sin desaparecer) el protagonismo monopolista que hasta ahora se le ha concedido. De

la autonomía de la voluntad de un propietario sobre sus bienes o parte de ellos". Por su parte, SAENZ DE MIERA ha señalado: "La intención de las soluciones que se proponen con esta recuperación de las posibilidades de la solidaridad individual voluntaria a través de las Fundaciones y de otras instituciones de carácter no lucrativo es... tratar de revitalizar la función social de la propiedad y complementar, desde el campo de la voluntariedad, la acción del Estado": "Prólogo" a la trad. española de la obra de H. LEPAGE, *Por qué la propiedad*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1986, p. 23.

(66) "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social."

ahí la importancia de las Fundaciones gerenciales y la posibilidad de dotaciones sucesivas (dotaciones sucesivas que, por cierto, admite la nueva Ley: art. 10.2) (67).

F) El derecho de Fundación y su ejercicio en un marco de libertades

Punto de referencia también para la definición constitucional del derecho de fundación, y por tanto para la configuración de la posición social que han de ocupar, es el marco de libertades que la Constitución garantiza. Algo, esto, en lo que no quiero insistir pues ya ha sido resalado en numerosas ocasiones, pero que en absoluto puedo dejar de mencionar ahora, pues condiciona asimismo la actitud que desde los poderes públicos ha de adoptarse para con las Fundaciones. Actitud que necesariamente ha de trascender a la simple permisividad no obstructiva para convertirse en apoyo y promoción, algo que viene obligado, de nuevo, por el Estado social (68).

El anterior es el ambicioso —pero obligado— marco de referencia que ha de tomarse en consideración para situar desde la Constitución la función social innegable que corresponde a las Fundaciones. A partir de aquí la concreción de cuál debe ser esa función corresponde a la propia sociedad, que ha de manifestarse a través de los propios fundadores y de cuantos están implicados en las Fundaciones.

G. El derecho de fundación como derecho fundamental no especialmente protegido

Al ser el derecho de fundación un derecho fundamental, vincula expresamente a todos los poderes públicos (arts. 53.1 y 9.1 de la Constitución) y, como hemos ya señalado, goza de eficacia y aplicabilidad inmediata.

(67) Y de aquí el riesgo que supone que se deje en manos de cada uno de los protectorados sectoriales, a través del informe a que se refiere el art. 36.2 de la Ley de Fundaciones, la determinación de si la dotación inicial es o no suficiente para constituir la Fundación. Semejante apreciación debe unificarse al máximo, por lo que el mecanismo previsto por la Ley debe ser puesto en cuestión. La decisión acerca de tal suficiencia debería haberse atribuido a un órgano único (quizá el propio Registro), y no a varios, lo que puede dar lugar a diferencias de trato en función del tipo de fundación que se quiera constituir.

(68) *Vid.* Gladio GEMMA, *Costituzione ed associazioni: dalla libertà alla promozione*, Giuffrè, Milano, 1993.

Pero, por no estar incluido en la Sección 1.^a del capítulo 2 del título I de la Constitución, sino en la Sección 2.^a, no se beneficia de la protección excepcional que suponen los recursos sumario y preferente y de amparo previstos en el art. 53.2 de la Constitución. Quiere esto decir, en consecuencia y por ejemplo, que una decisión del Protectorado — siempre que no viole en sí misma alguno de los derechos reconocidos en el art. 14 y en la Sección 1.^a— no puede ser recurrida por la vía prevista en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, ni contra ella —con la misma salvedad anterior— cabría interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (69).

La ausencia de esa protección especialmente reforzada es en mi opinión correcta. El recurso de amparo (no entro ahora en el recurso jurisdiccional sumario y preferente que la misma Constitución impone y que carece de una regulación apropiada) (70) es una garantía adicional de los derechos fundamentales que no puede ser considerada de forma tan extensiva como para desvirtuar su razón de ser (71). La opción del constituyente limitando el acceso al amparo a sólo los derechos de la Sección 1.^a (además de la objeción de conciencia y el derecho a la igualdad) es razonable. El traslado durante los debates constituyentes del derecho de fundación desde el art. 22 al 34 estaba justificado y de ello deriva esa exclusión. En cualquier caso, no es posible olvidar que ni el derecho de propiedad (art. 33) ni el derecho de participación (art. 9.2) admiten amparo, por lo que el esquema constitucional es perfectamente equilibrado.

Lo anterior, sin embargo, en nada afecta al hecho de que las propias fundaciones puedan interponer recurso de amparo cuando vean lesionado algún derecho fundamental de los susceptibles de tal garantía y de los que sean titulares (por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva). Cuestión esta totalmente distinta que no es el caso tratar ahora.

(69) MUÑOZ MACHADO ha señalado que nos encontramos ante un “derecho maltratado”: “Las Fundaciones en la Constitución”, *op. cit.*

(70) La meritoria Ley 62/1978 ha demostrado no ser suficiente para garantizar la celeridad en la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

(71) Sobre el recurso de amparo *vid.* Germán FERNANDEZ FARRERES, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Pons, Madrid, 1994. La “Introducción”, pp. 9 y ss., es especialmente esclarecedora para situar el recurso de amparo.

H) El principio de reserva de Ley y el alcance de la potestad reglamentaria de la Administración. Una breve referencia al Reglamento de Fundaciones de competencia estatal.

El art. 53.1 de la Constitución dispone que sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo 2 del título I, entre los que se encuentra el derecho de fundación.

De los términos del precepto citado pueden extraerse, en lo que ahora nos interesa, las siguientes consecuencias:

1. La reserva es absoluta, no relativa en el sentido que a esta expresión ha dado el Tribunal Constitucional en varias sentencias (72). Lo que significa que el contenido esencial del derecho de fundación no puede ser remitido, en su regulación, a lo que establezcan los reglamentos.

2. Es decir, no es posible ningún tipo de deslegalización en la regulación del contenido esencial del derecho y de su ejercicio, pero sí cabe la utilización de la técnica de los decretos legislativos (73), así como la remisión a normas reglamentarias de desarrollo cuando sea necesario y esté justificado, siempre que el legislador haya regulado la materia “en términos tales que sea reconocible en la Ley misma una determinación material suficiente” de aquélla (74).

3. La reserva de Ley no exige en todo caso y sólo ley estatal. Las leyes autonómicas también cubren esa reserva. El Tribunal Constitucional lo ha indicado en varias ocasiones (75), aunque no en relación con el derecho de fundación, pero con una doctrina perfectamente aplicable a nuestro caso. Ello sin perjuicio, como es obvio, de lo que resulte de la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, que impide que ciertos extremos de la regulación del derecho de fundación sean accesibles a las segundas (véase la Disposición final primera de la Ley 30/1994) (76).

4. La reserva no tiene carácter retroactivo, de modo que no anula ni deroga las disposiciones anteriores a la Constitución válidamente dictadas por no existir entonces exigencia de norma con rango de ley

(72) Por ejemplo, STC 60/1986, de 20 de mayo, F.J. 2.º.

(73) Argumento: art. 82.1 de la Constitución.

(74) Entre otras, Sentencia constitucional 99/1987, de 11 de junio.

(75) Sentencia 85/1984, de 26 de julio, entre otras.

(76) Sobre ello, véase mi comentario a dicha Disposición, en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de incentivos fiscales*, vol. I, op. cit., pp. 710 y ss.

en la regulación de ciertas materias que hoy, por el contrario, sí la requieren (77). No deroga tales disposiciones, por supuesto, por el solo hecho del rango normativo, pues pueden o podían haber quedado derogadas por contener una disciplina incompatible con la Constitución.

5. El art. 53.1 se remite a una ley ordinaria, no a una Ley orgánica, en contra de lo que ha señalado algún sector (78), pues el derecho de fundación no está entre los que incluye el art. 81 de la Constitución. La ley de desarrollo del art. 34 de la Constitución debe ser, en consecuencia, una ley ordinaria, no una ley orgánica (79).

Las anteriores son las consecuencias derivadas de que el art. 53.1 exija una ley formal para la regulación del derecho de fundación. Pero dicho precepto exige, además, que dicha ley respete en todo caso su contenido esencial.

En otros lugares de esta Revista se analiza lo que debe entenderse por contenido esencial del derecho de fundación. Ahora nos interesa reiterar que el mismo debe ser regulado, y respetado, precisamente por ley. Lo cual plantea la cuestión de determinar hasta dónde llega la potestad normativa de la Administración en materia de fundaciones,

(77) *Vid.* por ejemplo, Sentencia constitucional de 8 de abril de 1981, F.J. 5º.

(78) Han mantenido la necesidad de una Ley orgánica, por ejemplo., M. HERRERO RODRIGUEZ DE MIÑON, "La regulación de las Fundaciones en los Estatutos de Autonomía: visión general", en *Las Fundaciones y los Estatutos de Autonomía*, n.º 4 de la colección Temas de Fundaciones, Centro de Fundaciones, Madrid, 1980, p. 39; J. M. VILASECA I MARCET, "Incidencia en el Derecho vigente de la regulación de las Fundaciones en los Estatutos de Autonomía: transferencia de competencias", en el volumen citado, p. 52; LACRUZ BERDEJO, "Aportaciones para una futura Ley de fundaciones", en *Hacia un Estatuto de las Fundaciones*, en el n.º 2 de la Colección citada, Madrid, 1979, p. 108. Admiten que basta ley ordinaria, BADENES GASSET, *Las fundaciones...*, *op. cit.*, p. 200; B. MARCH CIVERA, "Transferencias a las Autonomías en materia de fundaciones", en *Cuadernos de Acción Social*, n.º 4, pág. 31; MERINO MERCHAN, "Comentario al art. 34", en O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, t. III, Edersa, Madrid, 1983, p. 463.

(79) Debemos recordar que las relaciones existentes entre leyes ordinarias y leyes orgánicas son de tal naturaleza que sólo una ley orgánica puede regular las materias que exigen ley orgánica y sólo por ley ordinaria pueden regularse las que exijan ley de este tipo, de modo que una intromisión de las primeras en el campo material de las segundas, o viceversa, hace constitucional a la norma intrusa. GOMEZ FERRER, sin embargo, ha interpretado de forma más matizada estas relaciones: "Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional", en *RAP*, n.º 113, especialmente pp. 20 y ss., y "La posición de la Ley General Presupuestaria en el Ordenamiento Jurídico", en *Jornadas sobre El marco jurídico-financiero del sector público: perspectivas de reforma*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1986, p. 36.

máxime si se tiene en cuenta que gran parte de la regulación anterior a la nueva Ley estaba recogida en disposiciones reglamentarias.

En relación con esta cuestión cabe hacer las siguientes consideraciones:

En primer lugar, la reserva de ley "sólo incluye las limitaciones o restricciones de la libertad" (80). Lo que se traduce en que el Reglamento puede ampliar el ámbito de libertad de las fundaciones.

En segundo lugar, en nuestro ordenamiento no existe —en contra de lo que sucede, por ejemplo, en Francia— el llamado principio de reserva reglamentaria, "esto es, la imposición de que determinadas cuestiones hayan de ser reguladas por norma reglamentaria y no por otras con rango de ley. Como no existe esta reserva en favor del Reglamento, el legislador, al elaborar una ley... podrá sentirse inclinado a incluir en ella el tratamiento de cuestiones regulables también por vía reglamentaria, pero que en atención a razones de conexión temática o de sistematicidad o de buena política legislativa considere oportuno incluir junto a las materias estrictamente reservadas a la Ley..." (81).

Podría darse, por tanto, la hipótesis de que toda la materia fundacional fuese regulada por ley. Esta posibilidad es impensable en la realidad, y más bien debe considerarse que el legislador no sólo puede remitirse a disposiciones administrativas (como así se ha hecho y se hace en la ley 30/1994), sino que debe hacerlo dadas las múltiples especialidades jurídico-administrativas que caracterizan la regulación dinámica de las fundaciones.

Para ello, y más tras el art. 34 de la Constitución, la Administración necesita de habilitación legal, que antes se encontraba en la vieja Ley de 20 de junio de 1849, General de Beneficencia (82) y que hoy contiene la nueva Ley de Fundaciones. Por ahora baste señalar que la potestad reglamentaria es perfectamente admisible. Su extensión, sin embargo, se ha visto limitada tras la Constitución de 1978.

Esto exige claramente que el Reglamento de desarrollo de la Ley 30/1994 debería ser un texto que interprete la Ley no en sentido restrictivo, sino amplio, precisamente para facilitar y no para entorpecer el "recto ejercicio del derecho de fundación", función esta que corresponde al Protectorado según el art. 32 de la Ley. No debería ser, por

(80) Sentencia constitucional 6/1981, de 16 de marzo, F.J. 4.º.

(81) Sentencia constitucional de 13 de febrero de 1981, F.J. 21. Sobre el tema, vid. R. GARCIA MACHO, *Principio de reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1989.

(82) Por ejemplo, arts. 1, 2, 5, 11 y 15.

tanto, un Reglamento de desarrollo de sólo las funciones de control de la Administración, sino de desarrollo de una Ley que ha sido aprobada en el espíritu de libertad y promoción de las Fundaciones que la Constitución ha consagrado. Por otra parte, el Reglamento podría ser ocasión para definir la estructura del Protectorado y cabría la posibilidad de aprovechar la ocasión para implantar un Protectorado único, dotado de suficientes medios personales y materiales como para llevar a cabo su función con el rigor que la Ley impone (rigor que los Protectorados actuales en todo caso han intentado mantener).

Y sin embargo, y desgraciadamente, el Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Competencia estatal (BOE, de 6 de marzo) se separa, en mi opinión, de cuantas reflexiones acabo de apuntar. No puedo entrar en un análisis pormenorizado del mismo, pero me parece imprescindible hacer alguna consideración al respecto.

El Reglamento, desaprovechando una ocasión preciosa para ello, ha optado por la supervivencia de los diversos protectorados estatales, en función de "la diferente naturaleza del fin perseguido por la Fundación" (Preámbulo del Real Decreto). En otra ocasión, he señalado que "la existencia de varios Protectorados no es en sí misma negativa", pero también apunté que "quizá debería producirse un gran cambio organizativo en el sistema que hasta ahora ha venido funcionando en la Administración del Estado y establecer de una vez por todas una gran unidad de Protectorado dotada de los medios suficientes para hacer frente a las nuevas funciones que la Ley atribuye a la Administración. Que, aunque sean en principio menos que las que le correspondían de acuerdo a la legislación anterior, suponen un esfuerzo operativo de gran envergadura. Sobre todo, si se pretende que el sistema funcione" (83). No se ha optado por el Protectorado único, y en consecuencia se ha optado por el continuismo y por una interpretación muy poco novedosa de la Ley (Ley que, por cierto, no ha querido tomar partido: art. 32.2), pero en cualquier caso se trata de una opción perfectamente legítima.

Mucho más cuestionable, y diría que preocupante, es el tono general del Reglamento en cuanto al modo en que queda definido el ejercicio del derecho de fundación en el ámbito estatal. En las páginas anteriores hemos visto cómo la Constitución de 1978 quiere que la creación de Fundaciones y el desarrollo de su actividad se desenvuelvan en términos de libertad, propios del ejercicio de un derecho fundamental. La

(83) Comentario al art. 32, en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de incentivos fiscales*, vol. I, *op. cit.*, pág. 291.

Ley 30/1994, aunque mejorable sin duda, ha venido a establecer un marco jurídico actual del derecho de fundación, superando, por fin, las viejas normas sobre la materia. La Ley admite varias interpretaciones, unas más restrictivas y otras más permisivas con un desarrollo positivo de las Fundaciones. Y hay que decir que el Reglamento recientemente aprobado ha optado por una regulación restrictiva y burocratizadora de la actividad de las Fundaciones, que se compadece más que mal con el espíritu constitucional y con la propia Ley 30/1994.

En este sentido, es una obligación señalar que la potestad reglamentaria que se ha ejercido roza en más de una ocasión con la pura ilegalidad (84), complica y burocratiza la actividad de las Fundaciones, pervierte el espíritu de la Ley y de la Constitución, y, en definitiva, retrasa la modernización del sector fundacional. Luego, volveré sobre ello, pero parece oportuno recordar ahora que la Instrucción para la organización y funcionamiento del Protectorado de la Generalidad sobre fundaciones privadas aprobada por Decreto 160/1982, de 27 de mayo, dispone en sus arts. 8 y 9 lo siguiente:

“8. Obligaciones. Ninguno de los preceptos de esta Instrucción podrá interpretarse en el sentido de imponer nuevas obligaciones sustantivas a las fundaciones o de hacerlas más onerosas de lo establecido en la Ley.

9. Casos dudosos. En caso de duda acerca de la interpretación de esta Instrucción prevalecerá aquel sentido más favorable a la libertad de decisión de los fundadores y de los órganos de gobierno de las Fundaciones.”

No creo que sea necesario hacer mayor comentario a tales preceptos, que señalan con acierto cuál debe ser el sentido del ejercicio de la potestad reglamentaria de desarrollo de la Ley.

I) El contenido y la finalidad del Protectorado tras el art. 34 de la Constitución. La opción restrictiva del Reglamento de Fundaciones de competencia estatal

Si el legislador debe respetar el contenido esencial del derecho de fundación y la Administración no puede (y no debería) ejercer su

(84) Por ejemplo, es más que dudosa la legalidad de la Disposición transitoria única, punto 3 del Real Decreto. Así como, al menos, los siguientes preceptos del Reglamento: art. 3.5; art. 4.1, inciso final; art. 4.7, inciso final; art. 8.4, inciso final; art. 14 y art. 15.

potestad reglamentaria más allá de lo que la ley le permite (85), es lógico que la función de protectorado debe configurarse también de acuerdo a los moldes del art. 34, en base a criterios de libertad y apoyo, más que de control y fiscalización no siempre justificados.

La existencia del Protectorado es algo que hoy apenas se discute. El propio Tribunal Constitucional, al definir el concepto de fundación al que se refiere el art. 34 ha recordado que las leyes prevén “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” (Sentencia 49/1988, F.J. 5.º).

Lo que sí debía evolucionar, tras la aprobación de la Constitución, era la idea clásica de protectorado. El reconocimiento del derecho de fundación como un derecho fundamental y la garantía constitucional que lleva emparejado impiden a la Administración poner trabas injustificadas a su libre ejercicio. Exigen interpretar la normativa reguladora del Protectorado (hoy contenida en la Ley 30/1994 y en las respectivas leyes autonómicas) de acuerdo a los principios constitucionales que informan a todos los derechos fundamentales, principios que no pueden ser otros que los de la libertad. Por esto mismo, las funciones del protectorado que puedan limitar el ejercicio del derecho de fundación habrán de explicarse desde un criterio preciso: el principio de *favor libertatis* (86).

(85) El esquema es simple: la Constitución fija el marco general y el espíritu que debe presidir el ejercicio del derecho de fundación: la Ley desarrolla la Constitución teniendo en cuenta que el pluralismo político admite varias opciones; el Reglamento debe someterse a la Ley y al modelo por ella establecido.

(86) Hay que decir que no siempre fue así en la situación previa a la nueva Ley de Fundaciones. Baste un ejemplo ya sobradamente conocido: me refiero a la exigencia de autorización administrativa previa para litigar, que pretendía hacerse derivar de las prerrogativas del Protectorado. Parecía claro, y creo que no debería haber planteado mayores problemas, que someter el acceso de las Fundaciones a los Tribunales a la obtención de una previa autorización administrativa era algo que no encajaba en la configuración del derecho a la tutela judicial efectiva, que la Constitución reconoce tanto a las personas físicas como a las jurídicas (por ejemplo, Sentencias constitucionales 19/1983, de 14 de marzo, 53/1983, de 20 de junio, 64/1988, de 12 de abril). Pero no fué esto lo que entendieron ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal Supremo. La S.T.S., Sala 1.ª, de 23 de marzo de 1988 (R.Ar. 2421), primero, y la STC 164/1990, de 29 de octubre, después (y ambas en relación con el mismo supuesto, que fué llevado ante el Tribunal Constitucional por la vía del amparo por violación del art. 24 de la Constitución) consideraron, en mi opinión de forma asombrosa, que la necesidad de pedir permiso a la Administración para ejercer el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no era contrario a ningún precepto constitucional. No conozco opinión doctrinal alguna que coincida con lo mantenido por ambos Tribunales (Tribunales que, por cierto, al apreciar el vicio formal de carecer la Fundación demandante de autorización

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, repito, deben ser definidas e interpretadas en torno a la Constitución.

Como ya he señalado en alguna ocasión anterior (87), el límite del contenido legítimo de la acción de Protectorado es sumamente difícil de fijar *a priori*. En el intento, además, han de tomarse en consideración múltiples factores que pasan por la realidad fundacional misma de un Estado, en nuestro caso España. Quiero con esto decir (recordando lo que señalaba al principio de este trabajo) que no es posible intentar trasladar a nuestro entorno, de forma acrítica, experiencias foráneas que poco tienen que ver con nosotros. La situación holandesa, en la que la actividad pública en relación con las fundaciones es inexistente, no es sin más importable; del mismo modo tampoco sería posible introducir un sistema de excesivo y desmesurado control administrativo. En nuestro sistema el Protectorado es legítimo (no es necesario abogar por su supresión pura y simple), pero siempre que se ejercite dentro de unos límites precisos que respeten el marco de libertad y garantía que la Constitución impone. No se trata, pues, de *controlar* sin más el ejercicio del derecho de fundación, sino de *garantizar* su recto ejercicio.

Este es el modelo que parece acoger la Ley de Fundaciones cuyo art. 32.1 dispone que "el Protectorado facilitará el recto ejercicio del derecho de fundación y asegurará la legalidad de su constitución y funcionamiento" (88). Parece, pues, acogerse una acepción actual de Protectorado. Y, en este sentido, se manifiesta la Exposición de Moti-

para litigar, evitaron entrar en el análisis de fondo de un complicadísimo asunto relacionado con la fusión de dos muy importantes bancos). Yo mismo he criticado en diversas ocasiones aquella doctrina, "Las fundaciones y el protectorado. La autorización administrativa para litigar y su dudosa constitucionalidad", en *Poder Judicial*, n.º 13, pp. 145 y ss.; "Las Fundaciones: Jurisprudencia y pautas de futuro", *op. cit.*, págs. 204-206; "Las Fundaciones y la Constitución...", *op. cit.*, pág. 1325; *Régimen Jurídico de las Fundaciones...*, *op. cit.*, págs. 73 y ss. Un sugestivo y particular planteamiento crítico puede encontrarse en MALUQUER DE MOTES, "Comentario a la Sentencia de 23 de marzo de 1988", en *Cuadernos Cívicos de Jurisprudencia Civil*, 1988, p. 428. *Vid.* asimismo, MUÑOZ MACHADO, *Las Fundaciones...*, *op. cit.*, p. 32; DE LORENZO GARCIA, *Nuevo derecho...*, *op. cit.*, pp. 156 y ss.

(87) Comentario al art. 32, en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de incentivos fiscales*, *op. cit.*, pág. 289.

(88) Seguramente el precepto debería decir que el Protectorado asegurará el recto ejercicio del derecho de fundación y asegurará *la legalidad de la constitución y funcionamiento de las Fundaciones*, pues es a éstas y no a aquel a las que se refieren la constitución y funcionamiento.

vos, en la que se lee: "En la regulación del protectorado se ha partido de una concepción que le da nuevo contenido al asignarle no sólo funciones de control, sino también de apoyo, impulso y asesoramiento."

En esta línea me parece de extraordinaria importancia resaltar la afortunada expresión que la Ley utiliza al afirmar que el Protectorado debe "facilitar el recto ejercicio del derecho de Fundación". Esta es su principal misión. No es tanto la de controlar a las Fundaciones o velar sin más por el cumplimiento de la voluntad del fundador, sea ésta cual sea. Al considerar el de Fundación como un verdadero derecho fundamental, en los términos que establece el art. 34 de la Constitución, los poderes públicos deben velar para que el mismo sea real y efectivo (art. 9.2 del texto constitucional) y esto es precisamente lo que debe hacer el Protectorado. Pero démonos cuenta que no se trata de facilitar cualquier supuesto ejercicio del derecho, sino el "recto ejercicio" del mismo. Lo que legitima a la Administración Pública a adoptar medidas que, como la intervención temporal (art. 34 de la Ley de fundaciones) o el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los patronos (apartado 3 del art. 32), o incluso las autorizaciones a que se refiere el art. 19 de la Ley, lo que pretenden es garantizar a la propia fundación y su funcionamiento correcto. Por eso, del mismo modo, en la Ley se han reducido notablemente las funciones del Protectorado, al objeto de eliminar requisitos innecesarios propios de legislaciones anteriores que tenían como base no el impulso a las Fundaciones sino el recelo hacia las mismas.

La nueva Ley de Fundaciones, en suma, ha dado, en mi opinión, un paso importante hacia la modernización del sentido del Protectorado.

Pero el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal ha dado dos pasos hacia su regresión.

Ni un artículo en relación con el modo en que el Protectorado prestará apoyo y asesoramiento a las Fundaciones (tan sólo la referencia innecesaria en el art. 22.3.b) que transcribe el art. 32.2.a) de la Ley) (89). Y sin embargo, son numerosos y complicados los preceptos reguladores del control sobre las Fundaciones, de los documentos, certificados, justificantes, memorias, acreditaciones que deben presentar ante el

(89) De nuevo merece la pena traer aquí la Instrucción del Protectorado catalán de 27 de mayo de 1982, cuyo art. 10 dispone: "10. Actuación del Protectorado.- Los órganos del Protectorado, en sus relaciones con las fundaciones, tratarán de instruir, informar y asesorar a los interesados en el cumplimiento de las obligaciones que la Ley establece, antes de recurrir al uso de las facultades coercitivas de que disponen y a la exigencia de responsabilidad ante los Tribunales".

Protectorado (90). Y, sobre todo, y como novedad destacable, se presta una atención especial al Consejo Superior de Fundaciones, órgano creado por la Ley 30/1994 (91).

En conclusión, en el derecho de fundaciones español, el primer escalón (el constitucional) merece un juicio altamente positivo; el segundo (el legislativo) es aceptable, aunque mejorable; el tercero (el reglamentario) es, en lo que se refiere a las Fundaciones de competencia estatal, desgraciadamente cuestionable desde una perspectiva de conjunto. Y lo malo es que éstas, en definitiva, deberán funcionar cotidianamente más con el Reglamento que con la Constitución. ¿Tendremos de nuevo que poner nuestra esperanza en la buena voluntad de los Protectorados dispersos para intentar que no sea excesivamente gravosa la aplicación del Reglamento aprobado por el Consejo de Ministros el 23 de febrero de 1996? Al menos para que el marco constitucional no pierda gran parte de su efectividad (92).

(90) No es momento este para proceder a un análisis del Reglamento. Mi estudio, más modestamente, se debe ceñir al marco constitucional, y no al complejo y farragoso marco reglamentario. En cualquier caso, parece obligado apuntar que las normas reguladoras de los Protectorados en las Comunidades Autónomas en donde se han aprobado parecen obedecer a un espíritu diferente. Así, el Decreto vasco 404/1994, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y funcionamiento del Protectorado y del Registro de Fundaciones del País Vasco, o el Decreto catalán 160/1982, de 27 de mayo, por el que se aprueba la Instrucción para la organización y funcionamiento del Protectorat de la Generalitat sobre fundaciones privadas. Muy diferentes al Reglamento estatal pero algo separados del espíritu de los decretos vasco y catalán son el Decreto canario 188/1990, de 19 de septiembre, regulador del Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las Fundaciones canarias (modificado por Decreto 72/1992, de 22 de mayo) y el Decreto gallego 248/1992, de 18 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del protectorado de las fundaciones de interés gallego.

(91) Hay que llamar la atención acerca de que el Reglamento no contiene precepto alguno en el que se determine la duración del mandato de los vocales del Consejo que no lo son en razón de su cargo. Laguna grave e inexplicable que debe ser de inmediato subsanada. Sobre el Consejo pueden verse mis comentarios a los arts. 38 y 39 en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., pp. 323 y ss.

(92) Efectividad que para un jurista nunca se perderá. He aquí, de nuevo, la virtualidad innegable del art. 34 de la Constitución, precepto que permite exigir una actividad normativa, a nivel legal y reglamentario, propicia para el desarrollo del derecho de fundación.

