



VNIVERSITAT E VALÈNCIA

EL DERECHO DE FUNDACIÓN: PERFILES CONSTITUCIONALES

Programa de doctorado 055-H. Derecho Constitucional

Tesis doctoral presentada por:
D. Fernando García Mengual

Dirigida por:
Dr. D. Vicente Garrido Mayol

Valencia, mayo de 2015

ÍNDICE

ÍNDICE	1
AGRADECIMIENTOS	9
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN: OBJETO, MÉTODO Y FUENTES	11
1. Objeto.....	11
2. Método.....	16
3. Fuentes.....	19
CAPÍTULO II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	21
1. Las fundaciones en la Historia.....	21
2. El fenómeno desamortizador.....	23
3. La lenta superación del marco desvinculador.....	31
4. El reconocimiento en el Código Civil.....	39
5. El Real Decreto de 14 de marzo de 1899.....	45
6. La superación del concepto de beneficencia y consolidación del régimen jurídico basado en la Ley General de Beneficencia.....	48
6.1. La consolidación de las fundaciones frente a otras figuras de beneficencia.....	48
6.2. El régimen jurídico de las fundaciones en la II República.....	49
6.2.1. La beneficencia en Cataluña.....	50
6.2.2. La beneficencia en otros Estatutos de Autonomía.....	52
6.2.3. Los efectos de la Guerra Civil en el régimen de las fundaciones: intervención y depuración de patronatos.....	53
6.2.4. Conclusión del período 1931-1940.....	56
6.3. Caracterización general del régimen jurídico de las fundaciones hasta 1972.....	56
7. Los primeros intentos de superación del régimen de la desamortización: el Reglamento de fundaciones culturales de 1972.....	59
CAPÍTULO III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FUNDACIÓN	67
1. El Anteproyecto de Constitución.....	69
2. La tramitación del Proyecto de Constitución en la Comisión de Asuntos Constitucionales y de Libertades Públicas del Congreso.....	72
3. La tramitación del proyecto de Constitución en la Comisión de Constitución del Senado.....	76
4. Las consecuencias de la constitucionalización del derecho de fundación.....	86
4.1. La colaboración entre el sector público y la iniciativa privada en la construcción del nuevo Estado Social y Democrático de Derecho.....	86
4.2. Consecuencias jurídicas: nuevo régimen jurídico de las fundaciones.....	89
5. Las propuestas normativas postconstitucionales.....	93
5.1. Los intentos de regulación.....	94
5.1.1. La Proposición de Ley de la Agrupación Independiente (1978).....	96
5.1.2. El Anteproyecto de 1981.....	100
5.1.3. Los proyectos de las IV y V Legislaturas.....	103
5.2. La Ley de 1994.....	106
5.3. La Ley de 2002.....	107
CAPÍTULO IV. EL CONCEPTO DE FUNDACIÓN	111
1. Algunas precisiones previas sobre el concepto tradicional de fundación.....	111
1.1. Patrimonio afecto a un fin.....	111

1.2. Las aproximaciones al concepto de fundación.....	114
2. Definiciones doctrinales	116
3. Definiciones legales.....	125
4. Pronunciamientos jurisprudenciales	129
4.1. Tribunal Supremo.....	129
4.2. Tribunal Constitucional.....	133
5. Las fundaciones en el Derecho comparado.....	138
6. Intento de aproximación a un concepto actual de fundación	147
CAPÍTULO V. ELEMENTOS DE LA FUNDACIÓN.....	151
1. Ausencia de fin de lucro.....	152
1.1. El ánimo de lucro y los fines de interés general	153
1.2. Flexibilización de la prohibición de lucro	155
2. Organización	159
2.1. La organización como elemento nuclear de las fundaciones	159
2.2. La organización y ausencia del ánimo de lucro.....	161
2.3. La organización en la jurisprudencia constitucional	163
3. Fin de interés general.....	164
3.1. La enunciación de los fines en la legislación de fundaciones	164
3.2. Alcance del término « <i>interés general</i> ».....	167
3.3. La posibilidad de fundaciones de interés distinto al general	172
4. Patrimonio	175
4.1. Concepto de patrimonio.....	176
4.2. La relación entre el patrimonio y los fines fundacionales	179
4.2.1. La duración de la afección: la problemática de la reversión de los bienes	179
4.2.2. La suficiencia de la dotación	192
4.2.2.1. La evolución legislativa.....	192
4.2.2.2. Comprobación de la suficiencia de la dotación	199
4.2.2.3. Justificación de la suficiencia de la dotación	200
5. Voluntad del fundador	203
5.1. Voluntad del fundador y negocio fundacional.....	203
5.2. La voluntad del fundador en la constitución de la fundación.....	206
5.3. La voluntad del fundador en los estatutos.....	207
5.4. La voluntad del fundador en el proceso de extinción de la fundación.....	209
CAPÍTULO VI. EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 34.1 DE LA CONSTITUCIÓN..	213
1. El debate sobre el derecho de fundación como garantía institucional o derecho subjetivo	213
2. Los derechos en la Constitución.....	217
CAPÍTULO VII. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE FUNDACIÓN	221
1. La posible <i>iusfundamentalidad</i> del derecho de fundación	221
1.1. Argumentos sobre la posible <i>iusfundamentalidad</i> del derecho de fundación	224
1.1.1. La ubicación sistemática del artículo 34 de la Constitución.....	224
1.1.2. Las garantías constitucionales del derecho de fundación	228
1.1.3. La ausencia del requisito material: dignidad humana y derechos fundamentales	232
1.2. El derecho de fundación como derecho constitucional	234
2. El carácter subjetivo del derecho de fundación	237
2.1. Derecho a algo.....	240

2.2. Libertad	241
2.3. Competencia	244
2.4. El derecho de fundación como libertad, como competencia y como derecho a algo.....	244
2.5. Las restricciones al derecho de fundación.....	245
2.5.1. Los fines de interés general.....	247
2.5.2. La remisión al legislador	248
2.5.2. Las restricciones de los apartados segundo y cuarto del artículo 34 ...	250
3. El contenido esencial del derecho de fundación.....	252
3.1. La cláusula de contenido esencial como garantía del derecho	252
3.2. Restricciones al derecho y contenido esencial: una aproximación desde la teoría de Robert Alexy.....	253
3.3. Contenido esencial y límites: la doctrina del Tribunal Constitucional	257
3.3.1. El tipo abstracto del derecho de fundación.....	259
3.3.2. Las facultades o posibilidades de actuación necesarias.....	261
3.3.3. La evolución del ejercicio del derecho de fundación: repercusión sobre el contenido esencial.....	264
3.3.4. Los intereses protegidos por el derecho de fundación.....	265
3.3.5. La determinación por el legislador del contenido esencial.....	270
4. La garantía institucional del derecho de fundación.....	277
4.1. Garantía institucional y derechos.....	277
4.2. Garantía institucional y derecho de fundación	283
4.3. Garantía institucional y contenido esencial: identidad o disparidad en los ámbitos de protección del derecho de fundación.....	286
CAPÍTULO VIII. TITULARIDAD Y EJERCICIO DEL DERECHO DE FUNDACIÓN	291
1. Personas físicas.....	295
1.1. Supuesto general.....	295
1.1.1. Los menores	298
1.1.2. Incapacitados y pródigos.....	300
1.1.3. Otras cuestiones sobre la capacidad	301
1.2. Creación de fundaciones <i>mortis causa</i>	303
1.3. Recapitulación.....	304
2. Personas jurídicas de carácter privado	305
2.1. El ejercicio del derecho de fundación por las personas jurídicas privadas de índole asociativa (sociedades)	310
2.1.1. La compatibilidad entre el objeto social de las sociedades y la ausencia de ánimo de lucro de las fundaciones	312
2.1.2. Compatibilidad del fin social de la sociedad y de la finalidad perseguida por la fundación	315
2.1.3. Relaciones que se establecen entre el patrimonio de la sociedad y el de la fundación	318
2.1.4. Los órganos competentes.....	324
2.2. El ejercicio del derecho de fundación por las personas privadas de índole asociativa (asociaciones)	328
2.2.1. Los fines de la asociación y los de la fundación.....	330
2.2.2. El órgano competente para crear fundaciones.....	333
2.3. el ejercicio del derecho de fundación por las personas jurídicas privadas de <i>índole institucional</i>	336
2.3.1. Fines de la entidad fundadora y de la fundada	336

2.3.2. Las repercusiones patrimoniales	339
3. Las personas jurídico-públicas	350
3.1. Aspectos problemáticos de la creación de fundaciones por las personas jurídico-públicas.....	350
3.2. La previsión normativa necesaria para constituir una fundación.....	355
3.3. Órgano competente para la creación de una fundación por una persona jurídica pública	371
3.4. La relación entre los fines de la fundación y la administración pública.....	386
3.5. La aportación de bienes por las entidades públicas.....	392
CAPÍTULO IX. VERTIENTE SUBJETIVA DEL DERECHO DE FUNDACIÓN.....	403
1. Dimensión positiva del derecho de fundación.....	404
1.1. Libertad para crear una fundación	405
1.1.1. La importancia de la voluntad del fundador.....	406
1.1.2. ¿Se puede ejercer el derecho de fundación de manera colectiva?	409
1.1.3. El supuesto del artículo 9.4 de la Ley estatal de fundaciones	410
1.1.4. Otros supuestos <i>mortis causa</i>	411
1.1.5. Capacidad fundacional	412
1.1.6. Libertad para extinguir la fundación	415
1.2. Libertad para elegir los fines.....	416
1.2.1. Relación entre fines e interés general	416
1.2.2. Fines y medios	421
1.2.3. Garantías del interés general en los fines	424
1.3. Libertad para diseñar la organización.....	425
1.3.1. Autonomía y heteronomía	425
1.3.2. Denominación.....	427
1.3.2.1. Las particularidades de las legislaciones valenciana y canaria.....	431
1.3.3. Sede y ámbito territorial.....	432
1.3.4. Órganos: el patronato	436
1.3.4.1. Otros órganos	439
1.3.4.2. Miembros del patronato.....	441
1.3.5. Estatutos	442
1.4. Libertad para dotar la fundación	444
1.4.1. La presunción de dotación suficiente y adecuada	446
1.4.2. Efectividad de la dotación	450
1.5. Libertad para formar parte del gobierno fundacional	451
2. Dimensión negativa del derecho de fundación.....	454
2.1. Libertad para no crear una fundación	454
2.2. Libertad para desvincularse de una fundación	456
CAPÍTULO X. VERTIENTE OBJETIVA DEL DERECHO DE FUNDACIÓN	459
1. Derecho a la adquisición de personalidad jurídica	461
1.1. La fundación en proceso de formación como titular de facultades constitucionales.....	462
1.2. Trascendencia constitucional del sistema de adquisición de la personalidad	464
2. Derecho a la autoorganización.....	467
2.1. Autonomía normativa	469
2.2. Fusión y extinción de la fundación.....	472
2.3. Libertad en la gestión de la fundación.....	476
CAPÍTULO XI. LÍMITES CONSTITUCIONALES AL DERECHO DE FUNDACIÓN	483

1. Los límites intrínsecos o inmanentes.....	484
2. Los límites externos: la remisión al artículo 22	487
2.1. Las fundaciones ilegales.....	488
2.1.1. La compleja aplicación del artículo 22.2 ce a las fundaciones: ilicitud, ilegalidad y delitos	488
2.1.2. El carácter sobrevenido de la ilegalidad.....	495
2.1.3. Caracteres de la ilegalidad	496
2.1.4. La responsabilidad de las fundaciones	500
2.1.5. La intervención temporal: disparidad entre el código penal y la ley de fundaciones.....	505
2.1.6. La responsabilidad civil de los patronos	507
2.2. Las ilicitudes civiles	508
3. La intervención judicial como garantía del derecho de fundación	509
3.1. Suspensión o disolución.....	511
3.2. La jurisdicción competente.....	512
CAPÍTULO XII. LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO Y EL DERECHO DE FUNDACIÓN.....	515
1. Las clases de fundaciones públicas	515
2. Las fundaciones del sector público	526
2.1. Rasgos definitorios.....	526
2.2. El régimen jurídico de las fundaciones públicas	528
2.3. Las fundaciones de <i>otros</i> sectores públicos.....	535
2.4. El proceso de «reestructuración y racionalización» del sector público fundacional.....	539
CAPÍTULO XIII. BREVE REFERENCIA AL PROTECTORADO DE LA ADMINISTRACIÓN SOBRE LAS FUNDACIONES.....	543
1. Naturaleza.....	545
1.1. Justificación del protectorado.....	545
1.2. El ejercicio de la función del protectorado: el problema de las fundaciones públicas.....	549
1.3. La organización del protectorado	553
2. Funciones	555
2.1. Evolución.....	555
2.2. Funciones del protectorado.....	557
2.3. Las nuevas técnicas administrativas como vía de garantía de la libertad de las fundaciones.....	561
CAPÍTULO XIV. EL DERECHO DE FUNDACIÓN EN EL ESTADO AUTONÓMICO	569
1. El sistema competencial español	569
1.1. El Estado Autonomico	569
1.2. El sistema de distribución competencial.....	572
1.2.1. Noción de competencia: rasgos generales.....	572
1.2.2. La competencia sobre fundaciones	574
1.2.3. Incidencia del sistema constitucional de competencias en el régimen jurídico de las fundaciones.....	575
1.2.4. Rasgos del sistema de distribución competencial: el sistema de triple lista.....	577
1.2.5. La cláusula de cierre del artículo 149.3 CE: el espacio de la competencia sobre fundaciones	580

1.2.6. El principio de supletoriedad de la legislación del Estado en el régimen jurídico de las fundaciones.....	583
2. El orden competencial en relación con el derecho de fundación	584
2.1. La descentralización competencial.....	584
2.1.1. Aspectos generales: las dos competencias posibles	584
2.1.2. Norma de sujeción a la normativa autonómica: la territorialidad	587
2.1.3. La competencia <i>sobre fundaciones</i> en los estatutos de autonomía	589
2.1.4. El cuestionable título sobre las <i>fundaciones de competencia estatal</i>	592
2.2. Los títulos competenciales del estado en materia de fundaciones	597
2.2.1. Las condiciones básicas del ejercicio del derecho de fundación (art. 149.1.1ª CE).....	599
2.2.2. Las normas procesales (art. 149.1.6ª CE)	608
2.2.3. El perfil civil de la competencia: alcance de la regla del artículo 149.1.8ª CE.....	612
2.2.3.1. Cuestiones generales: la determinación del título competencial... 612	
2.2.3.2. Derecho civil y Derecho de fundaciones	616
2.2.3.3. La conexión entre el Derecho civil autonómico y las instituciones de Derecho civil foral o especial: implicaciones en el régimen autonómico de las fundaciones	619
2.2.4. Los cambios en los títulos competenciales en las leyes de fundaciones	625
2.2.4.1. Preceptos de aplicación general por la combinación de los artículos 149.1.8ª y 149.1.1ª de la Constitución	629
2.2.4.2. Preceptos de aplicación general al amparo de la regla 18ª del artículo 149.1º de la Constitución, por constituir derecho civil, sin perjuicio de la aplicabilidad preferente del derecho foral o especial, allí donde exista	632
2.3. La efectividad de los distintos títulos competenciales en conflicto	639
3. La descentralización de las competencias sobre fundaciones.....	642
3.1. La homogeneización del régimen competencial.....	642
3.2. El traspaso de funciones del Estado a las Comunidades Autónomas.....	644
4. Recapitulación: la pluralidad de títulos competenciales	648
CONCLUSIONES	651
I. El derecho de fundación es un derecho constitucional	651
II. Derecho subjetivo	651
III. La fundación es, sobre todo, una institución jurídica	652
IV. El protectorado	655
V. La disolución de las fundaciones	656
VI. Las fundaciones del sector público.....	657
VII. Las fundaciones en el Estado Autonómico.....	658
BIBLIOGRAFÍA	661
SIGLAS	683

AGRADECIMIENTOS

Cualquier tesis doctoral es siempre el resultado de un largo e intenso trabajo de estudio y reflexión con un marcado carácter personal. Pero, al mismo tiempo, es el fruto de un notable esfuerzo colectivo. En el caso de quien presenta esta tesis, más aún. Es por ello que, además de profundamente sinceros, los agradecimientos son también, y sobre todo, especialmente necesarios.

En primer lugar, he de reconocer que esta tesis hubiera sido absolutamente imposible sin Beatriz, mi esposa. Ella ha dedicado a estas páginas el mismo o más esfuerzo que yo. Sin su confianza –nunca dudó que llegaría el día en que esta tesis sería una realidad– y sin su apoyo, esta tesis no se hubiera escrito jamás. Ella me ha animado en los momentos malos –que los ha habido–, y ella ha ocupado las horas que yo hurtaba a la vida familiar para sentarme ante el ordenador. Por todo esto, ella debiera ser considerada, al menos, coautora de estas páginas.

En segundo lugar, he de reconocer el esfuerzo, involuntario y sobrevenido, que han hecho mis hijos, Fernando y Beatriz. Ellos han crecido oyendo hablar de la tesis sin saber muy bien de qué se hablaba más allá de ver cómo me obligaba a no poder estar con ellos en fines de semana, o en las vacaciones. Nunca me han preguntado si quería más a la tesis que a ellos, y aunque sólo fuera por eso también quiero dejarles constancia de mi gratitud.

De mis padres, aprendí la constancia, el valor del esfuerzo y del compromiso. Ellos me han animado y apoyado en este empeño siempre aunque ello significase prescindir de la compañía del hijo.

Además de mi gratitud a mi familia, es de justicia expresar mi agradecimiento a quienes forman parte imprescindible de la historia de esta tesis.

Fundamentalmente quiero agradecer el empeño y dedicación del director de este estudio: Vicente Garrido Mayol. Decir que ha sido mi director de tesis es decir muy poco. Su compromiso con este trabajo ha excedido con mucho las obligaciones

propias de un director de tesis: orientación, tutela, supervisión y corrección de la labor del doctorando. Su papel ha sido el del maestro que introduce y guía al discípulo en el mundo del Derecho. La tesis ha sido un estadio más –cualificado, si se quiere– en este *iter* que tiene como punto de llegada el adquirir la condición de jurista. Estudiar, analizar y conocer el Derecho de la mano del Dr. Garrido Mayol es un privilegio, es un gran maestro del que he aprendido a apreciar y a estudiar el Derecho.

Él me ha guiado en este trabajo como guían los buenos maestros, con libertad, con consejos y con esa flexibilidad que ha hecho más llevaderas las horas de trabajo de de un doctorando especialmente remiso a ceñirse a los plazos.

Durante los años en que ha durado la elaboración de este trabajo, se ha prodigado en sugerencias, ideas y recomendaciones, pero nunca ha habido imposiciones. Al contrario, han sido muchos y fructíferos los debates y conversaciones que hemos mantenido sobre cuestiones que después se han reflejado en la tesis.

Mis agradecimientos quedarían incompletos si no me refiriera, de manera muy especial, a quienes han vivido de alguna manera esta hazaña de hacer una tesis conmigo. Profesores, compañeros y amigos que, a lo largo de todo este tiempo, siempre han estado ahí para recordarme que el esfuerzo valía la pena o para avisarme de un libro recién aparecido o de una sentencia. Su aliento y su cariño también están en estas páginas.

A todos ellos, muchas gracias.

Valencia, mayo de 2015

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN: OBJETO, MÉTODO Y FUENTES

1. OBJETO

La Constitución de 1978 contiene un paradójico artículo 34 en el que se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la Ley.

La paradoja radica en que es un precepto absolutamente extravagante en el Derecho comparado: ninguna constitución de nuestro entorno alberga previsión idéntica o parecida. Pero también lo es desde una perspectiva histórica: nuestra tradición jurídica se ha caracterizado hasta 1978 por recelar de las fundaciones, cuando no de hostigarlas concienzudamente hasta abocarlas a auténticas simas, en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA¹.

Desde los procesos desamortizadores de finales del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX hasta el régimen constitucional de 1978, las fundaciones, entendidas como personificaciones jurídicas creadas a partir de la adscripción de un patrimonio a la consecución de una determinada finalidad, han estado sometidas a un régimen cambiante, formado en esencia por normas reglamentarias que se superponían unas a otras sin que las posteriores derogasen las precedentes al completo. Un espacio normativo en el que en razón de la materia, las fundaciones estaban sometidas a un régimen jurídico distinto, cuya principal motivación había que buscarla en la misma organización de la Administración. La amalgama de órdenes, decretos

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, fundaciones y sociedad civil», en *Revista de Administración Pública*, núm. 122, mayo-agosto 1990, pág. 250.

e instrucciones hacía absolutamente inoperativa la creación de un sector de fundaciones eficaz en nuestro país.

Y sin embargo, su existencia era necesaria para atender lo que en otro tiempo se conoció como *beneficencia* y que hoy llamaríamos *bienestar social*. En los contextos de crisis económica, cuando los recursos del Estado no son suficientes para sufragar los gastos de hospicios, escuelas u hospitales –en el pasado–, investigación, educación o dependencia –en nuestros días–, es necesaria la intervención de la iniciativa privada. En los países de nuestro entorno, singularmente en los de tradición anglosajona, el Tercer Sector ha alcanzado cotas de desarrollo que le convierten en proveedor de servicios de bienestar por delante incluso de la acción del Estado.

Por eso es relevante fijarnos en estas instituciones, las fundaciones, a través del prisma que nos da el artículo 34 de la Constitución.

Desde 1978 es mucho lo que se ha escrito y estudiado sobre las fundaciones y su régimen jurídico. Lo han hecho, principalmente, los mercantilistas y, en menor medida, algunos especialistas en Derecho Administrativo. Desde la óptica del Derecho Civil, la cuestión de las fundaciones se zanjó en los años 50 y 60 del siglo pasado, con destacadas aportaciones como las de Federico DE CASTRO. Sin embargo, apenas si hay trabajos que desde el Derecho Constitucional se aproximen al artículo 34 de nuestra Carta Magna, más allá de comentarios puntuales en alguna revista o en algún libro colectivo. El silencio al que los manuales de Derecho Constitucional condenan a este derecho es una evidencia más de lo que acabamos de decir.

Sin embargo, la perspectiva constitucionalista del derecho de fundación es imprescindible para aprehender no solo el régimen jurídico de las fundaciones, sino el potencial que este derecho tiene en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho que hace de la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social uno de sus objetivos (art. 9.2 CE).

La realidad es que las investigaciones publicadas sobre el régimen jurídico de las fundaciones han soslayado en buena medida la caracterización del derecho de fundación como un derecho subjetivo constitucional. Así desde el Derecho Adminis-

trativo se ha abordado la configuración del régimen jurídico de las fundaciones (especialmente a partir de la publicación de la Ley estatal 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General (hoy derogada por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones), de la acción tutelar del Protectorado, o en la participación del Sector Público en las fundaciones privadas, principalmente. Desde el Derecho Mercantil, el desarrollo de actividades empresariales o comerciales de las fundaciones, y la configuración de sus órganos rectores. Por su parte, quienes se han aproximado desde el Derecho Civil a las fundaciones en los últimos tiempos, si no han abordado un estudio amplio del régimen jurídico, se han orientado hacia la adquisición de la personalidad jurídica, el negocio fundacional y la dotación. Todo esto se verá en el trabajo que sigue, aunque es obvio que hay excepciones.

La investigación que vamos a desarrollar va a tener en cuenta todo lo publicado hasta la fecha sobre los distintos aspectos del régimen jurídico de las fundaciones en nuestro país. Pero nuestro principal objetivo es delimitar los contornos constitucionales del derecho de fundación.

Para ello, se parte de una breve reseña de la evolución del Derecho de fundaciones desde la Desamortización hasta hoy. La brevedad de este *excursus* tiene su causa en que es abundante la bibliografía sobre este proceso de decantación normativa, y a ella nos remitimos. Ello no obstante, hemos considerado oportuno detenernos con algo de detalle en la regulación de las fundaciones en la etapa de la II República. Por dos motivos, el primero porque en este momento hay un precedente de descentralización de las competencias sobre *beneficencia*; y por otra parte, porque pese a la marcada connotación ideológica que tiene el debate sobre las fundaciones, durante este período de nuestra Historia, apenas sufrió alteraciones el régimen jurídico objeto de estudio.

Tras el estudio de las etapas más antiguas, el Capítulo III se centra en el proceso de constitucionalización del derecho de fundación. Es un aspecto este también sobre el que hay abundante bibliografía, si bien es verdad, que poco original. En este sentido, al recurrir a las fuentes directas (*Diarios de Sesiones*) podremos aportar datos novedosos o matizar algunos de los reiteradamente publicados. Este Capítulo

concluirá con una breve referencia a las dos Leyes estatales de fundaciones promulgadas hasta la fecha, la 30/1994 y la 50/2002.

Una vez delimitado el contexto jurídico, político e histórico en el que se produce la constitucionalización del derecho de fundación, entendemos que es imprescindible intentar dar una definición de qué es una fundación. Las definiciones aportadas por la doctrina, la jurisprudencia e incluso el legislador son muy similares, pero no se nos puede escapar que existe una evolución evidente desde la noción de «patrimonio afecto a un fin» a la más actual de «organización independiente orientada a la consecución de un fin de interés general». Para ello es necesario realizar una profunda disección de los distintos elementos que configuran la fundación: patrimonio, fin, voluntad del fundador...

Para acabar con esta primera parte de la Tesis, intentaremos, en el Capítulo VI, abordar la problemática del ejercicio y titularidad del derecho de fundación en sus aspectos más destacados: menores, personas jurídicas privadas y personas jurídicas públicas. No en vano, cuando se analice el derecho de fundar desde la óptica subjetiva y objetiva será necesario partir de cuáles son las coordenadas del ejercicio del derecho en nuestro ordenamiento, no en vano, cuando se produce la constitucionalización, ya existe un régimen jurídico determinado marcado por el Código Civil y, en mayor medida, por otra normativa reglamentaria.

La segunda parte de la Tesis, la contenida entre los capítulos VII y XI, es la que propiamente investigará en los perfiles constitucionales del derecho de fundación. Lo primero que haremos será cuestionarnos la eventual *iusfundamentalidad* del derecho a crear fundaciones. Es una cuestión que no es pacífica, no tanto en el sentido material cuanto en el formal, habida cuenta de la ambivalencia del término *derecho fundamental* en nuestro Derecho Constitucional. En este sentido, aplicaremos la teoría de los Derechos Fundamentales de Robert ALEXY al derecho de fundación para intentar alcanzar su naturaleza jurídica profunda. No se trata de la *apriorística* consideración del derecho como un derecho fundamental, sino más bien de pasar el derecho garantizado en el artículo 34 de nuestra Carta Magna por el prisma de los derechos fundamentales y, de este modo, igual que los rayos de luz, separar sus rasgos característicos.

Llegados a este punto del análisis, procederemos a reconstruir el derecho a fundar ya desde la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional: es necesario acotar si estamos ante una garantía institucional o ante un derecho subjetivo. La existencia de una institución determinada, la fundación, aparece en este punto de la investigación como un hecho incontrovertible protegido por la garantía institucional, y a ella, se solapa un derecho subjetivo a fundar, dotado de un contenido esencial resistente al legislador *ex artículo 53 CE*.

La investigación, a partir de este momento se centrará en el derecho a fundar del que son titulares tanto las personas como las propias fundaciones. Es esta una faceta poco estudiada por nuestra doctrina, y menos aún abordada por la jurisprudencia. Esta escasez de recursos de análisis nos lleva a una labor ciertamente *innovadora*, y en la que nos servirá de guía el derecho de asociación, tanto por su similitud, como porque en el origen del proceso constituyente compartía artículo con el derecho de fundación. En este punto, podríamos haber recurrido al derecho de propiedad, como hace el propio Tribunal Constitucional de manera indirecta en sus Sentencias 49/1988, de 22 de marzo o 98/2013, de 23 de abril. Sin embargo, entendemos que la potencialidad del derecho de propiedad es menos rica, sobre todo, de cara a configurar un derecho a fundar con potencialidad respecto a la participación ciudadana en la consecución del interés general.

El último Capítulo de esta parte, el XI, lleva la investigación al ámbito de los límites del derecho a fundar. Con ello cerramos el círculo: titulares, facultades, bien jurídico protegido y límites, que define todo derecho subjetivo. Nuevamente, hemos de recurrir al paralelismo con el derecho de asociación ante la ausencia de sentencias o legislación. Y en este punto, podremos aportar interesantes diferencias entre el régimen que rige en las asociaciones y el que rige en las fundaciones.

El tercer bloque de esta tesis se dedica a analizar tres aspectos que consideramos importantes para dotar de sentido totalizador a la investigación. El primero de los Capítulos de esta parte, el XII, versa sobre las fundaciones públicas. Una cuestión esta de constante actualidad y que, en sí misma, puede ser el objeto de varias tesis. El motivo de traer esta materia a este trabajo hay que buscarlo, principalmente

en la negación del derecho a fundar aplicado a las Administraciones Públicas, consagrado en la STC 120/2011, de 6 de julio.

En el Capítulo XIII, por otra parte, reflexionamos sobre el papel del Protectorado en relación con el derecho de fundación. No se trata de estudiar las funciones, sino de pensar y, en su caso proponer, las maneras en las que se ejercen las funciones de protectorado y su proyección sobre el derecho de fundar, tal como se ha definido en los capítulos precedentes.

Por último, en el Capítulo XIV, y también sin ánimo de exhaustividad, hemos realizado una incursión en la articulación del derecho de fundación en el Estado autonómico. Si en el origen de la constitucionalización, según una parte de la doctrina, está la necesidad de acabar con la multiplicidad de regímenes jurídicos que normaban las fundaciones desde mediados del siglo XIX, hay que concluir que en la actualidad el proceso se ha revertido: vuelve a darse una enorme multiplicidad normativa, si bien que en este caso es de base territorial y no material. En este Capítulo se disecciona el reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en lo que afecta a fundaciones: condiciones básicas del ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1.1ª CE), Derecho Civil (art. 149.1.8ª CE), y Derecho procesal (art. 149.1.6ª CE); y los títulos competenciales recogidos en los Estatutos de autonomía. Y algo que llama poderosamente la atención, la aparición, por la vía de hecho, de nuevos títulos competenciales especialmente a favor del Estado.

2. MÉTODO

El método seguido en la investigación es el método jurídico, esto es, el análisis del objeto de las normas a partir de su literalidad, su contexto político, histórico y jurídico; y su desarrollo normativo.

En el caso de esta investigación, como se ha indicado, el objeto último es el derecho de fundación garantizado en el artículo 34 de la Carta Magna. Para llegar a su análisis profundo se ha interpretado la norma, entendida en sentido estricto –art.

34 CE- pero también en sentido amplio –resto de la Constitución y normativa de desarrollo del derecho de fundación, estatal y autonómica- a la luz de las técnicas interpretativas usuales en la Ciencia del Derecho y, en concreto, las indicadas en el artículo 3.1 del Código Civil.

Más allá de estas herramientas, adecuadas para aproximarnos al sentido y contenido de las normas, se ha considerado necesario aplicar algunas de las técnicas definidas por la doctrina y la jurisprudencia constitucional para definir los contornos y el contenido de los derechos subjetivos reconocidos por la Constitución.

No obstante, con carácter previo a la aproximación al derecho *stricto sensu* ha sido imprescindible partir de un estudio breve sobre la figura de las fundaciones desde una perspectiva histórico-jurídica. Es este un campo en el que existe una abundante bibliografía, especialmente relativa al siglo XIX. Sin embargo, junto con el recurso a autores especializados, singularmente a TOMÁS Y VALIENTE , también hemos accedido al estudio de las normas jurídicas vigentes en cada momento, lo que ha permitido conocer de primera mano esta información fundamental, y llegar a interesantes conclusiones.

En esta línea, el trabajo realizado sobre los debates constitucionales ha huido de la caracterización, en algunos casos errónea, que se ha publicado de manera reiterada por la doctrina. Y hemos optado por estudiar este aspecto a partir de la documentación derivada de la tramitación de la Constitución (Diarios de Sesiones y Boletines Oficiales de las Cortes Generales).

El grueso de la tesis, como se ha dicho, se centra en el análisis del derecho de fundación como derecho subjetivo, constitucionalmente reconocido. Esto es, la determinación de su contenido –esencial y accesorio-, de sus límites y de las facultades de que gozan sus titulares. Para poder desarrollar adecuadamente este aspecto del estudio y llegar a conclusiones válidas, se recurriremos a las técnicas que la doctrina y la jurisprudencia han establecido para definir los derechos, especialmente los derechos reconocidos en la Constitución.

En este punto, la principal referencia teórica y analítica es la *Teoría de los Derechos Fundamentales*, de Robert ALEXYY. A la luz de su trabajo se analiza la constitucionalización del derecho de fundación en nuestra Carta Magna, aplicando los criterios que definen a las distintas categorías de derechos y libertades y, especialmente, sus límites y contenidos. Es cierto que este autor se refiere a derechos fundamentales, pero por su estructura y ubicación, el derecho de fundación guarda una notable similitud con éstos en nuestro Derecho Constitucional. Es más, en este trabajo también se realiza una reflexión sobre los criterios que la doctrina ha utilizado para situar dentro o fuera de esta categoría a los derechos consagrados en el Título I de nuestra Ley Suprema.

Junto con esta referencia teórica, y al objeto de poder entrar de lleno en el estudio material del derecho de fundación, hemos acudido a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y a la doctrina. En relación con la jurisprudencia constitucional, dos son las perspectivas a las que se atiende. De una parte la estrictamente material, esto es, las sentencias donde el Supremo Intérprete se pronuncia sobre el derecho de fundación: STC 49/1988, de 22 de marzo; la 341/2005, de 21 de diciembre; la 120/2011, de 6 de julio; y la más reciente, la 98/2013, de 23 de abril. A ellas, se añaden varias en las que el Tribunal fija los criterios de aprehensión del contenido esencial de los derechos (art. 53.1 CE), la garantía institucional o los títulos competenciales.

En un estadio más avanzado del estudio, hemos comparado el derecho de fundación con otros derechos reconocidos en la Constitución. En primer lugar, es imprescindible su conexión con el derecho de asociación (art. 22), y ello por dos motivos, el primero porque en el proyecto de Constitución, y durante una parte de la tramitación parlamentaria, ambos derechos se reconocían de modo conjunto en el mismo artículo. En segundo lugar, porque siguen manteniendo aspectos comunes, tales como las fundaciones/asociaciones prohibidas. Junto con este derecho, también hemos considerado adecuado relacionar el derecho de fundación con el derecho de propiedad, como ha hecho el Tribunal Constitucional, e, incluso, con la libertad de empresa. Fruto de estas relaciones, se obtiene una adecuada comprensión de los contenidos, límites y perfiles del derecho de fundación.

En cuanto al estudio de las normas que reglamentan el ejercicio de este derecho, se toma como referente la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, por ser este el marco general. Ello no obstante, recurrimos también al estudio de las normas autonómicas, especialmente en cuanto se separan de la norma estatal. Y por supuesto, se analiza la proyección que tienen otros ámbitos del Derecho (Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas, Derecho Societario, Derecho civil...) en cuanto inciden en la determinación de aspectos esenciales del ejercicio del derecho de fundación.

Por último, y dado que se pretende analizar el desarrollo del derecho en el ámbito del Estado autonómico, lo razonable es realizar este estudio a partir de la teoría general de las competencias, desarrollada por la doctrina y, especialmente, por el Tribunal Constitucional. En este sentido, el énfasis deberá centrarse en aquellos títulos competenciales en relación con el derecho de crear fundaciones: condiciones básicas de los derechos (art. 149.1.1 CE); derecho civil (art. 149.1.8 CE); y derecho procesal (art. 149.1.6 CE).

3. FUENTES

Las fuentes a las que se ha recurrido son principalmente de carácter escrito, como es obvio tratándose de una investigación jurídica.

En la medida de lo posible hemos recurrido a fuentes primarias, en el caso de normas, así, el recurso a las nuevas tecnologías de la información ha hecho posible consultar directamente los distintos Boletines Oficiales, incluso aquellos del siglo XIX que se encuentran digitalizados por el BOE.

Para poder estudiar los procesos legislativos y, singularmente el proceso de elaboración del artículo 34 CE, también se ha tenido acceso a los distintos *Diarios de Sesiones*.

En el ámbito europeo, especialmente, respecto al Derecho Comparado, del mismo modo se ha recurrido a las web oficiales de los diferentes Gobiernos para conocer la legislación.

El recurso a la doctrina se ha circunscrito a las posiciones sostenidas por los autores, no así a referencias indirectas a normas o incluso otros autores. En la medida de lo posible, que ha sido muy alta gracias a las tecnologías de la información, se han consultado fuentes originales (artículos de revistas, principalmente), y de entre estas, cuando hay varias ediciones, las primeras. Ello no obstante, y por su interés para el objeto del trabajo, se han consultado varias obras colectivas del tipo *Comentarios* a los textos legislativos sobre fundaciones, incluidos aquellas sobre legislación derogada, ya que de esta manera hemos podido conocer con más detalle la evolución normativa.

En cuanto a la jurisprudencia, es de las fuentes, la menos utilizada. En relación con la jurisprudencia constitucional, los pronunciamientos sobre el artículo 34 son apenas 4: la STC 49/1988, de 22 de marzo; la 341/2005, de 21 de diciembre; la 120/2011, de 6 de julio; y la más reciente, la 98/2013, de 23 de abril. De ellas se da cumplida referencia en el trabajo. Tangencialmente también se traen a estas páginas otras muchas sentencias del Alto Tribunal para ilustrar aspectos como el contenido esencial, la garantía institucional o el reparto competencial.

Respecto a la jurisprudencia de los Tribunales ordinarios, es aún más escasa. No porque no haya pronunciamientos del Tribunal Supremo y de los tribunales inferiores, sino porque en su mayoría son sentencias cuya motivación queda fuera del alcance de la investigación (desarrollo de actividades mercantiles por fundaciones, pago de impuestos...). Ello no obstante, se puede observar que se ha hecho un registro extenso ya que son varias las citas de jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia e incluso Juzgados de Primera Instancia, en asuntos que permiten ilustrar la investigación.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. LAS FUNDACIONES EN LA HISTORIA

La doctrina sitúa el origen de las fundaciones en el ámbito del Derecho canónico, por tanto, con posterioridad a la caída del Imperio Romano². Se trataba de donaciones patrimoniales vinculadas a acciones de caridad tales como hospicios, hospitales o iglesias³ cuya gestión se encomendaba inicialmente a la supervisión del obispo.

BADENES GASSET deja abierto el debate sobre el origen de las fundaciones al identificar figuras con una cierta afinidad en las culturas prerromanas, tales como el antiguo Oriente o Grecia, donde se daban donaciones patrimoniales a favor de los templos, generalmente, en relación con el derecho de asilo⁴. De hecho, ALLI TURRILLAS, se remite al proceso de formación del conglomerado geológico –consecuencia de la solidificación por el paso del tiempo de diferentes tipos de materiales– para caracterizar la evolución de las fundaciones⁵.

Según este autor, no puede afirmarse que en la Roma clásica existieran fundaciones en sentido estricto, aunque sí muchos de los elementos (fideicomisos...) que con los años serían parte de la institución fundacional⁶. Sea como fuere, en nuestro acervo jurídico las fundaciones son la consecuencia de la consolidación de una práctica que se hizo común en el Bajo Imperio Romano, tras el Edicto de Milán (313).

² LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, I, Parte General del Derecho Civil*, J.M. Bosch: Barcelona, 1990, pág. 303.

³ RICO PÉREZ, F., *Las Fundaciones en la Constitución Española*. Toledo: Ilustre Colegio de Abogados de Toledo, 1982, pág. 67.

⁴ BADENES GASSET, R., *Las fundaciones de Derecho privado*. Barcelona: Librería Bosch, 1986, pág. 15.

⁵ ALLI TURRILLAS, J.C., *Fundaciones y Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2010, pág. 45.

⁶ ALLI TURRILLAS, J.C., *Fundaciones y Derecho ...*, *op. cit.*, pág. 49.

Entre los cristianos se generalizó la cesión de bienes en favor de la Iglesia vinculando tal cesión a la realización de obras benéficas en sufragio por su alma⁷. Se unió así a la institución fideicomisaria la causa pía canónica, auténtico germen de las fundaciones⁸. Son las que se conocieron como *piae causae* que aparecen en el Derecho justiniano tardío y, de ahí pasan al *Corpus Iuris Canonici*⁹.

Estas donaciones no tenían, sin embargo, una personalidad propia en origen, contrapuesta a la del fundador, como ocurre con las fundaciones en la actualidad. El titular de la causa pía era la personificación que tenía encomendada su gestión: diócesis, monasterio... o incluso a sus beneficiarios, como *persona colectiva*¹⁰.

La evolución de la figura en el ámbito del Derecho canónico medieval produjo una paulatina emancipación de estos patrimonios tanto respecto de quien los instituía con finalidad caritativa, como de quien tenía atribuida su gestión, sin que ello implicase la consideración de las fundaciones como sujetos privados, sino simplemente como entes jurídicos dotados de una cierta autonomía organizativa y normativa¹¹.

Con la pérdida de vigor del régimen feudal, aparecieron vinculaciones patrimoniales cuya finalidad no era la caridad, sino sencillamente, el mantenimiento de ciertos patrimonios y el interés particular¹². Su finalidad era eminentemente económica. Es el caso de los *mayorazgos* y de los fideicomisos, que con distinto origen situaron fuera del tráfico inmobiliario cantidades ingentes de propiedades. Entre estos bienes, conocidos como *manos muertas*, se encontraban bienes de titularidad eclesiástica, señorial e incluso comunales¹³. Pero que tenían la común característica de ser bienes *extra commercium*, a lo que, con frecuencia había que añadir que también estaban exentos de tributación.

⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos ...*, *ibid.*

⁸ ALLI TURRILLAS, J.C., *Fundaciones y Derecho ...*, *op. cit.*, pág. 51.

⁹ RUBIO RODRÍGUEZ, J.J., «Concepto de causa pía en los juristas clásicos españoles (estudio histórico-jurídico)». En: *Ius Canonicum*, XXV, núm. I, 1985, pág. 149.

¹⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos ...*, *ibid.*

¹¹ BADENES GASSET, R., *Las fundaciones de ...*, *op. cit.*, pág. 29.

¹² LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos ...*, *ibid.*

¹³ BADENES GASSET, R., *Las fundaciones de ...*, *op. cit.*, pág. 34.

Cierto es que algunos de estos bienes tenían por finalidad servir de soporte físico o económico –mediante la generación de rentas– a obras de caridad (hospicios, hospitales, escuelas...), pero no lo es menos que en su mayoría, como pusieron de relieve los tratadistas de la Ilustración, lejos de contribuir al interés general, eran un lastre para el desarrollo económico y social del país.

Esta crítica a las vinculaciones patrimoniales es el punto de arranque de una serie de medidas desamortizadoras que inciden directamente en el desarrollo del régimen jurídico de las fundaciones en nuestro país.

2. EL FENÓMENO DESAMORTIZADOR

Es un lugar común entre quienes han abordado el análisis del régimen jurídico de las fundaciones en España arrancar dicho estudio en el siglo XVIII, ¿por qué?

Por dos razones evidentes que intentaremos justificar a continuación.

La primera de ella es porque el Derecho de fundaciones en nuestro país responde a una evolución brusca, con cambios abruptos combinados con períodos de inacción legislativa. La primera quiebra la encontramos en los procesos de desamortización de 1798, donde se altera de manera radical la normativa vigente que se había ido consolidando a partir de textos como la Novísima Recopilación (ley 1, tít. III, libro X o la ley 42 de Toro)¹⁴

La segunda razón tiene mucho que ver con la anterior. Las fundaciones tienen su base misma en la existencia de una vinculación patrimonial. Los recelos del liberalismo respecto a las limitaciones al comercio –y la vinculación patrimonial es una de sus principales manifestaciones– aparecen recurrentemente en el debate político y social español desde el siglo XVIII. Los cambios legislativos aludidos responden a la tensión que se establece en los últimos tres siglos en nuestro país entre los recelos

¹⁴BADENES GASSET, R., *Las fundaciones de ...*, op. cit., págs. 30 y 34.

liberales y las necesidades del Estado de involucrar a la iniciativa privada en la provisión de ciertos servicios¹⁵.

Las dos razones expuestas explican, en gran medida, las características del Derecho de las fundaciones en España. Y su manifestación más evidente se produce en el tránsito del Antiguo Régimen al Régimen Liberal, a caballo entre los siglos XVIII y XIX.

Por eso, es esencial entrar en el análisis del régimen jurídico fundacional español a través de los últimos años del reinado de Carlos IV. Es lo que GARCÍA DE ENTERRÍA llama *la primera gran sima histórica donde desaparece todo el importantísimo mundo de las fundaciones del Antiguo Régimen*¹⁶.

La desamortización es un largo e intermitente «proceso a través del cual gran cantidad de fincas rústicas y urbanas pertenecientes hasta finales del siglo XVIII a manos muertas paraeclesiásticas, eclesiásticas o municipales fueron convertidas en “Bienes Nacionales” y vendidas después en pública subasta al mejor postor»¹⁷. La medida, largamente demandada por los liberales, tenía dos grandes objetivos: el saneamiento de las arcas del Estado (la subasta se podía pagar en dinero líquido o en títulos de Deuda Pública) y crear una nueva clase terrateniente afecta a la causa liberal. De la precariedad de la Hacienda Pública y de las constantes necesidades de financiación dan cuenta las distintas fases en las que se produjo la desamortización¹⁸.

La desvinculación, por su parte, fue un proceso en el que la propiedad vinculada, es decir, aquella que estaba excluida del comercio, se convertía en propiedad privada libre de cargas. De esta manera se pasaba de un sistema de propiedad feudal a uno de carácter capitalista en el que se pusieron en circulación una notable cantidad de bienes en parte escasamente productivos por su mala administración y se

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, fundaciones y sociedad civil», en *Revista de Administración Pública*, núm. 122, mayo-agosto 1990, pág. 250.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 239. El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA sitúa esta *gran sima* en la Ley de 11 de octubre de 1820, se supresión de las vinculaciones, derogada tras la invasión de los Cien Mil Hijos de San Luis y restablecida en 1836. en Sin embargo, gran parte de la doctrina sitúa la desamortización que afectó a las instituciones de beneficencia no en esta Ley de 1820 sino en los Reales Decretos de 19 de septiembre de 1798.

¹⁷ TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho Español*. Madrid: Tecnos, 2003, pág. 411.

¹⁸ HERR, R., «Hacia el derrumbe del Antiguo Régimen: crisis fiscal y desamortización bajo Carlos IV», en *Moneda y Crédito*, núm. 118 (1971), págs. 37-100.

abría la posibilidad a introducir mejoras técnicas en las explotaciones agrarias, principalmente¹⁹.

Las medidas desvinculadoras se orientaron a las propiedades en manos de la nobleza, los llamados *mayorazgos*, en virtud de los cuales los patrimonios familiares permanecían perpetuamente unidos a la familia titular. Por su parte, la desamortización significó la traslación de la titularidad de los bienes en favor de la Hacienda Pública.

Una primera fase tuvo lugar entre 1798 y 1808. Afectó a la Compañía de Jesús, a los seis Colegios Mayores universitarios y a diversas entidades benéficas, a las que TOMÁS Y VALIENTE llama *paraeclesiásticas*²⁰. En 1836 y 1837, sendas Leyes auspiciadas por el entonces Ministro de Hacienda Juan Álvarez Mendizábal, desamortizaron los bienes del clero regular y del secular, respectivamente. Finalmente, la Ley de 1 de mayo de 1855, promovida por el Ministro Pascual Madoz, desamortizó los bienes de titularidad municipal que no fueran de aprovechamiento común.

Como se ha dicho, son los Reales Decretos del 19 de septiembre de 1798, en concreto cuatro Reales Decretos, los que disponen la desposesión de sus bienes a las entidades benéficas del país. HERR atribuye esta normativa al entonces Ministro de Hacienda de Carlos IV, Miguel Cayetano Soler con una finalidad netamente recaudatoria ante la bancarrota provocada por los reiterados enfrentamientos militares de finales de siglo²¹.

Como describe HERR con bastante claridad, la desamortización que afectaba a los bienes destinados a la beneficencia (orfanatos, colegios...) se instrumentó en varias fases: primero se nacionalizaban los bienes, a continuación, se subastaban, y el resultado de la subasta, una vez deducidos los gastos del proceso, se depositaba en una Caja de Amortización –es decir, se convertía en deuda pública a favor de la entidad benéfica–, que devengaba el 3% de interés²².

¹⁹ BRINES I BLASCO, J., «Reforma agraria y desamortización en la España del XIX», en *Estudis. Revista de Historia Moderna*, núm. 7, 1978, pág. 128.

²⁰ TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 412.

²¹ HERR, R., «Hacia el derrumbe ...», *op. cit.*, págs. 44.

²² HERR, R., «Hacia el derrumbe ...», *op. cit.*, págs. 37-39

Tras los decretos de desamortización de Godoy, se siguieron otros procesos tendentes a acabar con vinculaciones de bienes y, de paso, obtener recursos para el Estado. Es una constante en el tránsito del siglo XVIII al siglo XIX. Señala BRINES la existencia de desamortizaciones en 1809 (José Bonaparte), decretadas por las Cortes de Cádiz sobre los señoríos jurisdiccionales –aunque con escaso efecto– por del decreto de 6 de agosto de 1811 y por el decreto 13 de septiembre de 1813, por el que se disponía la venta de los bienes nacionales para amortizar la deuda pública. Sin embargo, también durante el reinado de Fernando VII hubo disposiciones desvinculadoras (leyes de 1815 y 1818), y es que la desastrosa situación de la Hacienda Pública era una constante en los distintos regímenes que transitaron por el cambio de siglo en nuestro país²³.

En la mayoría de casos, estas disposiciones que se acaban de ver tuvieron un efecto más o menos limitado. En unos casos, porque ese era su objetivo. En otros, porque las circunstancias en las que se dictaron complicaron su aplicación. Por ello, es común tomar como punto de partida del estudio de la desamortización la Ley de 12 de octubre de 1820²⁴, de Supresión de Vinculaciones²⁵.

Esta Ley establecía en su artículo 1º:

«Quedan suprimidos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualesquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros o de cualquier otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora a la clase de absolutamente libres».

Y en su artículo 14 establecía:

«Nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por vía de mejora ni por otro título ni pretexto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía ni vinculación alguna

²³ BRINES I BLASCO, J., «Reforma agraria y desamortización ...», *op. cit.*, págs. 130-131

²⁴ Aunque la práctica totalidad de la doctrina cita esta norma como Ley de 11 de octubre de 1820, en alusión a la fecha de su sanción real (*vid.* entre otros, DE LORENZO GARCÍA, R., *El nuevo derecho de fundaciones*. Madrid: Marcial Pons, 1993, pág. 57 y TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio previo», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos fiscales*. Madrid: Marcial Pons-Escuela Libre Editorial, 1995, pág. XV), la realidad es que la sanción, según consta en el *Suplemento a la Gaceta del Gobierno* correspondiente al 20 de octubre de 1820, se produjo el día 12 de octubre. Por su parte, también puede ser citada con la fecha de su aprobación en Cortes, el 27 de septiembre de 1820.

²⁵ Esta es, en buena medida, la opción seguida por una nutrida parte de la doctrina que se ha acercado al fenómeno de las fundaciones. Entre otros, MERINO MERCHÁN, J.F. y PALMA FERNÁNDEZ, J.L., «Artículo 34. Derecho de Fundación», en: ALZAGA VILLAAMIL, Ó., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo III. Madrid: Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, 1996.

sobre ninguna clase de bienes o derechos, ni prohibir directa ni indirectamente su enajenación. Tampoco podrá nadie vincular acciones sobre Bancos u otros fondos extranjeros».

Esta Ley era la culminación de toda una serie de iniciativas que se remontan varias décadas atrás²⁶. Así, los ilustrados, con Gaspar Melchor DE JOVELLANOS y Pablo DE OLAVIDE a la cabeza, ya apuntaron a la necesidad de una desamortización que pusiera en circulación los bienes en *manos muertas*, tanto municipales como eclesiásticas, y al tiempo, se limitase la capacidad de vinculación.

Sea como fuere, tras este tipo de decisiones confluían una serie de planteamientos propios del pensamiento ilustrado y que, posteriormente serían asumidos por los políticos liberales. El informe sobre la Ley de Reforma Agraria, elaborado por JOVELLANOS, recoge buena parte de esta filosofía y constituye el basamento de las medidas desamortizadoras y desvinculadoras posteriores. TOMÁS Y VALIENTE ha identificado la categoría del individualismo posesivo como uno de los principales sustratos ideológicos del proceso desamortizador²⁷. Este individualismo posesivo se caracteriza por considerar que el individuo es humano en la medida en que es propietario de su persona, y será tanto más humano cuanto que complete su condición de propietario extendiéndola a su patrimonio; la libertad es una función de la propiedad y tanto una como otra sólo pueden tener un sujeto posible, el individuo. La plasmación real de esta ideología en la articulación histórica de la propiedad en nuestro país deviene, pues, incompatible con la existencia de bienes amortizados que se sitúan *extra commercium* y, además, en gran medida son terrenos incultos, baldíos. La tesis del malogrado jurista valenciano se puede observar con claridad en el dictamen de la Comisión parlamentaria que elaboró la Ley de 1820 y que concluyó que el principio de vinculación, teniendo su elemento esencial en la prohibición de disponer, viola el sagrado derecho de propiedad y su nota fundamental e inderogable representada por la *absoluta libertad* que lo ha de presidir²⁸.

La desamortización y la desvinculación son dos procesos distintos pero, hasta cierto punto complementarios. El proceso desvinculador es aquel en el que

²⁶ Una visión muy completa de estas iniciativas puede verse en TOMÁS Y VALIENTE, F., *El marco político de la desamortización en España*. Barcelona: Ariel, 1989.

²⁷ TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio previo», *op. cit.*, pág. XIV.

²⁸ DE LORENZO GARCÍA, R., *El nuevo derecho de fundaciones*. Madrid: Marcial Pons, 1993, pág. 55.

bienes que se encuentran sometidos a una vinculación, esto es, no pueden ser objeto del comercio, adquieren la condición de bienes libres y, en consecuencia, vuelven al mercado. En el caso español, este proceso tuvo lugar *ope legis* en varios momentos de los siglos XVIII y XIX, y sobre diferentes tipos de bienes. El resultado de este proceso no fue necesariamente la desposesión de los inmuebles, sino que, en líneas generales, quedaron en manos de sus propietarios si bien revalorizados pues pasaron a ser bienes libres²⁹.

En el caso de las fundaciones, este proceso implicó que los titulares de los bienes vinculados a actividades benéficas pudiesen disponer de ellos libremente y, por tanto, desposeer a los beneficiarios de dichos bienes –sobre todo rentas–.

En consecuencia, estamos ante una norma que tiene claro efecto sobre el derecho hereditario.

Por su parte, el proceso desamortizador corre parejo al proceso desvinculador y, en cierta manera, es una consecuencia de aquel. Tiene como objeto reintegrar los bienes amortizados –en *manos muertas*– al tráfico económico; los bienes inmuebles pertenecientes a *manos muertas* fueron convertidos en «bienes nacionales» y vendidos en subasta al mejor postor. Este podía abonar el precio de la subasta en metálico o en títulos de deuda pública.

La consecuencia de estos dos procesos es clara: se vacían patrimonialmente las fundaciones ya que sus bienes revierten en los fundadores, o sus herederos, o en el Estado.

Estos dos procesos, desvinculación y desamortización, se plantean como la solución a varios problemas: la existencia de tierras incultas, el aumento de la población y la consiguiente necesidad de incrementar la producción de alimentos, la mejora de las técnicas agrarias y la construcción de nuevas infraestructuras. Posteriormente, se añadirá otro elemento que es el que decante finalmente la adopción de las drásticas medidas desamortizadoras del Trienio Liberal: la asfixiante deuda de la Hacienda Pública, provocada por las empresas bélicas de finales del siglo XVIII

²⁹ TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 411.

y principios del XIX³⁰. Y a este nuevo expediente justificador de la desamortización se unirán otros, entre los que destaca uno claramente político: conseguir adhesiones al régimen liberal y, sobre todo, a la causa de Isabel II entre una nueva clase social, principalmente la alta burguesía, que ve consolidada su posición a través de la adquisición de bienes desamortizados.

Los efectos que la desamortización tuvo en las arcas públicas no fueron los deseados, y tampoco fueron los más convenientes desde el punto de vista social, pues ni se solventaron el problema crónico de la Deuda Pública, ni aumentó considerablemente la base de propietarios³¹. Pero a los fines de este estudio, conviene analizar las consecuencias que el proceso desamortizador y desvinculador tuvo en las fundaciones, o mejor dicho, en las figuras jurídicas que con el tiempo evolucionaron hasta nuestras actuales fundaciones. Aunque en lo sucesivo haremos uso del término *fundación* para referirnos a todo el conglomerado de manifestaciones caracterizadas por ser una vinculación de elementos patrimoniales a fines benéficos durante el período anterior al vigente Código Civil, lo cierto es que la identidad de conceptos no es real. Como ha señalado GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ y se puede aprehender fácilmente de la lectura que seguidamente haremos de la legislación del momento, en buena parte del siglo XIX el término *fundaciones* «comprendía el conjunto de manifestaciones de la caridad y la beneficencia»³².

Volviendo a la cuestión, los dos procesos referidos, el de desamortización y el de desvinculación, tienen puntos de conexión, pero hay que tener en cuenta que se trata de dos procesos distintos y, como tales, con repercusiones distintas, a los efectos de este estudio, en el mundo de las fundaciones. Estos dos procesos, que tienen lugar entre 1813 y 1855, conjuntamente, acaban por situar extramuros del ordenamiento jurídico a las fundaciones, primero; y después, las despojan –en terminología del momento– de sus recursos materiales con lo que las abocan a la extinción. Los procesos que especialmente a partir de la Ley de 1855 se implementarán

³⁰ TOMÁS Y VALIENTE, F., *El marco ...*, op. cit., págs. 38 y ss.

³¹ TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual ...*, op. cit., págs. 412-414.

³² GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la Constitución Española», en *Revista de Administración Pública*, núm. 155, mayo-agosto 2001, págs. 110 y ss. También puede verse una explicación sobre el concepto de *beneficencia* en el Dictamen del Consejo de Estado de 18 de mayo de 1972 (Exp. núm. 38.059).

de cara a convertir el patrimonio inmobiliario en mobiliario permitirán un cierto resurgir de este tipo de establecimientos.

Rafael DE LORENZO ha expuesto con una gran prolijidad los efectos que el proceso de la primera mitad del siglo XIX tuvo sobre las fundaciones³³. Considera que inicialmente se interpretó que la Ley de 1820 incluía a todas las fundaciones, sin embargo, añade que fue la jurisprudencia la que excepcionó de su aplicación a las fundaciones con interés no familiar³⁴, excepción que se incorporó definitivamente a la legislación a través de la Ley de 20 de junio de 1849. Afirma que *«la Ley desvinculadora de 11 de octubre de 1820 representa para las Fundaciones puramente benéficas, el mantenimiento del “status” hasta ese momento vigente para ellas, en el sentido de no verse afectadas por la mencionada Ley, en cuanto a los bienes que poseían vinculados y con prohibición de enajenar por voluntad del Fundador, al quedar tales bienes como excepción a los principios desvinculadores (libertad de tráfico) que se establecían, y las Fundaciones, como verdaderas manos muertas, declaradas subsistentes como tales por vía de excepción, y en razón de los fines de atención a menesterosos cubiertos por estas Entidades»*³⁵. Y matiza que *«lo dicho no obsta para que en la práctica (incluso los Tribunales) se entendiera en muchos casos la Ley desvinculadora como sancionadora de la desaparición de las Fundaciones como bienes vinculados, y atribuyendo la facultad de enajenación a tales bienes en calidad de libres y pertenecientes al fundador o sus herederos, al quedar supuestamente eliminada o suprimida la atención al fin benéfico»*.

En definitiva, lo que apunta DE LORENZO es que por vía jurisprudencial, sancionada después por la Ley de 1849, se limitó la aplicabilidad de las disposiciones desvinculadoras exclusivamente a las *«vinculaciones establecidas en favor y utilidad de los parientes de los fundadores»*, ya que se consideró que la Ley de 1820 no podía aplicarse a las fundaciones que no tuvieran carácter familiar y que se destinasen a la realización de actividades benéficas.

³³ DE LORENZO GARCÍA, R., *El nuevo derecho ...*, op. cit., págs. 57 y ss.

³⁴ En este sentido, puede consultarse el Dictamen del Consejo de Estado de 1 de marzo de 1865, donde se expone de manera muy clara el razonamiento jurídico que llevó a la jurisprudencia a permitir la existencia de establecimientos de carácter benéfico no familiares.

³⁵ El texto marcado es del autor.

3. LA LENTA SUPERACIÓN DEL MARCO DESVINCULADOR

Ya se ha apuntado a la Ley desvinculadora de 12 de octubre de 1820 como punto de nacimiento del derecho contemporáneo de fundaciones de nuestro país. Aunque esta afirmación sea chocante por tratarse de un cuerpo legal manifiestamente contrario a las fundaciones, lo cierto es que su filosofía y efectos se proyectan sobre la regulación de las fundaciones en los 150 años siguientes a su entrada en vigor.

El artículo primero supuso la supresión de las vinculaciones y con ellas de la base patrimonial que permitía la subsistencia de las fundaciones ya que, en su virtud, los bienes pasaban a la categoría de libres y, en consecuencia, disponibles para su reincorporación al mercado³⁶. El artículo decimocuarto, por su parte, proscribía *a futuro* la creación de nuevas vinculaciones. Pero siendo importantes estos artículos, también lo son algunos de los siguientes que imponen restricciones a las corporaciones en relación a los bienes patrimoniales.

Y así, en su artículo 15 se disponía:

«Las iglesias, monasterios, conventos y cualesquiera comunidades eclesiásticas, así seculares como regulares, los hospitales, hospicios, casas de misericordia y de enseñanza, las cofradías, hermandades, encomiendas y cualesquiera otros establecimientos permanentes, sean eclesiásticos o laicales, conocidos con el nombre de manos muertas no puedan desde ahora en adelante adquirir algunos bienes raíces o inmuebles en provincia alguna de la Monarquía, ni por testamento, ni por donación, compra, permuta, decomiso en los censos enfitéuticos, adjudicación en prenda pretoria, o en pago de réditos vencidos, ni por otro título alguno, sea lucrativo u oneroso».

³⁶ Según el Dictamen del Consejo de Estado de 1 de marzo de 1865, la intención del legislador de 1820, en el artículo 1 de la ley «no fue suprimir desde luego ni aún después la institución de los patronatos y fideicomisos, ni privar de su dotación a los existentes, sino romper el vínculo que perpetuamente ligaba sus bienes y acabar con al amortización que les excluía del comercio [...] Pero de que deban subsistir tales fundaciones [patronatos y fideicomisos] no se sigue que sus bienes hayan de seguir perpetuamente amortizados».

Y su artículo 16 prescribía que:

«Tampoco puedan en adelante las manos muertas imponer ni adquirir por título alguno capitales de censo de cualquiera clase impuestos sobre bienes raíces, ni impongan ni adquieran tributos ni otra especie de gravamen sobre los mismos bienes, ya consista en la prestación de alguna cantidad de dinero o de cierta parte de frutos o de algún servicio o favor de la mano muerta, y ya en otras responsabilidades anuales».

Los artículos transcritos comportaron la disolución de todas las vinculaciones existentes (artículo 1) y la prohibición de crear nuevas entidades basadas en la vinculación de bienes (artículo 14), y al tiempo imponían duras restricciones en cuanto a la gestión patrimonial a aquellas entidades que por estar vinculadas a determinados servicios (arts. 15 y 16) no eran disueltas *ope legis*. Aunque señala DE LORENZO que en la práctica se entendió *«en muchos casos la Ley desvinculadora como sancionadora de la desaparición de las Fundaciones como bienes vinculados, y atribuyendo la facultad de enajenación de tales bienes en calidad de libres y pertenecientes al fundador o sus herederos, al quedar supuestamente eliminada o suprimida la atención al fin benéfico»*³⁷.

Esta norma fue, a consecuencia de los avatares políticos del momento, derogada tras la invasión de los Cien Mil Hijos de San Luis en 1823 y la consiguiente restauración del régimen absolutista de Fernando VII, que dejó sin vigencia toda la legislación adoptada durante el Trienio Liberal³⁸. Sin embargo, la vigencia de la Ley se restituyó en 1836, durante la Regencia de María Cristina y en el marco del proceso desamortizador impulsado por Mendizábal entre 1836 y 1837 que afectó, principalmente, a los bienes eclesiásticos. Es en este momento cuando la norma despliega la totalidad de sus efectos y, sobre todo, se convierte en un punto de inflexión a partir del cual se irá construyendo de manera progresiva y no sin dificultades un nuevo régimen jurídico en el que se consolidarán las fundaciones tal y como hoy las conocemos.

³⁷ DE LORENZO GARCÍA, R., *El nuevo derecho ...*, op. cit., pág. 58. El subrayado es del autor.

³⁸ La Real Cédula de 11 de marzo de 1824 (*Gaceta* de 23 de marzo) impuso la restitución de las vinculaciones a la situación previa al 7 de Marzo de 1820, dejando sin efecto, en consecuencia, la Ley de 12 de octubre de 1820.

La irrupción en el ordenamiento jurídico de esta Ley ha recibido severos calificativos por la doctrina. Así, GARCÍA DE ENTERRÍA la califica como «*la primera gran sima histórica donde desaparece todo el importantísimo mundo de las fundaciones del Antiguo Régimen*»³⁹; TOMÁS Y VALIENTE llega a afirmar que «*las fundaciones fueron casi barridas del mapa del Derecho vigente*»⁴⁰; y DE LORENZO GARCÍA considera que la primera interpretación de esta norma «*representaba la condena a muerte de todas las fundaciones y produjo el resultado de privar a la Beneficencia de no pocas de ellas*»⁴¹. Los efectos nocivos no los desencadenó la supresión de las instituciones benéficas de base fundacional, como se apunta desde algunas de estas fuentes, sino más bien las rígidas limitaciones en cuanto a la adquisición de recursos para su gestión (arts. 15 y 16).

Se trata, como hemos dicho, de una regulación cuyos principios inspiradores impregnarán todo el ordenamiento jurídico relativo a las fundaciones hasta la promulgación de la Constitución⁴². No en vano, son muchas las voces autorizadas que ven en el artículo 34 de la Carta Magna una respuesta a la Ley de 1820⁴³.

Sin embargo, la aplicación no fue tan estricta como se deduce de las afirmaciones doctrinales, no porque fuese esa la voluntad del legislador o aún del Gobierno, sino más bien por la ineficacia administrativa de la época⁴⁴. Otro factor incidió de manera decisiva en la suavización del rigor desamortizador: la supresión de las *manos muertas* de los municipios operada, principalmente por las leyes desamortizadoras auspiciadas por Madoz en 1855, dejó en muy mala situación financiera a los municipios⁴⁵ que fueron quienes, en virtud de la Ley de Beneficencia de 1822, habían asumido la responsabilidad de atender estas nuevas necesidades al reconvertir las obras benéficas privadas en públicas.

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución...», *op. cit.*, pág. 239.

⁴⁰ TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio previo», *op. cit.*, pág. XXII.

⁴¹ DE LORENZO GARCÍA, R., *El nuevo ... op. cit.*, pág. 59.

⁴² La vigencia de estos principios fue invocada por varios miembros de las Cortes durante la tramitación del Proyecto de Constitución de 1978.

⁴³ Entre otros, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación: un estudio jurídico*. Madrid: Escuela Libre Editorial, 1997, pág. 15.

⁴⁴ Pruebas sobradas de la falta de transparencia y de los escasos frutos conseguidos, en relación con la voluntad expresada por los impulsores del proceso de desamortización pueden encontrarse en la obra de FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *El marco político...*, *op. cit.*

⁴⁵ Los gobernantes eran conscientes de que el proceso desvinculador, unido al proceso de reforma del clero regular –materializado entre otras normas por el Decreto de 1 de octubre de 1820– podía

La Ley de Beneficencia de 23 de enero de 1822 aspira a cerrar por el lado de la beneficencia pública los huecos dejados por la ley desvinculadora de 1820 en el ámbito de las fundaciones benéficas⁴⁶, que hoy consideraríamos asistenciales y es el correlato del artículo 321 de la Constitución de 1812. Esta Ley, regula detalladamente la caridad que se organiza a través establecimientos y servicios benéficos (maternidades, casas de socorro –hospicios y casas de atención a indigentes y transeúntes–, hospitales públicos y atención domiciliaria –médica y asistencial–)⁴⁷. La financiación de estos servicios y establecimientos se articula en el artículo 25 de la Ley, que prevé que:

«Los fondos de Beneficencia procedentes de Fundaciones, memorias y obras pías de patronato público, sea Real o eclesiástico, cualquiera que fuere su origen primitivo, quedan reducidos a una sola y única clase, destinados al socorro de las necesidades a que se provee por esta ley».

Asimismo, el artículo 26 los unifica:

«Reducidos a un sistema común los fondos de Beneficencia, se dividirán en dos clases, a saber, en generales y municipales».

Siendo los generales los que provienen de las rentas, consignaciones o arbitrios que las Cortes destinen a la beneficencia y los municipales los que procedan de

dejar un vacío, que hoy denominaríamos *asistencial* de gran importancia, ya que cuestiones como la asistencia sanitaria, educativa o la asistencia a transeúntes estaban en manos de instituciones clericales. DE LORENZO GARCÍA concluye que *«se detectan como frutos del proceso desamortizador, dos consecuencias importantes: de una parte, los pobres ven transformarse en dominio privado un fondo de reserva, de naturaleza eclesiástica, que en la práctica miraban como suyo, con debilitamiento o desaparición de la asistencia benéfica que recibían; y de otra parte, el Estado se ve avocado (sic) a considerar como atención pública importante, la cobertura de las necesidades del colectivo ahora desamparado, llenando el vacío resultante del proceso desamortizador mediante la asunción como propia de la función benéfica»* (DE LORENZO GARCÍA, R., *El nuevo...*, op. cit., pág. 66). Asimismo, TOMÁS Y VALIENTE afirma que *«los hombres del Estado liberal naciente no eran necios ni malvados»* (TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio previo», op. cit., pág. XVI), para concluir que la opción del Estado liberal se contenía en el artículo 321 de la Constitución de 1812, que establecía que *«Estará a cargo de los ayuntamientos:... 5.º Cuidar de todas las escuelas de primeras letras y de los demás establecimientos que se paguen de los fondos del común; 6.º Cuidar de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia».*

⁴⁶ TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio previo», op. cit., pág. XVII.

⁴⁷ El artículo 134 de la Ley restringe la beneficencia a estos establecimientos exclusivamente: *«Todos los establecimientos destinados a objeto público de Beneficencia, no mencionados en esta ley, deberán suprimirse, adjudicándose sus fondos a los que queden existentes en la misma Provincia según su respectiva analogía; pero no se comprenderán en esta providencia los colegios de instrucción para ciegos y sordomudos, y cualesquiera otras Casas cuyo objeto sea la educación de ambos sexos, los cuales establecimientos no están comprendidos en esta ley».*

las rentas, censos, derechos y demás arbitrios que posean los establecimientos municipales, así como las limosnas que puedan obtener⁴⁸.

La cláusula de cierre del proceso de publicación de la beneficencia, donde según TOMÁS Y VALIENTE se alcanza el punto máximo de desconfianza en la legislación liberal española a propósito de las fundaciones asistenciales, se encuentra en el Título VIII de la citada Ley de 1822. Los artículos 127 y siguientes establecen un mecanismo de absorción de los establecimientos privados de beneficencia por parte de los poderes públicos. Este mecanismo consistía en una suerte de subrogación de la Junta Municipal de Beneficencia en el lugar de los fundadores del establecimiento, de manera que éstos percibían una indemnización por los derechos que tenían adquiridos respecto de los establecimientos (art. 128) y, en el caso de que la fundación tuviera por finalidad el socorro de colectividades determinadas, los eventuales beneficiarios recibirían las mismas garantías de atención que las que tenían en el establecimiento privado, pero en este caso, en el de titularidad municipal (art. 129).

En el caso de que los patronos y beneficiarios aceptasen la oferta de la Junta Municipal de Beneficencia, los bienes adscritos al mantenimiento del establecimiento afectado se incorporaban al caudal común de mantenimiento de la beneficencia previsto en el artículo 26.

No obstante, el artículo 131 contempla la posibilidad de que los interesados no acepten la fórmula de incorporación al sistema de titularidad municipal. En este caso, la Ley prevé que no puedan acceder a los servicios asistenciales públicos mientras no esté lleno el privado. Y añade –mejor dicho reitera ya que es el objeto del artículo 127– que estos establecimientos estarán obligados a seguir las pautas que la Ley establece para los servicios públicos y les obliga «*a presentar sus cuentas a la Junta municipal de Beneficencia, únicamente para examinar si se cumple lo dispuesto*

⁴⁸ Con todo y con ello, el espíritu de la Ley es que los establecimientos de beneficencia se financien con los fondos que generen los propios establecimientos benéficos (art. 29) ya que los *fondos generales* se dedican exclusivamente a los organismos benéficos de titularidad estatal y, solo de manera subsidiaria, a los establecimientos municipales (art. 28). De hecho, las Cortes, que son las habilitadas para establecer los *fondos generales* tienen previsto actuar cuando los fondos aplicados a la beneficencia en una provincia procedentes de la integración de establecimientos privados en la «red pública» presenten *déficit* (art. 134).

por los fundadores, y cuidar se lleve a debido efecto su voluntad», lo que constituye sin duda un antecedente claro de la figura del Protectorado sobre las fundaciones.

Por último, interesa destacar que el legislador era plenamente consciente de la limitación de sus medios físicos para atender y así, prevé que *«este plan de Beneficencia se irá planteando en toda la Monarquía al paso que se proporcionen medios para verificarlo»* (art. 133).

Esta Ley de 1822 fue sustituida por la Ley General de Beneficencia, de 20 de junio de 1849. Un texto cuya vigencia en nuestro ordenamiento jurídico ha alcanzado una longevidad enorme, en concreto 145 años, lo que da una clara muestra de la dejadez con la que el Legislador español ha tratado a las fundaciones en el siglo y medio precedente.

Esta Ley, en palabras de TOMÁS Y VALIENTE, es mucho menos radical en su intervencionismo y en su desconfianza respecto a las fundaciones. La Ley establece en su artículo primero:

«Los establecimientos de Beneficencia son públicos. Se exceptúan únicamente, y se considerarán como particulares si cumplieren con el objeto de su fundación, los que se costeen exclusivamente con fondos propios, donados o legados por particulares, cuya dirección y administración esté confiada a corporaciones autorizadas por el Gobierno para este efecto, o a patronos designados por el fundador. Cuando estos lo fuesen por razón de oficio, y el oficio quedase suprimido, el establecimiento se regirá por las disposiciones de esta ley, respetando en todo lo demás las de la fundación».

Se abre así, por una vía excepcional ya que la norma general siguen siendo los establecimientos de titularidad pública, la puerta a las fundaciones privadas, con finalidad asistencial. Esta vía se consolida con el Reglamento de desarrollo de la Ley, aprobado por Real Decreto de 14 de mayo de 1852, que en su artículo primero prevé:

«los establecimientos de Beneficencia son públicos y particulares: pertenecen a la primera clase los generales, provinciales y municipales».

No hay más menciones en el citado Reglamento a los establecimientos de carácter privado, pero hay que hacer notar aquí también un cambio sustancial en la

normativa que afecta a estos organismos. En relación a la organización de los bienes y fondos de la beneficencia, el artículo 46 transcribe el texto del 25 de la Ley de 1822 sin la referencia a la unificación de estos bienes en un único sistema. Y añade el artículo 49 del Reglamento que también son bienes de beneficencia «*los que adquieran los establecimientos con arreglo a las leyes*», reproduciendo así el inciso final del artículo 14 de la Ley.

Por lo demás, la Ley de 1849 completa y ratifica la existencia de una tutela administrativa sobre todos los establecimientos de beneficencia (art. 11, entre otros).

Sin embargo, la Ley de 1 de mayo de 1855, auspiciada por Madoz supuso un duro golpe para los establecimientos benéficos, ya que en su artículo primero declaraba:

«en estado de venta con arreglo a las prescripciones de la presente ley, y sin perjuicio de las cargas y servidumbres a que legítimamente estén sujetos, todos los predios rústicos y urbanos; censos y foros pertenecientes:

[...]

7. A la beneficencia;

[...]»

Y en el artículo segundo se establecía la siguiente excepción:

«2. Los edificios que ocupan hoy los establecimientos de beneficencia e instrucción
[...].»

Esta Ley, según DE LORENZO⁴⁹, produce un doble efecto para las fundaciones. De una parte, coloca «en estado de venta» o con obligación de enajenar los inmuebles de estas entidades adquiridos con anterioridad a la Ley. Por otra, prohíbe radical y terminantemente la amortización de esta clase de bienes para el futuro.

Pero además, implica a las fundaciones en un proceso que, con el tiempo, desembocará en lo que GARCÍA DE ENTERRÍA ha calificado como «la segunda gran sima

⁴⁹ DE LORENZO GARCÍA, R., *El nuevo...*, op. cit., pág. 67.

histórica»⁵⁰. Se trata de la conversión del patrimonio de los establecimientos benéficos en títulos de deuda pública al 3 %⁵¹ cuyo rendimiento deberá aplicarse a la atención de las necesidades asistenciales a las que se dediquen dichos establecimientos. Lo más grave para las fundaciones es que esta conversión de su patrimonio en deuda pública surte efectos tanto para el patrimonio del que disponen en el momento de la entrada en vigor de la Ley como de aquel que pudiesen adquirir en el futuro vía donación o legado, que deberán ser puestos a la venta y sus beneficios invertidos en deuda pública.

Según GARCÍA DE ENTERRÍA el proceso inflacionario que se desata, sobre todo, tras la Primera Guerra Mundial, opera de manera mortal sobre la patrimonialización de las fundaciones en inscripciones intransferibles de títulos de Deuda Pública, de manera que el patrimonio real de las fundaciones devino, en buena medida insignificante⁵², y abocaba a las fundaciones a la inevitable extinción⁵³. He aquí la «*segunda gran sima histórica donde desaparece prácticamente otro siglo entero de fundaciones altruistas*».

Pero en cualquier caso, este efecto que podríamos llamar de *pauperización* de los patrimonios fundacionales no se produjo hasta el primer tercio del siglo XX⁵⁴ y solo pudo ser evitado, en cierta manera, mediante la creación de las llamadas «fundaciones a fe y conciencia», en las cuales el fundador excluía a los patronos de la rendición de cuentas al Protectorado en virtud de una cláusula extintiva que ideada por el notariado fue amparada por la Jurisprudencia⁵⁵ y reconocida por la Ley⁵⁶.

⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución...», *op. cit.*, pág. 242.

⁵¹ Posteriormente se incrementó al 4 %.

⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución...», *op. cit.*, pág. 242.

⁵³ GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «Aspectos de la nueva regulación de las fundaciones culturales privadas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 70, enero-abril 1973, pág. 377. También RUBIO LLORENTE, F., «Panel sobre el presente...», *op. cit.*, pág. 245.

⁵⁴ En 1918 la inflación superó el 20% y en los años siguientes tuvo un cierto comportamiento errático en los que no fueron extraños índices de dos dígitos. Al respecto, *vid.* GARCÍA RUIZ, J.L., «La inflación en la España del siglo XX: teorías y hechos», en *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, núm. 2.667, octubre de 2000, pág. 25.

⁵⁵ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación...*, *op. cit.*, pág. 16.

⁵⁶ Artículo 4 del Real Decreto de 24 de julio de 1913, por el que se aprueban las instrucciones para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la beneficencia docente particular: «*Cuando por disposición explícita del fundador quedase el cumplimiento de su voluntad a la fe y conciencia del Patrono o Administrador, solo tendrán estos la obligación de declarar solemnemente dicho cumplimiento, acreditando que es ajustado a la moral y a las leyes. Probado lo contrario por Autoridad competente, incurrirán en causa de remoción, aparte de las responsabilidades legales de otro orden que procedan*».

Desde 1849 hasta ese momento las fundaciones, aunque sólo en el ámbito *benéfico*, se fueron consolidando. A esta consolidación, a pesar de todos los obstáculos legales citados, y ante la ausencia de un Código Civil⁵⁷, fueron la reglamentación administrativa sobre beneficencia, la labor doctrinal y la Jurisprudencia⁵⁸ del Tribunal Supremo⁵⁹ las que permitieron la apertura de espacios de desarrollo de las fundaciones privadas.

Aún así, DE PRADA GONZÁLEZ considera que esta etapa trae a las fundaciones dos consecuencias muy importantes y, que como veremos, en cierta manera lastrarán toda la regulación sobre fundaciones *a futuro*⁶⁰. La primera es un fuerte intervencionismo estatal, apenas respetuoso con la voluntad del fundador; la segunda es la regulación de las fundaciones no desde el punto de vista civil de los derechos y deberes de éstas o de su estructura, sino desde el punto de vista administrativo, o sea, desde la perspectiva de la intervención estatal.

4. EL RECONOCIMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL

El reconocimiento de la iniciativa benéfica privada que la legislación de 1849 había admitido por la vía excepcional fue recogido por el Código Civil que, sin llegar a articular un régimen jurídico completo de las fundaciones sí que, al menos en palabras de TOMÁS Y VALIENTE, supuso la salida de la clandestinidad de las fundaciones y su incorporación al muy digno *status* de las personas jurídicas⁶¹. En este sentido, DE PRADA GONZÁLEZ considera que el Código Civil es un importante avance «*no sólo por haber introducido el moderno concepto de persona jurídica y recoger un mínimo*

⁵⁷ Según TOMÁS Y VALIENTE, este Código Civil, de haberse aprobado en alguno de los períodos liberales-progresistas del siglo XIX, hubiera contenido una regulación prohibitiva de las fundaciones (TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio previo», *op. cit.*, pág. XXII).

⁵⁸ TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio previo», *op. cit.*, pág. XXII.

⁵⁹ BENEYTO BERENGUER, R., *Fundaciones sociales de la Iglesia católica: conflicto Iglesia-Estado*. EDICEP: Valencia, 1996, pág. 64. DE LORENZO GARCÍA cita, en apoyo de esta tesis las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1855, de 10 de marzo de 1858, de 3 de junio de 1865 y de 17 de enero de 1876. DE LORENZO GARCÍA, R., *El nuevo...*, *op. cit.*, pág. 60.

⁶⁰ DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., «Las fundaciones hoy y mañana: fines, constitución y extinción», en AA.VV., *Hacia una nueva Ley de Fundaciones*. Santander: Fundación Marcelino Botín, 1992, pág. 80.

⁶¹ TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio previo», *op. cit.*, pág. XX.

de normas relativas a ella, sino fundamentalmente, por haber establecido las bases de una regulación civil de las Fundaciones»⁶². En el aún vigente Código Civil, aprobado en 1889, se reconoce a las fundaciones en su artículo 35, en el que se prevé:

«Son personas jurídicas:

1. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados».

Este reconocimiento de personalidad jurídica viene acompañado en el Código Civil por la concesión al fundador de la potestad normativa en la fundación, si bien que sometida a la aprobación administrativa⁶³, en su caso. En el artículo 39 del Código también incluye el régimen de extinción de las fundaciones, fijando causas y el eventual destino de los bienes restantes⁶⁴.

Pero probablemente, una de las mayores innovaciones del Código se encuentra en su artículo 38, donde se establece:

«Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución.

La Iglesia se regirá en este punto por lo concordado entre ambas potestades; y los establecimientos de instrucción y beneficencia por lo que dispongan las leyes especiales».

⁶² DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., «Las fundaciones hoy ...», *op. cit.*, pág. 80.

⁶³ Artículo 37: La capacidad civil de las corporaciones se regulará por las leyes que las hayan creado o reconocido; la de las asociaciones por sus estatutos; y la de las fundaciones por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuere necesario.

⁶⁴ Artículo 39: Si por haber expirado el plazo durante el cual funcionaban legalmente, o por haber realizado el fin para el cual se constituyeron, o por ser ya imposible aplicar a éste la actividad y los medios de que disponían, dejasen de funcionar las corporaciones, asociaciones y fundaciones, se dará a sus bienes la aplicación que las leyes, o los estatutos, o las cláusulas fundacionales, les hubiesen esta previsión asignado. Si nada se hubiere establecido previamente, se aplicarán esos bienes a la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia o Municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas.

En este punto conviene marcar que en lo tocante a las fundaciones el codificador deja a salvo siempre lo previsto en las leyes específicas que regulan este tipo de instituciones. TOMÁS Y VALIENTE critica esta ausencia en el Código de un régimen, siquiera básico, de las fundaciones que hubiese permitido una mayor seguridad y, sobre todo, hubiese evitado la proliferación de normas administrativas destinadas a concretar los mandatos del Código⁶⁵, con lo que, según CABRA DE LUNA, el principio fundacional de origen civilista fue impregnándose de aspectos administrativistas⁶⁶, situación esta que se ha visto, en nuestra opinión acentuada tras la entrada en vigor de la Constitución y el desarrollo competencial de las Comunidades Autónomas, aunque sobre este punto volveremos más adelante.

No obstante lo dicho, como pone de manifiesto DE LORENZO, y aunque hasta no hace mucho existió un cierto debate sobre la vigencia de las normas desvinculadoras y desamortizadoras tras la entrada en el ordenamiento jurídico del Código Civil, los principios desvinculadores contrarios a la subsistencia de las prohibiciones perpetuas de enajenar permanecían, y permanecen, en el Código Civil vigente. En apoyo de esta tesis cita los artículos 620, 785 y 787. Además, añade que el juego de las leyes desamortizadoras y desvinculadoras previas al Código Civil imprimen un perfil muy determinado a los principios básicos sobre fundaciones que éste incluye y que son⁶⁷:

- El mantenimiento de la idea de fundación como vinculación, entendida ésta como afectación de un patrimonio a un fin de interés general.
- La desaparición de la idea de fundación como vinculación, entendida como patrimonio con prohibición absoluta de enajenar o «*manos muertas*».
- La prohibición para las fundaciones de enajenar o conservar los bienes en casos muy limitados y concretos: bienes inexcusables para el cumplimiento del fin fundacional.

⁶⁵ TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio previo», *op. cit.*, págs. XXII-XXIII.

⁶⁶ CABRA DE LUNA, M.Á., *El Tercer Sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio. Enfoque económico, sociológico y jurídico*. Madrid: Escuela Libre Editorial, 1998, pág. 203.

⁶⁷ DE LORENZO GARCÍA, R., *El nuevo derecho ...*, *op. cit.*, págs. 63 y 64.

- La no exclusión del tráfico de los bienes de las fundaciones no están excluidos del tráfico, pudiendo o debiendo ser enajenados con intervención del Protectorado.
- La consideración, en el Código Civil, de la *fundación autónoma* o en conexión esencial con la idea de persona jurídica, pero sin descartar la posibilidad de una *fundación fiduciaria*, por la vía de la sustitución fideicomisaria que el Código regula.
- La no equiparación de la fundación al menor, y la inexistencia de beneficio de restitución o rescisión de las transmisiones que haga, por lesión.

Sea como fuere, hay que retener que el Código Civil no deroga ni expresa ni tácitamente la anterior regulación originada por las leyes desamortizadoras y desvinculadoras, sino que, además de incorporar, como hemos visto algunos de sus principios –y recelos–, deja en manos del legislador el grueso del régimen jurídico. Es por tanto, una regulación laxa que permite una legislación favorable, como la vigente, al fenómeno fundacional, pero también una restrictiva, como la vigente en el momento de su entrada en vigor, hasta el punto de que el artículo 38 quedaba realmente desvirtuado al aplicarse en conexión con la Ley de 1855 y sus previsiones de conversión en deuda pública de los bienes inmuebles que adquiriesen los establecimientos benéficos.

Esta persistencia de recelos en el ideario colectivo hacia la figura de las fundaciones no solo tiene su reflejo en la normativa reguladora que emana de los Poderes Públicos. La desconfianza generalizada hacia las fundaciones que transmite la clase política y la legislación también tiene su reflejo en el ánimo de quienes instituyen fundaciones en la época, generando una suerte de desconfianza recíproca que en absoluto beneficia a nadie. Rastreando la Jurisprudencia que afecta a entidades creadas a finales del siglo XIX o principios del XX, se encuentran con frecuencia cláusulas cuya finalidad es evitar que el patrimonio que se ha destinado a un fin benéfico acabe revirtiendo en el Estado por cualquier causa. Así, en los Estatutos de la Fundación «Escuela Baños», creada en Madrid en 1918, se preveía que:

«nunca podrá el Estado bajo pretexto ni motivo alguno incautarse de todo o parte de los bienes que constituyen el capital de la Fundación ni de sus rentas ni agregar dichos bienes ni la Fundación misma a otros Establecimientos ni Fundaciones aunque sean de índole análoga, ni servir a otros fines que a los expresamente establecidos por el fundador» (art. 3º)⁶⁸.

En otros casos, los propios fundadores preveían entre las causas de extinción de la fundación la aprobación de una ley desamortizadora, en cuyo caso, los bienes pasarían a manos de sus herederos⁶⁹.

La principal repercusión del Código Civil en la materia que nos ocupa es, como se ha dicho, la *legalización* de las fundaciones por medio de la atribución de personalidad jurídica y, por supuesto, la sedimentación en el ordenamiento de algunos rasgos de la figura (interés público, voluntad del fundador, tutela administrativa...) que, con el tiempo irán formando parte del concepto esencial llamado a tener una especial relevancia tras la constitucionalización del derecho de fundación.

Para TOMÁS Y VALIENTE, con el Código Civil se inicia una segunda etapa en el régimen jurídico de las fundaciones distinta a la iniciada con la Ley desvinculadora de 1820⁷⁰. Pero el camino hasta este hito no fue fácil para las fundaciones, ya que los anteriores intentos codificadores a lo largo del siglo XIX se refirieron a las fundaciones de manera muy marginal, si bien muestran el proceso de atribución de personalidad jurídica a las fundaciones y demás entidades que concluirá en el artículo 35 del Código Civil de 1889. Siguiendo a Rafael DE LORENZO⁷¹, se puede trazar el recorrido de los proyectos codificadores hasta el definitivo Código Civil. El proyecto de Código Civil de 1821 no regula expresamente las fundaciones, pese a contener algunos preceptos relativos a las «personas morales», no incorpora una regulación detallada y expresa de este tipo de personas. Se da a entender que estas personas pueden ser de matriz pública u otra y el reconocimiento implícito de ser sujetos de derecho y disponer de capacidad de obrar.

⁶⁸ Vid. STS de 23.06.1964 (Sala Civil).

⁶⁹ Vid. STS de 06.06.1987 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sobre la extinción de la Fundación «Escuela de Don Francisco Bustamante Guerra»; y SAP de Álava, núm. 284/2008, de 14 de julio, sobre extinción de la Fundación del Seminario Eclesiástico de Aguirre.

⁷⁰ TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio previo», *op. cit.*, pág. XXII.

⁷¹ DE LORENZO GARCÍA, R., *El nuevo derecho ...*, *op. cit.*, págs. 80 y ss.

Por su parte, en el siguiente proyecto codificador, el de 1836, se describe a las personas morales como «*juntas o corporaciones establecidas con autoridad pública*» configuradas como sujetos de derecho con capacidad de obrar. Entre estas personas morales figuran expresamente las entidades y establecimientos dedicados a actividades benéficas por ser de interés general, que requieren de la aprobación real. Estas personas morales tienen una limitación, en determinados casos, para adquirir –la prohibición se impone al vendedor– bienes inmuebles, ya que se las considera *manos muertas*; asimismo, cuentan con el establecimiento de medidas de protección como el reconocimiento del beneficio de la *restitutio in integrum*. El proyecto de Código de 1836 fue sustituido por el de 1851, durante la *Década Moderada*, en el que se incluye en su artículo 33 la consideración de personas morales para el ejercicio de los derechos civiles a las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidos por la Ley; en otros preceptos del proyecto se prohíbe la adquisición de bienes inmuebles por parte de las *manos muertas*, o de bienes muebles salvo autorización gubernativa.

Por último, en el proyecto de 1869, en pleno *Sexenio Democrático*, se pretendía introducir en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de *persona jurídica*: «*la Ley reconoce como personas jurídicas y, por consiguiente, con capacidad civil, al Estado, al Municipio y demás corporaciones, Establecimientos y Asociaciones reconocidas por el Poder Público y autorizadas convenientemente*».

En definitiva, la situación en el momento de aprobarse el Código Civil, en lo que a las fundaciones respecta, es compleja y de perfiles muy difusos, si bien podemos concluir que la práctica había dejado fuera de lugar la pretensión del legislador al inicio del proceso desvinculador y desamortizador de desterrar de la realidad jurídica la figura de las fundaciones, al menos benéficas. Las necesidades sociales y las insuficiencias institucionales fueron los detonantes que, unidos a la labor doctrinal y jurisprudencial permitieron el reconocimiento legal de las fundaciones y, lo que es fundamental, la atribución de personalidad jurídica.

5. EL REAL DECRETO DE 14 DE MARZO DE 1899

Tras la promulgación del Código Civil, la siguiente novedad normativa que viene a regular el régimen jurídico de las fundaciones es el Real Decreto de 14 de marzo de 1899, por el que se reorganizan y refunden los servicios de Beneficencia general y particular. TOMÁS Y VALIENTE sitúa en este Decreto el origen de un régimen dual de las fundaciones en función de la tipología de estas entidades. Ello es así porque a medida que se crearon fundaciones con finalidades distintas de la beneficencia (escuelas, colegios, hospitales, casas de maternidad, hospicios, asilos, manicomios, pósitos, montes de piedad, cajas de ahorro y análogos –artículo 2–), se hizo necesario establecer normativas específicas, como veremos.

Esta dualidad de regímenes, entre las fundaciones benéficas y el resto, permanecerá hasta la promulgación de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General. Este autor destaca de la citada norma que es la consumación de la sustitución de un sistema de beneficencia de titularidad municipal por uno centralizado en manos del Estado, o tutelada directamente por éste a través del protectorado que ejerce el Ministerio de Gobernación. De esta manera, la actividad de las fundaciones alcanzó un «*elevadísimo grado de administrativización*», estableciéndose un minucioso y rígido control por un aparato burocrático complejo que actuaba según un procedimiento y que inspeccionaba y vigilaba la actuación de este tipo de establecimientos⁷².

No es este el lugar de establecer las relaciones entre el Real Decreto e Instrucción de 14 de marzo de 1899 y el Decreto de Instrucción de 27 de abril de 1875, para el Ejercicio del Protectorado del Gobierno en la Beneficencia, si bien hay que apuntar al menos la gran identidad entre ambos textos.

Lo que interesa recalcar es el cambio de filosofía de la beneficencia. El proceso de centralización que ha descrito TOMÁS Y VALIENTE viene acompañado de una

⁷² TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio previo», *op. cit.*, págs. XXIII y ss.

cierta vuelta a la privatización de la beneficencia y así queda puesto de manifiesto en la Exposición de Motivos del Real Decreto de 1899:

«El decreto e instrucción de 27 de abril de 1875, inspirados en el sentido de vigorizar la acción administrativa, refundieron en una legislación común los servicios de la Beneficencia, dándoles unidad y energía, al intento de conseguir que la Beneficencia particular viniera en auxilio de la pública y de la general, aliviando los presupuestos del Estado, y de organizar unas y otras más en armonía con la ley entonces vigente y de una manera más apropiada para asegurar el sagrado destino de la hacienda del pobre y del enfermo, y procurar su acrecentamiento, estimulando la inagotable caridad de la iniciativa particular».

Este tenor del primer párrafo de la Exposición de Motivos se mantiene en el resto de la introducción de la norma. Estamos, pues, ante un cambio radical de la filosofía que había trazado la beneficencia desde la Constitución de Cádiz. Se había pasado de la proscripción al fomento⁷³, haciendo una parada en la tolerancia marginal del fenómeno de la beneficencia privada. Y siempre con una justificación similar: la escasez de medios de la Hacienda Pública⁷⁴.

Sin embargo, la norma sigue recogiendo alguno de los principios propios de la desamortización como los recelos hacia la amortización de bienes, lo que se pone de manifiesto en la necesaria conversión de su patrimonio en deuda pública (artículo 8)⁷⁵.

⁷³ Una buena muestra de este cambio es que mientras la Ley de 1822 prevé que los medios de los que disponen los establecimientos privados se integren: la «red pública», en el artículo 5 del decreto de 1875 se afirma que «las instituciones particulares no perderán este carácter por recibir alguna subvención del Estado, de la Provincia o del Municipio, siempre que aquella fuere voluntaria y no indispensable para la subsistencia de las fundaciones». El Real Decreto de 1899 también reproduce este artículo en su número 5.

⁷⁴ Una prueba de la estrechez en la que se movía la Hacienda de la época nos la facilita quien fuera Jefe de la Sección de Beneficencia en el Ministerio de Gobernación, quien explica que en los presupuestos del Ministerio del ejercicio 1870-71 se dispusieron subvenciones para 11 instituciones benéficas, por valor de más de 70.000 pesetas. Sin embargo, en el presupuesto del año 1871-72 solo se mantuvo la subvención al *Hospital de Católicos de Gibraltar*, que era la de menor cuantía (1.250 pesetas), y todo ello «por el mal estado del Tesoro», pero añadía que «a pesar de esta reforma, los establecimientos respectivos viven» (HERNÁNDEZ IGLESIAS, F., *La Beneficencia en España*. Madrid: Establecimientos Tipográficos de Manuel Minuesa, 1876, tomo I, pág. 154 (obra consultada a través de la web de la Universidad de Sevilla).

⁷⁵ Hasta 1972, con el Decreto 2930, de 21 de julio, que aprueba el reglamento de las fundaciones culturales, no remite la obligación de convertir el patrimonio en bienes muebles.

Pero este Decreto también incorpora una referencia más clara a los establecimientos de beneficencia privada que la contenida en la Ley de 1849. En este sentido, en el artículo 4 se reproduce el artículo 2 del Decreto e Instrucción de 27 de abril de 1875, y se establece:

«La beneficencia particular comprende todas las instituciones benéficas creadas y dotadas con bienes particulares, y cuyo patronazgo y administración fueron reglamentados por los respectivos fundadores o en nombre de éstos, y confiados en igual forma a corporaciones, autoridades o personas determinadas».

También el artículo segundo del Decreto e Instrucción de 1899 es, salvo por la inclusión de los hospicios, asilos y manicomios, una repetición del artículo 5 del anterior Decreto de 1875⁷⁶:

«Son instituciones de Beneficencia los establecimientos o asociaciones permanentes destinados a la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas, como Escuelas, Colegios, Hospitales, Casas de Maternidad, Hospicios, Asilos, Manicomios, Pósitos, Montes de Piedad, Cajas de Ahorros y otros análogos y, las fundaciones sin aquel carácter de permanencia, aunque con destino semejante, conocidas comúnmente con los nombres de Patronatos, Memorias, Legados, Obras y Causas pías».

Es un precepto muy detallista cuyo objetivo es regular la actividad cotidiana de los establecimientos de beneficencia, tanto a nivel interno (organización del patronato, gestión patrimonial...) como a nivel externo, especialmente en lo tocante a la supervisión administrativa que se encomienda, como hemos visto, al Ministerio de Gobernación y, por delegación, a la Dirección General y a los Gobernadores civiles.

Se trata de un reglamento que ha constituido la base del régimen jurídico de las fundaciones asistenciales durante prácticamente todo el siglo XX, junto con la Ley de 1849 y el Código Civil. Y es importante recalcar el hecho de que regulaba las fundaciones asistenciales porque ya en el siglo pasado se fueron dictando normas, en cierta medida, similares a la que nos ocupa, con el fin de establecer el régimen

⁷⁶ En la enumeración de establecimientos de beneficencia, TOMÁS Y VALIENTE ve una cierta carga histórica (TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio previo», op. cit., pág. XXIII).

jurídico de otro tipo de fundaciones *ratione materiæ*, tales como las fundaciones laborales, de construcción, docentes de enseñanza agrícola o culturales.

6. LA SUPERACIÓN DEL CONCEPTO DE BENEFICENCIA Y CONSOLIDACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO BASADO EN LA LEY GENERAL DE BENEFICENCIA

6.1. LA CONSOLIDACIÓN DE LAS FUNDACIONES FRENTE A OTRAS FIGURAS DE BENEFICENCIA

La ausencia de vaivenes legislativos relevantes en la materia provoca que se dé un cierto resurgir del fenómeno de la beneficencia y, especialmente de las fundaciones, alrededor del primer tercio del siglo XX. De esta manera, el clásico concepto de beneficencia se queda cada vez más insuficiente para aglutinar todas las iniciativas privadas que surgen con vocación altruista para la consecución de intereses públicos. Las clásicas enumeraciones que se dan en las leyes hasta finales del siglo XIX (hospitales, casas de maternidad, hospitalidad domiciliaria...) no se corresponden con las nuevas realidades, significativamente orientadas a las actividades formativas.

Pero además, viejas figuras jurídicas (fideicomisos, capellanías, obras pías...) ceden el paso a nuevas figuras que se consolidan, tales como las fundaciones y las asociaciones.

El Derecho no es ajeno a estos cambios sociales y, progresivamente los va incorporando en su regulación.

En consecuencia, tras la consolidación del régimen jurídico de las entidades benéficas fundamentado en la Ley General de Beneficencia de 1849, el Reglamento del Protectorado de 1899 y el Código Civil, una serie de normas vienen a regular estas nuevas realidades no tanto en lo sustantivo cuanto en la articulación de los

mecanismos de control y tutela por parte de la Administración. Sea como fuere, y aunque sea por vía reglamentaria y en concepto de organización administrativa, el legislador está desdibujando los límites impuestos en la legislación desamortizadora para, por la vía del ejercicio del protectorado, dar carta de naturaleza a estas nuevas realidades. Este fenómeno ha sido calificado por CABRA DE LUNA como «exploración normativa en materia de fundaciones» y descrito como una gran diversificación y segmentación de la normativa provocada por la admisión de nuevas categorías de fundaciones que no tenían cabida en el Protectorado de la beneficencia particular «*que hizo de verdadero cajón de sastre*»⁷⁷.

Se asiste, por tanto, en el primer tercio del siglo XX a un cambio en la terminología que permite la apertura de que se acaba de hablar. Por una parte desaparecen los listados de establecimientos de beneficencia y los elencos de figuras jurídicas en las que se expresa –en este punto es llamativo que el Decreto de 1 de agosto de 1936, de intervención de fundaciones, asociaciones... mantiene esta relación con el objetivo claro de no dejar instituciones inmunes a la acción nacionalizadora–; y por otra, irrumpen con fuerza las asociaciones y, sobre todo, las fundaciones, como una manera, según MERINO MERCHÁN y PALMA FERNÁNDEZ, de disociar el «interés público» del concepto de «beneficencia» donde hasta ese momento estaba recluido⁷⁸.

6.2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES EN LA II REPÚBLICA

En el lapso de tiempo que transcurre desde el final del siglo XIX, cuando se asienta el régimen jurídico de la beneficencia, hasta el último tercio del siglo XX, cuando se constitucionaliza el derecho de fundación, podemos afirmar que las únicas alteraciones sustanciales en el ordenamiento de las fundaciones tuvieron lugar en el período de la II República, sin que ello supusiera realmente un cambio radical del régimen jurídico de estas instituciones.

⁷⁷ CABRA DE LUNA, M.Á., *El Tercer ...*, op. cit., pág. 339.

⁷⁸ MERINO MERCHÁN, J.F. y PALMA FERNÁNDEZ, J.L., «Artículo 34. Derecho de Fundación», op. cit., pág. 552.

De hecho el régimen que podríamos llamar de derecho civil no sufrió alteración alguna, de manera que las modificaciones se centraron en los aspectos de Derecho público, por otra parte, muy importantes en este campo. De hecho, salvo el proceso de descentralización autonómica al que luego nos referiremos, los mayores cambios se produjeron en el transcurso de la Guerra Civil y ni aún entonces supusieron un cambio tan radical como podría pensarse, al menos sobre el papel.

En cualquier caso, las disposiciones –principalmente órdenes ministeriales– dictadas nada más instaurarse el régimen del General Franco al concluir la Guerra Civil, supusieron la anulación del grueso de la normativa dictada en la etapa bélica por el Gobierno de la República y la restitución del régimen jurídico anterior, esto es, el configurado por la Ley General de Beneficencia de 1849, el Código Civil de 1889 y el Real Decreto de 1899.

Así pues, durante la vigencia de la Constitución de 1931 y en el ámbito de la regulación de las fundaciones, se dieron en nuestra opinión dos cambios relevantes: el primero, y más significativo, es el reconocimiento de la autonomía de determinadas regiones y, en consecuencia, la descentralización de algunas de las competencias del Estado. Aunque el marco constitucional dejaba mucho más margen, solo Cataluña obtuvo un régimen autonómico real en esta etapa, por lo que es el único caso en el que, a lo que nos interesa en este trabajo, se vio afectado el régimen jurídico de las fundaciones. El segundo, la intervención de la gestión de las fundaciones, ya en plena Guerra Civil, por parte de los dos bandos en contienda.

6.2.1. La beneficencia en Cataluña

El régimen autonómico de Cataluña, en la etapa republicana, fue regulado por la Ley de 15 de septiembre de 1932, por la que se establece el Estatuto de autonomía de Cataluña; en el artículo 12 de dicho Estatuto se establecía:

«Corresponderá a la Generalidad de Cataluña la legislación exclusiva i la ejecución directa de las funciones siguientes:

[...] c) *La beneficencia.*

[...]».

Para dar cumplimiento a este precepto, se transfirieron a la Generalidad de Cataluña las funciones en materia de Beneficencia, en virtud del acuerdo adoptado en la Comisión mixta para la implantación del Estatuto de Cataluña⁷⁹.

En el desarrollo de estas competencias, en el ámbito de la Generalidad de Cataluña se dictaron dos normas en el período: el Decreto de 8 de junio de 1833, de creación de la Comisión Asesora de Asistencia Social y Sanidad, cuyo objetivo era

«que todos los establecimientos de Asistencia Social que dependen de la Generalidad de Cataluña y los que sean creados en el futuro puedan desarrollar sus actividades y cumplir su cometido bajo una única dirección»;

asimismo, se dictó la Ley de 5 de abril de 1934, de Bases para la organización de los servicios de Sanidad y Asistencia Social en Cataluña⁸⁰, cuya base primera en su artículo 1 establecía:

«... las actividades sanitarias y de asistencia social podrán ser de carácter particular, municipal y general. Será función estatal de la Generalidad el control y vigilancia de las actividades citadas que sean de carácter particular o municipal, sujetándolas, sin embargo, a las normas que se establecen para estas Bases»⁸¹.

El reconocimiento de la existencia de instituciones de gestión privada no era óbice para que el mapa sanitario y de asistencia social se construyese, principalmente, en torno a la Administración Municipal, si bien con un claro control por parte de la Generalidad. Este control fue más claro⁸² a partir de la Ley de Coordinación y

⁷⁹ Aprobado el 8 de julio de 1933 y publicado en la Gaceta de Madrid núm. 212, del 31 de julio de 1933, modificado por Decreto de 26 de noviembre de 1935 (Gaceta de Madrid núm. 331, de 27 de noviembre de 1935).

⁸⁰ Un análisis de esta norma puede verse en PELÁEZ ALBENDEA, M.J., «La Conselleria de Sanitat i Assistència Social de la Generalitat Republicana, a través de la Ley de Bases de 5 de abril de 1934 y de la Ley de Coordinación y Control Sanitarios Públicos de 26 de junio de ese año» en *Revista de Política Social*, núm. 154, abril-junio 1982, págs. 73-86.

⁸¹ En el Preámbulo de la Ley se anunciaba una futura Ley orgánica de Sanidad y Asistencia Social que no llegó a aprobarse.

⁸² PELÁEZ ALBENDEA, M.J., «La Conselleria de Sanitat ..., *op. cit.*, pág. 79.

Control Sanitarios Públicos, de 26 de junio de 1934⁸³. La participación de las entidades privadas en este mapa prestacional se articulaba a través de una *Federación de los organismos o instituciones privadas de carácter benéfico o benéfico docente* de ámbito autonómico, constituida a iniciativa del Departamento de Sanidad y Asistencia Social y dotada de personalidad jurídica, que «*permitirá la colaboración dentro de cada localidad de las entidades así estatales como corporativas, para el mejor cumplimiento de sus fines*»⁸⁴.

Esta Ley, principalmente establecía la organización de supervisión y coordinación de este tipo de instituciones en Cataluña (la equivalencia de las Juntas de Beneficencia creadas por la Ley de 1849) y, sobre todo, fijaba la red mínima de asistencia sanitaria, que sería desarrollada posteriormente por la citada Ley de Coordinación y Control, que no contenía referencias a las instituciones privadas en cuanto a su gestión o naturaleza.

6.2.2. La beneficencia en otros Estatutos de Autonomía

En el resto del país se mantuvo el régimen general fijado por la Ley General de Beneficencia de 1849 y su normativa de desarrollo. El Estatuto vasco de 1936, aprobado por Ley de 6 de octubre, también incluía en su artículo 2 una referencia a las competencias sobre beneficencia:

«Corresponde a la competencia del País Vasco, de acuerdo con los artículos 16 y 17 de la Constitución de la República, la legislación exclusiva y la ejecución directa en las materias siguientes:

[...]

⁸³ BOGC núm. 185, de 4 de julio de 1934. El artículo primero de la Ley era, en sí mismo, una declaración de intenciones de la norma: «*Establecidos por la Ley de Bases de Organización sanitaria los servicios y las funciones mínimas sanitarias y de Asistencia Social de los Municipios de Cataluña, es preciso estructura una cuidadosa coordinación a fin de que sean constantemente vigilados y controlados por el Departamento de Sanidad y Asistencia Social de la Generalidad...*».

⁸⁴ Base primera, apartado cuarto.

d) 1.º *Sanidad interior e higiene pública y privada sobre las bases mínimas que fija el Estado.*

2.º *Asistencia social y beneficencia, tanto pública como privada. Fundaciones benéficas de todas clases, Tribunales tutelares de menores.*

[...]».

También el proyecto de Estatuto de Galicia, aprobado en referéndum en 1936, pero que no llegó a finalizar su tramitación en las Cortes Generales, incluía en su artículo 14 «*el régimen de fundaciones y el de servicios de asistencia social, en todas sus formas*».

De esta manera, y aunque solo llegó a materializarse en el caso de Cataluña, la legalidad republicana previó la descentralización en las regiones de la regulación de las fundaciones, lo que realmente suponía un cambio muy sustancial en el ordenamiento de las entidades benéficas. Al tiempo, se observa que mientras en el Estatuto catalán (1932) se siguen haciendo referencia a la *beneficencia*, en textos más modernos, ésta aparece junto a las *fundaciones* (Estatuto vasco y proyecto gallego –1936–). Sin duda, de haberse consolidado el régimen autonómico es previsible que se hubiese generado un nuevo marco jurídico de las fundaciones, marcado, en este caso, por la territorialidad.

6.2.3. Los efectos de la Guerra Civil en el régimen de las fundaciones: intervención y depuración de patronatos

El otro punto de inflexión que se dio durante la II República se produjo en los primeros compases de la Guerra Civil, inmediatamente después del Golpe de Estado del 18 de Julio de 1936: el Decreto de 1 de agosto⁸⁵, interviene todas las entidades benéficas en los siguientes términos:

⁸⁵ Gaceta de Madrid núm. 215, de 2 de agosto.

«Artículo 1º. Desde esta fecha quedan intervenidas por el Estado todas las Fundaciones, Asociaciones, Patronatos, Fideicomisos y, en general, cuantas entidades existan de carácter beneficoparticular, cualquiera que sea su naturaleza, denominación, fines que cumpla y facultades conferidas a sus Patronatos, extendiéndose expresamente las normas de este Decreto a aquellas entidades antes mencionadas, aunque estuvieren exentas de la obligación de rendir cuentas.

La intervención de que queda hecho mérito correrá a cargo de la Junta Provincial de Beneficencia de Madrid, mientras no esté creada la Junta Nacional de Asistencia Social, a la cual se confieren todas las facultades necesarias para cumplir su cometido.

Artículo 2.º Se considerarán cargas principales las que afecten al sostenimiento de Asilos, Orfanatos, Escuelas, Casas-Cunas, Comedores, Roperos, Dormitorios y, en general, todas aquellas que guarden relación con la asistencia social en sus distintos aspectos, quedando desde la fecha de publicación de este Decreto suspendidas todas aquellas otras que no se refieran de un modo directo a los fines indicados».

El Decreto se completaba con la designación de delegados en los patronatos dotados de amplios poderes, llegando al punto de poder instar la sustitución del patronato. No se trata, realmente de una medida del calado de las normas desamortizadoras y desvinculadoras, la propia idea de intervención supone que no hay una supresión de las fundaciones –salvo de aquellas que tienen vinculación directa con la asistencia social–, de hecho, el Decreto da a entender que subsisten en su personalidad jurídica y funcionamiento, si bien «en armonía con las nuevas necesidades sociales» y en aras de «la mayor eficacia de los fines encomendados» se prevé la intervención de este tipo de instituciones. Además, del artículo 7º se desprende que esta medida solo era de aplicación a la provincia de Madrid y, en la medida en que lo solicitasen los Gobernadores Civiles, al resto de provincias.

Las medidas adoptadas por las tropas franquistas en las zonas bajo su control se orientaban, no tanto a cambiar el *statu quo* jurídico de las fundaciones, cuanto a lograr la adhesión de sus patronatos⁸⁶ a la causa por la vía de la depuración de los órganos rectores de las fundaciones.

⁸⁶ La Orden de la Presidencia de la Junta Técnica (órgano de gobierno de la zona bajo dominio franquista) de 21 de julio de 1937 (BOE núm. 280, de 27 de julio) estableció el mecanismo de depuración ideológica de los patronatos de las fundaciones benéficas, justificando tal medida en que «las funda-

Al finalizar la Guerra, el Decreto de 1 de agosto de 1938 fue derogado expresamente por medio de la Orden de 26 de abril de 1939⁸⁷, por la que se crea una Comisión para efectuar en Madrid determinados cometidos de Beneficencia. Entre estos cometidos figuran:

«a) Separación de capitales y rentas de fundaciones e instituciones benéficas resultante de las agrupaciones a que se refiere el primer párrafo de la parte expositiva de la presente Orden⁸⁸.

b) Entrega de dichos capitales y rentas a sus legítimos representantes [...].

c) Rehabilitación provisional de Patronatos, administradores y, en general, del personal de todas clases pertenecientes a las instituciones referidas, sin perjuicio de la depuración que preceptúa la Orden de 28 de febrero de 1939.

d) Puesta en marcha y normalización de las instituciones que se comprenden en esta Orden.

[...]».

Posteriormente, la Orden de 31 de mayo de 1940, reintegró en el Ministerio de Educación Nacional el ejercicio del Protectorado sobre las fundaciones benéfico-docentes radicadas en Cataluña, y que había sido transferido en 1933, en desarrollo del Estatuto de autonomía.

ciones de carácter benéfico particular debidamente clasificadas, si bien están regidas por los patronos designados con arreglo a las normas trazadas por el fundador, deben funcionar sometidas a la tutela y Protectorado del Estado en virtud de disposiciones que regulen dicho Protectorado, y es de sumo interés para la vida y normal funcionamiento de dichas Instituciones, que en sus patronatos no figuren personas que por su ideología o actuación estén enfrente de los principios que han de regular y presidir la actuación del nuevo Estado Español».

⁸⁷ BOE núm. 118, de 28 de abril de 1939.

⁸⁸ «Ilmo. Sr.: El Gobierno rojo, [...] constituyó una masa global de bienes y rentas, creó otras instituciones, que sostuvo con fondos de las anteriores y que abandonó [...]».

6.2.4. Conclusión del período 1931-1940

Como conclusión del período de vigencia de la Constitución de 1931, hay que destacar que se consolidó la separación entre beneficencia y fundaciones, se generalizó el concepto de asistencia social y apenas se alteró el régimen de ejercicio del derecho de fundación por los particulares. Las principales alteraciones del régimen jurídico que afectaba a las fundaciones en este período se operaron vía protectorado, ya que tanto la descentralización competencial en Cataluña, como las medidas adoptadas por el Gobierno de la República y los órganos franquistas durante la contienda civil incidieron en las fundaciones mediante un reforzamiento del ejercicio del protectorado hasta límites de estrangulamiento de las entidades, y todo ello, sin que se diera un cambio radical en la legislación anterior reguladora de la beneficencia –durante todo este período siguieron vigentes tanto la Ley de 1849, como el Reglamento de 1899 y el Código Civil– lo que permite advertir claramente la amplitud del margen de que gozaba la Administración en su función de tutela-intervención de las entidades privadas de carácter benéfico.

6.3. CARACTERIZACIÓN GENERAL DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES HASTA 1972

Al margen del período de 1931 a 1939, sin duda jurídica y políticamente de gran interés, el resto del siglo XX, como se ha dicho no presenta grandes alteraciones en el ordenamiento que afecta a las fundaciones más allá de lo dicho anteriormente respecto a la consolidación de nuevos nichos para las fundaciones y el perfeccionamiento de la organización del protectorado, en muchos casos, dando entrada en el ejercicio de esta competencia a nuevos órganos administrativos en razón de la materia. En su mayoría, las normas dictadas en este largo período, tienen dos objetivos: regular aspectos organizativos del ejercicio del protectorado; y dotar de cobertura

jurídica a nuevas figuras fundacionales que sobrepasaban el concepto legal de beneficencia, ya fuera por la especificidad de sus objetivos (fines docentes), ya fuera por la naturaleza de éstos (construcción, laborales...).

A título meramente enunciativo, en las relaciones de normas dictadas en este período, se suelen citar:

- Real Decreto de 24 de julio de 1913, por el que se aprueban las instrucciones para el protectorado del Gobierno en la beneficencia docente particular.
- Real Decreto de 29 de agosto de 1923, por el que se regula la enajenación de los bienes inmuebles no amortizados pertenecientes a las fundaciones benéfico-particulares o de carácter mixto.
- Real Decreto de 20 de julio de 1926, por el que se aprueban las instrucciones para el ejercicio del protectorado del Gobierno en las instituciones y fundaciones benéfico-docentes de enseñanza agrícola, pecuaria o minera.
- Real Decreto de 28 de mayo de 1928, suprimiendo el derecho de tanteo concedido a los arrendatarios de bienes inmuebles no amortizados pertenecientes a fundaciones benéfico-particulares o de carácter mixto, en caso de enajenación de los mismos, así como la exención del requisito de la subasta para dicha enajenación que tal derecho lleva consigo.
- Ley de 15 de septiembre de 1932, que aprueba el Estatuto de Cataluña.
- Decreto de 26 de julio de 1935, sobre la enajenación de bienes inmuebles de las fundaciones de beneficencia particular o mixta.
- Decreto 446/1961, de 16 de marzo, por el que se regulan la creación y fines de las fundaciones laborales.
- Orden de 25 de enero de 1962 sobre normas de aplicación del Decreto de 16 de marzo de 1961, regulador de las fundaciones laborales.
- Ley 191/1964, de 24 de diciembre, reguladora de las asociaciones.

- Decreto 1.440/1965, de 20 de mayo, por el que se dictan normas complementarias de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, reguladora de las asociaciones.

Algunas de las principales características de este régimen, finalmente consolidado, son siguiendo a Rafael DE LORENZO⁸⁹ las siguientes:

- a) Es un derecho formado en aluvión.
- b) Es un derecho con el doble matiz de estar construido por normas civiles y administrativas, pudiendo destacarse un cierto predominio de las normas iuspublicistas sobre las iusprivatistas. Las primeras giran en torno a la Ley General de Beneficencia de 1849, las segundas son, principalmente las contenidas en el Código Civil.
- c) Se da una fiscalización y control de la creación y el funcionamiento de las fundaciones, a través de un sistema de competencias administrativas atribuidas al Estado.
- d) La fundación se configura con un carácter dotacional, es decir, el acto de la dotación patrimonial es una *condictio iuris* del acto constitutivo de la fundación.
- e) Únicamente se admite la posibilidad de crear fundaciones a las personas jurídico-privadas.
- f) La creación de fundaciones se restringe a aquellas que persiguen fines de interés general.

No obstante, y aunque en los años 70 del siglo pasado el régimen jurídico de las fundaciones de nuestro país estaba ya relativamente consolidado, será en estos años cuando inicie un necesario proceso de modernización que concluirá con la constitucionalización del derecho de fundación y cuyo paso decisivo será el Decreto 2930/1972, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de las Fundaciones

⁸⁹ DE LORENZO GARCÍA, R., *El nuevo derecho ...*, op. cit., págs. 87 y ss.

Culturales Privadas y Entidades Análogas y de los Servicios Administrativos Encargados del Protectorado sobre las mismas.

7. LOS PRIMEROS INTENTOS DE SUPERACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA DESAMORTIZACIÓN: EL REGLAMENTO DE FUNDACIONES CULTURALES DE 1972

Para alcanzar una visión definitiva del régimen jurídico de las fundaciones antes de la promulgación de la Constitución hay que remitirse al ya citado Decreto 2.930/1972, de 21 de julio, y, en consecuencia, a su norma legal habilitante⁹⁰, la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y de financiación de la reforma educativa, auspiciada por José Luis Villar Palasí. En el artículo 137 de esta Ley se disponía:

«Compete también al Ministerio de Educación y Ciencia la supervisión sobre las Fundaciones y Asociaciones de carácter docente y cultural y el control del cumplimiento de las cargas docentes y culturales en las transmisiones de bienes gravados con ellas. Se autoriza al Gobierno a para reestructurar el ejercicio de la tutela sobre estas Entidades, ajustándose a los criterios y directrices siguientes:

Uno. El Ministerio de Educación y Ciencia intervendrá en el reconocimiento y clasificación de estas Instituciones aunque cumplan, además de fines docentes, otros fines asistenciales no docentes.

Dos. Cuando los fundadores o causantes hayan atribuido a los Patronatos, Administradores o titulares de los bienes gravados con cargas docentes una actividad discrecional en la elección de aquéllas, se exigirá un programa de actuación para cada decenio, como máximo, prorrogándose el anterior hasta la aprobación por el Ministerio de cada nuevo programa.

⁹⁰ El artículo 137 de la Ley General de Educación traía causa, a su vez, del artículo 7 de la Ley 1/1969, de 11 de febrero, por la que se aprueba el II Plan de Desarrollo Económico y Social (BOE núm. 37, de 12 de febrero). Este artículo 7 establecía que «para la mayor extensión de la enseñanza, de la formación profesional y de la investigación científica y técnica, el Estado fomentará la creación de fundaciones de este carácter y se actualizará la legislación relativa a las mismas».

Tres. Las Fundaciones regularmente constituidas podrán poseer toda clase de bienes, pero habrán de ajustar su gestión económica a las normas que reglamentariamente se establezcan, y corresponderá a los Patronatos, Administradores o titulares de las mismas la prueba del cumplimiento de los fines a que se destinan.

Cuatro. El Ministerio tiene a su cargo el control de los actos extraordinarios de gobierno y administración de las Fundaciones y establecerá reglamentariamente la debida publicidad de los fines, los recursos y la gestión ordinaria de cada Fundación, salvo que por Ley se atribuyan a otro Ministerio».

TOMÁS Y VALIENTE destaca de este precepto que haya escrito con mayúscula la palabra fundación, y que frente a la tradición que era nombrar a las fundaciones por detrás de las asociaciones, en este caso, vayan aquéllas por delante. En su opinión, se trata de una «*cuestión formal, de rango, de prestigio social incipiente*», lo que no obsta para que el Reglamento de desarrollo de esta Ley estableciese una regulación «*claramente intervencionista, tuitiva y desconfiada*»⁹¹.

Este régimen jurídico –el conjunto formado por la Ley y por el Reglamento– supone el despegue definitivo de la noción de fundación respecto de otras nociones propias de la beneficencia y, con ella, la apertura de un camino sin retorno de este tipo de figuras, aunque se hace una interpretación del concepto de beneficencia para que incluya a las fundaciones culturales y así no violentar el marco jurídico establecido desde 1849⁹², especialmente en lo relativo a cuestiones fiscales⁹³. En este sentido, respecto al transcrito artículo 137, y a los efectos de este trabajo, nos interesa destacar:

- a) La vinculación entre fundaciones y asociaciones. Esta vinculación estará muy presente en el futuro y será muy relevante en el proceso constituyente, pero es especialmente importante en este momento por cuanto supone, explícitamente, la separación de ambas instituciones del régimen jurídico que hasta ese momento se había establecido respecto de una serie de instituciones jurídicas

⁹¹ TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio previo», *op. cit.*, pág. XXIV.

⁹² DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., «Las fundaciones hoy ...», *op. cit.*, pág. 83.

⁹³ GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «Aspectos de la nueva regulación de las fundaciones culturales privadas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 70, enero-abril 1973, pág. 380. *Vid.* Dictamen del Consejo de Estado de 18 de mayo de 1972 (Exp. núm. 38.059).

muy extendidas en el Antiguo Régimen y especialmente vinculadas al derecho hereditario⁹⁴.

- b) Desde la Ley de 1849 y el Código Civil, se trata de la primera norma con rango legal en atribuir competencia sobre el protectorado de las Fundaciones, de manera que se blinda dicho protectorado frente a las eventuales alteraciones administrativas y, sobre todo, es un reconocimiento de la relevancia de esta función administrativa.
- c) Se rompe definitivamente con algunas de las precauciones propias de las prevenciones frente a las amortizaciones: las fundaciones pueden «poseer toda clase de bienes». El Decreto 2.930/1972 incluso permitirá que las fundaciones puedan desarrollar algunas actividades mercantiles.
- d) Se consagra, legalmente, la existencia de regímenes jurídicos distintos en función del objeto de la fundación, la figura de la clasificación es, a partir de este momento, un elemento definidor de la normativa a la que se somete una fundación.

La promulgación del Decreto 2.930/1972 viene a desarrollar estos principios y aún otros y, como se ha dicho, es considerado por la Doctrina como uno de los eslabones fundamentales en la modernización de la regulación de las fundaciones en nuestro país. DE PRADA GONZÁLEZ, uno de los inspiradores del texto⁹⁵, considera que este Reglamento supuso un avance, un esfuerzo de sistematización que dotó a las fundaciones de un marco jurídico que regulaba, por primera vez, algunos de los aspectos esenciales de las fundaciones⁹⁶. Aunque se trata de una normativa sectorial, que solo afectaba a las fundaciones culturales la realidad es que configuró una regulación completa del fenómeno fundacional, desde su nacimiento hasta su extinción, pasando por la descripción de su gobierno y de la gestión patrimonial; y por

⁹⁴ Al respecto, *vid.* GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Algunas acotaciones ..., *op. cit.*, págs. 110 y ss.

⁹⁵ RUBIO LLORENTE, F., «Panel sobre el presente y futuro de las fundaciones en España», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.A. (dirs.), *Presente y futuro de las Fundaciones*. Madrid: Civitas, 1990, pág. 244.

⁹⁶ DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., «Las fundaciones hoy ..., *op. cit.*, pág. 81.

supuesto, regulaba el ejercicio del protectorado por parte del Ministerio de Educación y Ciencia.

Con este Reglamento se consumaba lo previsto por la Ley General de Educación. Es más, como hizo constar de manera reiterada el Consejo de Estado en su dictamen de 18 de mayo de 1972, sobre el proyecto de Reglamento, se daba –y se dio– una notable extralimitación normativa, pues el proyecto se inmiscuía con frecuencia en ámbitos propios de norma con rango legal. Se ponía de manifiesto así la voluntad del Gobierno de crear un marco completo y novedoso para las fundaciones, alejado de las limitaciones del pasado. Y así, se consiguió la existencia de una normativa plural para las fundaciones: las fundaciones culturales tenían un régimen completo formado por la citada Ley y su Reglamento, el resto de fundaciones, en sus más variadas clases, seguían sometidas a la Ley General de Beneficencia de 1849 y al Reglamento de 1899, ya que los distintos instrumentos normativos que las habían reconocido eran sustancialmente normas de atribución competencial a los Ministerios que asumían el protectorado.

El Decreto 2.930/1972 establece, en consecuencia, un Derecho sustantivo donde, sin duda, hay que buscar el antecedente inmediato de las actuales regulaciones de fundaciones. La estructura del Capítulo Primero del Título I del Reglamento es un buen ejemplo de ello:

- Sección 1.^a Normas generales
- Sección 2.^a Constitución de las fundaciones
- Sección 3.^a Gobierno de las fundaciones
- Sección 4.^a Funcionamiento de las fundaciones
 - Subsección 1.^a Actividades encaminadas al cumplimiento del objeto fundacional
 - Subsección 2.^a Gestión Económica
 - Subsección 3.^a Contabilidad

- Subsección 4.^a Actuaciones ante los Tribunales de Justicia

- Sección 5.^a Modificación, fusión y extinción de las fundaciones

Además, se regulan el Registro, el Protectorado y las fundaciones extranjeras que realizan actividades culturales en España.

El paralelismo con la estructura de la Ley 30/1994 es evidente y también lo es en alguno de sus principios.

Quizás el más relevante por cuanto supone un cambio sustancial respecto a la normativa anterior es la configuración de la inscripción registral como constitutiva, de manera que la fundación solo adquirirá la personalidad jurídica tras la inscripción en el Registro de Fundaciones, registro que, por otra parte, crea *ex novo* el Reglamento y lo adscribe al Ministerio de Educación y Ciencia. Hasta 1972 la doctrina interpretó mayoritariamente que el régimen de adquisición de la personalidad jurídica por las fundaciones era el de la constitución, esto es, la personalidad se adquiría por el mero hecho de la perfección del negocio jurídico fundacional, sin necesidad de ningún acto posterior⁹⁷. El artículo 5.2 de este Reglamento, sin embargo, con una dicción algo confusa distinguía dos momentos: la constitución⁹⁸ y la inscripción registral, pero solo en el segundo momento se adquiría la personalidad jurídica. Esta opción novedosa en el Derecho español ha sido la adoptada por el legislador español tanto en 1994 como en 2002, y, en consecuencia, se ha incorporado a la mayoría de ordenamientos autonómicos⁹⁹.

⁹⁷ ATIENZA NAVARRO, M.L., «Comentario al artículo 4. Personalidad Jurídica», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, págs. 136 y ss.

⁹⁸ El artículo 8 del Reglamento abordaba la regulación del proceso de constitución de la fundación, aunque sus referencias eran exclusivamente a los actos realizados en nombre o por cuenta de la fundación en el período comprendido entre el acto de constitución y la inscripción registral.

⁹⁹ Vid. al respecto, la Ley 44 de la Compilación navarra, donde se prevé «[p]or actos ínter vivos o mortis causa, cualquier persona puede crear en Navarra, sin necesidad de aprobación administrativa, fundaciones». La actual regulación catalana, establecida en el artículo 331-1.4, de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, establece que con la inscripción se adquiere la «personalidad jurídica definitiva», algo que ha sido criticado por parte de la doctrina porque parece dar a entender que antes de la inscripción hay una especie de «personalidad jurídica provisional» inexistente en el mundo del Derecho (LLOVERAS I FERRER, M-R., «Notes a la nova regulació de les fundacions en el Codi civil de Catalunya», en *Indret: Revista per a l'Anàlisi del Dret*, núm. 4/ 2008, recurso en línea, págs. 9-10). Vid. también, ATIENZA NAVARRO, M.L., «Comentario al artículo 4», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coord.), *Comentarios...*, op. cit., págs. 151 y ss; y DÍAZ BRITO, F.J., «Las fundaciones navarras ante la nueva Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 35, enero-junio de 2003, págs. 158-159.

Otro aspecto relevante que introduce el Reglamento en la normativa que atañe a las fundaciones es la regulación de la gestión patrimonial de las fundaciones. Se introducen dos cambios muy significativos: la posibilidad de que las fundaciones puedan disponer de todo tipo de bienes sin limitación alguna y, liberándolas en consecuencia de las ataduras de la conversión de los bienes inmuebles en deuda pública; y la legalización de las actividades mercantiles desarrolladas por las fundaciones. Se trata, según la propia exposición de motivos del Reglamento de *«un cambio radical frente a la vieja normativa, inspirada en el espíritu de la desamortización y de la lucha contra las manos muertas, abriendo a las fundaciones muchas posibilidades»*.

Estos son dos de los puntos de ruptura entre el Reglamento de 1972 y la normativa precedente. Anteriormente hemos apuntado algunos de los rasgos característicos del régimen jurídico que afecta a las fundaciones en el período preconstitucional. Deliberadamente hemos dejado al margen el análisis de este Reglamento ya que, de lo contrario podría distorsionarse la realidad de un marco jurídico muy complejo y sobre todo, en algunos aspectos, contradictorio. No en vano, el legislador de 1994, y en parte los legisladores autonómicos que le antecedieron, recurrieron al Reglamento de 1972 para sustentar el nuevo Derecho de fundaciones¹⁰⁰.

Asimismo, otro punto digno de mención del Reglamento que nos ocupa es su vocación omnicomprendiva, ya que establece, como se ha dicho, una normación de carácter exhaustivo de la vida de las fundaciones, extralimitándose en este aspecto de manera evidente respecto del apoderamiento legal y aún de su competencia material. En su objetivo totalizador, en el Reglamento se introduce, por primera vez en un texto jurídico moderno un concepto de fundación (art. 1)¹⁰¹ y, más allá de las determinaciones relativas a la gestión patrimonial, también modulaciones sobre la voluntad del fundador. Se mantiene la preeminencia de la voluntad del fundador a la hora de configurar la nueva entidad, e incluso durante su vida se le atribuye la

¹⁰⁰ El anteproyecto de ley de fundaciones de 1981 se confesaba expresamente deudor de este Reglamento.

¹⁰¹ MORILLO GONZÁLEZ, F., La fundación: concepto y elementos esenciales. Madrid: Tecnos, 2001, pág. 25. El concepto contenido en este Reglamento es: «Tendrán el carácter de Fundaciones culturales privadas aquellos patrimonios autónomos destinados primordialmente por sus fundadores a la educación, la investigación científica y técnica o cualquier otra actividad cultural y administrados sin fin de lucro por las personas a quienes corresponde su gobierno con arreglo a las prescripciones de sus Estatutos».

posibilidad de regir en exclusiva la fundación (art. 9.3), pero la norma incluye aspectos que son indisponibles para el fundador, y que en consecuencia se superponen a su voluntad¹⁰², en cuestiones tales como la configuración del gobierno de la fundación o la gestión patrimonial.

En este sentido, en la relación entre voluntad del fundador y disponibilidad de los preceptos legales, el Reglamento de 1972 establece una pauta que será el punto de partida de las leyes posteriores que en general introducirán más limitaciones a la voluntad del fundador al tiempo que aumentarán la libertad de la propia fundación. Precisamente esta intromisión en la voluntad del fundador que en primera instancia se realiza mediante el Reglamento de 1972 merece una reflexión crítica del Consejo de Estado, órgano que entiende que es *«es muy difícil justificar la regulación por vía administrativa de estos aspectos privados de las Fundaciones benéfico-asistenciales. Y ello, porque si bien es cierto que el Código Civil no regula determinados aspectos, ello implica precisamente que el legislador ha querido dejar dichos aspectos sometidos al principio de autonomía de la voluntad»*¹⁰³.

GÓMEZ-FERRER MORANT consideró que este Reglamento supone, junto con la Ley General de Educación, una derogación de los principios de la desamortización y de esta circunstancia derivan algunas de las características más relevantes del Reglamento. Entre estos rasgos, destacó el autor la alteración del equilibrio entre intervención administrativa y voluntad del fundador, ya que la supresión de las reglas con finalidad desamortizadora conllevaba necesariamente la ampliación del campo de acción de la Administración en aras de una mayor seguridad jurídica, especialmente exigible desde el momento en que las fundaciones disponen de un amplio margen respecto a la gestión económica y patrimonial. Por ello, el Reglamento intensifica la acción del Protectorado y, al tiempo, como se ha señalado, debilita el principio de autonomía de la voluntad en beneficio de la imperatividad de la Ley y

¹⁰² El Reglamento es en este punto, y así lo ha reconocido parte de la doctrina, un tanto confuso. De una parte la Disposición Transitoria 3^a.1 establece que se «reputarán sin efecto a partir de su publicación» toda una serie de actos, incluidas escrituras de constitución, estatutos, reglamentos... que se refieran a la gestión económica o a los actos extraordinarios de gobierno y administración que se opongan a lo previsto en este Reglamento. Sin embargo, y de manera expresa, la Disposición Transitoria 4^a excluye de la aplicación del Reglamento a aquellas fundaciones constituidas con la cláusula «a fe y conciencia» en cuanto pueda provocar su extinción.

¹⁰³ Dictamen de 18 de mayo de 1972 (Exp. núm. 38.059).

de la acción tutelar de la Administración. De esta manera, la adopción de un nuevo sistema de adquisición de la personalidad jurídica, con intervención intensa del Poder Público se justificaba en que «la derogación de la legislación desamortizadora implica asimismo que las fundaciones podrán ser titulares de toda clase de bienes sin limitación, e intervenir en el tráfico jurídico de los mismos, lo que conduce –en garantía de la buena fe y la seguridad del tráfico– a la conveniencia de que exista una adecuada publicidad de la constitución de estas entidades»¹⁰⁴.

El Reglamento de 1972 supone, pues, el cierre de la etapa iniciada en 1820 con las leyes desamortizadoras. El artículo 34 de la Constitución será el punto de no retorno de este cambio de fase, porque no se puede olvidar que el nivel máximo de disparidad entre regímenes jurídicos a los que se sometían las fundaciones se alcanzó con este Reglamento.

¹⁰⁴ GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «Aspectos de la nueva...», *op. cit.*, págs. 377-402.

CAPÍTULO III

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FUNDACIÓN

La promulgación de la Constitución Española constituye un giro copernicano en el ordenamiento jurídico en lo relativo a las fundaciones por cuanto incluye un reconocimiento expreso del derecho a crear fundaciones. Ello supone un hecho insólito en el constitucionalismo¹⁰⁵, una innovación destacada, tanto por incluir las fundaciones en el texto constitucional como por incorporar al catálogo de derechos el derecho de fundación. En cuanto a su contenido, el artículo 34 de la Constitución Española consagra el derecho de establecer fundaciones¹⁰⁶ a todas las personas privadas¹⁰⁷, «*particulares*», según ha afirmado el Tribunal Constitucional en su sentencia 120/2011, de 6 de julio¹⁰⁸. Este precepto está incluido en la Sección Segunda del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución –bajo la rúbrica *De los derechos y deberes de los ciudadanos*–, lo que implica un salto cualitativo en cuanto a la protección y reconocimiento respecto a la mera atribución de personalidad jurídica a una institución que hasta ese momento reconocía el Código Civil. Se produce un salto cualitativo que va desde la simple facultad derivada de la condición de propietario, al reconocimiento de un derecho subjetivo de rango constitucional.

¹⁰⁵ Lo insólito de esta constitucionalización fue puesto de relieve, entre otros, por el diputado y *padre* de la Constitución, Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, y por el senador Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, en el transcurso de los debates de elaboración de la Constitución. (*Vid.* respectivamente, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 71, de 22 de mayo de 1978, pág. 2.571; y Diario de Sesiones del Senado núm. 43, de 24 de agosto de 1978, pág. 1.871).

¹⁰⁶ PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ, *op. cit.*, pág. 22 «...el derecho de fundación pasa a ser un derecho fundamental (aunque no de los especialmente protegidos por la vía del amparo) ...».

¹⁰⁷ Aunque pueda entenderse lo contrario de la rúbrica en la que se ubica el artículo 34 CE, lo cierto es que los extranjeros pueden ser titulares tanto del derecho de fundación como de otros derechos contenidos en ella (matrimonio, propiedad privada...). En este sentido, algunos textos normativos como el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, han reconocido el derecho de fundación a los extranjeros.

¹⁰⁸ FJ 5º.

Además, ha provocado que en estos últimos veinticinco años el Derecho de fundaciones haya vivido la mayor evolución en nuestro país desde la etapa de la desamortización.

La constitucionalización del derecho de fundación es, pues, un salto cualitativo muy relevante, ya que se pasa de una regulación en su gran mayoría infralegal, como se ha visto, a una regulación supralegal, constitucional, con significativas garantías que sustraen parte de régimen jurídico de las fundaciones al ámbito de disponibilidad del legislador y, por supuesto, del reglamento¹⁰⁹.

La ausencia de tradición en el Derecho propio y en el Derecho comparado ha llevado a buena parte de la doctrina a plantearse el porqué de la presencia del derecho de fundación en la Carta Magna¹¹⁰. Se trata de un debate doctrinal que encuentra respuesta en gran medida en la discusión que se mantuvo en las Cortes durante la elaboración de la Constitución¹¹¹. Fruto de la observación de este debate, sobre el que volveremos más adelante, la doctrina ha fijado tres posibles justificaciones, principalmente, de que la Carta Magna incluya un artículo sobre el derecho de fundación. Estos tres argumentos son, de una parte, la respuesta a la legislación basada

¹⁰⁹ DÍAZ BRITO, F.J., «El desarrollo del artículo 34 de la Constitución por la Ley de Fundaciones Canarias», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 8, enero-abril 1996, pág. 119.

¹¹⁰ Según GARCÍA DE ENTERRÍA «no ha sido un capricho la inclusión del derecho de fundación en tan alto lugar, así como tampoco que esta inclusión pueda resultar carente de sentido» (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución...», op. cit., pág. 236); PIÑAR MAÑAS se ha manifestado en términos similares al afirmar que la inclusión del derecho en la Constitución «no es un simple capricho del constituyente» (PIÑAR MAÑAS, J.L., «Las fundaciones y la Constitución española», en MARTÍN-RETORTILLO, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991, pág. 1.311). En sentido contrario, es decir, crítico con la inclusión constitucional, se pronuncian, entre otros, Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, quien afirma que «[p]uede pensarse malévolamente, que siguiendo un programa de Derecho civil al que parecía remitir un conjunto de preceptos constitucionales anteriores (p. ej.: matrimonio, propiedad privada, asociaciones, etc.) las fundaciones tenían una cabida perfectamente clara» (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Prólogo», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Tratado...*, op. cit., pág. 49); también Rubio Llorente, quien se opuso en la tramitación parlamentaria, como Secretario General del Congreso a la constitucionalización del derecho, como él mismo reconoce, sin éxito (RUBIO LORENTE, F., «Panel sobre el presente y futuro de las fundaciones en España», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.A. (dirs.), *Presente y futuro de las Fundaciones*. Madrid: Civitas, 1990, pág. 245); por último LLOMBART BOSCH, se pregunta sobre la oportunidad de la ubicación del reconocimiento del derecho de fundación y la necesidad de su inclusión en la Constitución (LLOMBART BOSCH, D., «Reflexiones sobre la constitucionalización del derecho de fundación», en: AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor Diego Sevilla Andrés: Historia, Política y Derecho*. Valencia: Universidad de Valencia, 1984, tomo II, pág. 567).

¹¹¹ *Vid.*, entre otros, PIÑAR MAÑAS, J.L., «Las fundaciones en el marco constitucional», en AA.VV., *Hacia una nueva Ley de Fundaciones*. Santander: Fundación Marcelino Botín, 1992, págs. 63-64.

en principios propios de la etapa desamortizadora¹¹²; una segunda explicación reside en que el derecho de fundación es una de las plasmaciones de la función social de la propiedad proclamada por la Constitución¹¹³; y por último, un argumento esbozado en el momento constituyente pero que en la actualidad goza de un notable predicamento, es el que el derecho de fundación es una consecuencia del Estado Social proclamado por la Constitución, esto es, es una manifestación del derecho de participación de los particulares en la vida social, económica, cultural y económica (art. 3.2 CE)¹¹⁴.

1. EL ANTEPROYECTO DE CONSTITUCIÓN

El actual artículo 34 de la Constitución inició su *iter* parlamentario como parte del artículo 22 del Anteproyecto de Constitución elaborado por la Ponencia de

¹¹² Entre otros, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación...*, *op. cit.*, pág. 15 y en GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Algunas acotaciones ...», *op. cit.*, pág. 110. Sin embargo, CABRA DE LUNA considera que tanto el Código Civil como la Constitución «son textos legales continuadores de la tendencia histórico-legislativa proveniente del antes denominado período desvinculador» (CABRA DE LUNA, M.Á., *El Tercer ...*, *op. cit.*, pág. 204).

¹¹³ RICO PÉREZ, citando a GARRIDO FALLA considera que se trata de «una cuestión que, a través de la historia, ha estado íntimamente ligada a las concepciones dominantes sobre la función social de la propiedad» (RICO PÉREZ, F., *Las Fundaciones ...*, *op. cit.*, pág. 143); en similares términos se manifiesta DEL CAMPO ARBULO «obedece a la convicción jurídica del legislador patrio de que el derecho de fundar consagra, desde ese aspecto específico, la función social de la propiedad» (DEL CAMPO ARBULO, J.A., *Régimen Jurídico de las Fundaciones*. Madrid: Centro de Fundaciones-ADENLE, 1988, pág. 25).

¹¹⁴ STC 120/2011, de 6 de julio, FJ 5º; PIÑAR MAÑAS, J.L., «El derecho de fundación como derecho fundamental», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 9, 1996, págs. 159 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución...», *op. cit.*, pág. 255; SALA ARQUER, J.M., «El nuevo Derecho Público de las fundaciones privadas», en: CAZORLA PRIETO, L.M. *et alii*, *Fundaciones: problemas actuales y reforma legal*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, pág. 91.

la Comisión Constitucional¹¹⁵. DíEZ-PICAZO atribuye la paternidad de la iniciativa de incluir en la Constitución «*semejante precepto*» a Manuel FRAGA IRIBARNE¹¹⁶.

La dicción originaria era:

«Artículo 22¹¹⁷

1. *Se reconoce el derecho de asociación.*

2. *Se reconoce el derecho de fundación con arreglo a la ley.*

3. *Las asociaciones y fundaciones que atenten al ordenamiento constitucional o intenten fines tipificados como delito, son ilegales.*

4. *Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.*

5. *Las asociaciones y fundaciones no podrán ser disueltas ni suspendidas en sus actividades si no es en virtud de resolución judicial motivada.*

6. *Se prohíben en todo caso las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar».*

Esta redacción, sin embargo, no fue la primera que adoptó la Ponencia constitucional¹¹⁸. La primera redacción original sobre la que trabajó la ponencia era mucho más expresa en sus referencias a las fundaciones y, entre otras cosas, implicaba la adopción de un determinado sistema de adquisición de la personalidad jurídica:

¹¹⁵ En consecuencia, el artículo se incluía entre los que regulaban los derechos fundamentales y, por tanto, disponían de un especial régimen de protección que el Anteproyecto constitucional contemplaba en el artículo 45: «1. *Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo dos del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá desarrollarse el ejercicio de tales derechos y libertades.* 2. *Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de los derechos reconocidos en el capítulo segundo ante los tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y a través del recurso extraordinario de amparo ante el Tribunal Constitucional.* 3. *El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sin embargo, no podrán ser alegados, directamente, como derechos subjetivos, ante los tribunales».*

¹¹⁶ «Puede pensarse malévolamente, que siguiendo un programa de Derecho civil al que parecía remitir un conjunto de preceptos constitucionales anteriores (p. ej.: matrimonio, propiedad privada, asociaciones, etc.) las fundaciones tenían una cabida perfectamente clara». DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Prólogo», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, Tratado..., op. cit., pág. 49.

¹¹⁷ *Boletín Oficial de las Cortes (BOC)* núm. 44, de 5 de enero de 1978.

¹¹⁸ *Revista de las Cortes Generales*, núm. 2, 1984, pág. 269.

el de su constitución. Esta redacción inicial del entonces artículo 26, era del siguiente tenor:

«1. Se reconoce el derecho de asociación y de fundación sin necesidad de autorización previa.

2. Las asociaciones y fundaciones que atenten al orden constitucional o intenten fines condenados por la Ley penal, son ilegales.

3. Las asociaciones y fundaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse, a efectos únicamente de publicidad, en un registro creado a tal efecto.

4. Las asociaciones y fundaciones no podrán ser disueltas ni suspendidas en sus actividades, si no es en virtud de resolución judicial y firme.

5. Se prohíben, en todo caso, las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar».

Es evidente que esta redacción aprobada en la reunión de la Ponencia de 8 de septiembre de 1977 fue posteriormente modificada en los términos en los que finalmente se incluyó en el Anteproyecto. El cambio entre las dos redacciones con las que trabajó la ponencia es manifiesto, aunque de la opción final de la Ponencia no cabe dilucidar una posición restrictiva del derecho de fundación sino una ampliación del margen del legislador –en aquel momento orgánico, en atención a la ubicación del artículo en el Anteproyecto– para definir el régimen jurídico de las fundaciones. Y, en cualquier caso, una cierta relación entre el derecho de fundación y el derecho de asociación, aunque menos estrecha en la segunda de las redacciones¹¹⁹.

El informe de la Ponencia¹²⁰, sin embargo, introdujo cambios significativos no en la redacción, pero sí en la sistemática del derecho de fundación, ya que se desgajó del artículo que consagraba el derecho de asociación y quedaba ubicado entre éste y el que reconocía el derecho de participación en los asuntos públicos (hoy artículo 23)¹²¹. Como más adelante se verá, e incluso ha sido utilizado por el Tribunal

¹¹⁹ El siguiente artículo que figuraba en el Anteproyecto era el relativo al derecho de participación (antecedente del actual artículo 23).

¹²⁰ BOC núm. 82, de 17 de abril de 1978.

¹²¹ Revista de las Cortes Generales, núm. 2, 1984, pág. 385 y Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 82, de 17 de abril de 1978.

Constitucional como argumento en su Sentencia 98/2013, de 23 de abril, y previamente en la 49/1988, de 22 marzo, la ubicación topográfica de un precepto es relevante para la determinación de algunos perfiles del derecho reconocido.

El nuevo texto, contenido en el artículo 21, establecía:

«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 [referentes a las asociaciones ilegales y a la disolución y suspensión de asociaciones]».

2. LA TRAMITACIÓN DEL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN EN LA COMISIÓN DE ASUNTOS CONSTITUCIONALES Y DE LIBERTADES PÚBLICAS DEL CONGRESO

La tramitación parlamentaria del Proyecto de Constitución afectó de manera considerable a la propuesta de regulación del derecho de fundación. Este precepto fue objeto de una significativa discusión, tanto en sede de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados como en sede de la Comisión de Constitución del Senado¹²². En ambos foros se repitieron argumentos y posiciones, pero también se introdujeron vía enmienda modificaciones al Anteproyecto que, como ha destacado CABRA DE LUNA, han condicionado la evolución de las fundaciones en España¹²³.

Es opinión generalizada en la doctrina que en el transcurso del debate la tradición jurídica de nuestro país, recelosa hasta niveles máximos con cualquier figura jurídica que pudiera recordar a las amortizaciones de bienes, marcó algunas de las

¹²² *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (DSCD)*, núm. 71, correspondiente a la sesión del día 22 de mayo de 1978.

¹²³ CABRA DE LUNA, M.Á., *El Tercer ...*, op. cit., pág. 205.

posiciones de los Grupos Parlamentarios hasta el punto de recordar en algún momento los argumentos utilizados durante el siglo XIX en contra de las *manos muertas*¹²⁴.

En el primer trámite parlamentario, en el Congreso de los Diputados, el artículo 22 del Anteproyecto fue objeto de una docena de enmiendas provenientes de distintos Grupos Parlamentarios¹²⁵. Estas enmiendas pueden agruparse alrededor de tres bloques: las relativas a la delimitación de las asociaciones y fundaciones ilegales (párrafo 3 del artículo 22)¹²⁶; las que solicitaban la supresión del reconocimiento del derecho de fundación; y por último, las que se referían a cuestiones de redacción o precisiones terminológicas¹²⁷.

Las enmiendas que solicitaban, en este momento procedimental, la supresión del reconocimiento del derecho de fundación eran tres, aunque realmente eran dos. La primera, la número 2, presentada por el diputado de Alianza Popular Antonio CARRO MARTÍNEZ, solicitaba la supresión del reconocimiento del derecho de fundación –no así las referencias a las fundaciones ilegales o al procedimiento para la disolución de fundaciones– justificando que se trataba de una «materia de Código Civil» y preguntaba retóricamente «¿por qué no se reconoce también la libertad de contratar, etc.?». Sin embargo, el diputado CARRO MARTÍNEZ no mantuvo su enmienda y, en consecuencia, no llegó a ser debatida. Esta propuesta de modificación se incluía dentro de un conjunto de cambios muy extenso cuya finalidad era «recortar y flexibilizar el proyecto» ya que el enmendante entendía que el texto constitucional propuesto era «demasiado largo y rígido» y, en consecuencia, poco pragmático para «la presente fase de transición».

¹²⁴ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Las fundaciones y ...», *op. cit.*, pág. 1311.

¹²⁵ *Vid.* publicación de las enmiendas al Anteproyecto de Constitución. Congreso de los Diputados (<http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf> –acceso del día 28 de agosto de 2008–).

¹²⁶ En concreto, estas enmiendas eran los números 64, del diputado LETAMENDÍA BELZUNCE (Euskadiko Ezkerra –Grupo Mixto–); 122, del Grupo Parlamentario de la Minoría Catalana; 474, del diputado MORODO LEONCIO (PSP –Grupo Mixto–); 601, del Grupo Parlamentario Vasco; 698, del diputado BONO MARTÍNEZ (Grupo Comunista) y 779, del Grupo UCD.

¹²⁷ Estas enmiendas fueron presentadas por el diputado FERNÁNDEZ DE LA MORA (AP), la núm. 63; por el diputado LÓPEZ RODÓ (AP), la núm. 691 –finalmente retirada–; y por el diputado ORTÍ BORDÁS (UCD), la 736.

Las otras dos enmiendas que afectaban al reconocimiento del derecho de fundación fueron las número 252 y 340, del Grupo Parlamentario Socialistas de Catalunya y del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, respectivamente. En realidad se trataba de una misma enmienda presentada por los dos Grupos. El texto propuesto y la justificación eran, en ambos casos, idénticos. Según estos Grupos el reconocimiento del derecho de fundación debía eliminarse *«por estimar que no es un derecho fundamental»*.

Antes de entrar en el análisis de los argumentos expuestos en la sesión de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, conviene destacar que al margen de las tres enmiendas expuestas, del diputado CARRO MARTÍNEZ y de los Grupos Parlamentarios Socialista del Congreso y Socialistas de Catalunya, las restantes enmiendas no cuestionaban el reconocimiento del derecho de fundación, junto con el derecho de asociación, de manera que incluían las referencias a las fundaciones contenidas en el Anteproyecto, incluidas las dos enmiendas del Grupo Parlamentario Comunista.

En cuanto al debate en la Comisión¹²⁸, este se desarrolló exclusivamente en torno a las dos enmiendas socialistas, que fueron defendidas por el diputado Enrique BARÓN CRESPO. Por el turno en contra, en representación del Grupo Parlamentario de UCD, intervino el diputado Óscar ALZAGA VILLAAMIL. La crítica por parte del diputado socialista a la inclusión en el texto constitucional del derecho de fundación giró no tanto sobre el hecho de que no se trataba de un derecho fundamental, sino sobre la improcedencia de incluir este derecho en el texto constitucional, y restringir su régimen a la legislación civil, por cuanto suponía un vinculación a perpetuidad de bienes en función de la voluntad de su titular; de esta manera la argumentación se sustentaba nuevamente, y después de 150 años, en la prevención de las *manos muertas*: *«es una constante en el siglo XIX [la supresión de las vinculaciones] y entendemos que hay razones que se mantienen porque de otra manera se llegaría a tener que plantear en el futuro una nueva legislación desamortizadora»*. En opinión de Enrique Barón esta circunstancia era incompatible con la función social de la propiedad, ya que impedía que *«tales finalidades [las definidas por el fundador] puedan ser alteradas*

¹²⁸ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (DSCD)* núm. 71, correspondiente a la sesión del día 22 de mayo de 1978.

sustancialmente por las organizaciones democráticas de la sociedad». Junto a este argumento principal de la identificación entre fundación y amortización para intereses privados, en defensa de la enmienda al texto constitucional se alegó que *«elevarlas a nivel constitucional puede suponer luego, tanto en el desarrollo de la ley ordinaria como en el desarrollo jurisprudencial, establecer limitaciones importantes de cara a la posible flexibilidad de las fundaciones»;* y un argumento que se repetirá en el debate del Senado, el relativo al uso de las fundaciones con finalidades defraudadoras de la Hacienda Pública: *«lo que ocurre es que normalmente es una manera de poder defender un patrimonio en manos privadas e ir obteniendo de una manera muy clara unas ventajas fiscales a las cuales no deberían tener derecho».*

Por su parte, en el turno de réplica al diputado BARÓN CRESPO, el *ucedista* Óscar Alzaga alegó que el derecho de fundación se constitucionalizaba, en todo caso, *«con arreglo a la ley»* y no con carácter absoluto¹²⁹ y añadió que el objetivo de esta constitucionalización era evitar dejar este derecho a disponibilidad del legislador ordinario, que podía tener a bien admitirlo, reconocerlo o no admitirlo, en consecuencia *«se podrá establecer por el legislador el marco en que se debe desenvolver, pero nunca se podrá ignorar».* A mayor abundamiento, el diputado centrista, calificó el derecho de fundación como *«uno de los derechos más característicos de la época moderna»*, en contraposición con las posiciones que lo identificaban con las *manos muertas* y, finalmente, concluyó su alegato argumentando que *«puede ser perfectamente uno de los grandes puentes que se han de tener para salvar el abismo existente entre los individuos y el Estado. Es uno de los puentes que puede contribuir a hacer una democracia más real, y que puede facilitar la integración de los españoles en la comunidad y la coordinación de los mismos, para alcanzar fines progresivos de orden cultural, de defensa del patrimonio histórico-artístico, etc.»*

Por último, Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, en representación del Grupo Socialista del Congreso, una vez rechazada la enmienda y, en consecuencia, aceptado el reconocimiento del derecho, en el turno de explicación de voto reiteró la oposición de su Grupo al reconocimiento de este derecho afirmando que *«realmente ni los precedentes constitucionales de Derecho comparado nos llevarían a votar este texto*

¹²⁹ De hecho, como hemos visto, el Anteproyecto no incluía siquiera la opción por un sistema determinado de adquisición de la personalidad jurídica.

[...] creemos que es un error. Hemos constitucionalizado a Hauriou, lo cual es una cosa muy interesante para el dignísimo profesor francés, pero no creo sea bueno para nuestra Constitución. [...] es un exceso en España constitucionalizar las fundaciones». Sin embargo, y aunque una vez aprobado el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas¹³⁰, el Grupo de Socialistas del Congreso mantuvo su enmienda de supresión del artículo 21 con el anuncio de su defensa ante el Pleno del Congreso, esta defensa no se produjo, y el citado artículo salió adelante con 293 votos a favor y una abstención¹³¹.

Así, el texto del Proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el día 21 de julio de 1978 consagraba el derecho de fundación en los siguientes términos¹³²:

«Artículo 22

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 anterior¹³³».

3. LA TRAMITACIÓN DEL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN EN LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN DEL SENADO

¹³⁰ Diario de Sesiones de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, núm. 71, de 22 de mayo de 1978, pág. 2.571.

¹³¹ En la votación final del Proyecto de Constitución, hubo 258 votos a favor, 2 en contra y 14 abstenciones.

¹³² BOC núm. 135, de 24 de julio de 1978.

¹³³ Estos apartados, relativos al derecho de asociación establecían: « [...] 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales. [...] 4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. [...]». Asimismo, el artículo 22 permanecía entre los que tenían una especial protección, según lo previsto en el artículo 48 del Proyecto de Constitución: «1. Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 155, 1, a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos, reconocidos en el artículo 13 y la Sección primera del capítulo segundo, ante los tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional [...]».

Durante la tramitación del Proyecto de Constitución en el Senado¹³⁴ no se cuestionó la constitucionalización del derecho de fundación que había sido aprobada por el Congreso, ya que ningún senador solicitó la supresión del artículo, tal y como había ocurrido en el Congreso. Por el contrario, las enmiendas presentadas se orientaron, principalmente a garantizar el adecuado perfil para las fundaciones intentando limitar las posibilidades de fraude o abuso de la institución con fines, principalmente de evasión fiscal. Se presentaron 4 enmiendas:

- La número 20, presentada¹³⁵ por el Grupo de Progresistas e Independientes¹³⁶. Esta enmienda perseguía dos objetivos: el primero ubicar el artículo en cuestión por detrás del reconocimiento del derecho a la propiedad, el segundo, limitar el derecho de fundación a la búsqueda del interés general¹³⁷, en consonancia con *«toda la tradición desvinculadora»*.
- La número 118, presentada por el senador Manuel IGLESIAS CORRAL¹³⁸, coincidía respecto al primer párrafo, con la anterior enmienda al introducir el requisito del interés público –expresión del Código Civil–, y añadía una prohibición de uso de la figura con fines fraudulentos. En el segundo apartado, solicitaba la introducción de la figura de la acción popular en la fiscalización de los fines de las fundaciones. La enmienda tenía por finalidad *«salir al paso de las simulaciones en la delicada materia de las “Fundaciones”»* y, en opinión de

¹³⁴ Se inicia con la comunicación de la recepción del Proyecto de Constitución remitido por el Congreso y la correspondiente apertura del plazo de presentación de enmiendas. BOC núm. 136, de 26 de julio de 1978.

¹³⁵ Esta enmienda fue defendida por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, e inspirada por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (PIÑAR MAÑAS, J.L., «Las fundaciones y la Constitución...», *op. cit.*, pág. 1.313.

¹³⁶ Este Grupo Parlamentario estuvo formado en la Legislatura Constituyente por una veintena de Senadores elegidos en varias circunscripciones por candidaturas independientes o de partidos regionales. En su inmensa mayoría, no fueron elegidos en posteriores convocatorias electorales. Entre sus miembros estaba Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, senador por Zaragoza.

¹³⁷ La redacción propuesta del párrafo primero del artículo era *«Se reconoce el derecho a instituir fundaciones que persigan fines de interés general»*. Nótese que se suprime el inciso *«con arreglo a la ley»* incluido en el anteproyecto

¹³⁸ El senador por La Coruña, Manuel IGLESIAS CORRAL se integró inicialmente en el Grupo Mixto –y como tal firmó y defendió la enmienda– si bien, a partir de agosto de 1978 se integró en el Grupo Centrista y, en posteriores Legislaturas formó parte de este Grupo y, después, del Grupo Popular en el Senado.

su autor, «*previene saludablemente*» del fraude¹³⁹. Esta enmienda fue retirada por su proponente antes de ser sometida a votación¹⁴⁰.

- La número 655, presentada el Grupo Agrupación Independiente¹⁴¹, proponía la inclusión de un segundo párrafo en el artículo que garantizase la acción de fomento de los Poderes Públicos en la medida en que las fundaciones persiguiesen fines de interés general. Asimismo, el párrafo segundo del Proyecto se convertía en párrafo tercero pero se eliminaba la referencia a las fundaciones ilegales y se limitaba a la disolución. Su justificación era «*la creciente complejidad de los servicios de interés general a los que pueden atender instituciones privadas sin fines de lucro*»¹⁴². Este Grupo Parlamentario había presentado una Proposición de Ley en el Senado a principios del mes de julio en el Senado, cuyo objeto era la elaboración de una Ley general sobre fundaciones privadas y entidades análogas encaminadas a la satisfacción, sin fin de lucro, de necesidades de interés general y sobre medidas que permitan las actividades asistenciales de los particulares¹⁴³; sobre esta proposición de ley volveremos más adelante.

¹³⁹ La redacción propuesta de esta enmienda era: «1. *Se reconoce y amparan las Fundaciones de interés público creadas de conformidad a las leyes, y que no constituyan fraude a las mismas. 2. Regirá también para las Fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo anterior. Además de los órganos públicos, los ciudadanos tendrán acción pública para exigir el cumplimiento de esa finalidad.*»

¹⁴⁰ En el debate en Comisión, salvo el proponente, el resto de Grupos que intervinieron rechazaron la enmienda al considerar que se trataba de una regulación implícita ya en el texto del Proyecto y que incidía en aspectos propios de normas inferiores a la Constitución. Por su parte, el senador proponente la justificó en el hecho de que «*pueden utilizarse medios que no lleguen a la categoría de delito o infracción de naturaleza fiscal o de otro orden y no se van a santificar [...] siempre que pueda advertirse una desviación de la verdadera naturaleza jurídica y moral de la fundación debe cortarse el paso de la fundación*»; respecto al establecimiento de una suerte de acción popular en el caso del uso fraudulento de la figura fundacional, el senador enmendante se justificaba en la analogía con la acción popular en el caso de los delitos.

¹⁴¹ Este Grupo, formado por 13 senadores por Designación Real, incluía en sus filas, entre otros, a Camilo José CELA, a Enrique FUENTES QUINTANA o a José Luis SAMPEDRO.

¹⁴² La redacción que proponía esta enmienda era: «2. La ley estimulará su creación siempre que sus fines sean de interés general. 3. Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en el apartado 4 del artículo anterior.»

¹⁴³ La tramitación del Proyecto de Constitución se superpuso a la tramitación de esta Proposición de Ley, de manera que aunque su presentación y admisión a trámite es anterior (10 de julio) a la entrada del Proyecto de Constitución en el Senado (22 de julio), el debate de su toma en consideración no tuvo lugar hasta el día 8 de noviembre de 1978 (la aprobación definitiva del Proyecto de Constitución tuvo lugar el 31 de octubre, en el transcurso de sendas sesiones del Congreso y el Senado).

- La número 1.049, presentada por el Grupo Socialista, pretendía el cambio de ubicación del precepto, después del reconocimiento del derecho de propiedad y, además, el añadido de un inciso «*para fines de interés general*» en el primer párrafo al objeto de conciliar el texto constitucional con el del Código Civil y, además, evitar «*la técnica de las “fundaciones familiares” que permitiría restablecer en la práctica las vinculaciones y mayorazgos*».

Se puede deducir claramente que el debate en el Senado giró por derroteros sustancialmente distintos a los que se vieron en el Congreso de los Diputados tres meses antes. Las cuestiones que centraron las enmiendas fueron pues, esencialmente dos: la vinculación del derecho de fundación al derecho de propiedad y, la restricción del derecho de fundación a la búsqueda de fines de interés general.

Se trata de dos cuestiones muy relevantes que han dado lugar a interesantes debates doctrinales cuya reproducción no corresponde desarrollar en este apartado. En todo caso, conviene reseñar que el cambio de ubicación del derecho de fundación, de la sección primera a la sección segunda, tenía una connotación que iba mucho más allá de establecer el vínculo entre los derechos de propiedad y fundación, en detrimento de la relación entre los derechos de fundación, asociación y participación. Implicaba un cambio sustancial en el régimen de protección constitucional del derecho de fundación, al quedar privado tanto de la reserva de ley orgánica como de la tutela jurisdiccional con un procedimiento sumario y preferente y, por supuesto, del acceso al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, amén del procedimiento de reforma agravado.

Como ya se vio en el trámite en Comisión en el Congreso de los Diputados, la cuestión de las «fundaciones familiares» había sido una constante en nuestro derecho de fundaciones del último siglo y medio. Es un debate recurrente, sobre todo desde el punto de vista doctrinal y que fue objeto de una destacada discusión doctrinal a mediados del siglo pasado entre CÁRDENAS HERNÁNDEZ¹⁴⁴ y Federico DE CASTRO¹⁴⁵, el primero a favor de la admisibilidad en derecho de este tipo de entidades

¹⁴⁴ CÁRDENAS HERNÁNDEZ, L., «Las fundaciones familiares de Derecho privado», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 424-425, julio-agosto de 1952, págs. 579 a 590.

¹⁴⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., «Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares», en: DE CASTRO Y BRAVO, F., *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1997, págs. 667-692.

y el segundo negando tal posibilidad. Los argumentos del profesor DE CASTRO se impusieron finalmente y esa ha sido la tesis abrumadoramente mayoritaria en nuestra doctrina desde entonces. Ello no obstante, recientemente, desde algunos ámbitos doctrinales, muy minoritarios respecto a esta posición, se ha afirmado que existen algunos resquicios para las fundaciones familiares, contrariamente a lo que parece desprenderse del debate constituyente¹⁴⁶.

Por su parte, la nueva ubicación sistemática del derecho de fundación también ha tenido claras consecuencias, como ha puesto de manifiesto tanto la doctrina¹⁴⁷ como el propio Tribunal Constitucional en sus Sentencia 49/1988, de 22 de marzo y 98/2013, de 23 de abril.

El debate en la Comisión de Constitución del Senado se sustanció el día 24 de agosto de 1978. El eje argumental del debate se centró, como se ha dicho, en el eventual uso fraudulento de la figura fundacional. Igual que en el Congreso, en el Senado se construyó un discurso sobre las fundaciones deudor del argumentario desamortizador, en el que los recelos y sospechas sobre la figura fundacional eran la base. De hecho, la defensa de las dos enmiendas que finalmente salieron adelante, la de los Progresistas y Socialistas Independientes (GPSI), y la de los Socialistas (GS), contenía muchos puntos en común y un mismo eje discursivo: la desconfianza respecto a las fundaciones.

Así, la intervención del senador Martín-RETORTILLO BAQUER se inició con una declaración desconfianza general, cuyo objetivo era la limitación de las fundaciones a aquellas que persigan el interés general: «*en primer lugar, esquematizando mucho, está ahí el fantasma del encubrimiento, el fantasma de la tergiversación*». Una tergiversación, principalmente fiscal, pero que podía conducir a la generación de nuevas *manos muertas* desvirtuando los aspectos de progreso que había logrado el proceso de desamortización iniciado en 1820. En este sentido, el senador zaragozano afirmó que «*el constitucionalizar, el dar libre carta a las fundaciones sin matizar, tal y como se propone aquí [en el Proyecto], nos sitúa ante el riesgo evidente de que puedan surgir*

¹⁴⁶ SALVADOR I CODERCH, PÁG. y SEUBA I TORREBLANCA, J.C., «Fundaciones: interés general y títulos de aportación», en *La Ley*, núms. 4467-4468, 1998, págs. 1851 y ss. También DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., «Las fundaciones hoy ...», *op. cit.*, págs. 84 y ss.

¹⁴⁷ Entre otros, CABRA DE LUNA, M.Á., *El Tercer ...*, *op. cit.*, págs. 235 y ss.; PIÑAR MAÑAS, J.L., «Las fundaciones y ...», *op. cit.*, pág. 1.317.

unas nuevas manos muertas, pero esta vez en manos de particulares, lo cual no sería nada de desear». La desconfianza, sin embargo, va más allá de la eventual constitución de manos muertas, ya que aunque se reconoce que «el tema de las fundaciones puede tener facetas positivas [...], todo este fenómeno que seguramente en el futuro habrá que cambiar, que unas sociedades más avanzadas no admitirán porque tendrán otros medios y otros remedios»¹⁴⁸.

Por su parte, el representante del Grupo Socialista, el senador SÁINZ DE VARANDA JIMÉNEZ, consideró que constitucionalizar la exigencia de la búsqueda del interés general respondía a mantener *«el sistema jurídico español vigente desde las leyes desamortizadoras [...] En nuestro sistema rige un principio de libertad para crear fundaciones, pero solamente con fines de derecho público»*; lo contrario, no incluir esta referencia al interés general, sería insólito y *«ya sería insólito constitucionalizar las fundaciones, pero más aún el que estando constitucionalizadas, no figure claramente su finalidad específica»*, de manera que las fundaciones pueden ser privadas *«pero en todo caso únicamente admisibles por finalidad pública»*.

En relación con el cambio en la ubicación sistemática del precepto, desde la sección primera a la sección segunda del capítulo I del título II, el representante de los senadores progresistas y socialistas independientes afirmó que *«estamos en un lugar demasiado serio [...] entendemos que las fundaciones son una manifestación concreta del derecho de disposición de la propiedad»*. En términos similares, el representante del Grupo Socialista consideró que *«entre los derechos y libertades públicas no es lugar para que se encuentre el derecho de las fundaciones y que debe ser junto al derecho de propiedad y emanaciones del mismo donde debe encontrarse»*.

El tono del debate alcanzó tal nivel que el senador en representación de la Agrupación Independiente, Justino AZCÁRATE FLÓREZ, expresó su preocupación por la imagen que se estaba dando de las fundaciones en los siguientes términos: *«Se de-*

¹⁴⁸ El mismo senador, en el debate de admisión a trámite de la proposición de ley general de fundaciones, celebrado el 8 de noviembre de 1978, incidió en la misma tesis: *«en principio, nuestro Grupo cree que como meta prevalente hay que potenciar a toda costa la iniciativa pública, de forma que el Estado, las regiones, las provincias y los municipios sean quienes asuman prevalentemente de una forma clara y neta la consecución de todos estos fines que se contemplan»* (DS Senado, núm. 70, de 8 de noviembre de 1978).

duce un poco la impresión de que esto de las fundaciones es un instrumento preferentemente dedicado al engaño, a ocultar impuestos y a defraudar al fisco. Yo quisiera salvar fundamentalmente esta impresión, pues creo que son un instrumento absolutamente fenomenal, extraordinario, que en todas partes ha rendido unos servicios extraordinarios de utilidad pública y que, por tanto, hay que tener con las fundaciones la misma actitud que con las sociedades anónimas, o con cualquier clase de asociaciones o con cualquier clase de ciudadanos que se dediquen a violar la ley; es decir, ningún tratamiento ni más ni menos riguroso, ni más ni menos cuidadoso».

Como se ve, el debate no transcurrió por cauces especialmente positivos para el reconocimiento del derecho de fundación, ya que quedaba claro que el objetivo de las enmiendas era establecer limitaciones a nivel constitucional –en consecuencia vinculantes para el legislador infraconstitucional– y desposeer al derecho del estatuto de especialmente protegido¹⁴⁹, toda vez que había quedado fuera del debate el reconocimiento del derecho. En este sentido, el portavoz parlamentario del Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes, Manuel Villa Arregui, clarificó en gran manera los términos del debate con la siguiente intervención:

«Si se constitucionaliza el derecho a la fundación en los términos en que aparece en el proyecto del Congreso, parece que juega el binomio “*universitas personæ*” (derecho de asociación) / “*universitas rerum*” (derecho de fundación), y exactamente lo que la enmienda de nuestro Grupo persigue es, no constitucionalizar ese derecho, sino constitucionalizarlo cuando el conjunto de bienes que adquiere personalidad jurídica se adscribe al cumplimiento de fines generales. Se reconoce, sí, como un derecho del ciudadano –por eso se lleva a la sección segunda de este capítulo–, pero no como uno de aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que figuran en la rúbrica de la sección primera. Y al reconocerse como derecho del ciudadano con sentido social, se dice que se le reconoce el derecho a instituir fundaciones que persigan fines de interés general».

Finalmente, sometidas a votación las distintas enmiendas, se rechazaron la planteada por la Agrupación Independiente y por el GPSI al primer párrafo¹⁵⁰, por

¹⁴⁹ Sorprendentemente, el senador SARASA MIQUÉLEZ, de UCD, expuso que «*entiendo personalmente que tanto daría que este derecho de fundación estuviera reconocido donde aparece como uno de los derechos dimanantes de las libertades públicas como que lo estuviera en el capítulo correspondiente a los aspectos más patrimoniales*».

¹⁵⁰ Sin embargo, es frecuente que se atribuya la autoría de la redacción del primer párrafo del artículo 34 a la enmienda defendida por el senador MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, ..., *op. cit.*, pág. 246).

lo que el primer párrafo del artículo objeto de debate quedó redactado en los términos propuestos por el Grupo Socialista, esto es, se reconoce el derecho de fundación con arreglo a la Ley, para fines de interés general. Del mismo modo, se aprobó el traslado del artículo hasta la sección segunda, con lo que quedaba vinculado geográficamente al derecho de propiedad. De esta manera, y teniendo en cuenta que el artículo en cuestión no fue objeto de debate en el Pleno del Senado, quedó definitivamente fijado en la Carta Magna el derecho de fundación¹⁵¹.

El proceso de constitucionalización del derecho de fundación que acabamos de describir pone de manifiesto que no fue fácil superar la primera sima a la que aludía GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁵². De los debates parlamentarios se percibe muy claramente que mientras para una parte de los constituyentes, el actual artículo 34 suponía un eslabón más en una cadena iniciada en 1820, y en todo caso, mantenía un aire excepcional¹⁵³, para otro grupo de constituyentes, la constitucionalización del derecho de fundación constituía un punto de quiebra definitiva de aquel proceso.

Probablemente, el retraso a la hora de promulgar una ley constitucional de fundaciones tenga mucho que ver con la persistencia de estas dos tendencias en las primeras legislaturas democráticas.

La constitucionalización del derecho de fundación, en todo caso, imprime un nuevo carácter al régimen jurídico de las fundaciones marcado por las siguientes características:

- a) El derecho de fundación goza de las garantías constitucionales de institución y de concepto esencial con reserva legal, como veremos en otros epígrafes de este trabajo.
- b) Existe una vinculación imperativa entre este derecho y la consecución de fines de interés general, lo que separa definitivamente la fundación de la

¹⁵¹ El Dictamen de la Comisión del Senado numeró este artículo como el 34, que fue el ordinal en el que finalmente se aprobó y se promulgó.

¹⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, ..., *op. cit.*, pág. 239. La segunda sima a la que se refiere el autor, provocada por la crisis de valor de los títulos de Deuda Pública que debían adquirir las fundaciones empezó a ser solucionada con la supresión de esta obligación, en el Decreto 2.930/1972.

¹⁵³ No en vano, las enmiendas finalmente aprobadas en el Senado venían justificadas como coherentes con los principios desvinculadores y desamortizadores.

idea de beneficencia, aunque ésta tiene cabida, naturalmente, dentro de aquélla¹⁵⁴.

- c) La normativa de desarrollo del derecho deberá hacerse, en todo caso, a partir de una norma con rango legal, lo que contrasta con el régimen preconstitucional constituido esencialmente por normas infralegales.
- d) El derecho de fundación es un derecho de libertad, una manifestación de la autonomía de la voluntad, por ello, es independiente de la función social de la propiedad. La creación de fundaciones está íntimamente vinculada no solo al derecho de propiedad, sino también a la participación de los ciudadanos en la provisión del interés general, pero en ningún caso
- e) La Constitución no da cobertura a las fundaciones de interés privado, por tanto, tampoco a las familiares. Solo el interés general legitima la existencia de las fundaciones en nuestro ordenamiento. La posibilidad de que existan fundaciones con características diferentes a la institución garantizada en la Constitución es negada por la práctica totalidad de la doctrina. De esta manera, el artículo 34 actúa como garantía y, al tiempo, como prohibición de otras fundaciones.
- f) Los perfiles del derecho de fundación deberán ser determinados por la Ley, sin embargo, del debate se deduce claramente que el sujeto del derecho es privado, se trata de un derecho limitado a las personas físicas y jurídicas de naturaleza privada¹⁵⁵, pues de lo contrario, no parece que hubiera tenido tanta relevancia en la argumentación la lucha contra el fraude fiscal.

Es significativo el desarrollo del debate parlamentario que concluyó con la constitucionalización del derecho de fundación por cuanto supuso el afloramiento de las tendencias políticas que subyacían en el proceso de construcción del derecho

¹⁵⁴ En este sentido, puede afirmarse que se invierten los términos respecto del Reglamento de 1899, donde la beneficencia era el género y las fundaciones la especie (TOMÁS Y VALIENTE, F., "Estudio previo», *op. cit.*, pág. XXXIII). Con la Constitución, la fundación es el género y la beneficencia la especie.

¹⁵⁵ La primera Ley que se aprueba en nuestro país sobre fundaciones tras la Constitución, es la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas de Cataluña. En este mismo, el Decreto 2.930/1972, aprobó el Reglamento de las fundaciones culturales privadas y entidades análogas.

de fundaciones en los últimos 150 años y que, en buena medida, no habían visto la luz a causa de su instrumentación vía reglamentaria. Unas tendencias que atravesaban el arco ideológico de manera compleja, de suerte que hubo partidarios de la constitucionalización en la derecha y en la izquierda, y detractores, en la derecha y en la izquierda.

En nuestra opinión, una vez más en nuestra historia, la existencia de una crisis económica profunda y la toma de conciencia por el Estado de su incapacidad para cubrir las necesidades de los ciudadanos, favoreció el avance legislativo en favor de las fundaciones. El naciente Estado de Bienestar chocaba con una dramática situación económica en la que era necesario el concurso de la iniciativa privada, como puso de manifiesto en su intervención el senador Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO¹⁵⁶, aunque fuera de manera coyuntural. Y las fundaciones podían coadyuvar a la iniciativa pública a cubrir ciertos ámbitos –patrimonio cultural, educación o asistencia social–, y de paso, contribuir a la cohesión social, según reconoció el diputado Óscar ALZAGA¹⁵⁷.

En este sentido, el debate constituyente no partía de la nada, sino que se enmarcaba en un debate que en los ámbitos académicos internacionales –y en menor medida, nacionales– planteaban la necesaria interacción del sector público y del sector privado, especialmente del sector no lucrativo, en la provisión del Estado de Bienestar¹⁵⁸. Esta colaboración público-privada, en términos actuales, se contemplaba desde dos significativas perspectivas. La primera era la meramente económica, pues suponía liberar recursos públicos en ámbitos especialmente costosos –dependencia, cultura, educación o sanidad– en un momento en el que las expectativas sociales eran muy altas en el nuevo sistema político y en términos de bienestar. Por otro lado,

¹⁵⁶ «Pero, desde luego, en la fase histórica en que nos encontramos no, gastaré tiempo para hacer ver a los señores Senadores la importancia que en nuestros pueblos y ciudades tienen estas fundaciones de interés público o de interés general, que sirven para atender a una serie de necesidades» (DSS núm. 43, de 24 de agosto de 1978, pág. 1.871).

¹⁵⁷ «Entendemos que puede ser perfectamente uno de los grandes puentes que se han de tender para salvar el abismo existente entre los individuos y el Estado. Es uno de los puentes que puede contribuir a hacer la democracia más real» (DSCD núm. 71, de 22 de mayo de 1978, pág. 2.569).

¹⁵⁸ Al respecto, puede consultarse el capítulo I de la obra de JIMÉNEZ DÍAZ (*La exención de las fundaciones y la crisis fiscal del Estado*. Madrid: McGraw-Hill, 1998) donde se realiza un excursus sobre las distintas teorías y estudios en relación con el papel de las fundaciones como complemento del Estado que, en tiempos de crisis fiscal, es incapaz de atender sus compromisos sociales. En este sentido, también, es ilustrativo el trabajo de quien fuera presidente del Centro de Fundaciones, Antonio SÁENZ DE MIERA («La hora de la sociedad. ..., op. cit.»).

y ya desde una óptica política liberal, se consideraba que era positivo limitar el monopolio de la provisión pública del interés general, de suerte que con la intervención de las fundaciones, se ganaba en pluralidad y corresponsabilidad de la ciudadanía en la construcción del Estado de bienestar.

4. LAS CONSECUENCIAS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FUNDACIÓN

La constitucionalización del derecho de fundación, en una decisión del constituyente sin parangón en el Derecho comparado¹⁵⁹, planteó desde el principio una serie de dudas relevantes.

4.1. LA COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y LA INICIATIVA PRIVADA EN LA CONSTRUCCIÓN DEL NUEVO ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Un primer bloque de estas dudas era el objetivo último que se pretendía con esta constitucionalización, hasta el punto de llegar a afirmarse que este derecho carecía de contenido¹⁶⁰. Un debate que aún hoy sigue abierto en parte de la doctrina¹⁶¹. Sobre las posibles respuestas a este interrogante, algunas ya se pusieron de relieve en el debate constituyente que acabamos de explicar. Después de 1978, varios autores han reflexionado sobre esta cuestión y han aportado nuevas perspectivas en diferentes direcciones: manifestación del carácter social del Estado¹⁶², correlato del

¹⁵⁹ TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio previo», *op. cit.*, pág. XXVIII.

¹⁶⁰ Vid. la intervención de Francisco RUBIO LORENTE en «Panel sobre el presente ...», *op. cit.*, págs. 245-247. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución...», *op. cit.*, pág. 237.

¹⁶¹ De la pervivencia de este debate se hace eco Pedro GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, en su artículo «El marco constitucional del derecho de Fundaciones», en: AA.VV., *Fundaciones: problemas actuales y reforma legal*. Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi y Fundación María Cristina Masaveu Peterson, 2011, tomo I, págs. 189-193.

¹⁶² GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Algunas acotaciones ...», *op. cit.*, págs. 113-114. HUERTA HUERTA, R. y HUERTA IZAR DE LA FUENTE, C., *Fundaciones: régimen civil, administrativo y fiscal*. Barcelona: Bosch, 1998, págs. 34 y ss.

derecho de propiedad¹⁶³, simple manifestación de la autonomía de la voluntad¹⁶⁴, o un derecho íntimamente vinculado al de participación en la vida política, social, cultural y económica¹⁶⁵. En todo caso, y como se desprende de los debates constitucionales podemos trasladar al proceso de constitucionalización del derecho de fundación la idea de compromiso político de los constituyentes que, según la profesora SÁNCHEZ FERRIZ inspira el proceso de incorporación de los derechos a la Carta Magna¹⁶⁶. En este sentido, es claro el compromiso de los constituyentes en romper con una determinada tradición jurídica y, sobre todo, en establecer garantías a la incorporación de la iniciativa privada en la consecución del interés general.

Como se ha señalado por algunos estudiosos del fenómeno de las fundaciones, este tipo de entidades constituyen un complemento del Estado de bienestar y una clara plataforma para la participación democrática de la ciudadanía¹⁶⁷. MUÑOZ MACHADO ha mantenido la tesis según la cual, el artículo 34 de la Carta Magna «*garantiza un instituto que permite a los ciudadanos desarrollar funciones que, en los orígenes del constitucionalismo, las Administraciones Públicas se habían reservado de modo exclusivo, sustituyendo precisamente a establecimientos de naturaleza semejante del Antiguo Régimen. Se habilita así a los ciudadanos para que se involucren en tareas de relevancia pública. Puede decirse, por tanto, que la fundación es un punto de conexión entre lo particular y lo general, entre los intereses privados y los públicos*»¹⁶⁸.

Este planteamiento abre la puerta a la superación del clásico carácter patrimonialista de las fundaciones. Carácter que, como veremos, de manera recurrente

¹⁶³ TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio previo», *op. cit.*, pág. XXVII; DEL CAMPO ARBULO, J.A., «Examen de las cuestiones ...», *op. cit.*, pág. 25; PIÑAR MAÑAS, J.L., «Entidades privadas e interés general: el papel de las fundaciones». En: AA.VV., *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*. Madrid: Iustel-AEF, pág. 287. PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1996, pág. 324.

¹⁶⁴ RUBIO LORENTE, F., «Panel sobre el presente y futuro ...», *op. cit.*, pág. 247.

¹⁶⁵ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Entidades privadas ...», *op. cit.*, pág. 288. PARADA VÁZQUEZ, J.R., «Las fundaciones desde el Derecho Público», en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 4, 1993, págs. 144 y ss. También, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución...», *op. cit.*, pág. 253-254.

¹⁶⁶ SÁNCHEZ FERRIZ, R., «Ordenación sistemática de los derechos y libertades del Título I de la Constitución», en: AGUIAR DE LUQUE, L. (coord.), *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional: libro homenaje al profesor Gurmésindo Trujillo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, págs. 745-772.

¹⁶⁷ RUIZ OLABUÉNAGA, J.I. (dir.), *El sector no lucrativo en España: una visión reciente*. Bilbao: Fundación BBVA, 2006, págs. 232 y 248.

¹⁶⁸ MUÑOZ MACHADO, S., «El Tercer Sector: entre el Estado y el Mercado», en: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.; y TORNOS MAS, J. (eds.), *La enseñanza del derecho administrativo; Tercer sector y fundaciones; Rutas temáticas e itinerarios culturales: XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*. Barcelona: CEDECS, 2002, pág. 217.

mantiene el Tribunal Constitucional al establecer un vínculo entre el derecho de fundación y el derecho de propiedad. Este hecho, que no podemos compartir por mor de la realidad jurídica y social, e incluso de la tramitación parlamentaria de la Constitución, ha permitido que algunos autores hayan llegado a afirmar que el derecho de fundación es una manifestación de la *función social* de la propiedad que establece la Constitución.

Sin embargo, ciertamente la provisión del interés general a través de las fundaciones va más allá –como se verá más adelante al abordar esta cuestión–. Lo señala acertadamente PIÑAR MAÑAS al considerar que las fundaciones son un instrumento de la sociedad civil en cuanto a mecanismo de participación¹⁶⁹. Precisamente este rasgo ha ganado peso en la configuración en virtud de dos aspectos señalados por la doctrina, la globalización¹⁷⁰ y la crisis fiscal del Estado¹⁷¹.

La misma Constitución, en su artículo 9.2 proclama la necesidad de que los ciudadanos participemos activamente en la vida política, económica, cultural y social. La presencia de las fundaciones constituye un canal privilegiado de esta participación por varios motivos, que se verán a lo largo de este trabajo. Pero adelantémoslos siquiera de modo esquemático.

1) Las fundaciones son una iniciativa privada, en virtud de la cual, un particular o una persona jurídico-privada destina con carácter duradero, parte de sus recursos a la consecución de un fin de interés general, en coexistencia con la provisión realizada por el Estado.

2) Al crear una fundación, en un marco de libertad como es el que propugna nuestra Constitución al consagrar el derecho de fundación, el fundador interviene de hecho en la determinación del interés general por el que tiene una preferencia.

¹⁶⁹ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Tercer Sector: Sector público y fundaciones», en: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.; y TORNOS MAS, J. (eds.), *La enseñanza del derecho administrativo; ... op. cit.*, pág. 276.

¹⁷⁰ ALLI ARANGUREN, J.-C., «Las nuevas formas de la actividad administrativa. Participación, ejercicio privado de funciones públicas y gestión privada de servicios públicos», en *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, núm. 302, 2006, pág. 91.

¹⁷¹ JIMÉNEZ DÍAZ, A., *La exención de las fundaciones y la crisis fiscal del Estado*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.

Es decir, actúa en el ámbito público con una decisión concreta que supone dotar recursos para favorecer la consecución de un ámbito del interés general y no otros. Por tanto, participa en la construcción del Estado de bienestar.

3) Por último, la creación de fundaciones contribuye, como señaló SÁENZ DE MIERA, a la consolidación del pluralismo ideológico a través de la descentralización de las decisiones y, con ello, merman las posibilidades de consolidación de un «*Estado prepotente*» que monopolice el interés general y su satisfacción, como ocurre en los regímenes autoritarios¹⁷², de tal manera que contribuyen a la consolidación de la democracia en nuestra sociedad, una «*democracia multidimensional*» en palabras del sociólogo Salvador GINER¹⁷³.

De todo ello, se deduce con claridad que la constitucionalización del derecho de fundación dista mucho de ser una mera plasmación de la función social de la propiedad –pues ésta ya figura en el artículo 33 y es ocioso reiterarla en el 34–, sino una plasmación del derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos y, en consecuencia, una manifestación del Estado Social y Democrático de Derecho.

4.2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS: NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES

El segundo bloque de cuestiones que se derivan de la inclusión en la Carta Magna del artículo 34 tiene connotaciones más técnicas. Y si bien en los primeros años del régimen constitucional planteó ciertas dudas, posteriormente se han clarificado.

Al margen del contenido material del derecho, sobre el que versa buena parte de esta investigación y que ahora no se tocará, los ejes del debate se sitúan en los

¹⁷² SÁENZ DE MIERA, A., «La hora de la sociedad. Reflexiones sobre la función social de las fundaciones», en: *Revista de Política Social*, núm. 140, octubre-diciembre de 1983, pág. 64.

¹⁷³ GINER SAN JULIÁN, S., «Lo privado público: Altruismo y politeya democrática», en: *Revista de Estudios Políticos*, núm. 88, abril-junio 1995, pág. 17.

siguientes puntos: nivel de protección del derecho, mecanismos de desarrollo normativo y, distribución competencial¹⁷⁴.

En cuanto a la protección del derecho constitucionalmente reconocido, su sistema de garantías lo sitúa el mismo constituyente en el artículo 53.1 de la Ley Fundamental. Este consiste, sucintamente en, reserva de ley para la regulación de su ejercicio; eficacia directa y garantía del contenido esencial. Además, las leyes que regulen su ejercicio podrán ser objeto de recurso de inconstitucionalidad.

No planteó problemas la garantía de eficacia directa pues tanto la doctrina como la jurisprudencia entendieron que en este punto la virtualidad del artículo 34 se situaba en «*romper con acierto y lucidez todo ese corsé absolutamente inadmisibles que ha venido ahogando hasta la fecha, desde hace más de cien años, todo el Derecho de fundaciones*»¹⁷⁵.

Respecto a la reserva legal, las primeras dudas en los años 80 sobre si cabía extender al derecho a fundar la reserva de ley orgánica *ex artículo* 81.1 CE, también se clarificaron con los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional¹⁷⁶. Éste entendió que la reserva de ley orgánica debía aplicarse de modo restrictivo dada su potencia petrificadora del ordenamiento jurídico y, en consecuencia (STC 76/1983, de 5 de agosto) el alcance de esta reserva se limitaba a los derechos contenidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución. Con ello, la reserva de ley que en el artículo 53.1 CE se proyecta sobre el derecho de fundación tiene carácter ordinario.

¹⁷⁴ Con carácter previo a la elaboración de la primera ley de fundaciones, son especialmente interesantes las reflexiones sobre los efectos de la constitucionalización del derecho de fundación de los profesores García de Enterría, Muñoz Machado y Rubio Llorente (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución...», *op. cit.*, págs. 236-238; RUBIO LLORENTE, F., «Panel sobre el presente y futuro ...», *op. cit.*, págs. 244 y ss.; y MUÑOZ MACHADO, S., «Las fundaciones en la Constitución», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.A. (dirs.), *Presente y futuro ...», op. cit.*, págs. 21 y ss.). Con posterioridad a las leyes de fundaciones, y a título de ejemplo, vid. CABRA DE LUNA, M.Á., «El derecho de fundación en la Constitución», en *CIRIEC-España. Revista de economía pública, social y cooperativa*, núm. 47, 2003 (ejemplar dedicado a Constitución y economía social), págs. 230-236.

¹⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución...», *op. cit.*, pág. 243.

¹⁷⁶ Al respecto, y sobre este debate, vid. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M., «La regulación de las fundaciones en los Estatutos de Autonomía: visión general», en *Las Fundaciones y los Estatutos de Autonomía*. Madrid: Centro de Fundaciones, 1979, pág. 41; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución...», *op. cit.*, págs. 250-251; RUBIO LLORENTE, F., «Panel sobre el presente y futuro ...», *op. cit.*, pág. 247; y MUÑOZ MACHADO, S., «Las fundaciones en la Constitución», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.A. (dirs.), *Presente y futuro ...», op. cit.*, pág. 26.

Ello comporta una serie de consecuencias. La primera de ellas es que las Comunidades Autónomas, dentro del margen competencial que tengan asumido en sus Estatutos, podrán desarrollar el derecho a fundar mediante ley de sus propias Asambleas. Y, de hecho, en 1982 se aprobó por el Parlamento de Cataluña la primera ley postconstitucional de fundaciones.

La segunda consecuencia es que, como afirma MUÑOZ MACHADO, esta reserva legal es absoluta en relación con el desarrollo del derecho en sus aspectos básicos o fundamentales, de manera que aunque cabe una colaboración de la norma reglamentaria en la regulación del derecho de fundación, no ha lugar a técnicas de deslegalización en favor del reglamento¹⁷⁷. La reserva de ley, en este caso, por tanto, tiene un carácter material y formal.

Pero existe un tercer elemento a tener en cuenta en el sistema de protección constitucional del derecho de fundación. Este desarrollo legal no podrá desconocer el contenido esencial del derecho de fundación. De suerte que queda indisponible para el legislador una parte de la regulación. Qué sea este contenido esencial es algo que abordaremos en un apartado específico de este trabajo.

Pero hay un último aspecto de la protección del derecho de fundación que, si bien no se encuentra expresamente reconocido en el artículo 53.1 CE, sí que se desprende del mismo artículo 34.1. Es la garantía institucional de la fundación. Lo expuso con claridad RUBIO LLORENTE: un instituto jurídico es *«algo que solo existe en la medida en que el derecho lo cree y lo protege [...] técnicamente, el llamado derecho de Fundación, el artículo 34, si es algo es una garantía de instituto. Se garantiza el mantenimiento en el ordenamiento de un instituto determinado que es el que se llama fundación»*¹⁷⁸. Sobre esta cuestión, también se volverá en un momento posterior.

Como se puede percibir, la constitucionalización del derecho a fundar constituye un hito en nuestra historia jurídica y, sobre todo, abre un abanico de implicaciones jurídicas –algunas de las cuales analizaremos con detalle en este trabajo– que, sin duda, crean un estatuto de protección de las fundaciones muy resistente. Sin embargo, al mismo tiempo, permiten la existencia de diversos planos normativos que

¹⁷⁷ MUÑOZ MACHADO, S., «Las fundaciones en la Constitución», *op. cit.*, pág. 27.

¹⁷⁸ RUBIO LLORENTE, F., «Panel sobre el presente y futuro ...», *op. cit.*, pág. 246.

en cierta manera contradicen uno de los objetivos de la constitucionalización, cual era la simplificación normativa del régimen jurídico de las fundaciones.

Por último hemos de referirnos a una consecuencia especialmente llamativa de la constitucionalización del derecho de fundación. El artículo 9.2 de la Carta Magna llama a los Poderes Públicos a 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.

El Tribunal Constitucional afirmó en su Sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, que existe una habilitación al Estado para «*estimular la participación de la iniciativa privada en la realización de actividades de interés general, mediante medidas fiscales que le corresponde establecer, de conformidad con el art. 149.1.14 CE*»¹⁷⁹.

No se trata sin embargo de una habilitación potestativa para los Poderes Públicos. Ciertamente el Tribunal Constitucional ha residenciado esta habilitación en la competencia de «Hacienda General y Deuda del Estado», pero ello responde a un criterio estrictamente competencial.

Uno de los rasgos característicos del Estado Social es, precisamente, una actuación *positiva* para hacer efectivos los derechos consagrados en la Constitución, que no queden en meras proclamaciones programáticas.

En el debate constituyente ya se vio que uno de los principales elementos de resistencia a la constitucionalización del derecho de fundación era que se interpretaba que, de suyo, comportaba un régimen tributario más favorable que el régimen general. La creación de fundaciones se presentaba para estas posiciones como una vía expedita al fraude fiscal. Por el contrario, las voces que defendían la existencia de este derecho en sede constitucional alegaban precisamente la necesidad de que, en contextos de crisis como era 1978, implicar a los agentes privados en la provisión de determinados bienes de interés general. Y ello, obviamente, no debía ser objeto de sanción sino de estímulo y protección tributaria¹⁸⁰.

¹⁷⁹ STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 2º, reiterado en la STC 98/2013, de 23 de abril, FJ 2º.

¹⁸⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, fundaciones...», *op. cit.*, pág. 250.

Por tanto, la constitucionalización del derecho de fundación se proyecta sobre los Poderes Públicos, y sobre el legislador en concreto, desde dos perspectivas. Desde una perspectiva negativa, obliga a los Poderes Públicos a remover los obstáculos que puedan impedir el ejercicio razonable del derecho. Para ello, existe un mandato expreso al legislador para que articule un régimen jurídico del derecho de fundación que no desconozca el contenido esencial y que se residencia en norma con rango de ley. Pero desde una óptica positiva, junto con la obligación de establecer un régimen jurídico determinado, la Constitución, al vincular el derecho de fundación a la participación de los particulares en la provisión del interés general (STC 120/2011, de 6 de julio, FJ 5º), obliga a los Poderes Públicos a incentivar positivamente el ejercicio del derecho. Esto, a su vez, implica el desarrollo de políticas y medidas de fomento y estímulo, especialmente, a través de una normativa tributaria que otorgue un trato más favorable a las fundaciones.

Es sin duda, una consecuencia ineludible de la interpretación combinada de los artículo 34.1 y 9.2 de la Constitución.

Buena prueba de ello es que la primera norma estatal postconstitucional reguladora del derecho de fundación se contenía en una ley unitaria, junto con el régimen de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, la Ley 30/1994, de 24 de noviembre. De igual modo, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, también se tramitó conjuntamente con la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades Sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo.

5. LAS PROPUESTAS NORMATIVAS POSTCONSTITUCIONALES

Tras la entrada en vigor de la Constitución se abrieron nuevas expectativas en relación con la regulación de las fundaciones, ya que como expresó GARCÍA DE ENTERRÍA, el artículo 34 de la Carta Magna venía *«a romper con acierto y lucidez todo ese corsé absolutamente inadmisibile que ha venido ahogando hasta la fecha, desde*

hace más de cien años, todo el Derecho de fundaciones», de esta manera, «la exigencia de una Ley reguladora del artículo 34 de la Constitución parece hoy [1990] absolutamente oportuna y justamente desde la perspectiva de la protección y del estímulo»¹⁸¹.

La demanda de una nueva regulación de las fundaciones que superase el marco establecido, unificándolo –a pesar de la entrada en vigor de la Constitución las fundaciones culturales tenían un régimen muy distinto al resto– y aligerando las cargas y controles impuestos a las fundaciones, fue una constante desde el mismo momento en que se aprobó la Constitución.

Sin embargo, la ley estatal que desarrollaba el mandato constitucional no fue aprobada hasta 1994, si bien anteriormente, hasta cuatro Comunidades Autónomas aprobaron sus leyes de fundaciones, lo que da una idea de la necesidad de actualizar una normativa que no podemos olvidar que había sido promulgada en, lo sustancial, en el siglo XIX.

5.1. LOS INTENTOS DE REGULACIÓN

Sin embargo, la cuestión de una nueva regulación de las fundaciones no es objeto de atención en las Cortes Generales hasta la IV Legislatura (1989-1993), tras los intentos fallidos tanto en la Legislatura Constituyente (proposición de ley del G.P. Agrupación Independiente) como en la I Legislatura (anteproyecto de 1981).

De esta manera, entre la IV y la V Legislatura, se sucedieron varios intentos de regular tanto el derecho de fundación como el régimen fiscal de apoyo a las fundaciones, y ello, tanto por parte de los Grupos Parlamentarios, singularmente los Grupos Popular (derecho de fundación) y Catalán (régimen fiscal), como por parte del Gobierno. Finalmente, el proyecto de ley de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, presentado por el Gobierno al inicio de la V Legislatura, en noviembre de 1993, fructificó dando lugar a

¹⁸¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución...», *op. cit.*, pág. 243.

la que sería la primera ley de fundaciones, la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.

Las iniciativas anteriores fueron:

a) Respecto al derecho de fundación:

- Proposición de Ley sobre fundaciones privadas y entidades análogas encaminadas a la satisfacción, sin fin de lucro, de necesidades de interés general y sobre medidas que permitan las actividades asistenciales de los particulares, presentada por el Grupo Parlamentario de Agrupación Independiente, en el Senado, durante la Legislatura Constituyente (10.01.1978);
- Anteproyecto de Ley de Fundaciones, elaborado por la Comisión Mixta constituida en la Subsecretaría del Ministerio de Justicia en 1979, y presentada en noviembre de 1981;
- Proposición de Ley reguladora del Derecho de Fundaciones, presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Popular (11.06.1991);
- Proyecto de Ley de fundaciones (17.02.1993);
- Proposición de Ley de fundaciones, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (27.07.1993);

b) Respecto al régimen fiscal de los incentivos a la participación privada en actividades de interés general:

- Proposición de Ley de incentivos fiscales para fomentar las donaciones, el mecenazgo y las actividades de las instituciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Catalán (22.02.1990);

- Proposición de Ley de incentivos fiscales al mecenazgo y a las fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (20.07.1993);

No es, obviamente, este el lugar para analizar con detalle todas las iniciativas legislativas citadas, máxime si se tiene en cuenta que no llegaron a ser aprobadas y, en consecuencia, su valor desde un punto de vista jurídico es básicamente sociológico, por cuanto permiten contrastar las distintas concepciones que había del derecho de fundación, así como de la cuestión del régimen fiscal aplicable

Sí que revisten, sin embargo, especial importancia dos de las iniciativas citadas: la proposición de ley de Agrupación Independiente, de 1978, y el anteproyecto de 1981. En el primer caso se trata de una iniciativa legislativa tramitada al mismo tiempo que la Constitución¹⁸², hasta el punto que inicia su *iter* parlamentario cuando el derecho de fundación aún figura en el artículo 22 del Anteproyecto, entre los derechos de asociación y participación y, por tanto, no ha sido vinculado al interés general; pero no llegó a ramos de bendecir pues las Cortes se disolvieron el 29 de diciembre de 1978, tras la promulgación de la Constitución.

5.1.1. La Proposición de Ley de la Agrupación Independiente (1978)

La proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Agrupación Independiente¹⁸³ es una norma breve, con un preámbulo largo. El título que se propone para la norma es especialmente extenso: «ley general sobre fundaciones privadas y entidades análogas encaminadas a la satisfacción, sin fin de lucro, de necesidades de interés general y sobre medidas que permitan las actividades asistenciales de los particulares»; la longitud de los títulos es algo que caracterizará al legislador estatal hasta la regulación de 2002 –también el Decreto 2.930/1972 tenía una

¹⁸² Esta circunstancia fue puesta de relieve en el debate parlamentario por el senador Iglesias Corral, quien sugirió que se postpusiese el debate hasta que entrase en vigor la Carta Magna (DS Senado núm. 70, de 8 de noviembre de 1978, pág. 3.507).

¹⁸³ Boletín Oficial de las Cortes núm. 127, de 17 de julio de 1978, págs. 2.728 y ss.

denominación extensa-, momento, precisamente, en el que se separan la regulación del derecho de fundación y del régimen fiscal de las entidades sin ánimo de lucro.

En cualquier caso, esta proposición de ley, que fue admitida a trámite en el Senado, ya en su título apunta algunos de los elementos que derivados del proceso de aluvión normativo que en el siglo y medio precedente había ido configurando el régimen normativo de las fundaciones en nuestro país: ausencia de ánimo de lucro, persecución del interés general y origen privado. También hace alguna referencia el título a la finalidad asistencial de estas actividades, pero debemos entender que se trata de una reminiscencia de la regulación precedente, no en vano, en el preámbulo se afirma que *«es indispensable ampliar el campo en que está llamada a actuar la iniciativa asistencial de los particulares; no están sólo la Beneficencia, la Enseñanza y la Cultura. El abanico de los fines asistenciales no debe encerrarse en enumeraciones taxativas»*.

El objetivo primordial de la proposición es, al margen de la creación de un régimen jurídico de *«las distintas manifestaciones de la acción asistencial privada»* y, especialmente, el *«estatuto orgánico general de las fundaciones que comprende preceptos de índole civil, administrativo, fiscal y procesal»*, la movilización *«en pro de estas actividades privadas (d)el máximo de recursos y colaboraciones a todos los niveles sociales»*, y así lo proclama el artículo 1 de la proposición.

En cuanto a la propuesta de texto articulado, destacan varios aspectos¹⁸⁴, alguno de los cuales ya han sido expuestos:

- La unificación del régimen jurídico de todas las fundaciones.
- La consagración del protectorado como órgano de tutela por parte de la Administración.

¹⁸⁴ RICO PÉREZ destaca tres cometidos que persigue la regulación legal propuesta (RICO PÉREZ, F., *Las Fundaciones en la Constitución ...*, op. cit., pág. 187): a) proteger la acción privada que se encamine a satisfacer necesidades públicas o sirva a intereses generales; b) tratamiento civil, administrativo y fiscal que favorezca el desarrollo de las fundaciones; c) constitución del Consejo General de Fundaciones.

- Liberalización del régimen patrimonial de las fundaciones, incluyendo la posibilidad del cobro por sus prestaciones, aunque por debajo del precio real.
- Instauración de la acción de fomento por parte de los Poderes Públicos, además de un régimen fiscal favorable.

Además, es destacable que la proposición de ley no contempla la futura constitución de Comunidades Autónomas y, en consecuencia, las eventuales competencias asumidas por éstas. La proposición coincide en algunas de sus opciones del Reglamento de fundaciones culturales privadas de 1972 en aspectos como el cobro de precio de las actividades, la clasificación de las fundaciones o la posibilidad de disponer de todo tipo de bienes; sin embargo se separa sustancialmente del citado Reglamento en asuntos como el sistema de adquisición de la personalidad jurídica, ya que la proposición de ley opta por el sistema de constitución frente a la inscripción registral; asimismo, parece que se separa al regular un régimen general de comunicación frente al de autorización en lo tocante a la gestión patrimonial. Entre las novedades que aportaba es destacable que, por primera vez, se incluya una conceptualización de la fundación, así el artículo 2 define las fundaciones como *«institución que, mediante un patrimonio autónomo, aportado sin fin de lucro, se proponga destinar su renta a la satisfacción de una necesidad general o a la prestación de un servicio de interés público»*; también contempla la posibilidad de fundaciones en las que la dotación fundacional se obtiene mediante colectas o suscripciones (art. 7) y la creación de un Consejo General de Fundaciones, con carácter consultivo y representativo (art. 14)¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Este órgano venía a sustituir en algunas de sus funciones, al Consejo de Estado (*v.gr.* art. 103.6 del Decreto 2.930/1972).

El equilibrio entre la voluntad del fundador y la acción administrativa se decanta claramente a favor de la primera, aunque los preceptos de la ley son indisponibles¹⁸⁶, no obstante, hay un momento en los que la intensidad del ejercicio del protectorado¹⁸⁷ es tal que puede llegar a desvirtuar ampliamente la voluntad del fundador. Así, el ejercicio del derecho de fundación se vincula a la persecución de un interés general que deberá ser apreciado en relación con la necesidad social cuya satisfacción persiga la fundación por los «órganos administrativos competentes». En el resto, el protectorado se configura como un órgano que tenderá «a facilitar las actividades» de las fundaciones, supliendo, en su caso, la ausencia de titulares de los órganos de gobierno (art. 13).

Se trata, en definitiva, de una proposición de ley en una clave que podríamos considerar liberal, si por ello se entiende la reducción del papel del protectorado y la ampliación del margen del fundador o de los gestores, aunque, en todo caso, de haberse aprobado, hubiera necesitado de un desarrollo reglamentario en el que la Administración hubiese gozado de un amplio margen. RICO PÉREZ calificó la proposición de «*proyecto legal, avanzado y plausible*»¹⁸⁸.

En cualquier caso, hay que reseñar que permite conocer *de lege ferenda* cómo podría ser un régimen jurídico sustancialmente distinto al que finalmente se aprobó en 1994 y que aún hoy sigue, en parte vigente, ya que la proposición de ley no incurría en contradicciones con la Constitución –aunque probablemente hubiese habido que ajustar la configuración del Consejo General de Fundaciones a la realidad autonómica–.

Como se ha dicho, esta iniciativa no llegó a salir adelante por la disolución de las Cortes decretada el 29 de diciembre de 1978, a consecuencia de la promulgación de la Constitución¹⁸⁹.

¹⁸⁶ La disposición final 3ª, no obstante, deja al margen de la Ley a las fundaciones a fe y conciencia en la medida en que la aplicación de la Ley pueda implicar su extinción.

¹⁸⁷ Aunque el senador Iglesias Corral solicitó una mayor fuerza del protectorado, en el transcurso del debate parlamentario (DS Senado, núm. 70, de 8 de noviembre de 1978, pág. 3.508).

¹⁸⁸ RICO PÉREZ, F., *Las Fundaciones en la Constitución ...*, op. cit., pág. 187.

¹⁸⁹ De manera premonitoria, el senador Martín-Retortillo Baquer anunció en el debate parlamentario que se trataba «seguramente» de «la última iniciativa del Senado en esta fase histórica que nos toca vivir» (DS Senado núm. 70, de 8 de noviembre de 1978, pág. 3.505).

5.2.2. El Anteproyecto de 1981

La siguiente iniciativa legislativa en materia de fundaciones ni siquiera llegó a ser presentada ante las Cortes Generales, y se quedó en fase de anteproyecto¹⁹⁰. Este texto fue el fruto de una comisión presidida por Luis DíEZ-PICAZO, en la que participaron tanto representantes de la Administración como del sector fundacional¹⁹¹.

La propuesta normativa tenía también como objetivo principal, acabar con la diversidad de disposiciones «de todo rango» y establecer criterios claros y únicos en el ejercicio del protectorado *básico* del Estado. En consecuencia, se pretendía regular de modo unitario el derecho de fundación «*con máximo respeto a la libertad individual, que solo ha de verse coartada por la necesidad de garantizar con el paso de los años el cumplimiento de la voluntad fundacional y el deber de evitar que, a través del mecanismo de la fundación, se intenten satisfacer otros intereses individuales que, aunque respetables, carezcan de trascendencia general y social*». Además, la propuesta legal pretendía regular «*exclusivamente los aspectos básicos de la institución, dejando a los reglamentos el desenvolvimiento de sus preceptos*», teniendo en cuenta, a mayor abundamiento, que las Comunidades Autónomas tenían competencias exclusivas «*sobre algunas fundaciones*».

Sin embargo, aunque en la Exposición de Motivos expresamente se declara que el texto es deudor del Reglamento de 21 de julio de 1972, y así se pone de manifiesto en cuestiones como la adquisición de la personalidad jurídica por la inscripción; lo cierto es que se separa de él en abundantes aspectos, siendo el más llamativo quizás el de la configuración del protectorado como un órgano de vigilancia y asesoramiento, renunciando a un régimen de gestión patrimonial con autorizaciones previas –ni siquiera se prevén comunicaciones *ex post*–, como queda claro en el artículo 42:

¹⁹⁰ El texto del anteproyecto puede consultarse en DEL CAMPO ARBULO, J.A., *Régimen Jurídico de las Fundaciones*. Madrid: Centro de Fundaciones, 1988, págs. 527-542.

¹⁹¹ RICO PÉREZ, F., *Las Fundaciones en la Constitución ...*, op. cit., pág. 190.

«Constituye el objeto propio del protectorado:

- a) *Llevar el Registro de Fundaciones. Sólo podrá denegarse la inscripción cuando los fines fundacionales no sean de interés general.*
- b) *Velar por el efectivo cumplimiento de los fines de cada fundación, conforme a la voluntad expresada por el fundador.*
- c) *Verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales.*
- d) *Dar publicidad a la existencia y actividades de las fundaciones.*
- e) *Asesorar e informar gratuitamente sobre el régimen jurídico y fiscal de las fundaciones.*
- f) *Cuantas otras funciones se establecen en esta ley»¹⁹².*

Esta configuración del protectorado administrativo es ciertamente coherente con el espíritu de la iniciativa, más orientada a la promoción de las fundaciones que a su control y supervisión y así se establecía en el segundo párrafo del primer artículo *«los poderes públicos arbitrarán las medidas oportunas, incluso la adopción de convenios de cooperación, para fomentar el desarrollo de las fundaciones»*.

La iniciativa también abordaba de manera novedosa la articulación administrativa de las funciones del protectorado: un órgano único para toda la Administración del Estado. Y aunque el artículo 43 dejaba abierta la posibilidad de que reglamentariamente se determinara su configuración y adscripción, también establecía que el Registro de fundaciones tendría carácter «central y público» y estaría en el Ministerio de Justicia¹⁹³. Es la primera vez, desde el desglosamiento de las atribuciones del protectorado en función de la finalidad de las fundaciones, ocurrido a partir de la primera década del siglo XX, que se intenta un proceso de tendencia centrípeta.

Otro aspecto reseñable de la iniciativa es la incorporación de una definición de fundación: *«organizaciones de carácter no asociativo que, por voluntad expresa de*

¹⁹² Es destacable el uso del demostrativo «esta» y no del artículo «la», ya que así las funciones del protectorado no podían ser ampliadas en virtud de otras normas anteriores, como ocurre en la actualidad con el art. 35.1.i) de la Ley 50/2002.

¹⁹³ Vid. RICO PÉREZ, F., *Las Fundaciones en la Constitución ...*, op. cit., pág. 192.

sus creadores y sin ánimo de lucro, ven afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de actividades de interés general». Este concepto, contenido en el artículo segundo, introduce una serie de elementos novedosos: la preeminencia del elemento organizativo sobre el patrimonial, la nota de «durabilidad» en la afectación del patrimonio frente a la «perpetuidad», y el carácter negativo de la definición: «no asociativo»¹⁹⁴. Asimismo, sigue incorporando la ausencia de lucro y la vinculación al interés general, según expresión del texto constitucional.

En cuanto al ejercicio del derecho de fundación, se reconoce tanto a las personas físicas como a las jurídicas, públicas y privadas. Es de destacar que la propuesta legal concedía una amplia preeminencia a la voluntad del fundador –incluida la supervivencia de las fundaciones constituidas con la cláusula «a fe y conciencia» (D.A. 2ª)–. De esta manera, la regulación propuesta incidía de manera imperativa, esencialmente, en la plasmación del derecho a fundar (adquisición de la personalidad, requisitos formales,...) dejando la configuración del funcionamiento de la fundación a la voluntad del fundador. Realmente, los capítulos III y IV, bajo las rúbricas «órganos de gobierno» y «funcionamiento y régimen de bienes» tiene solo carácter imperativo en lo tocante a terceros, es decir, beneficiarios, deberes documentales y registrales, e identificación de los gestores –relevante en las relaciones con terceros–; el resto de los preceptos de estos capítulos son, en buena medida, disposiciones habilitadoras a las fundaciones frente a prohibiciones previstas en la normativa vigente entonces. Esta opción por un sistema de libertad se hace evidente en el segundo inciso del artículo 6: «...y ostentará [la fundación dotada de personalidad jurídica] *capacidad jurídica y de obrar y plena libertad para la realización de sus fines sin más limitaciones que las establecidas en esta ley*».

Con todo, la redacción final del anteproyecto dejó en el camino algunos aspectos como la voluntariedad de la rendición de cuentas al protectorado o la posibilidad de que la dotación inicial esté constituida por créditos y derechos referentes a

¹⁹⁴ Con la incorporación del carácter «no asociativo» no se hacía sino asumir una manera de definir las fundaciones muy consolidada en la tradición civilista española desde la aprobación del Código Civil, especialmente. En este sentido, *vid.* GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Algunas acotaciones ...», *op. cit.*, págs. 115-120.

aportaciones periódicas que se plantearon a lo largo de su proceso de elaboración¹⁹⁵.

Como se ha expuesto, el objetivo de la propuesta era regular el contenido básico del derecho de fundación, se distancia por tanto de las leyes de 1994 e incluso de las autonómicas que la precedieron que, además de regular aspectos básicos, trataban de establecer un régimen acabado bien de las fundaciones competencia del Estado, bien de las fundaciones de competencia autonómica. Sin embargo, no parece que esta propuesta tuviera por objeto habilitar necesariamente la regulación posterior de un régimen completo mediante ley, sino más bien, un amplio desarrollo reglamentario, especialmente administrativo, tanto por el Estado como por las CC.AA., aunque en la Disposición Final se aluda a la «legislación de las Comunidades Autónomas».

Finalmente, el anteproyecto no se llegó siquiera a presentar ante las Cortes, pero seguramente hubiese generado un intenso debate si se tiene en cuenta la proximidad en el tiempo del debate constitucional y, al mismo tiempo, la presencia en las Cámaras de algunos de los protagonistas de aquellos debates, y ciertas apuestas claramente rupturistas con el régimen anterior como la ausencia de autorizaciones previas del Protectorado o la capacidad reconocida a las Administraciones Públicas de crear fundaciones.

5.2.3. Los Proyectos de las IV y V Legislaturas

Tras estos dos proyectos que no concluyeron en aprobación, en las Legislaturas no se produjo ninguna actividad legislativa en el ámbito nacional –no así en las Comunidades Autónomas, como se verá– hasta la IV Legislatura (1989-1993). Estos proyectos son más próximos a la Ley definitivamente aprobada en 1994 (V Legislatura) y, en consecuencia, tienen más rasgos en común.

¹⁹⁵ Vid. RICO PÉREZ, F., *Las Fundaciones en la Constitución ...*, op. cit., págs. 191 y 192.

En la IV Legislatura se presentó una proposición de Ley reguladora del Derecho de Fundaciones por parte del Grupo Popular¹⁹⁶. Esta propuesta normativa venía acompañada de una escueta exposición de motivos que concluía que «[c]on el objeto de eliminar este vacío legal y cumplir lo establecido en la Constitución de 1978...».

El primer artículo, referido al ámbito de aplicación disponía que la ley tenía por objeto «*el desarrollo del derecho de Fundación, para fines de interés general, reconocido en el artículo 34 de la Constitución Española, así como las condiciones para su ejercicio por los particulares*». La personalidad jurídica se adquiría por la misma constitución, y si bien se exigía la inscripción registral, esta tenía efectos exclusivamente de publicidad. En este texto, se producía una primacía absoluta de la voluntad del fundador a costa de diluir el papel del Protectorado a un órgano administrativo llamado a ejercer funciones «*de colaboración, de asesoramiento, de control de la licitud de actividades, de examen de cuentas anuales, de autorización, en su caso, y de las comprobaciones que establezca la Ley*» (art. 6.4) y cuyo control sobre la fundación podía ser modulado por el propio fundador o, incluso, ejercido por éste mientras viviese (art. 6.5) en cuestiones tales como la enajenación de bienes. La proposición incluía, también, un breve régimen fiscal.

Esta iniciativa legislativa, sin embargo, no superó el debate de toma en consideración por el Pleno del Congreso, entre otros motivos porque el Grupo Mayoritario –Socialista– argumentó la inminencia del envío de un proyecto de ley sobre fundaciones y otro sobre aspectos tributarios a la Cámara.

Así, año y medio después, el Gobierno presentó en el Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley de Fundaciones¹⁹⁷. Este texto tenía una notable semejanza al que se aprobó en 1994. Incluía una definición de las fundaciones: «*organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general*» (art. 1.1); se contemplaba la inscripción registral como vía exclusiva para la adquisición de la personalidad (art. 3.1); se concedía la capacidad constitutiva tanto a personas pri-

¹⁹⁶ BOCG. Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 92-I, de 17.06.1991.

¹⁹⁷ BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 122-01, de 30.12.1992.

vadas como jurídico-públicas (art. 6.1); y se configuraba un Protectorado con importantes funciones de control, especialmente en el ámbito de la gestión patrimonial. Esta iniciativa permitía la tenencia de todo tipo de bienes, aunque solo autorizaba la realización de actividades mercantiles o industriales cuando tuvieran relación o estuvieren al servicio de los fines fundacionales (art. 22.1).

Este proyecto normativo se tramitó en el Congreso donde fue elaborado el Informe de la Ponencia; sin embargo, la disolución de las Cortes el 13 de abril de 1993 hizo que caducase y, en consecuencia no fuese aprobado.

En esta misma IV Legislatura se presentó también una proposición de Ley de incentivos fiscales para fomentar las donaciones, el mecenazgo y las actividades de las instituciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, por parte del Grupo Parlamentario de Convergència i Unió. Esta propuesta corrió la misma suerte que la presentada por el Grupo Popular sobre el derecho de fundación.

En la V Legislatura (1993-1996), apenas iniciadas las sesiones, el Grupo Popular presentó de nuevo una proposición de Ley, en este caso, titulada «*sobre Fundaciones*»¹⁹⁸.

El texto de esta iniciativa estaba notablemente más elaborado que el de la presentada en 1991 (38 artículos frente a 8) y, desde luego, era mucho más completo. En su exposición de motivos se afirmaba que la propuesta tenía como primer objetivo «*regular el ejercicio de este derecho, respetando en todo caso su contenido esencial que, –como hemos dicho– es de libertad*».

También se incluía una definición de las fundaciones «*masas de bienes y derechos vinculadas por el fundador o fundadores al cumplimiento de un fin de interés general, a las que la Ley atribuye personalidad jurídica*» (art. 2.1). Se seguía apostando por un modelo de adquisición de la personalidad por la constitución, y se fijaba una dotación mínima de un millón de pesetas, actualizable por Real Decreto

¹⁹⁸ BOCG. Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 16-I, de 30.07.1993.

previa audiencia al Consejo de Estado (art. 10.1). Respecto al Protectorado de fundaciones, se asumió una parte sustancial de lo propuesto por el Gobierno en el Proyecto de 1992, restando fuerza a la voluntad del fundador.

Sin embargo, esta propuesta tampoco superó la toma en consideración por la Cámara.

5.2. LA LEY DE 1994

Y en este momento, el Gobierno remitió al Congreso un nuevo proyecto de Ley. El proyecto de Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General¹⁹⁹, que finalmente fue aprobado el 3 de noviembre de 1994, y sancionado el 24 de noviembre siguiente²⁰⁰.

La nota más característica de esta norma es que se estructura en dos títulos materialmente distintos. El primero, sobre fundaciones; el segundo, de carácter tributario, fija el régimen fiscal del mecenazgo y, por tanto, afecta tanto a fundaciones como a otro tipo de entidades especialmente asociaciones declaradas de utilidad pública.

En materia de fundaciones, esta norma recoge los mismos principios que inspiraban el proyecto del Gobierno de 1993. Esto es, inscripción registral constitutiva; libertad de disposición de bienes y de realización de actividades empresariales; tutela del Protectorado sometida al régimen de autorización previa; capacidad de crear fundaciones por las personas jurídico-públicas, y configuración de un régimen de tutela rígido del interés general. Todo ello, en el marco de un régimen jurídico

¹⁹⁹ BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 039-01, de 07.12.1993.

²⁰⁰ Además de los exhaustivos comentarios pormenorizados de esta norma, singularmente los dirigidos por Rafael DE LORENZO GARCÍA y otros a los que nos referimos con frecuencia, un análisis detallado y conciso del Título I de esta norma –el dedicado a las fundaciones– puede verse en BENEYTO BERENGUER, R., «Breve comentario del Título I de la Ley de Fundaciones», en *CIRIEC-España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 6, 1995, págs. 253-264.

completo de las fundaciones, si bien fijando las pautas de la coexistencia de este sistema con los diferentes ordenamientos autonómicos.

Esta norma es la primera ley de fundaciones que se promulgó a nivel estatal en nuestro país desde la Ley General de Beneficencia de 1849. Y con ella, no solo se derogó toda la normativa preconstitucional, sino que además, unificó en un único régimen jurídico a todas las fundaciones.

Su desarrollo se realizó por medio de los Reales Decretos 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal y 384/1996, de 1 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal.

No creemos conveniente insistir más en este texto, toda vez que a lo largo de este trabajo se harán constantes referencias al mismo.

5.3. LA LEY DE 2002

La Ley 30/1994, de 24 de noviembre, que se estructuraba en dos títulos y varias disposiciones finales, fue derogada en virtud de las disposiciones derogatorias de las Leyes 49/2002, de 23 de diciembre, de Mecenazgo, y 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que dejaron sin vigencia, respectivamente, el Título II y el Título I, así como las disposiciones finales, de la citada Ley 30/1994.

La Ley 50/2002, que es la que actualmente se encuentra vigente, responde en gran manera al esquema definido por la Ley 30/1994. Por tanto, sus principios inspiradores, estructurales, podríamos decir, son sustancialmente los mismos: Protectorado, inscripción constitutiva, sometimiento de la voluntad del fundador a la Ley, régimen de autorización previa para ciertos actos de disposición, capacidad de crear fundaciones para las personas jurídico-públicas, etc...

Sin embargo, esta norma reduce en algunos ámbitos la intervención pública –se amplían los supuestos de comunicación posterior y, en consecuencia, se reducen

los casos de autorización previa– y acota espacios de discrecionalidad administrativa; concede mayor autonomía a las fundaciones; establece una presunción de suficiencia de la dotación fundacional; aunque la principal novedad radica en la incorporación al ordenamiento fundacional, proveniente del ordenamiento tributario y presupuestario, de la categoría de las fundaciones del sector público.

Este texto legislativo se aprobó tras ocho años de vigencia de la Ley de 1994, y veinte años después de que se aprobase la primera Ley postconstitucional de fundaciones, la de Fundaciones Privadas de Cataluña, en 1982. Por tanto, pretende recoger la experiencia de su aplicación así como las demandas del sector.

Su desarrollo se ha realizado por medio de los Reales Decretos 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal, y 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal.

También, el contenido de esta norma será objeto de constante comentario en este trabajo, por lo que no es necesario extendernos más en este momento.

Por último, hay que reseñar que el Consejo de Ministros, en su reunión de 29 de agosto de 2014, aprobó un Anteproyecto de Ley de Fundaciones cuya tramitación no fue mucho más allá de esta aprobación, pues salvo el dictamen del CES (dictamen 7/2014, de 24 de septiembre) no se tiene constancia de informes o dictámenes ulteriores. Y en mayo de 2015 –fecha de cierre de este trabajo– no hay noticias sobre el particular, por lo que no nos detendremos en él²⁰¹.

Al respecto, y a título indicativo, hay que señalar que la aprobación de este Anteproyecto provocó la sorpresa del sector fundacional, principalmente la Asociación Española de Fundaciones –AEF– que lo criticó duramente por no responder a las demandas de las fundaciones y por ser fuertemente intervencionista²⁰². En su informe, la Asociación más representativa del Sector llegó a afirmar que el «*texto del*

²⁰¹ El texto del Anteproyecto y su memoria de impacto normativo están accesible en la página web <http://transparencia.gob.es/>.

²⁰² Hay un breve informe de la AEF en su web http://www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/GENERAL/AEF/DOC-cw54229ffcc0a07/ResumenyvaloraciOnAPLF.pdf

anteproyecto devuelve a las fundaciones al concepto clásico de entidades de beneficencia».

En su dictamen, el Consejo Económico y Social también criticó duramente el Anteproyecto en los siguientes términos:

«De ahí que una iniciativa normativa como la que se trae a dictamen del CES, que entraña, además de los dos importantes elementos mencionados, una revisión de numerosos aspectos del régimen jurídico de las fundaciones, entiende este Consejo que habría sido merecedora de una mayor y más detallada explicación y fundamentación de las razones que la avalan. Ello, máxime a la vista de que los cambios contenidos en el Anteproyecto no parecen haber constituido una demanda sentida por el sector, a excepción de los ya citados relativos al Protectorado y Registro únicos»

«Esta preocupación surge porque, sin perjuicio de que se compartan en líneas generales los objetivos enunciados en el Anteproyecto, [...], a juicio de este Consejo algunos de los cambios previstos pueden redundar, y de hecho apuntan, a un mayor intervencionismo administrativo, entre otros aspectos, por los nuevos actos para los que se prevé requerir autorización previa, como se alude en posteriores observaciones de índole particular. El escenario de un sector fundacional más intensamente tutelado por parte de la Administración, si no viene adecuada y suficientemente justificado y respaldado, podría en opinión del CES alterar negativamente el equilibrio entre facultades del gobierno de las fundaciones y potestades del órgano protector, entre autonomía y control, introduciéndose rigideces que, a la postre, pueden suponer trabas innecesarias a la constitución y la actividad fundacional.» [el subrayado es nuestro].

Es muy probable, que estas críticas, así como el cambio en el equipo directivo del Ministerio hayan provocado el abandono de la iniciativa que, por otra parte insiste en la intensificación de la intervención de la Administración en las fundaciones. Una tendencia que, como se verá más adelante, tiene una evidente fuerza en nuestro Derecho.

CAPÍTULO IV

EL CONCEPTO DE FUNDACIÓN

1. ALGUNAS PRECISIONES PREVIAS SOBRE EL CONCEPTO TRADICIONAL DE FUNDACIÓN

1.1. PATRIMONIO AFECTO A UN FIN

El concepto tradicional de fundación en nuestra cultura jurídica es el de «*un patrimonio afecto a un fin*». A partir de esta aseveración que hunde sus raíces en la tradición más antigua y que algunos autores remontan a la etapa final del Imperio Romano²⁰³, la doctrina y la jurisprudencia, principalmente, han desarrollado la construcción jurídica de las fundaciones en nuestro Derecho²⁰⁴. Solo muy recientemente, y de manera especial a partir de 1994, con la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, el legislador ha contribuido a la conceptualización de las fundaciones en nuestro Ordenamiento.

La vinculación entre la figura fundacional y la existencia de un patrimonio hay que situarla necesariamente en el mismo origen de las fundaciones. Este origen

²⁰³ Entre otros, VILASECA I MARCET, J.M., «Una ley de fundaciones privadas», en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 76, núm. 3, 1977, pág. 573 (70).

²⁰⁴ Como apunta Federico DE CASTRO «[h]asta época bien reciente, la fundación ha sido figura jurídica descuidada por nuestra doctrina. A lo que se une el desinterés del legislador, que si bien la menciona en el Código Civil, abandona después su regulación a viejas disposiciones administrativas. Lo que hiciera que se le considerase de poco interés, gris y abandonada en los límites imprecisos de lo civil y lo administrativo» (DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1991, pág. 291).

está en el Imperio Romano –si bien existen algunos precedentes en el mundo helénico²⁰⁵–. En el Derecho romano las fundaciones se vinculaban a dos tipos de actividades: de una parte, a honrar la memoria de los fallecidos; de otra, a atender a los menesterosos. En el primer caso, los bienes se adscribían a una familia; en el segundo, generalmente, a un municipio²⁰⁶. Se trataba de una vinculación que no impedía el comercio de los bienes afectos a la finalidad designada por el fundador, por lo que la doctrina especializada considera que se trata más bien de donaciones modales o de fideicomisos²⁰⁷. Pero en ningún caso este patrimonio adquiriría personalidad en el tráfico jurídico.

Con la extensión del cristianismo en el Bajo Imperio Romano, la Iglesia monopolizó la beneficencia a través de diversas instituciones (orfanatos, hospitales...). De esta manera, los bienes vinculados a fines asistenciales pasaron a manos de la Iglesia, que sí que tenía personalidad jurídica y, por tanto, estos elementos patrimoniales se incorporaron a su propiedad²⁰⁸. Junto a esta circunstancia, el Derecho de Justiniano sometió todas las fundaciones de carácter asistencial a la supervisión de los obispos, incluso aquellas que se consideraban independientes de la Iglesia y que, en cierta manera, permitían hablar de *patrimonio destinado a un fin*²⁰⁹.

El Derecho canónico medieval aportó a las fundaciones el carácter autónomo derivado del concepto de instituto, esto es, la noción de un patrimonio al servicio de un fin determinado²¹⁰, ya sea de atención a los menesterosos o ya sea para atender las necesidades de las almas de los difuntos en tránsito a la Gloria, esto es, para sufragar los rezos, misas, etc. en memoria de un fallecido²¹¹. Precisamente esta vertiente eminentemente religiosa es lo que, en ciertos momentos provocó que la erec-

²⁰⁵ LÓPEZ JACOISTE, J.J., «La Fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 49, 1965, pág. 569.

²⁰⁶ BENEYTO BERENQUER, R., *Fundaciones sociales de la Iglesia Católica: conflicto Iglesia-Estado*. Valencia: EDICEP, 1996, pág. 30.

²⁰⁷ LÓPEZ JACOISTE, J.J., «La Fundación ...», *op. cit.*, pág. 570.

²⁰⁸ BENEYTO BERENQUER, R., *Fundaciones sociales...*, *op. cit.*, pág. 31.

²⁰⁹ LÓPEZ JACOISTE, J.J., «La Fundación ...», *op. cit.*, pág. 570.

²¹⁰ BENEYTO BERENQUER, R., *Fundaciones sociales...*, *op. cit.*, pág. 34.

²¹¹ MADRUGA MÉNDEZ, J., «Consideraciones en torno a las fundaciones privadas de interés público», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 21, núm. 2, 1968, pág. 415.

ción de fundaciones no solo fuera protegida por el Derecho, sino que incluso fue auspiciada mediante la reducción de las solemnidades testamentarias exigidas, por ejemplo²¹².

La noción de patrimonio afecto a un fin que se define desde los primeros momentos de la fundación –no olvidemos que estamos ante un negocio modal o fiduciario *evolucionado*–, excluye la constitución de una organización para el desarrollo del fin fundacional. Es decir, el cumplimiento de los fines es encomendado a representantes.

Las fundaciones así concebidas pervivieron básicamente hasta el siglo XIX, como se ha visto en los capítulos anteriores. Y esta pervivencia fue, como apunta BENEYTO BERENGUER, causa de graves problemas. De ellos, los más relevantes fueron la creación de *manos muertas* como consecuencia de la acumulación secular de bienes vinculados en manos de la Iglesia; y el abuso por parte de quienes tenían encomendada su administración ante la carencia total de vigilancia efectiva²¹³.

En la actualidad, y en el marco del Derecho canónico, siguen existiendo las llamadas *fundaciones pías autónomas* «erigidas como personas jurídicas por la autoridad eclesiástica competente» a partir de «conjuntos de cosas destinados a los fines de que se trata en el canon 114.2²¹⁴» (canon 1303.1). Frente a estas fundaciones, asimilables a las fundaciones de derecho común²¹⁵, aparecen las *fundaciones pías no autónomas*, a las que no se dota de personalidad jurídica y que se asemejan a una donación *sub modo* (canon 1303.2), es decir, un patrimonio que se consume por la propia realización del fin al que está reservado.

Las fundaciones pías no autónomas responden a la figura de la *fundación pía* tradicional del Derecho Canónico, esto es, no constituyen una persona jurídica autónoma, no exige perpetuidad y requiere que la persona a la que se encomiendan los bienes deba aceptarlos formalmente.

²¹² BENEYTO BERENGUER, R., *Fundaciones sociales...*, op. cit., pág. 36.

²¹³ BENEYTO BERENGUER, R., *Fundaciones sociales...*, op. cit., pág. 38.

²¹⁴ Piedad, apostolado, caridad...

²¹⁵ BENEYTO BERENGUER, R., *Fundaciones sociales...*, op. cit., pág. 85.

Por el contrario, las fundaciones pías autónomas reciben este nombre desde la aprobación del Código Canónico de 1983, pues anteriormente se les denominaba «instituto eclesiástico» o «beneficio eclesiástico». El régimen jurídico al que se someten parte de la creación de una persona jurídica *ex novo*, independiente y de carácter perpetuo. Se trata, como en las fundaciones civiles, de la consecuencia de la libre disposición de bienes –suficientes y adecuados según los usos del lugar– que se destinan al cumplimiento de finalidades piadosas, para lo que la autoridad eclesiástica competente, erigirá una fundación²¹⁶. Toda la vida de esta fundación se encuentra sometida al régimen jurídico que establece el Derecho Canónico, pues en aplicación del derecho de libertad religiosa consagrado en la Constitución (art. 16), el único acto administrativo en relación a estas fundaciones es su inscripción, a los meros efectos de publicidad y de adquisición de la personalidad jurídica civil, en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia.

1.2. LAS APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE FUNDACIÓN

La doctrina iusprivatista, especialmente la civilista, es la que ha estudiado los perfiles jurídicos de las fundaciones y el alcance y contenido de la figura, y ello en un contexto de ausencia de un concepto *ex lege* junto con una evolución notable de la figura, especialmente desde los primeros pasos legislativos de la desamortización. En este sentido, y de manera muy especial a partir de la aprobación del Código Civil de 1889, que reconocía las fundaciones en su artículo 35, la ciencia civilista ha perfilado el concepto de fundación desde diferentes ópticas. De ellas, la más extendida con mucho es la que parte del concepto tradicional de la fundación, íntimamente unido a la afección patrimonial y que, como se ha expuesto, hunde sus raíces en los mismo orígenes de la institución.

²¹⁶ BENEYTO BERENQUER, R., *Fundaciones sociales...*, *op. cit.*, pág. 95. También, del mismo autor, «Tipología de las fundaciones pías autónomas en la diócesis de Valencia». En: BENEYTO BERENQUER, R. (dir.), *Reflexión y Perspectivas de Futuro de las Fundaciones Autónomas*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pág. 58.

Los estudiosos del Derecho Civil que se han aproximado a analizar las fundaciones lo han hecho con mucha frecuencia para encuadrarlas dentro del catálogo de personas jurídicas²¹⁷. Las teorías sobre la personalidad son un ámbito muy querido por estos autores y ello se refleja en los estudios sobre fundaciones en este ámbito. Ello ha generado ciertamente un desenfoco de la institución, ya que algunos aspectos fundamentales de la misma, como los fines o la tutela administrativa no han sido objeto de atención hasta hace relativamente poco, por no hablar de la óptica del derecho subjetivo de crear fundaciones que ha sido ciertamente despreciada. Entre los aspectos que han quedado relativamente marginados encontramos el mismo concepto de las fundaciones.

PEDREIRA MENÉNDEZ identifica tres grandes posiciones doctrinales en torno al concepto de fundación, basadas fundamentalmente en los elementos de la definición a los que se atribuye el carácter esencial o principal de la fundación²¹⁸. Una primera posición sería la que pivota en torno a la tesis *patrimonialista*, sin duda la tesis mayoritaria entre los civilistas españoles y que ha impregnado la práctica totalidad de la jurisprudencia hasta nuestros días, y valga de muestra de ello la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 98/2013, de 23 de abril. Esta tesis, en línea con la definición tradicional, centra todo el peso de la fundación en la existencia de un patrimonio, que se afecta a un fin y que en medida de ello obtiene el reconocimiento del ordenamiento mediante la atribución de la personalidad jurídica.

Una segunda tesis es la que PEDREIRA MENÉNDEZ denomina *mixta*, y en la que sitúa a autores como LÓPEZ JACOISTE o VALERO AGÚNDEZ. Esta posición «*yuxtapone al patrimonio el elemento organizativo*», de manera que «*toda fundación es un patrimonio organizado para alcanzar un fin de interés general*».

La tercera teoría que identifica PEDREIRA MENÉNDEZ es la de la organización, que se ha reforzado especialmente en los últimos años a partir de la definición de fundación contenida en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, y en su sucesora, la Ley

²¹⁷ La importancia que se dio tradicionalmente al carácter de persona jurídica de las fundaciones en nuestro Derecho se puso de manifiesto en el mismo debate constituyente, en el que el diputado Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ llegó a afirmar que la constitucionalización de las fundaciones suponía constitucionalizar a HAIROU, teórico de las personas jurídicas.

²¹⁸ PEDREIRA MENÉNDEZ, J., *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*. Valladolid: Lex Nova, 1999, págs. 65 y ss.

50/2002, de 26 de diciembre. Desde la perspectiva *de la organización*, la fundación es «una organización que se crea para lograr un fin de interés general, dejando en un segundo término el patrimonio que se destina a tal objetivo». Por organización nos referimos «al órgano u órganos encargados de hacer efectiva la afectación del patrimonio a la realización del fin fundacional, así como a la determinación de sus normas básicas de funcionamiento, es decir, a los aspectos orgánicos de la fundación»²¹⁹.

Desde esta última perspectiva, es frecuente realizar una definición negativa de la fundación, especialmente por contraposición bien a las asociaciones, esto es, incidiendo en la ausencia de sustrato personal; bien a las sociedades mercantiles, llamando la atención sobre la ausencia del ánimo de lucro.

A estas tres vías de aproximación hay que añadir, al menos, una más: la finalista. Se trata, como veremos, de una teoría poco extendida en nuestra Doctrina, pero con bastante predicamento en el Derecho comparado en los últimos tiempos. Sin duda, desde una posición estrictamente constitucionalista, esta es la visión más acorde con lo que **realmente** se establece en nuestra Ley Fundamental, como demostraremos. Lo esencial en este caso, en la fundación, es la búsqueda de una finalidad de interés general o público. A la consecución de dicho fin se orienta la fundación y es la causa justificadora de un determinado grado de protección jurídica. Sin la existencia de este fin de interés general, la fundación no se distingue especialmente de otras personificaciones jurídicas afines. Y ello es especialmente relevante en el ámbito del Derecho anglosajón, donde no ha habido una recepción de concepto de persona jurídica.

2. DEFINICIONES DOCTRINALES

Un *excursus* sobre las distintas posiciones que la doctrina ha adoptado a la hora de definir las fundaciones debe partir, en todo caso, de una advertencia previa:

²¹⁹ MORILLO GONZÁLEZ, F., *La fundación: concepto y elementos esenciales*. Madrid: Tecnos, 2001, pág. 40.

la aproximación doctrinal a la fundación se realiza, en general, desde una perspectiva determinada y a través de una óptica muy concreta. La perspectiva es la inmediatez, la óptica, la que facilita el derecho nacional. En consecuencia, la validez de los conceptos que aporta la doctrina debe restringirse a las fundaciones en el Derecho español, salvo en aquellos en que la decantación que conduce al concepto se ha realizado, específicamente, a partir de una óptica de Derecho comparado. Y aún en este último caso, la diversidad de ordenamientos, especialmente la distinción entre los de origen anglosajón y los continentales, obligará a tener en cuenta esta circunstancia. En consecuencia, es altamente complicado concebir una definición universal y de perfiles jurídicos, de las fundaciones.

A mayor abundamiento, en los últimos años especialmente en nuestro país, el fenómeno de las fundaciones ha cambiado de manera notable²²⁰, como estamos afirmando de manera constante, por lo que la labor de conceptualización debe incluir un importante esfuerzo de actualización o, cuando menos, incorporar la correspondiente advertencia. Así lo han hecho juristas destacados como LACRUZ BERDEJO²²¹ O GARCÍA DE ENTERRÍA²²².

Desde una perspectiva genérica, de Derecho comparado, las aproximaciones a una definición de fundación son tanto o más diversas que desde las perspectivas del derecho nacional, como se verá más adelante.

En nuestro Derecho es recurrente citar el estudio de Urbano VALERO AGÚNDEZ sobre la fundación como forma de empresa, publicado en 1969 y que es uno de los primeros análisis modernos de las fundaciones en nuestro país. Este autor, identifica en el principio de su investigación el «sentido primordial» de la fundación, que coincide con el tradicional en nuestro Derecho patrio:

²²⁰ GARCÍA-ANDRADE llega a calificar el concepto de fundación empleado por el artículo 34 CE como «cambiante». GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Algunas acotaciones ...», *op. cit.*, págs. 107-145.

²²¹ El profesor LACRUZ afirma en su estudio «Aportación para una futura ley de fundaciones» se refiere a unas leyes de fundaciones «que encuadraran las fundaciones en unas concepciones sociales y unos presupuestos económicos válidos estrictamente hoy y acaso caducos mañana». LACRUZ BERDEJO, J.L., *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*. Zaragoza: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – José M^a Bosch Editor, 1992, pág. 263.

²²² El propio autor insistía en vincular el concepto al momento en que escribía. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, fundaciones y sociedad civil», en *RAP*, núm. 122, 1990, pág. 245.

«la promoción o realización de un fin de carácter ideal, mediante la afectación permanente de una masa de bienes a la consecución de dicho fin»²²³.

Esta definición se ajusta a la definición muy extendida (aunque poco reiterada por la doctrina) de *«patrimonio afecto a un fin»²²⁴.*

Sin embargo, posteriormente apunta la existencia de dos conceptos de fundación, un concepto amplio, *«según el cual se entiende por fundación toda masa de bienes afectada permanentemente a la realización de un fin ideal, sea cual fuere el procedimiento utilizado para la organización de dicha afectación»*; y un concepto restringido *«según el cual sólo se puede hablar de fundación, cuando el procedimiento técnico utilizado para lograr la afectación permanente de los bienes al fin, es la personalidad [...] la fundación es una persona jurídica creada para la realización de fines de interés público mediante la afectación permanente de una masa de bienes a los mismos, y que no consiste materialmente en una agrupación de personas»²²⁵.*

Esta definición permitió al autor desmarcarse tempranamente, y quizás gracias a la ausencia de un concepto legal, de la tradición jurídica española, como veremos claramente patrimonialista. El fin de la fundación es *«el vértice hacia el cual converge la estructura de la fundación, y el término hacia el tiende toda su actividad»²²⁶.*

En el ámbito doctrinal español, como hemos dicho, la tesis más extendida históricamente es la *patrimonialista*, salvo notables excepciones como la de VALERO AGÚNDEZ, y ello incluso después de aprobada la Ley 30/1994, de 24 de noviembre.

Repasando, sin ánimo de exhaustividad, algunas de las obras de referencia en el campo del Derecho civil, se encuentran definiciones como la de LACRUZ BERDEJO, que entiende que una fundación es una *«persona jurídica privada que el ordenamiento reconoce cuando un sujeto de derecho (o varios), el “fundador”, dispone para*

²²³ VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma de empresa*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1969, pág. 24.

²²⁴ La búsqueda de esta cadena en el metabuscador *Google* arrojaba más de 7.700 resultados en agosto de 2013 (13.08.2013).

²²⁵ VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación ...*, op. cit., pág. 60.

²²⁶ VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como...*, op. cit., pág. 34.

*el futuro el destino de unos bienes, al servicio permanente de una finalidad de interés general»*²²⁷.

CAFFARENA LAPORTA establece que una fundación es una «*persona jurídica que nace cuando se destina un conjunto de bienes a la realización de un fin de interés general»*²²⁸.

Por su parte, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN en su clásico *Sistema de Derecho Civil* definen las fundaciones como «*la persona jurídica que nace con el destino de unos bienes al cumplimiento de un fin de una manera permanente y estable querido por el fundador, que ha de ser de interés general»*²²⁹.

GULLÓN BALLESTEROS al hilo del artículo 35 del Código Civil, ha descrito las fundaciones como la personificación «*de unos bienes adscritos por voluntad del fundador, que de ellos dispone, al cumplimiento de un modo duradero de un fin de interés público según los términos del artículo 35»* y en este sentido añade «*que en aquella época eran benéficos o asistenciales»*²³⁰.

ALBADALEJO, en términos extremadamente sucintos, identifica la fundación como «*una obra que, para la persecución de un determinado fin, se erige en ente autónomo»*²³¹.

Para PUIG I FERRIOL, el sustrato de las fundaciones «*se centra en un patrimonio o masa de bienes que se adscribe a la realización de determinados fines»*²³².

Una de las posiciones doctrinales más netamente patrimonialistas, es la de LASARTE ÁLVAREZ quien conceptúa las fundaciones como una «*personificación de un patrimonio establemente adscrito a un fin de carácter general»*²³³.

²²⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho...*, op. cit., pág. 302.

²²⁸ CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al artículo 35 del Código Civil», en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario al Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1992, pág. 243.

²²⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1995, vol. I, pág. 645.

²³⁰ GULLÓN BALLESTEROS, A., «Comentario a los artículos 35 a 36 del Código Civil», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*. Barcelona: Bosch, 2000, tomo I, pág. 597.

²³¹ ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I*. Barcelona: J.M. Bosch, 1996, vol. I, pág. 406.

²³² PUIG I FERRIOL, L., «La persona jurídica (II)», en: PUIG I FERRIOL, L. y otros, *Manual de Derecho Civil*. Barcelona: Marcial Pons, 1995, vol. I, pág. 395.

²³³ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*. Madrid: Trivium, 1996, tomo I, pág. 379.

PEDREIRA MENÉNDEZ aporta una definición que aspira a ser síntesis de tres teorías sobre el concepto de fundación (patrimonialista, mixta y de la organización), pero sigue haciendo pivotar la esencia de la fundación sobre el elemento patrimonial:

«la fundación es un patrimonio, entendido como una fuente de obtención de rentas, gestionado por una organización para llevar a cabo una actividad de interés general»²³⁴.

Quizás el aspecto más llamativo de esta definición es la insistencia en el patrimonio, y en concreto, en la vinculación de las rentas que éste proporciona, a la consecución de un fin de interés general, estableciendo una cierta condición de inmutabilidad en el patrimonio fundacional que evoca los mandatos legislativos de conversión del patrimonio en deuda pública intransmisible.

CABRA DE LUNA tras realizar un pormenorizado y extenso análisis de la legislación vigente a finales de los años 90, aporta un concepto *descriptivo que expres[a] la riqueza de matices que la fundación comporta:*

«patrimonio (privado o aportado por entidad pública) organizado (como persona jurídica) y afectado de modo duradero (vinculación global) a fines de interés general (cualquier finalidad socialmente útil), con actividad filantrópica al margen del mercado (o con participación posible en el mercado bajo la forma de fundación-empresa), y con exclusión del ánimo de lucro en el fundador o de reparto de beneficios a los fundadores (los posibles beneficios tienen un destino exclusivo: el fin de interés general previsto), bajo el Protectorado (para control y ayuda del Estado)»²³⁵.

Entre las voces más autorizadas en el ámbito del Derecho Privado, DE CASTRO Y BRAVO mantuvo posiciones sustancialmente distintas al separarse de la tesis patrimonialista mayoritaria y poner el énfasis conceptual en la organización:

«la personificación de la organización, instituida y reglada por el fundador, para realizar el fin benéfico al que destina una masa de bienes»²³⁶.

²³⁴ PEDREIRA MENÉNDEZ, J., Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación. Valladolid: Lex Nova, 1999, pág. 71.

²³⁵ CABRA DE LUNA, M.Á., El Tercer Sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio. Enfoque económico, sociológico y jurídico. Madrid: Escuela Libre Editorial, 1998, pág. 367.

²³⁶ ALBADALEJO, *Derecho Civil I. Introducción y parte general*. 11ª ed. Madrid: Bosch, vol. I, 1989, pág. 407.

VILASECA I MARCET también se distanció de la tesis *patrimonialista* mayoritaria y optó por una posición más ecléctica entre quienes ponían el énfasis en el patrimonio y quienes lo hacían en la organización:

«ente constituido por un patrimonio independiente destinado a la realización de un fin lícito de interés público, o sea, en provecho de colectividades indeterminadas de personas, debidamente organizado y tomada razón del mismo en el Registro correspondiente»²³⁷.

Este mismo autor, en otro trabajo posterior, define las *fundaciones privadas* como *«entidades constituidas por los particulares que afectan bienes de su propiedad a la realización de finalidades de interés general mediante la estructura orgánica decidida por el fundador»²³⁸.*

También MONTÉS PENADÉS optó por una caracterización superadora de las tesis patrimonialistas, en este caso, poniendo un marcado énfasis en el fin perseguido:

«creación de un sujeto de derecho para el cumplimiento de un fin duradero de interés público mediante la destinación y la organización de un patrimonio al efecto»²³⁹.

En cualquier caso, mientras desde posiciones *iusprivatistas* en general se mantiene un concepto estático de las fundaciones, desde ámbitos del Derecho Público, especialmente del Derecho Administrativo, la definición de las fundaciones tiene un carácter más evolutivo y, por tanto, mucho más próximo a la realidad social de las fundaciones.

Así, GARCÍA DE ENTERRÍA definió a principios de los años 90 del siglo pasado las fundaciones como *«una organización con personalidad jurídica a cuyo sostenimiento se afecta un patrimonio de forma permanente y cuyos fines han de ser necesariamente de interés general»²⁴⁰.*

²³⁷ VILASECA I MARCET, J.M., «Una ley de fundaciones privadas», en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 76, núm. 3, 1977, pág. 573 (70).

²³⁸ VILASECA I MARCET, J.M., «Fundacions privades i públiques», en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 91, núm. 1, 1992, pág. 9.

²³⁹ MONTÉS PENADÉS, V.L., «Fragmentos de un estudio sobre las Fundaciones en el Derecho español, después de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre», en: AA.VV., *Asociaciones y Fundaciones. XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. Murcia: Universidad de Murcia, 2005, pág. 200.

²⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución...», *op. cit.*, pág. 245.

También desde la perspectiva jurídicopública, MERINO MERCHÁN y PALMA FERNÁNDEZ, inciden en el hecho organizativo, y consideran que el concepto actual de fundación es «*una dotación para la consecución de un fin de interés general mediante una organización que asume la categoría de sujeto de derecho con personalidad*»²⁴¹. Esta conceptualización es consecuencia de la superación por parte de la institución fundacional del «*estricto ámbito de una sola parte del ordenamiento [...] y se adentra en significaciones cruciales para los dos sectores [...]: el Derecho público y el privado*». Así mientras que del Derecho privado «*se toma la esencia que legitima la creación de un patrimonio afecto a un fin*», de lo público se asume el valor de los «*intereses públicos dignos de protección*».

En una línea similar, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ considera que el elemento *organización* desplazó al *patrimonio* a partir de la Ley de Fundaciones (en adelante, LFE) de 1994²⁴².

PIÑAR MAÑAS, por su parte, en los años 90 afirmaba que el «*gran reto de las fundaciones es reactualizarse [...] lo que tenemos ante nosotros es pura y simplemente la necesidad de revisar el concepto clásico de fundación, pero no alterando lo que no necesita ser cambiado, sino más modestamente, pero al tiempo de modo más eficaz y realista, rectificando lo que hoy se muestra superado y desvinculado de la realidad social*». Y a continuación aportaba una suerte de definición especialmente escueta y, en contraste con buena parte de la ciencia administrativista, radicalmente patrimonialista:

«*Las fundaciones deben ser consideradas como conjuntos de bienes destinados a fines en esencia no lucrativos*»²⁴³.

²⁴¹ MERINO MERCHÁN, J.F. y PALMA FERNÁNDEZ, J.L., «Artículo 34. Derecho de Fundación», en: ALZAGA VILLAAMIL, Ó., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Cortes Generales-EDERSA, 1996, vol. III, págs. 547-548.

²⁴² GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Técnicas de control y de integración administrativa de las nuevas fundaciones de gestión sanitaria», en: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.; y TORNOS MAS, J. (eds.), *La enseñanza del derecho administrativo; Tercer sector y fundaciones; Rutas temáticas e itinerarios culturales: XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*. Barcelona: CEDECS, 2002, pág. 402.

²⁴³ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Las fundaciones y la Constitución española», en: MARTÍN-RETORTILLO, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991, págs. 1.305 y ss.

Esta concisión en lo esencial, además, iba acompañada de una crítica de instrumentalidad a otros elementos tradicionalmente considerados como esenciales de las fundaciones: «*los demás elementos, tales como el carácter gratuito de las prestaciones o el sometimiento a una estricta función de control administrativo, e incluso su personalidad jurídica son elementos que en realidad encuentran su justificación en la propia eficacia de la entidad y, en ciertos momentos, en la garantía de la consecución de los fines señalados*».

Aún así, este autor, concluyó que el concepto legal contenido en el artículo 1.1 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, se ajustaba a la realidad y a la actualidad, ya que unificaba el concepto tradicional ligado a la tesis patrimonialista con la realidad del momento, en la que asumía la importancia del elemento organizativo.

ALLI TURRILLAS delimita las fundaciones a partir de la relevancia del fin de interés general que persiguen. Hasta el punto de considerar los demás elementos como una suerte de «*corteza mudable*», especialmente la voluntad del fundador que, en opinión de este autor, es «*en exceso apreciada por los civilistas y que parte del fin público al que se debe, aunque es precisa en su inicio u origen, luego desaparece. Casi sin dejar rastro, podría añadirse*». Este autor también incide en la importancia de la organización que, según su opinión, «*entre nosotros está formada por el patronato y el protectorado*»²⁴⁴.

PARADA VÁZQUEZ ha establecido una aproximación a las fundaciones como «*entes públicos creados por los particulares*». Una conclusión a la que llega, también como ALLI TURRILLAS, situando el eje de las fundaciones en su finalidad. Según aquel destacado administrativista, la caracterización de un ente como público o privado está determinada por la afectación, y dado que las fundaciones están afectadas en su actividad a la consecución de fines de interés general, esto es, públicos, habrá que concluir que son entes públicos. Desde esta perspectiva, este autor considera que el ejercicio del derecho a fundar es una manifestación del derecho de participación en asuntos públicos, del que son titulares tanto el fundador que crea la institución como

²⁴⁴ ALLI TURRILLAS, J-C., «¿A qué nos referimos al hablar de fundaciones públicas? (Las agudas aristas de una figura singular)», en: ALENZA GARCÍA, J.F. y RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. (dirs.), *Organización y Procedimientos Administrativos. Libro homenaje al profesor Francisco González Navarro*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 314.

los miembros del patronato. El eje de la institución se sitúa así en un doble pivote: fines y organización, dejando el patrimonio en un segundo plano. Así, según PARADA VÁZQUEZ, se da respuesta a dos grandes problemas del régimen jurídico de las fundaciones: su régimen tributario beneficioso y el sometimiento a la tutela administrativa²⁴⁵.

Sin duda una de las aportaciones más originales, a la par que significativas respecto al concepto de fundación es la de Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ. En su opinión el concepto tradicional de fundación, el que se ha identificado con la tradición patrimonialista, no se corresponde exactamente con el significado del artículo 34 CE, y ello porque este precepto remite a un concepto *material* de fundación frente a un concepto *formal* que es el que ha imperado desde la promulgación del Código Civil. Afirma GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ que «*el artículo 34 de la Constitución ha propiciado una interpretación "civilista", o si se prefiere formal, del concepto "fundación", que no comprende en toda su extensión a la fundación en sentido material que el constituyente trató de garantizar, en cuanto categoría más amplia –la beneficencia–, ahora bien, añade que el hecho de que «el sentido que inicialmente manejaron los constituyentes, que seguramente fuera el civilista, no impide que el precepto tenga un alcance mayor enderezado a garantizar y evitar la eventual abolición o restricción no de una determinada forma jurídica, sino de la beneficencia»*²⁴⁶.

A partir de estos y otros razonamientos, el autor concluye que «*...cuando se maneja el término "fundación" se hace preciso especificar qué se quiere indicar con él, ya que pueden distinguirse, cuando menos, tres conceptos: el que se empleó en el XIX y que es el contenido en el artículo 34 de la Constitución española; el que ha señoreado nuestro Derecho civil entre la publicación del Código y la aprobación de la Ley de Fundaciones de 1994; y, finalmente, el que admite esta reciente norma*». Así mismo añade: «*estas dos últimas acepciones del término fundación no llenan por entero el artículo 34 de la Constitución*». Y finaliza: «*tanto el concepto de fundación codificado como el*

²⁴⁵ PARADA VÁZQUEZ, J.R., «Las fundaciones desde...», *op. cit.*, págs. 137 y ss. Este razonamiento no es compartido, entre otros, por SALA ARQUER (*vid. SALA ARQUER, J.M., «El nuevo Derecho Público...», op. cit., págs. 94-95*).

²⁴⁶ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Algunas acotaciones...», *op. cit.*, pág. 122.

recogido en la Ley de 1994 no bastan por sí solos para que les resulte aplicable el artículo 34 de la Constitución, sino que precisan estar acompañados de otros elementos adicionales a los que forman parte de su definición»²⁴⁷.

En concreto, estos elementos adicionales serían, en el primer caso, el carácter benéfico; en el segundo caso, la iniciativa privada.

Así las cosas, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ considera que el concepto de fundación, en clave constitucional y en nuestros tiempos, debe entenderse equiparado al de *beneficencia* consistente «*esencialmente en una actuación económica de los privados que se separa de las reglas del mercado*» bajo los criterios de altruismo y con ausencia de miembros en su organización interna²⁴⁸.

Este último planteamiento es altamente sugerente, sin embargo, en nuestra opinión no puede compartirse si realizamos una lectura correcta del precepto constitucional. El argumento de que si el constituyente hubiese querido utilizar el término *beneficencia* lo podía haber hecho es útil en este punto. Pero ¿qué valor adicional aporta esta interpretación? ¿cuáles son las otras manifestaciones de la *beneficencia* que cabría incluir dentro del concepto *material* de fundación? Este argumento, sin duda, no nos lleva a ningún sitio y lejos de clarificar el enunciado del artículo 34 lo enturbia hasta la ininteligibilidad.

3. DEFINICIONES LEGALES

Con anterioridad a la Constitución, la única norma que contenía una definición expresa de las fundaciones era el Decreto 2.930/1972, de 21 de julio, que aprobó el Reglamento de las Fundaciones culturales privadas y Entidades análogas y de los Servicios Administrativos encargados del Protectorado sobre las mismas, en cuyo artículo 1.1 se establecía:

²⁴⁷ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Algunas acotaciones...», *op. cit.*, pág. 125.

²⁴⁸ *Vid.* más adelante la definición de MESTMAKER.

«Tendrán el carácter de Fundaciones culturales privadas aquellos patrimonios autónomos destinados primordialmente por sus fundadores a la educación, la investigación científica y técnica o cualquier otra actividad cultural y administrados sin fin de lucro por las personas a quienes corresponde su gobierno con arreglo a las prescripciones de sus Estatutos. Una vez constituidas regularmente, gozarán de personalidad jurídica de acuerdo con lo previsto en el número 1 del artículo 35 del Código Civil».

La definición, como se puede ver, y sobre todo si se contrasta con las que seguidamente se transcribirán –más recientes–, es tributaria en su integridad de las tesis iuscivilistas más clásicas, las de la afectación de un patrimonio a un fin, hasta el punto de considerar la personificación de este tipo de patrimonios como algo accesorio a la constitución de la fundación²⁴⁹.

Las fundaciones, según el artículo 2.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, son:

«las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general».

Este concepto es exactamente el mismo que contenía el artículo 1.1 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, salvo por la sustitución de la expresión «ánimo de lucro» por «fin de lucro».

En este punto conviene recordar que tanto la Ley 30/1994, de 24 de noviembre como la Ley 50/2002, de 26 de diciembre se aprobaron después de la STC 49/1988, de 22 de marzo, que aludía al concepto de fundación *«admitido de forma generalizada entre los juristas»*, y que, sin embargo, no fue asumido en su literalidad en ninguna de las dos leyes, ni siquiera se planteó en el debate parlamentario su asunción²⁵⁰.

²⁴⁹ El artículo 5.2 de este Reglamento considera la inscripción registral como «requisito esencial» para la adquisición de la personalidad jurídica, de manera que se establece por primera vez en nuestro país el régimen de inscripción constitutiva. *Vid.* GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «Aspectos de la nueva regulación de las fundaciones culturales privadas», en *RAP*, núm. 70, enero-abril 1973, pág. 388.

²⁵⁰ En la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley que se convertiría en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, sí que hubo dos enmiendas que tenían por objeto alterar el concepto que contenía del Proyecto y que finalmente sería el aprobado. Sin embargo ninguna de estas dos enmiendas (núm. 91

En el ámbito autonómico, la posición no es unánime y se encuentran legislaciones que no incorporan una definición y otras que sí lo hacen; entre las primeras se encuentran el País Vasco²⁵¹, la Comunitat Valenciana²⁵², la Comunidad de Madrid²⁵³ y Castilla y León²⁵⁴.

La incorporación en el marco de la legislación autonómica de un concepto de fundación no es estrictamente necesario. La Ley estatal, en su artículo 2.1 ya lo incorpora, y este precepto se ha dictado al amparo del título competencial recogido en el artículo 149.1.1ª de la Constitución, por lo que, es de aplicación a todo el territorio nacional. A mayor abundamiento, la reiteración, en este caso del concepto, no implica un mayor grado de inteligibilidad de la legislación autonómica, si no más bien al contrario²⁵⁵, aporta un cierto grado de inseguridad jurídica en la medida en que los legisladores autonómicos adoptan conceptos en mayor o menor grado distintos al asumido por el legislador estatal.

En cualquier caso, Cataluña –en sus sucesivas leyes–, Galicia, Canarias, Andalucía y La Rioja se han decantado por incorporar definiciones normativas de las fundaciones que no siempre coinciden en su literalidad con el concepto contenido en la legislación estatal.

«Personas jurídicas consistentes en la afectación y organización de un patrimonio determinado a un fin de interés general, sin ánimo de lucro, que desarrollen esencialmente sus funciones en Canarias» (art. 1.1, de la Ley 1/1990, de Fundaciones de Canarias).

«Son fundaciones las organizaciones constituidas sin ánimo de lucro y que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general» (art. 1.2, de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía).

del G.P. Catalán, en el Congreso, y núm. 148, del G.P. Popular en el Senado) pretendían asumir el concepto establecido por el Tribunal Constitucional.

²⁵¹ Ley 12/1994, de 17 de junio de 1994, de Fundaciones.

²⁵² Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, modificada por la Ley 9/2008, de 3 de julio.

²⁵³ Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid.

²⁵⁴ Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León.

²⁵⁵ STC 162/1996, de 17 de octubre.

*«Son fundaciones de interés gallego aquellas organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tengan afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general para Galicia y desarrollen principalmente sus actividades y tengan su domicilio en el territorio de la comunidad autónoma» (art. 2.1, de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de interés gallego)*²⁵⁶.

«Las fundaciones son organizaciones constituidas por voluntad de sus creadores, no tendrán ánimo de lucro y su patrimonio quedará afectado de modo duradero a la realización de fines de interés general» (art. 1.2, de la Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja).

*«Las fundaciones son entidades sin ánimo de lucro, constituidas por uno o varios fundadores, mediante la afectación de unos bienes o de unos derechos de contenido económico y el destino de sus rendimientos o de los recursos obtenidos por otros medios al cumplimiento de finalidades de interés general» (art. 331-1, de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas)*²⁵⁷.

La legislación foral de Navarra no incluye ninguna definición normativa de fundación²⁵⁸; ahora bien, en la Exposición de Motivos de la Ley Foral 10/1996, de 2

²⁵⁶ La Ley 7/1983, de 22 de junio, de Fundaciones de interés gallego, en su artículo 1.1 establecía que se entendían por fundaciones de interés gallego «las Fundaciones constituidas por las personas naturales o jurídicas que destinen y afecten un patrimonio a la realización, sin ánimo de lucro, de fines generales de interés gallego y desarrollen sus funciones en Galicia en beneficio de personas no determinadas individualmente». Posteriormente, este párrafo fue sustituido en virtud de la Ley 11/1991, de 8 de noviembre, de modificación de la Ley 7/1983, de 22 de junio, y configuró las fundaciones de interés gallego como «aquellas que, estando domiciliadas o desarrollando principalmente sus funciones en Galicia, estén constituidas por personas naturales o jurídicas que destinen o afecten un patrimonio a la realización sin ánimo de lucro de fines de interés general en beneficio de personas no determinadas individualmente».

²⁵⁷ Las leyes anteriores aprobadas por el Parlamento catalán incorporaban las siguientes definiciones: «Las fundaciones privadas son entidades sin afán de lucro, constituidas por la manifestación de voluntad de las personas físicas o jurídicas que son sus fundadoras, mediante la afectación de unos bienes o unos derechos de realización a finalidades de interés general» (art. 1.2 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña), y la Ley 1/1982, de Fundaciones de Cataluña, la primera que se aprobó en España tras la entrada en vigor de la Constitución, extendía su ámbito de aplicación (art. 1) a las fundaciones «constituidas en el ejercicio del derecho de fundación reconocido en la Constitución por las personas naturales o jurídicas privadas que afecten un patrimonio a la realización, sin ánimo de lucro, de finalidades de interés general y que ejerzan sus funciones principalmente en Cataluña».

²⁵⁸ Aunque la Ley 44 de la Compilación de Derecho Foral (aprobada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril) prevé la creación de fundaciones.

de julio, reguladora del Régimen Tributario de las Fundaciones y de las Actividades de Patrocinio, aparece este concepto:

«La fundación es una persona jurídica privada que el ordenamiento reconoce cuando un sujeto de derecho, el fundador, dispone para el futuro el destino de unos bienes al servicio permanente de una finalidad de interés general».

De las definiciones transcritas se observa que, tras la aprobación de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, las distintas legislaciones autonómicas han ido incorporando el concepto normativo que contiene aquélla²⁵⁹, y que ha sido reiterado por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre. Esta circunstancia ha comportado que, también en el ámbito autonómico, se haya producido una consolidación del elemento organizativo como uno de los ejes principales de las fundaciones frente a concepciones estrictamente patrimonialistas como la que aún conserva la Ley de Fundaciones de Canarias (de 1990). Si bien, algunos legisladores estatutarios introducen algunas variaciones, como la ausencia de la referencia a la durabilidad de la afectación patrimonial en el caso de la legislación catalana.

4. PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

4.1. TRIBUNAL SUPREMO

No existe una jurisprudencia especialmente extensa del Tribunal Supremo en relación al deslinde del fenómeno de las fundaciones respecto de otro tipo de per-

²⁵⁹ SALVADOR CODERCH y SEUBA TORREBLANCA, en relación con los conceptos que con anterioridad a la Ley 30/1994, de 24 de noviembre figuraban en las distintas leyes autonómicas, concluyeron que no existía ninguna contradicción. *Vid.* SALVADOR CODERCH, P. y SEUBA TORREBLANCA, J.C., «Fundaciones: interés general y títulos de aportación», en *La Ley*, núms. 4.467-4.468, 1998, págs. 1.846 y ss.

sonas jurídicas. Sin embargo, la jurisprudencia existente sí que ha seguido uniformemente la tesis *patrimonialista* de las fundaciones, como ha señalado de manera reiterada la doctrina²⁶⁰.

Esta tesis es la derivación del concepto tradicional de fundación en nuestro Derecho, que no es otro, como se ha visto, que el de patrimonio afecto a un fin. De esta manera, el énfasis de la fundación se pone en el patrimonio, hasta el punto que, como se verá más adelante, no es escasa la doctrina que considera que la fundación es el resultado de la atribución de personalidad jurídica a un patrimonio.

Este enfoque de las fundaciones ha sido el más extendido en nuestra jurisprudencia (tanto del Tribunal Supremo como la escasa constitucional), en la academia y, por supuesto, en la legislación hasta la aprobación de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General. Pocas han sido, salvo en el ámbito legislativo a partir de 1994, y en la STC 120/2011, de 6 de julio, las excepciones al posicionamiento patrimonialista general.

El primer hito en esta jurisprudencia constante se sitúa, en general, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1936 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), que abordó una definición de las fundaciones en los siguientes términos:

«Definida la Fundación, en su sentido general, como la afectación de bienes a un fin previsto, con carácter permanente, hay que distinguir en el proceso de su formación dos aspectos a saber, el de la cristalización del substractum y el de su reconocimiento por el Estado como persona jurídica; determinado aquél por los elementos fundamentales que lo componen, o sea la atribución de un objetivo eficiente en el orden social, la designación de cierto grupo destinatario de los beneficios de la liberalidad, la institución del organismo que haya de regirlo y la dotación de los medios económicos suficientes para realizar la obra según la voluntad creadora, y entendido el segundo como la intervención del poder público en la vida normal de un nuevo ente civil que penetró en el mundo colectivo con actividades que trascienden a las meramente individuales y libérrimas a las privativas del dominio del Estado o tuteladas por él [...]

²⁶⁰ BENEYTO FELIU, J., «Personas Jurídicas, Asociaciones y Fundaciones», en: DELGADO DE MIGUEL, J.F. (coord. gral.), *Instituciones de Derecho Privado*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004, tomo I, vol. núm. 3. pág. 1.264. MORILLO GONZÁLEZ, F., *La fundación: concepto...*, *op. cit.*, pág. 23.

los elementos integrativos de toda institución fundacional son: determinación del fin, declaración teleológica de voluntad, afectación específica de patrimonio y organización del patronato».

La misma Sala, varias décadas después, seguía manteniendo su criterio al justificar la existencia del Protectorado en *«el hecho de que a través de estas fundaciones, un bien patrimonial, o bienes, son apartados de su dedicación a satisfacer necesidades o conveniencias particulares y egoístas, adscribiéndoles a un fin de carácter social y al bien común, lo que les sitúa en un ámbito semejante al reservado a ciertos bienes públicos a cargo de la Administración...»* (STS de 17.04.1979, Sala de lo Contencioso-Administrativo).

También la Sala de lo Civil del Alto Tribunal abundó en la relevancia de la dotación para la existencia de la Fundación en su Sentencia de 22 de marzo de 1983:

«mayoritariamente exige que la voluntad fundacional se manifieste libremente pero exigiendo en requisito esencial para la adquisición por la Fundación de la personalidad jurídica que la carta fundacional se otorgue precisamente en escritura [...] sí es constante e ininterrumpida la exigencia de la escritura pública si la dotación (requisito esencial, sea cual fuere su naturaleza jurídica, para la existencia de la Fundación) se efectúa con bienes inmuebles...»²⁶¹.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1987 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), por su parte, definió las fundaciones como *«entidades de la clase de personas jurídico-morales creadas por una o varias personas físicas, aportando bienes patrimoniales para cumplimiento de fines de interés general y público».*

La principal nota discordante en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a esta posición hegemónica se encuentra en la Sentencia de la Sala de lo Civil, dictada el 23 de junio de 1964, en cuyo considerando segundo se puede leer:

«...la fundación, en el campo estrictamente privado, es promovida por la voluntad individual del fundador: el instituyente declara querer que un cierto instituto u obra surja con carácter de autonomía, precisa el fin y la individualidad y asigna normalmente un patrimonio necesario para su funcionamiento...»

²⁶¹ El subrayado es nuestro.

Y añade en el tercer considerando:

«... el contenido esencial del acto fundacional es dado por la determinación del fin, que comunica un sello y una fisonomía propia al nuevo ente, y por la voluntad de que funcione de un modo autónomo, que por consiguiente, sea destinado a ser sujeto de derecho, figurando junto al acto de fundación el estatuto...».

La importancia de la tesis patrimonialista en la jurisprudencia, así como su permanencia, pone en evidencia la existencia de una opinión consolidada en los principales operadores jurídicos de nuestro país respecto de los perfiles de la institución fundacional. En cierta manera, y aunque con los matices evidentes de la vinculación a fines de interés general, la posición jurisprudencial demuestra que la caracterización de las fundaciones como personalización de un patrimonio²⁶² sigue en el sustrato jurídico de nuestro Derecho, constituyendo una clara rémora para la modernización de la institución fundacional.

Sin embargo, esta tesis encuentra algunas matizaciones en los últimos años, no tanto por un cambio de orientación en la jurisprudencia como por la irrupción de dos hechos relevantes: la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1988, de 22 de marzo, y la promulgación de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General. En ambos casos se cuenta con una definición de fundación que es progresivamente asumida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por el resto de órganos jurisdiccionales en sus pronunciamientos²⁶³. Si bien la vertiente patrimonialista sigue gozando de una notable vitalidad:

«Siendo la fundación una persona jurídica que se origina por un acto de disposición de bienes de los fundadores, que los vinculan al cumplimiento de un fin de interés general y fijan las reglas por las que deben administrarse para asegurar el cumplimiento del fin fundacional...» (STS de 7.2.2001, –Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 7ª–).

²⁶² Se puede observar una nota discordante en los pronunciamientos de nuestros Tribunales ordinarios en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Aoiz (Navarra), que en su Sentencia 2/2003, de 8 de enero consideró el derecho de fundación *«como el derecho a crear una persona jurídica y a organizarla».*

²⁶³ *Vid.* entre otras, STS de 31.5.2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo); Sentencia de la Audiencia Nacional de 22.10.2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª); Sentencia núm. 180/2005 de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sec. 1ª), de 10.5.2005.

4.2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La escasez de jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene su correlato en el Tribunal Constitucional quien solo se ha pronunciado, hasta la fecha, en cinco ocasiones²⁶⁴ en relación con el derecho de fundación: la Sentencia 164/1990, de 29 octubre (sobre la autorización previa del Protectorado que se exigía en el régimen anterior a 1994 para que las fundaciones pudiesen litigar); la Sentencia 49/1988, de 22 de marzo (sobre la regulación de las Cajas de Ahorros); la Sentencia 341/2005, de 21 de diciembre y la Sentencia 120/2011, de 6 de julio (sobre la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, en ambos casos); y más recientemente, la Sentencia 98/2013, de 23 de abril, recaída en el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno contra la Ley de Fundaciones de La Rioja.

La primera de las Sentencias, la 164/1990 de 29 octubre, no contiene una caracterización directa de las fundaciones. Si bien se dicta a raíz de un recurso de amparo de una fundación que había visto denegado su acceso a la jurisdicción en razón de la falta de autorización del Protectorado –preceptiva según la legislación vigente en el momento–, el Tribunal centra su razonamiento en el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas jurídicas y sin gran lujo de argumentos admite la intervención administrativa «*cuya razón de ser evidente se encuentra en la necesidad de proveer a la Administración de los instrumentos necesarios para asegurar que las fundaciones no se desvían de los fines de interés público que según el Código Civil (art. 35, 1.º) les son propios*». Por tanto, se limita a legitimar la tutela administrativa y

²⁶⁴ Con anterioridad, la STC 18/1984, de 7 de febrero, abordó de manera tangencial el derecho de fundación, precisamente en relación con el régimen jurídico de las cajas de ahorro, si bien: ella, el Alto Tribunal se limitó a justificar la existencia del protectorado de la Administración Pública en el ámbito de las fundaciones y de otras entidades de carácter social.

insistir en la finalidad de búsqueda del interés general. Nada especialmente novedoso si se compara, por lo demás, con la jurisprudencia previa del Tribunal Supremo, a la que se remite el propio Constitucional²⁶⁵.

Fue en la Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, en la que el Tribunal Constitucional aborde por primera vez el concepto de fundación. Esta resolución no tiene por objeto principal el derecho de fundación del artículo 34 CE, sino que la *litis* versa sobre el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con el régimen jurídico de las cajas de Ahorros. Así, la Sentencia resuelve varios recursos de inconstitucionalidad promovidos por la Generalidad de Cataluña, la Junta de Galicia y 55 diputados contra la Ley 31/1995, de 2 de agosto, de regulación de las normas básicas sobre órganos rectores de las Cajas de Ahorro. Ahora bien, uno de los argumentos de los recurrentes es precisamente la injerencia de la legislación recurrida en la configuración fundacional de las Cajas de Ahorro y, en consecuencia, el Tribunal se pronuncia sobre el concepto de fundación (FJ 6º), si bien tras el contraste con las cajas de ahorro concluye que estas no deben encuadrarse dentro de aquél (FJ 7º).

Sea como fuere, el intérprete supremo de la Carta Magna aporta una definición de las fundaciones que posteriormente ha sido acogida por la jurisprudencia tanto del propio Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo y demás órganos jurisdiccionales.

Para el Alto Tribunal «...*el concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas [...] considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general...*»

Esta definición es reiterativa en nuestra jurisprudencia constitucional. Así, en el Auto 224/2003, de 1 de julio –FJ 7º c)– y, especialmente, en la STC 341/2005, de

²⁶⁵ Se puede consultar un comentario sobre la Sentencia que el Tribunal Supremo dictó ratificando la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional en PIÑAR MAÑAS, J.L., «Las Fundaciones y el Protectorado: la autorización administrativa para litigar y su dudosa constitucionalidad (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de marzo de 1988)», en *Poder Judicial*, núm. 13, 1989, págs. 145-154. También analizó brevemente esta sentencia MUÑOZ MACHADO en «Las Fundaciones en la Constitución», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.Á. (dirs.), *Presente y futuro de las Fundaciones*. Madrid: Civitas, 1990, pág. 32.

21 de diciembre, en este caso recaída en el recurso de inconstitucionalidad planteado por 61 senadores contra la Ley 1/1998, de 2 marzo, de Fundaciones, de la Comunidad de Madrid (FJ 5º).

Se observa con una claridad meridiana que el Tribunal Constitucional también había adoptado en su jurisprudencia una tendencia patrimonialista de las fundaciones. Esta posición a favor de situar el centro neurálgico de las fundaciones en su patrimonio, esto es en la vinculación o afectación de bienes, apareció en la jurisprudencia constitucional ya desde la STC 49/1988, de 22 de marzo, mediante el argumento de la ubicación sistemática del artículo 34 en la Carta Magna²⁶⁶. Al respecto hizo notar el Alto Tribunal que:

«... el reconocimiento del derecho de fundación figura en el Texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia (art. 33). Ello permite entender que aquel derecho es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados» (FJ 5º).

Y este argumento se reiteró en el Fundamento Jurídico 4º de la STC 341/2005.

Esta persistencia del Tribunal Constitucional en mantener posiciones patrimonialistas contrastó, con el paso del tiempo, con la generalización de las fundaciones de carácter no patrimonial o gerencial, esto es, las fundaciones con una escasa dotación patrimonial pero que desarrollan sus actividades a partir de ingresos externos a la propia entidad²⁶⁷.

²⁶⁶ Vid. PUIG I FERRIOL, L. «La persona jurídica (II)», en: PUIG I FERRIOL, L. y otros, *Manual de Derecho Civil*, vol. I. Barcelona: Marcial Pons, 1995, pág. 395.

²⁶⁷ En España, según datos correspondientes a 2008, un 23,3 % de las fundaciones son *microfundaciones*, es decir, entidades con ingresos totales inferiores a los 30.000 euros; un 42,6 % de las fundaciones tienen un tamaño *pequeño*, entendiendo como tales aquellas que ingresan entre 30.000 y 500.000 euros. Es decir, dos de cada tres fundaciones españolas tienen una dimensión reducida (REY GARCÍA, M., ÁLVAREZ GONZÁLEZ, L.I., INAEF, *El sector fundacional español: datos básicos*. Madrid: Asociación Española de Fundaciones, 2011, págs. 27-28).

Pero no solo con la realidad constatable del sector, sino también con la evolución legislativa que ya desde la primera Ley de Fundaciones de 1994 redujo el énfasis en el patrimonio para situarlo en los fines perseguidos o en la ausencia de ánimo de lucro. De hecho, llama especialmente la atención la ausencia de alusiones expresas en la STC 49/1988, de 22 de marzo, a la ausencia de «ánimo de lucro» mientras que en la STC 341/2005, de 21 de diciembre, esta circunstancia se considera «*elemento nuclear de la figura*» (FJ 7º), si bien no a partir de la esencia constitucional de la fundación sino del desarrollo legislativo de ésta.

El cambio de tendencia en la doctrina del Tribunal Constitucional se puede observar en la Sentencia 120/2011, de 6 de julio, donde el Pleno del Alto Tribunal, tras reiterar la doctrina sentada en las Sentencias 49/1988, de 22 de marzo, y 341/2005, de 21 de diciembre, afirma seguidamente

«A ello debemos añadir ahora que la proclamación del derecho de fundación para fines de interés general (art. 34.1 CE) implica el reconocimiento de un derecho de libertad cuyo ejercicio permite a los particulares participar en la realización de actividades de interés general a través de la creación de una organización permanente dotada de personalidad jurídica propia y diferenciada del instituyente. De la proclamación constitucional de este derecho fundamental no se deriva, en consecuencia, el reconocimiento de la capacidad para constituir fundaciones por parte de las personas jurídico-públicas» (FJ 5º in fine).

La aseveración del Tribunal no es baladí. Sin desautorizar la doctrina anterior –por lo demás, afirmada apenas seis años antes– sitúa el énfasis constitucional en dos aspectos novedosos: el derecho de libertad y la organización permanente. Debemos notar que el Tribunal no anuda la personalidad jurídica «ahora» a una masa de bienes, sino a una organización permanente con una determinada finalidad.

En la reciente sentencia 98/2013, de 23 de abril, sin embargo, parece que el Tribunal se vuelve de nuevo hacia la tesis patrimonialista –llama la atención que hay varias citas en los Fundamentos a la STC 341/2005, de 21 de diciembre, pero ninguna a la 120/2011, de 6 de julio–. Sin embargo, puede ser precipitado dar por hecho una especie de involución, pues esta reciente sentencia se limita a abordar la cuestión competencial, precisamente, en relación con la legislación civil. Por tanto, entendemos que no cuestiona la relevancia del carácter teleológico de las fundaciones cuando afirma

«El derecho de fundación se regula inmediatamente después del derecho a la propiedad privada y del derecho a la herencia (art. 33 CE), ambas instituciones marcadamente de naturaleza jurídico privada. En síntesis, por lo tanto, cabe decir que el contexto constitucional en el que se inserta el derecho de fundación (art. 34 CE), refuerza uno de sus rasgos identificativos que es el de ser una manifestación de la autonomía de la voluntad del sujeto respecto del destino de sus bienes, a través de la constitución de un especial tipo de persona jurídica que garantice el cumplimiento de los fines deseados (STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 5).» (FJ 3º).

No se trata de un debate meramente académico. Es verdad, no obstante, que pese al mantenimiento por parte de los Tribunales, y especialmente del Constitucional, de la tesis patrimonialista de la fundación, no se ha impedido la evolución de la figura hacia realidades no patrimoniales, como se ha dicho. La importancia del mantenimiento de una tesis u otra hay que situarla en la relevancia de la suficiencia patrimonial, en nuestra opinión. Es decir, si la garantía constitucional se sitúa en un determinado tipo de organización vinculada a un fin –cuáles sean los perfiles de esta organización lo veremos más adelante–, como parece apuntar la reciente Sentencia 120/2011, se produce un deslizamiento de la institución hacia el ámbito de los derechos de participación.

Si por el contrario, se mantiene la tesis de que el eje de la institución es el patrimonio afecto a un fin, siendo la organización un elemento necesario, pero en cierto modo accesorio a la fundación, la suficiencia de la dotación es no solo relevante²⁶⁸, sino que pasa a ser esencial²⁶⁹ para que la fundación adquiera su personalidad. Desde la perspectiva de la tesis patrimonialista el vínculo entre patrimonio y

²⁶⁸ MORILLO GONZÁLEZ se muestra «partidario de que sólo se rechace la dotación en los supuesto en que exista una clara desproporción entre ésta y el primer programa de actuación propuesto. Conviene recordar que el derecho de fundación es un derecho constitucionalmente protegido, y un uso inmoderado de las facultades del Protectorado, al apreciar la suficiencia de la dotación en estos casos, puede suponer una limitación injustificada al ejercicio de tal derecho. En caso de duda debe prevalecer la creación de la fundación». MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación...* (2006), op. cit., pág. 152.

²⁶⁹ *Vid.* STSJ de la Región de Murcia de 31 de julio de 2007, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2ª. En esta sentencia se resolvió un recurso contra el informe desfavorable a la inscripción de una fundación cuya dotación fundacional era de 150 euros. Los recurrentes (los fundadores) alegaban que la fundación que la legislación entonces vigente, la LFE/1994, no imponía ninguna cantidad mínima y se limitaba a exigir suficiencia y adecuación de la dotación a los fines perseguidos y en este sentido, junto con el capital indicado, la fundación contaba para conseguir sus objetivos con el trabajo de los fundadores y con la cesión de infraestructura por la Universidad de Murcia. El Tribunal admite la legitimidad de la denegación de la inscripción de la fundación en base al informe de insuficiencia de la dotación emitido por la Consejería de Presidencia de la Región de Murcia.

fin es insoluble y, desde una visión estricta, debiera limitar ampliamente la posibilidad de las llamadas fundaciones gerenciales.

El cambio que se apuntaba en la doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia 120/2011, de 6 de julio, pues, es importante porque permite aproximar la interpretación autorizada de la Constitución a la realidad social y jurídica vigente, puesto que desde hace tiempo los Tribunales y la Administración, pese a mantener el criterio patrimonialista han flexibilizado su aplicación en favor del interés general y de la creación de fundaciones, sobre todo tras la entrada en vigor de la Constitución y la constitucionalización del derecho de fundación²⁷⁰. Y lo mismo cabe decir del legislador, quien mediante la presunción *iuris et de iure* de suficiencia de la dotación establecida en el artículo 12.1 de la LFE/2002 ha rebajado la importancia de la dotación fundacional, y por ende, del patrimonio, en el concepto de fundación.

5. LAS FUNDACIONES EN EL DERECHO COMPARADO

La regulación de las fundaciones en el Derecho comparado es muy variada, y aunque diversos autores han intentado agrupar estos regímenes jurídicos a partir de características comunes²⁷¹, la realidad es que la evolución de cada uno de los ordenamientos presenta notables variaciones. Estas divergencias se observan en la manera de atender aspectos tan relevantes como el patrimonio, los fines o la intervención de la Administración Pública en la vida de las fundaciones, así, por ejemplo, respecto a la adquisición de la personalidad jurídica, CABRA DE LUNA identifica dos bloques, el continental –intervencionista– y el anglosajón –libertad para el fundador–, y vincula esta distinción al sistema jurídico de *Régimen administrativo* o de *Rule Law*²⁷². Por su parte, MORILLO GONZÁLEZ, distingue dos regímenes distintos en

²⁷⁰ MORILLO GONZÁLEZ señala la diferencia entre *adecuación* y *suficiencia* de la dotación en la Legislación estatal (MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación ...*, op. cit. (2006), págs. 147 y ss.).

²⁷¹ Entre otros, CABRA DE LUNA, M.Á., *El Tercer Sector y las fundaciones en España*, op. cit., pág. 272 y ss.) o MORILLO GONZÁLEZ, F., *La fundación: concepto...*, op. cit., pág. 76 y ss.

²⁷² CABRA DE LUNA, M.Á., *El Tercer Sector y las fundaciones de España...*, op. cit., pág. 272. Aunque el autor habla de *Rule of Law*, lo correcto sería hablar de *Common Law*.

relación a la existencia o no de limitación de los fines perseguibles por las fundaciones: Alemania o Suiza no limitan los fines, mientras que Bélgica o Francia, sí²⁷³. Tampoco hay unanimidad en nuestro entorno en relación con el patrimonio fundacional²⁷⁴.

Ahora bien, sea cual sea la regulación que se dé, la realidad es que existe una notable coincidencia en los elementos esenciales que conforman la fundación en los distintos ordenamientos. Y la distinción habrá que situarla en la caracterización de cada uno de esos elementos.

MESTMÄCKER, en 1962, definió las fundaciones como

*«vinculación patrimonial duradera autónoma de los intereses del dueño de los bienes dirigida a la realización, independiente del Estado, de tareas tales que no podrían ser llevadas a cabo o no lo serían cumplidamente mediante el uso de la autonomía y la propiedad privadas en el tráfico económico»*²⁷⁵.

Como se observa, esta definición apuntaba a un carácter subsidiario de la actividad de las fundaciones, tanto respecto del Estado como de los titulares de los bienes. La eficacia de los fines se perfila en esta definición como esencial.

En el transcurso de un seminario en la UIMP, en 1991, el profesor de la Universidad Libre de Amsterdam VAN DE PLOEG definió las fundaciones, a partir de una caracterización histórica como *«unidad legal-económica de bienes destinados a un fin específico de interés general o público»*²⁷⁶.

MEERDINK, a partir de definiciones usadas por organismos internacionales define las fundaciones como:

«organización no gubernamental, no lucrativa, promotora de donaciones y/u organización operativa con "status" legal, un fondo principal de su propiedad y/o una fuente regular

²⁷³ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación...*, op. cit., págs. 77 y ss.

²⁷⁴ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación...*, op. cit., págs. 112 y ss.

²⁷⁵ La cita proviene de LACRUZ BERDEJO, J.L., *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – José M^a Bosch Editor: Barcelona, 1992, pág. 262.

²⁷⁶ VAN DE PLOEG, T.J. "Las fundaciones en Europa: visión de derecho comparado", en: DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., *Hacia una nueva ley de fundaciones...*, op. cit., pág. 51.

estatutaria de ingresos. Semejante fundación debería ser regida por su propio consejo de administración o directores. Se crea para mantener o apoyar aquellas actividades sociales, docentes, caritativas, culturales, religiosas o de otro tipo, que sirvan para el bienestar común»²⁷⁷.

Las fundaciones alemanas se encuentran reguladas en el Código Civil (BGB) –y en parte en las legislaciones de los estados federados–. Los artículos 80 y siguientes de este cuerpo legal (reformado en 2002) contienen las prescripciones relativas a las *fundaciones con personalidad jurídica*. En concreto, en el artículo 80 se dispone:

«1. La creación de una fundación con personalidad jurídica requiere la donación patrimonial y el reconocimiento de ésta por parte de la Autoridad pública competente del Land en el que la fundación vaya a tener su sede.

2. Una fundación será reconocida como persona jurídica si el negocio fundacional reúne los requisitos del apartado 81.1, si se garantiza la consecución de los fines de la fundación de manera duradera y constante y si los fines de la fundación no ponen en peligro el bien común.

[...]».

Las fundaciones en **Alemania** se caracterizan tanto por ser exclusivamente organizaciones privadas, como por éstas sometidas al control administrativo²⁷⁸.

Sin embargo, como hemos visto, los fines no son necesariamente de interés general, sino que la delimitación se hace en sentido negativo: se prohíben los fines fundacionales susceptibles de alterar el orden público. De ahí que quepa deducir que en el ordenamiento jurídico de la República Federal tienen cabida las fundaciones de interés particular, si bien, los beneficios fiscales solo se atribuyen a las fundaciones con fines de utilidad pública²⁷⁹.

En cuanto a su régimen de adquisición de la personalidad jurídica, desde 2002 es el del reconocimiento administrativo, frente al anterior de la concesión. De

²⁷⁷ MEERDINK, J.H., «Las fundaciones en Europa», en: DE LORENZO GARCÍA, R., y CABRA DE LUNA, M.Á., *Presente y futuro de las fundaciones*, op. cit., pág. 170.

²⁷⁸ CABRA DE LUNA, M.Á., *El Tercer Sector ...*, op. cit., pág. 273.

²⁷⁹ MORILLO GONZÁLEZ, F., *La fundación: concepto...*, op. cit., pág. 77.

esta manera, se limita el margen de discrecionalidad administrativa y se refuerza el carácter de derecho subjetivo de la creación de las fundaciones²⁸⁰.

En el caso de **Suiza**, también muy citado por nuestra Doctrina, las fundaciones se regulan en los artículos 80 y siguientes del Código Civil. En este primer artículo se dispone que:

«La fundación tiene por objeto la afectación de bienes en favor de un interés especial».

La principal particularidad del Derecho suizo es, junto con la ausencia de una delimitación expresa de los fines que persiguen las fundaciones, la existencia, junto con las fundaciones que podríamos llamar civiles, de fundaciones familiares y eclesiásticas, no sometidas al régimen general (art. 87 del Código Civil suizo).

Respecto al patrimonio, no se exige necesariamente en el negocio fundacional, sino que es suficiente con que el fundador se comprometa a entregarlo y deberá, en todo caso, ser proporcional al fin que se persigue²⁸¹.

Por lo que respecta a la organización, se apodera al fundador para determinarla (art. 83), si bien se dispone la existencia de un órgano de revisión (art. 83.b) que será designado por el órgano de gobierno de la entidad y que remitirá sus informes de la gestión de la entidad a la autoridad supervisora (art. 83.c).

En **Italia**, el Código Civil regula las fundaciones privadas y lo hace con un régimen común al de las asociaciones. De entrada, ello implica que no existe una definición de las fundaciones en dicho cuerpo legal. El artículo 16 dispone los requisitos que debe contener el acto constitutivo, entre los que figura la finalidad, el patrimonio y las reglas de organización. En el artículo 28, sin embargo, se matiza que las Autoridades que tienen atribuida la tutela podrán disponer la disolución de la fundación cuando se haya agotado la finalidad, o haya devenido imposible o de escasa utilidad, o cuando el patrimonio sea insuficiente.

²⁸⁰ FERRER I RIBA, J., «La modernització del dret alemany de fundacions: Constitució per reconeixement i llibertat d'elecció de les finalitats fundacionals», en *Indret: Revista per a l'anàlisi del Dret*, núm. 1/2003, 2003. Recurso en línea, págs. 3 y ss.

²⁸¹ CABRA DE LUNA, M.Á., *El Tercer Sector ...*, op. cit., págs. 280 y ss.

La doctrina italiana ha debatido ampliamente los perfiles de la figura y, en concreto, si están prohibidas las fundaciones familiares, estando el debate todavía abierto puesto que del Código Civil no cabe entender que existen fines prohibidos más allá de aquellos que son ilícitos²⁸².

En **Francia** sí que existe una definición legal de fundación. Se encuentra en la Ley núm. 87-571, de 23 de julio de 1987, modificada por la Ley núm. 90-559, de 4 de julio de 1990. En su artículo 1 dispone:

«La fundación es aquel acto por medio del cual una o varias personas físicas o jurídicas deciden la afectación irrevocable de bienes, derechos o recursos a la realización de una obra de interés general y con una finalidad no lucrativa.

Cuando el acto fundacional tenga por finalidad la creación de una persona jurídica, la fundación no tendrá la plena capacidad jurídica hasta la fecha de la entrada en vigor del Decreto del Consejo de Estado que reconoce la utilidad pública. A partir de este momento adquirirá el estatuto de fundación reconocida de utilidad pública.

El reconocimiento de utilidad pública podrá ser retirado con el mismo procedimiento.»

Como se observa, la regulación francesa, que se sitúa extramuros del Código Civil, contiene un concepto de fundación muy próximo al nuestro. Es cierto que en este caso el énfasis se pone en la personalidad jurídica y no tanto en el patrimonio o en los fines. Sin embargo, es obvio que encontramos netamente los tres elementos esenciales: finalidad, organización (personalidad jurídica) y patrimonio. Y en concreto, en relación con los fines, sí que existe una clara limitación de los fines, circunscribiéndolos a los de interés general. Por último, es destacable la potencia de la intervención administrativa: ni más ni menos que la misma existencia de la fundación se hace depender de la aprobación del Consejo de Estado.

En el **Reino Unido**, existe una legislación específica sobre fundaciones, la *Charities Act* de 2006, de aplicación en Inglaterra y Gales. En esta Ley, en su artículo 1 se prevé que una «charity» es una institución que:

«a) Se establece a los solos efectos benéficos («charitable»); y

²⁸² MORILLO GONZÁLEZ, F., *La fundación: concepto...*, op. cit., pág. 78.

b) *Está sometida al control del Tribunal Supremo en el ejercicio de su jurisdicción sobre las fundaciones».*

A continuación, en el artículo 2 se define qué debe entenderse por fines benéficos («charitable purpose»):

«a) Los previstos en el apartado 2 de este artículo, y

b) que sean para beneficio público (vid. artículo 3)».

El elenco de posibles fines benéficos (art. 2.2) es muy amplio e incluye la prevención o remisión de la pobreza, el fomento de la educación, de la religión, de la salud, de la ciudadanía o del desarrollo comunitario, de las artes, cultura, patrimonio o ciencia, del deporte amateur, de los derechos humanos, de la resolución de conflictos o la reconciliación o la promoción de la convivencia religiosa o racial, de la igualdad y de la diversidad, el fomento de la protección y desarrollo del medio ambiente, la atención de los colectivos desfavorecidos en razón de edad, juventud, enfermedad, discapacidad, penuria económica o cualquier otra causa; el fomento del bienestar animal; la promoción de la eficiencia de las Fuerzas Armadas, de la Policía y de los Servicios de Emergencia y Protección Civil. Se trata, en todo caso, de una relación amplia y que no cabe interpretar como *numerus clausus*, como expresamente se dispone en el artículo 2.4.c). Además, en el artículo 3.2 se prevé que se presumirá que un fin no es de interés público cuando tenga un propósito privado.

Probablemente esta legislación es, con la española, una de las más prolijas en cuanto a la determinación del fin fundacional.

Existe en el régimen jurídico británico una notable intervención pública, de carácter supervisor y de fomento, residenciada en la Comisión de Fundaciones (*Charity Commission*)²⁸³. La mayor intensidad de sus funciones, en relación con las entidades supervisadas se encuentra, precisamente, en el momento de la erección de las fundaciones, cuando la Comisión debe conceder el carácter fundacional o no. También se configura un Tribunal especializado que, a su vez, se impone a la Comisión.

²⁸³ Una para Gales e Inglaterra, otra para Escocia y otra para Irlanda del Norte.

Por último, reseñar que para constituir una fundación la Comisión de Gales e Inglaterra viene exigiendo unos ingresos mínimos anuales de 5.000 libras esterlinas²⁸⁴.

Como apunta CABRA DE LUNA, la principal diferencia entre el Derecho anglosajón y el continental, en lo que afecta a las fundaciones, es que aquél desconoce la noción de persona jurídica. De esta manera, las fundaciones no se constituyen como tales en sujetos de derecho. En consecuencia, la inscripción en el Registro de la Comisión correspondiente de fundaciones no tiene carácter constitutivo, sino solo un efecto informativo, ya que las fundaciones inscritas están sometidas a ciertos controles y, por lo tanto, gozan de un régimen fiscal más favorable²⁸⁵.

En Escocia, la norma de referencia es la Charities and Trustee Investment Act de 2005, que dispone un régimen jurídico similar al expuesto para Inglaterra y Gales.

Por último, conviene hacer una mención al **Derecho comunitario europeo**.

No existe una normativa específica europea en materia de fundaciones, pues más allá de las ciertas competencias transversales, la Unión no tiene competencia específica sobre fundaciones. Ahora bien, desde 2007, la Comisión Europea está trabajando en la elaboración de un régimen jurídico de la *Fundación Europea* (FE), entendiendo como tal aquella que constituida según el Derecho nacional de un Estado miembro desarrolla actividades en al menos dos Estados de la Unión, entre otros requisitos.

El 2 de julio de 2013, por una amplia mayoría, el Parlamento Europeo aprobó la Resolución sobre la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Fundación Europea (FE) (COM(2012)0035 – 2012/0022(APP)). Tras este paso, solo resta la aprobación por unanimidad del Consejo Europeo para que entre en vigor.

²⁸⁴ Como señala la propia Comisión en su folleto informativo, se trata de una política del Registro de la Comisión, de manera que las fundaciones que no puedan obtener un mínimo de 5.000 £ anuales no podrán acceder al Registro y, en consecuencia, a sus beneficios, especialmente fiscales. (Vid. http://www.charitycommission.gov.uk/Start_up_a_charity/Guidance_on_registering/The_registration_process_index.aspx, acceso de 01/08/2012).

²⁸⁵ CABRA DE LUNA, M.Á., *El Tercer Sector ...*, op. cit., págs. 305 y ss.

Esta entidad, según la propuesta del Reglamento, es una especie dentro de un género mayor, el de las «entidades de utilidad pública» que se constituyen según los respectivos Derechos nacionales y que, en determinadas circunstancias pueden convertirse en fundaciones europeas. Estas «entidades de utilidad pública», normalmente revestirán en el ámbito nacional la forma de fundación, sin embargo, y dada la diversidad de regímenes vigente, no se cierra la posibilidad de que otro tipo de entidades –necesariamente próximas en su configuración a las fundaciones– puedan realizar la transformación.

En este texto no aparece una definición expresa de fundación y ello por varias causas²⁸⁶. La primera es que el texto está configurado a partir del acervo común de los distintos países que conforman la Unión, países en los que hemos visto que el régimen jurídico es muy variado. La segunda es que este Reglamento no pretende sustituir las legislaciones nacionales, sino dotar a las fundaciones que tienen un carácter transnacional de un marco jurídico estable y seguro, por el que podrán optar las fundaciones que operen en varios Estados.

Con todo y con ello, de la propuesta de Estatuto podemos identificar qué es una fundación:

- «*Entidad de utilidad pública*»: una fundación con un fin exclusivamente de utilidad pública u otra persona jurídica similar de utilidad pública, sin socios y constituida de conformidad con el Derecho de uno de los Estados miembros.»²⁸⁷ (art. 2.5).

²⁸⁶ Durante la tramitación de este Reglamento, el Centro Europeo de Fundaciones (*European Foundation Centre –EFC–*) propuso en la justificación del texto (nos referimos a la versión 17 del documento, según su redacción de octubre de 2008), definir las fundaciones como: «*organizaciones sin miembros, con estructuras independientes de gobierno y fuentes de ingresos propias, estables y fiables, frecuentemente donaciones*» (apartado 2). Este mismo artículo 1 la propuesta introducía algunas características adicionales de las *fundaciones europeas* que han variado en la redacción final de 2012: un patrimonio mínimo de 50.000€ (art. 1.3), por ejemplo.

Este borrador, en su articulado incluía una definición de fundaciones europeas del siguiente tenor: «entidad constituida y gestionada de manera independiente, que dispone de patrimonio, con independencia de que tenga el carácter de una donación, que se encuentra irrevocablemente afectado a fines de interés público.»

²⁸⁷ La Asociación Española de Fundaciones ha observado a esta definición «*la necesidad de incluir en la definición que la FE es, en todo caso, una entidad de derecho privado, dado que es el elemento común de la fundación en toda Europa.*»

- La FE se regulará por el EFE y por sus propios estatutos (art. 3.1).
- La FE será una entidad constituida de forma independiente con un fin de utilidad pública (art. 5.1).
- La FE servirá al interés público en sentido amplio. (art. 5.2).
- Los activos de la FE se denominarán en euros (art. 7.1) y el valor de los activos de la FE equivaldrá, como mínimo, a 25.000 euros (art. 7.2)

Observamos los elementos esenciales tales como la organización, finalidad, y dotación mínima. Respecto a los fines se incluye en el artículo 5.3 una amplia relación de posibles fines que tiene el carácter de lista cerrada.

También el Estatuto regula otros aspectos como el gobierno de la FE (arts. 27 y siguientes) y la supervisión por las autoridades (arts. 45 y siguientes).

Se observa con claridad como en el Derecho comparado la perspectiva patrimonial es mucho menos intensa que en el Derecho español. En nuestro entorno jurídico la importancia del patrimonio cede ante el énfasis puesto en el carácter teleológico de la fundación, con independencia de si ese fin es de interés general o no. La posibilidad de que existan fundaciones que persigan un objetivo particular –no necesariamente lucrativo– está expresamente prevista en el Derecho suizo e implícitamente en otros Derechos como el alemán. En general, este supuesto ha despertado notables recelos en la Doctrina en aquellos países en los que el Ordenamiento Jurídico tolera su constitución. Por ello no es extraño que las regulaciones más recientes, como la española, pero también la francesa o la inglesa, e incluso la propuesta comunitaria, acoten el margen de discrecionalidad del fundador mediante un listado de fines más o menos abierto.

Respecto a la relevancia de la organización en la vida de la fundación, no se puede afirmar con rotundidad que los ordenamientos europeos sitúen a este elemento en el centro de la fundación. Ahora bien, aunque existe una notable libertad para el fundador en cuanto al diseño corporativo, la existencia preceptiva de un órgano equivalente al patronato en todos los Derechos y el detalle que se observa en la regulación de la gestión fundacional nos llevan a concluir que la esencia de las fundaciones en el Derecho comparado europeo radica en una determinada clase de

entidad, dotada de personalidad jurídica, vinculada con carácter duradero a la consecución de un fin, generalmente de interés general, para el que deberá contar con recursos suficientes y que es creada y organizada por un tercero mediante un acto jurídico *inter vivos* o *mortis causa*.

6. INTENTO DE APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO ACTUAL DE FUNDACIÓN

Como se acaba de ver, el concepto de fundación es relativamente homogéneo en nuestra cultura jurídica. Los matices dependen de en cuál de los elementos integrantes de la fundación se ponga el énfasis de la definición.

En este sentido hay que considerar que el concepto clásico, vinculado a la tradición civilista, de «*patrimonio afecto a un fin*» debe ser descartado por su anacronismo. La generalización en nuestra praxis jurídica de la técnica de las personas jurídicas impide sostener esta visión netamente patrimonialista, y en este sentido no podemos obviar la realidad de las fundaciones en nuestro país, donde cada vez son más infrecuentes las fundaciones cuya dotación fundacional garantice rendimientos suficientes para conseguir un fin de interés general mínimamente relevante y de manera duradera.

Por ello, hay que situarse en alguna de las dos perspectivas que más recientemente han cobrado auge y que, sin duda, recogen mejor que las tesis civilistas la esencia de la fundación. Y sobre todo, son más respetuosas con la noción del ejercicio de un derecho constitucional.

Se trata de las visiones que enfatizan el elemento organizativo o el aspecto teleológico de las fundaciones.

En este sentido, existe una divergencia que es interesante reseñar. No es igual poner el acento en la fundación como organización que en la fundación como entidad vinculada a la consecución de un fin.

Desde el Derecho Mercantil se incide en el aspecto organizativo de la fundación, lo que facilita el tránsito hacia modelos de gestión empresarial, similares a los de otras personas jurídicas tradicionales en el tráfico comercial: sociedades, cooperativas...²⁸⁸. De esta manera, el régimen jurídico y contable deviene hasta cierto punto intercambiable entre las diferentes personificaciones y la única diferencia hay que situarla en la idoneidad de una técnica jurídica u otra según el fin que se persiga. Es lo que EMBID IRUJO considera «*neutralidad de las formas jurídicas*» e «*idoneidad de sus caracteres*»²⁸⁹. Se produce así una difuminación del principal elemento de distinción entre fundaciones y sociedades mercantiles, esto es, de la ausencia de ánimo de lucro:

«...se deduce la pérdida de relieve tipificador del ánimo de lucro, reconvertido hoy, en la legislación de asociaciones y fundaciones, en “fin de lucro”, como elemento distintivo de las sociedades mercantiles frente a estas entidades [...] cabe apreciar un incipiente proceso de convergencia derivado, de un lado, del factor que acabamos de indicar, y de otro, del progresivo relieve adquirido por el elemento organizativo a la hora de singularizar a las sociedades mercantiles que, en ese mismo plano de los principios, dejan de ser personas jurídicas a las que resulte inherente un propósito lucrativo»²⁹⁰.

Por el contrario, hemos visto que varias de las voces más autorizadas que se han aproximado a las fundaciones desde el Derecho público, singularmente, GARCÍA DE ENTERRÍA, PARADA VÁZQUEZ y ALLI TURILLAS, han puesto de relieve la finalidad como rasgo central de la figura fundacional²⁹¹.

Entendemos que esta es la perspectiva más respetuosa con el texto de la Constitución. Ello es así porque como hemos visto del debate constituyente la noción clásica de fundación no se encontraba en riesgo en nuestro ordenamiento jurídico.

²⁸⁸ EMBID IRUJO, J.M., «Las fundaciones y el derecho de los Grupos de Empresas», en: BLASCO GASCÓ, F. de P., (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, vol. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pág. 898.

²⁸⁹ EMBID IRUJO, J.M., «Introducción general al curso: la fundación como modelo para la colaboración público-privada», en: EMBID IRUJO, J.M. y EMPARANZA SOBEJANO, A. (dirs.), J., *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*. Madrid: Marcial Pons, 2012, pág. 31.

²⁹⁰ EMBID IRUJO, J.M., «Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)», en *Revista valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 7 (2003), pág. 100.

²⁹¹ ALLI TURILLAS, J.-C., «¿A qué nos referimos al hablar ...», *op. cit.*; PARADA VÁZQUEZ, J.R., «Las fundaciones desde...», *op. cit.*; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución...», *op. cit.*, págs. 250-251.

El Decreto de 1972 rompió con algunas estrecheces heredadas del régimen desamortizador, y nada parecía indicar que se tratase de un hecho coyuntural o aislado y no de una pauta a seguir en el futuro. Por lo tanto, en nuestra opinión, lo más relevante del debate constitucional es precisamente el énfasis en la consecución del interés general. En concreto, en la participación privada en la consecución del interés general.

La escasa jurisprudencia sobre esta materia, especialmente del Tribunal Constitucional, también justifica este énfasis, por encima de otros elementos como son la permanencia de la afectación –matizada en la STC 341/2005, de 21 de diciembre–, o la restricción del derecho de fundación a las personas físicas y jurídicas no públicas –STC 120/2011, de 6 de julio–. En estos dos pronunciamientos, el Alto Tribunal remarca la importancia de la persecución de fines de interés general como eje de la figura fundacional más allá de afirmaciones que podemos interpretar como retóricas relativas a la ubicación sistemática del derecho en la Carta Magna o a la autonomía de la voluntad.

A mayor abundamiento, y como luego se demostraremos, la importancia de la cuantía de la dotación se ha diluido progresivamente en la legislación.

Por tanto, en este momento de la investigación podemos apuntar como posible concepto de fundación actual en nuestro marco constitucional es aquel en el que una fundación es una persona jurídica creada para la consecución de fines de interés general libremente determinados, dotada de una organización específica, que dispone de un patrimonio vinculado a estos fines con carácter permanente en tanto en cuanto exista la entidad.

CAPÍTULO V

ELEMENTOS DE LA FUNDACIÓN

Anteriormente hemos expuesto las diferentes aproximaciones al concepto de fundación que se dan en nuestra cultura jurídica. También hemos aportado nuestra propuesta. En este punto, y para seguir avanzando en la investigación, vamos a abordar con detalle los distintos elementos que caracterizan a las fundaciones como personas jurídicas.

A partir de la definición legal de la Ley 30/1994, VERDERA SERVER identifica tres elementos fundamentales: la organización, la ausencia de fin de lucro, y la afectación duradera del patrimonio de la fundación a la consecución de fines de interés general²⁹².

Y este mismo autor destaca que la importancia que el propio artículo 2.1 concede a la «*voluntad de sus creadores*». Sin embargo, pone de relieve la ausencia de dos elementos: la carencia de base asociativa y el problema de la personificación de la organización.

MORILLO GONZÁLEZ mantiene una posición similar a la de VERDERA SERVER, y considera que los tres elementos esenciales son: patrimonio, fin y «*voluntad de que los medios se apliquen a la realización de los fines mediante una adecuada organización*». Este autor sostiene que

*«la fundación descansa sobre estos tres elementos, que son los que le dan su propia y especial fisonomía, y sin los cuales no sólo no puede funcionar, sino que no puede ni tan siquiera llegar a existir. Sólo en el caso de que concurran los tres extremos propiamente estaremos en presencia de una fundación»*²⁹³.

²⁹² VERDERA SERVER, R., «Comentario al artículo 2. Concepto», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, *op. cit.*, págs. 78 y ss.

²⁹³ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación ...*, *op. cit.* (2006), pág. 27.

PIÑAR MAÑAS, por su parte, identifica como elementos característicos de la definición legal de fundación: la organización, la realización de fines de interés general, la ausencia de ánimo de lucro, y la afección duradera de un patrimonio²⁹⁴.

GONZÁLEZ CUETO caracteriza el concepto legal de fundación como una organización, carente de fin de lucro, que persigue fines de interés general y que dispone de un patrimonio afecto a un fin²⁹⁵.

En su revisión del concepto de fundación, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ cuestiona que tanto el patrimonio como la voluntad del fundador tengan en las fundaciones actuales la relevancia suficiente como para constituir un elemento identificador. En su opinión, como en la de VERDERA SERVER, hay que aproximarse al concepto de fundación desde una perspectiva negativa respecto de las otras personificaciones jurídicas contenidas en el artículo 35 del Código Civil. Es decir, lo esencial en la fundación es la ausencia de sustrato personal –socios– en su organización interna²⁹⁶. Esta definición negativa también aparece, como hemos visto, en la propuesta de Reglamento del EFE donde constar esta ausencia de sustrato personal (art. 2.5) junto con la persecución de un fin exclusivamente de interés público como rasgos identificativos de las *entidades de utilidad pública*.

También PEDREIRA MENÉNDEZ²⁹⁷ y SALVADOR CODERCH y SEUBA TORREBLANCA cuestionan el valor del elemento patrimonial de las fundaciones como seña definitoria de estas personas jurídicas²⁹⁸.

A continuación se analizarán con más detalle estos elementos que la doctrina considera esenciales en la fundación.

1. AUSENCIA DE FIN DE LUCRO

²⁹⁴ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Comentario al artículo 1», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley de ...*, op. cit., págs. 6 y ss.

²⁹⁵ GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios...*, op. cit., pág. 50 y ss.

²⁹⁶ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Algunas acotaciones ...», op. cit., págs. 123 y ss.

²⁹⁷ PEDREIRA MENÉNDEZ, J., *Las actividades empresariales ...*, op. cit., pág. 88.

²⁹⁸ Salvador Coderch, pág. y Seuba Torreblanca, J.C., *Fundaciones: ...*, op. cit., pág. 1.846.

1.1. EL ÁNIMO DE LUCRO Y LOS FINES DE INTERÉS GENERAL

La ausencia de fin de lucro en las fundaciones es una característica que, generalmente, ha sido atribuida a estas entidades en línea de concepto y constituye el factor coagulante de una amplia gama de entidades, entre las que destacan las fundaciones y las asociaciones²⁹⁹. Es decir, aunque no fuese una exigencia expresa de las leyes (el Código Civil o la Constitución no la contemplan expresamente), sí que se interpreta por todos los operadores jurídicos como un requisito *sine qua non* puede hablarse propiamente de fundaciones³⁰⁰.

La ausencia de fin lucrativo de las fundaciones, como señala el VERDERA SERVER no deriva *expressis verbis* del texto constitucional, sino de la Ley de Fundaciones, y recalca que «*la exigencia de fines de interés general no puede equivaler a la ausencia de ánimo de lucro, ya que de lo contrario una de las dos expresiones sobraría en el art. 2.1 LF*»³⁰¹. Sin embargo esta tesis no es compartida por toda la doctrina, así, VILASECA I MARCET entiende que «*el interés público podría traducirse legislativamente diciendo que el fin debe beneficiar a colectividades indeterminadas de personas, y por otra parte impedir que las rentas de la entidad puedan aprovechar al fundador, a los titulares de los órganos de gobierno y a sus parientes o filiales*»³⁰².

Esta última tesis es la que se desprende del análisis de la regulación en el Derecho comparado, donde llama la atención la insistencia en ciertos ordenamientos en la persecución de ciertos fines de interés público y la prácticamente inexistente referencia a la ausencia de ánimo lucrativo³⁰³.

²⁹⁹ Vid. EMBID IRUJO, J.M., «Notas sobre el régimen jurídico de ...», *op. cit.*, pág. 81.

³⁰⁰ La trascendencia de este elemento en la conceptualización de las fundaciones se puede observar tanto en nuestro Derecho como en el Derecho Comparado. Así, en el mundo anglosajón, especialmente en Estados Unidos, es común referirse a las «*nonprofits*», categoría en la que se incluyen junto con las fundaciones, algunas asociaciones e incluso las iglesias. Vid. el grado de extensión de este término entre otros, en MONTÉS PENADÉS, V.L., «Fragmentos de un estudio ...», *op. cit.*, pág. 178.

³⁰¹ VERDERA SERVER, R., «Comentario al artículo 2. ...», *op. cit.*, pág. 97.

³⁰² VILASECA I MARCET, J.M., «Una ley de fundaciones privadas», en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 76, núm. 3, 1977, pág. 581 (77).

³⁰³ La excepción más relevante es quizás el artículo 3 de la Charities Act de 2006, para Inglaterra y Gales, y el artículo 11.1 del Estatuto de la Fundación Europea

El Tribunal Constitucional también ha asumido esta tesis al afirmar, en su STC 341/2005, de 21 de diciembre, que de la ausencia de ánimo de lucro «*puede verse el lógico corolario de la proclamación del derecho de fundación “para fines de interés general” (art. 34.1 CE), pues ese componente finalista excluye de suyo la satisfacción de intereses particulares mediante la obtención de beneficios*» (FJ 7º).

También en el debate parlamentario de la Constitución, especialmente en el Senado, se puso de relieve la vinculación entre la búsqueda de fines de interés general y la ausencia de fin lucrativo.

En todo caso, en la citada sentencia, el Alto Tribunal considera que la ausencia de fin lucrativo es «*[u]na consideración que merece ser calificada como elemento nuclear de la figura [...] amén de su consideración como condición básica para el ejercicio del derecho de fundación...*».

La falta de *animus lucrandi* en las fundaciones era un mandato más o menos expreso en las normas más antiguas, como por ejemplo, los artículos 2 y 8 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, por el que se reorganizan los servicios de la Beneficencia Particular y se dicta Instrucción para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la Beneficencia Particular. En el primero de estos preceptos se disponía la obligación de los establecimientos de beneficencia de atender a «*la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas*», mientras que en el segundo se establecía la necesaria conversión del patrimonio de las fundaciones en deuda intransferible del Estado al 4 %, lo que implicaba la imposibilidad de realizar con ella cualquier actividad lucrativa.

La imposibilidad de las fundaciones de realizar actividades lucrativas es, en buena medida, lo que provoca la que GARCÍA DE ENTERRÍA ha denominado la *segunda gran sima de las fundaciones* en nuestro país, ya que mientras los patrimonios se devaluaban, la imposibilidad de obtener ingresos por las fundaciones las abocaba definitivamente a la extinción³⁰⁴.

³⁰⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución...», *op. cit.*, pág. 242.

1.2. FLEXIBILIZACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LUCRO

El alcance de la ausencia de ánimo de lucro ha ido modificándose a lo largo de los años en el sentido de dotar a las fundaciones de una cierta capacidad de gestión de cara a obtener sus fines.

En cierta medida, en este punto se observa la evolución que ha sufrido la percepción del legislador de la institución, desde la desconfianza más absoluta³⁰⁵ que se remonta al siglo XIX y llega hasta finales del XX³⁰⁶, a la valoración positiva del papel social desarrollado por las fundaciones.

PEDREIRA MELÉNDEZ sitúa la quiebra de este principio informador de toda la legislación sobre beneficencia española en el artículo 15 del Decreto de 8 de septiembre de 1939, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas Protegidas, norma que afectaba a las fundaciones benéfico-constructoras, y a las que se permitía la realización de actividades mercantiles –vender y alquilar viviendas– invirtiendo los rendimientos en nuevas construcciones o terrenos³⁰⁷.

³⁰⁵ Vid. LINARES ANDRÉS, L., *Las fundaciones: patrimonio, funcionamiento y actividades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, pág. 235.

³⁰⁶ A título de ejemplo, el art. 19 de la Ley 7/1983, de régimen de las fundaciones de interés gallego establecía «Las cantidades que, excepcionalmente y con autorización del Protectorado, pueda percibir una Fundación de sus beneficiarios no podrán exceder del coste real del servicio o prestación, sin margen comercial de ninguna clase.»

En la misma línea de desconfianza se movía el Decreto 2930/1972, de 21 de julio, del Reglamento de las fundaciones culturales privadas y entidades análogas y de los servicios administrativos encargados del protectorado sobre las mismas, cuyo art. 28 era del siguiente tenor:

«1. Las fundaciones podrán realizar las actividades industriales o mercantiles que sean **estrictamente necesarias** para el mejor cumplimiento del fin fundacional, dando cuenta al Protectorado de la estructuración y funcionamiento de estas actividades.

2. En los demás casos, las fundaciones no podrán ejercer por sí mismas actividades industriales o mercantiles sin previa y expresa autorización del Protectorado [...].»

Y en relación con la enajenación o gravamen de los bienes inmuebles o establecimientos industriales o mercantiles que «eventualmente posea» (sic) el art. 29 establecía que «... las ventas se llevarán a cabo mediante subasta, que se realizará con arreglo al pliego general de condiciones anejo a este Reglamento. Cualesquiera otras condiciones particulares habrán de ser previamente aprobadas por el Protectorado.»

³⁰⁷ PEDREIRA MENÉNDEZ, J., *Las actividades empresariales de las...*, op. cit., pág. 43.

También el Decreto 2.930/1972, en el ámbito de las Fundaciones Culturales y Docentes admitió, de manera limitada, la realización por las fundaciones de determinadas actividades industriales o mercantiles (art. 28)³⁰⁸ e incluso percibir ingresos por las actividades desarrolladas (art. 24)³⁰⁹.

La Ley catalana 1/1982, de 3 de marzo, de Fundaciones Privadas de Cataluña, que es la primera norma postconstitucional que reguló las fundaciones en nuestro país, siguió la estela del Decreto de 1972 y, aunque de manera indirecta y tímida, abrió la puerta a que las fundaciones privadas catalanas pudiesen desarrollar actividades lucrativas. Así, en su artículo 4, en el apartado segundo se disponía que las fundaciones debían invertir el «*resto de la dotación* [detráida la parte de la dotación destinada permanentemente al cumplimiento de los fines (art. 4.1)] ... *normalmente en bienes fructíferos*». Y en el apartado 4, se añadía que «*[l]a inversión de todo o de una parte del patrimonio de una Fundación en Empresas mercantiles, siempre que se atribuya a aquélla la calidad de comerciante en términos legales, debe ser autorizada por el Protectorado*».

En la Ley estatal de Fundaciones de 1994 se dio un paso más en la línea de matizar el concepto de ausencia de ánimo de lucro al distinguirlo de la idea de beneficio³¹⁰, y en su artículo 22 permitió expresamente que las fundaciones desarrollasen actividades mercantiles e industriales siempre y cuando se hagan por medio de sociedades de responsabilidad limitada y con la supervisión del Protectorado.

Esta evolución legislativa culmina en el artículo 24 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, al establecer la libertad para las fundaciones de desarrollar activida-

³⁰⁸ Las fundaciones podían realizar estas actividades siempre que fueran «estrictamente necesarias para el mejor cumplimiento del fin fundacional, dando cuenta al Protectorado de la estructuración y funcionamiento de estas actividades» (art. 28.1). En este mismo precepto se establecía un rígido control del Protectorado sobre estas actividades.

³⁰⁹ La percepción de ingresos por las actividades de la fundación se configuraba como un excepción al régimen general de gratuidad de las prestaciones –art. 2.1.b)– y estaba sometida a un férreo control por parte del Protectorado que incluía la autorización previa a partir de un estudio justificativo del cálculo de los citados ingresos, debidamente informado por la Delegación Provincial del Ministerio, que las cantidades exigidas a los beneficiarios no excediesen el coste real de la actividad, «*sin margen comercial de ninguna clase*», y que las citadas tarifas se inscribiesen en el Registro de Fundaciones (art. 24).

³¹⁰ CABRA DE LUNA, M.Á., «Comentario al artículo 22», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley de Fundaciones ...*, op. cit., pág. 190.

des económicas con los límites de respeto a las normas de competencia e interdicción de la participación en entidades de responsabilidad personal. Ya que como apunta LINARES ANDRÉS *«pocas fundaciones podrían vivir hoy sólo de las rentas obtenidas de su patrimonio [...] ha habido que adoptar un concepto dinámico-empresarial de fundación. El patrimonio fundacional debe ponerse en movimiento, para que sea capaz de amoldarse a los vaivenes económicos»*³¹¹.

La doctrina es en este punto unánime al señalar la compatibilidad de la ausencia del ánimo de lucro de las fundaciones y el desarrollo por estas entidades de actividades lucrativas. En este sentido señala PIÑAR MAÑAS que las actividades de las fundaciones pueden producir beneficios, pero en ningún caso pueden traducirse en términos de lucro³¹².

En esta misma línea se posiciona VERDERA SERVER, para quien la ausencia de ánimo de lucro no *«supone que las fundaciones no puedan obtener ingresos por sus actividades, que equivaldría a un esfuerzo meramente caritativo, pero implica que no cabe el reparto de beneficios»*, y esta conclusión la deriva el autor, de manera especial, de la carencia de base asociativa de la fundación³¹³.

Como hace notar MORILLO GONZÁLEZ, lo que hace la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, y previamente la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, es atribuir la ausencia de fin de lucro no a la fundación, sino a la organización, y de ello deriva dos consecuencias: *«por un lado está impidiendo que los patronos, como “miembros” de la organización, obtengan cualquier tipo de beneficio; y por otro, abre la posibilidad de que la fundación pueda obtener ingresos con su actividad»*³¹⁴.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ considera que este aspecto de atribución de la ausencia de fin de lucro a la organización ha sido reforzado en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, al sustituir la expresión *«ánimo de lucro»* por la de *«fin de lucro»*, ya que

³¹¹ LINARES ANDRÉS, L., Las fundaciones: patrimonio, funcionamiento ..., op. cit., pág. 230.

³¹² PIÑAR MAÑAS, J.L., «Comentario al artículo 1», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley ..., op. cit.*, pág. 11.

³¹³ VERDERA SERVER, R., «Comentario al artículo 2. Concepto», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios ..., op. cit.*, págs. 98 y ss.

³¹⁴ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación ..., op. cit.* (2006), pág. 31.

esta última tiene un carácter menos subjetivo³¹⁵. EMBID IRUJO, por su parte, aunque discrepa de esta caracterización considera, no obstante, que esta es la tesis asumida por el legislador³¹⁶.

La ausencia de fin de lucro de las fundaciones se plasma en la articulación del régimen jurídico de estas entidades, de manera evidente: la interdicción legal de reparto de beneficios entre los miembros de las entidades sin ánimo de lucro que gozan de protección legal, especialmente las fundaciones y las asociaciones y, en el caso concreto de las fundaciones, además, la prohibición legal de retribución del cargo de patrono³¹⁷, pero no del reembolso de determinados gastos que le ocasione el ejercicio de dicho cargo, aunque las últimas legislaciones llegan a admitir la retribución en algunos casos; la obligación de invertir el 70 % de las rentas e ingresos netos de cada ejercicio a la realización de los fines fundacionales³¹⁸.

Esta ausencia de ánimo de lucro, pues, es una nota identificativa de la institución fundacional en nuestro Derecho, y aún en el Derecho de nuestro entorno -art. 11.1 del Estatuto de la Fundación Europea- aunque con excepciones como el caso alemán-. De ahí que la referencia incluida por el legislador en el artículo 2.1 de la LFE no sea considerado en absoluto ocioso por parte de la doctrina³¹⁹.

De hecho, la ausencia de ánimo de lucro está íntimamente unida a la idea de beneficencia que se encuentra en el sustrato de nuestro régimen histórico de fundaciones³²⁰. De ello dan buena prueba debates como el mantenido entre DE CASTRO y

³¹⁵ En opinión de GARCÍA-ANDRADE «aun sin ser del todo clara, parecería apuntar a una mejor técnica que, ante la posibilidad de que el “ánimo de lucro” pudiera predicarse únicamente del fundador, se ha preferido que la prohibición del “fin de lucro” tenga una acepción más amplia que alcance también a la entidad y al ejercicio del derecho de fundación en su conjunto» (GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Concepto de Fundación», en: MUÑOZ MACHADO, S., y otros, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Madrid: Iustel, 2005, pág. 40. En sentido similar, CAFFARENA LAPORTA, J., «La extinción ...», *op. cit.*, pág. 446.

³¹⁶ El profesor EMBID IRUJO apunta que el cambio puede obedecer a que *aparentemente* el término *ánimo de lucro* tiene un significado subjetivo, «*como aspiración personal a la consecución de un beneficio repartible*», mientras que el término «*fin de lucro*» tiene un carácter «*aparentemente más objetivo*», si bien recalca que la doctrina mercantilista ha rechazado unánimemente este matiz. (EMBID IRUJO, J.M., «Notas sobre el régimen...», *op. cit.*, pág. 82).

³¹⁷ Entre otros, el art. 13.5 de la Ley 8/1998, de fundaciones de la Comunitat Valenciana.

³¹⁸ Entre otros, el art. 20.4 de la Ley 8/1998, de fundaciones de la Comunitat Valenciana.

³¹⁹ MORILLO GONZÁLEZ, F., «La ausencia de ánimo de lucro y la reversión de los bienes fundacionales a la extinción de la fundación», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 20, enero-diciembre 2006, págs. 259-260.

³²⁰ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Algunas acotaciones al concepto ...», *op. cit.*, *passim*.

CÁRDENAS a mediados del siglo pasado a cuenta de la virtualidad de las fundaciones familiares en nuestro Derecho³²¹. O los debates durante la elaboración de la Constitución³²². De ahí que la posibilidad de una eventual reversión a los fundadores o sus herederos de los bienes que integran el patrimonio de la fundación plantee una significativa polémica que abordaremos en un epígrafe posterior.

2. ORGANIZACIÓN

2.1. LA ORGANIZACIÓN COMO ELEMENTO NUCLEAR DE LAS FUNDACIONES

Como se ha expuesto, uno de los elementos que más relieve está cobrando en el concepto de fundación es el de la organización. Y no solo entre quienes sostienen la llamada tesis *de la organización*. Son muchos los autores que, incluso desde posiciones *patrimonialistas*, inciden en la relevancia de la organización como elemento esencial de la fundación³²³.

Una primera cuestión es a qué nos referimos cuando hablamos de la organización de una fundación. MORILLO GONZÁLEZ expone dos posibles aproximaciones a este concepto en el régimen jurídico de las fundaciones: por una parte nos encontramos con el «*órgano u órganos encargados de hacer efectiva la afectación del patrimonio a la realización del fin fundacional*»; por otra parte, la referencia a la organización también puede entenderse hecha a la fundación «*en su estructura esencial [...] en la que estarían comprendidos todos los elementos esenciales de la fundación*»³²⁴.

³²¹ CÁRDENAS HERNÁNDEZ, L., «Las fundaciones familiares de Derecho privado», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 424-425, julio-agosto de 1952, págs. 579 a 590. DE CASTRO Y BRAVO, F., «Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 6, núm. 3, 1953, págs. 623-652.

³²² *Vid.* Capítulo III *supra*.

³²³ VATTIER FUENZALIDA, C., «Concepto, constitución y dotación de la fundación», en: PRATS ALBENTOSA, L.(coord.), *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*. Valencia: Universitat de València, 1996, pág. 124.

³²⁴ MORILLO GONZÁLEZ, F., *La fundación: concepto...*, *op. cit.*, pág. 40.

La posición doctrinal mayoritaria se inclina, a la hora de analizar el elemento organizativo de las fundaciones, por enfocar la cuestión desde la primera de las perspectivas apuntadas por MORILLO GONZÁLEZ, sin embargo no se puede perder de vista que voces muy autorizadas como GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ optan por la segunda perspectiva como posición de análisis. Es más, estas posiciones cuentan con el aval destacado del propio legislador³²⁵.

Entre quienes han mantenido y mantienen la posición de la organización como un elemento más de la fundación, junto con el patrimonio y la finalidad, encontramos además del citado MORILLO GONZÁLEZ, a LÓPEZ JACOISTE³²⁶, a BENEYTO FELIU³²⁷, a LACRUZ BERDEJO³²⁸ o a VILASECA I MARCET, quien también parece que se inclina por una concepción *orgánica* a la hora de caracterizar a las fundaciones³²⁹; según este último, la principal característica de la organización fundacional es precisamente dotar de «*inteligencia y voluntad*» a través de la acción de personas físicas concretas a la persona jurídica que es la fundación, lo que es una noción que evoca los *trustees* propios del Derecho anglosajón³³⁰.

³²⁵ No comparte esta misma posición sobre el significado de la organización GARCÍA-ANDRADE. Para este autor, la organización puede referirse, bien a «*la regla por la que se distribuyen, armonizan o asignan funciones a los diversos elementos*», bien a «*la unidad que conforman los elementos ordenados*», que es la que utiliza el autor. (GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación: un estudio ...*, op. cit., pág. 25).

³²⁶ LÓPEZ JACOISTE sostuvo que «por eso se ha hablado de que la fundación es una organización dada a un patrimonio, cuya administración tiene por objeto cumplir el fin a que se destine dicho patrimonio. El fin, al no ceñirse a un sujeto determinado se hace social y permanente; y necesita un querer que lo actualice de modo sucesivo. La voluntad fundacional tiene virtud creadora, pero desaparece con la vida del fundador; por eso hace falta una voluntad duradera que actualice el fin, esto es, un órgano institucional» (LÓPEZ JACOISTE, J.J., «La fundación y su ...», op. cit., págs. 594-596).

³²⁷ BENEYTO FELIU considera que «este elemento de la organización o de la personalidad jurídica es inherente a toda persona jurídica, y por tanto, no es tampoco por sí solo elemento configurador del concepto de fundación», aunque en consonancia con MORILLO GONZÁLEZ, apunta «*que el hecho de que sea un elemento común a toda persona jurídica no supone que por ello deje de ser un elemento esencial*». (Vid. BENEYTO FELIU, J., «Personas Jurídicas, Asociaciones y Fundaciones», en DELGADO DE MIGUEL, J.F. (coord. gral.), *Instituciones de Derecho Privado*, tomo I, vol. núm. 3. Madrid: Thomson-Civitas, 2004, pág. 1.267).

³²⁸ El profesor LACRUZ BERDEJO entiende que la organización «*no es un requisito de la creación, sino de la constitución del ente*» aunque en cualquier caso «*es un elemento indispensable para que la fundación realice sus fines ella misma, lo cual sólo puede hacer mediante órganos, y asimismo para la gestión del patrimonio*» (LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, I, Parte General del Derecho Civil*, Barcelona: J.M. Bosch, 1990, pág. 323).

³²⁹ VILASECA I MARCET, J.M., «Una ley de fundaciones privadas», en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 76, núm. 3, 1977, pág. 583 (79).

³³⁰ En el Derecho anglosajón no existe la noción de persona jurídica, por ello, en el caso de las fundaciones, actúan mediante la representación de personas físicas, llamadas *trustees*. (Vid. CABRA DE LUNA, M.Á., *El tercer sector y ...*, op. cit., pág. 303 y ss.)

Por su parte, la segunda acepción del término *organización* para referirse a las fundaciones, entiende que aquélla es un todo más amplio que la simple suma de sus órganos de gobierno de la entidad. Es esta la tesis que sostiene GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ al decir que es la «*unidad que forman todos los elementos ordenados*». Esta tesis entendemos que es secundada, entre otros, por GARCÍA DE ENTERRÍA³³¹, GONZÁLEZ CUETO³³² y PIÑAR MAÑAS, quien afirma que la fundación ha dejado de ser «*sólo un simple patrimonio*» pues de este modo se consigue mejor la materialización de los fines de la fundación y de esta manera «*la Ley [Ley 30/1994, de 24 de noviembre] no se refiere al patrimonio como elemento personificado que se adscribe a un fin de interés general, sino como el elemento de la organización en que consiste la fundación que se afecta a dicho fin*»³³³.

2.2. LA ORGANIZACIÓN Y AUSENCIA DEL ÁNIMO DE LUCRO

Relacionando este debate con el planteado alrededor de la ausencia de fin de lucro, es indudable que esta exigencia solo es predicable en los términos expuestos si se asume la perspectiva de la organización que propugna en su análisis MORILLO GONZÁLEZ, esto es, la que hace referencia a los órganos que articulan la voluntad de la fundación³³⁴. Llegamos a esta conclusión a partir de un razonamiento simple: si la ausencia de fin de lucro, como hemos visto, implica la ausencia de un lucro partible, esta exigencia solo tendrá sentido respecto de quienes eventualmente pudieran partirse el lucro, esto es, las personas que se sitúan al frente de la organización. Por el

³³¹ No parece que el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA albergue duda alguna respecto al alcance de la organización al afirmar que el «*derecho de fundar entendido como derecho subjetivo de establecer una organización con personalidad jurídica*» (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, fundaciones ..., *op. cit.*, pág. 245).

³³² GONZÁLEZ CUETO afirma que la organización «*implica un conjunto de elementos personales y materiales estructurados y articulados para la consecución de un fin definido por el fundador*» y en este sentido, incide en que «*[n]o cabe duda de que los elementos personales son esenciales, porque sirven especialmente para formar la voluntad de la persona jurídica y para exteriorizarla, permitiéndole actuar en el tráfico jurídico, participar activamente en la vida social*» (GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 51).

³³³ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Comentario al artículo 1...», *op. cit.*, pág. 12.

³³⁴ *Vid.* MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación ...*, *op. cit.* (2006), págs. 30-31.

contrario, es obvio que en el régimen jurídico vigente, las fundaciones, como organización, sí que tienen un fin de lucro y para ello se les permite la realización de actividades industriales y empresariales.

Ahora bien, no podemos perder de vista que se trata de un debate eminentemente académico y que la literalidad de la Ley es la que es. En nuestra opinión, el enfoque adecuado de análisis es el que propugnan PIÑAR MAÑAS y, especialmente GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, que inciden en la progresiva irrelevancia de los patrimonios frente a la mayor profesionalización de la gestión. Y ello, además de por considerar que es el más respetuoso con la literalidad del artículo 2.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, porque solo desde esta perspectiva se puede aprehender con cierta coherencia la evolución sufrida por las fundaciones hacia figuras vinculadas al ejercicio de derechos de participación social³³⁵ como las que nos encontramos constantemente en la realidad, donde la escasez patrimonial de muchas fundaciones las convierte realmente en organizaciones vinculadas a un fin³³⁶, más que en patrimonios vinculados a un fin.

En este sentido, la ausencia de fin de lucro sí que puede predicarse de la organización, entendiendo a la fundación como un todo, ya que el eventual lucro que obtenga la fundación de sus actividades no es en ningún caso *partible* y además, tiene dos características que lo distinguen respecto del lucro mercantil *estricto sensu*: por una parte es indisponible para la fundación, ya que está vinculado *ex lege* al cumplimiento de las actividades de la fundación –con la salvedad del porcentaje destinado a gastos de administración–; y por otra, de la jurisprudencia constitucional, concretamente en la Sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, se desprende con claridad que el fruto de este lucro está vinculado permanentemente a la consecución de fines de interés general y, en consecuencia, nunca podrá incorporarse a un patrimonio con finalidad particular, pues en dicha resolución, el Alto Tribunal reitera la prohibición general de reversión del patrimonio generado en la vida de la fundación

³³⁵ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Comentario al artículo 1 ...», *op. cit.*, pág. 8.

³³⁶ GARCÍA-ANDRADE apunta esta realidad como uno de los elementos más destacados en la mutación del concepto de fundación (GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Algunas acotaciones ...», *op. cit.*, pág. 123). Por el contrario, PEDREIRA MENÉNDEZ sostiene una opinión negativa de esta evolución «ya que con la misma se está desvirtuando el concepto clásico de fundación» (PEDREIRA MENÉNDEZ, J., *Las actividades empresariales de ...*, *op. cit.*, págs. 91-92).

por su actividad, pero no así la reversión de los bienes aportados por el fundador (el ejemplo más obvio es si la aportación del fundador consiste en un edificio).

2.3. LA ORGANIZACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El elemento organizativo es, por tanto, fundamental en la institución y buena prueba de ello es la evolución legislativa donde el grado de atención que se presta a la configuración del patronato, como manifestación última de la organización de la fundación, es creciente si se compara con los primeros textos normativos del siglo XIX y aún del siglo XX. Este elemento organizativo, claramente identificado por la Ley 30/1994, de 24 de noviembre y su sucesora, Ley 50/2002, de 26 de diciembre aparece no obstante, un tanto oscurecido en la definición que el Tribunal Constitucional hace de la institución fundacional recurriendo al concepto «*admitido de forma generalizada*» y que parece atribuir la personalidad jurídica exclusivamente al patrimonio.

Sin embargo, en el mismo fundamento jurídico quinto de la STC 49/1988, de 22 de marzo (anterior por tanto, a la primera Ley de Fundaciones de ámbito estatal) señala que «...tanto la manifestación de voluntad como la **organización** han de cumplir los requisitos de las leyes...» de lo que se desprende claramente que el Alto Tribunal considera el elemento organizativo como algo esencial de la fundación, al nivel de la voluntad fundacional.

Este tímido énfasis de la Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, ha sido sin embargo, reforzado en la Sentencia 120/2011, de 6 de julio, en cuyo Fundamento Jurídico quinto se puede leer, tras la reiteración del concepto de fundación expresado en la Sentencia 49/1988, de 22 de marzo:

«A ello debemos añadir ahora que la proclamación del derecho de fundación para fines de interés general (art. 34.1 CE) implica el reconocimiento de un derecho de libertad cuyo ejercicio permite a los particulares participar en la realización de actividades de interés general a través de la creación de una **organización permanente** dotada de personalidad jurídica propia y diferenciada del instituyente».

Como se verá, el peso que adquiere la organización en el concepto de la fundación es proporcional a la disminución del valor del patrimonio como elemento catalizador de la actividad de la fundación. En otras palabras, a medida que se constituyen más fundaciones con menores patrimonios iniciales, con patrimonios formados por aportaciones diferidas en el tiempo, e incluso con patrimonios objetivamente insuficientes para conseguir el fin perseguido durante un lapso razonable de tiempo, la fundación como organización que persigue ciertos fines, adquiere más fuerza.

De esta manera, la aproximación de la fundación a otras figuras de base personal como las asociaciones, es evidente. Incluso en algunos aspectos como la composición de los órganos de gobierno de la fundación, dado el amplio margen de maniobra del fundador a la hora de determinar los órganos de la fundación, se pueden encontrar notables similitudes en la evolución de ambas figuras, de suerte que la actividad prestacional o de fomento que podría vincularse en teoría al patrimonio de la fundación cede en favor de otro tipo de actuaciones que requieren una inversión económica notablemente inferior, como la investigadora o la simple concienciación oscila o representación de ciertos intereses sociales.

3. FIN DE INTERÉS GENERAL

3.1. LA ENUNCIACIÓN DE LOS FINES EN LA LEGISLACIÓN DE FUNDACIONES

Con anterioridad se ha expuesto que el principal cambio que se opera con la constitucionalización del derecho de fundación, en cuanto al concepto de fundación, es la vinculación entre este derecho y el interés general³³⁷.

³³⁷ Sin embargo, voces tan relevantes en nuestro Derecho como la de Luis Díez-PICAZO restan toda importancia a esta referencia constitucional: «*De pasada diré que no creo que tenga especial trascendencia la referencia que el precepto constitucional se hace a los "fines de interés general", pues nunca ha podido leerse la Constitución como si fuera el Código de circulación*». Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Prólogo», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Tratado...*, op. cit., pág. 49.

Las fundaciones, así, adquieren una nueva dimensión marcada por un carácter teleológico. Solo podrán existir fundaciones destinadas a la consecución del interés general, quedando así vedada cualquier posibilidad de crear fundaciones de interés particular, al contrario de lo que ocurre en los ordenamientos alemán o suizo.

De esta manera, además, se mantiene la línea clásica del Derecho español de los últimos dos siglos.

En el ordenamiento preconstitucional, la primera afirmación del interés general como finalidad de las fundaciones la realiza el Código Civil en su artículo 35.1, al afirmar que «*son personas jurídicas las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley*». Anteriormente la legitimidad de las fundaciones estaba vinculada al desarrollo de actividades de beneficencia, con la que se identificaban en todo caso.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS entienden que las personas jurídicas de interés público a las que se refiere el Código Civil son aquellas «*que no se propone[n] como finalidad propia y exclusiva esta ganancia [a la que se refiere el art. 1.665 CC o el art. 116 CdC] o lucro partible, ni siquiera la mera ganancia*», ya que en su opinión cabe pensar que el Código Civil alude a «*intereses que promueven de alguna manera el bien general*»³³⁸. Por lo tanto, la exigencia de persecución del interés general no es una consecuencia de la ausencia del ánimo de lucro.

La expresión «interés público» no es reiterada por la legislación posterior al Código Civil (1889), y la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones introdujo el concepto de «utilidad pública».

Finalmente, la Constitución el artículo 34 introduce la expresión «interés general» vinculada a los fines, y no a la propia fundación como ocurría en el Código Civil, sobre lo que se volverá más adelante. Y ello, como se ha visto, con la finalidad principal de vedar el paso a las fundaciones de interés particular. En este sentido, conviene destacar que la Constitución utiliza ambas expresiones, «interés público»

³³⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1995, vol. I, págs. 623-624.

e «interés general», sin embargo, la segunda es mucho más frecuente (12) que la primera (2)³³⁹.

Parte de la doctrina no ha dado más valor a la sustitución de un término por otro, estableciendo la equivalencia entre ambos³⁴⁰. Sin embargo, TOMÁS Y VALIENTE ha mantenido una tesis distinta. Para quien fuera Presidente del Tribunal Constitucional cuando se dictó la Sentencia 48/1988, de 22 de marzo, «no es indiferente sustituir, como hizo el constituyente, la expresión “interés público” del artículo 35 del Código civil, por la de “interés general” atribuida a los fines propios de las fundaciones. Es lo general, lo común a muchos, lo que interesa a un amplio grupo de ciudadanos o en hipótesis a todos ellos, lo que se justifica por la Constitución como ámbito de los fines propios de las fundaciones: no lo público, que hace referencia a la esfera de los poderes del Estado»³⁴¹.

SALVADOR CODERCH y SEUBA TORRALBA han abundado en esta posición al afirmar que «la fundación reconocida constitucionalmente en 1978 no es así un apéndice del Estado, una cuasiadministración pública, un fenómeno de tolerada supervivencia –casi a regañadientes y de manera literalmente vergonzante– de la época de las vinculaciones porque lleva a cabo exclusivamente actividades de “beneficencia”, o como mucho –y en la línea del derogado Decreto 2930/1972 de 21 de julio, [...]– de subvención de necesidades colectivas o de prestación de servicios públicos o culturales», y establecen

³³⁹ Junto con estas dos expresiones, también figura en la Constitución una tercera «interés social», que es mencionada en dos ocasiones, y una de ellas en contraposición al «interés público» en el artículo 124.1, relativo al Ministerio Fiscal. Precisamente en este contexto, TORRES-DULCE LIFANTE ha explicado recientemente que «el interés público perfectamente legítimo y legitimado democráticamente pero inevitablemente más concreto [que el «interés social»], más cercano a las acciones del Gobierno, a su política interior...» (Vid. TORRES-DULCE LIFANTE, E., «El Ministerio Fiscal como órgano constitucional», en: CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*. Las Rozas: Fundación Wolters Kluwer España, 2008, pág. 1.929. Sobre el uso de estos términos en líneas generales vid. NIETO GARCÍA, A., «La Administración sirve con objetividad a los intereses generales», en: MARTÍN-RETORTILLO, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III. Madrid: Civitas, 1991, págs. 2.187 y ss.

³⁴⁰ Sobre las distintas posiciones doctrinales vid. VERDERA SERVER, R., «Comentario al artículo 2. Concepto», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, op. cit., págs. 100 y ss.; así como MORILLO GONZÁLEZ, F., *La fundación: concepto y elementos...*, op. cit., págs. 81 y ss. Respecto a las posiciones que restan importancia a la distinción entre ambos conceptos, conviene destacar a GARCÍA DE ENTERRÍA («Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 89, 1996, pág. 73); a MONTÉS PENADÉS («Fragmentos de un estudio...», op. cit., pág. 206); a PIÑAR MAÑAS («Comentario al artículo 1», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios...*, op. cit., pág. 10); y a GARCÍA-ANDRADE (*La Fundación: un...*, op. cit., pág. 34).

³⁴¹ TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio previo», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley ...*, op. cit., pág. XXX.

el contraste con la expresión legal vigente en que *«lo que interesa generalmente ya no se limita en una sociedad plural y democrática a lo que está ceñido por el interés público, al complemento del giro y tráfico de las Administraciones Públicas. Es más, la misma diversidad y pluralidad propia de una cultura democrática sugiere que finalidades a cuya realización una Administración Pública no tendría por qué subvenir –o que, incluso, no debería hacerlo»³⁴²– pueden ser de interés general y quedan abiertas a la actividad de las fundaciones»³⁴³.*

Y añaden que *«“general” se opone aquí a “particular” –con o sin ánimo de lucro– como “público” lo hace a “privado” y nada habría que objetar a la terminología tradicional si no se empleara para oscurecer la diferencia que media entre lo público y lo general cuando quien actúa –la fundación– es un sujeto de Derecho privado y lo hace conforme a técnicas que también son de Derecho privado con el objeto de realizar tareas que interesan al común, que son de interés general y, naturalmente, bajo control público».*

A partir de la posición de la distinción de alcance de ambas expresiones se puede construir una cierta evolución en el fin que persiguen las fundaciones. Así, la legislación anterior al Código Civil vinculó la existencia de las fundaciones al desarrollo de actividades benéficas exclusivamente; el Código Civil amplió el alcance al admitir las fundaciones *de interés público*, donde si bien se incluían los establecimientos benéficos, se abría la posibilidad de existencia a entidades que aun sin desarrollar actividades benéficas fueran consideradas de interés público por las autoridades o los tribunales³⁴⁴, es decir, a modo de complemento de la acción de los Poderes Públicos. Finalmente, la Constitución otorga una mayor amplitud al superar el concepto de *«interés público»*, de perfil claramente vinculado por estas tesis a la acción de la Administración, y sustituirlo por el concepto de *«interés general»*, cuyo alcance será objeto de un análisis más pormenorizado más adelante.

3.2. ALCANCE DEL TÉRMINO «INTERÉS GENERAL»

³⁴² Subrayado de los autores.

³⁴³ SALVADOR CODERCH, PÁG. y SEUBA TORREBLANCA, J.C., «Fundaciones: interés general y ...», *op. cit.*, pág. 8.

³⁴⁴ MORILLO GONZÁLEZ, F., La fundación: concepto y elementos..., *op. cit.*, págs. 73 y ss.

Es necesario en este punto esbozar el alcance que tiene el concepto «interés general» incluido tanto en el artículo 34.1 CE como en el artículo 2.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, y en varias normas autonómicas.

En primer lugar hay que afirmar que se trata de un concepto jurídico indeterminado. Mucho se ha escrito sobre el uso de este tipo de términos en la legislación, tanto en sede académica como jurisprudencial³⁴⁵.

En opinión del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, el uso de este concepto en el artículo 34, igual que en el resto de la Carta Magna, pese a su indeterminación, tiene una inequívoca finalidad delimitadora: «*no se pueden constituir fundaciones para cualquier fin, por imaginativo que sea*». Ahora bien, esta inequívoca finalidad delimitadora, según el prestigioso administrativista, «*es efectiva*», ya que «*[i]nterés general o interés público son guías claras que utiliza el constituyente para organizar instituciones o actuaciones públicas*».

Sin embargo, la identificación de la funcionalidad del concepto aplicada al artículo 34 no arroja, ni mucho menos, la luz necesaria para que pueda aprehenderse el alcance del citado artículo, sobre todo a los efectos que interesan en este punto que no son otros que permitir que más adelante abordemos el contenido esencial del derecho de fundación garantizado por la Carta Magna.

De esta manera, si es cierto que guiados por GARCÍA DE ENTERRÍA hemos detectado el valor limitador del término «*interés general*», ahora debemos ir más allá, y adentrarnos en el contenido material de este concepto. Hemos de buscar la respuesta a la pregunta ¿qué es el interés general?

³⁴⁵ Según Tomás Ramón FERNÁNDEZ, «los conceptos jurídicos indeterminados son aquellos que inicialmente en su definición legal son imprecisos, pero que son susceptibles de precisión a la vista de las circunstancias concretas» y añade que «el concepto jurídico indeterminado remite, en último término, a una solución justa» (Vid. FERNÁNDEZ, T.R., «Ley de Fundaciones», en: AA.VV., *En torno a la Ley 30/94 de Fundaciones y de Incentivos Fiscales. Encuentro de Toledo*. Madrid: Centro de Fundaciones, 1995, pág. 39).

En este sentido, también GARCÍA DE ENTERRÍA facilita el esclarecimiento de algunos de los contornos de la expresión, de manera que el interés general no es cualquier interés, «*cualquier ocurrencia de los gestores [de la Administración Pública], sino precisamente [...] un sector de los intereses con los que puede encontrarse [...] excluyendo, automáticamente intereses que no merezcan tal cualificación*» y añade que «*las Leyes, las cuales son las que efectúan, dentro de la Constitución, la selección de lo que en el concierto social debe ser calificado de interés general*»³⁴⁶.

De esta manera, la concreción de lo que sea «interés general» queda en manos del legislador, o incluso como denuncia NIETO GARCÍA, de la propia Administración –algo evidente si se tiene en cuenta la apertura de las cláusulas definitorias de los fines de interés general contenidas en las distintas leyes de fundaciones–, y en última instancia de los Tribunales, especialmente del Tribunal Constitucional³⁴⁷.

SALVADOR CODERCH y SEUBA TORREBLANCA, en su reiteradamente citado trabajo sobre las fundaciones, entran de lleno en el contenido del interés general que deben perseguir las fundaciones, y han afirmado que el «interés general» no es sinónimo de «interés mayoritario» ni, evidentemente, del «interés de la mayoría política gobernante», aunque sea ésta la que lo defina a través de la legislación³⁴⁸. Sin embargo, para estos autores el concepto constitucional de «interés general» «*trasciende, en una sociedad plural, los intereses coyunturales de las mayorías políticas: si no fuera así, no habría habido necesidad alguna de constitucionalizar el requisito del interés general en el art. 34.1 de la Constitución Española*», de suerte que el «*amplio marco del interés general viene hoy dado por el art. 10.1 de la Constitución Española*». Y en este marco, afirman la posibilidad incluso de que en la persecución de esos intereses generales las fundaciones persigan intereses *ajenos* aunque no contradictorios con los principios constitucionales. Y concluyen su argumentación: «*antes las fundaciones se toleraban para atender a los necesitados –a los pobres, es decir, a los precisados de beneficencia– para llegar allí donde no alcanzaba un Estado presocial: hoy, en cam-*

³⁴⁶ *Ibidem*, págs. 73-74.

³⁴⁷ NIETO GARCÍA, A., «La Administración sirve con objetividad a los intereses generales», en: MARTÍN-RETORTILLO, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III. Madrid: Civitas, 1991, págs. 2.248 y ss.

³⁴⁸ SALVADOR CODERCH, P. y SEUBA TORREBLANCA, J.C., «Fundaciones: interés general y...», *op. cit.*, págs. 8 y ss.

bio, el derecho de fundaciones pretende atender a las necesidades de una cultura plural. No es o, al menos, no debería ser su función servir de mero complemento a lo que no hacen pero podrían o deberían hacer las Administraciones Públicas»³⁴⁹.

Este argumento es especialmente sugerente porque permite trasladar al ámbito de las fundaciones el concepto de la democracia militante. Es decir es posible dar una lectura al «interés general» que actúa como límite intrínseco del derecho de fundación constitucionalizado desde una perspectiva respetuosa del pluralismo político. Ello obliga, necesariamente, a dar un sentido muy laxo al catálogo de fines de interés general contenido en la Ley; o desde una óptica negativa, criticar cualquier interpretación de estos fines tendente a identificarlos con una determinada concepción política, social, económica... por amplia que sea. Si asumimos esta aproximación al interés general, ciertamente, estamos desposeyendo de buena parte de su valor a la afirmación constitucional y resituando el límite al derecho en el Derecho Penal, esto es, en los apartados 2 y 4 del artículo 22 CE por remisión del apartado 2 del artículo 34. Estamos con GARCÍA DE ENTERRÍA en que esta expresión en sede constitucional debe ser efectiva, el interés general no puede definirse por negación del límite penal, y si bien no es posible que se interprete restrictivamente en coincidencia con los valores de la mayoría, las limitaciones no deben venir desde una perspectiva ideológica, sino de un juicio razonable que determine si la existencia de la fundación aporta algún beneficio general, aunque solo sea en línea con la afirmación del pluralismo social y político, consagrado en el artículo 10.1 como base del orden político y de la paz social.

Por otra parte, PIÑAR MAÑAS matiza que aunque en la Constitución se utiliza el mismo término «interés general» en el artículo 34 y en el 103, en realidad se trata de conceptos no necesariamente coincidentes. Así, el «interés general» que este autor considera que forma parte del concepto garantizado de fundación es «*el interés superior al individual, incluso al de grupo si éste está integrado por sujetos no genéricamente individualizados*». Y aunque no son idénticos, el interés perseguido por las

³⁴⁹ Subrayado de los autores.

fundaciones puede llegar a coincidir con el de las Administraciones Públicas, entendido como el interés del conjunto de los ciudadanos, de suerte que la Constitución prohíbe el monopolio del interés general a favor de las Administraciones³⁵⁰.

Situado así el objeto del debate, es evidente el mandato al legislador para la determinación del «interés general» en cada caso concreto. En este sentido, y en líneas generales se pueden apuntar como ámbitos de concreción del «interés general» *«todo aquello que interesa al conjunto de ciudadanos que componen una comunidad política»*³⁵¹ o el conjunto de los intereses sociales o colectivos que el Estado asume como propios mediante su publicación³⁵².

En cualquier caso, es claro que a la hora de establecer el régimen jurídico del derecho de fundación, el legislador, especialmente a raíz de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, ha incluido una orientación evidente de cuál debe ser el alcance concreto del *interés general* que deben buscar las fundaciones, si bien, la introducción de una cláusula residual abierta permite mantener la indeterminación del concepto, siempre y cuando el interés perseguido pueda ser reconducido hacia el «interés general», y ello aunque, como ha señalado Barrero Rodríguez, *«para que la fundación sea constitucionalmente admisible no se suficiente, como lo es para la creación de asociaciones, la licitud del fin perseguido»*³⁵³.

Sea como fuere, la realidad es que el legislador ha optado por una fórmula muy amplia que, como afirma MORILLO GONZÁLEZ, *«hace difícil encontrar alguna fundación cuyos fines no entren dentro de las categorías citadas en el precepto dada la amplitud con que están redactadas»*³⁵⁴.

Esta amplitud del alcance del concepto de «interés general» es de importancia capital en el ejercicio del derecho a fundar. Como hemos dicho anteriormente,

³⁵⁰ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Entidades privadas e interés general: ..., op. cit., págs. -291-295.

³⁵¹ MORILLO GONZÁLEZ, F., La fundación: concepto y elementos..., op. cit., pág. 83.

³⁵² SÁNCHEZ MORÓN, M., «Comentario al artículo 103», en CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución ...*, op. cit., pág. 1.683.

³⁵³ BARRERO RODRÍGUEZ, C., «Algunas consideraciones sobre los fines de las fundaciones y su garantía por la Administración», en *Revista de Administración Pública*, núm. 183, septiembre-diciembre 2010, pág. 89.

³⁵⁴ MORILLO GONZÁLEZ, F., La fundación: concepto y elementos..., op. cit., págs. 90-91.

sostenemos la tesis de que este elemento teleológico es lo que caracteriza principalmente el derecho constitucionalizado y, por tanto, lo que justifica su presencia en la Carta Magna. Por ello, precisamente, y como expondremos en un capítulo posterior, es la concreción de este interés general la principal vía de limitación del derecho a fundar. Así, el artículo 35.1 de la LFE sitúa el informe preceptivo y vinculante del Protectorado sobre la idoneidad de los fines y la suficiencia de la dotación para conseguirlos como requisito previo y necesario para la inscripción registral y, por tanto, para la adquisición de la personalidad. Asimismo, son causa de extinción de las fundaciones la imposibilidad de cumplir los fines, que estos devengan ilícitos o delictivos, o que se cumplan en su totalidad.

Por todo ello, cualquier limitación legislativa sobre el alcance de la expresión «*para fines de interés general*» que no responda al criterio de proporcionalidad puede alterar la esencia del derecho constitucional de fundación.

3.3. LA POSIBILIDAD DE FUNDACIONES DE INTERÉS DISTINTO AL GENERAL

Solventado este debate, el artículo 34 contiene aún, al menos otra discrepancia con el artículo 35.1 del Código Civil. Mientras el segundo se refiere a «*fundaciones de interés público*», la Carta Magna alude al «*derecho de fundación para fines de interés general*». Por su parte, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre aporta, eventualmente, otra perspectiva: «*son fundaciones las organizaciones [...] afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general*»

Alguna doctrina ha apuntado la importancia del matiz del contraste entre las distintas redacciones normativas.

La práctica totalidad de quienes han estudiado el artículo 34 CE (entre otros PIÑAR MAÑAS, GARCÍA DE ENTERRÍA, DE CASTRO, DE LORENZO, MUÑOZ MACHADO...) han asumido, en línea con lo tratado en el debate constituyente, el carácter excluyente de la cláusula constitucional, de manera que las fundaciones que no persigan un fin de

interés general deben carecer de reconocimiento legal³⁵⁵. MORILLO GONZÁLEZ ha matizado que el precepto constitucional opera en dos sentidos. El primero, condiciona el ejercicio del derecho de fundación, es decir, incide en el momento constitutivo de manera que si la entidad no persigue un fin de interés general no podrá obtener la personalidad jurídica. En el segundo sentido, introduce la persecución del fin de interés general en el ámbito del contenido esencial del derecho constitucionalmente reconocido, blindando así el veto a las fundaciones de interés particular³⁵⁶. Así, se sostiene la incompatibilidad de la persecución del interés general y la eventual reintegración de ciertos bienes fundacionales a patrimonios privados tras la extinción de la fundación³⁵⁷.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, por su parte, se distancia de esta tesis y entiende que la redacción de la Carta Magna ofrece una perspectiva sustancialmente más amplia que la que mantiene la práctica totalidad de la doctrina, pues cabe la interpretación de que quien debe perseguir fines de interés general no es tanto la fundación, como organización, sino el ejercicio del derecho de fundación, es decir, la actividad del fundador. Este anclaje argumental permite a GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ hallar, en su opinión, una mejor armonía entre el artículo 35.1 del Código Civil y la Carta Magna: «*el Código Civil no exige expresamente que la fundación persiga el interés público, sino que la fundación resulte de interés público*». En otras palabras, de aceptarse esta interpretación podrían encontrar cobijo en ambos cuerpos legales fundaciones cuya finalidad no persiguiera el interés general pero que, eventualmente, pudiera considerarse que su existencia es de interés general, por ejemplo, fundaciones para el mantenimiento de ciertos elementos patrimoniales de carácter monumental. Con todo, este autor concluye su argumentación afirmando que «*ya se interprete el artículo 34 de la Carta Magna en un sentido o en otro, lo que no admite es la existencia de fundaciones de interés particular*»³⁵⁸.

Quizás la posición más lejana es la que han mantenido, SALVADOR CODERCH y SEUBA TORREBLANCA, para quienes la Carta Magna y el artículo 35.1 del Código Civil

³⁵⁵ PIÑAR MAÑAS, por ejemplo apoya esta tesis en los debates parlamentarios en los que se incluyó la expresión «*de interés general*» como complemento a la que figuraba en el proyecto constitucional remitido al Senado en el que sólo figuraba «*con arreglo a la Ley*».

³⁵⁶ MORILLO GONZÁLEZ, F., La fundación: concepto y elementos..., op. cit., pág. 86.

³⁵⁷ MORILLO GONZÁLEZ, F., «La ausencia de ánimo de lucro ...», op. cit., pág. 276.

³⁵⁸ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación: un ...*, op. cit., pág. 34.

establecen garantías de existencia respecto de un tipo determinado de fundaciones, las que persigan fines de interés general, pero no por ello impiden al legislador articular otras fundaciones, incluso de carácter particular que, en ningún caso, podrían ser amparadas por el artículo 34.1 CE³⁵⁹.

Esta última posición se ampara en el principio de que aquello que no está expresamente prohibido está permitido en tanto en cuanto no vulnere los principios y valores del ordenamiento o del orden social. A partir de aquí, matizan que aunque los diferentes legisladores se han inclinado por limitar el derecho de fundación vinculado al interés general, esta decisión responde, según esta doctrina, a una *opción política* en un momento determinado que no tiene porqué ser necesariamente seguida por los legisladores autonómicos con competencias civiles³⁶⁰.

El razonamiento no es extraño. En el Derecho comparado, en países como Italia o Alemania, donde el ordenamiento establece únicamente la limitación de los fines ilícitos, existe el debate sobre la posibilidad de existencia de fundaciones con una finalidad particular o privada.

En nuestro Derecho, este debate ha sido de muy escasa entidad, ya que la práctica totalidad de la doctrina ha asumido que las normas sobre fundaciones y beneficencia promulgadas en el siglo XIX vedaban toda posibilidad de crear fundaciones que persiguiesen fines de interés privado. El punto más álgido del debate lo protagonizaron a mediados del siglo pasado Ignacio CÁRDENAS³⁶¹ y Federico DE CASTRO³⁶², siendo el primero partidario de la legalidad de las fundaciones familiares. La opinión mantenida por CÁRDENAS era que cabían en nuestro ordenamiento fundaciones cuyo fin fuera de interés público si bien sus beneficiarios fueran personas vinculadas a un determinado núcleo familiar. Por su parte DE CASTRO discrepa de la posición mantenida por CÁRDENAS y considera que el artículo 35 del Código Civil, así

³⁵⁹ SALVADOR CODERCH, PÁG. y SEUBA TORREBLANCA, J.C., «Fundaciones: interés general y títulos ..., *op. cit.*, pág. 2.

³⁶⁰ Obviamente, aquellos legisladores autonómicos que carecen de competencias civiles a la hora de desarrollar el derecho de fundaciones están vinculados en este punto por la *opción* del legislador estatal.

³⁶¹ CÁRDENAS, I., «Las fundaciones familiares de Derecho privado», en *Revista de Derecho Privado*, núms. 424-425, julio-agosto 1952, págs. 579-590.

³⁶² DE CASTRO Y BRAVO, F., «Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 6, núm. 3, 1953, págs. 623-652.

como el resto de la legislación vigente desde la desamortización, impiden la creación de fundaciones de interés particular y aún de carácter familiar.

4. PATRIMONIO

Ya se ha expuesto que el concepto tradicional de fundación se sustentaba en la idea de un patrimonio afecto a un fin. Sin embargo, es cierto que ni la Ley de Beneficencia de 1849, ni el Código Civil, ni por supuesto la Constitución, exigen expresamente la existencia de un patrimonio.

Sin embargo, tanto la jurisprudencia como las normas reglamentarias –especialmente el Reglamento de Beneficencia de 1899 y el de Fundaciones culturales de 1972– y, posteriormente las distintas legislaciones autonómicas incorporaron esta exigencia de manera expresa³⁶³.

En la actualidad, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre y, por supuesto, las distintas leyes autonómicas, incorporan el requisito de un patrimonio para que pueda existir la fundación, de suerte que aunque es cierto que se le ha dado una notable preponderancia a la organización como eje de la fundación, el patrimonio sigue siendo esencial para la existencia de la fundación³⁶⁴.

Sobre el patrimonio fundacional podemos plantear dos cuestiones principalmente. La primera es su composición, una cuestión que ha sido zanjada con la entrada en vigor de las leyes de fundaciones postconstitucionales pero sobre la que es conveniente apuntar alguna cuestión; la segunda es la de la vinculación del patrimonio a la consecución de los fines de interés general, y dentro de este aspecto, hay dos perspectivas especialmente interesantes, la duración de la afección y la suficiencia patrimonial en relación con los fines perseguidos.

³⁶³ Vid. MORILLO GONZÁLEZ, F., *La fundación: concepto y elementos...*, op. cit., págs. 107 y ss.

³⁶⁴ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Comentario al artículo 1 ...», op. cit., pág. 12.

4.1. CONCEPTO DE PATRIMONIO

El actual artículo 19.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre determina qué es el patrimonio de la fundación:

«El patrimonio de la fundación está formado por todos los bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica que integren la dotación, así como por aquellos que adquiera la fundación con posterioridad a su constitución, se afecten o no a la dotación»

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO considera que esta expresión conceptual responde a una cierta voluntad del legislador de definir el concepto de patrimonio *en términos coloquiales*³⁶⁵ obviando así complejas construcciones doctrinales³⁶⁶.

La redacción incluida en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, varía hasta cierto punto respecto de la contenida en el artículo 17 de la derogada Ley 30/1994, de 24 de noviembre. En el texto vigente se incluye, de una parte, la posibilidad de que integren el patrimonio obligaciones susceptibles de valoración económica; y de otra, la unificación dentro del patrimonio fundacional de la dotación y del resto del patrimonio, circunstancia esta que ya se contenía en la anterior ley si bien no de manera tan expresa.

La ausencia de la referencia a las obligaciones en la anterior regulación fue objeto de crítica, entre otros, por GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ³⁶⁷ y MORILLO GONZÁLEZ³⁶⁸, ya que las fundaciones en tanto que participan en el tráfico jurídico adquieren obligaciones frente a terceros que, obviamente, deben ser contempladas en la situación patrimonial de la entidad. Ya el artículo 38 del Código Civil admitía que *«las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligacio-*

³⁶⁵ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «Comentario al artículo 19. Composición, administración y disposición del patrimonio», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, op. cit., pág. 501.

³⁶⁶ Vid. COBO GÁLVEZ, P., «Comentario al artículo 17», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley...*, op. cit., págs. 152 y ss.

³⁶⁷ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación: un ...*, op. cit., págs. 136-137.

³⁶⁸ MORILLO GONZÁLEZ, F., *La fundación: concepto y elementos...*, op. cit., págs. 122-123, nota al pie núm. 52.

nes y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución». En este último inciso se amparó el legislador para limitar el acceso al caudal patrimonial de las fundaciones de determinados tipos de bienes, y por supuesto, de las obligaciones.

Es relevante destacar el cambio que se ha operado en la legislación en cuanto a la configuración del patrimonio fundacional. En este punto vale la pena recordar que fue por medio del artículo 137.3 de la Ley General de Educación, de 4 de agosto de 1970, que se habilitó a las fundaciones docentes y culturales para disponer «*de toda clase de bienes*», lo que suponía la ruptura con el régimen patrimonial anterior según el cual las fundaciones no podían disponer de bienes inmuebles –salvo aquellos en los que desarrollaren sus actividades– y debían invertir su patrimonio en deuda pública intransferible. Sin duda, el salto es notable.

Finalmente, respecto a esta cuestión es destacable que la legislación aún preserva la existencia de dos regímenes jurídicos distintos para la gestión del patrimonio, según se trate de la dotación o del resto del patrimonio. Así, para la dotación, que es el «*conjunto de bienes y derechos afectados con carácter permanente y estable a los fines fundacionales*»³⁶⁹ existe un régimen de disposición distinto de aquel que afecta al resto del patrimonio en función de su especial vinculación a la consecución de fines de interés general³⁷⁰. En este sentido, y al margen de lo que más adelante se

³⁶⁹ MORILLO GONZÁLEZ, F., La fundación: concepto y elementos..., op. cit., pág. 109.

³⁷⁰ En la dotación, *ex artículo* 12.4 LFE, se incluyen los bienes patrimoniales tanto aportados en el momento constitutivo como en otros momentos de la vida de la fundación. Esta integración en la dotación de los bienes aportados *ex novo* constante la vida de la fundación solo podrá realizarse de dos maneras: por expresa indicación de quien aporta los bienes, tanto si es el fundador como si es un tercero, o por el Patronato, pero en este último caso la integración en la dotación se realiza mediante la decisión del Patronato de afectar permanentemente determinados bienes patrimoniales a los fines fundacionales. Sin embargo, el artículo 21.1 LFE, dedicado al establecimiento del régimen de enajenación y gravamen de los bienes patrimoniales, prevé la aplicación del mismo régimen de disposición previsto para la dotación, a aquellos bienes «*directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales*», y el apartado 2 define estos bienes como aquellos en que «*dicha vinculación esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del Patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada que realice una aportación voluntaria a la fundación, siempre respecto de los bienes y derechos aportados*», y añade la LFE que esta vinculación «*podrá realizarse por resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial*». La doctrina deduce, de este artículo la existencia, dentro del patrimonio fundacional de tres tipos de elementos: (a) dotación; (b) bienes vinculados directamente a los fines fundacionales; y (c) resto de bienes. La doctrina ha puesto de relieve esta distinción: GONZÁLEZ CUETO encuentra la distinción entre (a) y (b) en la distinción entre *afección* y *vinculación directa*, mientras que MONTÉS PENADÉS establece la distinción en si los bienes forman parte del acto fundacional (a) o no (b). Sea como fuere, ambos autores, y la doctrina en general restan importancia a esta distinción toda vez que no implica ningún cambio en el régimen jurídico

dirá, MORILLO GONZÁLEZ identifica este régimen más restrictivo con el mantenimiento por el legislador de una filosofía patrimonialista de la fundación³⁷¹.

El Tribunal Supremo ha ratificado el carácter rígido y absolutamente formal de esta distinción entre elementos patrimoniales³⁷². El objeto del litigio era la enajenación por parte de una fundación de un inmueble sin la preceptiva autorización del Protectorado competente, entendiendo la Administración que el bien estaba directamente vinculado al cumplimiento de los fines en virtud de una disposición estatutaria que disponía una vinculación genérica de todo el patrimonio de la fundación a la consecución de los fines fundacionales. La Sala I del Tribunal Supremo discrepó afirmando que

«no tendría sentido el precepto que distingue entre los bienes directamente vinculados, para cuya enajenación o gravamen es precisa la autorización del Protectorado, de aquellos otros, que, únicamente exigen la comunicación a éste. Las normas que se indican en el motivo se refieren a una vinculación genérica, pero para que sea operativa la exigencia de la autorización es precisa una vinculación expresa y concreta. En tal sentido se manifiesta el art. 21.2 de la Ley de Fundaciones que contiene una norma de interpretación auténtica que dice "se entiende que los bienes y derechos de la fundación están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, cuando dicha vinculación esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada, que realice una aportación voluntaria a la fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados", añadiendo en el párrafo siguiente que "asimismo, la vinculación a que se refiere el párrafo anterior podrá realizarse por resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial"; y en tal sentido se manifestó la resolución recurrida, en la que se declara que "no existe resolución motivada del protectorado, ni de la autoridad judicial, ni mucho menos del fundador, ni de la sociedad que donó dicho edificio", de voluntad expresa de vinculación...»³⁷³.

aplicable a ambos tipos de bienes (Vid. GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a ...*, op. cit., pág. 175; y MONTÉS PENADÉS, V.L., «Fragmentos de un estudio ...», op. cit., págs. 211-212).

³⁷¹ MORILLO GONZÁLEZ, F., *La fundación: concepto y elementos...*, op. cit., pág. 110.

³⁷² Sentencia de 7 de marzo de 2011, de la Sala Primera, recaída en el recurso de casación núm. 1.927/2007, ROJ núm. STS 1811/2011, ponente Jesús Corbal Fernández.

³⁷³ Considerando segundo.

4.2. LA RELACIÓN ENTRE EL PATRIMONIO Y LOS FINES FUNDACIONALES

La afección, duradera al menos, de un patrimonio, ha sido tradicionalmente la característica más relevante de la institución fundacional y sólo recientemente ha cedido importancia a favor del elemento organizativo.

El problema de la afección de los elementos patrimoniales a un determinado fin es uno de los aspectos más controvertidos de la figura fundacional, como se puso de manifiesto en tanto en el devenir legislativo del siglo XIX sobre la beneficencia, como en el debate constituyente. No en vano, la afección no deja de ser una vinculación, o lo que es lo mismo, sustraer del tráfico jurídico unos bienes para unirlos a un objetivo concreto, en este caso la finalidad de interés general.

En lo que a nosotros nos interesa, hay dos aspectos que hemos apuntado y que son relevantes: la duración de la vinculación y la suficiencia de ésta en relación con los fines fundacionales.

4.2.1. La duración de la afección: la problemática de la reversión de los bienes

Desde antiguo estaba prevista –entre otros, art. 39 del Código Civil– la eventualidad de la desaparición de la fundación con el consiguiente problema de dar un destino a su patrimonio. La extinción de las fundaciones se preveía en caso de insuficiencia patrimonial, expiración del plazo de vigencia, cumplimiento total del fin perseguido o imposibilidad sobrevenida de dar cumplimiento al fin predeterminado. Y la respuesta del ordenamiento al destino de los bienes fue tradicional objeto

de polémica doctrinal y jurisprudencial entre quienes defendían la restitución al patrimonio del fundador y quienes sostenían el carácter perpetuo de la vinculación y, por ende, su transferencia a otras entidades benéficas³⁷⁴.

El debate surge de la misma concepción de la fundación. ¿La afectación de los bienes se realiza en favor de una institución que persigue un determinado fin de interés general o en favor de la misma consecución de fines de interés general? Según cuál sea la respuesta a esta interrogante obtendremos una determinada caracterización de las fundaciones y, por supuesto, un concreto régimen jurídico patrimonial de estas entidades³⁷⁵.

En otras palabras, la polémica se sitúa en si la afectación de los bienes se realiza con carácter duradero para la consecución de un determinado fin o si, por el contrario, una vez realizada cabe el retorno de los bienes al mercado, de manera que quedan perpetuamente afectados a la consecución del interés general. En definitiva la vinculación entre bienes e interés general, con independencia de si es inmediata o mediata (a través de la fundación), ¿es permanente o solo duradera mientras exista la fundación?

Ya se ha expuesto que en la doctrina tradicional española la vinculación entre patrimonio y fines de interés general era de carácter directo³⁷⁶. La organización, esto es, la personificación jurídica se consideraba como el recurso técnico que permitía la eficacia de la vinculación. A mayor abundamiento, tras las normas desamortizadoras, solo las vinculaciones realizadas en interés general son admitidas en nuestro

³⁷⁴ DEL CAMPO ARBULO, J.A., *Ley de Fundaciones: Comentarios a la Ley 30/1994 de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*. Madrid: Centro de Fundaciones, 1996, págs. 391-400, en relación con las llamadas fundaciones «a fe y conciencia».

³⁷⁵ En esta cuestión, mantiene una posición distinta a la absolutamente unánime de la doctrina ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL. Este autor sostiene que la reversión puede atenderse desde dos momentos distintos, por una parte, la cláusula de reversión se puede situar añadida al negocio transmisor de los bienes a la fundación; por otra, puede constituir una de las disposiciones de los estatutos. En el primero de los casos, sería legítima la reversión, no así en la segunda (ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, J.J., *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de fundaciones*. Madrid, La Ley, 2003).

³⁷⁶ En esta línea, por ejemplo, PARADA VÁZQUEZ considera a las fundaciones como «organismos públicos de origen privado» a partir del criterio de afectación de sus bienes a un interés público (PARADA VÁZQUEZ, J.R., «Las fundaciones desde ...», *op. cit.*, págs. 137-138). Por su parte, SALA ARQUER critica este razonamiento que confunde la afectación del patrimonio fundacional a la realización de fines de interés general con la figura de la afectación de bienes privados a un servicio público (SALA ARQUER, J.M., «El nuevo Derecho Público ...», *op. cit.*, págs. 94-95).

Derecho³⁷⁷. Al partir de este razonamiento, carece de trascendencia si la fundación se extingue o no: los bienes son situados *extra commercium* por el fundador en razón de perseguir finalidades de interés general. En consecuencia, una vez concluida la vida de la fundación, estos bienes seguirán vinculados a su finalidad de interés general por la vía que disponga el ordenamiento jurídico, pues de lo contrario aunque de manera diferida, se está produciendo un lucro en el fundador o en un tercero al que revierten los bienes una vez extinguida la fundación. Esta es la última *ratio* que sostiene los argumentos contrarios a la reversión de los bienes en el patrimonio del fundador³⁷⁸.

Aunque algunas voces que han destacado el carácter organizativo de las fundaciones han mantenido también la visión contraria a la reversión³⁷⁹, entendemos que la idea de desvinculación de los bienes fundacionales de la consecución de fines de interés general no es necesariamente contraria a la noción de fundación como organización. De hecho, consideramos que es más compatible esta perspectiva que la de la afectación permanente: al finalizar la existencia de la fundación la vinculación de los bienes al interés general desaparece pues la afectación se realizó exclusivamente para dotar de viabilidad a una determinada persona jurídica, no a cualquiera. De hecho, si el fundador quisiera destinar sus recursos a la consecución de fines de interés general inconcretos podría realizar aportaciones a cualesquiera entidades ya existentes, sin necesidad de crear una *ex novo*. Si lo hace es, precisamente, porque su pretensión no encuentra acogida en una de las entidades ya existentes. Lo que ocurre, en nuestra opinión, es que sigue existiendo un notable recelo en nuestra sociedad respecto a la posibilidad de que las fundaciones puedan ser utilizadas como instrumento de fraude (y así se reconoce en la propia STC 341/2005, de 21 de diciembre)³⁸⁰.

De la misma manera, desde una óptica teleológica de las fundaciones, se llega también a la misma conclusión de la compatibilidad entre fines y afectación no permanente. Quizás en este punto es menos evidente el razonamiento. Lo es porque el

³⁷⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., «Sobre la pretendida validez ...», *op. cit.*, pág. 645.

³⁷⁸ MORILLO GONZÁLEZ, F., «La ausencia de ánimo de lucro ...», *op. cit.*, págs. 276 y ss.

³⁷⁹ Singularmente, MORILLO GONZÁLEZ en «La ausencia de ánimo de lucro y la ...», *op. cit.*

³⁸⁰ MORILLO GONZÁLEZ, en «La ausencia de ánimo de lucro y la ...», *op. cit.*, pág. 277.

acto de dotación fundacional se considera como acto no reversible, pues de lo contrario, la vida de la nueva fundación podría quedar en manos del fundador. Y como acto no reversible, la vinculación que se establece en favor del interés general puede entenderse hecha en sentido amplio e indefinido. La concreción del fin de interés general que se realiza en el acto fundacional puede ser considerada como un hecho puntual, necesario para configurar la fundación, pero que con la independencia de la fundación del fundador pierde potencia en cuanto a hecho limitador del interés general. Por ello, si la vinculación de los bienes se considera hecha al interés general la reversión deviene incompatible.

Sin embargo, entendemos que este razonamiento no es correcto. De entrada, en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de prohibición de las vinculaciones perpetuas (art. 785.2 CC). El objetivo último de este principio, como se vio al principio de esta investigación es, precisamente, preservar en el mercado el máximo número de bienes posibles. La Constitución, en su artículo 132, establece una salvedad a este principio en relación a los bienes de dominio público por su necesidad para el ejercicio de funciones públicas, pero, así mismo, prevé su eventual desafectación. Si los bienes de dominio público pueden desafectarse ¿por qué no los de origen privado vinculados al interés general? La tesis de la irreversibilidad de los bienes supone situar en una bolsa *extra commercium* una serie ingente de propiedades o de sus valores que, en absoluto parece razonable en un sistema jurídico basado en los principios de libertad y economía de mercado.

A mayor abundamiento, y en esta línea, hemos de reiterar que el derecho a fundar se enmarca, según nuestro criterio, en un derecho de libertad, en términos usados reiteradamente por el Tribunal Constitucional, «*en una manifestación de la autonomía de la voluntad*». La prohibición de reversión de los bienes, en este sentido, supone una limitación al fundador en tanto que su capacidad de determinar el fin de interés general que quiere fomentar es limitada –o mejor dicho, ejercida *a futuro*– por el legislador sin que encontremos una razón más allá del temor a un eventual lucro. Razón de todo punto insuficiente para superar un juicio de idoneidad.

El fundador busca un fin concreto y para ello dispone de sus bienes. Nadie, ni la fundación ni, por supuesto, la Administración, puede modificar esta decisión personalísima para traducirla antes o después en una aportación gratuita a cualquier fin de interés general, planteando el riesgo de la generación de nuevas *manos muertas*.

En esta misma línea cabe incluir algunas posiciones jurisprudenciales sobre las que volveremos más adelante en las que la vinculación de bienes está unida a la determinación del fin perseguido, de suerte que se enerve la perpetuidad de la vinculación en base a la existencia de un fin determinado por el fundador.

Las leyes de fundaciones mantienen, no obstante, la idea tradicional de vinculación perpetua de los bienes a los fines de interés general (art. 31, Ley 50/2002, de 26 de diciembre), y en consecuencia disponen el destino del patrimonio existente de la fundación extinta sigue vinculado a fines de interés general. Por ello, tanto la Ley de Fundaciones del Estado y como la mayoría de las autonómicas establecen prescripciones para dotar de eficacia a este principio de vinculación permanente, disciplinando el destino del patrimonio y la responsabilidad de decidir el dicho destino.

La única salvedad, además de la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid sobre la que se volverá más adelante, es la Ley 47 de la Compilación de Derecho Civil navarro:

«Reversión

El acto fundacional o los estatutos podrán establecer la reversión de los bienes en favor de los herederos del fundador o de determinadas personas, sean o no parientes de éste, con el límite de la ley doscientos veinticuatro.

Extinción

Cuando se extinga una fundación sin haberse previsto el destino de sus bienes, adquirirá éstos la Diputación Foral de Navarra, que los aplicará a fines similares a los establecidos por el fundador.»

En el primer caso, la opción general del legislador postconstitucional (p.e.: art. 33.2 LFE) es destinar el patrimonio resultante de la liquidación de una fundación a otras entidades sin ánimo de lucro, e incluso a la propia Administración Pública, de manera que la vinculación a la consecución de fines de interés general devenga perpetua. Respecto a quién determina concretamente la o las entidades receptoras del patrimonio, sí que se mantiene en líneas generales la tradición legislativa: en primer lugar se estará a lo dispuesto por el fundador en el negocio fundacional, en segundo lugar a los estatutos, en tercer lugar a lo dispuesto por el Patronato de la entidad extinta, y en última instancia, adoptará la decisión pertinente el Protectorado. Pero siempre, manteniendo los bienes dentro de la esfera de la consecución del interés general.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, y de ello se encuentra notable impronta la jurisprudencia, no existía un debate abierto sobre la duración de la vinculación de los bienes al fin de interés general.

Solo en ciertos supuestos excepcionales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se distancia de la línea tradicional que mantiene la vinculación absoluta y permanente³⁸¹. Se trata de supuestos en los que hay disposiciones estatutarias establecidas por el fundador en favor de la reversión de bienes a sus herederos, en los que la fundación ha devenido inviable bien económicamente bien en relación al fin perseguido. Con todo y con ello, en estas decisiones jurisdiccionales se argumenta en base, precisamente, a la determinación del fin en el acto fundacional. O sea, que el hecho de que en la constitución de la fundación se determinase, entre todos los fines posibles, uno en concreto y a su realización se vinculasen los bienes, constituye la esencia del negocio fundacional. En consecuencia cuando por cualquier causa se rompa la relación entre bienes y fin fundacional, los bienes podrán reintegrarse al mercado. Donde se lee fin fundacional podemos leer, sin problemas, fundación en concreto.

³⁸¹ Entre otras, la STS de 23 de junio de 1964, (Sala de lo Civil) y la STS de 16 de febrero de 1979 (Sala de lo Contencioso-Administrativo).

Así entre los considerandos de la Sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1964, se afirma:

«Que la fundación en el campo estrictamente privado es promovida por la voluntad individual del fundador: el instituyente declara querer que un cierto instituto u obra surja con carácter de autonomía, precisa el fin y la individualidad y asigna normalmente el patrimonio necesario para su funcionamiento [...]

Que el contenido esencial del acto fundacional es dado por la determinación del fin, que comunica un sello y una fisonomía propia al nuevo ente, y por la voluntad de que funcione de un modo autónomo, que por consiguiente, sea destinado a ser sujeto de derecho [...]»³⁸².

En apoyo de esta tesis, la de que los bienes se vinculan a los fines concretos de la fundación y no necesariamente al conjunto de fines de interés general, que vemos manteniendo, podemos recordar la diferencia entre los artículos 35 y 39 del Código Civil. Mientras el primero (reconocimiento de las fundaciones) habla de *interés público*, el segundo (extinción de las fundaciones) se refiere a *finés análogos* cuando no haya disposición legal o estatutaria, o disposición en concreto del fundador, nótese que no se habla de *«otros fines de interés público»*. Por ello, no era extraño que en sede judicial se diera validez a cláusulas estatutarias que preveían la reversión de los bienes, las célebres cláusulas *«a fe y conciencia»*³⁸³. Sin embargo, insistimos en que se trata de una posición minoritaria en nuestro Derecho hasta tiempos muy recientes.

Estos pronunciamientos son minoritarios precisamente porque se enmarcan en un contexto de animadversión histórica de los operadores jurídicos españoles (tribunales, legisladores y doctrina) hacia figuras que pudieran evocar directa o indirectamente vinculaciones perpetuas. A mayor abundamiento, la posibilidad de lucro en la reversión de los bienes vinculados a fundaciones era, en la práctica, nula, como apuntó LÓPEZ JACOISTE. Este autor consideró que las fundaciones se encontra-

³⁸² Cdos. núms. 3 y 4.

³⁸³ Vid. CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al artículo 31», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley ...*, op. cit., pág. 278.

ban sometidas a una «*segregación de la vida real*» impuesta por las normas reguladoras de la gestión patrimonial³⁸⁴. Estas normas obligaban a la conversión del patrimonio fundacional en deuda pública intransferible, salvo los bienes inmuebles en los que se desarrollase la actividad; y, al mismo tiempo, preceptuaba la gratuidad absoluta de las actividades de las fundaciones. En este contexto, la posibilidad de que la gestión de las entidades generase un eventual lucro, que revirtiese tarde o temprano en el fundador, era algo utópico.

Esta situación cambia notablemente, como se ha visto, a partir de los años 70 del siglo pasado. El cambio va unido a la posibilidad de las fundaciones de desarrollar actividades que en mayor o menor medida generen ingresos y, en consecuencia, aumentos patrimoniales, lo que unido a un régimen fiscal favorable puede, efectivamente, favorecer un cierto lucro en los casos de reversión patrimonial.

A partir de esta modificación, tanto del patrimonio de la fundación como de la actividad que desarrolla ésta, la doctrina empieza a plantearse la necesidad de reforzar el carácter duradero de la vinculación de los bienes a los fines de interés general³⁸⁵. El centro de la reflexión oscila entre mantener la preponderancia de la voluntad del fundador o la del interés general, especialmente desde la inclusión del derecho de fundación en el catálogo de derechos de la Carta Magna. Finalmente las posiciones mayoritarias, hasta el punto de rozar la unanimidad, se inclinan de parte de incluir en el concepto de fundación la afectación permanente de los bienes fundacionales a la consecución de fines de interés general, de manera que la eventualidad de una reversión de los bienes fundacionales a patrimonios privados queda confinada extramuros del ordenamiento. Los dos hechos principales que decantan las

³⁸⁴ LÓPEZ JACOISTE, J.J., «La fundación y su ...», *op. cit.*, pág. 604.

³⁸⁵ VILASECA I MARCET exigía en 1977 que «a la realización del fin se adscriba de una forma permanente una masa de bienes, un patrimonio independiente desgajado del patrimonio del fundador». Sin embargo, esta permanencia no se predicaba del «interés público» sino del interés concreto que perseguía la fundación. Añadía, no obstante, que el fin de la fundación debería «ser duradero e incluso con vocación de perennidad» (Vid. VILASECA I MARCET, J.M., «Una ley de fundaciones privadas», en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 76, núm. 3, 1977, págs. 579 –75– y ss.). DE PRADA GONZÁLEZ en un posicionamiento de lege ferenda previo a la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, sostuvo un parecer favorable a la reversión patrimonial «en aquellos supuestos en que la extinción de la Fundación se deba a causas ajenas a la voluntad del órgano fundacional, y en cambio se establezca la obligatoriedad de que se destinen a fines de interés general [...] en los supuestos en que la extinción sea fruto de la voluntad fundacional» (Vid. DE PRADA GONZÁLEZ, J.M. «Las fundaciones hoy y mañana: fines, constitución y extinción», en: AA.VV., *Hacia una nueva ley...*, *op. cit.*, pág. 96).

posiciones doctrinales –que no lo olvidemos, en la medida en que suponen la creación de vinculaciones a perpetuidad rompen con nuestra tradición jurídica de los últimos dos siglos– son la Ley 30/1994, de 24 de noviembre y la STC 49/1988, de 22 de marzo.

En este caso del Tribunal Constitucional estableció que *«fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera»*³⁸⁶.

Con posterioridad a esta Sentencia del Tribunal Constitucional, se aprobó la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, en cuyo artículo 1.1 incluía la afectación *duradera* del patrimonio a la realización de fines de interés general como uno de los rasgos de la fundación, de manera que la extinción de la fundación comportase el destino de sus bienes y derechos resultantes de la liquidación a entidades no lucrativas privadas que persiguiesen «fines de interés general» y tuviesen afectados sus bienes, incluso en caso de disolución, a la consecución de aquéllos (art. 31.2).

La referencia a los *«fines de interés general»* en el proceso de extinción entronca claramente con el concepto patrimonialista de las fundaciones, según el cual el patrimonio fundacional se vincula de manera permanente a los fines perseguidos. La utilización de la misma expresión en la regulación de la extinción que en la de la constitución reitera esta opción del legislador, matizada, sin embargo en otros preceptos. La simple comparación con la expresión *«fines análogos»*, contenida en el artículo 39 del Código Civil para identificar a las entidades a las que se destinará el caudal resultante de la liquidación de una fundación refuerza esta tesis.

Esta evidente diversidad de terminología es sustrato suficiente para anclar con cierta solvencia una argumentación como la mantenida por la gran mayoría de la doctrina hasta la STC 341/2005. En línea con lo dicho anteriormente a cuenta de los fines de interés general y del interés público, es evidente que el Código Civil al

³⁸⁶ FJ 5º.

establecer en su artículo 39 que, en caso de ausencia de disposición del fundador, los bienes restantes de una fundación extinta se destinarán a «*finés análogos*» está acotando la vinculación patrimonial a la voluntad fundadora. De manera más evidente, la LFE alude en varios preceptos (por ejemplo, al regular la dotación) a los «*finés fundacionales*» refiriéndose a los fines a cuya realización debe coadyuvar la entidad. En cambio, las referencias de la LFE a los «*finés de interés general*» se realizan principalmente en el Capítulo I (Disposiciones Generales) y en el Capítulo VI (Modificación, fusión y extinción), esto es, en un ámbito general de la regulación del régimen jurídico y, de manera específica, para referirse al destino de los bienes resultantes de un proceso de extinción, o al explicitar el espacio de actuación del Protectorado. De esta manera, se percibe como muy asequible que la afección duradera del patrimonio fundacional a la que se refiere el artículo 1.1 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, (art. 2.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre), se proyecta más allá de la vida de la fundación o de los fines concretos que esta tenga encomendados por su fundador, y en consecuencia, se realiza en última instancia en relación con los fines de interés general si bien se materializa, en cada momento, a través de los fines fundacionales de cada entidad.

Esto llevó a la doctrina más autorizada a interpretar que la vinculación a los intereses generales debía sobrepasar, en su caso, la vigencia de la propia fundación, es decir, en ningún caso cabría la retrocesión de los bienes de una fundación al patrimonio de su fundador o de terceros designados por él, en el ámbito del interés particular³⁸⁷. El acto de disposición en favor de una fundación, en consecuencia, vinculaba *ad perpetuam* al patrimonio a la consecución de fines de interés general.

No obstante, como se ha expuesto anteriormente, esta doctrina fue matizada en la STC 341/2005, de 21 de diciembre, al disponer el Alto Tribunal que «*el interés jurídico protegido por el art. 34 CE exige que los bienes y derechos con que se dote a la*

³⁸⁷ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Comentario al artículo 1», *op. cit.*, pág. 12; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación: un...*, *op. cit.*, pág. 30. Por el contrario, TRAPIELLA NIETO mantuvo una tesis favorable a la reversión de los bienes aún antes de que el Tribunal Constitucional dictase la STC 341/2005, de 21 de diciembre, limitando esta reversión a los bienes integrantes de la dotación fundacional. La tesis de este autor, por tanto, fue en buena medida legitimada por el Alto Tribunal (*Vid.* TRAPIELLA NIETO, I., «Destino de los bienes de las fundaciones extintas. Su posible reversión», en: REAL PÉREZ, A., *Constitución y extinción de fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, págs. 300 y ss.

fundación sirvan al “interés general” en tanto subsista el ente fundacional, pero no prescribe la permanente afectación tras la extinción de la fundación».

De esta manera, si bien el legislador ordinario ha hecho una legítima opción en favor de la afectación perpetua del patrimonio fundacional a la consecución de fines de interés general, no es esta la única posibilidad dentro del concepto de derecho de fundación que consagra la Constitución. Ahora bien, ello no implica que se legitime una eventual afectación espuria, sino que la afectación deberá tener un carácter prolongado en el tiempo vinculado al tiempo necesario para cumplir los fines que persiga la fundación.

Precisamente este último aspecto fue uno de los motivos de recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley de la Asamblea de Madrid 1/1998, de 2 marzo, de Fundaciones, en concreto contra su artículo 27.2, que en opinión de los senadores recurrentes admitía la posibilidad de que tras la extinción de una fundación, los bienes de su patrimonio pudieran destinarse a finalidades distintas a la consecución del interés general, incluida la eventual reversión al patrimonio del fundador o de sus herederos.

En opinión del Tribunal Constitucional, expresada en su Sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, «...de la doctrina constitucional elaborada en esta materia no puede deducirse que forme parte de esa imagen reconocible de la institución preservada por el art. 34 CE la afectación perpetua de los bienes o derechos al servicio de intereses generales. El interés jurídico protegido por el art. 34 CE exige que los bienes y derechos con que se dote a la fundación sirvan al “interés general”». Esto es, la afectación de los bienes a un interés general se encuentra vinculada a la existencia de la fundación, no a los propios bienes, y en consecuencia, la previsión de una posible reversión al ámbito del interés particular de los bienes «...no perturba la caracterización de las fundaciones como entidades no lucrativas».

Ahora bien, la legitimidad de esta opción legislativa puede dar lugar a una situación de fraude, precisamente la que quiso evitar el constituyente y el legislador codificador al introducir la vinculación a fines de interés general. La eventual reversión de bienes puede suponer un cierto lucro, si bien diferido en el tiempo, en la medida en que el patrimonio inicial de la fundación se haya incrementado en el

transcurso de su vida. Por ello, el Tribunal entiende que la finalidad constitucionalmente legítima puede desvirtuarse «...si en casos concretos llegara a manifestarse una desviación patológica en la aplicación de la Ley, de suerte que la liquidación produjera un lucro para el fundador (o para las personas físicas o jurídicas designadas por él), incompatible con el interés general que debe presidir el instituto de la fundación...». Si bien añade el Alto Tribunal que el Estado dispone de los medios legales para prevenir esta situación, mediante la actuación adecuada del Protectorado, principalmente.

En aras de evitar este eventual lucro del fundador o de otras personas y, en consecuencia, una pérdida en la búsqueda del interés general, el Tribunal limita la posibilidad de desvincular bienes fundacionales del interés general a los bienes que, efectivamente, fueron aportados por el fundador *ab origine*, mientras que los bienes generados por la actividad fundacional quedarían, en todo caso, vinculados permanentemente a la consecución de fines de interés general: «...deberá tenerse en cuenta que la caracterización de las fundaciones como organizaciones sin afán de lucro no resultaría compatible con eventuales cláusulas de reversión que alcanzaran a bienes o derechos distintos de aquellos con los que el propio fundador dotó a la fundación»³⁸⁸.

En nuestra opinión, esta posibilidad abierta por el Tribunal Constitucional no cubre la eventualidad de que uno de los patronos, constante la fundación, se retire del patronato y pretenda el reembolso o reintegración a su patrimonio de lo que aportó a la dotación fundacional. Incluso en el supuesto de que la fundación haya sido capaz de generar suficientes recursos para sostener su actividad. Ello es así porque los bienes, una vez integrados en la dotación, pasan a ser patrimonio de la fundación y, por ende, sobre ellos no existe ningún derecho de quien los entregó. El

³⁸⁸ La Presidenta del Tribunal, María Emilia Casas, formuló voto particular discrepante a la Sentencia precisamente en este punto, ya que en su opinión, el Tribunal actuó de manera «...cerrando así indebidamente los entendimientos constitucionales de dicho precepto en función de la procedencia de los bienes o derechos fundacionales y afirmando una solución que no nos compete. No es esto lo que dice el precepto autonómico al que difícilmente cabe encontrar otro sentido que el de su literalidad dentro de la necesaria observancia de la condición básica del art. 3.3 de la Ley estatal de fundaciones, que prohíbe la constitución de fundaciones “con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general”». De esta manera, sostiene la Presidenta que la opción de legislador madrileño «...en absoluto desnaturaliza los perfiles sustantivos del instituto fundacional en el art. 34.1 CE, en cuyo propio enunciado resulta obvio, por lo demás, el poder conformador del legislador».

negocio jurídico sobre el que se asienta la constitución de la dotación es una donación, y por tanto, gratuito y libre. Lo contrario sería configurar la dotación fundacional como una suerte de depósito del que pudiera disponer el depositante en cualquier momento aún a riesgo de arriesgar la viabilidad de la entidad.

Por tanto, solo en el supuesto de extinción de la fundación por cualesquiera de las causas legalmente previstas, y siempre que lo prevea la legislación, cabría plantearse una eventual reversión.

Al margen de lo dicho, la Sentencia ha recibido algunas críticas feroces. Entre ellas la de voces tan autorizadas como BERCOVITZ³⁸⁹ o MORILLO GONZÁLEZ³⁹⁰, pues consideran que al permitir la reversión, si quiera en los magros términos previstos por el Tribunal Constitucional, se está desnaturalizando la ausencia de ánimo de lucro «*que preside nuestro derecho de fundaciones*».

Estas críticas se enmarcan en una concepción de la fundación ciertamente patrimonialista que casa con dificultad con la caracterización del derecho de fundación como un derecho de libertad o de participación en asuntos públicos. Y entendemos que es así, porque para estos autores una vez constituida la fundación, el fundador pierde todo control sobre la institución, lo cual es cierto en nuestro derecho. Pero no por ello, debe llevar aparejado una poda del alcance del derecho de fundación. El derecho de fundación se ejerce para conseguir ciertos fines que debe identificar el fundador, quien además, destina a ello parte de su patrimonio. Pero no se ejerce para conseguir un fin de interés general abstracto, sino concreto. Por tanto, cabe pensar que supone una injerencia ilegítima que por causas ajenas al propio fundador y aún a la propia fundación, los bienes que el fundador ha dedicado a la consecución de ciertos fines acaben destinándose a fines no queridos por él. Sin duda, la opción ratificada por el Tribunal Constitucional, al margen de otras consideraciones como si se ha extralimitado en su labor interpretadora –como se afirma

³⁸⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 2005: ...», *op. cit.*

³⁹⁰ MORILLO GONZÁLEZ, F., «La ausencia de ánimo de lucro ...», *op. cit.*

en el voto particular³⁹¹–, entendemos que es la más respetuosa con el derecho constitucional de fundación.

La tesis del Tribunal Constitucional, además, conduce inexorablemente a situar, como hizo posteriormente el Alto Tribunal en su Sentencia 120/2011, de 6 de julio, en el centro del concepto de fundación la finalidad de interés general que se persigue. Si los bienes solo se vinculan a un interés general en la medida en que subsista la fundación, es obvio que no es viable asumir la noción tradicional de *patrimonio afecto a un fin*. Del mismo modo, también el Tribunal considera que existe una vinculación de la propia fundación a dichos fines de interés general³⁹², en consecuencia, cuando dejen de perseguirse los fines de interés general porque deje de existir la fundación, cesa la vinculación patrimonial. La organización deviene así instrumental.

4.2.2. La suficiencia de la dotación

4.2.2.1. La evolución legislativa

En torno a la cuestión de la dotación fundacional –que no necesariamente coincide con el patrimonio de la fundación, como hemos visto³⁹³– se han planteado

³⁹¹ En el voto particular, la Presidenta del Tribunal, María Emilia Casas Bahamonde, critica que la mayoría haya realizado una labor interpretativa del precepto impugnado hasta el punto de imponer constricciones indebidas al Poder Legislativo. En su opinión el precepto impugnado es plenamente constitucional sin necesidad de ser sometido a los límites a los que lo somete el Tribunal.

³⁹² Se afirma en el FJ 7º que la Constitución impone como esencia de la naturaleza jurídica de la *institución* la finalidad de interés general.

³⁹³ Según el art. 19 de la Ley de Fundaciones de 2002, el patrimonio de las fundaciones está formado por la dotación fundacional y por aquellos elementos que adquiriera la fundación con posterioridad a su constitución, se afecten o no a la dotación. Por tanto, la dotación es el conjunto patrimonial que se vincula a los fines fundacionales en el momento constitutivo y que, a voluntad de la entidad, podrá incrementarse. Junto a estos elementos patrimoniales, existen otros, que no forman parte de la dotación y, por tanto, tienen un régimen de disposición distinto, que también forman parte del patrimonio fundacional, pero que no son dotación. El artículo 21 de la Ley parece distinguir entre los bienes de este segundo grupo aquellos que están directamente afectados al cumplimiento de los fines de los que no tienen esta afectación.

algunos debates sobre su cuantía. Hasta la aprobación de la vigente LFE las diferentes normas se inclinaban por exigir que la dotación inicial fuera suficiente para llevar a cabo los fines fundacionales durante un cierto período de tiempo³⁹⁴, algo que dada la brevedad del plazo –normalmente uno o dos años– choca con el mandato de una vinculación *duradera* a la consecución de los fines que inspiraba toda la normativa del momento.

La legislación sobre beneficencia del siglo XIX imponía la necesidad de que los establecimientos benéficos prestasen sus servicios con carácter gratuito (art. 2 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, sobre Reorganización de los servicios de Beneficencia particular) y a partir de fondos propios, donados o legados por particulares (art. 1 de la Ley General de Beneficencia de 1849), si bien a partir de 1899 (art. 4 del Real Decreto de 14 de marzo) podían recibir subvenciones públicas *«siempre que aquella fuere voluntaria y no indispensable para la subsistencia de las fundaciones»*.

A esta regulación restrictiva se unió el régimen jurídico regulador del patrimonio que, en líneas generales, obligaba a la conversión de la práctica totalidad de los bienes en deuda pública intransferible y, en consecuencia obligaba a las fundaciones a vivir de las rentas que generaba este patrimonio, de hecho y de derecho, innegociable.

A partir de esta configuración legislativa la doctrina dedujo que la dotación fundacional debía ser suficiente para que con los réditos que generase pudiesen atenderse los fines definidos en la constitución de la fundación³⁹⁵, pues el patrimonio fundacional debía convertirse en deuda pública, en su mayoría. Ahora bien, esta conclusión no puede hacernos perder de vista que también era unánime en la doctrina la necesidad de introducir cambios en el régimen de gestión de las fundaciones

³⁹⁴ Así, a título de ejemplo, el art. 11.2 de la Ley 8/1998, de fundaciones de la Comunitat Valenciana, hoy derogado, establecía: *«La dotación deberá consignarse [...] y deberá ser adecuada y suficiente para con sus rendimientos financiar al menos el 50 % de los gastos previstos en el primer programa de actuación de la fundación, lo que deberá acreditarse con un estudio económico de viabilidad.»*

³⁹⁵ NART, I., «La fundación», en *Revista de Derecho Privado*, 1951, pág. 495; MADRUGA MÉNDEZ, J., «Consideraciones en torno a las fundaciones privadas de interés general», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 21, núm. 2, 1968, pág. 416; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, fundaciones...», *op. cit.*, pág. 241; DEL CAMPO ARBULO, J.A., «Examen de las cuestiones fundamentales que sugiere la legislación vigente sobre fundaciones privadas», en: CENTRO DE FUNDACIONES, *Régimen Jurídico de las Fundaciones*. Madrid: Centro de Fundaciones, 1988, pág. 26.

que permitiera superar lo que LÓPEZ JACOISTE denominó petrificación y estratificación de las fundaciones, para que de esta manera, las entidades pudiesen evolucionar en aras de dotar al fin fundacional de un sentido dinámico. En palabras del mismo autor, que permitiese a la entidad adaptarse a las necesidades reales de la sociedad merced a una facultad de variar las inversiones del capital fundacional para «mantenerlo en todo momento a tono con la temperatura económica del medio social»³⁹⁶. Es decir, la necesidad de adaptarse a las necesidades sociales implicaba la necesidad de poder modular la gestión patrimonial.

Esta reflexión caló en el legislador y así, progresivamente el legislador fue abriendo la posibilidad de que el patrimonio fundacional pudiera adquirir el carácter dinámico suficiente para garantizar la adecuada satisfacción del interés general perseguido. Aunque no es este el lugar adecuado para hacer un extenso excurso sobre la evolución del régimen patrimonial de las fundaciones³⁹⁷ vale la pena reseñar que vía jurisprudencial y, desde mediados del siglo pasado, se fue abriendo la posibilidad de que las fundaciones pudieran obtener recursos al margen de la dotación *stricto sensu*, así como un cierto margen de flexibilidad en la gestión de aquella en aras de mayor rentabilidad.

Con todo, la introducción en la Ley 30/1994 de la posibilidad de configurar una parte de la dotación mediante aportaciones sucesivas o incluso con compromiso de aportaciones de terceros fue quizás el principal hito en este sentido, tras la posibilidad de desarrollar actividades empresariales introducida en el Decreto 2.930/1972.

Sea como fuere, la realidad es que a partir de la Ley 30/1994 se rompe con la idea que permite identificar el patrimonio fundacional con la dotación, lo que a su vez, destruye el nexo existente entre rentas y fines. En este momento, la fundación puede destinar no solo las rentas, sino también parte de su patrimonio a la consecución de los fines perseguidos, si bien la consumición del patrimonio, en función de si es dotación o no, requerirá un grado mayor o menor de intervención del Protecto-

³⁹⁶ LÓPEZ JACOISTE, J.J., «La fundación y su estructura...», *op. cit.*, págs. 603-604.

³⁹⁷ Puede verse en LÓPEZ JACOISTE, J.J., «La fundación y su estructura...», *op. cit.*, págs. 604 y ss.

rado en aras de garantizar el futuro de la institución. No en vano, la vigente legislación aún es tributaria de la idea de que la dotación es una garantía, a través de las rentas que pueda generar, de la viabilidad de la fundación. De ello da cuenta el artículo 12.1 LFE:

«deberá ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales».

Se trata, como expone MORILLO GONZÁLEZ, de una exigencia inédita en la regulación estatal anterior a 1994 –no así en la autonómica– que *«aparentemente supone otorgar a la Administración un poder cuasidiscrecional para determinar qué fundaciones van a adquirir personalidad jurídica y cuáles no»*³⁹⁸. También se han mostrado especialmente críticos respecto a esta opción del legislador los destacados administrativistas Tomás Ramón FERNÁNDEZ³⁹⁹ y PIÑAR MAÑAS⁴⁰⁰.

Otros autores, por el contrario, valoran positivamente el régimen establecido y entienden que corresponde a la Administración ejercer un control sobre la viabilidad de la fundación, y este control debe tener en cuenta la existencia de unos medios mínimos *ab initio* para el cumplimiento de los fines⁴⁰¹.

³⁹⁸ MORILLO GONZÁLEZ, F., *La fundación: concepto y elementos...*, op. cit., págs. 128 y ss.

³⁹⁹ El juicio que le merecía al autor la redacción del artículo 10.1 de la Ley 30/1994 era francamente negativo: «no tiene sentido este requisito de suficiencia, sencillamente porque no es medible, falta una referencia en la propia Ley para decidir cuándo es suficiente una dotación y cuándo no lo es. Los fines no son esa referencia [...] el halo del concepto de suficiencia es enorme, de forma que, aunque se considerara que efectivamente es un concepto jurídico indeterminado, en la realidad, las consecuencias vendrían a ser las mismas que si la Ley hubiera dicho que es discrecional el juicio sobre la suficiencia de la dotación por parte del Protectorado [...] creo que para evitar hacer que incurra la Ley en inconstitucionalidad habría que olvidarse del requisito de la suficiencia o dar por supuesto a la hora de constituir una Fundación que, en principio la dotación fundacional es suficiente en todo caso, sin perjuicio de que luego, a posteriori, la propia realidad del funcionamiento de esa Fundación demuestre que no se puede realmente hacer nada consistente con la dotación establecida y entren: juego los mecanismos de fusión o extinción» (FERNÁNDEZ, T.R., «Ley de Fundaciones», en: CENTRO DE FUNDACIONES, *En torno a la Ley 30/94 de Fundaciones y ...*, op. cit., pág. 39).

⁴⁰⁰ «Ese sistema que establece el artículo 36.2 de la Ley exigiendo informe favorable en cuanto a la persecución de fines de interés general y a la determinación de la suficiencia de la dotación [...] para poder inscribir la Fundación es sencillamente intolerable. Yo no creo que ése sea un régimen, ni mucho menos, acertado» (PIÑAR MAÑAS, J.L., «Aspectos prácticos de la Ley de Fundaciones», en CENTRO DE FUNDACIONES, *En torno a la Ley 30/94 de Fundaciones y ...*, op. cit., pág. 68). Ahora bien, la principal crítica del autor a este sistema no radica tanto en la exigencia per se del informe o de la suficiencia de la dotación, sino en la atribución de la función de emitirlo al Protectorado, lo que abocará, en opinión del autor, al establecimiento de criterios divergentes y aún contradictorios teniendo en cuenta la diversidad de órganos que tienen encomendado el Protectorado (Vid. PIÑAR MAÑAS, J.L., «Comentario al artículo 36...», op. cit., págs. 317-318).

⁴⁰¹ DEL CAMPO ARBULO, J.A., «Examen de las cuestiones fundamentales que sugiere la legislación vigente sobre fundaciones privadas», en: CENTRO DE FUNDACIONES, *Régimen Jurídico de las Fundaciones*. Ma-

La vigente LFE, de 2002, mantiene la exigencia de suficiencia y adecuación⁴⁰² de la dotación fundacional si bien optó por un sistema de presunción de suficiencia⁴⁰³ de toda dotación que tenga una cuantía mínima de 30.000 euros⁴⁰⁴, y ello con

drid: Centro de Fundaciones, 1988, pág. 26. CAFFARENA LAPORTA considera que las críticas a este régimen, en concreto el previsto en la Ley 50/2002, son «*injustificadas*» (CAFFARENA LAPORTA, J., «La dotación», en: MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a...*, op. cit., págs. 216 y ss.)

⁴⁰² MORILLO GONZÁLEZ pone de relieve que la introducción en el texto articulado de los conceptos de suficiencia y adecuación responde a un error de transcripción en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley de fundaciones en 1994, ya que en su opinión «*si bien ambas expresiones no se pueden calificar como sinónimas, me resulta ciertamente difícil encontrar una hipótesis en la cual la dotación de una fundación, que devenga suficiente para la realización de los fines, sea empero inapropiada para dicha tarea...*». De hecho, el Protectorado solo atenderá, en el momento de la inscripción a la suficiencia de la dotación (art. 36.2) (MORILLO GONZÁLEZ, F., *La fundación: concepto y elementos...*, op. cit., págs. 134 y ss.). La vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre, ha mantenido, en lo relativo a esta cuestión, la dicción de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, sin que en el trámite parlamentario se realizase ninguna observación en este sentido. Sin embargo, GONZÁLEZ CUETO discrepa del citado autor ya que para él «*“adecuado” y “suficiente” no son conceptos sinónimos y ambos deben concurrir en la dotación concreta inicialmente aportada a una fundación. “Adecuada” hace referencia a la idoneidad de los bienes y derechos que integran la dotación para conseguir los fines. “Suficiencia” a que dichos bienes y derechos han de tener un valor económico lo bastante alto como para poder llegar a conseguir los fines...*» (Vid. GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la ...*, op. cit., pág. 115).

⁴⁰³ Nada dice este inciso sobre la adecuación de la dotación, lo que refuerza la tesis de MORILLO GONZÁLEZ (vid. supra).

⁴⁰⁴ Fue este un punto especialmente polémico en la tramitación del proyecto de ley, aún en su fase de anteproyecto. El proyecto remitido por el Gobierno contenía una presunción de suficiencia situada en los 50.000 euros. Los Grupos Parlamentarios Federal de Izquierda Unida (enmienda núm. 50), Socialista (enmienda núm. 103), y Catalán –CiU– (enmienda núm. 126) propusieron, en consonancia con lo aconsejado por el Consejo Económico y Social, la rebaja a 3.000 euros de la cuantía mínima a partir de la cual operase la presunción de suficiencia, cantidad sugerida por la Confederación Española de Fundaciones; por su parte, los Grupos Mixto (ERC) y Catalán –CiU–, también solicitaron en sendas enmiendas (números 98 y 125, respectivamente), la eliminación de cualquier presunción de suficiencia. En el Senado, donde el texto llegó con la presunción de 30.000 euros hoy vigente, tanto los senadores de CiU como los de IU mantuvieron, en sendas enmiendas (números 43 y 2, respectivamente) la conveniencia de rebajar la presunción a 3.000 euros.

Por su parte, el Consejo Económico y Social, en su dictamen núm. 2/2002, de 20 de marzo, sobre el Anteproyecto de Ley de Fundaciones, consideró que «*Si bien es cierto que el presente Anteproyecto de Ley recoge en su capítulo II la obligatoriedad de realizar una aportación económica mínima, lo que vendría a subsanar la disparidad de criterios de los Protectorados que en ocasiones se produce, el establecimiento de un mínimo de 50.000 euros podría desfavorecer el desarrollo de proyectos fundacionales legítimos, aunque modestos, limitando así las posibilidades de aportación a la sociedad de beneficios fundamentados en el principio de orientación a “fines de interés general”. Por ello, se considera oportuno reducir la cantidad de 50.000 euros hasta situarla en el límite establecido para la constitución de sociedades mercantiles limitadas, esto es, 3.000 euros, haciendo posible la creación de fundaciones que poseen: muchas ocasiones, en los momentos de gestación, menos recursos, pero se orientan a fines de interés general de gran valor social.*

Siendo así, debería suprimirse cualquier facultad del Protectorado, tanto para aceptar una menor dotación, como para obligar a superar el límite fijado».

Sobre esta cuestión, el Consejo de Estado, en su dictamen 1.636/2002, de 9 de julio, sobre este Anteproyecto de Ley, entendió que «*...que no se establece una cuantía mínima para el válido establecimiento de una Fundación que impidiese la constitución de Fundaciones con dotaciones económicas menores a dicha cuantía, sino sólo una presunción iuris tantum de que la dotación es suficiente cuando alcance 50.000 euros. Dicha presunción no exime de la valoración, en cada caso, de la adecuación y de la suficiencia de la dotación en atención a los fines; únicamente obliga a las Fundaciones cuya dotación sea de menos de 50.000 euros a la presentación del primer programa de actuación y de un estudio económico que acredite su viabilidad utilizando exclusivamente dichos recursos. La cuantía prevista no resulta excesiva para el establecimiento de la referida obligación. La intervención del Protectorado en*

la finalidad «*de garantizar un mínimo volumen patrimonial que permita afrontar con seriedad los fines de interés general a que se orienta la Fundación, evitando que se convierta en una mera beneficiaria de subvenciones*»⁴⁰⁵. De esta manera se restringía, en opinión del legislador la discrecionalidad con la que operaba el Protectorado a la hora de informar con carácter previo a la inscripción registral que, recordemos, tiene en nuestro Derecho carácter constitutivo.

La exigencia de un criterio orientador respecto de la cuantía mínima del patrimonio ha sido, en general, admitida por la doctrina como elemento esencial para limitar la existencia de fundaciones infradotadas cuya viabilidad real es, cuando menos, cuestionable, y en concreto, la existencia de las llamadas *fundaciones gerenciales*, esto es, aquellas constituidas sin apenas patrimonio y cuya finalidad es obtener recursos con posterioridad a la constitución⁴⁰⁶.

Con la Ley 50/2002 nuestro ordenamiento sigue optando por un sistema de suficiencia y capacidad vinculada a los fines perseguidos⁴⁰⁷, si bien se introduce la existencia de una presunción de suficiencia cifrada en los 30.000 euros, que viene a constituir un criterio orientador al Protectorado⁴⁰⁸. También en el Derecho comparado, se ha optado por establecer este tipo de previsiones, como en la propuesta de Estatuto de la Fundación Europea, en cuyo artículo 7.2 se prevé que

«El valor de los activos de la FE equivaldrá, como mínimo, a 25.000 euros. Conservará este nivel mínimo de activos durante todo su el período para el que se haya constituido excepto

cuanto a la suficiencia de la dotación figura en el artículo 36.2 de la Ley vigente y responde a la finalidad de dicha institución que, como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1988, de 22 de marzo, es "asegurar el cumplimiento de los fines de la Fundación y la recta administración de sus bienes", por lo que no resulta objetable que se le atribuya aquella función».

⁴⁰⁵ Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de la Presidencia, de 23 de abril, sobre las observaciones realizadas por el CES.

⁴⁰⁶ COBO GÁLVEZ consideró en su momento, en relación con el artículo 10 de la Ley 30/1994 que «el criterio de la suficiencia y adecuación de la dotación al fin fundacional es la opción [...] que mejor responde a la naturaleza y exigencias de la dotación como elemento esencial de la fundación, favorece el ejercicio del derecho de fundación al no limitar la creación, salvo en lo estrictamente necesario para su viabilidad económica, e introduce un componente de flexibilidad en la determinación de la dotación acorde con la variedad de fines posibles...», («Comentario al artículo 10», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley...*, op. cit., págs. 90 y ss.)

⁴⁰⁷ Se identifican, en Derecho comparado, tres modelos: (a) Exigencia de un capital mínimo; (b) Establecimiento de un criterio no cuantitativo –suficiencia– que impida fundaciones ineficaces; y (c) Ausencia de regulación específica en este punto y, en consecuencia, libertad del fundador. (Vid. MORILLO GONZÁLEZ, F., *La fundación: concepto y elementos...*, op. cit., pág. 130).

⁴⁰⁸ CAFFARENA LAPORTA, J., «La dotación», en: MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a...*, op. cit., pág. 218.

en aquellos casos en que se haya constituido por un período de tiempo determinado, de conformidad con el artículo 12, apartado 2.»

El Protectorado, en su función de garantía del interés público que persiguen las fundaciones debe entrar a valorar la suficiencia y adecuación de la dotación de todas las fundaciones con carácter previo y preceptivo a su inscripción registral –art. 35.1.a) LFE–. Y en este punto es donde despliega su operatividad la presunción, ya que mientras que en el caso de las fundaciones en las que la dotación alcance o supere los 30.000 euros, la carga de la prueba de la inadecuación e insuficiencia corresponderá al Protectorado⁴⁰⁹; en el caso en que la dotación sea inferior a los treinta mil euros, no se produce una inversión de la carga, sino que se impone al fundador la obligación de desarrollar con carácter previo a la emisión del informe por el Protectorado una actividad justificativa de la suficiencia y adecuación⁴¹⁰. En todo caso, también en este segundo supuesto, en el caso de que el Protectorado estimase que la dotación es inadecuada e insuficiente, le correspondería motivar su decisión toda vez que nos encontramos ante el ejercicio de un derecho constitucionalmente garantizado y que, en consecuencia, debe ejercerse el control administrativo en favor del ejercicio del derecho

Para alcanzar una adecuada percepción del alcance de la suficiencia de la dotación, quedan por dilucidar aun dos cuestiones: en qué momento procede la comprobación de la suficiencia, y qué aspectos concretos debe tener en cuenta el órgano administrativo competente a la hora de determinar la suficiencia y adecuación.

⁴⁰⁹ FERRANDO VILLALBA, M.L., «Comentario al artículo 12. La dotación», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 316.

⁴¹⁰ La exigencia de presentar el primer programa de actuación, así como un estudio de viabilidad económica no figuraba en la Ley 30/1994, sin embargo sí que figuraba en el artículo 22 del Decreto 2.930/1972. Al respecto, *vid.* la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 1ª), de 16 de mayo de 2008, en la que se sustancia un pleito relativo a la insuficiencia de la dotación de una fundación y la actividad justificativa de la dotación (90 euros) desplegada por los fundadores.

4.2.2.2. Comprobación de la suficiencia de la dotación

El primer momento en la vida de la fundación en el que se procede a comprobar la suficiencia de la dotación es en el mismo instante del nacimiento de la entidad, esto es, en el estadio previo a la inscripción registral de la entidad en el Registro de Fundaciones. La LFE establece la necesidad de un informe del Protectorado sobre la suficiencia dotacional de las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución (art. 35.1.a), igual que la práctica totalidad de las leyes autonómicas.

Además, la suficiencia de la dotación fundacional es objeto de control periódico mediante la revisión de las cuentas de las fundaciones a que con carácter anual somete el Protectorado a estas entidades (a título de ejemplo, art. 25 LFE y art. 28 del Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal).

También es relevante la suficiencia de la dotación, según se prevé en el artículo 31 de la LFE, en tanto que una de las causas de extinción de la fundación es la imposibilidad de realizar el fin fundacional, imposibilidad que puede tener su origen en múltiples causas (desaparición de los beneficiarios, ilicitud sobrevenida del fin...) entre ellas la insuficiencia de recursos. Esta insuficiencia sobrevenida podrá ser puesta de manifiesto por el Patronato de la Fundación, pero también, y especialmente por el Protectorado de Fundaciones (art. 45.c) del Reglamento de Fundaciones de competencia estatal⁴¹¹). En consecuencia, el control sobre la suficiencia de la dotación se prolonga durante toda la vida de la entidad fundacional, y no solo en el momento en que se constituye⁴¹². A mayor abundamiento, cabe preguntarse si la suficiencia se predica exclusivamente de la dotación o del conjunto del patrimonio.

⁴¹¹ Aprobado por Real Decreto 1.337/2005, de 11 de noviembre.

⁴¹² CAFFARENA LAPORTA restringe el ámbito del artículo 12.1 a la dotación inicial, es decir en el momento constituyente de la fundación. Según este argumento, la presunción de suficiencia solo operaría en ese momento de la vida de la fundación y no en el transcurso de su vida, en cuyo caso, entendemos que debería ser únicamente un criterio orientativo del Protectorado (*Vid.* CAFFARENA LAPORTA, J., «La dotación», en: Muñoz MACHADO, S. y otros, *Comentarios a...*, *op. cit.*, pág. 215).

En este sentido el Reglamento es claro: solo será exigible la suficiencia y la adecuación de la dotación, quedando el resto del patrimonio⁴¹³ al margen de esta valoración⁴¹⁴.

En nuestra opinión estamos ante una sobrevaloración de la dotación fundacional, ya que si bien puede ser relevante en el origen de la fundación, en el resto de la vida de la entidad su importancia para garantizar el cumplimiento de los fines debe verse combinada con la del resto del patrimonio fundacional, especialmente la de aquellos bienes vinculados expresamente a los fines fundacionales (art. 21.2 LFE).

4.2.2.3. Justificación de la suficiencia de la dotación

En relación con los aspectos que se deben tener en cuenta en el caso de que se pretenda constituir una fundación con una dotación inferior a los 30.000 euros –con independencia de la manera en que se materialice esta dotación–, corresponde al Protectorado de Fundaciones, tanto la emisión de un informe preceptivo y vinculante sobre la adecuación y suficiencia dotacional de las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución –art. 43.b) del Reglamento de Fundaciones de competencia estatal– como velar por el mantenimiento de esta adecuación y suficiencia a lo largo de la vida de la fundación, como se ha indicado anteriormente. Sin embargo, ni la LFE ni su Reglamento de desarrollo aportan indicaciones sobre las pautas que deberá seguir el Protectorado a la hora de analizar el nivel de suficiencia y adecuación dotacional. La LFE, en su artículo 34.1⁴¹⁵ se limita a establecer que «el

⁴¹³ En este punto es quizás el único en el que adquiere relevancia la distinción entre bienes que forman parte de la dotación y bienes que se encuentran vinculados directamente a la realización de los fines fundacionales (art. 21.2 LFE).

⁴¹⁴ La previsión *ex articulo* 27.1 LFE de que los ingresos que no se destinen al cumplimiento de los fines fundacionales deben integrarse en reservas o en la dotación fundacional vincula en gran medida la evolución económica de la fundación a la de la dotación y, en todo caso, evita la descapitalización.

⁴¹⁵ Este precepto es de aplicación en todo el territorio nacional, ya que constituye condición básica del ejercicio del derecho de fundación.

Protectorado velará por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones».

Algunos autores han intentado abordar el margen de discrecionalidad de que goza el Protectorado cuando entra a valorar la suficiencia y la adecuación dotacional⁴¹⁶. Así, por ejemplo, DE PRADA GONZÁLEZ es de la opinión que la suficiencia debe centrarse no en los fines fundacionales, sino en las actividades concretas que la fundación pretende realizar para conseguir estos fines, y si «*con las rentas de la misma se puede cumplir alguna de dichas actividades*»⁴¹⁷. COBO GÁLVEZ, por su parte, sugiere que el Protectorado tenga en cuenta una serie de criterios:

- a) La dotación inicial y sucesiva prevista debe generar rentas o ingresos que permitan atender o desarrollar actividades de interés general con mayor o menor volumen e intensidad, propias del fin fundacional.
- b) Las rentas e ingresos deben permitir el desarrollo de estas actividades dentro de los tres años a partir de la constitución.
- c) Deben tenerse en cuenta las rentas e ingresos que puedan generarse de los compromisos garantizados de aportaciones de terceros, así como las subvenciones y prestaciones económicas a que la fundación pudiera tener derecho, en caso de constituirse.
- d) Debe existir flexibilidad en la apreciación de la conjunción de factores que pueden incidir en la viabilidad económica de las fundaciones⁴¹⁸.

⁴¹⁶ PIÑAR MAÑAS considera que no cabe la discrecionalidad de la Administración en este punto, «sino que implica la apreciación de un concepto jurídico indeterminado que tiene como objetivo impedir que por la puerta de las fundaciones accedan entidades que en absoluto lo son» (PIÑAR MAÑAS, J.L., «El Protectorado de Fundaciones: situación actual y propuestas de reforma», en: RUIZ OJEDA, A. (coord.), *Manual de Fundaciones*. Madrid: Civitas, 1999, pág. 93).

⁴¹⁷ DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., «Ley de Fundaciones», en: CENTRO DE FUNDACIONES, *En torno a la Ley 30/94 de ...*, op. cit., pág. 28.

⁴¹⁸ COBO GÁLVEZ, P., «Comentario al artículo 10», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley...*, op. cit., págs. 90 y ss.

Por último, MORILLO GONZÁLEZ es partidario de que «*sólo se rechace la dotación en los supuestos en que exista una clara desproporción entre ésta y la actividad que se pretende desarrollar para el logro de los fines propuestos*»⁴¹⁹.

En sede judicial, el Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, consideró en una Sentencia de su Sala de lo Contencioso que, al margen de que correspondía los fundadores aportar los documentos que considerasen oportunos para justificar una dotación fundacional inferior a la prevista por la Ley, en concreto, 90 euros, era necesaria la aportación en sede administrativa de un «*estudio económico que justifique la viabilidad de las actuaciones proyectadas con la dotación fundacional de 90 euros*»⁴²⁰.

En todo caso, a la hora de valorar la adecuación y suficiencia de la dotación, la diversidad de posiciones de la doctrina deja entrever la complejidad de la cuestión que se mantiene pese a los intentos del legislador de establecer criterios que limiten la eventual discrecionalidad de las Administraciones. Es más, la complejidad tiende a aumentar ya que, como hemos apuntado anteriormente y con independencia de abordar la cuestión más adelante, la presunción de suficiencia adolece de dos defectos evidentes: la insuficiencia y su blindaje.

Es difícilmente imaginable que una entidad pueda –en la situación económica actual– desarrollar cualquier actividad susceptible de coadyuvar a la consecución de un fin de interés general con los rendimientos anuales de 30.000 euros, solo la propia existencia de la entidad con unos gastos mínimos ya asume todos los rendimientos. Por otra parte, al establecer la presunción en un texto legal, sin previsión de cláusula de revisión alguna, es probable que con los años la cifra devenga cada vez más irrelevante para el fin que perseguía y, en consecuencia, aumente la necesidad de una actividad fiscalizadora del Protectorado.

En definitiva, de esta manera se insiste en la línea de aminorar el peso del elemento patrimonialista de las fundaciones en beneficio de la perspectiva teleológica de estas entidades.

⁴¹⁹ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación...*, op. cit., pág. 143.

⁴²⁰ STSJ de la Región de Murcia de 16 de mayo de 2008, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª, FJ 4º.

Como apunta PIÑAR MAÑAS cada vez ha de darse menor importancia al «*elemento patrimonial en las fundaciones (a costa del mayor protagonismo que ha de darse al elemento organizativo y del hecho de que las fundaciones son más instrumento de participación en la vida social, cultural y económica que manifestación de la pretendida función social de la propiedad)*», con todo lo que ello conlleva⁴²¹.

5. VOLUNTAD DEL FUNDADOR

5.1. VOLUNTAD DEL FUNDADOR Y NEGOCIO FUNDACIONAL

Una de las características que diferencia a las fundaciones respecto de otras personas jurídicas es la heteronomía, esto es, la existencia de un creador externo a la misma, dotado por el ordenamiento de un poder de gran alcance a la hora de definir el funcionamiento de la entidad. Como ha afirmado CABRA DE LUNA, la voluntad del fundador es «*la ley máxima de la fundación*», ya que a éste corresponde exclusivamente la facultad de dar vida a la fundación mediante la realización del negocio jurídico fundacional⁴²². En términos similares se expresó el Tribunal Supremo en su Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 de febrero de 1979, al afirmar que «*sin ninguna duda, la voluntad del fundador, suprema ley máxime cuando ha obtenido su expreso reconocimiento por el propio Estado*».

Este negocio jurídico fundacional, profusamente analizado por eminentes especialistas en Derecho Civil⁴²³, ha sido definido como «*un negocio jurídico de libertad sui generis en cuya virtud una o más personas manifiestan su decidida voluntad*

⁴²¹ PIÑAR MAÑAS, J.L., «El Protectorado de Fundaciones: ..., *op. cit.*, pág. 93. En el mismo sentido, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Algunas acotaciones ..., *op. cit.*, pág. 123.

⁴²² CABRA DE LUNA, M.Á., El Tercer Sector y las fundaciones ..., *op. cit.*, pág. 363.

⁴²³ *Vid.* entre otros, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, tom. I. Madrid: Tecnos, 1995, págs. 649 y ss.; REAL PÉREZ, A. (coord.), *Constitución y extinción de fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999; MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación...*, *op. cit.*, págs. 41 y ss.; BENEYTO FELIU, J., «Personas Jurídicas, ..., *op. cit.*, págs. 1.292 y ss.

de crear una fundación con personalidad jurídica, y a tal objeto adscriben un conjunto de bienes a la persecución de un fin de interés general»⁴²⁴.

Según CABRA DE LUNA, la voluntad del fundador fue objeto de un notable reconocimiento como ley suprema de la fundación en el período preconstitucional, aunque si bien es verdad que desde la desamortización se introdujo en el ordenamiento la intervención tutelar de la Administración sobre los establecimientos benéficos, lo cierto es que esta intervención pudo hacer poco frente a una voluntad del fundador que contaba con el respaldo tanto del ordenamiento (*v.gr.* art. 39 CC) como de la jurisprudencia, hasta el punto de que la voluntad del fundador constituyó el expediente de legitimación de cláusulas cuya finalidad última era la evasión de las rigideces de la tutela gubernativa impuesta por las leyes, este era el caso de las fundaciones constituidas «*a fe y conciencia*»⁴²⁵.

Sin embargo, como también recalca CABRA DE LUNA, la Carta Magna «*no parece que quiera desnaturalizar el principio de plena autonomía de la voluntad en cuanto a fundaciones*», sin embargo, la Constitución impone dos importantes limitaciones al

⁴²⁴ REAL PÉREZ, A., «Las fundaciones en proceso de formación: comentario al artículo 11 de la Ley 30/1994, de fundaciones», en REAL PÉREZ, A. (coord.), *Constitución y extinción ...*, *op. cit.*, pág. 176.

⁴²⁵ CABRA DE LUNA, M.Á., *El Tercer Sector y ...*, *op. cit.*, pág. 363. Las fundaciones «*a fe y conciencia*» aparecen, según GARCÍA DE ENTERRÍA, como una fórmula imaginada por los notarios para garantizar la viabilidad de las fundaciones en la primera mitad del siglo XX. En virtud de ella, se incorporaba al acto fundacional una condición resolutoria del negocio para el supuesto en que la Administración obligase a los administradores de la entidad a someterla a su control económico y, singularmente, a la obligación de convertir el patrimonio fundacional en láminas intransferibles de Deuda Pública. En caso de resolución del negocio, los bienes debían revertir a los fundadores o a sus herederos (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, fundaciones y ...», *op. cit.*, pág. 242). En concreto sobre esta cuestión, puede verse DEL CAMPO ARBULO, J.A., *Ley de Fundaciones: Comentarios a la Ley ...*, *op. cit.*, págs. 391-408. Una fundación constituida «*a fe y conciencia*» lo es la Fundación Juan March, en el artículo 26.2 de sus Estatutos (1955) se establecía «*El fundador, con el fin de conseguir la permanencia de la Fundación en provecho de sucesivas generaciones, no sólo atribuye a los órganos mencionados dicha facultad, sino que, además, les recomienda que la ejerzan, con sujeción a su fe y conciencia y leal saber y entender.*» Esta cláusula se completaba con una condición resolutoria fijada en el apartado segundo de la cuarta cláusula de la escritura constitutiva, del siguiente tenor: «*Si llegare el caso de que el Estado u otro Organismo, Autoridad o Tribunal, pretendieran interferir, mermar, alterar, modificar, contrariar o, de cualquier otra forma, no respetar, observar, guardar y cumplir la voluntad del fundador, reflejada en esta escritura de constitución, en los Estatutos en ella contenidos y en las disposiciones de Don Juan March Ordinas relativas al régimen general de la sucesión, composición y funcionamiento del Patronato y al régimen general de la sucesión en los dos puestos de Consejeros vitalicios reservados a los descendientes legítimos del fundador, el Patronato, invocando la Ley fundacional, opondrá su negativa plena y absoluta; y si, no obstante ésta, se insistiere en cualquiera de dichas pretensiones, quedará automáticamente extinguida la Fundación y, en tal caso, la persona o personas que a la sazón desempeñaren el Patronato, podrán, de acuerdo con el Consejo de Patronato –adoptado aquél conforme al párrafo 5 del artículo 20–, disponer de los bienes constitutivos del patrimonio fundacional, libremente y sin obstáculo alguno, como si se tratase de bienes propios, con fines benéficos o docentes, según su conciencia les dicte y sin necesidad de dar cuenta de dicha disposición.*»

ejercicio del derecho de fundación y, en concreto a la voluntad del fundador: la persecución de fines de interés general y el sometimiento, tanto del fundador como de la fundación a la Ley. Limitaciones que, por otra parte, ya estaban contempladas en el artículo 35 del Código Civil⁴²⁶.

Y, en consecuencia, en opinión de este autor, la Ley 30/1994, vino a primar el cumplimiento del interés general sobre la voluntad del fundador «*habiéndose investido la Administración de grandes potestades*». En una línea similar REAL PÉREZ considera que el desarrollo legislativo del derecho de fundación supuso una restricción de las facultades de las que gozaba el fundador, según la normativa preconstitucional, en momentos clave de la vida de la fundación, ya que la legislación «*favorece, ampara o prima a los intereses de la comunidad sobre los propios intereses del fundador. Lo cual es una muestra del cambio legislativo en la propia concepción de las Fundaciones y su misión en la sociedad*»⁴²⁷. He aquí otra muestra de la importancia adquirida, en el régimen constitucional, de los fines como elemento nuclear de las fundaciones.

Sea como fuere, la voluntad del fundador sigue teniendo fuerza en la vida de la fundación hasta el punto de constituir un elemento caracterizador de la institución, especialmente frente a las asociaciones y corporaciones, las otras personas jurídicas reconocidas *ex articulo* 35.1 del Código Civil, ya que frente a estas, que son autónomas, las fundaciones tienen un marcado carácter heterónimo en virtud de la acción del fundador en, al menos, tres momentos claves para la vida de la fundación: la constitución, los estatutos y la disolución.

⁴²⁶ CABRA DE LUNA, M.Á., *El Tercer Sector y ...*, op. cit., pág. 363.

⁴²⁷ REAL PÉREZ, A., «Aspectos jurídico-civiles prácticos de la nueva Ley de Fundaciones», en: CENTRO DE FUNDACIONES, *En torno a la Ley 30/94 ...*, op. cit., págs. 58-59.

5.2. LA VOLUNTAD DEL FUNDADOR EN LA CONSTITUCIÓN DE LA FUNDACIÓN

En el caso de la constitución de la fundación, como se ha expuesto, la participación del fundador es decisiva e insustituible. Sin la concurrencia de la voluntad del fundador en este momento procesal no puede existir fundación. El negocio fundacional, definido por DÍEZ-PICAZO y GULLÓN como un «*negocio de destinación de bienes a un fin de interés público o general, dispositivo y gratuito*» se materializa así en dos elementos: la voluntad de constituir una entidad que persiga fines de interés general, y la vinculación de un patrimonio a la consecución de estos fines⁴²⁸. En palabras de MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, aunque se trata de un negocio único, tiene dos aspectos distintos, la voluntad fundacional de hacer nacer una nueva persona jurídica, y la voluntad de dotar patrimonialmente a la nueva entidad. La articulación jurídica de esta manifestación de voluntad está regulada en la legislación (*v.gr.* arts. 9 y 10 LFE), y además ha generado una amplia reflexión por parte de la doctrina⁴²⁹.

Para poder hacer efectiva la voluntad de crear una nueva fundación, el ordenamiento exige la elevación a público, mediante una escritura pública, de esta voluntad inequívocamente expresada, de manera que se enerven problemas de seguridad en el tráfico jurídico.

La escritura pública de constitución deviene así en la pieza esencial en el proceso de constitución de la fundación, que culminará con la inscripción registral, de suerte que la fase de fundación en proceso de formación prevista en el artículo 13 de la LFE se inicia con la escritura de constitución. Este documento solemne es, en líneas generales, el continente de la voluntad del fundador en todos los extremos posibles, por ello, junto con la expresión de la voluntad de crear una fundación, la Ley prevé la presencia de otros aspectos que permitan un diseño acabado de la fundación. Además de la voluntad de fundar, deberán incluirse los estatutos, la dotación

⁴²⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1995, vol. I, pág. 650.

⁴²⁹ MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA CASTILLO, I., «Constitución condicional de fundaciones: el respeto a la voluntad del fundador en el proceso de inscripción de la fundación como condición suspensiva del negocio fundacional», en: REAL PÉREZ, A., *Constitución...*, *op. cit.*, pág. 90.

inicial debidamente determinada, la identificación del fundador y la identificación de quienes hayan de integrar el patronato. Por lo demás, dado que el sistema de adquisición que está vigente en nuestro ordenamiento es el de inscripción constitutiva –esto es, la personalidad jurídica se adquiere con la inscripción en el Registro de Fundaciones correspondiente– la escritura de constitución se realizará, en todo caso, antes de la constitución *de iure* de la fundación.

5.3. LA VOLUNTAD DEL FUNDADOR EN LOS ESTATUTOS

De entre todos estos elementos, por su trascendencia para el futuro de la fundación, destacan los estatutos que regirán la vida de la fundación y cuyo contenido mínimo establece la citada Ley en su artículo 11, si bien en otros preceptos prevé contenidos de los estatutos que quedan a disposición del fundador.

Los estatutos de la fundación son las normas por las que se rige y regula la vida de la fundación; pero en su configuración la Ley confiere un papel preponderante al fundador, de manera que según CAFFARENA LAPORTA «*constituyen la concreción fundamenta de la voluntad del fundador en relación a la vida de la fundación*»⁴³⁰. La relevancia del fundador a la hora de establecer los estatutos fundacionales –ámbito en el que según el artículo 11.b) de la LFE se determinarán los fines fundacionales– se desprende con total claridad del artículo 10 LFE, y en concreto de los regímenes que establece en función de si la constitución de la nueva fundación procede de un acto *mortis causa* o *inter vivos*. La combinación de los artículos 10 y 11 de la LFE dispone que el negocio fundacional se realice en escritura pública o, en su caso, en sede testamentaria. En ambos casos, sin embargo, en el correspondiente documento deberán constar los siguientes extremos: identificación completa del fundador, la voluntad de fundar, la dotación patrimonial, los estatutos y la identificación de los miembros del patronato. Este es el régimen general.

⁴³⁰ CAFFARENA LAPORTA, J., «La constitución de las fundaciones», en: MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a...*, *op. cit.*, pág. 125.

Sin embargo, la propia Ley prevé en el apartado 4º del artículo 9 una suerte de régimen supletorio en el caso de la constitución *mortis causa* cuya finalidad es, precisamente, preservar en última instancia la voluntad del fundador de contribuir al interés general con un acto de altruismo. En virtud de este precepto el albacea o el heredero testamentario, o en ausencia de ambas figuras, el Protectorado previa autorización judicial, podrán completar la voluntad del fundador en aquellos extremos mínimos de la escritura pública de constitución que este no hubiera previsto en el testamento, siempre y cuando en el testamento constase, al menos, la voluntad de crear una fundación y de disponer de los bienes y derechos de la dotación.

Por ello, siguiendo a MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA hemos indicado que el núcleo del negocio fundacional es precisamente la manifestación de dos voluntades: la de creación de una fundación y la de disposición de bienes para vincularlos a un fin de interés general, aunque el acto propiamente de constituir una fundación implique una mayor concreción de la voluntad fundacional, especialmente en los estatutos⁴³¹.

Es evidente que la voluntad del fundador plasmada en los Estatutos se proyecta sobre toda la vida de la fundación, máxime si el fundador ha dispuesto algún tipo de reserva a la modificación estatutaria (art. 29.1 LFE) hasta el punto de poder provocar la extinción de la fundación (art. 29.2 LFE o en el caso de fundaciones temporales). Pero como apunta MONTÉS PENADÉS, esta voluntad no es inmutable en todo caso⁴³², de manera que podrá ser interpretada o adaptada a la realidad social de cada momento, en su caso, a través de la intervención de los Tribunales⁴³³.

Se trata, no obstante de una manifestación de voluntad *estática*, ya que no cabe acudir al fundador aunque esté vivo, una vez constituida la fundación y en el caso de que aquél se haya desvinculado de ésta. Es un expediente similar al de la interpretación auténtica de las normas, pero que en el caso de las fundaciones no

⁴³¹ Nótese que la LFE no exige que en el negocio fundacional se identifiquen los fines de interés general que perseguirá la fundación, sino que este extremo se determinará en sede estatutaria. RAPOSO ARCEO considera que en este punto, hubiera sido deseable que el legislador hubiera exigido que este aspecto hubiese quedado reservado exclusivamente al fundador, toda vez que al habilitar en las constituciones *mortis causa* a terceros para concretar este aspecto, se corre el peligro «*de posibles actuaciones no concordes con la voluntad del testador*» (Vid. RAPOSO ARCEO, J.J., «La constitución de fundaciones en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre: análisis del Capítulo II, del Título I (arts. 6-11)», en: RUIZ OJEDA, A. (coord.), *Manual de Fundaciones ...*, op. cit., pág. 35).

⁴³² Vid. STS núm. 736/2003, de 21 de julio (Sala de lo Civil), F.J. 7º.

⁴³³ MONTÉS PENADÉS, V.L., «Fragmentos de un estudio...», op. cit., pág. 203.

cabe salvo que el fundador forme parte de su patronato –y en este caso con reservas pues actúa como un patrono más–, o que lo haya dispuesto en los estatutos. Esta situación que ha merecido la crítica de GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ⁴³⁴, sin embargo, entendemos que es sumamente respetuosa con la esencia de una entidad dotada de absoluta autonomía respecto de quien la ha creado.

5.4. LA VOLUNTAD DEL FUNDADOR EN EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE LA FUNDACIÓN

Hay, además, otro momento vital de la fundación en que la voluntad del fundador deviene de especial relevancia para la entidad: el supuesto de su extinción. La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, (art. 31) contempla la eventualidad de que la fundación se extinga por varias causas, algunas de ellas imputables al propio fundador –el transcurso del plazo por el que fue constituida–, y otras, debido a causas sobrevenidas –imposibilidad de realización del fin fundacional (insuficiencia de medios, desaparición de los beneficiarios...), proceso de fusión, *ex lege* o por mandato estatutario cuando se den ciertas circunstancias–.

En este momento, la voluntad del fundador actúa, en su caso, desde dos vertientes distintas. De una parte el fundador a través de los Estatutos⁴³⁵ o en la escritura fundacional podrá haber dispuesto circunstancias en las que proceda la extinción de la fundación y el procedimiento a seguir, más allá de lo previsto por la Ley. Por otra parte, el fundador ostenta la posibilidad de determinar el fin de los bienes, tanto en la escritura de constitución como en los estatutos. Este ámbito de la voluntad del fundador es, como se ha visto, especialmente delicado y problemático tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, si bien la STC 341/2005, de 21 de diciembre, ha arrojado algo de luz sobre esta situación.

⁴³⁴ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación: un ..., op. cit.*, pág. 258.

⁴³⁵ La doctrina es reacia a considerar que pueda admitirse una modificación estatutaria operada por el Patronato que incluya causas de extinción (*Vid. MARTÍ LACALLE, R.*, «Comentario al artículo 31. Causas de extinción», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios..., op. cit.*, pág. 814).

La manifestación del fundador en este momento de la vida de la fundación no es preceptiva, lo cual no es en absoluto contradictorio con la necesidad de que la voluntad del fundador haya de constar expresa y claramente en el momento del nacimiento de la entidad. La fundación, después de su constitución deviene una persona jurídica independiente de su creador y en consecuencia, una vez constituida tiene capacidad plena para desarrollarse dentro del marco fijado por las leyes y el propio creador. Ahora bien, en el caso de que el fundador haya optado por intervenir en el momento de la extinción de la fundación, uno de los problemas más relevantes que encontramos es si, en el caso de que la voluntad del fundador en esta situación se plasma en los estatutos, éstos pueden ser modificados libremente por el patronato –caso que el fundador no haya previsto ningún límite en este sentido–.

La doctrina es reacia a permitir que el patronato pueda alterar las causas de extinción de la fundación previstas por el fundador en los estatutos. Sin embargo, cabe en teoría la posibilidad de que el patronato, vía estatutaria modificase la voluntad expresada por el fundador en los estatutos; CAFFARENA LAPORTA considera que esta es una posibilidad excepcional, en su opinión el artículo 33 de la LFE «*pretende fundamentalmente que en este tema se tenga en cuenta y se respete la voluntad del fundador*»⁴³⁶.

Este problema nos lleva a plantear, siquiera someramente, la cuestión del eventual conflicto entre la voluntad del fundador y la voluntad del patronato a la hora de reformar los estatutos. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ entiende que la prevalencia del interés general no puede llevar a hacer «*tabla rasa de las disposiciones del fundador, sino que, por el contrario, éstas deberán ser respetadas en la mayor medida posible, de suerte que las reformas que no se ejecuten por voluntad del propio fundador se limiten al mínimo imprescindible para la buena marcha de la fundación*», y en consecuencia, este autor se muestra especialmente reacio a alteraciones estatutarias que afecten a aspectos esenciales de la fundación tales como los fines fundacionales⁴³⁷. En un sentido muy similar se posiciona RODRÍGUEZ MARTÍNEZ al afirmar que «*las modificaciones deben limitarse a las precisas para superar las causas que las motivaron,*

⁴³⁶ CAFFARENA LAPORTA, J., «La extinción de las fundaciones», en: MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a...*, op. cit., pág. 482.

⁴³⁷ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación: un ...*, op. cit., pág. 258.

y al Patronato corresponde justificar adecuadamente la conveniencia de la modificación para el interés de la fundación, así como verificar que la voluntad del fundador no sea contraria a tales modificaciones»⁴³⁸.

De esta manera, hemos de concluir que el necesario respeto al a la voluntad del fundador, al derecho subjetivo a fundar en última instancia, sugiere la existencia de límites de carácter intrínseco indisponibles para el patronato. Ello es así aunque el patronato goza de un amplio margen en la modificación estatutaria, dentro del concepto «en interés de la fundación» establecido por la Ley, y que ésta solo sitúa como límite infranqueable la prohibición del fundador. La fundación se crea con unos perfiles y con unos fines determinados. Si la Ley prevé expresamente que la imposibilidad –por cualquier motivo– de cumplirlos lleva a la extinción de la fundación, parece razonable pensar que una modificación estatutaria profunda hasta el punto de alterar la fundación en sus elementos esenciales, contraría la voluntad del fundador y, en cierta manera, también al ordenamiento al establecer una vinculación permanente de elementos patrimoniales.

⁴³⁸ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I. «Comentario al artículo 29. Modificación de los Estatutos», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 786.

CAPÍTULO VI

EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 34.1 DE LA CONSTITUCIÓN

Una vez realizadas las precedentes reflexiones sobre el alcance del concepto de fundación que acoge nuestro ordenamiento jurídico, así como nuestra doctrina jurídica y la jurisprudencia, corresponde abordar el contenido que cabe dar al derecho reconocido por el artículo 34 de la Constitución, esto es, qué es el derecho de fundación que efectivamente garantiza nuestra Carta Magna.

1. EL DEBATE SOBRE EL DERECHO DE FUNDACIÓN COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL O DERECHO SUBJETIVO

La doctrina no es unánime al determinar el alcance del contenido de este precepto constitucional⁴³⁹. Así, hay dos grandes corrientes en la doctrina. Una de ellas, siguiendo la estela de RUBIO LLORENTE, limita este precepto a una garantía institucional respecto de las fundaciones. Un segundo grupo, quizás menos numeroso, mantiene que el precepto realmente contiene dos elementos distintos: un derecho subjetivo y una garantía institucional. Entre quienes mantienen esta segunda tesis se

⁴³⁹ Vid. CABRA DE LUNA, M.Á., *El Tercer Sector y las fundaciones de ...*, op. cit., págs. 230 y ss.

encuentran voces tan autorizadas como MUÑOZ MACHADO⁴⁴⁰, MERINO MERCHÁN y PALMA FERNÁNDEZ⁴⁴¹, SALA ARQUER⁴⁴² o GARCÍA DE ENTERRÍA.

El debate no es novedoso. En 1989, RUBIO LLORENTE negaba con inusitada rotundidad que el artículo 34 contuviese un derecho subjetivo y limitaba su virtualidad a la de una garantía institucional:

«¿Qué significa el derecho de fundamental de Fundación? No es fácil decirlo, de ahí mis dudas desde el punto de vista del rigor jurídico sobre la conveniencia de esta constitucionalización [...] Desde el punto de vista técnico el derecho de Fundación es lo que se llama una garantía de instituto [...] Entonces cómo llamarle a esto, qué clase de derecho fundamental es éste que no consigue, que no impone al Estado simplemente un deber de abstenerse, de no entorpecer la libertad del ciudadano, sino un deber positivo de crear una serie de reglas, un Código Civil y todo lo que eso conlleva... [...] Pues bien, a mi juicio, técnicamente, el llamado derecho de Fundación, el artículo 34, si es algo es una garantía de instituto. Se garantiza el mantenimiento en el ordenamiento de un instituto determinado que es que se llama fundación.»⁴⁴³

DÍEZ-PICAZO ha seguido recientemente esta tesis, con más intensidad si cabe:

«Mas si no es un derecho fundamental, lo único que se puede entrever en el art. 34 es lo que se ha llamado, seguramente con acierto, una “garantía institucional”. De esta suerte el art. 34 lo único que viene a decir es que en el ordenamiento fundado en la Constitución existirán fundaciones de interés general, creadas por la voluntad de los particulares con arreglo a la ley y nada más. O dicho de otro modo, que el legislador no podrá, respetando los dictados de la Constitución, suprimir las fundaciones. Habrá, sin embargo, que observar que, entendido el art. 34 como garantía institucional, no es una gran cosa.»⁴⁴⁴

⁴⁴⁰ MUÑOZ MACHADO, S., «El Tercer Sector: entre el Estado y el Mercado», en: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. y TORNOS MAS, J. (eds.), *La enseñanza del Derecho Administrativo. Tercer Sector y Fundaciones. Rutas Temáticas e Itinerarios Culturales. XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*. Barcelona: CEDECS, 2002, pág. 216.

⁴⁴¹ Estos autores hablan de un «derecho público de carácter subjetivo, en la medida en que tal reconocimiento no se refiere tanto a las fundaciones en general como al derecho inalienable de toda persona a crear fundaciones». MERINO MERCHÁN, J.F. y PALMA FERNÁNDEZ, J.L., «Artículo 34. Derecho de Fundación», en: ALZAGA VILLAAMIL, Ó., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo III. Madrid: Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, pág. 558. Esta tesis era mantenida ya por estos autores en 1983, en la primera edición de esta obra, entonces titulada *Comentarios a las Leyes Políticas*, pág. 458.

⁴⁴² SALA ARQUER, J.M., «El nuevo Derecho Público...», *op. cit.*, pág. 87.

⁴⁴³ RUBIO LLORENTE, F., «Panel sobre el presente y futuro de las fundaciones en España», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.Á. (dirs.), *Presente y futuro...», op. cit.*, págs. 245-246.

⁴⁴⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Prólogo», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Tratado...», op. cit.*, pág. 50.

De una manera más matizada, también se han posicionado en esta línea PIÑAR MAÑAS⁴⁴⁵ o GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ⁴⁴⁶. Pero hay que insistir en que esta línea de argumentación se remonta al mismo momento de la constitucionalización del derecho. Por ejemplo, en el debate constituyente, el entonces diputado Gregorio PECES-BARBA destacó que el hecho de introducir las fundaciones en la Constitución suponía «*constitucionalizar a Hauriou*»⁴⁴⁷, en referencia al jurista francés padre del institucionalismo jurídico⁴⁴⁸. De esta manera, quien fuera uno de los ponentes de la Carta Magna apuntaba hacia una configuración del artículo no como una consagración del ámbito de libertad de las personas, sino como el reconocimiento de una realidad social y jurídica, las fundaciones, una suerte de elevación de rango del reconocimiento contenido en el artículo 35.1 del Código Civil, y en consecuencia, propuso su supresión del texto constitucional. Del discurso del profesor PECES-BARBA se deduce claramente una caracterización del artículo referido como lo que hoy consideraríamos una garantía de instituto pura –aunque este concepto fue introducido por el Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias–, en el sentido de desligarla de cualquier afirmación expresa de un derecho positivo de los ciudadanos⁴⁴⁹.

Frente a la tesis de la exclusividad de la garantía institucional, GARCÍA DE ENTERRÍA en su célebre artículo sobre el derecho de fundación en la Constitución reflexionó sobre el planteamiento del profesor RUBIO LLORENTE en los siguientes términos:

«La garantía de instituto significaría que en todo el orbe de instituciones reguladas por el ordenamiento jurídico la Constitución quiere que haya una institución, un instituto que

⁴⁴⁵ Es especialmente relevante la obra de PIÑAR MAÑAS que aunque habla con frecuencia de «derecho constitucional», hace pivotar sus estudios sobre la noción de garantía institucional (*vid.*, por ejemplo, PIÑAR MAÑAS, J.L., «El estado actual del modelo constitucional de fundaciones: revisión crítica», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Tratado...*, *op. cit.*, págs. 67-116.

⁴⁴⁶ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación: un ...*, *op. cit.*, pág. 17.

⁴⁴⁷ Diario de Sesiones de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, núm. 71, de 22 de mayo de 1978, pág. 2.571.

⁴⁴⁸ *Vid.* JEANNOT, G., «La théorie de l'institution de Maurice Hauriou et les associations», en *Annales de la recherche urbaine*, núm. 89, págs. 18-22.

⁴⁴⁹ También PÉREZ LUÑO realiza una reflexión respecto del artículo 33.1 CE que puede ser muy sugerente si la aplicamos al artículo 34.1: «*De otro lado, el propio lenguaje constitucional, al reconocer "el derecho a la propiedad privada y a la herencia" y no el derecho de propiedad [nótese que el artículo 34 habla del derecho de fundación], sugiere que a lo que está aludiendo es a la institución entendida como un derecho fundamental, que debe hacerse accesible a todos [...] De ahí se deduce que la Constitución española no consagra la propiedad en términos garantistas del statu quo, esto es, amparando todas las situaciones de propiedad existentes, sino que se dirige a reconocer la institución*» (*Vid.* PÉREZ LUÑO, E.A., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1999, pág. 428).

responda exactamente al concepto técnico-institucional establecido. En este caso, esto significaría que la Constitución impone que se recoja una regulación del derecho de fundación. [...]

Hay que establecer un dato que me parece absolutamente esencial, que es que el artículo 34 consagra un derecho fundamental, como acabo de aludir, pero ha de añadirse que en el sentido de un verdadero derecho subjetivo y, concretamente, de un derecho de libertad.»⁴⁵⁰

En este trabajo mantenemos la tesis de la coexistencia de estos dos perfiles, el derecho subjetivo y la garantía de instituto. Y ello no solo por parecernos más acorde con el precepto constitucional en su literalidad, sino porque es lo que se deduce de la más reciente jurisprudencia constitucional:

«A ello debemos añadir ahora que la proclamación del derecho de fundación para fines de interés general (art. 34.1 CE) implica el reconocimiento de un derecho de libertad cuyo ejercicio permite a los particulares participar en la realización de actividades de interés general a través de la creación de una organización permanente dotada de personalidad jurídica propia y diferenciada del instituyente.»⁴⁵¹

Y tras esta afirmación del derecho subjetivo, se reitera de nuevo la existencia de una garantía sobre la institución que no puede desconocer la Administración Pública cuando recurre a la creación de fundaciones, sin ser titular del derecho de fundación:

«La decisión del legislador de reconocer a las personas jurídico-públicas la capacidad para constituir fundaciones (art. 8.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones) tiene como consecuencia la posibilidad de que las Administraciones públicas empleen instrumentalmente la legislación reguladora de esta concreta forma de personificación jurídica que, según hemos indicado, ha de concretarse de conformidad con el «concepto de fundación al que se refiere dicho precepto constitucional [el art. 34.1 CE], coincidente con el admitido de forma generalizada entre los juristas» y que integra una «imagen reconocible de la institución preservada por el art. 34 CE» (STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 7).»⁴⁵²

Asimismo, también es posible encontrar esta configuración dual en la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aunque de manera algo más lacónica. El reiteradamente citado FJ 5º de la STC 49/1988, de 22 de marzo, además de

⁴⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, fundaciones ..., op. cit., págs. 236-237.

⁴⁵¹ STC 120/2011, de 6 de julio, FJ 5º.

⁴⁵² STC 120/2011, de 6 de julio, FJ 7º.

entender implícitamente la existencia de una garantía institucional en favor de las fundaciones –garantía que expresamente se reconoce en la STC 341/2005, de 21 de diciembre (FJ 7º)–, al vincular el derecho de fundación «*a una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes*» nos permite trasladar a este derecho el carácter de derecho subjetivo atribuido por el Alto Tribunal al derecho a la propiedad consagrado en el artículo 33⁴⁵³.

El sentido de cada uno de los aspectos indicados tiene un alcance distinto, y para concretarlo es conveniente acercarnos siquiera de modo superficial a la caracterización del contenido de los derechos proclamados en nuestra Constitución⁴⁵⁴.

2. LOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN

Hoy en día, sin embargo, la caracterización de los derechos en la Carta Magna es una polémica superada en la mayor parte de la doctrina. Al abordar el contenido de los derechos constitucionales consagrados en nuestra Ley Fundamental, se observa la coexistencia de una serie de perfiles distintos que permiten delimitar los contornos del derecho proclamado y, de manera especial, su protección y alcance en relación tanto con la acción de los Poderes Públicos o de terceras personas como en relación con otros derechos⁴⁵⁵. La ciencia constitucional ha intentado desde hace dos siglos, al menos, justificar y clasificar estas diferencias en la definición del contenido de los derechos.

Así, es posible distinguir un contenido objetivo de los derechos y un contenido subjetivo. El primero es un «*mandato de optimización de la libertad individual (o colectiva) protegida en cada concreto derecho fundamental mediante un permiso o*

⁴⁵³ Vid. entre otras, la STC 111/1983, de 2 de diciembre, que afirma: «... contiene una doble garantía de tal derecho, ya que se reconoce desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, esto es, como un derecho subjetivo...» (FJ 8º).

⁴⁵⁴ Vid. BASTIDA FREIJEDO, F.J. y otros, Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. Madrid: Tecnos, 2004.

⁴⁵⁵ SÁNCHEZ FERRIZ, R., «Ordenación sistemática de los derechos ...», *op. cit.*

una prohibición»⁴⁵⁶. El contenido subjetivo, en cambio, es «*el haz de facultades jurídicas atribuidas al titular del derecho para defender el objeto del derecho frente a terceros*»⁴⁵⁷.

Respecto al contenido objetivo, su alcance se proyecta en una doble dimensión sobre los Poderes Públicos: por una parte les impone el deber positivo de protección del derecho en el ejercicio de su poder; y, por otra parte, impide el desarrollo de cualquier acción que incida negativamente en el desarrollo del derecho en cuestión.

El contenido subjetivo permite analizar el alcance del derecho desde la óptica de su titular, en concreto desde la óptica de las facultades que el ordenamiento pone en manos de éste para hacer efectivo el derecho. Desde esta perspectiva, pues, se puede caracterizar el contenido de los derechos de tres formas: derechos de libertad, garantías institucionales y derechos de prestación⁴⁵⁸. No se trata, no obstante, de técnicas incompatibles, es más, como se verá, en el caso del derecho de fundación, su caracterización es la propia del derecho de libertad y la de una garantía institucional.

La técnica del derecho de libertad adquiere su pleno vigor cuando el objeto del derecho protegido consiste en un permiso y su finalidad es evitar las injerencias en el ámbito privativo de las personas.

Por su parte, la garantía institucional permite sustraer al legislador la norma de una determinada institución o, de al menos, sus rasgos identificativos, en palabras de BAÑO LEÓN «*implica la protección de una determinada organización, no en la forma de un statu quo, sino en el respeto de sus rasgos esenciales, tal como se configuran históricamente (dinámicamente)*»⁴⁵⁹. En otras palabras, impone a los Poderes Públicos un deber de normación en los términos que prevé la Constitución de suerte que genera un deber positivo de protección de la institución⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ BASTIDA FREIJEDO, F.J. y otros, *Teoría General de los Derechos...*, op. cit., págs. 108-109.

⁴⁵⁷ Ibid. pág. 109.

⁴⁵⁸ Ibid. pág. 109.

⁴⁵⁹ BAÑO LEÓN, J.M., «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, pág. 171.

⁴⁶⁰ BASTIDA FREIJEDO, F.J. y otros, *Teoría General de los Derechos...*, op. cit., pág. 115.

Por último, los derechos de prestación se configuran a partir de un mandato específico a los Poderes Públicos de desarrollo de una acción determinada –derecho a la educación, por ejemplo– o bien a partir de la garantía de un efectivo y real ejercicio del derecho en cuestión –derecho a la tutela judicial efectiva, por ejemplo–.

De lo expuesto podemos concluir claramente que en el caso del derecho reconocido en el artículo 34.1 CE coexisten dos de las tres facetas que hemos identificado entre las posibles para caracterizar el contenido de un derecho garantizado en sede constitucional. En concreto, el derecho de fundación adquiere la naturaleza jurídica de un derecho de libertad: libertad reconocida a las personas para poder establecer, a partir de un acto de liberalidad de base patrimonial, la creación de una persona jurídica determinada, la fundación; y al mismo tiempo, incluye una garantía institucional, la fundación, identificada con unos rasgos muy concretos, que han sido ratificados de manera reiterada por la jurisprudencia constitucional (SSTC 48/1988, de 22 de marzo, y 341/2005, de 21 de diciembre, principalmente).

Desde una perspectiva algo diferente a ésta, PÉREZ LUÑO realiza una aproximación al derecho de propiedad cuya exégesis, dada la similitud de redacción entre los artículos 33.1 y 34.1, abona la tesis de una doble vertiente desde la que definir la naturaleza del derecho de fundación⁴⁶¹. Es lo que el citado autor considera *datos extrínsecos* dentro de la regulación constitucional. Así el derecho de fundación se puede considerar como un derecho encaminado al desenvolvimiento pleno de la personalidad –lo que se puede concluir a partir de indicios como el apartado segundo del artículo 34 o por la ubicación sistemática dentro del Título dedicado a los derechos y deberes fundamentales–, o como ha indicado el Tribunal Constitucional, una manifestación del derecho de propiedad (STC 49/1988, de 22 de marzo) –lo que en cierta medida se refuerza especialmente por su situación a continuación del artículo 33–.

⁴⁶¹ PÉREZ LUÑO, E.A., *Derechos Humanos, Estado...*, op. cit., págs. 423 y ss.

Esta tesis de la doble perspectiva, derecho y garantía de instituto, también ha sido asumida –respecto del derecho de propiedad– por el propio Tribunal Constitucional⁴⁶² y por una parte significativa de la doctrina⁴⁶³.

Seguidamente la abordaremos con detalle.

⁴⁶² «...no es ocioso añadir ahora que la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código Civil, que los recurrentes citan en apoyo de su alegato de inconstitucionalidad. Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos», STC 37/1987, de 26 de marzo (FJ 2º).

⁴⁶³ RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., «La propiedad privada: de cenicienta a derecho fundamental», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, 2001, págs. 601-620. REY MARTÍNEZ, F., «El devaluado derecho fundamental de propiedad privada», en; BASTIDA FREIJEDO, F.J. (coord.), *Propiedad y Derecho Constitucional*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, págs. 206 y ss.

CAPÍTULO VII

NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE FUNDACIÓN

1. LA POSIBLE IUSFUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO DE FUNDACIÓN

El uso de la expresión «derecho fundamental» para referirse a ciertos derechos consagrados en la Constitución ha sido tradicionalmente muy discutida en nuestro país. De ello se da buena cuenta en la manualística española más reciente⁴⁶⁴. Ello responde a varios motivos, y entre ellos, a la ausencia de unanimidad en cuál es el significado de la expresión «derechos fundamentales»⁴⁶⁵.

La categorización, por tanto, de los derechos fundamentales en nuestra Carta Magna no es en absoluto pacífica. No son pocos los autores que consideran que el catálogo de derechos fundamentales se extiende más allá del artículo 28 y, al menos, abarca los derechos reconocidos en la Sección 2.^a⁴⁶⁶. De esta manera, el derecho de

⁴⁶⁴ Vid. SÁNCHEZ FERRIZ, R., «Ordenación sistemática ...», *op. cit.*, notas al pie 13 a 18.

⁴⁶⁵ SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Estudio sobre las libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, pág. 38.

⁴⁶⁶ MARTÍNEZ-PUJALTE considera que la garantía de contenido esencial (art. 53.1 CE) es «el eje básico del sistema constitucional de derechos fundamentales, que proporciona incluso el criterio para la delimitación de esta categoría.» (Vid. MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pág. 108). También Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales* (2ª ed.). Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2005, pág. 65. CRUZ VILLALÓN relaciona los derechos fundamentales con la tutela judicial directa y la garantía de contenido esencial, lo que los extiende a todos los derechos del Capítulo 2º (CRUZ VILLALÓN, P., «Formación y evolución...», *op. cit.*, pág. 37). BASTIDA FREIJEDO, F.J. «¿Son los derechos sociales...», *op. cit.*, pág. 1.097. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, Fundaciones...», *op. cit.*, pág. 236. REY MARTÍNEZ sostiene que la iusfundamentalidad se vincula no al grado de protección sino a la existencia de un «contenido constitucional esencia infranqueable para el legislador» lo que le lleva a ampliar el catálogo de derechos fundamentales también a los «dispersos» en la Ley Fundamental (REY MARTÍNEZ, F., «El devaluado derecho ...», *op. cit.*, pág. 210).

fundación se incluiría entre los derechos fundamentales⁴⁶⁷, pero ya hemos rechazado esta opción.

Sea como sea, el derecho de fundación no es considerado por la gran mayoría de la doctrina a día de hoy como un derecho fundamental en sentido estricto⁴⁶⁸. Incluso algún autor, como CRUZ VILLALÓN, que sostiene la tesis de que la iusfundamentalidad está vinculada exclusivamente a la tutela judicial directa y a la preservación de su contenido esencial, excluye del catálogo *amplio* de derechos fundamentales al derecho de fundación⁴⁶⁹, que sí que tiene estas dos garantías.

No hay apenas debate en que los derechos enunciados en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución son derechos fundamentales, así lo reconoce de manera unánime la doctrina y el Tribunal Constitucional, aunque sea un reconocimiento criticado y forzado por el Alto Tribunal en casos como el la autonomía universitaria. Aunque merece en este punto especial mención la distinción entre derechos fundamentales y libertades públicas, desarrollada de manera especialmente lúcida por la profesora SÁNCHEZ FERRIZ al centrarse en la citada Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I, escapa al objeto de este trabajo⁴⁷⁰.

Pero fuera de los límites de este bloque de la Ley Fundamental, las dudas se acrecientan a medida que nos alejamos del artículo 28.

En el caso del derecho de fundación, la opinión mayoritaria es que no forma parte del catálogo de derechos fundamentales. Y no faltan motivos para justificar esta posición, como veremos a continuación. En la *Teoría de la Constitución* de Carl SCHMITT⁴⁷¹ se desarrolla una caracterización de los derechos fundamentales difícil-

⁴⁶⁷ CRUZ VILLALÓN, P., «Sobre el amparo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, mayo-agosto 1994, pág. 13.

⁴⁶⁸ Recuérdese en este punto la airada reacción del entonces diputado PECES-BARBA MARTÍNEZ frente a la posible constitucionalización del derecho de fundación junto al derecho de asociación y su referencia a HAIROU.

⁴⁶⁹ Los derechos fundamentales que este autor añade a los previstos en la Sección 1.ª son, el derecho a la igualdad (art. 14), el derecho a la propiedad privada (art. 33), la libre elección de profesión u oficio (art. 35), la negociación colectiva (art. 37) y la libertad de empresa (art. 38), aunque no parece que sea una relación absolutamente excluyente. (Vid. CRUZ VILLALÓN, P., «Sobre el amparo...», *op. cit.*, pág. 13.

⁴⁷⁰ SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Estudio sobre las libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, págs. 40 y ss.

⁴⁷¹ Según SCHMITT, estos derechos «en sentido propio son, esencialmente derechos del hombre individual libre, y por cierto, derechos que él tiene frente al Estado. [...] Pero también los derechos del

mente compatible con el derecho de fundación. Del mismo modo, siguiendo el razonamiento de Luigi FERRAJOLI⁴⁷², el derecho de fundación se sitúa en una categoría, la de los derechos patrimoniales, contrapuesta a los derechos fundamentales. Entre nosotros, RUBIO LLORENTE⁴⁷³ criticó muy tempranamente la posibilidad de considerar al derecho reconocido en el artículo 34 de la Constitución entre los derechos fundamentales, como se verá.

Ahora bien, no faltan quienes sí que sostienen que el derecho de fundación debe considerarse un derecho fundamental. Y en este grupo, como expondremos, se cuentan voces tan autorizadas como las de GARCÍA DE ENTERRÍA⁴⁷⁴ o SALA ARQUER⁴⁷⁵.

Pero el caso es que tan lejos como en la Sentencia 120/2011, de 6 de julio, el Tribunal Constitucional se ha referido al derecho de fundación como «derecho fundamental»⁴⁷⁶.

Entonces, ¿es o no es el derecho de fundación un derecho fundamental?

individuo en relación con otros individuos tienen que ser considerados como auténticos derechos fundamentales, en tanto que el individuo no salga de la situación apolítica en lo social puro y se reconozca tan sólo la libre competencia y la libre discusión de los individuos. [...] Todos los derechos fundamentales auténticos son derechos fundamentales absolutos, esto es, no se garantizan “con arreglo a las leyes”; su contenido no resulta de la Ley, sino que la injerencia legal aparece como excepción» (SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, traducción de Francisco Ayala, págs. 170-171).

⁴⁷² Según la tesis de este autor, este derecho, aunque podría enmarcarse entre los fundamentales desde una perspectiva dogmática, por cuanto se encuentra adscrito a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar (pág. 20), ciertamente habría que encuadrarlo entre los derechos patrimoniales, como categoría contrapuesta a los derechos fundamentales. Aquella categoría se caracteriza por ser derechos singularizados, es decir, su titularidad excluye la de los demás; son derechos disponibles por naturaleza; son derechos destinados a ser constituidos, modificados o extinguidos por actos jurídicos de tipo negocial y, en todo caso, por actos jurídicos singulares; y por último, surte efectos principalmente en las relaciones privadas (FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, págs. 29-35).

⁴⁷³ RUBIO LLORENTE, F., «Panel sobre el presente y futuro de las fundaciones en España», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.Á. (dirs.), *Presente y futuro...*, op. cit., pág. 246

⁴⁷⁴ «Esta calificación del derecho de fundación como un derecho fundamental y como un derecho de libertad, precisamente, no es gratuita; implica consecuencias propias del más alto interés» (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, fundaciones ...», op. cit., pág. 238).

⁴⁷⁵ «Me parece conveniente subrayar con trazo firme esta premisa, saliendo al paso de algunos intentos de “reinterpretar” el artículo 34 CE, diluyéndolo en la categoría de las llamadas garantías de instituto, o presentándolo –como ya se ha hecho con otro derecho muy relacionado con él, como es el de propiedad– en su dimensión meramente objetiva como una institución ignorando o devaluando su otra vertiente de derecho subjetivo individual» (SALA ARQUER, J.M., «El nuevo Derecho Público...», op. cit., pág. 89).

⁴⁷⁶ FJ 5º, último párrafo.

1.1. ARGUMENTOS SOBRE LA POSIBLE IUSFUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO DE FUNDACIÓN

La opinión que mantenemos en esta tesis niega el carácter iusfundamental del derecho de fundación. Creemos que la afirmación del Tribunal Constitucional en sus recientes sentencias sobre el derecho de fundación responde a un criterio estrictamente geográfico del precepto que reconoce el derecho dentro de la Carta Magna. Pero que, tal y como afirma la mejor doctrina en materia de derechos fundamentales, la *iusfundamentalidad* no responde exclusivamente a una ubicación que constituye un plus sobre el contenido material del derecho. Pero veámoslo con mayor detalle.

1.1.1. La ubicación sistemática del artículo 34 de la Constitución

El primero de ellos es de carácter sistemático o formal. Con el simple contraste entre las rúbricas del Título I «Derechos y deberes fundamentales», del Capítulo II de este Título «Derechos y libertades», y de las Secciones 1ª «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas», y 2ª «De los derechos y deberes de los ciudadanos» la respuesta parece evidente. En esta segunda sección se sitúa el artículo 34, que consagra el derecho de fundación. El carácter que imprime esta ubicación no puede verse alterado por la referencia al artículo 22 (este sí en la Sección 1ª y, en consecuencia, derecho fundamental) que se contiene en el apartado segundo del artículo 34. De hecho, como se ha visto, precisamente uno de los ejes del debate constitucional en torno al derecho de fundación fue su caracterización como derecho fundamental en las mismas condiciones que el derecho de asociación. Su cambio de ubicación en el Texto Fundamental respecto de su situación en el Proyecto constitucional buscaba precisamente *desfundamentalizar* el derecho de fundación.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha asumido con bastante frecuencia este criterio geográfico. Y lo ha hecho desde dos posiciones. La primera, a la

hora de concretar la alusión a los derechos fundamentales y libertades públicas contenida en el artículo 81.1 de la Carta Magna; la segunda, con independencia de lo dispuesto en dicho artículo, para acotar la categoría de derechos fundamentales. Desde la primera perspectiva, la Sentencia de referencia es la 76/1983, de 5 de agosto, que restringe la categoría de los derechos fundamentales a los contenidos en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I:

«... el art. 81.1, al definir las materias propias de Ley orgánica, se refiere al “desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, que es precisamente la rúbrica utilizada para designar el conjunto de los artículos comprendidos en la Sección Primera del capítulo II. Es preciso señalar que la actual expresión contenida en el art. 81.1 es el resultado de la transformación experimentada por el texto constitucional a lo largo del debate parlamentario, desde su redacción inicial –“desarrollo de los títulos I y II de la Constitución”– hasta la final aprobada en la Comisión Mixta Congreso-Senado, y que pone de manifiesto la preocupación del legislador constituyente por precisar qué materias dentro del título I habrían de quedar sujetas a reserva de Ley orgánica.» –FJ 2º a)–.

Sin embargo esta limitación solo está llamada a surtir efectos en lo que a reserva de ley orgánica se refiere. Y así lo hizo constar el propio Tribunal en el mismo fundamento, dando a entender que cabían otras caracterizaciones de los derechos fundamentales, al afirmar:

«[e]sta equiparación entre las materias que pueden ser objeto de recurso de amparo y las que han de ser reguladas por Ley orgánica no resulta constitucionalmente defendible [...].»

En la Sentencia 160/1987 (FJ 2º) la redacción es algo más clara:

« ... el derecho a la objeción de conciencia, aun en la hipótesis de estimarlo fundamental, no está sujeto a la reserva de Ley Orgánica por no estar incluido en los arts. 15 al 29 de la Constitución (Sección 1.ª del Capítulo Segundo, Título I), relativo a la enumeración de los derechos y libertades fundamentales, ya que el derecho, nominatim, no está, en efecto, en esa lista constitucional de derechos y porque, además, dicha fórmula se corresponde literalmente con la del epígrafe de la Sección 1.ª del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, deduciéndose de ello en principio que es a esa sección, y solo a esa sección, a la que se refiere el art. 81.1 y no a cualesquiera otros derechos reconocidos fuera de ella. Lo que la doctrina de este Tribunal hace es delimitar el ámbito y alcance de una determinada garantía (art. 81.1 referido a la Sección 1.ª), sin prejuzgar la existencia de otros derechos y de otras garantías, pero a los que no se extiende la de la Ley Orgánica.»

Aunque de los fragmentos transcritos pudiera parecer que el Tribunal Constitucional mantiene otros criterios que permiten ampliar el elenco de derechos fundamentales más allá de la Sección 1.^a del Capítulo Segundo del Título I (y, obviamente del genérico derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14), la realidad es muy otra. Nuestro Tribunal ha seguido un criterio geográfico más allá también de la explicación del artículo 81.1.

Es el caso, por ejemplo, de la Sentencia 26/1987, de 27 de febrero:

«...es preciso afirmar que ésta [la autonomía universitaria] se configura en la CE como un derecho fundamental por su reconocimiento en la Secc. 1.^a Cap. 2.^o Tít. I, por los términos utilizados en la redacción del precepto, por los antecedentes constituyentes del debate parlamentario que llevaron a esa concepción y por su fundamento en la libertad académica que proclama la propia Ley de Reforma Universitaria.» –FJ 4. a)–⁴⁷⁷.

Sin embargo, en algunas ocasiones, parece que el Supremo Intérprete deja abierta la posibilidad de que otros derechos del Título I, singularmente los derechos contenidos en la Sección Segunda puedan tener el carácter iusfundamental. Se trata, en todo caso, de expresiones confusas como la contenida en el Fundamento octavo de la STC 11/1981, de 8 de abril:

«Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de "contenido esencial", que en el art. 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, ...»

⁴⁷⁷ Precisamente este enfoque meramente geográfico fue duramente criticado en sus voto particular a esta Sentencia por los Magistrados Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y Francisco RUBIO LLORENTE. En concreto, este último afirmó «No comparto en modo alguno la restringida concepción de los derechos fundamentales que se recoge en el fundamento 4.º, apartado a), y que reduce el conjunto de tales derechos al de aquellos que están protegidos por el recurso de amparo. Esta concepción, que se aparta del uso habitual en la doctrina, obligaría a negar la existencia de derechos fundamentales en todos aquellos sistemas jurídico-constitucionales (la mayoría de los existentes en Europa occidental, por ejemplo) en los que no existe esa vía procesal y es, a mi juicio, absolutamente incompatible con nuestra propia Constitución que también sustrae a la libre disponibilidad del legislador (art. 53.1) los derechos comprendidos en la Sección 2.^a del Capítulo Segundo que son también, por eso mismo, derechos fundamentales y entre los cuales se encuentran derechos de libertad tan decisivos como el de contraer matrimonio (art. 32) o el de elegir profesión u oficio (art. 35) o garantías de instituto tan importantes para los individuos y para la estructura de nuestra sociedad como son la de la propiedad privada (art. 33), o la negociación colectiva laboral (art. 37).» Y añadió que en la Sentencia «...se pretende demostrar que la autonomía universitaria no es una garantía institucional, sino un derecho fundamental. Como es obvio, las instituciones jurídicas no cambian necesariamente de naturaleza en función de cuál sea su protección procesal y una garantía institucional no deja de serlo por el hecho de estar protegida por el recurso de amparo.»

Es lo que CRUZ VILLALÓN consideró «*uso anfibológico*» de la expresión *derechos fundamentales*, en la línea del uso que en la jurisprudencia constitucional se da al término «Estado». De modo y manera que existe un concepto restringido de la expresión *derechos fundamentales* que se limita a la Sección 1.^a y que, además, está vinculada a la exégesis del artículo 81.1; y un sentido amplio de la expresión, que se extiende entre los artículos 14 y 38 de nuestra Ley Fundamental:

«en una serie de supuestos, en todos aquellos en los que el problema es el de la delimitación de la reserva de ley orgánica, la expresión “derechos fundamentales” se emplea con un significado restringido para aludir a los referidos derechos y libertades de la “sección primera” [...] [P]ero en otros muchos casos, seguramente los más, la expresión está empleada con un significado más amplio, un significado que la aproxima más a su aparición en el epígrafe del propio título»⁴⁷⁸.

Sin embargo, el Tribunal no ha reconocido habitualmente este uso de la expresión de manera especialmente amplia. Y como se ha expuesto no son pocos los casos en los que se dan afirmaciones que parecen contradictorias con esta tesis, precisamente, uno de ellos es la Sentencia 120/2011, de 6 de julio. No obstante, en algunas Sentencias recientes sí que se ha recurrido –tímidamente– a considerar *derecho fundamental* a derechos de la Sección 2.^a, tales como la libertad de empresa⁴⁷⁹ o, en concreto el derecho de fundación, sin entrar en mayores explicaciones. Así en la citada sentencia, en dos ocasiones, el Tribunal considera al derecho de fundación reconocido en el artículo 34 de la Constitución como derecho fundamental:

*«...De la proclamación constitucional de este **derecho fundamental** no se deriva, en consecuencia, el reconocimiento de la capacidad para constituir fundaciones por parte de las personas jurídico-públicas.» (F) 5^º in fine).*

«...la circunstancia de que quien actúa a través de estas fundaciones no sea un particular sino un ente público no sólo determina en algunos extremos el régimen jurídico aplicable a las relaciones que entablan con terceros [art. 46.4, 5 y 6 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre], sino que también afecta necesariamente a las potestades de intervención administrativa sobre las fundaciones que, tal y como ya hemos señalado, se fundamentan precisamente en la

⁴⁷⁸ CRUZ VILLALÓN, P., «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, enero-abril 1989, pág. 37 y ss.

⁴⁷⁹ STC 18/2011, en cuyo Fundamento Jurídico 9^º se alude al «derecho fundamental a la libertad de empresa».

*necesidad de asegurar que estas últimas cumplan con los fines de interés general que justificaron su creación en ejercicio del **derecho fundamental** reconocido en el art. 34.1 CE.» (FJ 7º).*

1.1.2. Las garantías constitucionales del derecho de fundación

El segundo argumento para negar el carácter iusfundamental al derecho de fundación habría que buscarlo en el sistema de garantías de los derechos fundamentales que prevé la Constitución, ya que, si tal como razona SÁNCHEZ FERRIZ, existen diversos niveles de protección de los derechos consagrados en la Constitución ello debe responder a que existe diversas categorías de derechos⁴⁸⁰.

En virtud del artículo 53.1 de la Constitución, combinado con la ubicación sistemática del artículo 34 en la Sección 2.ª del Capítulo II del Título I de la Carta Magna, el derecho de fundación goza de la protección de la reserva de ley –ordinaria– con posibilidad de recurso de inconstitucionalidad, garantía del contenido esencial y vinculación directa a todos los Poderes Públicos. No disfruta, por tanto, de la protección que dispensa el recurso de amparo por su vulneración, tal como se configura en el apartado segundo del artículo 53. Ni de la garantía de encontrarse consagrado en uno de los preceptos cuya reforma requiere el procedimiento agravado previsto en el artículo 168 de la Constitución.

Ya se ha visto que la reserva de Ley orgánica no define, *per se*, un derecho fundamental. Tampoco lo hace, *a priori*, que dicho derecho goce de la protección del recurso de amparo constitucional (STC 161/1987, de 27 de octubre, en relación con la objeción de conciencia). Ni, por supuesto, la vinculación inmediata a los Poderes Públicos.

En nuestra jurisprudencia constitucional es frecuente la identificación de los derechos fundamentales con aquellos derechos a los que la Ley Fundamental dispensa la protección del recurso de amparo constitucional, con la excepción ya dicha

⁴⁸⁰ SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Estudio sobre las libertades...*, *op. cit.*, pág. 40.

del derecho a la objeción de conciencia *ex* artículo 30.2. Así, entre otras, en las Sentencias 185/1990, de 15 de noviembre (FJ 4º) y 160/1987, de 27 de octubre (FJ 3º), algo muy criticado por la doctrina y, como muestra sirva el voto particular del Magistrado RUBIO LLORENTE a este último pronunciamiento.

Ahora bien, la conjunción de las cuatro garantías que protegen a la Sección 1ª del Capítulo II del Título I (recurso de amparo, reserva de ley orgánica, vinculación directa y procedimiento agravado de reforma), así como el blindaje del contenido esencial, sí que justifica que estemos en presencia de derechos fundamentales. Este argumento, junto con el de la ubicación sistemática también ha sido mantenido con frecuencia por el Tribunal Constitucional desde su primera jurisprudencia:

«Además de ello, se ha recordado siempre, al hacer el comentario de los dos preceptos [arts. 28.2 y 37.2 CE] que el primero de ellos se encuentra dentro de la Sección 1.ª del Capítulo Segundo, que versa sobre los derechos y libertades, mientras que el segundo, que habla simplemente de los derechos de los ciudadanos. Esta colocación sistemática comporta evidentes consecuencias en cuanto al futuro régimen jurídico de uno y otro derecho, el de huelga del art. 28 y el de adopción de medidas de conflicto del art. 37. Así, es claro, que el primero de ellos, en cuanto contenido en la Sección 1.ª del Capítulo Segundo, está garantizado con la reserva de ley orgánica, admite la tutela de los tribunales ordinarios por el procedimiento de preferencia y sumariedad de que habla el art. 53 y el recurso de amparo ante este Tribunal. A más de ello el constituyente consideró la huelga como uno de los derechos fundamentales, mientras que el derecho de adopción de medidas de conflicto es un derecho sin aquella categoría [...]» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 22º).

El sistema de protección de los derechos no es un dato irrelevante para la identificación de las normas iusfundamentales⁴⁸¹. El sistema de garantías previsto en el artículo 53.2 y 81.1 responde, necesariamente a una voluntad del constituyente de dotar de una especial protección a unos enunciados de derechos respecto de otros. En primer lugar hay que referirse a la reserva de ley, que deberá respetar en todo caso el contenido esencial del derecho. Esta reserva será de ley orgánica en el

⁴⁸¹ ALEXY también considera que el criterio formal, es decir, la forma de positivización del derecho es lo que permite la identificación de lo que él llama «normas de derechos fundamentales». Para él, la ubicación sistemática (capítulo I de la LFB) y el grado de protección –art. 93.1.4.a)– son los criterios que, combinados, permiten identificar los derechos fundamentales. (Vid. ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, (trad. Ernesto Garzón Valdés), pág. 65.

supuesto del desarrollo de los derechos y libertades reconocidos en la Sección 1.^a, no así en los de la Sección 2.^a, donde solo existe la reserva de ley ordinaria. La exigencia de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales (SSTC 93/1988, de 24 de mayo; y 173/1998, de 3 de octubre) es una protección específica que aparece vinculada a la necesidad de concitar amplios acuerdos en sede parlamentaria para abordar el proceso normativo de los derechos y libertades que el constituyente consideró especialmente sensibles⁴⁸². El requisito de que su desarrollo deba contenerse en una ley orgánica exige unas ciertas formalidades en la tramitación parlamentaria, la más significativa de las cuales es la mayoría absoluta en votación final de conjunto en el Congreso de los Diputados⁴⁸³. Junto a ello, esta reserva específica excepcional y, por tanto, objeto de interpretación restrictiva, conlleva la exclusión del decreto-ley o de la legislación delegada, así como la tramitación como leyes de Comisión; pero también es un límite infranqueable a la acción legislativa de las Asambleas de las Comunidades Autónomas.

Además de esta garantía, existen otras dos. La garantía prevista en el artículo 53.2, de protección mediante el recurso de amparo también aporta datos respecto a la sensibilidad de los derechos protegidos. Este procedimiento está estructurado en dos niveles: el amparo ante los tribunales ordinarios, basado en los principios de preferencia y sumariedad –del que se excluye la objeción de conciencia *ex art. 30.2 CE*–; y el amparo extraordinario en sede constitucional, de carácter excepcional y subsidiario respecto del anterior, que se sustancia ante el Tribunal Constitucional y mediante un procedimiento específico. Este amparo puede ser invocado ante una vulneración de los derechos y libertades contenidos en los artículos 14 a 30, siendo este último el primero de los artículos de la Sección 2.^a. La existencia de esta vía privilegiada de protección de los derechos y libertades responde, según el Tribunal Constitucional, a una consecuencia del principio de aplicabilidad inmediata de los derechos y principios constitucionales, pero en este caso ¿por qué este principio de aplicabilidad inmediata⁴⁸⁴ se protege en unos derechos con el recurso de amparo y

⁴⁸² SÁNCHEZ FERRIZ consideró que las libertades públicas son «*derechos menos gratos o más “molestos” al poder*». (Vid. SÁNCHEZ FERRIZ, R., «Las libertades públicas como grupo de derechos con características propias no susceptible de ser confundido con los restantes derechos constitucionales», en *Revista de Derecho Político*, núm. 30, 1989, pág. 65.

⁴⁸³ STC 160/1987, de 27 de octubre (FJ 2º).

⁴⁸⁴ STC 15/1982, de 23 de abril (FJ 8º).

en otros no? Al fin y al cabo, tanto el derecho de objeción de conciencia como el derecho de fundación son de aplicación inmediata. En su primera Sentencia, la 1/1981, de 26 de enero, el Tribunal Constitucional afirmó que el amparo tenía como «*finalidad esencial la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades [contenidos en los arts. 15 a 29 y 30.2], cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias. Junto a este designio, proclamado en el art. 53.2, aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular*» (STC 1/1981, FJ 2º).

De los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, así como de lo dicho por la doctrina, se desprende que la delimitación del objeto del recurso de amparo responde, precisamente, a la especial sensibilidad de los derechos protegidos en relación con el sistema valorativo sobre el que se asienta la Constitución. Las experiencias autoritarias tanto en Alemania como en España, en concreto en el primer caso con la yugulación de los derechos fundamentales, provocó a modo de reacción el establecimiento de especiales garantías⁴⁸⁵. La conclusión es evidente: los derechos protegidos por el recurso de amparo son aquellos cuya violación puede constituir una vulneración más directa de la normatividad constitucional.

En este mismo sentido, la protección dispensada en el procedimiento de reforma constitucional a unos derechos y no a otros abona la tesis que mantenemos en el sentido de excluir al derecho de fundación, y demás derechos de la Sección 2.ª de la categorización de derechos fundamentales. La esencia de este sistema, que ha sido calificado con frecuencia de extremadamente gravoso, radica precisamente en la voluntad del constituyente de dotar a ciertas partes del texto constitucional de un plus de normatividad respecto del resto delimitando así un núcleo especialmente sólido de la Constitución⁴⁸⁶. Sin duda, durante la elaboración de la Constitución, deliberadamente no se incluyeron los artículos de la Sección 2.ª en este bloque central de la Constitución.

⁴⁸⁵ PAREJO ALFONSO, L., «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, septiembre-diciembre 1981, pág. 170.

⁴⁸⁶ Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional, de 16 de febrero de 2006, págs. 89 y 96.

En contra de estos posicionamientos, como ya hemos apuntado, Pedro CRUZ VILLALÓN entiende que hay que fijar el criterio de las garantías que protegen los derechos fundamentales, exclusivamente en el apartado primero del artículo 53 de la Constitución. Y a partir de ahí, todos los derechos contenidos en el capítulo II deberían incluirse en la categoría de derechos fundamentales, aunque «[e]s, ciertamente, superior la importancia cuantitativa de la sección primera, como también son muy superiores, cuantitativamente, las garantías adicionales de las que la Constitución ha rodeado a dicha sección primera». Para seguidamente concluir que «ni por su contenido intrínseco, ni por su capacidad de concreción, ni por sus garantías constitucionales, cabe hablar de diferencias cualitativas entre los distintos derechos del capítulo II»⁴⁸⁷.

Este argumento nos lleva a cuestionarnos sobre el mismo contenido de los derechos fundamentales.

1.1.3. La ausencia del requisito material: dignidad humana y derechos fundamentales

El tercer argumento está unido a la misma esencia de los derechos fundamentales, entendidos como el correlato necesario de la dignidad humana⁴⁸⁸ y de los principios de libertad e igualdad⁴⁸⁹; como la materialización jurídica de los valores superiores del ordenamiento jurídico en los que se expresa dicha dignidad⁴⁹⁰. Luigi

⁴⁸⁷ CRUZ VILLALÓN, P., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pág. 250.

⁴⁸⁸ SOLOZÁBAL dice que la iusfundamentalidad no puede vincularse a la existencia de un mecanismo de protección sino a la vinculación a la dignidad de la persona (Vid. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los Derechos Fundamentales», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 71, enero-marzo 1991, pág. 92).

⁴⁸⁹ SÁNCHEZ FERRIZ sostiene que la relación de los derechos proclamados con los principios de dignidad, igualdad y libertad permite situar los derechos en una serie de órbitas concéntricas en las que aparecerían variaciones sobre la disponibilidad del legislador, o la posibilidad de admitir modulaciones. Desde esta óptica el derecho de fundación quedaría en un segundo nivel por detrás de los derechos de la Sección Primera (SÁNCHEZ FERRIZ, R., «Ordenación sistemática ..., op. cit.).

⁴⁹⁰ BASTIDA FREIJEDO, F.J., «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Vol. 2, Madrid: Congreso de los Diputados, 2008, pág. 1094.

FERRAJOLI los definió desde una perspectiva «puramente formal o estructural» como «*todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar*»⁴⁹¹.

Son, por tanto, derechos subjetivos de los que disponen todas las personas – con independencia, generalmente, de sus circunstancias personales: nacionalidad, edad...–.

En palabras del Tribunal Constitucional «*[e]stos derechos son los que “pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español*» (STC 236/2007, de 8 de noviembre, FJ 1º).

Por esta íntima unión entre derechos fundamentales y dignidad humana, el Tribunal Constitucional ha proclamado reiteradamente (SSTC 25/1981, de 14 de julio; 53/1985, de 11 de abril; 64/1988, de 12 de abril; o 226/2001, de 26 de noviembre, entre otras) que, en nuestro caso, no solo son derechos subjetivos, sino que también constituyen fundamento del ordenamiento jurídico (art. 10.1 de la Constitución):

«...son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución.» (STC 25/1981, de 14 de julio FJ 5º).

Pero tampoco desde esta perspectiva material cabe encuadrar el derecho de fundación entre los derechos fundamentales. Cualquiera que sea el concepto de dignidad humana del que se parta, es intelectualmente muy complejo establecer un vínculo directo entre aquélla y el derecho de crear una entidad jurídica que persiga

⁴⁹¹ FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, pág. 19.

un determinado fin de interés público. Sí que cabe vincular la dignidad con el derecho de propiedad⁴⁹² o con el derecho de participar en los asuntos públicos. En este último caso, su caracterización como derecho fundamental (art. 23 CE, entre otros) es evidente; no así en el caso del derecho a la propiedad en nuestro ordenamiento constitucional. Pero como estableció el Tribunal Constitucional (STC 161/1987, de 27 de octubre) al analizar la relación entre el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar (art. 30 CE) y el derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), esta vinculación no implica que la *iusfundamentalidad* del derecho *originario* se proyecte sobre el derecho *derivado*, la objeción de conciencia al servicio militar en el supuesto de la Sentencia 161/1987; el derecho de fundación, en nuestro caso.

1.2. EL DERECHO DE FUNDACIÓN COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

De lo expuesto se sigue, y en este punto viene en nuestro auxilio el criterio del Tribunal Constitucional en su referida Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, que el derecho de fundación debe ser considerado un *derecho de los ciudadanos*, que dada su regulación en sede de la Ley Fundamental, puede adjetivarse como *derecho constitucional*. Es esta última una etiqueta que ha obtenido un notable éxito en la doctrina española, aunque no ha estado exenta de críticas⁴⁹³.

Descartada pues la perspectiva del derecho de fundación como derecho fundamental hay que situarlo en la esfera de los derechos constitucionales.

Esta categoría de derechos está formada por derechos subjetivos, reconocidos por la Constitución y dotados de un régimen jurídico específico. No todos los derechos constitucionales tienen idéntico tratamiento en la propia Ley Fundamental, ya que aunque la normatividad de la Carta Magna impregna la totalidad de su

⁴⁹² RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., «La propiedad privada: de cenicienta a derecho fundamental», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, 2001, págs. 601-620

⁴⁹³ BASTIDA FREIJEDO entiende que todos los derechos proclamados por la Constitución son derechos fundamentales, lo que varía es la intensidad de su protección frente a la acción del legislador. Aquellos enunciados que no recojan derechos fundamentales son similares, en su configuración, a los principios rectores de la política social y económica. (Vid. BASTIDA FREIJEDO, F.J. «¿Son los derechos sociales...», *op. cit.*, págs. 1.097-1.098.

contenido, la intensidad con la que se proyecta en los derechos es distinta, por ejemplo, en el derecho a la vida, el derecho de fundación o el derecho de acceso a los archivos públicos⁴⁹⁴.

La vinculación a los Poderes Públicos, de entrada, solo es atribuida en el artículo 53 a los derechos contenidos en el Capítulo II del Título I. Se trata, según DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, de una *característica crucial* que, al margen de las otras garantías específicas que existen en relación con los derechos de la Sección 1.^a del Capítulo II, permiten dotar de carácter unitario a todo el Capítulo⁴⁹⁵.

Por tanto, la distinción entre los derechos constitucionales y los derechos fundamentales podemos situarla, además de en la ubicación geográfica, en el sistema de garantías, según lo expuesto anteriormente. Algo, por lo demás, coherente como se ha visto, con la jurisprudencia más constante del Tribunal Constitucional.

Desde la perspectiva de la ubicación, hemos de concluir que los derechos contenidos en la Sección 2.^a del Capítulo Segundo del Título I son *derechos constitucionales*, obviamente. Y además, «*derechos de los ciudadanos*», denominación utilizada en la rúbrica de la Sección pero que ha tenido escasa fortuna doctrinal y jurisprudencial.

Los preceptos –salvo los relativos a deberes– contenidos en esta Sección, en su gran mayoría contemplan enunciados específicos de derechos subjetivos. En consecuencia, no cabe cuestionar su carácter desde esta óptica. Constituyen derechos subjetivos de las personas frente a terceros, es decir, reconocen una protección a las posiciones jurídicas de sus titulares. El enunciado del artículo 34 es manifiestamente claro en cuanto a su carácter de norma reconocedora de un derecho, en concreto, del derecho a crear una fundación.

Como se ha visto, íntimamente unida a la posición en el texto constitucional se encuentra el sistema de garantías. Sin necesidad de repetir lo expuesto con anterioridad, el sistema de garantías que en la Constitución se atribuye al derecho de fundación se articula en torno a las siguientes garantías:

⁴⁹⁴ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de Derechos...*, op. cit., págs. 56-57.

⁴⁹⁵ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de Derechos...*, op. cit., pág. 65.

- aplicabilidad inmediata, es decir, tutela judicial directa, sin necesidad de interposición del legislador;
- vinculación a los Poderes Públicos;
- garantía de contenido esencial;
- reserva de ley ordinaria para la regulación de su ejercicio;
- prohibición de su regulación por Decreto-Ley, aunque sí por medio de legislación delegada; y
- autorización previa de las Cortes Generales de la prestación del consentimiento para firmar tratados o convenios internacionales que afecten al derecho de fundación.

Es un sistema complejo de garantías, cuyas principales diferencias con el previsto para los derechos fundamentales en sentido estricto son la reserva de ley orgánica, el recurso de amparo ordinario y constitucional, la prohibición del recurso a la legislación delegada y el refuerzo ante una reforma constitucional. *A priori*, parece un sistema de protección del derecho de fundación no solo ajustado sino incluso exagerado si se compara con los países de nuestro entorno, donde este derecho se encuentra recogido en normas de rango legal tales como los Códigos Civiles o leyes específicas y, por tanto, carente de un régimen de protección especial.

Respecto al resto de derechos constitucionales no incluidos en el Capítulo Segundo del Título I, obviamente también el derecho de fundación, tiene un régimen de protección exorbitante, pues estos derechos solo gozan de la garantía de la normatividad de la propia Constitución, y su concreción y régimen jurídico se remite a las leyes de desarrollo y, en su caso, a la garantía institucional que pueda existir⁴⁹⁶.

El contenido de los derechos también nos puede servir de guía respecto de otros derechos subjetivos contenidos en la Constitución. En cuanto a los derechos subjetivos efectivamente reconocidos, la estructura de los derechos constitucionales es sustancialmente idéntica a la de los derechos fundamentales y tanto unos

⁴⁹⁶ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de Derechos...*, op. cit., págs. 56-57.

como otros parten del mismo supuesto de hecho: la pertenencia del titular a la comunidad política y jurídica en su sentido más amplio. Por tanto, el hecho diferencial habrá que buscarlo en el contenido de estos derechos. BASTIDA FREIJEDO distingue los derechos fundamentales de otros derechos reconocidos en la Constitución en base a la disponibilidad que se atribuya al legislador respecto del derecho en cuestión⁴⁹⁷. A mayor disponibilidad, menor intensidad de iusfundamentalidad.

Sin duda, la menor intensidad de la acción legislativa se encuentra en los derechos reconocidos en la Sección 1.^a; por el contrario, el mayor margen para el legislador se sitúa en los derechos consagrados extramuros del Capítulo II del Título I y que constituyen normas atributivas de derechos vinculados a ciertas posiciones jurídicas de los titulares (funcionarios, interesados, electores...). Nuevamente, el sistema de garantías y la ubicación de la norma dentro de la Ley Fundamental determinan la condición del derecho reconocido.

La posición del derecho de fundación, pues, en la Sección 2.^a y un determinado nivel de protección hace que sea éste un derecho *cuasifundamental* –le faltan elementos de protección y la necesaria conexión con la dignidad humana–; pero al mismo tiempo, se sitúa en una posición constitucional lejana a la que tienen otros derechos constitucionales reconocidos fuera del Capítulo Segundo del Título I y, por supuesto, de los Principios Rectores de la Política Económica y Social.

El derecho de fundación, así, se configura como un derecho subjetivo constitucional en sentido estricto.

2. EL CARÁCTER SUBJETIVO DEL DERECHO DE FUNDACIÓN

Una vez enmarcado sistemáticamente el derecho de fundación dentro de las categorías dogmáticas de los derechos de nuestra Constitución, procede analizar con detalle los rasgos que caracterizan al derecho objeto de este estudio.

⁴⁹⁷ Vid. BASTIDA FREIJEDO, F.J., «¿Son los derechos sociales...», *op. cit.*, págs. 1.097-1.098.

Para ello, lo primero que corresponde es analizar el enunciado jurídico contenido en la Constitución. El artículo 34 se divide en dos apartados:

«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.»

El primer apartado contiene el reconocimiento del derecho de fundación en sentido estricto, mientras que el segundo, mediante una remisión al artículo 22 (derecho de asociación) completa los límites constitucionales al citado derecho, más allá de la ley y el interés general.

Centrémonos pues en el primer apartado, pues el segundo apartado se analizará específicamente en el Capítulo XI.

La estructura sintáctica es similar a otros derechos constitucionales, singularmente, el reconocimiento del derecho a la propiedad contenido en el artículo 33.1 CE, o la libertad de empresa del artículo 38.1 CE. Pero también es una redacción idéntica a la de otros derechos, en este caso fundamentales tales como el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18), los derechos relativos a la libertad de expresión (art. 20), el derecho de reunión pacífica (art. 21), el de asociación (art. 22), la autonomía universitaria (art. 27.10) y el derecho a la huelga (art. 28.2). En todos estos casos la estructura sintáctica es la misma: *«se reconoce el derecho a»* algo. El Tribunal Constitucional ha considerado que esta construcción sintáctica *«es más propi[a] de la proclamación de un derecho que del establecimiento de una garantía»*⁴⁹⁸. Esta afirmación del Tribunal es de suma importancia, especialmente en el caso del derecho de fundación, pues una parte de la doctrina nada despreciable, como se ha visto, lo limita a una garantía institucional.

⁴⁹⁸ STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4.a).

En otros preceptos constitucionales, por ejemplo en el artículo 128.2, también se repite esta construcción si bien el reconocimiento en este caso es de la iniciativa pública en la actividad económica. Circunstancia esta que, *a priori*, ubica este último precepto netamente en el grupo de garantías institucionales⁴⁹⁹.

El derecho de fundación es un *derecho subjetivo* en la acepción más común del término, esto es, un conjunto de facultades o pretensiones (*agere licere*) que las personas pueden hacer valer en situaciones concretas⁵⁰⁰. Se trata, por lo tanto, de una prerrogativa establecida de conformidad con el ordenamiento jurídico y que da lugar a la existencia de ciertas situaciones especiales y concretas en provecho del titular del derecho⁵⁰¹. En la medida en que estas prerrogativas se construyen frente al Estado, la doctrina acuñó el concepto de *derecho público subjetivo*⁵⁰². MERINO MERCHÁN y PALMA FERNÁNDEZ utilizan esta categoría en su caracterización del derecho de fundación puesto que supone «*un límite a la actuación que tradicionalmente tenían los poderes públicos en nuestro país*»⁵⁰³.

Es clásica la teorización de Robert ALEXY en relación con los derechos fundamentales⁵⁰⁴. Este autor aborda los derechos subjetivos desde una triple división que, al aplicarla al derecho de fundación, nos puede servir de cierta base para definir sus contornos constitucionales. Las tres categorías del profesor alemán son los derechos a algo, las libertades y las competencias. Todas ellas son compatibles con la categoría de los derechos fundamentales, es más, según este autor, los derechos fundamentales, en tanto que derechos subjetivos, se pueden agrupar en estos tres compartimentos analíticos conjunta o separadamente.

⁴⁹⁹ Lo que realmente se hace es habilitar a los Poderes Públicos para que ejerciten, en función de sus prioridades, una determinada política económica. En cierta medida, cuando la Constitución reconoce un derecho, como el derecho de fundación, también está habilitando a los titulares del derecho para que, si lo consideran oportuno, lo ejerciten o no. Desde una perspectiva negativa, tanto en los artículos citados del Título I como en el artículo 128, la Constitución limita el acceso del legislador a la posición de un sujeto jurídico, ya sean los Poderes Públicos ya sean los ciudadanos.

⁵⁰⁰ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales* (2ª ed.). Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2005, pág. 61.

⁵⁰¹ PÉREZ LUÑO, E.A., *Derechos Humanos, Estado...*, op. cit., pág. 32.

⁵⁰² La clásica categorización de los derechos en *status elaborada* por Georg JELLINEK se incrementó con los *status positivus socialis* y el *status activus processualis*. Vid. PÉREZ LUÑO, E.A., *Derechos Humanos, Estado...*, op. cit., pág. 33.

⁵⁰³ MERINO MERCHÁN, J.F. y PALMA FERNÁNDEZ, J.L., «Artículo 34. Derecho de Fundación,...», op. cit., págs. 558-559.

⁵⁰⁴ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos...*, op. cit., págs. 188 y ss.

2.1. DERECHO A ALGO

Los derechos a algo parten del enunciado simple según el cual alguien tiene frente a un tercero un derecho a hacer algo. En el caso que nos ocupa, la formulación del derecho sería aquella según la cual el titular del derecho de fundación tiene, frente al Estado y frente a terceros, derecho a crear una fundación.

Este derecho se puede manifestar desde la óptica del objeto de al menos dos maneras distintas:

- derechos a acciones negativas (derechos de defensa), es decir, derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas acciones del titular del derecho tendentes a ejercerlo; derecho a que el Estado no afecte determinadas situaciones jurídicas del titular y, por último, derecho a que el Estado no elimine ciertas posiciones jurídicas del titular.

En este supuesto, el derecho de fundación podría encontrar fácil acomodo en esta categoría, en la medida en que se puede considerar que su contenido gira en torno al derecho del titular a no ver entorpecido su derecho a crear fundaciones mediante medidas obstaculizadoras del Protectorado, por ejemplo; o con la expropiación de los bienes; o a través de la imposición de tributos desmesurados sobre las donaciones; o derecho a que el Estado no prohíba absolutamente las vinculaciones.

- derechos a acciones positivas: se trata de derechos en los que el titular, para su ejercicio, requiere de la intervención del Estado, bien indirectamente (con una *acción positiva fáctica*, según ALEXY, lo que serían los derechos a prestaciones), bien directamente a través de la acción normativa que protege el ejercicio del derecho.

Desde la óptica de las relaciones entre los operadores jurídicos incluidos en la relación del derecho, a saber, el titular y el destinatario, se introducen nuevos elementos en la relación jurídica tales como la obligación o el no-deber⁵⁰⁵. Así frente al

⁵⁰⁵ ALEXY reproduce la teoría de HOHFELD (ALEXY, R., *Teoría de los Derechos...*, op. cit., pág. 204 y ss.)

destinatario del derecho, el titular tiene el derecho a que el destinatario lo haga realidad o a que no lo haga, según el tipo de derecho⁵⁰⁶. Desde la óptica del destinatario aparece el mismo dúo: el destinatario (p.e. el Estado) está obligado a hacer realidad el derecho del titular o no está obligado en absoluto. Son las categorías de derecho, no derecho, deber y privilegio, definidas por HOHFELD⁵⁰⁷. Categorías que, por otra parte, tienen una íntima correlación entre sí.

En el caso del derecho de fundación que nos ocupa, es difícil aplicar este esquema sucintamente descrito. El derecho reconocido al ciudadano es un derecho *stricto sensu* y en principio no lleva aparejado un deber positivo de los terceros, sino más bien un deber de abstención para permitir el ejercicio del derecho. La atribución de la personalidad jurídica o la labor de protectorado no puede considerarse como una actividad prestacional ni siquiera como algo esencial del ejercicio del derecho, al menos a este nivel totalmente teórico de análisis.

Situar el derecho de fundación en esta categoría de ALEXY, la del derecho a algo, al menos en su vertiente positiva, es problemático. Lo es más si como propone el propio autor se adopta la denominación que usa una parte de la doctrina, «pretensiones»⁵⁰⁸. El derecho a crear fundaciones implica la existencia básicamente de una obligación de omisión por parte de los terceros: la de no impedir la libre voluntad creadora del titular del derecho. Es una situación extremadamente similar al derecho de asociación y, por el contrario, diametralmente opuesta a otros derechos a algo arquetípicos, como el derecho a la educación o a la tutela judicial efectiva.

2.2. LIBERTAD

La siguiente categoría que puede, según ALEXY, describir los derechos fundamentales es la de libertad. Libertad entendida como una alternativa de acción, es

⁵⁰⁶ ALEXY pone el ejemplo del derecho de asilo: *a* tiene frente a *e* un derecho a que *e* le otorgue el asilo, o en el caso de *no-derecho*, *a* no tiene ningún derecho frente a *e* para que *e* le otorgue asilo, lo que supone para *e* el permiso de otorgarlo o no (Vid. ALEXY, R., *Teoría de los Derechos...*, op. cit., pág. 204).

⁵⁰⁷ *Ibid.* 204.

⁵⁰⁸ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos...*, op. cit., pág.186, nota 48.

decir, el Ordenamiento legitima al titular de una libertad para desarrollar una determinada acción o no. Se trata, por tanto, de una libertad negativa ya que la libertad del ciudadano requiere solamente una omisión del Estado. Siguiendo este argumento el autor desemboca en la noción de *libertad jurídica*, es decir, la libertad como conjunción de un permiso jurídico para hacer algo y un permiso jurídico de omitirlo (*libertad jurídica no protegida*), que en algunos casos goza de un cierto grado de aseguramiento normativo (*libertad jurídica protegida*).

La aplicación al derecho de fundación de esta categoría es ciertamente posible, y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 120/2011, de 6 de julio, sobre el derecho de fundación al afirmar:

«...la proclamación del derecho de fundación para fines de interés general (art. 34.1 CE) implica el reconocimiento de un derecho de libertad cuyo ejercicio permite a los particulares participar en la realización de actividades de interés general a través de la creación de una organización permanente dotada de personalidad jurídica propia y diferenciada del instituyente.»⁵⁰⁹

En virtud de esta categoría, el titular del derecho tiene la alternativa real de constituir una fundación o no hacerlo, si bien es cierto que el ordenamiento y condicionamientos legales pueden limitar esta libertad hasta hacerla inviable, algo que obviamente vulneraría la Constitución. Ocurre sin embargo, que la libertad de crear una fundación no se encuentra vinculada a la fundación propiamente dicha o a la condición de ciudadano del titular del derecho, sino que como se ha visto el presupuesto esencial de la titularidad del derecho es, precisamente, la titularidad de otro derecho, el de disposición de bienes. En consecuencia, desde esta óptica parece que lo razonable no es encuadrar el derecho de fundación en el ámbito de las libertades de las personas o de los ciudadanos sino, como indica el Tribunal Constitucional en la Sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, en el ámbito del derecho de propiedad privada. El argumento puede llevarse más allá y afinar aún más el contenido del derecho constitucionalizado.

⁵⁰⁹ STC 120/2011, FJ 5º, *in fine*.

Los derechos subjetivos asentados en relaciones jurídicas de libertad no exigen una acción expresa del Estado, sino su simple permiso o la anuencia en su ejercicio. En sentido negativo se podría decir que la libertad es anterior a la acción garantizadora del Estado y, por tanto, se cumple la máxima liberal «todo lo que no está prohibido está permitido». Las *libertades jurídicas protegidas* no alteran este régimen ya que se limitan a crear una situación jurídica de protección de los titulares de las libertades de manera que no se vean perturbados en su ejercicio (por ejemplo, sancionando penalmente las conductas que imposibiliten el ejercicio de la libertad religiosa o el derecho de reunión). El derecho de fundación, por lo tanto, solo puede considerarse como un derecho subjetivo basado en una relación jurídica de libertad si se observa desde el contenido del derecho de propiedad, no como un derecho autónomo, pues es imposible que una omisión del Ordenamiento permita la constitución de fundaciones con lo que ello conlleva de creación *ex novo* de una persona jurídica.

Una variación en este argumento se puede plantear a partir de la vinculación del derecho de fundación no al derecho de propiedad, sino siguiendo el razonamiento del Tribunal Constitucional en su Sentencia 120/2011, al principio de participación general consagrado en el artículo 9.2 de la Constitución. Entonces, el derecho de fundación gana en autonomía respecto a otros derechos, singularmente el derecho de propiedad, y adquiere un perfil neto de libertad frente a la acción de los Poderes Públicos o de terceros. La pérdida de su carácter instrumental (que lo caracteriza como una de las vías para expresar la función social de la propiedad) va unida indisolublemente al fortalecimiento del elemento organizativo de la fundación en detrimento del patrimonial o dotacional. En la medida en que se acentúe la importancia de la organización y los fines en el ejercicio del derecho de fundación, se incrementa la intensidad del derecho como libertad y, en consecuencia, disminuye el margen del legislador y de la Administración en su desarrollo.

En otras palabras, al vincular el derecho de fundación a la participación en la vida política, económica, cultural y social, también se amplía el ámbito de los titulares del derecho debilitando la exigencia de disponibilidad sobre bienes y se refuerza su configuración como derecho de libertad.

2.3. COMPETENCIA

ALEXY añade un tercer grupo dentro de los derechos, las competencias. Las competencias según este autor son aquellas posiciones jurídicas que permiten que una determinada acción realizada por el titular de la competencia tenga un efecto jurídico específico, para lo que necesita expresamente el reconocimiento del derecho positivo que tendrá carácter constitutivo del resultado. Las competencias, además, según este autor, no requieren acciones de terceros sujetos jurídicos para modificar la posición jurídica de otros sujetos jurídicos. La descripción se ajusta como un guante al derecho de fundación reconocido en la Constitución: un sujeto *A*, el titular del derecho (competencia) puede modificar el régimen jurídico de otro *B* (la fundación que adquiere régimen jurídico) y ello sin la participación de terceros pero con la necesaria cobertura del Ordenamiento (que otorga la personalidad jurídica). Precisamente, el mecanismo de la garantía institucional que luego se analizará se dirige a la preservación de las competencias⁵¹⁰.

2.4. EL DERECHO DE FUNDACIÓN COMO LIBERTAD, COMO COMPETENCIA Y COMO DERECHO A ALGO

Llegados a este punto el profesor alemán entiende que es viable una aprehensión del derecho fundamental «como un todo», de suerte que se da un «“ensamblamiento” de un haz de posiciones en un derecho fundamental [que] corresponde entonces a la adscripción de un haz de normas a una disposición de derecho fundamental». Es decir, que en la norma jurídica que define el régimen jurídico del derecho pueden coexistir todas o algunas de las posiciones en las que se articulan los derechos subjetivos y que hemos descrito en los párrafos precedentes.

⁵¹⁰ ALEXY, R., Teoría de los Derechos..., op. cit., pág. 237.

Así, el derecho de fundación se puede articular como la competencia que habilita al titular a crear una persona jurídica *ex novo* en el marco de un determinado procedimiento legal, y es este a nuestro entender la principal posición jurídica del artículo 34.1 CE. Pero esta competencia hay que enmarcarla en el ámbito de una libertad que permite al titular del derecho tanto la realización de una actividad como su omisión. Esta libertad puede vincularse al derecho de propiedad, de manera que aparecerá como una competencia instrumental respecto de éste; o al derecho de participación, en cuyo caso gozará de mayor autonomía como derecho subjetivo.

Más difícil es ensamblar en el derecho de fundación la perspectiva del derecho a algo, tanto en su vertiente negativa (deber de omisión por terceros) como en su vertiente positiva (deber de hacer algo). La acción de los Poderes Públicos y de los terceros respecto del derecho de fundación se produce con posterioridad al ejercicio del derecho de fundación por su titular primario y, en consecuencia, no es posible definir claramente este derecho como un derecho a que un tercero reconozca la fundación o no ponga obstáculos a su creación.

2.5. LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE FUNDACIÓN

Ocurre, no obstante, que los derechos reconocidos por la Constitución se integran en el Ordenamiento Jurídico con eficacia plena. De esta condición se sigue que entre estos derechos y el resto de normas constitucionales e infraconstitucionales se establecen una serie de relaciones que permiten de una parte evitar antinomias normativas y, de otra, suplir las posibles lagunas jurídicas.

Uno de los mecanismos que facilitan la interrelación entre distintas normas jurídicas reconocedoras de derechos subjetivos consiste en establecer normas restrictivas del alcance de los derechos. Estas restricciones pueden ser de distinto tipo y alcance. ALEXY expone dos teorías sobre las relaciones entre las restricciones y los derechos⁵¹¹. La teoría externa supone la existencia de dos elementos distintos: el

⁵¹¹ ALEXY, R., Teoría de los Derechos..., op. cit., pág. 268.

derecho y las restricciones; las restricciones operan desde fuera de la propia afirmación jurídica del derecho y responden exclusivamente a la necesidad de compatibilizar el ejercicio de un determinado derecho con el ejercicio de otros derechos o con el ejercicio por otros de sus derechos. La teoría interna, por el contrario, no distingue la existencia de dos tipos de normas –las que reconocen el derecho y las que establecen las restricciones– sino que incluyen las restricciones en el propio concepto del derecho, de suerte que únicamente existe un derecho con un determinado contenido –definido positiva y negativamente–, en el que las restricciones serían propiamente los límites o contornos del derecho, en este supuesto, las restricciones serían en todo caso inmanentes.

En nuestra opinión al derecho de fundación consagrado en el artículo 34 CE sería más aplicable la teoría externa que la interna, más propia de las libertades jurídicas que de los derechos a algo en los términos expuestos anteriormente. Y ello es así porque como hemos dicho, el derecho de fundación se configura como una libertad y como una competencia simultáneamente. Consecuentemente es más coherente establecer que la norma constitucional dispone de dos enunciados distintos: la afirmación de la competencia y la afirmación de las restricciones a la competencia; más que lo contrario.

Veámoslo con más detalle.

El reiterado artículo 34 CE 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.»

De entrada, el párrafo primero establece dos restricciones notables, que el derecho de fundación se reconoce *para fines de interés general* y que se reconoce *con arreglo a la ley*. Se trata de dos restricciones de distinta naturaleza. La primera es directamente constitucional, la segunda es una restricción constitucional indirecta.

2.5.1. Los fines de interés general

La diferencia entre una y otra, nuevamente tomada de ALEXY es importante⁵¹². Además, según este autor las restricciones directamente constitucionales expresas, como es el caso, pueden ser restricciones o cláusulas restrictivas. Las primeras actúan sobre el derecho, las segundas sobre la norma que reconoce el derecho. En otras palabras, las primeras delimitan las condiciones para que se reconozca el derecho; las segundas las condiciones en las que se excluye la protección jurídica. En nuestra opinión la referencia del artículo 34 a los fines de interés general se formaliza como una restricción pura, es decir, sin que se persigan estos fines no puede reconocerse el derecho de fundación. Por el contrario, si la visión se realiza desde la perspectiva de que el artículo 34 reconoce una libertad la opción correcta sería la de una cláusula restrictiva. Es decir, los fines para interés general solo delimitarían aquellas fundaciones susceptibles de ser sometidas al régimen jurídico que establece el artículo 34 CE, *a sensu contrario*, podrían existir otras fundaciones sometidas a otros regímenes jurídicos. Esta es la tesis que, en cierta manera mantiene GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, para quien el carácter benéfico o altruista de las entidades es lo que les permite someterse a la protección que ofrece el artículo 34 de la Constitución, aunque no excluye que en el futuro el Ordenamiento pudiese prever otro tipo de fundaciones⁵¹³. También esta parece ser la tesis que sostiene el Tribunal Constitucional en su reiteradamente citada Sentencia 120/2011, de 6 de julio, cuando afirma que

«De la proclamación constitucional de este derecho fundamental no se deriva, en consecuencia, el reconocimiento de la capacidad para constituir fundaciones por parte de las personas jurídico-públicas [...]. El reconocimiento a las Administraciones públicas de la capacidad para constituir fundaciones no deriva, por tanto, del art. 34.1 CE sino de una decisión adoptada por el legislador con la finalidad de satisfacer el mandato que le impone el art. 103.1 CE [...]. Sin perjuicio de que el legislador deba, por ello, respetar esa imagen [la de las fundaciones

⁵¹² ALEXY, R., Teoría de los Derechos..., op. cit., pág. 276.

⁵¹³ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Algunas acotaciones ...», op. cit., pág. 121.

privadas], *el carácter instrumental de las fundaciones respecto de las Administraciones públicas que las han creado...*»⁵¹⁴.

Esta restricción en relación a los fines de interés general lleva implícita otra restricción de carácter subjetivo: la exclusión de la titularidad del derecho de fundación de las Administraciones Públicas, como hemos visto.

En la medida en que las fundaciones se reconocen para la consecución de fines de interés general es evidente que este reconocimiento solo puede surtir efectos entre aquellos sujetos jurídicos cuya finalidad no es la de la persecución de fines de interés general, y este no es el caso de las Administraciones Públicas. Como se ha reiterado el Tribunal Constitucional en la STC 120/2011, de 6 de julio, y es constante su Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, las fundaciones son un instrumento de participación ciudadana en el ejercicio de funciones de interés general. Por lo tanto, la expresión «*fines de interés general*» actúa pues en un doble sentido: por una parte excluye las fundaciones de interés particular y, por otra, justifica su existencia en la medida en que suponen la implicación de actores privados en la consecución del bienestar colectivo.

2.5.2. La remisión al legislador

Junto con la restricción de carácter teleológico, aparece una segunda restricción, la que remite el régimen jurídico de las fundaciones a la ley. Nuevamente estamos ante una restricción de carácter constitucional expresa, pero en este caso indirecta. Es decir, la Constitución no establece en este punto el contenido exacto de la restricción, sino que remite al legislador infraconstitucional ordinario la determinación del alcance restrictivo. Es esta habilitación al legislador una de las principales causas que permiten encasillar al derecho de fundación entre las competencias, en la terminología de ALEXY, tal y como hemos apuntado.

⁵¹⁴ STC 120/2011, FFJJ 5º, 6º y 7º.

Este tipo de restricciones son lo que la doctrina considera «cláusulas de reserva» y como apunta el profesor alemán, su principal problema es la delimitación. De hecho, sus límites no son solo formales o procedimentales, en este caso, una norma con rango de ley ordinaria, sino que también incluyen aspectos materiales que alcanzan más allá de los aspectos específicos mencionados en el propio precepto constitucional (los fines de interés general). Se habla pues no solo «*de la valla del contenido esencial, sino también por el principio de proporcionalidad y, con ello por el mantenimiento de la ponderación*»⁵¹⁵. No es algo ajeno a nuestro ordenamiento, en el artículo 53.1 CE se asume precisamente el límite del contenido esencial como límite a los límites.

Los otros aspectos referenciados no son ni más ni menos que una plasmación de principios generales del constitucionalismo moderno como el sometimiento del legislador al Derecho o la interdicción de la arbitrariedad. De esta manera, el legislador no puede legislar hasta desnaturalizar el derecho consagrado constitucionalmente, pero tampoco puede, por idénticas razones, legislar de manera tan débil que se limite a reiterar los límites constitucionalmente expresos. La razón de la atribución de esta competencia al legislador reside, sobre todo, en que existe un campo de acción para la interpretación⁵¹⁶, interpretación que será necesariamente vinculante para los operadores jurídicos.

En todo caso, la acción del legislador deberá estar guiada por el principio de proporcionalidad en la modulación de un derecho constitucional, de modo que cualquier limitación más allá de las previstas expresamente en la Constitución deberá estar debidamente justificada en función de la finalidad perseguida.

⁵¹⁵ ALEXY, R., Teoría de los Derechos..., op. cit., pág. 283.

⁵¹⁶ ALEXY, R., Teoría de los Derechos..., op. cit., pág. 284.

2.5.2. Las restricciones de los apartados segundo y cuarto del artículo

34

El apartado segundo del artículo 34 establece dos restricciones adicionales al derecho de fundación. Se trata de restricciones constitucionales indirectas ya que remiten su concreción al legislador infraconstitucional o al Poder Judicial. Ya se ha explicado anteriormente que esta redacción responde al particular *iter* que atravesó el precepto en su elaboración. Pues bien, en los apartados 2 y 4 del artículo 22 CE (en este caso la regulación de un derecho fundamental *stricto sensu*, el derecho de asociación) se dispone:

«2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.»

El primero de los párrafos constituye, en el caso del derecho de fundación, una restricción evidente: la concurrencia de estos supuestos excluye a tal ejercicio del derecho de la protección del Ordenamiento de manera expresa constitucionalmente. Lo que ocurre es que en el caso del derecho de fundación estamos ante una redundancia hasta cierto punto. El artículo 34, como hemos visto, ya establece una restricción que limita el derecho de fundación a la persecución de fines de interés general. Es indudable que hay una incompatibilidad conceptual entre fines de interés general y fines tipificados como delito –salvo tipificación sobreenvenida–, no así entre fines de interés general y medios tipificados como delito, aunque en este supuesto la relación si no es conceptualmente imposible sí que es poco viable⁵¹⁷. En todo caso, es una restricción constitucional indirecta, ya que la potestad tipificadora del delito está residenciada en el legislador orgánico.

⁵¹⁷ Evidentemente, esta incongruencia no se da en el caso del derecho de asociación, donde no se exige la búsqueda del interés general (art. 22.1 CE).

Respecto al párrafo cuarto el enfoque ha de ser necesariamente diverso. El constituyente ya no nos sitúa en el ámbito de las restricciones sino de las cláusulas restrictivas, puesto que no se incide en la definición del derecho sino en las garantías para su ejercicio. Es cierto que hay un apoderamiento constitucional en favor del legislador y, con mayor intensidad, de los jueces y tribunales. Pero también es cierto que la habilitación constitucional no supone una restricción al derecho de fundación en sentido estricto. Estamos ante una autorización al Poder Público para intervenir en la vida de una persona privada con una notable intensidad –hasta el punto de anularla–; ante una intromisión de los Poderes Públicos en la esfera de libertad de una fundación.

Desde esta perspectiva se da una afectación del derecho de fundación que es el derecho **a crear una determinada entidad** y que esta goce del margen suficiente para conseguir los fines. Es obvio que el derecho de fundación quedaría anulado si arbitrariamente la Administración o un tercero pudiese disolver la fundación.

Delimitada así la naturaleza del derecho de fundación e incorporados a su concepto las restricciones, queda un último paso que nos conducirá a la determinación desde una perspectiva analítica de su contenido esencial.

3. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE FUNDACIÓN

3.1. LA CLÁUSULA DE CONTENIDO ESENCIAL COMO GARANTÍA DEL DERECHO

Es precisamente la identificación de este contenido esencial nuestro objetivo en este momento del estudio. Como hemos expuesto, las restricciones a los derechos se integran en el mismo concepto del derecho, sin embargo, cuando estas restricciones tienen un carácter indirecto –aunque avaladas por la Constitución– nos encontramos con la posibilidad de que el legislador infraconstitucional invada ámbitos normativos que conlleven la desvirtuación del derecho constitucionalmente protegido. Para evitar esta situación aparecen las restricciones de las restricciones, los límites de los límites en terminología más usual en nuestro constitucionalismo. Es decir, el ordenamiento dispone ámbitos inmunes a la eventual acción limitadora del legislador.

En nuestro caso, la principal cortapisa a la acción restrictiva de los derechos fundamentales encomendada al legislador está residenciada en el artículo 53.1 CE. Es la conocida cláusula del «contenido esencial»⁵¹⁸. A esta cláusula se superpone la reserva de ley –ordinaria en el caso del derecho de fundación– para regular el ejercicio del derecho.

Es importante determinar cuál sea el contenido esencial del derecho de fundación por varios motivos:

- el primero es porque ello va a tener una destacada relevancia en relación con la distribución de las competencias en la materia;

⁵¹⁸ Una cláusula similar figura en el artículo 19.2 de la LFB: «En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.»

- el segundo motivo es que, como se observa en la realidad, existe una variopinta panoplia de entidades jurídicas cobijadas bajo el paraguas de las «fundaciones» (públicas, privadas, privadas con participación pública, sanitarias...) lo que genera dudas respecto del régimen jurídico aplicable;

- dada la evolución social y política de la figura, es conveniente fijar el contenido esencial de manera clara en evitación de confusiones y, sobre todo, para facilitar la adaptación de la figura a las necesidades sociales.

3.2. RESTRICCIONES AL DERECHO Y CONTENIDO ESENCIAL: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA TEORÍA DE ROBERT ALEXY

ALEXY apunta que la aproximación al contenido esencial de un derecho fundamental se puede realizar a partir de dos teorías distintas⁵¹⁹. Una de ellas es la teoría objetiva, según la cual, se proscribe cualquier restricción sobre una disposición iusfundamental que reduzca ésta hasta tal extremo que pierda toda importancia para los individuos o para la mayor parte de ellos o, en general, para la vida social. Frente a esta teoría, contrapone una posición subjetiva, fundamentada en la idea que los derechos fundamentales se asientan, esencialmente, sobre las posiciones individuales.

La teoría subjetiva, a su vez, admite un enfoque relativo y un enfoque absoluto. El enfoque relativo sitúa el contenido esencial del derecho en lo que queda después del juicio de ponderación que, en cada caso concreto se produzca; en cierta medida, la garantía se reduce al juicio de proporcionalidad. El enfoque absoluto, por su parte, permite afirmar que existe un núcleo del derecho que en ningún caso puede ser afectado⁵²⁰.

⁵¹⁹ ALEXY, R., Teoría de los Derechos..., op. cit., págs. 286 y ss.

⁵²⁰ ALEXY, R., Teoría de los Derechos..., op. cit., pág. 288.

El profesor alemán es de la opinión que ambas teorías son válidas y no necesariamente incompatibles. De hecho, él se posiciona a favor de la teoría subjetiva si bien no descarta que se pueda aplicar en combinación con la teoría objetiva.

Nuestro Tribunal Constitucional ha optado desde los inicios de su actividad por una posición claramente objetiva, siguiendo los pasos del Tribunal de Karlsruhe. En este sentido, la Jurisprudencia del Alto Tribunal considera que la cláusula del contenido esencial establece «*un núcleo absolutamente resistente a la acción del legislador, sea cual fuere la finalidad perseguida con la limitación del derecho, e independientemente de que la misma sea o no proporcionada*»⁵²¹.

El contenido esencial de un derecho está, como se ha visto y ha proclamado nuestro Alto Tribunal, íntimamente ligado a la noción jurídica de bien protegido o de ámbito protegido. Aquello que es inalcanzable para el legislador debe mantener un vínculo íntimo y férreo con los fines, principios y objetivos que sustentan la Constitución. Consecuentemente, una de las vías que tendremos que explorar necesariamente para alcanzar a determinar el contenido esencial de un derecho es el bloque que queda protegido por la norma constitucional, no en vano, todo derecho aspira a ser una regla de comportamiento⁵²². Y ello es importante porque no siempre aquel ámbito queda claro a la vista del enunciado de la norma.

Junto con el núcleo protegido aparece la noción de supuesto de hecho, que es una simple descripción del bien protegido⁵²³. Ambos conceptos responden según ALEXY «*a aquello que es concedido prima facie por las normas iusfundamentales, es decir, sin tener en cuenta las restricciones*»⁵²⁴, lo que sucede es que ambos conceptos actúan en planos distintos. Veámoslo.

El ejemplo que describe ALEXY es el siguiente: si una acción es una catequización de alguien que sustenta una fe religiosa, entonces, *prima facie*, su realización está iusfundamentalmente permitida. Obviamente partiendo de la premisa de que

⁵²¹ MEDINA GUERRERO, M., «Comentario al art. 53.1. La eficacia vinculante de los derechos frente a los poderes públicos; en especial, frente al legislador», en: CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución ...*, op. cit., pág. 1.168.

⁵²² HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003 (trad. Joaquín Brage Camazano), pág. 45.

⁵²³ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos...*, op. cit., pág. 294.

⁵²⁴ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos...*, op. cit., pág. 292

la norma iusfundamental permite la catequización de quien sustenta una fe religiosa distinta. En este ejemplo, el supuesto de hecho lo constituye la catequización en una fe religiosa extraña; el ámbito protegido, todas las formas de acción que constituyen una catequización en una fe extraña⁵²⁵.

Aplicado este modelo al derecho de fundación, cabría entender que la norma constitucional admite que si alguien decide crear una fundación para la consecución de un fin de interés general, *prima facie*, puede hacerlo. El supuesto de hecho sería en este caso la creación de fundaciones, mientras que el ámbito protegido serán las competencias de que dispone cada ciudadano para poder constituir una fundación. Si el derecho se aborda desde la perspectiva del derecho a una acción negativa, según ALEXY la formulación se puede articular en torno a los conceptos de *bien protegido e intervención*, siendo el primero el conjunto de acciones, propiedades o situaciones y posiciones de derecho ordinario que no deben ser impedidas, afectadas o eliminadas; las intervenciones son el concepto superior de los impedimentos, afectación y eliminación⁵²⁶. Concluye este autor que los derechos a acciones negativas son los derechos a que no se realicen intervenciones en determinados bienes protegidos. Ocurre, sin embargo que las formulaciones de los bienes protegidos no pueden ser absolutas en la medida en que se integran en un conjunto normativo coherente cual es el ordenamiento jurídico, por lo tanto, la existencia de intervenciones debe incorporarse al concepto del supuesto de hecho.

De esta manera el supuesto de hecho, que, recordemos es la simple descripción del bien protegido, al incorporar la noción de intervención obliga al intérprete a realizar una ponderación entre la profundidad de la intervención y la amplitud del bien protegido, de manera que este último permanezca aún con la existencia de la primera. ALEXY se posiciona ante esta ponderación por el sostenimiento de un concepto amplio del supuesto de hecho, de manera que entre dentro del ámbito protegido todo aquello en favor de cuya protección se ha establecido la iusfundamentalidad.

⁵²⁵ ALEXY, R., Teoría de los Derechos..., op. cit., pág. 293

⁵²⁶ ALEXY, R., Teoría de los Derechos..., op. cit., pág. 294

Se trata de afirmar *prima facie* un campo amplio de acción del titular del derecho y solo en la medida en que entre en colisión el ejercicio de este derecho con otros derechos y principios constitucionales deberá ser restringido. Esta posición sitúa el fiel de la balanza en manos, en última instancia del Tribunal Constitucional, ya que el posible abanico de conflictos entre derechos es mucho mayor que si se parte de una concepción *estrecha* del supuesto de hecho del derecho, es decir, claramente delimitada por las restricciones.

La posición de un concepto amplio del supuesto de hecho, en todo caso, parece que es el planteamiento mantenido por nuestro Tribunal Constitucional de manera reiterada al afirmar el principio *favor libertatis* en la interpretación del contenido de los derechos fundamentales⁵²⁷ y el consiguiente énfasis en la ponderación de derechos en conflicto.

Esta interpretación opera especialmente cuando la restricción sobre el ámbito de protección del derecho reconocido constitucionalmente surge de una norma infraconstitucional, si bien llamada a ello por parte de la propia Carta Magna. Volviendo a la tesis de ALEXY, no todas las normas que a simple vista introducen restricciones a los derechos son tales normas restrictivas⁵²⁸. Las normas a las que la Constitución remite el desarrollo de los derechos reconocidos pueden tener un perfil restrictivo o configurador, o ambos a la vez, si bien que prevaleciendo un carácter sobre el otro. La diferencia entre normas restrictivas y normas configuradoras radica en la necesidad de justificación o no. En el primer supuesto (restricciones) sí que será necesario elaborar el juicio de proporcionalidad, mientras que en el segundo caso no. Las normas configuradoras son aquellas que completan hasta la totalidad la normación de los derechos fundamentales o, bien, aquellas que determinan las competencias sobre un determinado derecho. Es, sin duda este último enfoque el que mejor se ajusta a los perfiles del derecho constitucional de fundación.

Señala ALEXY que las normas configuradoras pueden contener restricciones y es, en este punto, donde nuevamente nos encontramos en una posición conflictiva

⁵²⁷ PÉREZ LUÑO, E.A., *Derechos Humanos, Estado...*, op. cit., págs. 315 y ss. Entre otras, la STC 117/1987.

⁵²⁸ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos...*, op. cit., págs. 321 y ss.

ya que desde una perspectiva dialéctica hay que plantear la preceptividad de un juicio de proporcionalidad para dilucidar la eventual legitimidad o ilegitimidad de la norma. Según este autor, «*el criterio de la no obstaculización de la realización del principio iusfundamental implica que siempre que sea necesaria [...] o meramente posible [...] una ponderación orientada por el principio de proporcionalidad, no debe suponerse una configuración, sino una restricción*»⁵²⁹.

La referencia final del artículo 34.1 de la Constitución adquiere así toda su potencialidad analítica. La remisión al legislador ordinario le otorga una capacidad configuradora amplia del derecho de fundación, como se verá más adelante en el análisis del ejercicio del derecho a fundar. El legislador dispone de un amplísimo margen para determinar la posición jurídica del titular del derecho de fundación. Esta capacidad configuradora se ha ejercido desde la vocación intervencionista y limitadora que caracteriza la actuación de nuestro legislador en los últimos dos siglos en materia de fundaciones. Es decir, cabe un posible juicio de proporcionalidad y, por tanto, no estamos ante configuraciones llamadas a completar el derecho, sino ante auténticas restricciones del derecho.

No es este el lugar de entrar al detalle de hasta qué punto el legislador infraconstitucional ha sobrepasado su legitimación para configurar el derecho a fundar estableciendo rigideces que lo limitan hasta el punto de distorsionarlo. O ¿acaso no es una restricción legal del derecho de fundación establecer un régimen de comunicación previa para la disposición de bienes que no integran la dotación fundacional, como prevé la LFCV, máxime cuando otras normas como la LFC disponen de un régimen más laxo? En nuestra opinión, habida cuenta de la existencia de mecanismos de responsabilidad de los patronos es, en todo caso, una limitación injustificada del derecho a crear fundaciones la intervención del Protectorado en sus funciones de autorización previa de ciertas actuaciones.

3.3. CONTENIDO ESENCIAL Y LÍMITES: LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

⁵²⁹ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos...*, op. cit., pág. 328.

La relación que se establece entre los límites y el contenido esencial del derecho sin embargo, dista mucho de ser pacífica en la doctrina. En un ámbito de estudio distinto al de este trabajo, en la Teoría de los Derechos, son muchos los autores que especialmente a partir de la tradición jurídica germánica han abordado con detalle esta cuestión. ALEXY es uno de los más destacados, aunque no se puede dejar de mencionar a HÄBERLE⁵³⁰ y, en nuestra literatura a PÉREZ LUÑO⁵³¹, PRIETO⁵³² o MARTÍNEZ-PUJALTE⁵³³. Y en este punto la delimitación del contenido esencial es fundamental, ya que algunos autores como HÄBERLE, y ya se ha visto que ALEXY, entienden que ciertos límites son parte del contenido esencial y, en consecuencia, su origen se encuentra en el propio texto constitucional y no en la acción del legislador⁵³⁴.

El origen de estos límites, *inmanentes* en la terminología de HÄBERLE, puede ser diverso según las posiciones doctrinales que se mantengan. Éste mantiene que estos límites responden a una ponderación⁵³⁵ entre el sistema objetivo de valores de la Constitución y los bienes conformes a la esencia del derecho⁵³⁶. Y ello es coherente con la afirmación de que en todos los derechos confluyen los intereses colectivos (expresados en los bienes y valores protegidos por la Constitución) y los intereses individuales cuya satisfacción específica persigue cada derecho. La proyección del Estado Social y Democrático de Derecho adquiere así una relevancia destacada en la configuración del contenido esencial de los derechos, lo que contrasta con posiciones liberales radicales que desconocen el interés colectivo en el contenido de los derechos fundamentales y sitúan como base del ordenamiento de los derechos una libertad general de actuación o libertad general de autodeterminación⁵³⁷.

⁵³⁰ HÄBERLE, P., La garantía del contenido..., *op. cit.*, págs. 51 y ss.

⁵³¹ PÉREZ LUÑO, E.A., Derechos Humanos, Estado ..., *op. cit.*

⁵³² PRIETO SANCHIS, L., « La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», en *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. V (8), enero-junio 2000 pág.429-468.

⁵³³ MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.L., *La garantía del contenido...*, *op. cit.*, págs. 24 y ss.

⁵³⁴ ALEXY, R., Teoría de los Derechos..., *op. cit.*, pág. 51 y ss.

⁵³⁵ MARTÍNEZ-PUJALTE critica esta ponderación porque parte de la existencia de una categorización de bienes y principios constitucionales que no se da en la Carta Magna y, además, y especialmente, porque «los derechos fundamentales no admiten ser ponderados» ya que tienen una posición central en el sistema constitucional. (*Vid.* MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.L., *La garantía del contenido...*, *op. cit.*, pág. 67).

⁵³⁶ HÄBERLE, P., La garantía del contenido..., *op. cit.*, pág. 52.

⁵³⁷ MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.L., *La garantía del contenido...*, *op. cit.*, pág. 62.

3.3.1. El tipo abstracto del derecho de fundación

La doctrina del Tribunal Constitucional español sobre el contenido esencial de los derechos, como se ha dicho, encuentra su primer y principal anclaje en la STC 11/1981, de 8 de abril. MARTÍNEZ-PUJALTE entiende que la aproximación que realiza el Alto Tribunal a este concepto no es homogénea en su Jurisprudencia. En la citada Sentencia, el Tribunal se posiciona a favor de un contenido esencial de carácter absoluto, es decir, intangible, lo que implica la existencia de un contenido de naturaleza accesoria que puede ser objeto de limitación por el legislador⁵³⁸, siempre de manera justificada⁵³⁹. Sin embargo, en posteriores Sentencias el Alto Tribunal adopta la postura de definir el contenido esencial desde una óptica relativa⁵⁴⁰, es decir, el contenido esencial se determina a la luz de un juicio de proporcionalidad entre las medidas adoptadas y los fines perseguidos. No obstante, hay que decir que se trata de una posición ocasional como prueba que incluso en estos pronunciamientos, el Alto Tribunal se remite a la ya citada STC 11/1981, de 8 de abril.

De esta Sentencia son conocidas las dos vías de aproximación al contenido esencial de un derecho, tanto si éste es constitucional como si no lo es.

El primer camino es

«...acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento

⁵³⁸ También defiende la existencia de este contenido accesorio o susceptible de configuración por el legislador (Vid. PAREJO ALFONSO, L., «El contenido esencial de los derechos...», *op. cit.*, pág. 187).

⁵³⁹ MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.L., *La garantía del contenido...*, *op. cit.*, págs. 24-25.

⁵⁴⁰ Cita, entre otras, la STC 215/1994, de 14 de julio.

legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta.»

La Constitución Española innovó al introducir el derecho de fundación en su articulado, pero no así al crear dicho derecho. En nuestra historia jurídica, como hemos visto, la creación de fundaciones ha sido uno de los aspectos que mayor interés han despertado entre los *iusprivatistas* desde el mismo momento de la desamortización. Precisamente si algo llama la atención es que tras la constitucionalización del derecho de fundación no haya sido hasta fechas relativamente recientes y espoleados por la actividad fundacional de la Administración Pública cuando las fundaciones han despertado cierto interés entre los estudiosos del Derecho Público.

Consecuentemente, cuando en 1978 se constitucionalizó el derecho de fundación tanto el constituyente como los operadores jurídicos fueron plenamente conscientes del tipo abstracto del derecho y, por ello, como se ha expuesto, se introdujo el inciso «*para fines de interés general*»⁵⁴¹. *Item* más, frente a otros derechos consagrados en la Constitución que carecían de soporte legislativo alguno (derecho a la objeción de conciencia al Servicio Militar, por ejemplo) o que estaban llamados a convivir con normaciones preconstitucionales de carácter provisional (derecho de asociación, derecho de huelga o derecho de participación política), el derecho de fundación se encontraba razonablemente regulado y aunque su regulación pecase de obsoleta en ciertos aspectos y dispersa, estaba perfectamente asumida por los operadores jurídicos⁵⁴².

Sobre cuál era este tipo abstracto ya nos hemos pronunciado expresamente más arriba y no merece la pena incidir sobre ello.

⁵⁴¹ GARCÍA-ANDRADE mantiene una tesis original respecto a la constitucionalización de las fundaciones. En su opinión, lo que realmente se constitucionalizó no fue tanto un tipo determinado de institución, el concepto formal de fundación, sino la fundación en sentido material, que él identifica con la beneficencia. (Vid. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Algunas acotaciones...», *op. cit.*, pág. 120).

⁵⁴² Son estos los elementos extrasistémicos a los que alude el Tribunal Constitucional en la Sentencia 11/1981, de 8 de abril y que identifica MARTÍNEZ-PUJALTE (Vid. MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.L., *La garantía del contenido...*, *op. cit.*, pág. 69).

3.3.2. Las facultades o posibilidades de actuación necesarias

Pero el Tribunal Constitucional añade a esta identificación entre el tipo abstracto y el contenido esencial un matiz significativo, que pretende evitar la petrificación del ordenamiento y que, en cierta medida, abre la puerta a una interpretación en la línea de la teoría relativa del contenido esencial de los derechos:

«Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales».

El tipo abstracto, en consecuencia no se refiere por tanto de manera exclusiva al momento legislativo –constituyente, en este caso– sino que debe ser objeto de una adaptación al *momento histórico* en el que se realiza el derecho. HÄBERLE, que mantiene una cierta posición relativista, nos permite entender mejor esta afirmación del Alto Tribunal al propugnar una necesaria actualización de los derechos en el momento de su ejercicio para que no pierdan su vigencia⁵⁴³. En este punto, pues el Supremo Intérprete, remite el contenido esencial del derecho a dos realidades distintas aunque no incompatibles: el conjunto de facultades y competencias que definen el carácter del derecho y, la actualización que mediante el ejercicio de ese derecho se realiza constantemente del mismo sin que pierda su naturaleza.

⁵⁴³ Afirma este autor «La “fuerza normativa” de los derechos fundamentales se desarrolla en la aplicación concreta, en el ejercicio de hecho por sus numerosos titulares. Como todo derecho, también el derecho fundamental vive precisamente del uso y ejercicio que lo hacen efectivo y lo actualizan. Los derechos fundamentales pretenden tal actualización permanente. Son ejecutados esencialmente al estar los individuos de hecho en situación para ejercerlos. Por tanto, los derechos fundamentales no pueden perder su valor “práctico” a través de las regulaciones del legislador, éstas no pueden dejarlos sin relevancia en su “eficacia práctica”. El derecho fundamental debe “implícitamente” ser mantenido en buenas condiciones. Los derechos fundamentales no pueden escaparse del “resultado efectivo”. A los titulares de derechos fundamentales debe quedarles una “oportunidad realizable”». HÄBERLE, P., *La garantía del contenido...*, op. cit., pág. 46

En el caso del derecho de fundación la primera de estas realidades es lo que ALEXY denomina el supuesto de hecho. PAREJO ALFONSO identifica el contenido esencial, desde esta perspectiva, en dos componentes distintos: «*el haz de facultades que concreta el poder sobre el objeto*» y «*el goce, la ganancia o la ventaja en que se materializa la situación de poder*». Siendo ambos componentes «*dos momentos distintos de una misma e inescindible realidad: la situación real de goce y disfrute o conjunto de intereses merecedores de protección y complejo de facultades típicas otorgadas para la efectividad de dicha situación o interés*»⁵⁴⁴. En su muy reciente Sentencia 120/2011, de 6 de julio, el Tribunal Constitucional ha añadido a su clásica caracterización de las fundaciones (SSTC 49/1988, de 22 de marzo, y 341/2005, de 21 de diciembre) que

*«la proclamación del derecho de fundación para fines de interés general (art. 34.1 CE) implica el reconocimiento de un derecho de libertad cuyo ejercicio permite a los particulares participar en la realización de actividades de interés general a través de la creación de una organización permanente dotada de personalidad jurídica propia y diferenciada del instituyente»*⁵⁴⁵.

Esta afirmación, que sirve al Tribunal para excluir de la titularidad del derecho de fundación constitucional a las personas jurídico-públicas, es al mismo tiempo un acotamiento del contenido esencial de manera expresa. Así, remitiéndonos a los dos momentos citados por PAREJO ALFONSO el primero es todo el conjunto de facultades y competencias que dan al titular del derecho la posibilidad real de constituir fundaciones de interés general. Entre estas, evidentemente, la existencia de un procedimiento legal para la separación y afectación de un patrimonio a un fin, y para el reconocimiento de personalidad jurídica a la nueva entidad.

El segundo momento, es decir, la posición que permite al titular el ejercicio del derecho, implicará en este caso la garantía de libertad en relación con la creación de las fundaciones, circunstancia propicia para vincular el derecho de fundación con el derecho de propiedad privada.

⁵⁴⁴ PAREJO ALFONSO, L., «El contenido esencial de los derechos...», *op. cit.*, pág. 187.

⁵⁴⁵ FJ 5º *in fine*.

Invirtiendo los términos, el contenido del derecho de fundación ha mantenido tradicionalmente una relación con el derecho de propiedad⁵⁴⁶, por lo que la existencia de un régimen amplio de disposición de los bienes constituye la condición de realización del derecho de fundación. Las facultades que el legislador conceda a los titulares del derecho para el ejercicio del derecho deberán, pues, ser acordes con el criterio de intervención mínima. En otras palabras, las injerencias en el derecho de fundación deberán responder a la ponderación de intereses y, en todo caso, superar un juicio de proporcionalidad.

Así, volviendo sobre la idea de *supuesto de hecho* del derecho de fundación, en los términos referidos por ALEXY, el derecho de fundación contiene la posibilidad de que cualquier persona física o jurídica pueda *prima facie* crear una organización, dotada de personalidad jurídica propia, con la finalidad de conseguir fines de interés general y, para ello, dispone la vinculación de determinados bienes. Desde este enfoque el contenido del derecho de fundación cuadra con la afirmación doctrinal del derecho, y desde luego así ha sido asumido por el Tribunal Constitucional.

Este es, pues, el tipo abstracto del derecho de fundación consagrado en el artículo 34.1 CE. Ahora bien, como se ha expuesto, este derecho, como todos los demás derechos, cuando es ejercido por cada uno de sus titulares exige una actualización en un momento histórico concreto. De esta manera se pretende que los derechos sean capaces de sufrir una adaptación evolutiva en el tiempo⁵⁴⁷, como se ha dicho y de esta manera, incluir en su definición los valores que, en el momento de aplicación comparte la sociedad. En el caso del derecho cuyo análisis estamos realizando es especialmente significativa esta perspectiva.

⁵⁴⁶ Vid. referencia al derecho de propiedad en la STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 5º «...que aquel derecho [el de fundación] es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados.»

⁵⁴⁷ PAREJO ALFONSO, L. «El contenido esencial de los derechos...», *op. cit.*, pág. 188. MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.L., *La garantía del contenido...*, *op. cit.*, pág. 71.

3.3.3. La evolución del ejercicio del derecho de fundación: repercusión sobre el contenido esencial

La creación de fundaciones en nuestro Ordenamiento histórico ha sufrido especialmente el encorsetamiento normativo. Las simas históricas de las fundaciones en España a las que alude GARCÍA DE ENTERRÍA son, en buena medida, responsabilidad de legislaciones rígidas e inflexibles que en el pasado impidieron a las fundaciones adaptarse a las necesidades del tráfico jurídico de cada momento. La interpretación conforme a la realidad histórica que propugna el Tribunal Constitucional para identificar el contenido esencial veta que en la actualidad pudiese darse una circunstancia como la ocurrida en el pasado con medidas como la obligación de convertir el patrimonio fundacional en deuda pública. Este tipo de medidas impidieron el ejercicio del derecho de fundación haciendo inviable estas entidades.

La evolución de las fundaciones en nuestra realidad social ha sido notable desde 1978. Según datos recientes, solo el 30 % de las fundaciones españolas cuenta con una dotación igual o superior a sus ingresos totales, de lo que se deduce que dos terceras partes de las fundaciones disponen de un patrimonio insuficiente para generar bastantes recursos para atender su volumen de gasto⁵⁴⁸. Consecuentemente no nos encontramos ante un sector fundacional en el que la figura de patrimonios vinculados a un fin suponga la base de las fundaciones, sino más bien, nos encontramos ante organizaciones que persiguen un fin de interés general.

En lo que se refiere al contenido esencial del derecho de fundación, al interpretar el derecho a la luz de la realidad social es obvio que existe una traslación del eje de la fundación desde el elemento patrimonial (como lo establecía la STC 49/1988, de 22 de marzo) hacia el elemento organizativo (centro de la definición de la LFE/1994 y de la LFE/2002). En la STC 120/2011, de 6 de julio, el Tribunal Constitucional ha confirmado esta evolución al obviar la mención patrimonial en el último inciso del Fundamento Jurídico 5º: «...*creación de una organización permanente dotada de personalidad jurídica propia y diferenciada del instituyente...*».

⁵⁴⁸ REY GARCÍA, M., ÁLVAREZ GONZÁLEZ, L.I., INAEF, *El sector fundacional ...*, op. cit., pág. 48.

Ya lo abordaremos más adelante, pero junto con esta evolución de lo patrimonial a lo organizativo, también se produce un deslizamiento del derecho de fundación desde la órbita del derecho de propiedad privada y herencia hacia la órbita del principio constitucional de participación en la vida social, política, económica y cultural (art. 9.2 CE).

3.3.4. Los intereses protegidos por el derecho de fundación

Además del método descrito hasta ahora de aprehensión del contenido esencial de un derecho, que se vincula especialmente a aspectos normativos y doctrinales, el Tribunal presenta un segundo camino que está abierto para acceder al contenido esencial de un derecho:

«...consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.»

La referencia a los *intereses jurídicamente protegibles* nos aboca a un análisis teleológico *«que preste atención a los bienes o intereses que se pretenden proteger desde el derecho de que se trate»*⁵⁴⁹. A mayor abundamiento, en la misma STC 11/1981, de 8 de abril, se indica que el contenido esencial 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»* (FJ 11º). Así pues, ¿cuáles son los intereses que busca proteger la Constitución al reconocer el derecho de fundación en su articulado?

⁵⁴⁹ MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.L., *La garantía del contenido...*, op. cit., pág. 72.

Nuevamente en este punto se puede responder la pregunta desde diferentes perspectivas en función de las variadas posiciones doctrinales que se dan.

Desde una posición estrictamente subjetivista o liberal, los intereses protegidos por los derechos subjetivos serían básicamente intereses de tipo particular. Este es sin duda un nivel de análisis superado. Más acorde con la realidad actual y, por supuesto, con el derecho de fundación, es la tesis que sostiene HÄBERLE, en virtud de la cual *«si los derechos fundamentales son constitutivos tanto para el individuo como para la comunidad, si son garantizados no sólo en favor del individuo, sino que cumplen también una función social y constituyen el fundamento funcional de la democracia, de ello se deriva que la garantía y el ejercicio de los derechos fundamentales están caracterizados por un entrecruzamiento de intereses públicos e individuales»*⁵⁵⁰.

La propia evolución histórica del derecho de fundación en nuestro país pone en evidencia que, pese a tratarse de un derecho subjetivo vinculado tradicionalmente a otro, el de propiedad privada, su reconocimiento legal siempre ha sido una consecuencia de la función social que desarrollasen las fundaciones. Así, tras la desamortización, solo se permitió la constitución de establecimientos de beneficencia que coadyuvaran a la prestación de lo que hoy denominaríamos servicios sociales a las personas más desfavorecidas. De igual modo, en el debate constitucional se apuntaban otros ámbitos como la preservación del patrimonio cultural o la educación, sin dejar de lado la capacidad cohesionadora de la sociedad a que estaban llamadas las fundaciones⁵⁵¹. La limitación del derecho constitucionalmente reconocido *«para fines de interés general»* no hace sino reforzar el componente de interés colectivo de este derecho.

Junto con estos intereses colectivos centrados en la articulación de mecanismos de cohesión social, al derecho también es legítimo atribuirle la satisfacción de un cierto interés personal o particular que debe cohonestarse con el interés colectivo. No en vano estamos ante un derecho de libertad de carácter subjetivo y esta misma caracterización realizada por el Tribunal Constitucional (STC 120/2011, de

⁵⁵⁰ HÄBERLE, P., La garantía del contenido..., op. cit., pág. 23.

⁵⁵¹ Vid. Diario de Sesiones de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, núm. 71, de 22 de mayo de 1978, pág. 2.569.

6 de julio) es la que obliga al exégeta a indagar cuáles son los bienes jurídicamente protegidos que, desde la perspectiva subjetiva del titular del derecho se protegen.

El primero de estos bienes es, sin duda, la libertad de uso y disfrute de los bienes que son propiedad de una persona. El derecho de fundación se fundamenta tradicionalmente, en contraste con otros derechos «próximos» como el de asociación, en la disposición gratuita de los bienes que forman parte del patrimonio propio. El segundo de estos intereses protegidos que podemos identificar es, obviamente, el estrictamente personal o, desde una óptica metajurídica, el egoísta: el fundador decide crear una fundación por su propio interés. No se trata obviamente de un interés lucrativo –la Constitución excluye expresamente esta posibilidad– pero sí puede encuadrarse en los más variados perfiles, reconocimiento social, bonificaciones fiscales... No olvidemos que en el mismo origen de la institución fundacional, en el Imperio Romano se sitúa la voluntad de conseguir beneficios para parientes muertos o la consolidación de una reputación.

Por último, un tercer aspecto, que es quizás el que consideramos más relevante y de mayor importancia en la actualidad es la voluntad de participar activamente en la consecución de un determinado interés general. Así se expresa con claridad en la STC 120/2011, de 6 de julio, al decir que el ejercicio del derecho «*permite a los particulares participar en la realización de actividades de interés general*», y ello desde la libertad más absoluta de elección de cuáles son estas actividades.

También la doctrina está situando el derecho de fundación principalmente en esta posición. Es el caso de PARADA VÁZQUEZ⁵⁵², SALA ARQUER⁵⁵³, o PIÑAR MAÑAS quienes han destacado el efecto que la vinculación entre fundación e interés público tiene sobre la configuración del derecho de fundación como un vehículo de participación en la vida política, económica, cultural y social del país (art. 9.2 CE)⁵⁵⁴. Sin duda, a esta conclusión se llega con facilidad a partir de la observación del sector

⁵⁵² PARADA VÁZQUEZ, J.R., «Las fundaciones desde ...», *op. cit.*, pág. 145. Este autor establece, también, una vinculación entre el derecho de fundación y el derecho de participación política reconocido en el artículo 23 CE. Esta es criticada por otros autores y, sin duda, responde al momento en que se elaboró este artículo (1993) cuando la jurisprudencia sobre este artículo aún no estaba asentada.

⁵⁵³ SALA ARQUER, J.M., «El nuevo Derecho ...», *op. cit.*, págs. 95.

⁵⁵⁴ PIÑAR MAÑAS, J.L., «El estado actual del modelo constitucional de fundaciones: revisión crítica», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Tratado...*, *op. cit.*, págs. 86 y ss.

fundacional en nuestro país, donde hasta la llegada de la crisis económica se vivió un auge de las llamadas fundaciones gerenciales, esto es, de aquellas con escasa dotación patrimonial pero que se nutren de aportaciones continuas y reducidas, ya públicas, ya privadas⁵⁵⁵.

De esta manera, el fundador puede, mediante el ejercicio de su derecho constitucional, coadyuvar a la consecución de ciertos intereses, en detrimento de otros – por omisión, al no destinar a estos fondos– en el marco de un abanico de fines de donde solo se excluyen, prácticamente, los fines delictivos. Veamos un ejemplo: una determinada persona tiene un cierto interés en promover la investigación científica sobre una enfermedad A; evidentemente nos encontramos ante una finalidad de obvio interés general; ocurre sin embargo que la investigación científica sobre la enfermedad A dispondrá de un *plus* de recursos en relación con los dispuestos por la investigación científica en relación con otras enfermedades; de esta manera, el fundador puede alcanzar su interés de que en una determinada sociedad se prime la investigación sobre una enfermedad respecto de otras.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ aporta una perspectiva distinta de las anteriores respecto al interés protegido en el artículo 34. En su opinión en el precepto constitucional no está orientado a la protección de la fundación en el sentido *formal* o *civilista* del término, sino del concepto material de fundación que fue sustituido a lo largo del siglo XIX por el civil. En sus palabras «[e]l miedo que late en el artículo 34 de la Carta Magna no es, evidentemente, que en ausencia de la beneficencia o de las manifestaciones altruistas dejen de atenderse los intereses generales, como ocurrió en el siglo XIX —pues siempre lo harán las Administraciones públicas en un Estado social—, sino precisamente que el legislador pueda reservar en exclusiva aquella actividad a los poderes públicos, proscribiendo en esta materia la iniciativa de los particulares.»⁵⁵⁶

Pero, en todo caso, la determinación de los *intereses jurídicamente protegibles* nos obliga a hacer la conjunción de ambas posiciones, la del interés particular del

⁵⁵⁵ Casi 2/3 de las fundaciones de nuestro país tienen una reducida dimensión en lo que a ingresos se refiere, esto es, tienen unos ingresos anuales inferiores a los 500.000 euros. Asimismo, un porcentaje significativo de las mismas ha sido creado por otras fundaciones o asociaciones. REY GARCÍA, M., ÁLVAREZ GONZÁLEZ, L.I., INAEF, *El sector fundacional español...*, *op. cit.*, págs. 27-29.

⁵⁵⁶ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Algunas acotaciones...», *op. cit.*, pág. 120.

titular del derecho y la del interés colectivo o de la sociedad que se pretenden proteger. Se produce lo que HÄBERLE denomina «*cruce de intereses públicos y privados*»⁵⁵⁷ y que es característico del Estado Social y Democrático de Derecho que caracteriza nuestra *Grundgesetz*. La conjunción del bien privado de «*participar en la realización de actividades de interés general*» y el bien público de conseguir la implicación de la ciudadanía en la consecución de dicho interés es una de las notas definidoras del modelo de Estado en el que se constituye España (art. 1.1 CE), uno de los mandatos fundamentales a los Poderes Públicos (art. 9.2 CE), y así ha sido expresamente ratificado por el Tribunal Constitucional en su STC 18/1984, de 7 de febrero⁵⁵⁸, todo lo cual es, además, coherente con la función social de la propiedad enunciada en el artículo 33.2 CE (STC 37/1987, de 26 de marzo).

El remate de las dos vías trazadas por el Tribunal Constitucional para identificar el contenido esencial de un derecho es afirmar que ambos caminos

«...no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse...»

En el caso del derecho de fundación que se reconoce en el artículo 34.1 de la Ley Suprema tenemos que concluir que los dos caminos recomendados por el Tribunal no abocan a un resultado antitético. De esta manera, el contraste entre los dos resultados es perfectamente compatible, facultades e intereses jurídicamente protegidos. Incluso la determinación de los límites del contenido esencial del derecho no presentan un especial problematismo, hasta el punto de que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 120/2011, de 6 de julio, ha concluido en el mismo sentido

⁵⁵⁷ HÄBERLE, P., La garantía del contenido..., op. cit., pág. 23.

⁵⁵⁸ La Sentencia, precisamente, resuelve un recurso de amparo presentado en relación con el proceso electoral para elegir a los miembros de los órganos de gobierno de la Caja de Ahorros de Asturias. Aunque no es objeto del recurso un pronunciamiento sobre la naturaleza fundacional de la Caja (cuestión que sí que es abordada en la STC 49/1988, de 22 marzo), el Tribunal valora el papel que ejercen las «*Entidades de carácter social*», en las que se incluyen las fundaciones. El Alto Tribunal afirma que el Estado Social y Democrático de Derecho produce una «*...interpenetración entre Estado y Sociedad se traduce tanto en la participación de los ciudadanos en la organización del Estado como en una ordenación por el Estado de Entidades de carácter social en cuanto a su actividad presenta un interés público [...]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 en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho público-privado...»* (FJ 3º de la STC 18/1984, de 7 de febrero).

al delimitar el alcance del derecho de fundación de las personas privadas y la capacidad de las Administraciones de crear fundaciones.

Así pues, reiterando la determinación del contenido esencial que ha realizado el Supremo Intérprete en su pronunciamiento de 6 de julio de 2011, este es

«un derecho de libertad cuyo ejercicio permite a los particulares participar en la realización de actividades de interés general a través de la creación de una organización permanente dotada de personalidad jurídica propia y diferenciada del instituyente».

Pero el alcance de este derecho no cubre cualquier *organización permanente dotada de personalidad jurídica propia y diferenciada del instituyente*, sino una clase concreta de entidad: la fundación, ya que las características citadas son también las de otras entidades tales como las cooperativas o las asociaciones.

3.3.5. La determinación por el legislador del contenido esencial

¿Cuáles son, entonces, las facultades que *prima facie* integran el núcleo del derecho que limita la acción del legislador?

En primer lugar, aquellas que permiten al fundador disponer de sus bienes para crear una tercera persona jurídica, entre las que destaca, naturalmente, la facultad de disponer libremente de sus bienes.

En segundo lugar, aquellas que habilitan al fundador para definir los aspectos que regirán a la futura organización: libertad para escoger los fines de interés general que perseguirá, libertad para organizar la nueva entidad y libertad para disponer su régimen de funcionamiento. Entre estos aspectos, obviamente, cabe incluir la re-

glamentación «de cómo llevar a cabo su voluntad y tratar de proseguir [...] la consecución de dichos intereses generales evitando su extinción»⁵⁵⁹. En definitiva, el respeto por parte del Estado a la voluntad del fundador⁵⁶⁰.

Ocurre, como hemos dicho que se trata de un derecho que el Tribunal Constitucional ha calificado de «derecho de libertad» aunque también tiene una vertiente de competencia, por lo que es una suerte de *tertium genus* entre esta categoría y la del derecho de libertad. Y ello es así porque todas estas facultades que hemos identificado requieren para su ejercicio una actividad previa mínima del Estado para poder tener virtualidad. Especialmente importante en este punto es la interposición normativa que habilite la atribución de personalidad jurídica a la nueva entidad, ya que como se ha visto, esta atribución responde a una ficción jurídica y contrariamente a lo que ocurre con el derecho de asociación, no es *ope Constitutione*⁵⁶¹. En este sentido, el propio artículo 34.1 de la Constitución llama al legislador a colaborar en la conformación del derecho. Sin embargo, la caracterización del mismo como un derecho de libertad constituye un límite adicional al legislador ya que refuerza la necesidad de un juicio de proporcionalidad en el proceso legislativo de articulación del ejercicio del derecho.

El legislador, en la LFE/2002 ha recurrido al título habilitante previsto en el artículo 149.1.1^a CE («condiciones básicas para el ejercicio de los derechos») para establecer que una serie de preceptos de dicha norma que, constituyen el mínimo común denominador del ejercicio del derecho de fundación, y, en consecuencia, nos orientan sobre las facultades que integran el contenido esencial del derecho, aunque no hay que perder de vista que esta aproximación la ha realizado el legislador, sin que haya sido validada por el Tribunal Constitucional, al no haber sido objeto de recurso ni en 2002 ni en 1998.

⁵⁵⁹ Este argumento es formulado por la Abogacía del Estado en la demanda del recurso de inconstitucionalidad núm. 49/2007, formulado contra la Ley 1/2007, de 12 de enero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja, y fue asumido por el Tribunal en su sentencia 98/2013, de 23 de abril, afirmado que la «voluntad del fundador forman parte de la esencia del negocio jurídico fundacional»

⁵⁶⁰ PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A., *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*. Madrid: Marcial Pons, 2000, págs. 87 y ss.

⁵⁶¹ GÓMEZ MONTORO, A.J., *Asociación, Constitución, Ley*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pág. 181.

En su última sentencia sobre la competencia autonómica en fundaciones, la 98/2013, de 23 de abril, el Alto Tribunal reafirmó la estrecha relación existente entre los títulos competenciales de condiciones básicas del ejercicio de los derechos y Derecho Civil, al decir:

«Concretamente en el supuesto planteado en este recurso, hemos de afirmar que al ser la fundación un derecho reconocido en el art. 34 CE, corresponde al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los fundadores en su ejercicio (art. 149.1.1 CE). Y lo mismo sucede con el establecimiento de las normas que en materia de fundaciones versen sobre sus aspectos civiles, porque la competencia legislativa corresponde al Estado, salvo que la Comunidad Autónoma tenga derecho civil propio en esta materia (art. 149.1.8 CE). En consecuencia, cabe afirmar, desde este momento, que la asunción estatutaria por la Comunidad Autónoma de La Rioja de competencia exclusiva en materia de fundaciones, no puede evitar su falta de competencia sobre legislación civil.»⁵⁶²

Estos preceptos son, según la disposición final primera, apartado primero de la LFE/2002, los siguientes:

- *«Artículo 2. Concepto.*

1. Son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general.

2. Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley.»

- *«Artículo 3. Fines y beneficiarios.*

1. Las fundaciones deberán perseguir fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico.

⁵⁶² STC 98/2013, de 23 de abril, FJ 3º.

2. La finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas. Tendrán esta consideración los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares.

3. En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general.»

- *«Artículo 4. Personalidad jurídica.*

1. Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones. La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la ley.

2. Sólo las entidades inscritas en el Registro al que se refiere el apartado anterior, podrán utilizar la denominación de “Fundación”.»

- *«Artículo 14. Patronato.*

1. En toda fundación deberá existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno y representación de la misma, que adoptará sus acuerdos por mayoría en los términos establecidos en los Estatutos.

2. Corresponde al Patronato cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos.»

- *«Artículo 31. Causas de extinción.*

La fundación se extinguirá:

a) Cuando expire el plazo por el que fue constituida.

b) Cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional.

c) Cuando sea imposible la realización del fin fundacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la presente Ley.

d) Cuando así resulte de la fusión a que se refiere el artículo anterior.

e) Cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos.

f) Cuando concurra cualquier otra causa establecida en las leyes.»

- *«Artículo 34. Protectorado.*

1. El Protectorado velará por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones.

2. El Protectorado será ejercido por la Administración General del Estado, en la forma que reglamentariamente se determine, respecto de las fundaciones de competencia estatal.»

En el apartado segundo de la disposición final de la Ley también se alude al título habilitante del artículo 149.1.1^a de la Constitución en combinación con el artículo 149.1.8^a (competencia en Derecho Civil) para justificar la aplicación general de los artículos 6 (domicilio), 7 (fundaciones extranjeras) y 37.4 (compatibilidad con otros registros públicos) de la LFE/2002. Obviamente se trata en estos últimos casos de preceptos y normas que quedan claramente situados extramuros del contenido esencial del derecho de fundación y cuya principal finalidad no es tanto la configuración del derecho sino la determinación de ciertos ámbitos competenciales y del régimen jurídico a que deben someterse las fundaciones⁵⁶³.

Por lo que respecta a los artículos mencionados en el apartado primero de la disposición final primera de la LFE, hay que reseñar que inciden en todo caso en el contenido esencial del derecho, especialmente en lo que más adelante se verá que es el contenido de la garantía institucional. La lectura de estos artículos pone de relieve algo sobre lo que volveremos más adelante: la configuración del derecho de fundación reconocido en el artículo 34.1 CE es, principalmente la configuración de la institución fundacional. De esta manera se incide, por la vía de la acción del legislador, en la naturaleza de derecho de libertad de este derecho subjetivo. Al poner el énfasis en la organización se olvidan aspectos relevantes como es la titularidad del

⁵⁶³ Según MONTES RODRÍGUEZ, esta referencia al artículo 149.1.1^a de la Constitución es fruto de un error en la tramitación parlamentaria de la disposición final primera. *Vid.* MONTES RODRÍGUEZ, P., «Comentario a la disposición final», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios ..., op. cit.*, pág. 1.110.

derecho, que ha tenido que ser clarificada por la STC 120/2011, de 6 de julio, respecto de las Administraciones Públicas, pero que sigue siendo confusa en relación con los sujetos privados, como se verá en el correspondiente apartado.

En líneas generales, la LFE/2002 se refiere, como se ha dicho, a la configuración de la organización fundacional y solo acota el contenido esencial en tres aspectos:

- la configuración del órgano rector de la entidad: el patronato (art. 14),
- la configuración de la tutela administrativa: el protectorado (art. 34.1),
- y la adquisición de la personalidad jurídica de la fundación por efecto de la inscripción registral (art. 4).

De estos tres aspectos, aunque los dos primeros inciden de lleno en el ejercicio del derecho de fundación tal cual lo hemos definido anteriormente, se trata de dos componentes tradicionalmente presentes en nuestro derecho de fundaciones desde finales del siglo XIX hasta hoy, por lo que el propio Tribunal Constitucional (STC 341/2005, de 21 de diciembre) los ha incluido en la *imagen reconocible* de las fundaciones en nuestro derecho. Por el contrario, el régimen de adquisición de la personalidad jurídica no era una cuestión pacífica en la doctrina hasta, al menos, el Decreto de 1972. Ocurre, sin embargo, que la Constitución no impone otro modelo y el inciso «*con arreglo a la ley*» habilita al legislador a adoptar este sistema frente al de adquisición de la personalidad por la mera constitución.

El resto de preceptos transcritos son la concreción de los elementos ya contenidos en la norma constitucional (fines de interés general, concepto de fundación y causas de extinción).

En definitiva, y por ir cerrando este epígrafe dedicado al contenido esencial del derecho subjetivo de fundación, hay que afirmar que tanto la doctrina, como el legislador y el Tribunal Constitucional han venido acotando un conjunto de facultades basadas en la libertad del fundador que le permiten a éste intervenir en la consecución de fines de interés general a través de las fundaciones. Sin embargo, esta delimitación es extremadamente parca por dos motivos:

a) la tradicional dependencia del derecho de propiedad privada a la hora de determinar el ejercicio del derecho de fundación desde la perspectiva subjetiva,

b) la fuerza de la organización y su configuración a la hora de conformar el derecho subjetivo, desde una perspectiva objetiva.

Así las cosas, el supuesto de hecho del derecho subjetivo de fundación depende para su determinación de elementos externos al propio derecho, tanto constitucionales como infraconstitucionales (básicamente normas de Derecho Civil) y, desde la perspectiva del derecho subjetivo solo se pueden identificar cuatro aspectos muy claramente, como ha indicado la STC 120/2011, de 6 de julio:

a) Es un derecho cuya titularidad solo corresponde a personas privadas.

b) Es un derecho que se justifica en la participación social para la provisión del interés general.

c) Es un derecho que nace y se desarrolla en la esfera de libertad de sus titulares, en consecuencia, exige una posición de *laissez faire* por parte de terceros y de los Poderes Públicos.

d) El ejercicio del derecho se realiza mediante la constitución de un determinado tipo de organización: la fundación.

4. LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO DE FUNDACIÓN

4.1. GARANTÍA INSTITUCIONAL Y DERECHOS

Con anterioridad y de manera reiterada hemos aludido a la tesis del profesor RUBIO LLORENTE que caracteriza el derecho de fundación como una garantía de instituto⁵⁶⁴:

«Desde el punto de vista técnico el derecho de Fundación es lo que se llama una garantía de instituto, esta noción de la garantía de instituto la introduce si no recuerdo mal, en la doctrina constitucional, Eric ROLF en 1923 en relación con la constitución de ...[sic] El problema que se le planteaba a un jurista como ROLF [sic] era el siguiente: las constituciones consagran como derechos fundamentales las libertades naturales de los hombres, la libertad de moverse, la libertad de establecer su domicilio donde quieran, la libertad de expresarse, de asociarse, de reunirse, etc. Es decir, son libertades respecto de las cuales la consagración de las mismas como derecho fundamental no tiene más sentido que el de señalar un límite al Estado. Sin embargo, en la constitución de ...[sic] consagra como derecho fundamental otra cosa, que es la propiedad privada. La propiedad privada no es una libertad, es un instituto jurídico, algo que sólo existe en la medida en que el derecho lo cree y lo proteja. Entonces cómo llamarle a ésto, qué clase de derecho fundamental es éste que no consigue, que no impone al Estado simplemente un deber de abstenerse, de no entorpecer la libertad del ciudadano, sino un deber positivo de crear una serie de reglas, un Código Civil y todo lo que esto conlleva, unos tribunales, todo un Instituto de protección. Y entonces para distinguir y tipificar este derecho fundamental de la propiedad privada respecto de los derechos fundamentales de libertad, es para lo que se crea esta noción de garantía de instituto que después Carl SCHMITT utilizaría respecto a las garantías institucionales, pero esto es otra historia. Pues bien, a mi juicio, técnicamente, el llamado derecho de Fundación, el artículo 34, si es algo es una garantía de instituto. Se garantiza el mantenimiento en el ordenamiento de un instituto determinado que es el que se llama fundación. ¿Y qué sentido tiene esto? Garantizar en la Constitución que se va a mantener un instituto jurídico determinado tiene sentido cuando ese instituto jurídico determinado tiene una configuración discernible, cuando se sabe más o menos qué es exactamente ese instituto [...] ¿qué es hoy día exactamente el instituto jurídico de la Fundación?, simplemente el derecho a tomar una iniciativa, a

⁵⁶⁴ La referencia correcta es a Martin WOLFF y a la Constitución de Weimar, ya que la transcripción de la conferencia es incorrecta. Este autor introdujo la idea de «garantía de instituto» respecto del derecho de propiedad. Vid. DE LORENZO GARCÍA, R., *El nuevo derecho ...*, op. cit., pág. 129.

formalizar jurídicamente intentando dotarla a perpetuidad de una cierta iniciativa de actuación e la sociedad. Y para esto no se necesita ninguna garantía constitucional, basta con que la Constitución se asiente en el principio general de libertad, en el principio de autonomía de la voluntad.»⁵⁶⁵

Señala BAÑO LEÓN que uno de los errores que se cometen con cierta frecuencia al abordar la naturaleza jurídica de los derechos proclamados en nuestra Constitución es el de distinguir entre derechos fundamentales y garantías institucionales, identificando los primeros con los derechos subjetivos proclamados⁵⁶⁶. En su opinión, se trata de un error que debe ser superado en aras de una «visión multiforme» de los derechos fundamentales, en la que en la interpretación de estos derechos se integren tanto aspectos subjetivos como objetivos. De manera que el ejercicio de un derecho subjetivo se realiza a través de una determinada institución jurídica, hasta el punto de que, según este autor, el contenido esencial del derecho fundamental «viene determinado más por la garantía de esa institución [...] que por el reconocimiento de un derecho, asimismo, individual [...] exigible en cualquier momento ante el legislador.»⁵⁶⁷ Esta visión es la mantenida por el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 26/1987, de 27 de febrero⁵⁶⁸, en relación con la autonomía universitaria, lo que ha provocado no pocas críticas en la doctrina⁵⁶⁹.

Veamos, pues, con detalle, el aspecto objetivo del derecho de fundación y, en su caso, si estamos ante una garantía de instituto que se solapa al derecho subjetivo de fundación.

En primer lugar hay que distinguir entre dos conceptos que con frecuencia se confunden: *garantía de instituto* y *garantía institucional*. La esencia de estas figuras

⁵⁶⁵ RUBIO LLORENTE, en *Presente y futuro...*, *op. cit.*, págs. 245-246.

⁵⁶⁶ BAÑO LEÓN, J.M., «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, septiembre-diciembre 1988, págs. 155 y ss.

⁵⁶⁷ BAÑO LEÓN, J.M., «La distinción entre...», *op. cit.*, págs. 162-163. El subrayado, del autor.

⁵⁶⁸ «... lo primero que hay que decir es que derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan, sino que buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constituyen también garantías institucionales, aunque, ciertamente, existan garantías institucionales que, como por ejemplo la autonomía local, no están configuradas como derechos fundamentales...» (FJ 4º).

⁵⁶⁹ *Vid.*, entre otros, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales* (2ª ed.). Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2005, págs. 62-63; y CIDONCHA MARTÍN, A., «Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23, 2009, págs. 149-188.

es la de otorgar en sede constitucional cierto grado de protección a determinadas instituciones, de suerte que se haga imposible una supresión de la institución protegida por la acción del legislador ordinario⁵⁷⁰. Desde un planteamiento doctrinal, las *garantías de instituto* tienen por objeto la protección de instituciones de Derecho privado, mientras que las *garantías institucionales* delimitan instituciones de Derecho público⁵⁷¹.

Sin embargo, es el propio Tribunal Constitucional quien unifica las dos categorías en las *garantías institucionales*⁵⁷², y con él alguna de nuestra doctrina más relevante⁵⁷³.

La garantía institucional es un expediente de protección de ciertos elementos constitucionales que se remonta a la Constitución de Weimar, y que fue formulado inicialmente por Carl SCHMITT:

*«Mediante la regulación constitucional, puede garantizarse una especial protección a ciertas instituciones. La regulación constitucional tiene entonces la finalidad de hacer imposible una supresión en vía legislativa ordinaria [...] La garantía institucional es, por su esencia, limitada. Existe sólo dentro del Estado, y se basa, no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines»*⁵⁷⁴.

Nuestro Tribunal Constitucional ha aplicado esta técnica de protección a figuras muy diversas, desde la propiedad a la autonomía local, lo cual ha sido criticado por parte de la doctrina, así, por ejemplo, CIDONCHA MARTÍN afirma que *«la noción [de garantía institucional] debe reservarse para organizaciones o formas de organización (tanto públicas como privadas, tanto jurídicas como sociales o económicas) no regu-*

⁵⁷⁰ SCHMITT, C., Teoría de la Constitución, op. cit., pág. 175.

⁵⁷¹ RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., «La propiedad privada: de cenicienta a derecho fundamental», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, 2001, págs. 601-620.

⁵⁷² Por todas, STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, FJ 7º: «Aunque en el momento de su surgimiento este concepto se asociaba exclusivamente a la protección de instituciones públicas, la garantía institucional se proyectó posteriormente hacia instituciones privadas —refiriéndose parte de la doctrina en este caso a la noción de garantía de instituto— o incluso sobre determinadas manifestaciones sociales».

⁵⁷³ RUBIO LLORENTE, F., *La Forma del Poder: Estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pág. 57 y ss. CRUZ VILLALÓN, P., «Formación y evolución ...», op. cit., pág. 60.

⁵⁷⁴ SCHMITT, C., Teoría de la Constitución, op. cit., pág. 175.

*ladas por la Constitución, pero sí reconocidas por ésta y, además, con fines de protección»*⁵⁷⁵. En el contraste con los derechos subjetivos, la garantía institucional presenta dos matices importantes. El primero es que la garantía institucional tiene carácter objetivo, en contraste con los derechos subjetivos cuya principal virtualidad es que son un conjunto de posiciones jurídicas que confieren a su titular la posibilidad de accionarlas con mayor o menor libertad incluso judicialmente; mientras los derechos subjetivos se caracterizan por la autodisponibilidad de su titular, las garantías institucionales son indisponibles. Ello impide el ejercicio autónomo en la medida en que su titular (una universidad, una Administración local) cuando actúa normalmente, lo que hace es desplegar la institución garantizada. En otras palabras, si no ejercita la institución es como si no existiese. En cambio el titular de los derechos subjetivos existe y actúa incluso si no ejercita las facultades de los derechos.

El segundo matiz es, precisamente, la titularidad: mientras que los derechos subjetivos disponen de un titular (persona física o jurídica), las garantías institucionales tienen como titular a la propia institución que se garantiza, según SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA⁵⁷⁶. Y la propia noción de garantía tiene un perfil negativo o reactivo frente a la acción de un tercero.

Desde el punto de vista del legislador también actúan de manera diversa. Los derechos subjetivos son ejercitables directamente, son resistentes a la acción del legislador en su contenido esencial (art. 53.1 CE), y la actividad del Parlamento se limita a una aportación colaboradora en la realización del derecho. Por el contrario, las garantías institucionales constituyen un mandato al legislador en el sentido de que debe configurarlas necesariamente en un sentido determinado, no las puede desconocer o vaciar de contenido⁵⁷⁷. Una erosión de la institución garantizada es susceptible de viciar de inconstitucionalidad la correspondiente norma⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ CIDONCHA MARTÍN, A., «Garantía institucional...», *op. cit.*, pág. 180.

⁵⁷⁶ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., «Algunas cuestiones básicas de ...», *op. cit.*, pág. 105.

⁵⁷⁷ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., «Algunas cuestiones...», *op. cit.*, pág. 106.

⁵⁷⁸ RUBIO LLORENTE, F., *La Forma del Poder:...*, *op. cit.*, pág. 57.

Por ello, estas garantías institucionales pueden según RUBIO LLORENTE, no solo limitar los derechos, sino debilitar algunos derechos constitucionales especialmente próximos a la garantía institucional, como es el caso del derecho de propiedad⁵⁷⁹.

La primera aparición de este concepto en nuestra jurisprudencia constitucional es en la Sentencia 32/1981, de 28 de julio, en relación a la autonomía local. En esta resolución el Supremo Intérprete afirma que:

«El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indispensable por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indispensable o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de éstas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace.» (FJ 3º)

Como afirma BAÑO LEÓN, de este pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional *«es fácil llegar a la conclusión de que, en puridad, la delimitación del contenido esencial de la garantía institucional y del contenido esencial del derecho fundamental responden a la misma idea-fuerza: asegurar la primacía de la Constitución sobre el legislador, exigir un límite que aquel no puede sobrepasar. Pero en ambos conceptos la precisión de lo esencial es igualmente indeterminable en abstracto»*⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ RUBIO LLORENTE, F., La Forma del Poder:..., op. cit., pág. 58.

⁵⁸⁰ BAÑO LEÓN, J.M., «La distinción entre...», op. cit., pág. 169; el subrayado del autor.

Sin embargo, desde algunas posiciones se ha sostenido que la garantía institucional supone una suerte de menor protección frente a la acción del legislador que el contenido esencial de los derechos subjetivos⁵⁸¹. MARTÍNEZ-PUJALTE entiende que la garantía institucional no tiene espacio dentro de la teoría de los derechos fundamentales, ya que aunque estos se ejerciten a través de una institución (universidad, matrimonio...), la garantía del contenido esencial del derecho se proyecta sobre este tipo de instituciones estableciendo limitaciones al legislador muy superiores a las que tiene en relación con las instituciones constitucionalmente situadas extramuros de las del Capítulo Segundo del Título I de la Carta Magna⁵⁸². Este argumento encuentra apoyo en la Jurisprudencia Constitucional en resoluciones como la STC 26/1987, de 27 de febrero. En este caso (referido a la autonomía universitaria), se facilita la disolución de la garantía institucional dentro del contenido esencial del derecho subjetivo cuando la colisión entre las dos figuras se enmarca en una norma iusfundamental de la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I de la Carta Magna, ya que en estos supuestos el «núcleo básico de la institución, no es sustancialmente distinto de lo protegido por el derecho fundamental, el contenido esencial»⁵⁸³.

⁵⁸¹ La STC 26/1987, de 27 de febrero, en dos de sus votos particulares plantea este debate doctrinal. Así mientras el Magistrado Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN afirma en su voto que «... quiere decir, a mi entender, que el art. 27.10 contiene una garantía institucional que es una regla organizativa o una directriz del funcionamiento de las Universidades y que, por consiguiente, la libertad de configuración del legislador es en este punto mayor que la que puede tener cuando regula el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, como por lo demás pone de relieve la letra del precepto ...»; el Magistrado Francisco Rubio Llorente argumenta en su voto que «La idea que subyace a esta errada elaboración teórica es, aparentemente, la de que el núcleo esencial o reducto indisponible para el legislador es más rígido o resistente en los derechos fundamentales que en las garantías institucionales, idea que no es desde luego ni evidente, ni de general aceptación, pues las garantías institucionales, como las de instituto, no son, en la doctrina que establece estas distinciones, sino variedades de los derechos fundamentales como lo son, desde otro punto de vista, los derechos de libertad y los de igualdad o, en la terminología de nuestra Constitución, los derechos fundamentales y las libertades públicas.» MARTÍNEZ SOSPEDRA expone estas diferencias de protección de la siguiente manera: «Mientras que la primera [la garantía del contenido esencial] se predica de derechos subjetivos la segunda se predica de instituciones; mientras la primera retira de la disponibilidad del legislador el núcleo duro de un derecho, aquello que integra su propia naturaleza, la segunda protege simplemente la imagen social que en cada momento histórico se tiene de la institución protegida; si la primera comporta una protección sobre un modelo influido por el estado de la opinión pública, pero dotado de autonomía frente a este, la segunda garantiza precisamente la percepción que la opinión pública tiene en cada momento de la institución protegida.» (MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *Derecho Constitucional Español*. Valencia: Fundación Universitaria San Pablo CEU, 1995, pág. 94).

⁵⁸² MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.L., *La garantía del contenido...*, op. cit., págs. 112 y ss.

⁵⁸³ CIDONCHA MARTÍN, A., «Garantía institucional...», op. cit., pág. 157.

4.2. GARANTÍA INSTITUCIONAL Y DERECHO DE FUNDACIÓN

Como hemos expuesto más arriba, el derecho de fundación para el interés general reconocido en el artículo 34.1 CE se estructura en dos elementos normativos distintos: el derecho subjetivo de que disponen los particulares para crear fundaciones y, un determinado concepto de fundación.

Es plenamente razonable, y aún recomendable, la distinción entre la vertiente subjetiva y la objetiva del derecho. Sin embargo, la doctrina no ha realizado habitualmente esta distinción ya que, como hemos visto, la tendencia del Tribunal Constitucional es la de primar uno de los elementos, la garantía institucional o el derecho subjetivo según el tipo de precepto cuyo examen emprenda⁵⁸⁴.

En el caso del derecho de fundación no son pocas, y además muy autorizadas, las voces doctrinales que lo han considerado exclusivamente como una garantía de institución, como ya se ha visto⁵⁸⁵.

En la STC 49/1988, de 22 de marzo, el Tribunal Constitucional no realiza una descripción del contenido esencial del derecho de fundación. Frente a las alegaciones de las partes recurrentes de que se había producido una intromisión ilegítima del legislador en el contenido esencial del citado derecho (al regular la organización interna de las Cajas de Ahorro, consideradas fundaciones por los recurrentes), el Tribunal rehúye la cuestión y se limita a considerar qué debe entenderse por fundación en el artículo 34.1 CE y a continuación «*verificar la antes señalada tesis central de los recurrentes de que las Cajas son fundaciones en el sentido del art. 34 de la Constitución*», ejercicio que concluye en sentido contrario al alegado por los Gobiernos autonómicos que impugnaron la Ley 31/1985, de 2 de agosto, estatal de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro.

⁵⁸⁴ Apunta CIDONCHA, que el Tribunal Constitucional ha hecho prevalecer una u otra vertiente según los casos, así mientras la garantía institucional ha debilitado ciertos derechos subjetivos (especialmente los económicos, derecho de propiedad y libertad de empresa), en otros supuestos, como el ya visto de la autonomía universitaria, la garantía institucional cede ante una expansión del derecho subjetivo. (CIDONCHA MARTÍN, A., «Garantía institucional...», *op. cit.*).

⁵⁸⁵ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de Derechos...*, *op. cit.*, pág. 513, o RUBIO LLORENTE, en *Presente y futuro...*, *op. cit.*, pág. 245.

En la STC 341/2005, de 21 de diciembre, sobre la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid de 1998, se parte de lo dicho en la Sentencia citada en el párrafo anterior, sin embargo, el Tribunal añade afirmaciones de gran interés. El Fundamento Jurídico séptimo es especialmente relevante para sostener la tesis expuesta de un derecho *multiforme*. En él, el Tribunal afirma que la «*consideración de las fundaciones como entidades sin ánimo de lucro*» es una «*consideración que merece ser calificada como elemento nuclear de la figura*»⁵⁸⁶ y que «*no puede deducirse que forme parte de esa imagen reconocible de la institución preservada por el art. 34 CE*»⁵⁸⁷. De ello se deduce que el Tribunal sostiene la idea de que el contenido esencial del derecho tiene un claro matiz subjetivo si bien se realiza en el marco de una institución, la fundación⁵⁸⁸. En este sentido la expresión «*imagen reconocible*» se nos antoja más próxima a la de «*institución en términos reconocibles*», citada en la STC 32/1981, de 28 de julio, que a la de «*que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito*» con la que en la STC 11/1981, de 8 de abril, se alude al contenido esencial.

Item más, en este mismo Fundamento Jurídico, el Tribunal, tras aludir a la *imagen reconocible de la institución*, afirma que el artículo 34 CE «*no cierra las opciones del legislador puesto que no limita su libertad de configuración de las fundaciones imponiéndole, como contenido esencial del derecho preservado, cuál haya de ser, una vez extinguida, el destino de los bienes y derechos al servicio de intereses generales*». Es decir, la existencia de un contenido esencial del derecho de fundación constitucionalmente protegido no limita necesariamente y, en determinados aspectos, las facultades del legislador de configurar la institución fundacional. El planteamiento de la cuestión asumido por el alto Tribunal es muy significativo por cuanto parece asumir la posición que critica RUBIO LLORENTE en su voto particular a la STC 32/1981, es decir, la existencia de un ámbito de protección distinto –menor– de la

⁵⁸⁶ El subrayado es nuestro.

⁵⁸⁷ Ídem.

⁵⁸⁸ CIDONCHA, por su parte, parece que mantiene una tesis contraria a la que nosotros sostenemos en relación con la interpretación de esta STC. Según este autor el Tribunal Constitucional «*razona sobre la inconstitucionalidad alegada desde la premisa de que en el artículo 34 hay una "institución preservada" con una "imagen reconocible", que –dicho sea de paso– no resulta afectada por el citado precepto legal. Pero, al mismo tiempo, habla de un "contenido esencial" del derecho de fundación, que se identifica con la imagen reconocible de la fundación. Derecho fundamental y garantía institucional son lo mismo, como son lo mismo "imagen reconocible" y "contenido esencial" del derecho de fundación. Tanto da lo uno como lo otro.*» (CIDONCHA MARTÍN, A., «Garantía institucional...», *op. cit.*, pág. 157).

garantía institucional respecto del contenido esencial del derecho, de la vertiente objetiva respecto de la subjetiva del derecho. En el caso que aborda la STC 341/2005, de 21 de diciembre, lo que explica el Tribunal es que la vinculación teleológica del derecho a la consecución del interés general que, como se ha visto forma parte del contenido esencial del derecho subjetivo, no se proyecta necesariamente y de manera absoluta sobre los bienes vinculados a la fundación, de manera que el instituyente podrá determinar la reversión de los bienes integrantes en la dotación fundacional tras la extinción de la entidad. De esta manera, el Tribunal confirma la existencia de dos ámbitos separados: el de la actividad del fundador y el de la caracterización de la fundación. Ambos ámbitos, en consecuencia, dotados de niveles de protección constitucional distinta.

En la misma línea, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2011, de 6 de julio, en su Fundamento Jurídico quinto, tras reiterar el concepto de fundación definido en la STC 49/1988, de 22 de marzo, y que constituye una clarísima definición de la institución fundacional sin apenas margen configurador para el legislador como se puede ver en la STC 341/2005, de 21 de diciembre, lo que hace es definir el contenido esencial del derecho desde la perspectiva subjetiva y finalista del reconocimiento constitucional. De esta manera, en estas tres Sentencias se produce la identificación de los dos perfiles que BAÑO LEÓN apuntaba de los derechos fundamentales, el subjetivo y el objetivo, que encuentran su nexo de unión tanto en la finalidad de consecución del interés general como en la institución fundacional.

La última de las sentencias que el Tribunal Constitucional ha dictado sobre el derecho constitucional de fundación no varía en la práctica lo dicho hasta ese momento. La Sentencia 98/2013, de 23 de abril, lejos de separarse de la jurisprudencia, incluye un fundamento jurídico segundo dedicado a recordar lo dicho sobre la cuestión en los pronunciamientos precedentes. Ahora bien, en esta resolución, el Alto Tribunal huye de la mención al interés general (especialmente en el fundamento tercero) y sitúa la acción fundacional –la creación de la fundación– en la esfera privada del titular del derecho. Entendemos que ello no es necesariamente contradictorio con los pronunciamientos precedentes, sino que hay que situar esta manera de argumentar del Supremo Intérprete en el contexto de un procedimiento sobre la naturaleza civil de ciertas normas sobre fundaciones.

Ello no obstante, el simple contraste entre el detalle con el que el Tribunal define las fundaciones (STC 49/1988, de 22 marzo) y la laxitud de la referencia contenida en el último párrafo del Fundamento Jurídico quinto de la STC 120/2011, de 6 de julio («*organización permanente dotada de personalidad jurídica propia y diferenciada del instituyente*») evidencian que el artículo 34 contiene dos espacios normativos claramente diferenciados.

4.3. GARANTÍA INSTITUCIONAL Y CONTENIDO ESENCIAL: IDENTIDAD O DISPARIDAD EN LOS ÁMBITOS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE FUNDACIÓN

Ahora bien, esta última reflexión nos lleva a otros planteamientos. Si es cierto que la garantía institucional responde a un grado de limitación de la acción del legislador menor que la del contenido esencial ¿por qué el Tribunal Constitucional se obstina en dar una imagen prácticamente acabada de las fundaciones frente a un contenido esencial del derecho especialmente laxo?

Una primera respuesta la encontramos en la tesis de CIDONCHA MARTÍN anclada en la STC 26/1987, de 27 de febrero: dado que el «contenido esencial» del derecho se identifica con la imagen reconocible de la fundación, derecho fundamental y garantía institucional son lo mismo, como son lo mismo «imagen reconocible» y «contenido esencial» del derecho⁵⁸⁹. En consecuencia es normal que el Tribunal limite su esfuerzo explicativo a la definición de la institución.

En nuestra opinión, en el supuesto del derecho de fundación no es correcta esta identificación. El aspecto subjetivo del derecho, aquel sobre el que especialmente incide la garantía del contenido esencial, está vinculado indisolublemente al ejercicio del derecho, a las condiciones en las que los titulares deciden o no actuarlo. Los límites, las restricciones y las normas procedimentales indican ampliamente en esta vertiente del derecho.

⁵⁸⁹ CIDONCHA MARTÍN, A., «Garantía institucional...», *op. cit.*, *ibídem*.

Por el contrario, la garantía institucional se proyecta sobre el resultado del ejercicio del derecho: la fundación creada en virtud del ejercicio del derecho de fundación. De tal manera que, por ejemplo, una legislación que mantuviese la fundación como institución jurídica en los términos *recognoscibles* por los operadores jurídicos y, en cambio fijase una dotación fundacional mínima de 20 millones de euros, ciertamente sería respetuosa con la garantía institucional, pero habría desvirtuado totalmente el contenido esencial del derecho proclamado en la Constitución.

Volveremos sobre esta cuestión, con más detalle, más adelante.

En la STC 120/2011, de 6 de julio, se opera una cierta quiebra de la identificación entre contenido esencial del derecho y garantía institucional. Ciertamente no de manera radical, ya que se sigue haciendo depender el aspecto subjetivo del aspecto objetivo del derecho fundamental. Lo que ocurre a partir de esta Sentencia es que el Tribunal enfatiza, algo que no ocurría en las precedentes, la relación existente la participación y el derecho de fundación, en detrimento de la relación entre propiedad privada y derecho de fundación sobre la que se basaban los precedentes pronunciamientos del Garante. Podemos encontrarnos pues, ante un desandar el camino realizado por el Tribunal en las Sentencias 49/1988, de 22 de marzo, y 341/2005, así como en las distintas Sentencias sobre la propiedad privada y la libertad de empresa⁵⁹⁰. Sin embargo, esta línea argumental tan esperanzadora se ha diluido en favor de una posición más tradicional, iusprivatista, en la STC 98/2013, de 23 de abril, donde el Tribunal Constitucional reitera la vinculación entre derecho de propiedad y derecho de fundación, y el marcado carácter civil de la naturaleza del derecho a fundar.

Quizás por tratarse de la apertura de una nueva vía de interpretación del derecho consagrado en el artículo 34.1 CE es por lo que el Tribunal no realizó en 2011 una definición especialmente prolija de las fundaciones protegidas en sede del «contenido esencial». En este sentido, dado que la cláusula del contenido esencial presenta mayor resistencia frente a la acción del legislador que la de garantía institucional, parece lógico que el Tribunal Constitucional la configure con menor detalle

⁵⁹⁰ Vid. CIDONCHA MARTÍN, A., «Garantía institucional...», *op. cit.*, págs. 175 y ss.

que a la institución que, por lo demás, queda más expuesta a la evolución jurídica de la sociedad que el contenido esencial del derecho subjetivo.

Podemos concluir que el Tribunal, al esbozar un contenido esencial del derecho de fundación –nótese el énfasis en introducir la expresión «derecho de fundación para fines de interés general» (FJ 5º) que no aparecía en las anteriores sentencias⁵⁹¹ ni tampoco en la posterior– quiere preservar el ámbito del derecho subjetivo vinculándolo a los valores constitucionales de participación, mientras que remite al legislador la configuración de la institución fundacional.

Sin embargo, en la STC 120/2011, de 6 de julio, el Tribunal sigue manteniendo una definición muy concreta de la institución «fundación», lo que contrasta con las definiciones más laxas que realiza el Tribunal en relación con otras entidades protegidas como es el caso de las asociaciones (SSTC 133/2006 y 135/2006, de 27 de abril, entre otras).

Este empeño del Tribunal por definir con todo lujo de detalles a la institución fundacional es claramente consecuencia del entorno jurídico en el que nos movemos. Ya se han expuesto y alcanza la categoría de lugar común las notables dificultades que ha tenido en los dos últimos siglos el encaje de las fundaciones en nuestro ordenamiento, por lo que no es en absoluto descartable que el Tribunal aspirase en la primera ocasión en que tuvo la posibilidad, a cerrar el debate sobre el concepto de fundación⁵⁹². De esta manera, cabe entender que el Tribunal pretende zanjar, en un primer momento un debate jurídico que se arrastra desde muy antiguo y que ante la eventualidad de una pluralidad de normativas autonómicas sobre la materia puede generar más inseguridad que seguridad. Así el Tribunal fija algunos de los rasgos más problemáticos de la figura:

⁵⁹¹ Tanto en la STC 49/1988, de 22 de marzo, como en la STC 341/2005, de 21 de diciembre, el Tribunal se refiere al «derecho de fundación “para fines de interés general”», entrecomillando la última frase a modo de cita del texto constitucional. En la STC 120/2011, de 6 de julio, sin embargo, desaparece el entrecomillado por lo que cabe deducir que el Tribunal incorpora a la enunciación del derecho la coletilla «para fines de interés general». En la STC 98/2013, 23 de abril, aunque citando la STC 341/2005, de 21 de diciembre, tampoco figura el entrecomillado, si bien la referencia a los fines de interés general solo aparece una vez en los fundamentos jurídicos.

⁵⁹² En este sentido, vale la pena recordar que en el debate constitucional, Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ aludió a la constitucionalización del derecho de fundación como la constitucionalización de HARIOU –teórico de la personalidad jurídica de las instituciones–, negando implícitamente que se tratase de un derecho subjetivo.

- personalidad jurídica independiente del fundador;
- masa patrimonial vinculada con carácter permanente (en la STC 341/2005, de 21 de diciembre, se matizará que el carácter de permanencia no equivale a perpetuidad);
- finalidad de interés general, *ergo* se excluyen las fundaciones de interés particular;
- facultades configuradoras del fundador (determinación de finalidades, determinación de las reglas de funcionamiento);
- acción tutelar de la Administración (protectorado).

A partir de estos rasgos, sobre los que se volverá con más detalle, el Tribunal limita la acción del legislador en la configuración de la institución fijando un contenido fijo, mínimo e inderogable⁵⁹³. La noción de garantía institucional implica una llamada al legislador –expresa, por lo demás, en el artículo 34.1 CE– para realizar una labor constitutiva respetuosa con el reducto indisponible o núcleo esencial de la institución. Esta materialización ha sido realizada en nuestro Ordenamiento en el artículo 2.1 de la LFE/2002.

En el caso del derecho de fundación, como en otros casos en los que se da una coexistencia en la norma reconocedora del derecho entre derecho subjetivo e institución protegida. Coexisten dos ámbitos protegidos de distinta manera, el contenido esencial del derecho subjetivo y la garantía institucional de la institución. El artículo 53.1 de la Constitución remite al legislador ordinario (autonómico o estatal) la regulación del ejercicio del derecho con respeto al contenido esencial que, de esta manera queda inmune totalmente a la acción del legislador, mientras que esta protección no actúa en relación con la garantía institucional, donde los únicos límites al legislador son la imagen en la cultura jurídica y el efectivo funcionamiento de la institución⁵⁹⁴.

⁵⁹³ CIDONCHA MARTÍN, A., «Garantía institucional...», *op. cit.*, pág. 179.

⁵⁹⁴ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de Derechos...*, *op. cit.*, pág. 59.

Ahora bien, es obvio que el derecho de fundación se realiza necesariamente a través de las fundaciones. En consecuencia, el contenido esencial del derecho deberá incluir, necesariamente a la institución a través de la que se ejercita el derecho. De esta manera, la garantía institucional se integra en el ámbito del contenido esencial del derecho de fundación y goza de la resistencia frente al legislador que la Constitución le atribuye *ex artículo* 53.1⁵⁹⁵. Por ello no es baladí que el Tribunal Constitucional realice una más laxa definición de las fundaciones al explicitar la posición jurídica del titular del derecho de fundación en la STC 120/2011, de 6 de julio, lo que está haciendo es abriendo la puerta a una evolución de la institución fundacional hacia una configuración donde prime el elemento teleológico y organizativo frente al patrimonial.

⁵⁹⁵ CIDONCHA MARTÍN, A., «Garantía institucional...», *op. cit.*, pág. 185.

CAPÍTULO VIII

TITULARIDAD Y EJERCICIO DEL DERECHO DE FUNDACIÓN

La primera aproximación al derecho de fundación, concebido como derecho de libertad, o derecho subjetivo, debe realizarse en relación con quiénes están investidos de la titularidad para su ejercicio. Esto es, quienes son los titulares de este derecho, y cuál es el alcance de ese derecho. La titularidad del derecho está íntimamente unida a la capacidad para constituir fundaciones.

Como es sabido, la Constitución al establecer el reconocimiento de los derechos no contempla una única categoría de titulares de dichos derechos, sino que en consonancia con la tradición jurídica y con los distintos documentos internacionales que reconocen derechos, prevé la existencia de diferentes estatutos en la titularidad del ejercicio de los derechos.

No es este el lugar para describir los diferentes estatutos de titularidad de derechos por lo que nos remitimos a los diferentes manuales de Derecho Constitucional y a las distintas monografías que abordan la cuestión con mayor detalle.

En el caso del derecho de fundación reconocido en el artículo 34 CE, la cuestión de la titularidad está *prima facie* bastante clara: el nexo existente entre este derecho y el derecho de propiedad proyecta sobre aquél el estatuto de titularidad de este.

Por tanto, como primera afirmación de la titularidad del derecho de fundación hay que situarla en el conjunto de ciudadanos –es la rúbrica de la Sección Segunda del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución–. Y, además de a éstos, hay que atribuírsela a las personas jurídicas –privadas al menos en este punto del estudio– pues la naturaleza del derecho y la naturaleza de estas personas no son incompatibles, en los términos afirmados por el Tribunal Constitucional entre otras

en su sentencia 64/1988, de 12 de abril. Asimismo, en aplicación del artículo 13 de la Constitución entendemos que también son titulares de este derecho los ciudadanos extranjeros, en tanto se ejercite en España.

La titularidad responde a una noción abstracta que se concreta en el ejercicio del derecho, y es en este punto donde aparece la capacidad para ejercer el derecho. En la delimitación de los aspectos capacitan para el ejercicio del derecho es donde el legislador encuentra uno de sus principales nichos de acción en materia de derechos constitucionales, incluso aquellos que son fundamentales.

Por ello no es de extrañar que sea este un aspecto especialmente propicio para el debate científico. En el caso del derecho de fundación este debate ha existido y existe con gran intensidad, especialmente en la doctrina civilista, y en parte en la administrativista. La acción del legislador ha sido determinante para activar esta discusión.

El artículo 8.1 de la vigente Ley de Fundaciones (en adelante LFE) establece que:

«Podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean estas públicas o privadas»⁵⁹⁶.

Este mismo precepto, sigue en su regulación:

«2. Las personas físicas requerirán de capacidad para disponer gratuitamente, inter vivos o mortis causa, de los bienes y derechos en que consista la dotación.

3. Las personas jurídicas privadas de índole asociativa requerirán el acuerdo expreso del órgano competente para disponer gratuitamente de sus bienes, con arreglo a sus Estatutos o a la legislación que les resulte aplicable. Las de índole institucional deberán contar con el acuerdo de su órgano rector.

4. Las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario»⁵⁹⁷.

⁵⁹⁶ Este precepto es idéntico al artículo 6.1 de la Ley 30/1994.

⁵⁹⁷ La redacción de estos párrafos en la LFE/2002 es sustancialmente idéntica a la prevista en el artículo 6 de la Ley 30/1994, con una salvedad significativa, la supresión del requisito de la capacidad general de obrar en el caso de las personas físicas..

Este precepto es especialmente problemático. Ya que no determina los titulares del derecho de fundación, sino que atribuye la capacidad para crear fundaciones. Y lo hace en favor de tres tipos de personas:

- a) las personas físicas;
- b) las personas jurídicas privadas, tanto de índole asociativa como institucional;
- c) las personas jurídico-públicas.

Los párrafos 2 a 4 del citado artículo 8 de la LFE vienen a determinar, en cada caso, los elementos que deberán darse para que se pueda ejercer el derecho a una fundación en función de cada uno de los grupos de titulares que se han identificado en el párrafo primero del artículo. De esta manera, el legislador estatal introduce una serie de presupuestos cuya concurrencia es requisito de validez del negocio fundacional en cada caso y cuya ausencia determinaría la anulabilidad⁵⁹⁸ de la disposición creadora de la fundación.

Como se verá más adelante, las personas jurídico-públicas no son titulares del derecho de fundación, pues este está limitado *ex Constitutione* «a los ciudadanos», y así lo ha ratificado de manera indubitada el Tribunal Constitucional en su Sentencia 120/2011, de 6 de julio, al hablar de que el ejercicio de este derecho «*permite a los particulares participar en la realización de actividades de interés general*»⁵⁹⁹.

La titularidad del derecho, por tanto, se predica en abstracto de todos los ciudadanos –personas físicas– y de las personas jurídicas privadas, en aplicación de la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional atendiendo a los fines de la persona y la naturaleza del derecho⁶⁰⁰.

La capacidad, sin embargo, es una producción del legislador. Una concreción que se proyecta sobre el ejercicio del derecho estableciendo los límites de aquél y

⁵⁹⁸ CARRANCHO HERRERO, M.T., La constitución de las fundaciones. J.M. Bosch Editor: Barcelona, 1997, pág. 167.

⁵⁹⁹ FJ 5º.

⁶⁰⁰ STC 139/1995, de 26 de septiembre, FF.JJ. 4º y 5º.

que, en todo caso, deberá ser respetuoso con el contenido esencial del derecho constitucionalmente protegido.

Pues bien, en la LFE, tanto la de 1994 como la posterior de 2002, el legislador ha ejercido su función constitucional de acotar el ejercicio del derecho de fundación en términos de capacidad jurídica para activar las facultades que contiene. Pero ha ido más allá, y en el mismo artículo, y aparentemente con un tratamiento homogéneo, ha concedido la capacidad de ejercer el derecho a quien por su misma naturaleza no es titular del mismo: las personas jurídico-públicas.

La cuestión ha merecido y merece las críticas prácticamente unánimes de la doctrina, incluso de quienes auspiciaron su inclusión en la primera norma legal a modo de excepción⁶⁰¹. Estas críticas, como luego se verá, responden a varios motivos, pero no hay que descartar como uno de los motivos, el uso abusivo que de las fundaciones han hecho todas las Administraciones desde 1994.

Pese a todo, al contrastar la dicción del artículo 8 de la LFE con la del artículo 3.g) de la Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación se observa con claridad la diferencia entre titularidad y capacidad, pues en esta última norma se sí que especifica que se refiere a la titularidad y no solo a la capacidad:

«Las personas jurídico-públicas serán titulares del derecho de asociación en los términos del artículo 2.6 de la presente Ley, salvo que establezcan lo contrario sus normas constitutivas y reguladoras, a cuyo tenor habrá de atenderse, en todo caso, el ejercicio de aquél».

Por lo tanto, y aunque en este capítulo por motivos de sistemática abordemos la cuestión de la capacidad *fundacional* de las personas jurídico-públicas, hay que dejar claro que éstas no son titulares del derecho de fundación.

Por otro lado, y en la misma línea de acotar el contenido de este capítulo, hay que señalar que el legislador, lejos de agotar en sede de la Ley de Fundaciones la

⁶⁰¹ Esta capacidad se estableció en 1994 como un supuesto excepcional, como confiesa uno de los autores del anteproyecto de Ley, recordando que en la época existían dos fundaciones de estas características, la Fundación Argentaria (creada por el *holding* bancario público) y la Fundación de la Universidad Complutense de Madrid (PIÑAR MAÑAS, J.L., «Entidades privadas e interés ...», *op. cit.*, pág. 299).

delimitación de la capacidad para ejercer el derecho de fundación, remite a otras normas legales de alcance más o menos sectorial que, al abordar el régimen patrimonial de los distintos sujetos de derecho, indirectamente están determinado el alcance de la mencionada capacidad. Así, como hemos visto, la LFE únicamente delimita las personas que pueden ejercer el derecho, estableciendo otras normas (Código Civil, Código de Comercio, Leyes de Sociedades...) los presupuestos concretos que habilitan para el ejercicio de este derecho.

Una última apreciación corresponde hacer antes de abordar con mayor detalle los límites que en cada caso tiene la atribución de capacidad para el ejercicio del derecho de fundación. Al tratarse de una condición de ejercicio de un derecho constitucional es evidente que en la determinación de estos extremos, aunque sea de modo indirecto por normas no llamadas a regular el derecho de fundación, no podrá darse una deslegalización. O de otro modo, el hecho de que el artículo 8 de la Ley de Fundaciones remita a la regulación específica no habilita a que sea una norma de rango infralegal, estatal o autonómica, la que con su regulación acabe determinando elementos esenciales en el desarrollo de un derecho como es la capacidad⁶⁰².

Veamos pues los elementos que deben concurrir en cada una de las personas a las que se atribuye la titularidad del derecho de fundación para que su ejercicio sea legítimo.

1. PERSONAS FÍSICAS

1.1. SUPUESTO GENERAL

La condición básica para poder crear una fundación es ostentar la capacidad de disponer gratuitamente «*inter vivos*» de los bienes y derechos integrantes de la

⁶⁰² Vid. STC 83/1984, de 24 de julio, sobre el alcance de la reserva legal prevista en el artículo 53.1 CE.

dotación, es decir, la potestad de donar dichos bienes y derechos. En consecuencia la LFE remite al artículo 624 CC⁶⁰³ en relación con el artículo 1.263 CC⁶⁰⁴, al margen de más matices que exceden el alcance de este trabajo⁶⁰⁵. En líneas generales, diremos que las personas físicas mayores de 18 años no incapacitadas legalmente, y los mayores de 16 años emancipados son quienes tienen atribuida la potestad de crear fundaciones mediante negocios jurídicos «*inter vivos*». La supresión de la referencia a la «capacidad general de obrar» contenida en el artículo 6.1 de la Ley 30/1994⁶⁰⁶ supone una simplificación del régimen de capacidades requeridas, al limitar los requisitos exigibles en el supuesto de la creación mediante negocio «*inter vivos*», a la capacidad general para disponer de los bienes a título gratuito⁶⁰⁷, lo que en última

⁶⁰³ «Podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes».

⁶⁰⁴ «No pueden prestar consentimiento: 1. Los menores no emancipados. 2. Los incapacitados».

⁶⁰⁵ Vid. GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a ...*, op. cit., págs. 90 y ss.

⁶⁰⁶ Es general la aprobación parte de la doctrina de la eliminación del requisito de la *capacidad general de obrar* de entre las condiciones que deben reunir las personas físicas que ejercen el derecho de fundación. La regulación anterior, contenida en el artículo 6.2 establecía la necesaria concurrencia en los fundadores –cuando eran personas físicas– de la capacidad general de obrar y de la capacidad especial para disponer gratuitamente. Este enunciado legislativo –hablaba de capacidad *general* y no de capacidad *plena* que es el término usado comúnmente por la doctrina– generó un cierto debate entre la doctrina (BENEYTO FELIU, J., «Personas Jurídicas, Asociaciones y ...», op. cit., pág. 1.299), toda vez que parecía excluir de la titularidad del derecho de fundación a aquellas personas que no gozaban de la capacidad plena (vid. MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación ...*, op. cit., págs. 66 y ss.).

La supresión de este requisito de la doble capacidad, la general y la específica, no ha tenido una notable repercusión en la aplicación práctica de la norma, toda vez que la doctrina había llegado a la conclusión prácticamente unánime de que el mandato del antiguo artículo 6.2 remitía al estado civil de cada sujeto en el momento de constituir la fundación y, en consecuencia, a la normativa genérica del Código Civil en materia de capacidad (vid. MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación ...*, op. cit., pág. 66; OLAVARRÍA IGLESIA, J., «Comentario al artículo 8. Capacidad para fundar», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, op. cit., pág. 229; y DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., «Constitución, modificación y extinción de las fundaciones en la nueva Ley», en: OLMOS VICENTE, I., *Las fundaciones: su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*, Fundación Futuro-Dykinson, Madrid: 1995, págs. 30 y ss.), aunque alguna doctrina (GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios ...*, op. cit., págs. 91 y ss.) haya considerado que supone una ampliación real de los posibles titulares del derecho.

⁶⁰⁷ Se trata, no obstante, de una capacidad a la que el Código Civil impone ciertas limitaciones: la aportación no puede ser superior a lo que se puede disponer en testamento (art. 636 CC); tampoco se puede disponer para una fundación de bienes que formen parte de las legítimas o los sujetos a reservas hereditarias (arts. 817 y ss.); tampoco se puede disponer de los bienes hasta el punto de privar al fundador de «lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias» (art. 634 CC); en relación a la capacidad especial, disponen de notables limitaciones los deudores incursos en un curso de acreedores (art. 40 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal); o los límites que derivan de una prohibición de disponer, por ejemplo, el heredero fiduciario en una sustitución fideicomisaria simple (art. 781 CC) o el heredero de un declarado fallecido hasta cinco años después (art. 196.2 CC). Asimismo, es frecuente en la doctrina hacer referencia a la capacidad de los cónyuges respecto de bienes que forman parte de una comunidad de bienes en régimen ganancial, circunstancia ésta que exige la aquiescencia de ambos cónyuges salvo que se trate de una pequeña cantidad encuadrable dentro de las «liberalidades de uso».

instancia y según DE PRADA GONZÁLEZ hace depender la capacidad de la naturaleza de los bienes y derechos que vayan a adscribirse a la dotación fundacional⁶⁰⁸.

Si se trata de la constitución testamentaria de una fundación, las personas físicas deberán disponer de la capacidad general para testar, además de la general de disponer gratuitamente de los bienes y derechos que hayan de formar parte de la dotación fundacional. En este caso, a las antedichas remisiones al Código Civil (arts. 624 y 1.263) se añaden las hechas a los artículos 662 y 663⁶⁰⁹ de dicho Cuerpo Legal.

Los aspectos más problemáticos en relación con las personas físicas en los que incide la doctrina de manera prácticamente unánime son:

- Los menores de edad, emancipados o no⁶¹⁰;
- Los incapacitados⁶¹¹;

⁶⁰⁸ DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., «Constitución, modificación y extinción de las fundaciones en la nueva Ley», en: OLMOS VICENTE, I., *Las fundaciones: su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*. Madrid: Fundación Futuro-Dykinson, 1995, pág. 31.

⁶⁰⁹ Artículo 662 CC: «Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente». Artículo 663 CC: «Están incapacitados para testar: 1. Los menores de catorce años de uno y otro sexo. 2. El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio».

⁶¹⁰ Según DE PRADA GONZÁLEZ es «muy dudoso que los menores de edad, incluso emancipados» puedan constituir fundaciones (vid. DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., «Constitución, ..., op. cit., pág. 31), siendo esta la posición mayoritaria de la doctrina (vid. OLAVARRÍA IGLESIA, J., «Comentario al artículo 8..., op. cit., págs. 231 y ss.) al menos en lo que respecta a los menores no emancipados. Sin embargo, desde otra posición (vid. MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación ..., op. cit., págs. 70 y ss.*), se mantiene que aunque es posible mantener una interpretación restrictiva de la literalidad del artículo 166 CC, según la cual aquellos actos de disposición no mencionados deben entenderse prohibidos, lo razonable es mantener un planteamiento posibilista, si bien manteniendo *importantes limitaciones* a la posibilidad de que tutores y titulares de la patria potestad dispongan gratuitamente de los bienes del menor no emancipado. En el caso del menor emancipado, el matiz es mayor, ya que la autorización solo se requerirá en el caso de que la disposición tenga que ver con determinado tipo de bienes (art. 323 CC); en opinión de MORILLO GONZÁLEZ, en este supuesto no cabe negar la capacidad del menor, sino simplemente que el ejercicio de ésta exige la existencia de una autorización específica (vid. MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación ..., op. cit., pág. 74*).

⁶¹¹ Ya se ha visto que el artículo 1.263 CC prohíbe a los menores no emancipados y a los incapacitados la prestación del consentimiento para contratar, lo que puesto en consonancia con el art. 624 CC, obviamente veta tanto a menores no emancipados como a incapacitados la disposición de sus bienes. En este caso (vid. OLAVARRÍA IGLESIA, J., «Comentario al artículo 8..., op. cit., págs. 238-239) la sentencia que declare la situación de incapacidad constituirá la referencia sobre si la incapacidad afecta al contenido del derecho a fundar.

Cuestión distinta es si la ley admite la intervención del tutor, curador o titular de la patria potestad puede completar el *déficit* de capacidad del incapacitado. En este punto la doctrina no es, ni mucho menos unánime: mientras que MORILLO GONZÁLEZ y OLAVARRÍA IGLESIA se manifiestan a favor de la posibilidad de completar la falta de capacidad del eventual fundador, otras voces muy autorizadas como CAFFARENA LAPORTA se muestran muy reacios a encontrar justificación a esta intervención de un tercero (vid. OLAVARRÍA IGLESIA, J., «Comentario al artículo 8..., op. cit., págs. 238-239; MORILLO GONZÁLEZ,

- Los pródigos⁶¹².

1.1.1. Los menores

Las personas sometidas a tutela o patria potestad prorrogada no podrán constituir fundaciones, según opinión generalizada, al no contar con la capacidad para disponer de sus bienes. En estos casos, la doctrina cuestiona que la intervención de padres o tutores pueda suplir la falta de capacidad de los menores no emancipados⁶¹³. En el supuesto de que como apunta MORILLO GONZÁLEZ, se admita la posibilidad de que padres y tutores puedan crear una fundación con bienes y derechos propiedad del sometido a patria potestad o tutela⁶¹⁴, según este autor, deberán concurrir los requisitos de interés del menor, que a su vez, exigirá causa justificada de utilidad o necesidad, y autorización judicial previa audiencia al Ministerio Fiscal⁶¹⁵.

F., *El Proceso de Creación ...*, op. cit., págs. 71 y ss.; CAFFARENA LAPORTA, J., «La constitución de las fundaciones», en: MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a...*, op. cit., pág. 86).

⁶¹² El supuesto de los pródigos, la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 760.3) prevé que sea la sentencia judicial que declare este estado la que determine los actos que requerirán del concurso de la autorización del curador. En este sentido, la ausencia de referencia en la sentencia a la capacidad de constituir fundaciones deberá interpretarse como que el pródigo puede constituir las sin necesidad de la autorización del curador (GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios...*, op. cit., pág. 91).

⁶¹³ Entre otros, CARRANCHO HERRERO, M.T., *La constitución...*, op. cit., pág. 163 y ss.

⁶¹⁴ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación ...*, op. cit., págs. 71 y ss.

⁶¹⁵ Este autor entiende que el proceso habitual exigirá la intervención jurisdiccional previa audiencia al Ministerio Fiscal, lo que convierte la posibilidad de crear fundaciones sin estas intervenciones en «*raras excepciones*», y ello porque la redacción del artículo 166 CC exige la participación del juez siempre que se trate de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos o valores mobiliarios, el objeto de la dotación fundacional. En esta línea argumental una reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sentencia 224/2010, de 22 de abril de 2010, del Pleno de la Sala I) ha afirmado que «*la autorización judicial para la realización del acto por el representante legal cuando la ley lo requiera tiene naturaleza imperativa en el Código civil y no es un simple complemento del acto a realizar [...] [L]a autorización judicial no es un simple complemento como ocurre en la emancipación o en la curatela, sino que es un elemento del acto de disposición, puesto que los padres solos no pueden efectuarlo...*». Sin embargo, el alto Tribunal, que en esta Sentencia estudia la venta de un bien propiedad de dos menores realizada por el padre de éstos sin la autorización judicial, no considera que la ausencia de esta autorización judicial implique un vicio de nulidad radical del negocio, sino la anulabilidad del mismo –una de las tres posiciones que presenta la Jurisprudencia del Tribunal en esta cuestión–. La justificación de esta posición, cuya inmediatez en el tiempo reiteramos, es que «*[e]l acto realizado con falta de poder, es decir, sin los requisitos exigidos en el artículo 166 CC constituye un contrato o un negocio incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva que se produzca la ratificación del afectado [el menor cuando alcance la mayoría de edad], que puede ser expresa o tácita. Por tanto, no se trata de un contrato que aún no ha logrado su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial exigida legalmente, que deberá ser suplida por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.259.2 CC, de modo que no siendo ratificado, el acto será inexistente.*»

La mayoría de la doctrina, sin embargo, es reacia a admitir que los menores no emancipados puedan ejercer el derecho de fundación. En esta línea, y aunque jurídicamente, como hemos visto, no hay prohibición expresa sobre esta cuestión dado que para la disposición de los bienes del menor es necesario que concurra el supuesto de necesidad o utilidad para aquél (art. 166.1 CC), es evidente que el acto de constitución de una fundación debe revestir la citada necesidad o utilidad. O en otros términos, la fundación deberá perseguir un fin que sea del interés del menor. Además, toda vez que la finalidad de la fundación deberá ser de alcance general es prácticamente imposible imaginar un supuesto en el que la constitución de una fundación revista una necesidad o interés para el menor que justifique la disposición de los bienes significativos de su haz patrimonial. Es más, el principio de gratuidad o el carácter filantrópico que inspira la creación de fundaciones es claramente contradictorio con el interés concreto, o la necesidad imperiosa que se desprende del mandato del Código Civil⁶¹⁶.

Cuestión distinta es si un menor puede constituir una fundación por sí mismo. La cuestión es, como hemos visto ciertamente académica o de laboratorio. Y la respuesta es tajante: no. El Código Civil no deja resquicio (artículo 166) alguno a que un menor de edad pueda disponer gratuitamente de sus bienes, con la salvedad que se verá más adelante sobre la posibilidad de los menores de 16 años y mayores de 14 años de crear fundaciones *mortis causa*. Ahora bien, en el supuesto de que se realice un acto de donación o constitución de fundación por parte de un menor, estaríamos ante un supuesto de anulabilidad reclamable bien por los padres del menor bien por éste en el plazo de 4 años desde que alcanzare la mayoría de edad (art. 1.302 CC). Pero insistimos, en que se trata de un supuesto ciertamente extravagante.

⁶¹⁶ Cabría quizás la constitución de una fundación destinada a fomentar la investigación de una determinada enfermedad que sufra el menor, pero ciertamente el objetivo de auspiciar la investigación podría realizarse por otros medios distintos de la vinculación a perpetuidad de los citados bienes y, en todo caso, de manera que la repercusión en la utilidad del menor fuera más directa. Pero este es prácticamente el único supuesto en que se podría dar un ejercicio legítimo del derecho de fundación por parte de un menor no emancipado.

1.1.2. Incapacitados y pródigos

En los supuestos de incapacidad o prodigalidad la referencia esencial para determinar la legitimidad del acto de creación de la fundación, o más en concreto, el acto de disposición patrimonial que dé origen a la fundación, pues es para la realización de este acto para lo que se exige la capacidad legal, es la sentencia judicial que declare la incapacidad o la prodigalidad. Esta sentencia, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 289 del Código Civil determinará los actos para los que el incapacitado o pródigo requerirá del concurso de la autorización del curador. Esta circunstancia no plantea problemas en el caso de que la sentencia incluya entre los actos que requieren de la autorización del curador la constitución de fundaciones, pero ¿qué ocurre si se omiten este tipo de actos?

En principio, parece que la opción lógica es que si no hay mención expresa se entenderán que una acción del tipo que nos ocupa no requerirá la intervención de terceros. Ahora bien, la cuestión es si la sentencia se refiere expresamente a la disposición de bienes y derechos a título gratuito pero no a la constitución de fundaciones. OLAVARRÍA IGLESIA indica que «*en el supuesto de que la sentencia no se pronuncia (sic) expresamente en tal sentido [actos que el pródigo no puede realizar sin consentimiento del curador] respecto de la posibilidad de fundar o, al menos, sobre la posibilidad de realizar actos de disposición a título gratuito*» operará lo dispuesto en el artículo 286 CC, esto es una remisión a los actos para los que, en el supuesto de tutela el tutor requiere de autorización judicial (art. 271 CC) y en los que expresamente no figura la posibilidad de crear una fundación, aunque sí la disposición de bienes y derechos a título gratuito.

Cabe una interpretación en estos supuestos según la cual la constitución de fundaciones debe entenderse como una forma de disposición de bienes y derechos a título gratuito, de manera que en el supuesto en que la sentencia que declara la incapacidad o la prodigalidad establezca límites a la disposición de bienes y dere-

chos con el referido título, esta limitación también afectará a la constitución de fundaciones, aunque no aparezca mencionada expresamente en la resolución jurisdiccional.

Pero en todo caso, hay que insistir en que el derecho de fundación es un derecho de libertad basado en la autonomía de la voluntad. A ello hay que añadir que precisamente esta voluntad es la base sobre la que se constituye una fundación. Por ello, es inconcebible que en un supuesto de incapacitación o prodigalidad –que son alteraciones de la voluntad– se admita la posibilidad de que terceros –ya sea el tutor, el curador o incluso, la autoridad judicial– *sustituyan o complementen* la voluntad del presunto fundador para crear una fundación. Por lo tanto, la interpretación que debe hacerse de las disposiciones que rigen estos estados en cuanto a la capacidad para crear fundaciones deberá ser siempre restrictiva respecto de la participación de terceras personas. Postura, por lo demás, coherente con la vigente legislación.

1.1.3. Otras cuestiones sobre la capacidad

De lo expuesto queda claro que la titularidad del derecho de fundación, en lo que respecta a las personas físicas, tiene limitaciones específicas que van más allá de las establecidas en otros derechos constitucionales, tales como la mayoría de edad o la ciudadanía. De hecho, en el caso que nos ocupa la condición de ciudadanía carece de trascendencia y solo la mayoría de edad, en la medida en que determina la plena capacidad de obrar (art. 322 CC) afecta al ejercicio del derecho.

Además de la mayoría de edad, al tratarse de un ejercicio del derecho de propiedad privada –en el caso de las personas físicas es obvio– habrá que remitirse a las limitaciones que imponga la ley *ex articulo* 348 del Código Civil, que son las que se han expuesto anteriormente de manera sucinta. Estas limitaciones dependerán, como se ha visto, de las circunstancias personales de quien pretenda ejercer el derecho de fundación –minoría de edad, incapacitación, prodigalidad, emancipación...– , pero también del tipo de bienes de que se trate, ya que el Código Civil, principal-

mente, articula diferentes estatutos jurídicos en función de los bienes. Estos distintos regímenes jurídicos, ya sean de base personal o real, encuentran cobertura en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁶¹⁷. Por lo demás, la ubicarse, tanto el artículo 33 como el artículo 34 de la Constitución en la Sección 2ª del Capítulo II del Título I, las previsiones limitativas cumplen con la reserva legal que el artículo 53.1 de la Carta Magna impone para la regulación del ejercicio de estos derechos⁶¹⁸.

Por último, respecto a la nacionalidad, este derecho constitucional se encuentra situado bajo una rúbrica que se refiere a los «ciudadanos». Sin duda, no se trata de uno de los derechos vinculados a la dignidad humana y que, por tanto, debe atribuirse a todas las personas en los términos que se han fijado entre otras, en la STC 236/2007, de 7 de noviembre. Por otra parte, tampoco se trata de un derecho cuya naturaleza y contenido exijan la restricción de su titularidad a los ciudadanos españoles. Por tanto, corresponde al legislador modular su reconocimiento a los ciudadanos (personas físicas y jurídicas) extranjeras, pues se encuentra habilitado para ello por el artículo 13.1 CE, y según se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de extranjería.

En la práctica, el legislador ha optado por establecer un régimen indistinto para ciudadanos españoles y extranjeros, en cuanto a la titularidad del derecho de fundación.

⁶¹⁷ Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha realizado una caracterización un tanto confusa del derecho a la hora de distinguir su vertiente objetiva y su vertiente subjetiva (*vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., «Comentario al artículo 33», en: CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios...*, *op. cit.*, págs. 908-909). En este sentido, la referencia más significativa se encuentra en la STC 37/1987, de 26 de marzo, donde se afirma que el derecho de propiedad privada «se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas» que «ha experimentado en nuestro siglo [XX] una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código Civil [derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes]. Por el contrario [...] ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diverso [...] que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae» (FJ 2º).

⁶¹⁸ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11º.

1.2. CREACIÓN DE FUNDACIONES *MORTIS CAUSA*

Realmente no estamos ante un supuesto de capacidad distinto del general expuesto en el epígrafe anterior. Sin embargo, históricamente, la institución fundacional ha tenido una estrecha vinculación con los negocios *mortis causa*⁶¹⁹, pues el nexo de unión entre caridad y fundación se proyectaba perfectamente sobre obras llamadas a ayudar al alma del fundador.

La creación de una fundación a través de un negocio «*mortis causa*» conlleva necesariamente la forma testamentaria, según dispone el artículo 9 LFE. Ello implica que la creación de las fundaciones en esta modalidad se vea afectada por el régimen jurídico al que se somete el testamento en cuanto a condiciones de validez, limitaciones respecto de legítimas⁶²⁰, revocabilidad, etc...

La capacidad para testar está regulada en el Código Civil en los artículos 662 a 666 y, en líneas generales, se corresponde con la capacidad general de obrar, lo que en el caso de la constitución de fundaciones remite necesariamente a la capacidad de disponer gratuitamente, esto es, al artículo 624 del Código Civil, como se ha dicho.

Sin embargo, llama la atención que un menor, siempre que sea mayor de 14 años, puede otorgar testamento –en el que supuestamente podría constituir una fundación– mientras que el Código no le permite disponer de sus bienes hasta la mayoría de edad o la emancipación (16 años) en el caso de un negocio «*inter vivos*».

En relación con esta última cuestión, CARRANCHO HERRERO hace una interpretación posibilista de esta aparente antinomia: al tener el testamento eficacia «*post mortem*», la no revocación del mismo alcanzada la mayoría de edad por el testador supone una especie de convalidación tácita del testamento⁶²¹.

⁶¹⁹ Vid. VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como...*, *op. cit.*, págs. 69 y ss.

⁶²⁰ En este caso, podría llegar a ponerse en cuestión la viabilidad de la propia fundación por insuficiencia de la dotación. Vid. MATO PACÍN, M.N., «La dotación fundacional. Consideraciones al hilo de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 40, de 11 de enero de 2010», en: AA.VV., *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*. Madrid: Iustel, 2011, págs. 526-527.

⁶²¹ CARRANCHO HERRERO, M.T., *La constitución ...*, *op. cit.*, pág. 170.

La LFE exige que en el testamento en el que se disponga la creación de la fundación se incluyan los elementos exigidos por esta misma norma para la escritura fundacional. Sin embargo, y como se verá en otro apartado de este trabajo, y en coherencia tanto con la promoción del interés general como con la noción de respeto a la voluntad del fundador, se permite que el negocio fundacional se complete por terceros siempre que haya quedado clara la voluntad del testador de crear una fundación y la determinación de los bienes con que se dotará.

1.3. RECAPITULACIÓN

El legislador ha delimitado la capacidad de crear fundaciones de las personas físicas a través de la Ley de Fundaciones del Estado. Se trata de una delimitación amplia, ya que solo exige la capacidad para disponer a título gratuito.

Esta circunstancia remite la configuración de la capacidad a otras normas legales, singularmente el Código Civil y a la capacidad para disponer a título gratuito regulada en este cuerpo legal, a su vez, vinculada a la capacidad general de obrar.

Sin embargo, es en los supuestos problemáticos como los extranjeros, los menores o las personas incapacitadas o sometidas a tutela, donde podemos encontrar las pautas que acotan los contornos de la capacidad para ejercer el derecho de fundación.

Así, el legislador no ha ejercido su competencia para modular un derecho como el de fundación respecto a los extranjeros. Ni en relación con la capacidad para ejercerlo, ni respecto a la titularidad, ha establecido un régimen jurídico distinto del de los ciudadanos españoles.

En cuanto a los menores de edad y personas sometidas a tutela hemos concluido que no es posible que quien tiene encomendada dicha tutela pueda hacer una manifestación de la voluntad fundacional o, ni siquiera, completarla en sus aspectos

esenciales. El derecho de fundación es un derecho que, en este punto, es personalísimo y solo puede ser ejercido de manera directa por su titular cuando esté expresamente capacitado para ello.

Es esta una exigencia de la naturaleza de un derecho que sobrepasa la condición de simple acto de disposición a título gratuito, y se debe entender como una manifestación de la autonomía de la voluntad y de la libertad del individuo para participar activamente en la vida social, política, económica y cultural. Por tanto, no cabe el ejercicio de este derecho por parte un tercero.

2. PERSONAS JURÍDICAS DE CARÁCTER PRIVADO

La LFE contempla dos supuestos de personas jurídicas privadas a los que atribuye la capacidad para ejercer el derecho de fundación: las que tienen carácter asociativo y las que lo tienen institucional.

Con carácter previo hay que mencionar que desde algunas posiciones se ha planteado que la ubicación sistemática del artículo 34 en la sección segunda «de los derechos y deberes de los ciudadanos» del Capítulo II del Título I de la Constitución pueda tener efectivamente implicaciones en la titularidad del derecho. Así, por ejemplo, PIÑAR MAÑAS en 1996 *se inclinaba «a pensar que las personas jurídico-privadas son titulares del derecho de fundación, como también lo son las fundaciones ya constituidas»*⁶²². Para alcanzar esta conclusión el profesor PIÑAR MAÑAS recurre, principalmente, a un detallado excurso por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que delimita la titularidad de los derechos constitucionales. En este sentido cita, entre otros, la STC 137/1985, de 17 de octubre, referida a la libertad del domicilio, en la que el Alto Tribunal entiende que ésta *«se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del*

⁶²² PIÑAR MAÑAS, J.L., «El derecho de fundación como derecho fundamental», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 4, 1996, pág. 169.

sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional, y todas las hipótesis en que la instrumentación del derecho a la libertad no aparezcan o sean incompatibles con la naturaleza y la especialidad de fines del ente colectivo» (FJ 3º)⁶²³.

Sea como fuere, la reflexión que se origina a partir de la ubicación sistemática del artículo 34 en la Constitución no sobrepasa el ámbito estrictamente académico y, si se quiere, una perspectiva excesivamente purista. Nuestra tradición jurídica es que las personas juridicoprivadas tienen atribuida la facultad de constituir fundaciones. En la doctrina científica, por ejemplo, VALERO AGÚNDEZ afirmaba en 1969 que *«pueden constituir fundaciones tanto las personas físicas como las jurídicas, públicas o privadas»*⁶²⁴. En términos similares lo hacía unos años después (1973) VILASECA I MARCET⁶²⁵. El resto de la doctrina obvió la cuestión, lo que da a entender con claridad la unanimidad reinante. En la legislación preconstitucional y postconstitucional no se cuestionó la posibilidad de que las personas jurídicas privadas pudiesen constituir fundaciones, al menos, en términos generales. Así, el anteproyecto de ley de fundaciones de 1981 contenía un artículo tercero cuya dicción era:

«Podrán constituir Fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean estas públicas o privadas.

Las personas físicas requerirán la capacidad general de obrar y la especial para disponer gratuitamente de los bienes en que consista la dotación.

Las personas jurídicas privadas de índole asociativa requerirán el acuerdo expreso de su junta general o asamblea de socios; en las de índole institucional será necesario el acuerdo de su órgano rector.

La capacidad de las personas jurídico-públicas para constituir Fundaciones se regirá por lo establecido en el ordenamiento jurídico administrativo.

⁶²³ En términos similares ya se pronunció el Tribunal Constitucional en su Sentencia 19/1983, de 14 de marzo, sobre la posibilidad de que las personas jurídicas –en este caso una Diputación Foral– pudiesen recurrir en amparo, dando una respuestas satisfactoria siempre que concurra un interés legítimo.

⁶²⁴ VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación ...*, op. cit., pág. 276.

⁶²⁵ VILASECA I MARCET, J.M., «Fundaciones culturales privadas», en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 72, núm. 2, 1973, pág. 323 (115).

La capacidad de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas se regirá por su propio derecho estatutario, de acuerdo con la Ley de Libertad Religiosa y disposiciones que la desarrollan»⁶²⁶.

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 1/1982, de la Generalidad de Cataluña, de 3 de marzo, sobre Fundaciones privadas de Cataluña, la primera norma legal que reguló *in extenso* las fundaciones en nuestro país desde el siglo XIX, establecía:

«Se rigen por la presente Ley las Fundaciones privadas a que se refiere el artículo 9º, apartado 24, del Estatuto de Autonomía de Cataluña, constituidas en el ejercicio del derecho de fundación, reconocido en la Constitución, por las personas naturales o jurídicas privadas...».

Esta tónica se ha mantenido en el resto de normas reguladoras del régimen de las fundaciones, tanto a nivel estatal como autonómico. También la *praxis* ha ido por esta línea, y sirva como ejemplo la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1987 (Fundamento de Derecho 4º).

En la propia norma legal, como se ha visto, se distingue entre las personas jurídicas privadas que tienen *índole asociativa* y aquellas que, por el contrario, la tienen *institucional*. Se trata de una distinción cuyo fundamento radica, según la práctica totalidad de las interpretaciones en la existencia de una base social o no en la persona jurídica. Así, entre las de *índole asociativa* se incluiría toda la tipología de sociedades que reconoce nuestro derecho: asociaciones, sociedades mercantiles o sociedades civiles, entre otras.

Por su parte, la categoría de personas jurídicas de *índole institucional*, aglutina a una serie de instituciones que carecen de socios en su organización, de esta manera en este grupo incluye la doctrina principalmente a fundaciones y a las Cajas de Ahorro, a quien el Tribunal Constitucional otorgó un estatuto jurídico específico en la STC 49/1988, de 22 de marzo. MORILLO GONZÁLEZ es el autor que mejor ha abordado la problemática que plantea que el legislador haya optado por una clasificación inédita en la legislación⁶²⁷, la jurisprudencia y la doctrina *iusprivatista* de nuestro

⁶²⁶ Nótese la coincidencia prácticamente total entre este artículo y el artículo 6 de la Ley 30/1994, redactada y aprobada más de 15 años después.

⁶²⁷ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso... op. cit.*, págs. 85-86.

país, recurre al Derecho Administrativo y, especialmente a GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ⁶²⁸, para desentrañar el significado exacto de la expresión utilizada por el legislador en el artículo 8.3 LFE. Este autor concluye que «[a] la vista de los argumentos presentados por la doctrina administrativa para clasificar a las personas jurídicas, se puede deducir que nuestro legislador, al contraponer las personas jurídico privadas de índole asociativa a las de índole institucional, ha acogido la tesis en virtud de la cual, estas últimas, están caracterizadas por ser personas jurídicas cuya estructura es diversa de aquella propia de las asociaciones, y que se caracterizan por carecer propiamente de miembros y ser creación de un sujeto o sujetos que las constituyen con un sentido finalista, en relación a un objetivo que justifica su nacimiento, aportando los medios tanto materiales como organizativos necesarios para la realización de un fin en interés ajeno».

En consecuencia, MORILLO GONZÁLEZ considera que en esta categoría deben incluirse, además de las fundaciones ya constituidas, como se ha indicado, las Cajas de Ahorro, y también entidades tales como la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE). Junto con estas entidades, también podrían incluirse en esta categoría determinadas corporaciones tales como los Colegios o Cámaras oficiales, aunque en estos últimos casos son Corporaciones de Derecho Público. En su opinión, que compartimos, la opción del legislador es acertada por cuanto permite ampliar la titularidad del derecho de fundación hasta cubrir la práctica totalidad del espectro de

⁶²⁸ La tesis de estos dos autores, según MORILLO GONZÁLEZ (*vid. El Proceso...*, *op. cit.*, págs. 85-86) es que el Derecho administrativo reconoce la existencia de Corporaciones e Instituciones, las primeras se caracterizan por ser un conjunto de personas, mientras que las segundas carecen de miembros, aunque no interesados o beneficiarios o usuarios y persiguen un fin determinado, establecido por quien crea la institución, al que tienen consagrado su patrimonio y medios. Las instituciones, según estos destacados autores son públicas o privadas, y estas últimas son denominadas fundaciones. MORILLO GONZÁLEZ (*vid. El Proceso...*, *op. cit.*, pág. 86) también se hace eco de la posición doctrinal de otro grupo de administrativistas como PARADA VÁZQUEZ o ENTRENA CUESTA, cuya clasificación parte de la distinción entre personas jurídicas públicas territoriales e institucionales, siendo las primeras las que tienen su característica fundamental en su vinculación a un determinado ámbito territorial, mientras que las segundas vienen determinadas principalmente por el ejercicio de una función concreta, con independencia de la variable territorial; estas segundas personas jurídicas públicas se pueden dividir, según estos autores, entre fundaciones y corporaciones. SANTAMARÍA PASTOR, por su parte, se refiere a la existencia de «entes instrumentales de carácter institucional», que se contraponen a los de carácter corporativo, siendo estos últimos los que se basan en una asociación de diversos entes públicos, mientras que los de carácter institucional aglutinan en su seno a los entes públicos de gestión (organismos autónomos, entidades públicas empresariales y entidades gestoras de la Seguridad Social), a las sociedades públicas y a las fundaciones públicas (*vid. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Principios de Derecho Administrativo. 3ª ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, , vol. I, págs. 366 y ss.*).

personas físicas y jurídicas dotadas de capacidad de actuar en el tráfico jurídico. El recurso por el legislador a una categoría de persona jurídica relativamente novedosa no implica, como reconoce el citado autor, crear una nueva categoría de personas jurídicas, sino que más bien al utilizar un sinónimo jurídico de las fundaciones que no tiene un alcance tan restringido, permite incluir en este grupo a otras entidades que sin ser fundaciones no disponen de base asociativa.

Tanto en el supuesto de las Cajas de Ahorros como en el de la ONCE se ha ejercitado el derecho de fundación dando como resultado la creación de un nutrido tejido fundacional a iniciativa de las distintas Cajas de Ahorros –asumiendo en buena medida lo que se conoce por «obra social» de estas entidades–, así como a la creación de la Fundación ONCE⁶²⁹. En la actualidad, precisamente, el tejido fundacional de las Cajas de Ahorros se encuentra en un profundo proceso de transformación en consonancia con aquel en el que están inmersas estas entidades financieras y que ha dado como resultado, o bien la transformación de éstas en *fundaciones especiales* o bien en la *independización* de las antiguas fundaciones de las Cajas de Ahorros respecto de las entidades fundadoras, hoy convertidas en bancos⁶³⁰.

⁶²⁹ La Fundación ONCE para la Cooperación e Inclusión Social de Personas con Discapacidad fue constituida por la Organización Nacional de Ciegos Españoles mediante acuerdo de 28 de enero de 1988 de su Consejo General, por razones de solidaridad social con las personas discapacitadas. Sus fines son la realización de forma directa o concertada de programas de integración social y prestaciones sociales para personas con discapacidad física, psíquica, sensorial o mental, destacando prioritariamente la formación y el empleo así como la accesibilidad y la superación de barreras de cualquier clase.

⁶³⁰ Este proceso se inició con el Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de Órganos de Gobierno y otros Aspectos del Régimen Jurídico de las Cajas de Ahorros; en el ejercicio de sus competencias, prácticamente todas las Comunidades Autónomas dictaron normas relativas al proceso de conversión de las Cajas de Ahorros en fundaciones de carácter especial, y finalmente, el Gobierno envió al Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias el 11 de junio de 2013 (*BOCG. Congreso de los Diputados*, Serie A: núm. 49-1, 21.06.2013).

2.1. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE FUNDACIÓN POR LAS PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS DE ÍNDOLE ASOCIATIVA (SOCIEDADES)

A la hora de abordar esta cuestión es necesario deslindar entre las personas jurídicas privadas de *índole asociativa* que *a priori* tienen finalidad lucrativa (sociedades) y aquellas que *a priori* no la tienen (asociaciones). La Ley de Fundaciones no realiza esta distinción, sin embargo no se trata de una diferenciación extraña al ordenamiento ya que puede encuadrarse en la realizada en el artículo 35 del Código Civil:

«Son personas jurídicas:

1. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley.

Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados»⁶³¹.

La gama que el ordenamiento jurídico contempla de personas jurídicas privadas de índole asociativa que persiguen un interés particular es muy notable, tanto desde una perspectiva civil como mercantil. Así, y sin ánimo de exhaustividad se pueden identificar, entre las sometidas al régimen jurídico mercantil, las sociedades capitalistas (sociedades anónimas y de responsabilidad limitada), caracterizadas al margen de lo que se dirá a continuación, por la búsqueda de la consecución de un lucro repartible entre los socios; sociedades personalistas (sociedades colectivas y comanditarias), caracterizadas por la puesta en común de bienes y trabajo para el ejercicio de una actividad económica. Junto con estas sociedades, también el Derecho civil ordena algunas sociedades, como es el caso de las comunidades de bienes

⁶³¹ El propio artículo 36 del Código Civil refuerza la distinción del régimen jurídico de ambos tipos de asociaciones al establecer que *«Las asociaciones a que se refiere el número 2.º del artículo anterior se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste»*.

(art. 392 CC), si bien algunas sociedades aunque adopten forma mercantil se encuentran sometidas al régimen civil en función del objeto que persiguen⁶³². También existen otras sociedades cuyo régimen jurídico se encuadra dentro del Derecho mercantil, aunque carecen de la característica de perseguir el lucro partible entre sus socios, cual es el caso de las cooperativas o las mutuas, que persiguen la consecución de beneficio económico para sus socios, aunque no necesariamente vinculado al reparto de beneficios.

Para centrar la cuestión y, principalmente por el carácter ejemplificador de las sociedades que la doctrina atribuye a las sociedades anónimas⁶³³, nos remitiremos a continuación a este tipo de sociedades en relación con la capacidad de las sociedades de ejercer el derecho de fundación, sin perjuicio de referencias puntuales a otro tipo de sociedades.

En relación a estas sociedades, hay cuatro aspectos que suscitan nuestro interés en la medida en que afectan a la constitución de fundaciones: la compatibilidad entre el ánimo de lucro⁶³⁴ que caracteriza a las sociedades y la ausencia de lucro que identifica a las fundaciones; la compatibilidad de fines entre la sociedad fundadora y la fundación; las relaciones que se establecen entre el patrimonio de la sociedad y el de la fundación, y por último, el órgano competente para decidir la creación de la nueva entidad.

⁶³² BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*. (10ª ed.), Madrid: Tecnos, 1994, pág. 182.

⁶³³ Por ejemplo, DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*. Madrid: Civitas, 1984.

⁶³⁴ La doctrina mercantilista ha descrito la causa del contrato de sociedad en base a dos conceptos distintos, aunque complementarios y aún indisociables (vid. PAZ-ARES, C., «La sociedad en general: elementos del contrato de sociedad», en: URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*. Madrid: Civitas, 1999, vol. I, pág. 471), cuales son los de *fin común* y *objeto social*. El primero de ellos, es para PAZ-ARES «el elemento aglutinante de la asociación de personas y, por tanto, el elemento constituyente de su personificación» mientras que el objeto social es «la actividad que se ha programado desarrollar para la consecución del fin común» (vid. PAZ-ARES, C., *ibid.*). Manuel BROSETA PONT expone la distinción entre ambos elementos en los siguientes términos: «[e]ntendiendo la causa del negocio jurídico como la finalidad económico-social que las partes persiguen al estipularlo, la del contrato de sociedad será el ejercicio en común de una o varias actividades económicas para obtener un lucro que sea repartible entre los socios» y aunque utilizando distinta terminología, apunta que «el objeto de la sociedad (u objeto social [el subrayado es del autor]) puede definirse diciendo que es la actividad o las actividades para cuya realización la sociedad se constituye. El “objeto social” se distingue así del “fin social”, entendido éste como el intento de obtener un lucro que sea repartible entre los socios» (BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, op. cit., págs. 188-189).

2.1.1. La compatibilidad entre el objeto social de las sociedades y la ausencia de ánimo de lucro de las fundaciones

Por orden de exposición, abordaremos primero la cuestión de si es compatible o no con la persecución del ánimo de lucro de una sociedad que ésta constituya una fundación que, como es evidente, es una institución caracterizada por la ausencia del ánimo de lucro.

Como apunta CAFFARENA LAPORTA, la práctica «aplastó» esta polémica y el legislador, tanto en 2002 como 1994 se limitó a «certificar su defunción»⁶³⁵. El debate se planteaba, siguiendo a MORILLO GONZÁLEZ en los siguientes términos: *«el mayor obstáculo que existe es el principio tradicional de que [las sociedades] deben perseguir en su actuación el ánimo de lucro. Siendo fundaciones entidades de interés general que tienen vedado absolutamente el reparto de ganancias, parece que difícilmente la creación de una fundación se ajusta a aquellas finalidades, por cuanto que la dotación de la fundación supone la posible privación a los socios de unos hipotéticos beneficios sin obtener un equivalente patrimonial a cambio»*⁶³⁶. Sin embargo, como hemos dicho, principalmente por la vía de los hechos –a los cuales no ha sido ajeno el propio legislador al establecer privilegios fiscales para la creación y participación en fundaciones en sede del Impuesto de Sociedades– y con el aval de la doctrina mayoritaria, la posibilidad de que las sociedades vieran reducido su apoderamiento para constituir fundaciones no ha tenido efectos prácticos. Así, OLAVARRÍA IGLESIA apunta como argumentos que han avalado la realidad práctica los siguientes: *«la capacidad plena de las sociedades, no limitada por el objeto social, la revisión que la doctrina mercantilista ha venido realizando sobre la vigencia o la forma de entender el ánimo de lucro en las sociedades mercantiles, la inexistencia de norma jurídica positiva alguna que exija que el ánimo de lucro deba estar presente en todos y cada una de las acciones que emprendan estas entidades y la inexistencia de un derecho del socio que implique el reparto de todos y cada uno de los beneficios que produce la actividad societaria»*⁶³⁷.

⁶³⁵ CAFFARENA LAPORTA, J., «La constitución de las fundaciones», en: MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a...*, op. cit., pág. 87.

⁶³⁶ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso...* op. cit., pág. 78.

⁶³⁷ OLAVARRÍA IGLESIA, J., «Comentario al artículo 8...», op. cit., pág. 252.

La cuestión, no obstante no es totalmente baladí, pues cabe encuadrarla en la propia noción de naturaleza jurídica del contrato de sociedad. El artículo 1.665 del Código Civil establece que «*la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias*». A partir de este precepto, que es la cabecera de nuestro ordenamiento societario, la doctrina tradicional en la disciplina mercantil⁶³⁸ ha establecido la normatividad imperativa del ánimo de lucro en la sociedad⁶³⁹.

Sin embargo, a esta doctrina se le opone otra⁶⁴⁰, encabezada por los profesores GIRÓN y PAZ-ARES, que consideran que el tráfico jurídico actual y, sobre todo, la irrupción de la regulación constitucional (art. 22) en materia asociativa –la sociedad mercantil no deja de ser una especie dentro del género de la asociación– impiden seguir atribuyendo al ánimo de lucro el carácter identificador de la sociedad mercantil propia de estadios anteriores del desarrollo económico o de regímenes recelosos de la actividad asociativa de los ciudadanos⁶⁴¹. De esta manera, el ánimo de lucro cede como elemento distintivo para dejar este papel a elementos tales como la organización o el papel de agente económico que realiza la sociedad. Según los profesores FONT GALÁN y PINO ABAD⁶⁴² estamos ante una quiebra o disolución causal del contrato de sociedad en torno al lucro, prescindiendo y desentendiéndose de toda

⁶³⁸ Vid. BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*. 16ª ed., Madrid: Tecnos, 2009, pág. 277.

⁶³⁹ FONT GALÁN, J.I., y PINO ABAD, M., «La relevante causa negocial de la sociedad: una relectura (sólo) jurídica del concepto legal de sociedad», en: AA.VV., *Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*. Madrid: McGraw Hill, 2002, vol. I, págs. 568 y ss.

⁶⁴⁰ Entre otros, asumen estos postulados EMBID IRUJO y MARTÍNEZ SANZ —*vid.* EMBID IRUJO, J.M., «Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)», en *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 7, 2003, págs. 79-100; BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, pág. 278—. Precisamente este último considera conveniente asumir un *concepto amplio de sociedad* en el que «*solo es necesaria la presencia de un acuerdo entre los socios (origen negocial) y la existencia de un fin común, sea o no lucrativo*»; y un *concepto restringido de sociedad* que «*abarcaría sólo aquellas sociedades que contasen efectivamente con ánimo de lucro*» (*Ibidem*).

⁶⁴¹ En palabras de PAZ-ARES «[e]l legislador del Code Civil, y por influjo de éste, el nuestro quisieron establecer un control gubernativo de aquellas entidades que, por no perseguir fines lucrativos, podían operar como centros autónomos sustraídos y, eventualmente, opuestos a la autoridad del Estado. Por esa razón crearon un espacio de libertad en el marco del derecho de sociedades y lo acotaron por el ánimo de lucro, que aseguraba el carácter inofensivo de la asociación. El espacio vigilado era el restante». (*Vid.* PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Ánimo de lucro y concepto de sociedad (breves consideraciones a propósito del artículo 2.2 LAIE)», en: AA.VV., *Derecho Mercantil de la Unión Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*. Madrid: Civitas, 1991, pág. 734).

⁶⁴² FONT GALÁN, J.I., y PINO ABAD, M., «La relevante causa negocial ...», *op. cit.*, pág. 548.

causa unitaria –el lucro– que constreñiría o frustraría las posibilidades y aspiraciones de relevancia política económica y social, o sea, institucional, y de uso polifuncional de la sociedad. Estos dos autores identifican como *institucionalistas* y *polifuncionalistas* a quienes mantienen estas tesis⁶⁴³. Critican estos autores que desde estas posiciones se haga una interpretación «*laxa del lucro social pretendidamente equiparable a cualquier ventaja económicamente valorable, en la medida en que ésta sea interpretable por cada socio de acuerdo con su interés particular*»⁶⁴⁴.

De adoptar una posición *institucionalista* o *polifuncionalista* en lo que interesa a nuestra investigación, contribuiría a facilitar de manera decisiva el ejercicio del derecho de fundación por parte de las sociedades. En este punto, caracterizada la sociedad mercantil como un sujeto que persigue la consecución de ganancias para los socios y no necesariamente la consecución de un lucro partible, la eventual incompatibilidad entre el fin social (el lucro) y la ausencia de ánimo de lucro de la fundación se diluye hasta desaparecer y, permite que la creación de una fundación sea percibida como una actividad para la consecución del objeto social, toda vez que, como afirma MORILLO GONZÁLEZ «*la propia creación de una fundación constituye un lucro indirecto para la sociedad creadora*», es decir, una ganancia⁶⁴⁵. Así, se podría dar, en una suerte de reducción al absurdo, la posibilidad de constituir una sociedad mercantil cuya principal actividad, si no la totalidad de la misma, fuera precisamente, la constitución de una fundación.

En nuestra opinión, la posición expuesta de MORILLO GONZÁLEZ, si bien no está vedada expresamente por la LFE no es coherente con el espíritu del artículo 34 de la Constitución, ya que la principal ganancia que debe perseguir la creación de una fundación no es de carácter privado de los socios de una determinada sociedad, sino de la comunidad en general, no en vano, ese es el tenor que cabe aplicar al artículo 34 tras la lectura de los debates constituyentes.

Por el contrario, al seguir un posicionamiento tradicional respecto al concepto de sociedad —que como se verá con posterioridad, es el concepto que mantiene el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia núm. 1.229/2007, de la Sala

⁶⁴³ Entre ellos destacan a PAZ-ARES y GIRÓN TENA.

⁶⁴⁴ FONT GALÁN, J.I., y PINO ABAD, M., «La relevante causa...», *op. cit.*, pág. 575.

⁶⁴⁵ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso...*, *op. cit.*, pág. 80.

I, Sección 1ª, de 29 de noviembre— el problema entre compatibilidad del fin social —el ánimo de lucro— y la ausencia de lucro de las fundaciones permanece vivo. En este sentido, como expone RUIZ OJEDA es general en la doctrina que las sociedades pueden constituir fundaciones, posición que para este autor se refuerza con *«la colocación sistemática de este apartado a continuación del primero del mismo artículo, que recoge una auténtica declaración de intenciones del legislador: la generalización de la posibilidad de constituir fundaciones a toda clase de personas, sin hacer distinción de ninguna clase»*⁶⁴⁶. Esta posición tiene, sin embargo y como más adelante se verá, el necesario correlato de que la actividad fundacional deberá tener un carácter accesorio o complementario de la actividad societaria, vinculada al objeto social de la entidad.

2.1.2. Compatibilidad del fin social de la sociedad y de la finalidad perseguida por la fundación

Aunque la doctrina apenas ha abordado la cuestión de la posibilidad de que los fines perseguidos por la fundación y la sociedad creadora no coincidan (no en vano, en general es escasa la reflexión desde el ámbito mercantil en torno a la creación de fundaciones por parte de las sociedades, contrariamente a lo que sucede con la creación de sociedades por parte de las fundaciones), consideramos que a los efectos de esta investigación es importante, al menos, dejar constancia de esta cuestión. El asunto debe abordarse desde una perspectiva formal y material, esto es tanto desde la dicción estatutaria como desde la práctica real de la actividad societaria. *Grosso modo*, la cuestión es si debe darse una identidad entre los fines perseguidos por la fundación y el objeto social perseguido por la sociedad fundadora. O desde otro punto de vista: si el objeto social de la sociedad, entendido como fin próximo de ésta, puede constituir un límite material a la acción creadora de la sociedad a la hora de constituir una fundación.

Volviendo nuevamente a los rudimentos básicos del Derecho mercantil, hay

⁶⁴⁶ RUIZ OJEDA, M., *Manual de Fundaciones*. Madrid: Civitas, 1999, pág. 33.

que separar el fin social –que es el ánimo de lucro, según el artículo 1.655 del Código Civil–, del concepto de objeto social, que serían los instrumentos de los que se sirve la sociedad para conseguir el citado lucro. Según Manuel BROSETA PONT «[p]uede afirmarse, en primer lugar, que el contenido del objeto social delimita los actos y negocios que puede realizar la sociedad, la inversión de su patrimonio y el ámbito de las facultades de sus administradores»⁶⁴⁷. Y ello, según este eximio mercantilista porque «el objeto social [...] constituye una mención esencial (casi diríamos “constitucional”) para la sociedad»⁶⁴⁸, una suerte de garantía de los accionistas de que «el patrimonio social no será desviado hacia actos que sean “extravagantes” al objeto»⁶⁴⁹. Desde la perspectiva del tráfico jurídico, MARTÍNEZ SANZ considera que el objeto social «opera como un límite, incluso externo, a la actuación de los administradores, pero no opera frente a los terceros “de buena fe y sin culpa grave”»⁶⁵⁰. Esta función delimitadora o garantizadora exige, siempre según el profesor BROSETA PONT, que dicho objeto tenga un notable grado de determinación⁶⁵¹ ya que solo de esta manera se dota de virtualidad jurídica al derecho de los socios de separarse de la sociedad cuando ésta sustituya el objeto social (art. 147.1 de la LSA) establecido por otro⁶⁵², ya que los socios aportan su capital para el desarrollo de un determinado objeto social y no otro. Así las cosas la importancia del objeto social se confirma en su imperativa inclusión en los estatutos societarios conllevando cualquier alteración un cambio estatutario con las consiguientes garantías de publicidad, participación y posible ejercicio del derecho de separación para los accionistas. Estos razonamientos abonan la tesis de que la creación por parte de la sociedad de una fundación o la participación en una entidad de este tipo debe ser coherente, a nivel de fines, con el objeto social de la sociedad, ya que de lo contrario parece obvio que debieran modificarse los estatutos.

⁶⁴⁷ BROSETA PONT, M., *Manual de ...*, op. cit., pág. 189.

⁶⁴⁸ BROSETA PONT, M., «Determinación e indeterminación del objeto social en la Ley y en los Estatutos de las Sociedades Anónimas españolas», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 19, 1976, pág. 125.

⁶⁴⁹ *Ibidem*.

⁶⁵⁰ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual ...*, op. cit., pág. 288.

⁶⁵¹ También afirma la necesidad de determinación PAZ-ARES, si bien este autor considera que es suficiente con que el objeto social «sea un objeto genérico» (vid. PAZ-ARES, C., «La sociedad en general:..., op. cit., pág. 475).

⁶⁵² La LSA distingue entre la «sustitución del objeto» y «cualquier modificación del objeto» (arts. 147 y 150 respectivamente), reconociéndose el derecho de separación solo en el primer supuesto (al respecto, vid. BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de ...*, op. cit., págs. 454-455).

Este alcance delimitador del objeto social ha sido abordado en algunas Resoluciones de la DGRN no en relación con la constitución de fundaciones, sino en relación con la adquisición de acciones de sociedades cuyo objeto social es distinto del de la sociedad adquirente. En este sentido, el citado órgano administrativo no ha considerado que se trate de actuaciones ajenas al objeto social si se pueden clasificar como *actos complementarios o auxiliares* del objeto social de la sociedad, si bien habrá que estar a las circunstancias concretas del caso (porcentaje de la participación de la sociedad, relación entre la participación y el patrimonio total de la sociedad, etc...) ⁶⁵³. Obviamente, el supuesto de constitución o participación en una fundación tiene unas connotaciones más graves en relación con el objeto social de una sociedad, ya que en los supuestos analizados por la DGRN se da una coincidencia en el fin social (el ánimo de lucro está presente en el contrato de ambas sociedades, la adquirente y la adquirida) aunque no en el objeto social, en el caso de las fundaciones, la divergencia se observa en ambos elementos: en todo caso, el fin social y, eventualmente, en el objeto social.

Es evidente que cuando se trate de constituir una fundación con participación exclusiva de la sociedad la citada necesaria coincidencia de intereses o, en su caso, la existencia de una relación de instrumentalidad de la fundación respecto de la sociedad deberá tener un mayor énfasis, pues de lo contrario se podría considerar que existe una modificación del objeto social ⁶⁵⁴ –e incluso del propio carácter de la sociedad– lo que exigiría la intervención de la Junta General de Accionistas, como ha establecido el Tribunal Supremo ⁶⁵⁵.

⁶⁵³ Resolución de la DGRN de 22 de julio de 1991.

⁶⁵⁴ El artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas (RDL 1.564/1.989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el TRLSA) prevé que en el supuesto de sustitución del objeto social, aquellos accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo, y los accionistas sin voto, tendrán derecho a separarse de la sociedad.

⁶⁵⁵ Sentencia núm. 1.229/2007, de la Sala I, Sección 1ª, de 29 de noviembre.

2.1.3. Relaciones que se establecen entre el patrimonio de la sociedad y el de la fundación

Otra de las cuestiones apuntadas en relación al ejercicio del derecho de fundación por las sociedades, es el alcance de dicho ejercicio respecto del patrimonio de las sociedades.

En este sentido, hay que determinar las condiciones en las que las sociedades mercantiles pueden constituir fundaciones, por una parte, y por otra, aportar fondos a fundaciones ya constituidas.

Una vez alcanzada la conclusión de que las sociedades pueden constituir fundaciones, hay que abordar el debate sobre la repercusión que pueda tener sobre el patrimonio de la sociedad la eventual constitución de una fundación. CARRANCHO HERRERO considera que *«nada obsta a que cualquier sociedad de carácter mercantil pueda dedicar parte de sus dividendos, sino todos, a una fundación o a otras actividades de contenido cultural o social, sin que quede desvirtuada su finalidad básica: la obtención de beneficios y el reparto de los mismos entre los socios»*⁶⁵⁶. A una conclusión similar llega MORILLO GONZÁLEZ cuando considera que *«se puede afirmar que la posibilidad de que las sociedades destinen parte de su patrimonio a la constitución de fundaciones es una realidad que encuentra apoyo legal en la Ley de Fundaciones –que no opone obstáculo alguno a este tipo de actividad– y que, por otra parte, es algo que no resulta totalmente contradictorio con el ánimo de lucro que tradicionalmente se venía exigiendo a la actividad de este tipo de entidades, pudiendo, incluso, admitirse que la propia creación de una fundación constituye un lucro indirecto para la sociedad creadora»*, y añade que *«la posibilidad de que las sociedades puedan crear fundaciones ha contribuido de forma importantísima al auge y vitalidad del que gozan en estos momentos las fundaciones»*⁶⁵⁷. En un sentido algo más restrictivo, DE PRADA cita a MARASÀ y admite la posibilidad de destinar fondos de las sociedades mercantiles a las fundaciones *«siempre que la parte de los beneficios que se destinan a este fin no sea de tal entidad que “sirvan para enmascarar un fin sustancialmente altruista”*»⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶ CARRANCHO HERRERO, M.T., *La constitución ...*, op. cit., pág. 169.

⁶⁵⁷ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso...*, op. cit., pág. 80.

⁶⁵⁸ DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., *«Ley de Fundaciones»...*, op. cit., pág. 27.

Nótese que mientras CARRANCHO HERRERO limita el alcance de la dotación a fundaciones a los dividendos sociales, MORILLO GONZÁLEZ habla de «parte de su patrimonio»⁶⁵⁹, expresión esta que incluye obviamente a los dividendos pero no necesaria ni exclusivamente. Veamos, sucintamente cuáles son los componentes del patrimonio⁶⁶⁰ sobre el que se sustenta una sociedad anónima, que es la que hemos tomado como referencia en este punto.

En primer lugar hay que distinguir entre el capital social y el patrimonio. Este último es el conjunto efectivo de bienes, derechos y obligaciones de la sociedad en un momento determinado. Del patrimonio forma parte el capital social, que es una cifra contable que figura en el balance y cuya cuantía deberá coincidir con el valor nominal de las acciones de la sociedad. En principio, este capital opera como un límite al reparto de beneficios, de manera que solo cuando el patrimonio de la sociedad supere el valor del capital social se podrá proceder al reparto de beneficios y ello es así porque, aunque existe una tendencia a reducir la importancia del capital social, a día de hoy sigue considerándose como una garantía frente a terceros.

Nos encontramos, por consiguiente, con un primer límite en materia patrimonial para la creación de fundaciones: el constituido por la cifra a que asciende el capital social.

Así pues, analicemos ahora el resto de elementos patrimoniales con los que la sociedad puede, eventualmente, realizar las aportaciones inherentes al ejercicio del derecho constitucional de fundación. Junto con el capital social, en el patrimonio social se integran las reservas, que son valores patrimoniales obtenidos por la sociedad que no se han repartido a los accionistas sino que se han acumulado al patrimonio en previsión de futuras necesidades. Desde un punto de vista contable, las reservas tienen la condición de fondos propios. Sin embargo su tratamiento es, en general, próximo al del capital social lo que implica que también pesen sobre estos

⁶⁵⁹ Este autor alude precisamente al auge de la creación de fundaciones por sociedades mercantiles no sin precisar que «[e]l mayor problema que puede plantear este hecho es que la sociedad, al crear la Fundación, más que la realización de un fin de interés general, lo que pretenda sea tener permanentemente una entidad o una serie de entidades, en este caso fundaciones, a las cuales transferir activos, para eludir hipotéticos embargos, o, simplemente con el objetivo de un mejor trato fiscal» (Ibid. nota al pie núm. 227).

⁶⁶⁰ En este punto, se sigue la exposición que figura en BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual ...*, op. cit., págs. 355 y ss.

fondos impedimentos para su aplicación a la participación de la sociedad en una fundación. Existen dos tipos de reservas, las que tienen un carácter obligatorio para la sociedad, esto es, vienen impuestas por el ordenamiento jurídico⁶⁶¹ o por los estatutos de la propia sociedad; y las reservas voluntarias o de libre disposición⁶⁶². Las reservas que tienen su origen en una disposición legal o estatutaria están vinculadas a una determinada finalidad, por lo que en ningún caso podrá hacerse uso de estos fondos para el objeto que nos ocupa, esto es, crear una fundación.

Situación distinta son las reservas de libre disposición o voluntarias, ya que estas reservas son consecuencia de un acuerdo mayoritario de la Junta General de la sociedad a partir de los dividendos que ésta acuerda no repartir, en consecuencia, la propia Junta General podrá, en cualquier momento disponer de estos fondos para poder crear o participar en una fundación.

De esta manera, el legislador constriñe indirectamente el ejercicio del derecho de fundación por parte de las sociedades al establecer una serie de limitaciones en la disposición patrimonial con la finalidad de asegurar la responsabilidad de la sociedad respecto de otros actores del tráfico jurídico.

Ello nos lleva a reputar como excesivamente permisivas las posiciones de CARRANCHO HERRERO y MORILLO GONZÁLEZ, sobre todo la del segundo, ya que si bien es cierto que las sociedades realizan sus aportaciones a las fundaciones contra su patrimonio, no se puede obviar que no todos los elementos que forman parte del patrimonio de las sociedades son susceptibles de incorporarse al de una fundación, sino solamente una parte muy concreta de aquél, salvo en los supuestos de disolución de la sociedad. Y así lo ha mantenido una destacada doctrina⁶⁶³.

También el Tribunal Supremo ha llegado a esta conclusión, en una sentencia que evoca todos los aspectos problemáticos que se han expuesto en la relación entre

⁶⁶¹ Entre las reservas obligatorias aparecen las legales comunes (art. 214 LSA); las equivalentes al fondo de comercio (art. 213.4 LSA); las legales especiales, esto es, las fijadas por determinadas normas en función de la actividad que desarrolle la sociedad (aseguradoras...); y por último, las que figuran expresamente en los estatutos y cuya modificación solo requiere una modificación parcial de éstas.

⁶⁶² También pueden darse reservas «tácitas u ocultas», entiendo por tales las que proceden de plusvalías, infravaloración del activo o sobrevaloración del pasivo, que se caracterizan porque la contabilidad social no suele contemplarlas.

⁶⁶³ Vid. OLAVARRÍA IGLESIA, J., «Comentario al artículo 8...», *op. cit.*, págs. 256-257.

sociedades de capital y fundaciones. Al decir del Alto Tribunal en su Sentencia núm. 1.229/2007, de la Sala I, Sección 1ª, de 29 de noviembre⁶⁶⁴:

«Sin entrar en el debate doctrinal, y a reserva de una precisión del legislador sobre la constatación de un "interés de la sociedad" que habría de ser respetado por socios y administradores, el ánimo de lucro se presenta en la sociedad (artículos 1665 CC; 116 CCom., etc.) como uno de los principios configuradores, [...]. La jurisprudencia se ha inclinado por las tesis contractualistas, antes que por las institucionalistas, señalando predominantemente el fin lucrativo como causa del contrato de sociedad (SSTS de 11 de marzo de 1983, 10 de noviembre de 1986, 19 de enero de 1987, 18 de noviembre de 1988, 7 de abril de 1989, 19 de febrero de 1991, 9 de octubre de 1993, 27 de enero de 1997, 18 de septiembre de 1998, entre otras muchas). De este modo, los acuerdos sociales son consecuencia y cumplimiento del contrato de sociedad, y han de respetar su causa. Ello da sentido a preceptos como el artículo 48.2.a) LSA e impide que se lleven a efecto donaciones con cargo al patrimonio social, que serían contrarias al fin lucrativo, en perjuicio de los derechos individuales del socio, salvo que se verifiquen mediante acuerdo unánime, y con cargo a reservas de libre disposición. Aunque no se impide la realización de actos que signifiquen transmisión o enajenación a título lucrativo para alcanzar determinados fines estratégicos o el cumplimiento de fines éticos, culturales, altruistas, cuando no impliquen vulneración, impedimento o obstáculo a la realización de derechos como los que reconoce el artículo 48.2.a) LSA, como ocurre cuando se verifique moderada disposición de parte de los beneficios (RRDGRN 2 de febrero de 1966, 22 de noviembre de 1991, 25 de noviembre de 1997, etc.).

Si para la realización de los fines que se proponían, los que el recurso llama "padres-accionistas" optaron por constituir una sociedad anónima, es claro que se sometieron a las reglas básicas de su configuración, que ahora no pueden exceptuar o desconocer, sobre todo cuando han podido llegar a establecer una Fundación, si ello les conviene, mediante un proceso en el que no resultare conculcado el derecho del accionista que se ha precisado.»

En relación con la constitución de fundaciones, de la doctrina expuesta del Tribunal Supremo, concorde con dos Resoluciones de la DGRN⁶⁶⁵, es claro que la dotación de la nueva fundación solo podrá producirse con recursos propios de la entidad que no estén vinculados al cumplimiento de las obligaciones societarias, bien en

⁶⁶⁴ La sentencia, de la que fue ponente el Magistrado Vicente Luis MONTÉS PENADÉS, traía causa de una serie de acuerdos de la junta general de una sociedad constituida para gestionar un colegio y que, posteriormente, constituyó una fundación a la que cedió su patrimonio y su actividad, liquidando, en consecuencia, la sociedad. Uno de los accionistas acudió a los tribunales en defensa de su derecho a participar en la liquidación.

⁶⁶⁵ Resoluciones de la DGRN de 2 de febrero de 1966 y de 22 de noviembre de 1991.

relación con los accionistas (dividendos), bien en relación con los acreedores (deudas). En otras palabras, los bienes destinados a una fundación no podrán ser capital ni reservas indisponibles de la sociedad, como se ha dicho.

Así pues, la cuestión radica en determinar si con las reservas de libre disposición las sociedades pueden constituir fundaciones o, solamente realizar aportaciones a fundaciones ya constituidas. La respuesta *prima facie* no puede ser otra que la de que las sociedades pueden constituir fundaciones y ello, por dos motivos: no existe previsión legal expresa en contrario, por lo que cabe aplicar el principio de *favor libertatis*; y por otra parte, las sociedades tienen atribuida la plena capacidad de obrar, lo que, obviamente incluye la posibilidad de ejercer el derecho de fundación, en ambos casos con las únicas limitaciones que hemos visto en relación con el fin social y el objeto social de la entidad. En la Sentencia del Tribunal Supremo anteriormente aludida el supuesto de hecho era la constitución de una fundación por parte de una sociedad mercantil. En este supuesto, el alto Tribunal no invalida el negocio jurídico de creación de la fundación en base a esta circunstancia, sino al hecho de que el patrimonio de la sociedad se había traspasado a la fundación en fraude del interés legítimo de los accionistas a participar de la liquidación de la sociedad, es decir, en fraude del fin social del *ánimo de lucro partible* que caracteriza a las sociedades mercantiles.

A la hora de abordar la aportación a fundaciones ya existentes, la cuestión debe plantearse desde una perspectiva cuantitativa, ya que en función de la importancia de la aportación respecto del patrimonio de la sociedad, estaremos ante un negocio compatible con el ánimo de lucro que caracteriza a las sociedades o con un negocio incompatible con este ánimo y, en consecuencia, nulo. En última instancia, lo que pretende el ordenamiento jurídico con estas limitaciones no es tanto preservar el ánimo de lucro de la sociedad sino garantizar la satisfacción de los intereses tanto de socios como de operadores del tráfico jurídico que se relacionan con la entidad.

Sobre el alcance patrimonial de la aportación, habrá que considerar, además, el carácter que tenga ésta. La propia Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo distingue entre donaciones, donativos y aportaciones (art. 17), y los convenios de

colaboración empresarial en actividades de interés general (art. 25); de esta manera, la existencia en una aportación de bienes a una fundación cuando existe contrapartida publicitaria expresa tiene el carácter de gasto propio de la actividad societaria y, en consecuencia no está sometida a los estrictos límites que tienen las donaciones con finalidad meramente altruista.

Volviendo sobre el tema de los límites a las aportaciones ya se ha explicado que tanto desde posiciones doctrinales como desde la Dirección General de los Registros y el Notariado se exige que las aportaciones tengan un carácter moderado⁶⁶⁶ de suerte que no se desvirtúe el fin lucrativo de la sociedad, lo contrario sería contradictorio con la finalidad «*complementaria o auxiliar*» que deben tener las actividades de las fundaciones en relación con las de la sociedad.

De todo lo dicho, es claro que las sociedades de capital solo pueden constituir fundaciones mediante el recurso a las reservas de libre disposición, y previo acuerdo mayoritario de los socios o mediante un acuerdo del correspondiente órgano rector, siempre que estas aportaciones tengan un carácter moderado que no desvirtúe el fin lucrativo de la entidad o menoscabe los derechos a beneficios de los accionistas. Con todo, se admite destinar una parte reducida del beneficio de la entidad a donaciones a fundaciones creadas por la propia sociedad⁶⁶⁷. Esta aportación puede realizarse bien con un carácter periódico, según el supuesto analizado en la Resolución de la DGRN de 22 de noviembre de 1991, bien con carácter esporádico.

El alcance de la moderación predicada de las aportaciones a fundaciones por parte de sociedades se encuadra, obviamente, dentro de la categoría de conceptos jurídicos indeterminados. Pero teniendo en cuenta que esta participación de la sociedad capitalista en la fundación no podrá repercutir en ningún caso sobre las reservas obligatorias ni sobre el capital social, esto es, sobre la garantía de la viabilidad de la sociedad en tanto que agente jurídico, ¿cuál es la relación que cabe exigir entre

⁶⁶⁶ La Resolución de la DGRN de 22 de noviembre de 1991, en relación con las aportaciones a una fundación afirma que «*estas notas definidoras [el ánimo de lucro] no contradicen la posibilidad de que la Sociedad Anónima –Entidad dotada de capacidad general para realizar cualquier acto de la vida compatible con su específica naturaleza (vid. art. 7 de la Ley de Sociedades Anónimas)– cumpliendo deberes no exigibles de solidaridad social, contribuya gratuita y voluntariamente, como cualquier persona física, a la satisfacción de fines de interés general, mediante aportaciones que por su **moderación y marginalidad** no comprometan la preponderancia de aquel sustancial objetivo lucrativo.*» (La negrita es nuestra).

⁶⁶⁷ Resolución de la DGRN de 22 de noviembre de 1991.

la moderación aludida y el beneficio de los accionistas?

Para responder adecuadamente a esta pregunta hemos de volver sobre nuestros pasos y regresar a la cuestión de la compatibilidad entre el ánimo de lucro de la sociedad de capital, como causa negocial. Ya hemos dicho que no es incompatible la exigencia normativa de este ánimo de lucro de la sociedad, entendida como lucro partible entre los socios, y la participación de la sociedad en una entidad caracterizada por la ausencia de ánimo de lucro. En este punto es en el que hay que aludir a la moderación de la participación de la sociedad en la fundación: la moderación de la aportación de la sociedad debe dejar a salvo la posibilidad de que los accionistas perciban su parte correspondiente del beneficio de la actividad social. Dicho con un ejemplo, una sociedad que destinase sistemáticamente la integridad o una parte muy significativa de su beneficio a aportaciones al patrimonio de una fundación carecería en la práctica de ánimo de lucro y, desde luego, estaría limitando de manera extravagante el derecho más esencial de los accionistas.

No es este el lugar adecuado para profundizar más en la cuestión que, por otra parte, no puede incidir más en la determinación del ejercicio del derecho de fundación por parte de las sociedades, sino que se proyecta más en la gestión patrimonial propia de la sociedad y, en consecuencia, debe quedar extramuros de nuestra investigación.

2.1.4. Los órganos competentes

El artículo 8.2 de la LFE aborda, además de la caracterización de las personas jurídicas a las que se reconoce el poder para constituir fundaciones, una escueta referencia de tipo procesal: la determinación del órgano de la persona jurídica llamado por el ordenamiento a ejercer el poder de crear una nueva persona jurídica, la fundación.

En este sentido, la LFE es relativamente parca en cuanto a sus afirmaciones. Así, para las personas jurídicas privadas de índole asociativa se exige que exista un *«acuerdo expreso del órgano competente para disponer gratuitamente de sus bienes, con arreglo a sus Estatutos o a la legislación que les resulte aplicable»*. Mientras que

para las entidades de índole institucional se requiere «*contar con el acuerdo de su órgano rector*».

La cuestión, pues, será determinar cuál es el órgano al que en cada caso se refiere la LFE.

Para acercarnos al *órgano competente para disponer gratuitamente* cuyo *acuerdo expreso se requiere* es conveniente, nuevamente, distinguir entre las sociedades mercantiles y las asociaciones civiles, ya que no solo el nombre de los órganos, sino que su régimen jurídico, como se ha visto, tiene ciertos matices.

En este punto abordaremos primero el régimen de las sociedades de capital. El texto vigente es el que se preveía en el proyecto de ley remitido al Congreso y que supuso un cambio sustancial respecto a la dicción del artículo 6 de la anterior LFE/1994. Esta norma establecía que «*las personas jurídicas privadas de índole asociativa requerirán el acuerdo expreso de su Junta general o asamblea de socios*»⁶⁶⁸. El legislador pretendió con esta afirmación, al margen de delimitar la existencia de dos regímenes jurídicos distintos para las sociedades de capital y para las asociaciones, establecer una garantía respecto a los socios, ya que al remitir la aprobación de la constitución de una fundación al máximo órgano de gobierno, se requería la participación de todos los socios en la toma de la decisión. De esta manera, el legislador mantenía en cierta manera el recelo respecto de la creación por parte de sociedades de fundaciones, provocado por la posible finalidad fiscal de la constitución de este tipo de entidades, por una parte; y la eventual privación a los socios de su derecho a beneficios o la descapitalización de la sociedad⁶⁶⁹, por eso, desde cierta doctrina, además, se criticó que esta regulación era demasiado rígida ya que en algunos casos este tipo de actos tenían una importancia menor en la vida de la sociedad o incluso en algunas sociedades no existían órganos con esta denominación⁶⁷⁰. En definitiva, se consideró una intromisión hasta cierto punto ilegítima del legislador en la autonomía privada⁶⁷¹.

⁶⁶⁸ El texto finalmente aprobado fue el remitido por el Gobierno en su proyecto de ley.

⁶⁶⁹ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso...*, *op. cit.*, pág. 82.

⁶⁷⁰ *Vid.* OLAVARRÍA IGLESIA, J., «Comentario al artículo 8...», *op. cit.*, pág. 250.

⁶⁷¹ *Vid.* BENEYTO FELIU, J., «Personas Jurídicas, ...», *op. cit.*, pág. 1.302.

La vigente redacción ha significado un cambio importante, toda vez que el acuerdo expreso, que sigue exigiéndose sin duda en aras de la seguridad jurídica, deberá ser del «*órgano competente para disponer gratuitamente de sus bienes, con arreglo a sus Estatutos o a la legislación que les resulte aplicable*». Esta redacción, mucho más flexible⁶⁷² que la anterior regulación y con mayor precisión técnica⁶⁷³, según la doctrina, restituye la autonomía privada en la determinación del órgano competente para acordar la creación de una fundación. De esta manera, no se desapodera *ex lege* a la Junta General de Accionistas, pero se permite que, si los estatutos de la sociedad y la legislación correspondiente no lo prohíben, sean otros órganos, especialmente los órganos administradores, los que tomen la decisión de destinar parte del patrimonio de la sociedad a una fundación. Ello siempre, claro está, que los estatutos de la sociedad permitan la creación de nuevas personas jurídicas o la disposición a título gratuito de los bienes de su titularidad.

Con todo y con ello, la conclusión expuesta no es tan lineal como pueda parecer y lo considere alguna de la mejor doctrina⁶⁷⁴. Como hemos visto, la decisión de la creación de una fundación, o mejor dicho, la decisión de destinar parte del patrimonio de la sociedad a una entidad sin ánimo de lucro debe juzgarse a la luz, no solo de una norma procesal como la que nos ocupa, sino también a la luz de los otros elementos que hemos estudiado anteriormente de modo superficial. Especialmente, en relación con el fin y objeto sociales, ya que, sobre todo en relación con este último, la decisión de crear o participar en una fundación puede significar una modificación por la vía de los hechos de los estatutos societarios y este acto está expresamente reservado a la Junta General *ex art. 144 LSA*. Asimismo, como se ha expuesto, tanto la doctrina del Tribunal Supremo como la de la DGRN aboca a la Junta General la decisión última de utilizar determinados activos de la sociedad en beneficio de fundaciones.

Insistiendo en este argumento debemos plantearnos la posibilidad de que los administradores de una sociedad puedan disponer gratuitamente de los bienes de

⁶⁷² Vid. CAFFARENA LAPORTA, J., «La extinción de la fundación», en: MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a...*, *op. cit.*, pág. 87.

⁶⁷³ Vid. BENEYTO FELIU, J., «Personas Jurídicas, ...», *op. cit.*, pág. 1.302.

⁶⁷⁴ Vid. CAFFARENA LAPORTA, J., «La extinción de la fundación», en: MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a...*, *op. cit.*, pág. 87.

ésta a favor de una fundación. Esta posibilidad deberá figurar en el haz de poderes que los estatutos otorgan a los órganos administradores de la sociedad con carácter expreso, ya que de lo contrario, corresponderá a la Junta General pues el artículo 129 de la LSA establece que «[l]a representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos» y, como hemos expuesto, la creación de fundaciones difícilmente puede considerarse parte del objeto social de una sociedad de capital. A mayor abundamiento, carece de toda lógica atribuir a los administradores de una sociedad la facultad de crear una persona jurídica *ex novo* cual es una fundación, sobre todo, si se establece una comparación con el régimen que opera en las personas jurídicas institucionales –donde esta potestad se reside en el máximo órgano de la entidad, el Patronato (art. 19.2 LFE)– o en el caso de las fundaciones del Sector Público, por ejemplo, en el supuesto de la Administración del Estado alcanza a requerirse autorización del Consejo de Ministros (art. 45.1 LFE). Carece de toda lógica, y ello no es contradictorio con la crítica doctrinal a la redacción de este precepto en la LFE/1994, que pueda interpretarse la creación de una fundación como un simple acto de administración de una sociedad. En nuestra opinión, por tanto, debe considerarse que la creación de una fundación solo puede residenciarse en una Junta General de Accionistas o, en su caso, en el órgano equivalente de la sociedad.

Cuestión distinta es que los órganos de administración puedan disponer gratuitamente de alguna parte de los bienes de la sociedad en favor de una fundación, mediante la realización de donativos o aportaciones vinculadas al fin fundacional (art. 21.2 LFE) de una determinada fundación. En este caso sí que podríamos encontrarnos con actos de administración revestidos de una cierta normalidad que, incluso, como se ha visto en la Resolución de la DGRN de 22 de noviembre de 1991, pueden tener carácter periódico y haber sido establecidos por la Junta General.

Entendemos que en este caso la actuación de los administradores reviste perfiles más difusos, especialmente en cuanto al cumplimiento del deber general de diligencia en la administración que impone el artículo 127 LSA y cuyo incumplimiento puede dar lugar a la exigencia de la responsabilidad social. Si la enajenación en favor de una fundación viene determinada por un acuerdo de la Junta General no habrá,

obviamente ningún problema de apreciación y solo el incumplimiento podrá dar lugar a la acción de responsabilidad. La cuestión problemática se plantea cuando no existe esta habilitación de la Junta o estatutaria. En nuestra opinión, en este supuesto, según lo expuesto, cabrá exigir la responsabilidad de los administradores por extralimitación en sus funciones *ex* artículo 133 LSA cuando se dé alguno de estos supuestos:

- que la aportación a la fundación rebase una cuantía que pueda considerarse moderada, tanto en términos absolutos como en términos relativos dentro del balance de la sociedad;
- o cuando la entidad a la que se destinan los bienes persigue fines incompatibles con los de la sociedad.

Asimismo, cabrá exigir la responsabilidad, aunque en este caso en base a otros motivos, cuando los bienes enajenados formen parte del patrimonio indisponible para la sociedad.

Con todo y con ello, hay que remarcar que el uso fraudulento por los administradores de las potestades expuestas no tiene, en ningún caso, efectos frente a terceros que actuaron de buena fe y sin culpa grave (art. 129.2 LSA), por lo que el negocio conservará su validez con independencia de las responsabilidades que pueden exigirse a los administradores e incluso a la sociedad.

Volviendo al órgano competente, por concluir, aunque la LFE ha deslegado el órgano competente en las sociedades para tomar la decisión de crear una fundación, lo cierto es que la legislación societaria sigue manteniendo notables límites que reconducen la toma de la decisión a la Junta General de Accionistas.

2.2. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE FUNDACIÓN POR LAS PERSONAS PRIVADAS DE ÍNDOLE ASOCIATIVA (ASOCIACIONES)

Una vez analizados los problemas que presenta el ejercicio del derecho de

fundación en las sociedades, siquiera someramente habrá que referirse al otro gran bloque de personas jurídicas privadas de índole asociativa a que se refiere la Ley, esto es, las asociaciones.

Las asociaciones son, según DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, una agrupación de personas que quieren alcanzar un fin común. Se trata pues, de aplicar en este punto un sentido estricto de asociación que identificaría este tipo de personas jurídicas con aquellas a las que se refiere el segundo inciso del apartado primero del artículo 35 del Código Civil y que la doctrina iusprivatista suele considerar que persiguen un interés público⁶⁷⁵. En consecuencia, frente a las sociedades la principal nota es la ausencia total de ánimo de lucro⁶⁷⁶ entendido como la obtención de cualquier beneficio económico ya que, como apunta PAZ-ARES, es evidente que existen una serie de entidades que persiguen fines privados y que «*nadie discute que son asociaciones con fines particulares*»⁶⁷⁷. En un sentido positivo, entendemos que las asociaciones son aquellas a las que se aplica el desarrollo del derecho de asociación y que vienen determinadas en el artículo 1 de la LODA:

- Con carácter general, como se ha dicho, «*las asociaciones que no tengan fin de lucro y que no estén sometidas a un régimen asociativo específico*»,
- «*Los partidos políticos; los sindicatos y las organizaciones empresariales*⁶⁷⁸; *las iglesias, confesiones y comunidades religiosas; las federaciones deportivas; las asociaciones de consumidores y usuarios; así como cualesquiera otras reguladas por leyes especiales*»⁶⁷⁹;

⁶⁷⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema ...*, op. cit., pág. 622.

⁶⁷⁶ FONT GALÁN y PINO ABAD afirman que «*si los socios prescinden del ánimo de lucro por mor de un objeto social no apto para generarlo el contrato no será de sociedad, sino asociación, porque la sociedad no sólo viene configurada por su estructura-organización, sino por su causa negocial típica*» ya que para estos autores el ánimo de lucro es un elemento constitutivo del tipo de contrato, no del tipo de sociedad y, por tanto, la intensidad de su proyección sobre la vida societaria es mayor y el ámbito de autonomía de los socios es, consecuentemente, menor (vid. FONT GALÁN, J.I., y PINO ABAD, M., «La relevante causa negocial...», op. cit., pág. 592).

⁶⁷⁷ Este autor cita, entre otras, a las sociedades cinegéticas, gastronómicas, de carreras o a los clubes deportivos (Vid. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Ánimo de lucro ...», op. cit., pág. 739).

⁶⁷⁸ Al margen de lo que se dirá más adelante en relación con la figura de las *personas jurídicas de índole institucional*.

⁶⁷⁹ El propio apartado 4 del artículo 1 de la LODA insiste en la existencia de un distinto régimen jurídico para las sociedades que persiguen ánimo de lucro: «*[q]uedan excluidas del ámbito de aplicación de la presente Ley las comunidades de bienes y propietarios y las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, cooperativas y mutualidades, así como las uniones temporales de empresas y las agrupaciones de interés económico*».

2.2.1. Los fines de la asociación y los de la fundación

En este tipo de entidades el ejercicio del derecho de fundación viene marcado por la existencia de dos tipos de entidades sin ánimo de lucro que persiguen fines determinados: la asociación y la fundación. Es cierto que las asociaciones no necesariamente deben perseguir fines de interés general⁶⁸⁰ –tal y como se ha dicho–, algo que sí que se exige a las fundaciones y, precisamente por ello pueden darse disfunciones.

La primera referencia a la que acudir en el caso de las asociaciones son los estatutos de la propia entidad. Será aquí donde se determinará, en primer lugar, los fines que debe perseguir la entidad –art. 7.1.d) de la LODA– y para cuya consecución se constituye, no en vano, una asociación, como una fundación, es una entidad de carácter finalista. En segundo lugar, los estatutos podrán establecer limitaciones a la creación de otras personas jurídicas por parte de la asociación –art. 7.1.d) y 2 de la LODA– y, en su caso, determinar aspectos procesales para la realización de estos actos; y en tercer lugar los estatutos son el instrumento llamado a determinar el régimen de gestión patrimonial de la entidad –art. 7.1.j) de la LODA–.

Si los estatutos prohíben expresamente la constitución de fundaciones por parte de la asociación, ésta no podrá constituir una fundación salvo que se opere la correspondiente modificación estatutaria. Si por el contrario no prevén nada al respecto, que será lo más frecuente, o lo permiten expresamente, el siguiente paso es analizar los fines que persigue la fundación en contraste con los fines que persigue la asociación.

Como se ha indicado, las asociaciones tienen un carácter finalista, y en este sentido como prevé el artículo 13.1 de la LODA *«las asociaciones deberán realizar las actividades necesarias para el cumplimiento de sus fines, si bien habrán de atenerse a la legislación específica que regule tales actividades»*. Es decir, que las actividades de

⁶⁸⁰ La exigencia de que las asociaciones persigan un fin de interés general solo se aplica a aquellas asociaciones que tengan reconocida la condición de utilidad pública –art. 32.1.a) de la Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación–, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 22 de la Carta Magna.

las asociaciones no podrán ser ajenas a la consecución de los fines marcados por los estatutos. En palabras de LUCAS MURILLO DE LA CUEVA «*la relación entre [fines y medios] es muy estrecha, y así como el desarrollo de las actuaciones de la asociación la acercarán a su meta, de modo que pueda llegar a realizarse plenamente el proyecto asociativo, cualquier decisión sobre los fines afectará también a los medios para alcanzarlos [...] fines y medios forman un par inescindible en la voluntad de los miembros de la asociación, por lo que una alteración de cualquiera de ellos solo es posible si se lleva a cabo de común acuerdo*»⁶⁸¹.

Sería, no obstante, excesivo que a partir de lo expuesto se concluyese que la fundación que eventualmente constituya una asociación deberá perseguir fines idénticos a los de la asociación. Esta conclusión abocaría, en todo caso a dos situaciones perversas: o bien coexistirían en el mundo jurídico dos personas jurídicas con identidad de fines y, naturalmente, una conexión umbilical entre patrimonios y órganos con el consiguiente solapamiento; o bien, sucedería que una de las dos personas jurídicas, normalmente la asociación, pasaría a un estado latente o subsidiario respecto de la fundación, con lo que se contribuiría a generar personas jurídicas *fantasmas*.

Por ello, y aunque sin llegar a los extremos de alguna doctrina⁶⁸² que entiende suficiente que la nueva entidad no persiga fines incompatibles con los de la asociación, entendemos con MORILLO GONZÁLEZ que lo razonable es que los fines que persiga la nueva fundación sean compatibles con los de la asociación⁶⁸³, de manera que no basta con que no sean incompatibles y contradictorios, sino que deben coadyuvar aunque sea indirectamente a la finalidad que persigue la asociación⁶⁸⁴.

En este punto es necesario señalar la distinción del régimen que opera cuando la asociación trata de constituir una fundación o de constituir una sociedad

⁶⁸¹ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E., *El derecho de asociación*. Madrid: Tecnos, 1996, pág. 145.

⁶⁸² Vid. OLAVARRÍA IGLESIA, J., «Comentario al artículo 8...», *op. cit.*, pág. 251.

⁶⁸³ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso...*, *op. cit.*, pág. 81, nota al pie 229.

⁶⁸⁴ En todo caso, DE PRADA matiza que a la hora de analizar la complementariedad de los fines perseguidos por la asociación y la fundación que aquélla crea hay que estar a la importancia de la intervención de la asociación en la fundación y la cuantía de los fondos que aporte (*vid.* DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., «Constitución, modificación y extinción de las fundaciones en la nueva Ley», en: OLMOS VICENTE, I., *Las fundaciones: ...*, *op. cit.*, pág. 36). En nuestra opinión es independiente la cuantía y la importancia del papel de la asociación en la nueva fundación, toda vez que todos los recursos y actividades de la asociación deben destinarse a la consecución de los fines, y sería incoherente destinar parte, aunque fuera testimonial, a conseguir fines contradictorios con los de la asociación.

mercantil, nuevamente pivotando la distinción sobre el elemento del ánimo de lucro. Así mientras que para constituir una fundación se exige una cierta identidad de fines, en el caso de que se constituya una sociedad con finalidad lucrativa⁶⁸⁵ no parece que se requiera esta identidad –aunque sí que no se produzca contradicción entre los fines de ambas entidades– ya que al tratarse de una sociedad con ánimo de lucro, dicho lucro repercutirá, en última instancia en la consecución de los fines de la asociación, tal y como exige el artículo 13.2 de la LODA.

En este sentido, el artículo 13.2 de la LODA establece:

«2. Los beneficios obtenidos por las asociaciones, derivados del ejercicio de actividades económicas, incluidas las prestaciones de servicios, deberán destinarse, exclusivamente, al cumplimiento de sus fines, sin que quepa en ningún caso su reparto entre los asociados ni entre sus cónyuges o personas que convivan con aquéllos con análoga relación de afectividad, ni entre sus parientes, ni su cesión gratuita a personas físicas o jurídicas con interés lucrativo».

Y vale la pena contrastarlo con el artículo 321-1.2 de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, que dispone:

«Las asociaciones pueden realizar actividades económicas accesorias o subordinadas a su finalidad si los rendimientos que derivan de las mismas se destinan exclusivamente al cumplimiento de esta.»

Nótese en el contraste entre estos dos preceptos que, mientras que en el ámbito estatal la limitación a las asociaciones para constituir entidades con finalidad lucrativa solo encuentra su coto en que los beneficios se destinen al fin perseguido por la asociación; en el ordenamiento jurídico catalán existe una doble limitación: en cuanto al destino de los beneficios de la actividad lucrativa que será la consecución de la finalidad de la asociación; y en cuanto a la finalidad que persiga la sociedad, que deberá estar vinculada —accesoria o subordinada— a la finalidad de la asociación.

En el caso de las fundaciones, como se verá, el régimen catalán es notablemente más estricto que el estatal.

⁶⁸⁵ Por ejemplo una asociación dedicada a la atención a personas discapacitadas, crea una sociedad con la finalidad de explotar una editorial cuyos beneficios permiten financiar las actividades de la asociación.

Por último, y en esto hay unanimidad en la doctrina, cuando se trate de la constitución de una fundación que esté llamada a sustituir en su actividad y en su patrimonio a la asociación fundadora, esta sustitución deberá articularse mediante el correspondiente proceso de liquidación⁶⁸⁶ de la asociación y el destino de sus bienes y recursos a otra entidad sin ánimo de lucro, en este caso la fundación creada al efecto. En nuestra opinión la creación de una fundación que haya de sustituir en todo o en parte la actividad de la asociación no tiene porqué aparejar necesariamente la liquidación de la asociación, si bien es lo más conveniente ya que lo contrario, pro- vocaría disfunciones en el tráfico jurídico⁶⁸⁷ anteriormente mencionadas.

2.2.2. El órgano competente para crear fundaciones

En el supuesto de las asociaciones de carácter civil, esto es, aquellas que carecen de ánimo de lucro y cuya principal finalidad no es constituirse en actores del tráfico económico, sino la defensa de un determinado objetivo social, se estará a lo que dispongan primeramente los estatutos y, en su caso la legislación aplicable (legislación general del derecho de asociación⁶⁸⁸ o las que regulen específicamente

⁶⁸⁶ DE PRADA considera que, en defecto del proceso de liquidación deberá, al menos, tramitarse la sustitución mediante un proceso de reforma estatutaria (*vid.* DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., «Constitución, modificación y extinción de las fundaciones en la nueva Ley», en: OLMOS VICENTE, I., *Las fundaciones: ...*, *op. cit.*, pág. 36).

⁶⁸⁷ En este punto hay que tener en cuenta que no existe un régimen de disolución de las asociaciones de oficio por parte de la Administración, o por el simple transcurso del tiempo. Así las asociaciones solo pueden ser disueltas de modo voluntario (mandato estatutario o decisión de la Asamblea General) –art. 17 LODA– u *ope legis* en los siguientes supuestos (art. 39 CC):

- a) Expiración del plazo;
- b) Realización del fin perseguido en su totalidad; e
- c) Imposibilidad de aplicar al fin perseguido la actividad y los medios de que se disponía;

Además, el art. 17 LODA admite la posibilidad de disolución mediante una sentencia judicial firme, lo que remite, en principio a la aplicación del Código Penal. El régimen es prácticamente idéntico al que afecta a las fundaciones, sin embargo, como se verá más adelante, la existencia de una función tutelar de las fundaciones por parte de la Administración sobre las fundaciones permite activar los mecanismos necesarios para evitar la existencia de fundaciones *fantasma* sin actividad –art. 32.2 LFE–, supuesto éste que no está contemplado en la LODA.

⁶⁸⁸ El artículo 12.d) de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, Reguladora del Derecho de Asociación, exige, salvo disposición distinta de los Estatutos, que la Asamblea General autorice por mayoría absoluta de las personas presentes los acuerdos relativos, entre otras cuestiones, a la enajenación o disposición de bienes de la entidad.

cada entidad –v. gr. los partidos políticos⁶⁸⁹, los sindicatos⁶⁹⁰ y organizaciones empresariales, las iglesias, confesiones y comunidades religiosas⁶⁹¹, las asociaciones deportivas⁶⁹², las asociaciones de usuarios⁶⁹³...–).

Como se ha expuesto, el legislador de 2002 modificó la dicción de la LFE en este punto en relación con la anterior Ley 30/1994. Así la referencia a la asamblea de socios, se sustituyó por la del *órgano competente para disponer gratuitamente de sus bienes*.

Si en la redacción de la Ley de 1994, MORILLO GONZÁLEZ consideraba que lo que trataba el legislador era que el acuerdo de crear una fundación fuera adoptado por el órgano «*en el que confluyan la totalidad de los miembros de la entidad para la toma de decisiones importantes*»⁶⁹⁴, entendemos que la redacción dada a la norma en 2002 implica un giro de 180 grados en este punto, ya que lejos de atribuir esta función a un órgano decisorio de carácter general, deposita la determinación de la competencia en los estatutos y, con ello, como se ha visto, se dota a las asociaciones de un notable margen de libertad a la hora de determinar cuál sea el órgano competente. Ahora bien, este aparente cambio hacia un marco más autorregulador no evita la pervivencia, vía cláusulas supletorias, de la lógica anterior, ya que las distintas regulaciones sectoriales siguen dicha lógica; es este el supuesto del artículo 12.d) de la LODA, que prevé no sólo la atribución a la asamblea general de las decisiones relativas a la *disposición o enajenación de bienes* –sin especificar si es a título gratuito u oneroso–, sino también prevé la existencia de un régimen de mayoría cualificada (la mitad más uno de los votos emitidos) para la adopción de los acuerdos sobre esta cuestión, si bien este precepto se introduce con la expresión «*[s]i los Estatutos no lo*

⁶⁸⁹ Entre otras, la Ley orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y Ley orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, entre otras.

⁶⁹⁰ Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y, en lo que no sea contrario a esta, la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical.

⁶⁹¹ Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio de Libertad Religiosa (*vid.* art. 6.2).

⁶⁹² Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (*vid.* Título III «las asociaciones deportivas»).

⁶⁹³ Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, especialmente los artículos 20 y siguientes, modificados por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de Protección de Consumidores y Usuarios).

⁶⁹⁴ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso...*, *op. cit.*, pág. 81.

disponen de otro modo». Del mismo modo, en el supuesto de las sociedades mercantiles, ya se ha expuesto anteriormente, que en determinados supuestos corresponderá la decisión a la Junta General y además, exigiendo la unanimidad de los socios.

Respecto a la necesidad de expresividad del acuerdo de disposición patrimonial por parte del órgano de gobierno de la asociación es un principio general que el Tribunal Supremo ha avalado, entre otras, en la Sentencia 337/2009, de 5 de junio, de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil:

«Las asociaciones tienen en nuestro Derecho plena capacidad de obrar (STS 31 de marzo de 2006), como ahora dice el artículo 5.2 LO 1/2002, pero ya se deducía con claridad de la legislación anterior, que se regulará por sus Estatutos (artículo 37 del Código civil) con el contenido que señala el artículo 38 del Código civil: adquirir y poseer toda clase de bienes, contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles y criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución. Para ejercitar la capacidad y derechos que les confiere el ordenamiento jurídico, necesitan de personas físicas que actúen por ellas y tales personas pueden, como decía la STS de 30 de diciembre de 1975, estar vinculadas a un cargo que les permita esa actuación por virtud de lo dispuesto en la Ley o en los Estatutos, en cuyo caso la voluntad de esos órganos vale como voluntad de la persona jurídica asociación, o pueden tales órganos conferir su representación a otras personas ajenas a la entidad o incluso a personas de ésta que se encuentran vinculadas permanentemente para una actuación más o menos subalterna –representantes voluntarios–. Estos dos distintos modos de actuación los permite nuestro ordenamiento, pero ha de haber siempre un órgano de representación que gestione y represente los intereses de la asociación, de acuerdo con las disposiciones y directrices de la Asamblea General (como dice, ahora, el artículo 11.4 LO 1/2002). En todo caso, rige en la materia el principio de autoorganización y autorregulación, para desarrollo de las previsiones de los artículos 22 y 53 de la Constitución, por lo que se desplaza hacia los Estatutos, respetando los límites legales, la facultad de organizar y determinar el funcionamiento interno de la asociación sin injerencias públicas (SSTC 218/1988; 104/1999; 56/1995; 133/2006, entre de modo que los Estatutos contienen las reglas a que se han de ajustar las asociaciones para operar en el tráfico a través de las personas físicas que son sus representantes legales o voluntarios, con amplio juego de la autonomía de la asociación de que se trate...».

2.3 EL EJERCICIO DEL DERECHO DE FUNDACIÓN POR LAS PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS DE ÍNDOLE INSTITUCIONAL

Contrasta en este sentido la unanimidad que se da en la doctrina a la hora de aceptar la constitución de fundaciones por parte de personas privadas de índole asociativa (tanto sociedades mercantiles como asociaciones) frente a los mayores recelos que despierta la creación de fundaciones por parte de otras organizaciones de esta misma naturaleza. MORILLO GONZÁLEZ cuestiona las «razones que llevan a que una fundación recurra para la realización de sus fines fundacionales a la constitución de una nueva entidad de fines similares, pues es algo que en principio no tiene demasiado sentido, a no ser que lo que se pretenda sea que los fines fundacionales los realicen entidades con una mayor especialización»⁶⁹⁵.

Así pues, en las fundaciones y otras entidades de índole institucional se reiteran algunos de los elementos problemáticos que veíamos anteriormente en las sociedades: la compatibilidad teleológica de la entidad creadora y la creada; los límites a la disponibilidad patrimonial; y la determinación del órgano que debe manifestar la voluntad fundadora.

2.3.1. Fines de la entidad fundadora y de la fundada

Desde la perspectiva académica se dan dos posiciones aparentemente contradictorias en torno a esta cuestión. De una parte se situarían quienes entienden que debe existir una previsión expresa en los estatutos fundacionales que habilite para la creación de una fundación por otra; en caso contrario, la creación de una nueva fundación debería ir precedida de la correspondiente modificación estatutaria. Del otro lado se sitúan quienes defienden la tesis de que lo realmente relevante

⁶⁹⁵ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso...*, op. cit., pág. 91.

para avalar este negocio jurídico es la existencia de una relación de instrumentalidad de los fines de la entidad creada respecto de la creadora.

Entre los autores que se encuadran en la primera posición encontramos a DE PRADA GONZÁLEZ, para quien las fundaciones solo pueden constituir otras fundaciones en la medida en que sus estatutos expresamente prevean la posibilidad de crear otras fundaciones o colaborar con ellas, o bien, prevean que la fundación contribuya a que otra entidad realice sus fines⁶⁹⁶. En consecuencia, en ausencia de estas previsiones estatutarias, la creación de una fundación debe ser precedida de una modificación de los estatutos de la fundación creadora. En una posición similar se manifiesta CAFFARENA LAPORTA, si bien limita esta necesidad de modificación estatutaria a cuando exista una disparidad entre las finalidades de las dos fundaciones o entre las normas de gestión patrimonial de ambas entidades⁶⁹⁷.

Desde la posición doctrinal mayoritaria, se insiste en la relevancia de los fines que persiga la nueva fundación, si bien entre quienes mantienen esta perspectiva se encuentran algunos matices en torno a la viabilidad de este tipo de negocio jurídico. DEL CAMPO ARBULO construye un discurso muy altamente posibilista e, incluso realista, que basa la limitación no tanto en aspectos formales como en el fondo material de la cuestión, es decir, en la ausencia de contradicción entre los fines de ambas entidades, situando en esta ausencia de colisión el único límite material siempre que los estatutos no dispongan otra cosa. Y desde esta posición plantea la cuestión desde una perspectiva claramente posibilista hasta el punto de afirmar que la obligación *ex lege* —art. 23.a) LFE— de invertir los beneficios que obtiene la fundación de su patrimonio en la consecución de fines de interés general no necesariamente ha de ser en la propia fundación, sino que puede ser en otras, según este autor⁶⁹⁸.

MORILLO GONZÁLEZ, que también elabora su discurso exclusivamente a partir de la ausencia de contradicción teleológica es, no obstante menos posibilista que DEL CAMPO ARBULO, y afirma que lo relevante para que una fundación pueda constituir otra entidad de estas características es que los fines que persiga la entidad creada

⁶⁹⁶ DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., «Aspectos notariales de la Ley de Fundaciones», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 11, págs. 203 y ss.

⁶⁹⁷ CAFFARENA LAPORTA, J., «La constitución de las fundaciones», en: MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a...*, *op. cit.*, pág. 88.

⁶⁹⁸ DEL CAMPO ARBULO, J.A., *Comentarios a la Ley 30/1994 ...*, *op. cit.*, págs. 110-111.

deben ser similares a los de la creadora o, al menos, si no son homogéneos, deben mantener una cierta relación *«de tal forma que la actividad de la nueva fundación favorezca o impulse en alguna medida la actividad de la fundación promotora»*⁶⁹⁹. En esta misma línea de establecer un requisito positivo de instrumentalidad entre los fines de una y otra entidad se sitúa OLAVARRÍA IGLESIA⁷⁰⁰.

Por último BENEYTO FELIU parece que se desmarca de estas dos corrientes y afirma, tomando como referencia la ampliación del espectro de participación de las fundaciones en actividades mercantiles auspiciada por la LFE/2002, que *«si les está permitido participar en entidades que persiguen ánimo de lucro, y por tanto, ajenas a su principal función, mantenemos con mayor rotundidad y sin las matizaciones apuntadas [entre otras, las relativas a la instrumentalidad de los fines apuntadas por MORILLO GONZÁLEZ] que la ley incluye dentro de la categoría de personas de índole institucional a las fundaciones [...], sin más limitación como indica el precepto que el órgano de gobierno (el patronato) cumpla los requisitos y formalidades necesarios para disponer de los bienes y derechos en que consista la dotación de la nueva fundación»*⁷⁰¹.

Sin duda, no podemos compartir este planteamiento por una sencilla cuestión: es cierto que el artículo 8 LFE no establece más requisitos que los relativos al órgano de gobierno. Pero también es cierto que la Ley no crea un marco general de libre disposición del patrimonio fundacional ni siquiera+- de libre actuación de la fundación. La fundación, en su actividad, y en su gestión patrimonial viene fuertemente limitada por la vinculación a la consecución de unos determinados fines, romper esta vinculación supone desposeer a la fundación de su carácter esencial y situarla en un ámbito de más próximo a las vinculaciones patrimoniales particulares. Se puede afirmar que la tesis de BENEYTO FELIU es plausible en la medida en que las dos fundaciones persiguen fines de interés general, por tanto, no se da una sustracción de bienes vinculados desde la esfera del interés general en dirección a la esfera del interés particular, pero como estableció el Tribunal Constitucional en su sentencia 120/2011, de 6 de julio, la vinculación es duradera y no permanente.

⁶⁹⁹ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso...*, *op. cit.*, pág. 90.

⁷⁰⁰ OLAVARRÍA IGLESIA, J., «Comentario al artículo 8...», *op. cit.*, págs. 257-258.

⁷⁰¹ BENEYTO FELIU, J., «Personas Jurídicas, Asociaciones...», *op. cit.*, pág. 1.296.

De ello se deriva precisamente uno de los rasgos característicos del régimen jurídico de las fundaciones en nuestro ordenamiento es la necesidad de identificar los fines que ha de perseguir la fundación (art. 11) hasta el punto de integrar el concepto mismo de fundación⁷⁰²; es precisamente la identificación finalista la que permite establecer la legitimidad de la actividad de la fundación. Y esta legitimidad no se desvirtúa por la participación en actividades mercantiles, toda vez que el resultado de estas se reinvierte en la actividad fundacional, por una parte, y por otra, serán actividades destinadas al cumplimiento del fin fundacional o accesorias o complementarias de las actividades desarrolladas por la fundación. Por el contrario en el supuesto de una fundación si bien sí que puede existir la relación entre los fines, nunca se dará la posibilidad de que los beneficios de la actividad de la fundación creada reviertan en el patrimonio de la fundación creadora, salvo por la vía de realizar donaciones, lo cual nos lleva a un bucle sin mucho sentido jurídico y económico.

En conclusión, la creación de una nueva fundación por una existente requerirá una relación de instrumentalidad entre los fines de la fundación creada y los de la creadora. A partir de este presupuesto deberemos abordar, como hace la generalidad de la doctrina, el régimen de disposición patrimonial y la capacidad del órgano de gobierno para ejercer esta potestad.

2.3.2. Las repercusiones patrimoniales

Del mismo modo que como se ha expuesto anteriormente sobre las sociedades que siguen una lógica lucrativa operan importantes limitaciones a la hora de disponer del patrimonio societario para constituir una fundación, también en el caso de las fundaciones operan límites de este tipo. La doctrina es unánime al considerar que al margen de otras cuestiones de tipo organizativo o, incluso sobre la relación entre los fines de ambas entidades, lo que realmente modula el ejercicio por parte de las fundaciones del derecho de fundación es precisamente el carácter vinculado

⁷⁰² CAFFARENA LAPORTA, J., «La constitución de las fundaciones», en: MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a...*, *op. cit.*, pág. 126.

de los bienes de este tipo de entidades, si bien no faltan opiniones más o menos discrepantes como la que aporta DEL CAMPO ARBULO en la línea de que al ser la vinculación a la consecución de fines de interés general, y dado que la nueva fundación también persigue fines de interés general, no hay mayores problemas⁷⁰³.

El precepto clave en este punto es el artículo 21 de la vigente Ley de Fundaciones del Estado, que aunque no es de aplicación general, ha sido reiterado en mayor o menor medida por casi todas las legislaciones autonómicas⁷⁰⁴. Así en este artículo se dispone en el párrafo primero que:

«La enajenación, onerosa o gratuita, así como el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, requerirán la previa autorización del Protectorado, que se concederá si existe justa causa debidamente acreditada».

Lo primero que llama la atención en este artículo es la previsión expresa de que las fundaciones pueden realizar enajenaciones gratuitas con sus bienes dotacionales o vinculados a fines de interés general, circunstancia esta que no era evidente en la regulación previa⁷⁰⁵ y que para alguna doctrina era incongruente con el apoderamiento a las fundaciones para crear otras entidades con este carácter⁷⁰⁶. De esta manera se permite que se destinen bienes vinculados a la constitución de nuevas fundaciones, si bien, en este caso la cuestión pasa necesariamente a encuadrarse en las relaciones de fines que estatutariamente persigue la fundación creadora y la relación de aquéllos con las finalidades que persiga la nueva entidad. Se manifiesta apoyando esta tesis SANTOS MORÓN *«dado que las enajenaciones gratuitas son actos*

⁷⁰³ En el marco de lo dispuesto en el artículo 19.1 de la LFE/1994, que no ha sido reiterado en la vigente LFE, de 2002, este autor llegó a considerar que no se requería la autorización previa del Protectorado para avalar la disposición de bienes de la fundación matriz en beneficio de la nueva fundación (DEL CAMPO ARBULO, J.A., *Comentarios a la Ley 30/1994 ...*, op. cit., pág. 111).

⁷⁰⁴ Vid. art. 30 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía; art. 13 de la Ley 2/1998, de 6 de abril, de fundaciones canarias; art. 16 de la Ley 1/1998, de fundaciones de la Comunidad de Madrid; 11 de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de fundaciones de la Comunitat Valenciana; art. 10 de la Ley 13/2002, de 15 de julio, de fundaciones de Castilla y León; art. 20 de la Ley 7/1983, de fundaciones de interés gallego; art. 22 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de fundaciones del País Vasco, art. 27 de la Ley 1/2007, de 12 de febrero, de fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja. art 333-1 de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, según la redacción dada por la Ley 7/2012, de 15 de junio.

⁷⁰⁵ Vid. art. 19.1 LFE/1994.

⁷⁰⁶ SANTOS MORÓN, M.J., «El patrimonio de la fundación. Régimen de gestión patrimonial», en: MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a...*, op. cit., pág. 308.

“objetivamente” perjudiciales para la fundación, lo normal será que el Protectorado autorice tales actos de disposición solo cuando a través de ellos se contribuya, directa o indirectamente, a la realización del fin fundacional»⁷⁰⁷.

Con todo, esta opción legislativa no es general. Expresamente ninguna Comunidad Autónoma ha optado por un enunciado similar al de la Ley estatal. Más bien al contrario. Algunos Parlamentos autonómicos han mantenido una lógica conservadora hasta el punto de prohibir a las fundaciones la realización de actos de disposición de sus bienes a título gratuito, pese a reconocer en los mismos textos normativos la capacidad de las fundaciones de constituir otras fundaciones en virtud del uso de la frase «*personas jurídicas privadas de índole institucional*», lo que sin duda aboca la normativa a una aparente antinomia como veremos a continuación.

Esta circunstancia no es novedosa en nuestro ordenamiento. Ya la LFE/1994 era contradictoria en sus artículos 19 (intitulado enajenación y gravamen)⁷⁰⁸ y 6.3 (capacidad para fundar). Ya que si bien no excluía la posibilidad de que la fundación realizase actos de disposición patrimonial con carácter gratuito, al excluir expresamente este tipo de actos del control del Protectorado, una parte de la doctrina entendió que de esta manera «*la Ley prohíbe las liberalidades de la fundación que no tengan por objeto el cumplimiento de los fines fundacionales*»⁷⁰⁹, lo que directamente impide el ejercicio de la capacidad de fundar por parte de fundaciones si no lo tienen

⁷⁰⁷ SANTOS MORÓN, M.J., «El patrimonio de la fundación ...», *op. cit.*, pág. 308.

⁷⁰⁸ «1. La enajenación o gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, o representen un valor superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance anual, requerirá la previa autorización del Protectorado, quien podrá exigir que se le acrediten las condiciones y circunstancias concurrentes. Tal autorización no será necesaria en el caso de los actos de disposición de donaciones o subvenciones conforme a los fines establecidos por el donante o por la correspondiente norma.

2. De la enajenación o gravamen de los bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, valores mobiliarios que representen participaciones significativas en los anteriores y objetos de extraordinario valor, no incluidos en el apartado anterior, se dará cuenta inmediatamente al Protectorado.

3. También será necesaria dicha autorización o, en su caso, comunicación para comprometer en árbitros de equidad o para celebrar transacciones respecto de los bienes y derechos a que se refieren los apartados anteriores.

4. Las enajenaciones o gravámenes a que se refiere el presente artículo, y en general todas las alteraciones superiores al 10 por 100 del activo de la Fundación, se harán constar anualmente en el Registro de Fundaciones al término del ejercicio económico.»

⁷⁰⁹ Vid. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación...*, *op. cit.*, pág. 148; en sentido similar, también vid. OLMOS VICENTE, I., *Las fundaciones: su nuevo ...*, *op. cit.*, pág. 154.

expresamente previsto en sus finalidades fundacionales⁷¹⁰.

Y ello es así porque una de las características esenciales del negocio fundacional es la disposición a título gratuito en beneficio de la fundación que se crea. Si no está prevista la realización por las fundaciones de actos de disposición gratuitos es imposible la materialización de la capacidad de fundar, salvo que en el proceso de creación de la nueva fundación quien aporte la dotación sea un tercero, un supuesto ciertamente estrambótico. Ello no obstante, como apunta DEL CAMPO ARBULO, la realidad es que han sido muchas las fundaciones que han venido ejerciendo esta capacidad, lo que en nuestra opinión evidencia la versatilidad del fenómeno fundacional y, sobre todo, de la huida constante de este tipo de instituciones de los rigorismos normativos que constantemente persiguen su encorsetamiento⁷¹¹.

Volviendo a la cuestión de los límites a la disposición del patrimonio de las fundaciones, como se ha expuesto, la LFE/2002 supuso un cambio radical al permitir expresamente la enajenación a título gratuito por parte de las fundaciones, de manera que se dio la necesaria coherencia al actual artículo 8.3 (anterior artículo 6.1). Pero no podemos obviar que esta modificación normativa no se ha trasladado a los textos autonómicos lo que conlleva una significativa variable en relación a un tema tan importante como el ejercicio de un derecho constitucional.

Veamos.

En la actualidad hay dos leyes vigentes –todas ellas de redacción posterior a la LFE/2002– que prohíben la realización por las fundaciones de transacciones o el establecimientos de gravámenes a título gratuito sobre elementos de su patrimonio –con independencia de su vinculación o carácter–, con la única excepción de las prestaciones de la fundación en cumplimiento de su fin fundacional. Es el caso de las

⁷¹⁰ GARCÍA-ANDRADE articula su razonamiento en base, principalmente, a dos cuestiones: que el artículo 21 de la LFE/1994 (actual artículo 23 LFE/2002) obligaba a las fundaciones a destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas a los fines fundacionales, «a sensu contrario, y aquí reside el dato crucial, la Ley prohíbe las liberalidades de la fundación que no tengan por objeto el cumplimiento de los fines fundacionales»; y que dado que la fundación «tiene prohibidas las liberalidades, siempre que no las realice en el cumplimiento de los fines fundacionales, y en éste caso sería inoperante exigir la autorización para cada acto singular de la fundación» vid. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación...*, op. cit., pág. 148). Sin duda, estos autores entienden que son legítimas una serie de transacciones económicas gratuitas desarrolladas por las fundaciones en el marco de sus fines tales como subvenciones, becas o premios.

⁷¹¹ DEL CAMPO ARBULO, J.A., *Comentarios a la Ley ...*, op. cit., pág. 111.

leyes andaluza (2005)⁷¹² y valenciana (2008)⁷¹³. En estas Comunidades, por consiguiente, hay que entender que el derecho de constituir fundaciones está notablemente más limitado que en el resto de Comunidades o en el ámbito del Estado, ya que no solo se establece un régimen específico de control exterior sobre los negocios patrimoniales susceptibles de dar lugar al nacimiento de una nueva entidad, sino que directamente se entiende que este tipo de negocios son, como norma general, ilegítimos y que es la excepción la legitimidad.

En las restantes Comunidades autónomas, las respectivas normas omiten la preceptividad de la onerosidad de las transacciones. De esta manera se sitúan en la línea de la LFE/1994 si bien, en algunos casos se exigen como requisito para la realización de la enajenación la concurrencia del interés para la fundación⁷¹⁴.

Pero como se ha expuesto en páginas previas, no solo la dotación fundacional o los bienes directamente vinculados disponen de un régimen de disposición cualificado marcado por la necesaria autorización externa del Protectorado; el propio artículo 21 LFE, en su apartado 3, prevé una cierta tutela administrativa en base a la concurrencia de un criterio cuantitativo, esto es, cuando la disposición afecte a bienes que superen el 20 % del activo de la fundación; o cualitativo, es decir, cuando se trate de bienes de determinadas características (bienes de interés cultural, establecimientos mercantiles o industriales, o bienes inmuebles). Esta tutela administrativa varía según los ordenamientos autonómicos, si bien en general se sigue el modelo estatal de comunicación al Protectorado⁷¹⁵.

⁷¹² Artículo 30 de la LFA:

«1. La enajenación, gravamen o cualesquiera otros actos de disposición o de administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, constituyan o no dotación, serán a título oneroso, debiendo estar justificada en todo caso la necesidad o conveniencia de tales actos así como la inversión prevista de la contraprestación, salvo que se trate de prestaciones propias del cumplimiento del fin fundacional.»

⁷¹³ El artículo 22 de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre de 1998, de Fundaciones de la Comunitat Valenciana, según redacción dada por el artículo 1.17 de la Ley 9/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de modificación de la Ley 8/1998, reproduce, en lo que interesa en este punto, el precepto transcrito de la Ley andaluza.

⁷¹⁴ *Vid.* art. 27.1 de la LFR; art. 16.1 LFCM; art. 21 LFPV; art. 29.1 LFIG; art. 13.1 LFCan; y art. 19.1 LFCL.

⁷¹⁵ Llama la atención, nuevamente en este punto la legislación catalana, que no prevé un régimen de autorización por parte del Protectorado, sino simplemente un sistema de comunicación *ex post* incluso cuando los bienes afectados por la enajenación forman parte de la dotación o están vinculados a la consecución de fines de interés general —salvo unos supuestos muy concretos en los que la autorización deberá solicitarse *ex ante*—.

De lo expuesto se deduce claramente que la naturaleza de los bienes que aporte la fundación fundadora a la fundada, en relación con el patrimonio de aquélla, será determinante para establecer el régimen jurídico de tutela por parte del Protectorado (autorización/comunicación) y, por tanto, el grado de libertad de que goza la fundación. Salvo en las dos Comunidades autónomas reseñadas anteriormente, en las que se prohíbe por regla general toda liberalidad ajena a los fines de la fundación, la vinculación de los bienes objeto de negocio gratuito a los fines de la fundación o a la dotación determinará la intensidad de la intervención del Protectorado. En este sentido, DEL CAMPO ARBULO considera que el mandato previsto en el antiguo artículo 21 LFE/1994, hoy artículo 23 LFE/2002, no se incumple por el simple hecho de que una fundación realice un acto de disposición sin contraprestación económica, ya que el acto de dotación de una nueva fundación implica que los recursos de la entidad fundante se mantienen vinculados a la consecución de fines de interés general, si bien por medio de otra fundación⁷¹⁶.

1.2.3.3. El órgano rector competente

El tercer aspecto que merece detenerse en relación con el ejercicio del derecho de fundación por parte, principalmente de otras fundaciones, es cuál es el órgano competente para adoptar la decisión. La Ley habla de que estas entidades deberán contar con el acuerdo del «órgano rector». La doctrina entiende que en el caso de las fundaciones el «órgano rector» es el Patronato, ya que en este tipo de entidades no se da la distinción entre órganos de gobierno y órganos de representación⁷¹⁷. La interpretación doctrinal parece que es, efectivamente, la más acertada pero como bien apuntó una enmienda del Grupo Parlamentario Popular en el trámite tanto del Congreso de los Diputados como del Senado del proyecto de Ley de 1994, la propia LFE no caracteriza al patronato fundacional como el «órgano rector», sino como el «órgano de gobierno y representación de la misma»⁷¹⁸. Sea como fuere, la adopción

⁷¹⁶ DEL CAMPO ARBULO, J.A., *Comentarios a la Ley ...*, op. cit., 1996, pág. 111.

⁷¹⁷ GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a ...*, op. cit., pág. 92.

⁷¹⁸ Las enmiendas, que fueron defendidas sin mucha convicción en las respectivas comisiones, no salieron adelante, y en el proyecto de Ley de 2002 –auspiciado por un Gobierno del Partido Popular–

de una nomenclatura más propia de las fundaciones hubiera dificultado la posibilidad de configurar esta categoría de personas jurídico privadas con el matiz *residual* con el que finalmente se ha incorporado al Ordenamiento.

La identificación, insistimos, en el supuesto de las fundaciones, entre el órgano rector y el patronato responde a una cuestión meramente material. Así el artículo 14.2 de la LFE atribuye a este órgano —por otra parte necesario en todas las fundaciones— función de «*administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos*».

La cuestión es similar en otros supuestos de entidades que carecen de base asociativa y que no son propiamente fundaciones, como es el caso de los Colegios Profesionales o las Cajas de Ahorros, por ejemplo, aunque estos ejemplos no se correspondan exactamente entidades privadas. A estas personas la LFE les exige el acuerdo del órgano rector correspondiente, cuya determinación habrá de realizarse en base a la legislación aplicable y, en su caso, a los estatutos de la entidad de que se trate.

Si nos referimos a las Cajas de Ahorros, que al parecer de la mejor doctrina constituyen junto con las fundaciones *stricto sensu* el grueso de los posibles *personas jurídicas privadas de índole institucional*, tampoco el legislador ha optado por definir expresamente un órgano rector. Ni la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de las normas básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro (LORCA), ni el previo Real Decreto 2.290/1977, de 27 de agosto, por el que se regulan los órganos de gobierno y las funciones de las Cajas de Ahorros, pese a utilizar de manera reiterada la expresión, acotan el concepto a un determinado órgano. Y en este sentido, el

no se incluyó una redacción en los términos que se proponían en 1994, sino que se mantuvo la redacción aprobada por las Cortes y que se incorporó al artículo 6 de la Ley 30/1994. Las enmiendas (257 del Congreso, y 160 del Senado) pretendían la sustitución de las expresiones «índole institucional» por «índole fundacional» y «órgano rector» por «patronato» (*vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 39-7, de 16 de marzo de 1994, págs. 108-109; y BOCG, Senado, Serie II, núm. 42, de 23 de septiembre de 1994, pág. 80; Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (Comisión de Educación y Cultura), núm. 214, de 24 de mayo de 1994, pág. 6.536; Diario de Sesiones del Senado (Comisión de Educación y Cultura), núm. 131, de 13 de octubre de 1994, pág. 4).

Tribunal Constitucional, en su reiterada Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, reconoció esta pluralidad –y aún indeterminación por mor de la asunción competencial de las CC.AA.– al afirmar que:

«...los órganos rectores son los que llevan la administración, gestión y representación de las Cajas y constituyen los centros de decisión de su política. [...] Es evidente que los órganos enumerados en el art. 1 de la LORCA cumplen con esa finalidad, aunque no puede excluirse la posibilidad de que se configuren otros que también la satisfagan.»

Y añadió que, ello no obstante,

«...resulta justificado que de tales órganos rectores resulten excluidas personas con funciones exclusivamente técnicas cuya importancia no se ignora, pues también atienden a la consecución de otra de las finalidades de la Ley cual es lograr una gestión eficaz, pero que no reúnen las condiciones de representatividad que requiere para los órganos rectores el esquema organizativo de las Cajas.»

En el artículo 12.f) de la LORCA⁷¹⁹ se atribuye a la Asamblea General de las Cajas de Ahorros, entre otras funciones *«la creación y disolución de obras benéfico-sociales, así como la aprobación de sus presupuestos anuales y de la gestión y liquidación de los mismos»*⁷²⁰.

⁷¹⁹ La redacción de este inciso no se ha visto alterada por el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros. Como consecuencia de este Real Decreto-Ley varias Comunidades Autónomas han dictado normativa específica en relación con la actividad y gobierno de las Cajas de Ahorros y, en la actualidad (otoño de 2013), se encuentra en tramitación en el Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm.49-1, de 21/06/2013).

⁷²⁰ El mismo concepto de *obra benéfico-social* es ambiguo, pese a ser de común uso en las referencias a las Cajas de Ahorros, aún en el ámbito normativo. En la Orden de 19 de junio de 1979, referida a la regulación de la obra benéfico-social el artículo primero se limita a establecer que *«la totalidad de los excedentes líquidos, deducidas las reservas, que las Cajas de Ahorros han de destinar a la realización de las obras benéfico-sociales, se invertirán en obras propias, o en colaboración, que se orienten a la sanidad pública, la investigación, enseñanza y cultura o a servicios de asistencia social cuyos beneficios se extiendan especialmente al ámbito de actuación de la Caja.»* De esta manera, la obra social parece entenderse como una actividad más de las que realizan las cajas como tales entidades, bien directamente *«obras benéfico-sociales propias»* (art. 2), bien *«en colaboración»* cuando intervengan en su realización, además de la Caja, otras personas físicas o jurídicas (art. 3). Así pues, la Orden no configura necesariamente la obra benéfico-social de las Cajas de Ahorro como una personificación jurídica al margen de la propia Caja, sino que su opción preferente es la de incluirla entre las actividades ordinarias de la entidad, si bien se sometida a una serie de requisitos formales y principios rectores. Aún así, el artículo 10 de esta Orden deja abierta la puerta al recurso a la personificación de estas actividades a través de una fundación o un patronato: *«La gestión y administración de las obras benéfico-sociales podrá realizarse a través de Fundaciones o Patronatos creados por las Cajas de Ahorros, solas o en asociación con Entidades colaboradoras. Sus Estatutos, además de los requisitos que exija la legislación general, requerirán la autorización del Ministerio de Economía.»*

Aunque el concepto de obras benéfico-sociales puede resultar equívoco, debe entenderse referido a aquellas instituciones creadas por la propia Caja de Ahorros, sola o con el concurso de otras entidades, cuya finalidad es la gestión de los recursos que por su propia naturaleza la entidad financiera debe reinvertir en la sociedad.

Así pues, parece que en el caso de las Cajas de Ahorros el órgano competente para articular la voluntad creadora de una fundación es, entre los distintos órganos rectores, exclusivamente la Asamblea General, lo que ciertamente convierte en muy complejo el ejercicio del derecho de fundación. Sin embargo, hay que tener en cuenta en este punto que las Cajas de Ahorro sí que podrán destinar sus recursos vinculados a la obra social a fundaciones ya constituidas, siempre y cuando la actividad de éstas sea compatible con las pautas marcadas para la ejecución de la obra social por parte de la Asamblea General.

Precisamente en el ámbito de las Cajas de Ahorros, el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, ha introducido una significativa variable en la relación que se establece entre estas entidades y las fundaciones. Como afirmó el Tribunal Constitucional en la STC 49/1988, reiteradamente mencionada, en las Cajas de Ahorros se ha dado una evolución que *«...como es notorio, se ha acelerado en los últimos años, en que el aspecto benéfico-social de las Cajas ha quedado oscurecido, aunque sin desaparecer, por su relevante función como entidades de crédito»* (FJ 6º). De manera que, *«[s]in 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, 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»* (FJ 10º).

Pues bien, el legislador ha optado en el Real Decreto-Ley 11/2010 por permitir, precisamente, una evolución contraria a la descrita por el Alto Tribunal. Con el objeto de *«fortalecer las cajas»* se *«permite la transformación de la caja en una fundación de carácter especial conservando la obra social y el traspaso de todo su ne-*

gocio financiero a un banco»⁷²¹. Esta disposición normativa, sin embargo, no especificó qué debía ser una «fundación de carácter especial», o mejor dicho, dónde residía la *especialidad* de este tipo de fundaciones.

La norma llamada a cubrir esta laguna es la futura Ley de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias, cuyo proyecto fue presentado por el Gobierno ante las Cortes Generales en junio de 2013⁷²². En este texto se define a la fundación bancaria como aquella que mantenga una participación en una entidad de crédito que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 % del capital o de los derechos de voto de la entidad, o que le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración. Estas fundaciones tendrán finalidad social y orientarán su actividad principal a la atención y desarrollo de la obra social y a la adecuada gestión de su participación en una entidad de crédito. La disposición adicional primera contempla la transformación obligatoria de las «fundaciones de carácter especial» en fundaciones bancarias o, en caso de no reunir los requisitos, en fundaciones «ordinarias».

Estas nuevas fundaciones bancarias se someten a un régimen específico, con mayor intervención de la Administración –según hizo notar el Consejo de Estado en su dictamen sobre el anteproyecto de Ley⁷²³– y, supletoriamente al régimen jurídico de la LFE –el de las que el propio Proyecto llama «fundaciones ordinarias»–

El Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio no estableció un régimen completo para las «fundaciones de carácter especial», ni clarificó, en lo que nos importa en este momento cuál era el órgano competente para decidir esta cuestión de entre los que figuran en el organigrama de una Caja. El artículo 6 del Real Decreto-Ley, intitulado «*Transformación de cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial*» se limitaba a establecer supuestos, principios de gestión de recursos y el destino de la actividad crediticia.

Las normativas autonómicas que han desarrollado la norma estatal en sus respectivos ámbitos han atribuido a la Asamblea General de las Cajas de Ahorros la

⁷²¹ Vid. Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 11/2010, de 9 de julio, apartado I.

⁷²² BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm.49-1, de 21/06/2013.

⁷²³ Dictamen del 30 de mayo de 2013, recaído en el expediente 512/2013.

aprobación de la transformación y la consiguiente separación de la actividad bancaria⁷²⁴.

De esta manera, la creación de fundaciones *ope legis* a partir de la transformación de una persona jurídica precedente, ya sea una Caja de Ahorros o ya sea una fundación ordinaria que tiene entre su patrimonio una significativa participación en una entidad crediticia, abre una nueva perspectiva a la que habremos de estar atentos, ya que como señaló el Consejo de Estado en su dictamen, *«no cabe ignorar que las características de esta última fundación y algunos aspectos de su regulación (esencialmente, composición de los órganos de gobierno y régimen de supervisión y control) podrían compaginarse mal con un elemento fundamental en toda fundación, cual es la voluntad de su fundador»*.

En todo caso, como se ha expuesto, deberá ser la Asamblea General de la Caja de Ahorros o el Patronato –si se trata de una fundación– quien tomará el acuerdo de la transformación.

En cuanto a las consecuencias patrimoniales hay una interesante casuística –conversión del negocio bancario en participaciones que se integran en el patrimonio de la fundación bancaria, separación de patrimonios entre el banco y la fundación...– que, por una parte, son susceptibles de un extenso trabajo y, por otra, dado que el proceso aún está en marcha, es complejo llegar a conclusiones claras.

⁷²⁴ Por ejemplo, arts. 68 y 69 de la Ley de Cajas de Ahorros de Cataluña, según redacción dada por la Ley 9/2012, del 25 de julio, de modificación del texto refundido de la Ley de Cajas de Ahorros de Catalunya; o el art. 16.bis, introducido en la Ley 3/1998, de 1 de julio, de Cajas de Ahorros de la Región de Murcia por la Ley 4/2012, de 15 de junio.

3. LAS PERSONAS JURÍDICO-PÚBLICAS

3.1. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA CREACIÓN DE FUNDACIONES POR LAS PERSONAS JURÍDICO-PÚBLICAS

Las jurídico-públicas son el tercer grupo de personas al que se atribuye en la LFE la capacidad de crear fundaciones. Se trata de un supuesto muy discutido en la doctrina⁷²⁵ e, incluso, de frecuente aparición en la agenda política y que cabe enmarcar, como más adelante se verá, en lo que el profesor SANTAMARÍA PASTOR denomina la última fase de la «*huida consciente y sistemática del Derecho administrativo y del Derecho financiero*»⁷²⁶ o «*manipulación jurídica*» del aparato organizativo de la Administración» en palabras del profesor COSCULLUELA MONTANER⁷²⁷.

Esta habilitación a favor de las Administraciones Públicas ya se contenía en el artículo 6.4 de la Ley 30/1994 en términos idénticos a los de la vigente LFE (art. 8.4). Su antecedente puede situarse en el anteproyecto de Ley de Fundaciones promovido por el Ministerio de Justicia en 1981.

En la norma actualmente en vigor se ha modificado el título competencial que amparaba al Estado para establecer esta habilitación a las personas jurídico-públicas: el primer apartado, el que reconoce la capacidad de las personas jurídico-públicas para constituir fundaciones ya no se encuadra en el ejercicio del título *ex* artículo 149.1º.1ª CE (condiciones básicas del ejercicio del derecho de fundación) como preveía la disposición final primera de la LFE/1994, sino que la nueva LFE encuadra el conjunto del artículo 8 en el título que otorga al Estado la competencia exclusiva en legislación civil (art. 149.1º.8ª CE). La cuestión del cambio de título sin embargo, no es baladí desde el punto de vista jurídico, llegando a ser tachada de

⁷²⁵ Vid. MORILLO GONZÁLEZ, F., *El proceso ...*, *op. cit.*, págs. 91 y ss.

⁷²⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo* (3ª ed.). Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2000, vol. I, págs. 623 y 657.

⁷²⁷ COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*. 10ª ed. Madrid: Civitas, 1999, pág. 269.

inconstitucional desde solventes posiciones doctrinales⁷²⁸ y cuestionada incluso por el Tribunal de Cuentas en sus informes.

Y es que no hay que olvidar que los alcances de ambos títulos competenciales son bien distintos: mientras el título contenido en el número 8 del apartado 1º del artículo 149 tiene como límite expreso la normativa civil foral o especial «allí donde exista[n]» con las excepciones que «en todo caso» corresponderán al Estado, el título del número 18 de este mismo apartado y artículo tiene un alcance mucho mayor por cuanto concede al Estado la competencia exclusiva para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y, en consecuencia, se proyecta sobre todo el territorio y todas las Comunidades Autónomas, llegando a constituir un límite a la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas. Precisamente, como analizaremos a continuación, uno de los aspectos que merece la desautorización de parte de la doctrina es que esta capacitación a la Administración para crear fundaciones se desvincula de la actividad autoorganizativa de la Administración cuando estamos una forma más de las que tiene esta para organizar su actividad y sus medios, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional en su ya reiterada STC 120/2011, de 6 de julio.

Con todo y con ello la crítica doctrinal es también aplicable a la anterior legislación: el título 149.1º.1ª que amparaba el anterior artículo 6.1 LFE/1994 tampoco constituye título habilitante adecuado si se asume la argumentación general de la doctrina de que las fundaciones privadas de iniciativa pública no encuentran su anclaje legal en el artículo 34 de la Carta Magna, sino que son una creación del legislador infraconstitucional⁷²⁹. El título competencial que habilita al Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de los derechos constitucionales, obviamente solo alcanza a estos derechos,

⁷²⁸ CARBALLEIRA RIVERA es especialmente crítica con el recurso a este título competencial que considera inadecuado. Y ejemplifica lo incorrecto del recurso a este título con el siguiente ejemplo: «qué ocurriría si se diese la circunstancia contraria, esto es, que la LF limitase o prohibiese expresamente a las Administraciones públicas constituir fundaciones acogiéndose a las competencias del art. 149.1.8 CE. Seguramente la primera reacción frente a esa supuesta decisión del legislador sería la de denunciar la inconstitucionalidad del título competencial utilizado para, a continuación, poner de relieve que todo lo concerniente a la definición de lo básico en materia de organización y régimen jurídico de las Administraciones públicas debe ser ejercida por el Estado en el marco del art. 149.1.18 CE» (CARBALLEIRA RIVERA, M.T., *Fundaciones y Administración...*, *op. cit.*, pág. 65)

⁷²⁹ *Vid.* MORILLO GONZÁLEZ, F., *El proceso ...*, *op. cit.*, pág. 94.

entre los que efectivamente se encuentra el derecho a crear fundaciones reconocido a las personas privadas, tanto físicas y como jurídicas, pero según la doctrina en ningún caso a las personas jurídico-públicas, que no podrían entrar dentro de la categoría de «ciudadanos».

Por lo demás, la LFE/2002 incorpora un capítulo –el XI– dedicado a regular las fundaciones del sector público estatal, intentando dar salida a dos aspectos que habían merecido la crítica unánime de la doctrina, esto es, la ausencia de una regulación específica de las fundaciones privadas de iniciativa pública, es decir, la adaptación del régimen jurídico a las características específicas del fundador Administración Pública; y por otra parte, salvar las contradicciones entre una fundación regida por los principios de Derecho privado pero creada por una Administración Pública sometida a los principios constitucionales recogidos en los artículos 9.3 y 103 de la Carta Magna.

En general, como se ha visto, no hay duda de que el artículo 34 CE da cobertura a la titularidad del derecho de fundación por parte de las personas físicas con plena capacidad de disponer. También es general⁷³⁰ en la doctrina y en la jurisprudencia la afirmación de que las personas jurídicas privadas, con independencia de su *índole institucional o asociativa* pueden constituir fundaciones, aunque en estos supuesto sí que la doctrina ha visto un cierto nivel de limitaciones⁷³¹. Sin embargo, en el caso de las fundaciones cuyo origen se encuentra en las personificaciones sector público, la opinión científica es muy reacia a admitir su legitimidad más allá de un hecho excepcional⁷³² y, aunque hoy en día es común su aceptación, no deja de

⁷³⁰ Con todo y con ello, hay notables dudas: PAREJO ALFONSO afirma que los derechos de la Sección II, del Capítulo 2^a, del Título I de la Constitución «son de los ciudadanos, es decir, de las personas físicas y, todo lo más y ya con matices, de las jurídicas por ellas creadas, es decir de los sujetos ordinarios del Derecho» y añade ya en relación a la titularidad de estos derechos, entre ellos el de fundación «en modo alguno de los poderes públicos “constituidos” que, por serlo, poseen –en especial la Administración– un código bien distinto y aun contrapuesto» (vid. PAREJO ALFONSO, L., «Prólogo» a la obra VAQUER CABALLERÍA, M., *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública: la reforma de los servicios públicos sanitarios*. Madrid: Marcial Pons, 1999, pág. 13).

⁷³¹ Llama la atención que alguna doctrina ha mostrado su hostilidad al reconocimiento del derecho de fundación a las personas jurídicas públicas fundamentando este rechazo entre otras, en que la Constitución incardina el artículo 34 en el capítulo rubricado «De los derechos y deberes de los ciudadanos» (vid. *inter alia* CARBALLEIRA RIVERA, M.T., *Fundaciones y Administración Pública*. Barcelona: Atelier, 2009, pág. 61), sin que por ello se haya trasladado este mismo argumento a las sociedades que, por supuesto, tampoco son «ciudadanos».

⁷³² PIÑAR MAÑAS, J.L., «Entidades privadas e interés ..., *op. cit.*, pág. 299.

tener un carácter de admisión en base a los hechos consumados⁷³³ a partir de una opción concreta del legislador principalmente a partir de 1994, y reforzada desde 2002.

El apoderamiento a las personas jurídico-públicas para crear fundaciones tiene un carácter general, de manera que solo tienen vedada la creación de fundaciones aquellas cuyas normas reguladoras establezcan lo contrario⁷³⁴. En este punto hay que reseñar que esta potestad de las personas jurídico-públicas –Administraciones Públicas *stricto sensu* pero también otro tipo de personificaciones instrumentales de las distintas Administraciones Públicas⁷³⁵– se manifiesta en dos materializaciones distintas: la creación de las llamadas *fundaciones del sector público* y lo que podríamos llamar fundaciones privadas de iniciativa pública⁷³⁶. Las primeras son aquellas que, bien en el ámbito estatal, como en el autonómico o en el local reúnen las características que expresamente les exige la ley⁷³⁷ y que, *grosso modo* vienen a implicar que son entidades controladas totalmente por una o varias Administraciones Públicas o sus entes instrumentales. Las segundas serían aquellas fundaciones

⁷³³ Vid. SOCÍAS CAMACHO, J.M., *Fundaciones del Sector Público: en especial, el ámbito sanitario*. Madrid: Iustel, 2006, págs. 144 y ss. Por el contrario, MORILLO GONZÁLEZ que se aproxima a la cuestión desde una óptica eminentemente civilista no tiene un juicio necesariamente negativo sobre el recurso de las Administraciones públicas a las fundaciones privadas (vid. MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso...*, op. cit., págs. 97 y 98).

⁷³⁴ La dicción es prácticamente idéntica a la que se recoge en el artículo 3.g) de la Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación: «Las personas jurídico-públicas serán titulares del derecho de asociación en los términos del artículo 2.6 de la presente Ley, salvo que establezcan lo contrario sus normas constitutivas y reguladoras, a cuyo tenor habrá de atenderse, en todo caso, el ejercicio de aquél».

⁷³⁵ Vid. MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso...*, op. cit., pág. 97.

⁷³⁶ CARBALLEIRA RIVERA distingue cuatro tipos de fundaciones creadas por la Administración pública según sea su constitución y el régimen jurídico que las rige: a) fundaciones del sector público *stricto sensu*, esto es creadas al amparo de la legislación específica ya sea estatal o autonómica y sometidas a un régimen jurídico mixto público-privado; fundaciones privadas de la Administración, que son aquellas creadas por Administraciones públicas pero regidas exclusivamente por el derecho privado; fundaciones participadas por la Administración, que son aquellas creadas por la iniciativa privada pero en las que participa minoritariamente la Administración pública; y fundaciones «exceptuadas», que son aquellas que pese a estar creadas y relacionadas con la Administración pública no se someten al régimen general de las fundaciones ya que una norma legal las exime de este régimen –v.gr. las fundaciones del Patrimonio Nacional– (vid. CARBALLEIRA RIVERA, M.T., *Fundaciones y Administración Pública*. Atelier: Barcelona, 2009, págs. 105 y ss.)

⁷³⁷ El artículo 44 de la LFE considera que son fundaciones del sector público estatal «aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal.

b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades».

en las que la presencia de las Administraciones Públicas o de sus entes instrumentales no implica una aportación mayoritaria en la dotación fundacional o una presencia mayoritaria en los órganos de gobierno, singularmente en el patronato. En el supuesto de las primeras las exigencias formales, al menos, son mayores –acuerdo del Consejo de Ministros, por ejemplo– que en el caso de las segundas a las que nos referiremos someramente más adelante, y que llamaremos «mixtas», en que se aplica el régimen general de disposición de los bienes de la Administración Pública⁷³⁸ en lo tocante a cesión gratuita de éstos y las especialidades de procedimiento de formación de la voluntad de las entidades públicas⁷³⁹.

Con todo y con ello, esta categorización debe necesariamente considerarse provisional, pues en el capítulo XII de este estudio volveremos sobre la cuestión de la clasificación de las fundaciones con participación pública con mayor detalle y profundidad.

Por otra parte, a continuación analizaremos algunos de los problemas que plantea la creación de fundaciones por parte de las entidades públicas. Así, la primera aproximación debe hacerse en torno a la cobertura normativa que se exige para poder constituir una fundación; en segundo lugar, el órgano competente para la creación de la entidad; en tercer lugar, se abordará la relación que se establece entre los fines de la fundación y los de la Administración creadora; y finalmente las normas de atribución de bienes, teniendo en cuenta el especial régimen al que están sometidos los bienes que son de titularidad pública. Para un capítulo específico dejaremos la relación entre la fundación y el Protectorado.

⁷³⁸ En el caso del Estado, lo previsto, entre otros, en los artículo 145 y ss. de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

⁷³⁹ MENÉNDEZ, M., «La veste de fundación pública no determina la naturaleza de la entidad subyacente (comentario del auto del Tribunal Constitucional 206/1999, de 28 de julio de 1999 y de la doctrina recogida en la contestación de la Dirección General de Tributos de 22 de noviembre de 2006, consulta V2306-06)», en: GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. y ALONSO GARCÍA, R. (dirs.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*. Vol. I. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2012, pág. 232.

3.2. LA PREVISIÓN NORMATIVA NECESARIA PARA CONSTITUIR UNA FUNDACIÓN

El artículo 8.4 de la LFE establece, como hemos visto, que las personas jurídico-públicas podrán constituir fundaciones siempre que sus normas reguladoras no lo prohíban.

Lo que en principio parece una afirmación clara del legislador, en coherencia con lo expresado en el apartado 1 de este mismo artículo, ha generado en la doctrina, especialmente en el marco de la LFE/1994, un notable debate a cuenta de si esta previsión legal tiene un alcance habilitador para que las Administraciones públicas puedan constituir efectivamente fundaciones regidas por el Derecho privado.

De entrada, PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ han mantenido la posición afirmativa afirmando que el artículo 6 de la LFE/1994 *«contiene una previsión positiva sobre la posibilidad de crear fundaciones por entidades públicas. Queremos decir que no es necesaria una habilitación ulterior. La Ley permite sin más esa creación.[...] La capacidad de constitución es la regla, que sólo puede quedar excepcionada por norma expresa y contraria [...] Además no cualquier norma, sino precisamente la norma que regule los regímenes de las diferentes personas jurídico-públicas»*, y añaden que la Ley no *«altera en sí y por sí el sistema organizativo público ni incide, por tanto, en la organización administrativa. Eso solo pueden hacerlo las leyes reguladoras de las entidades jurídico-públicas [...] La Ley permite crear fundaciones, pero no establece los requisitos jurídico-administrativos para que así sea ni el procedimiento administrativo»*⁷⁴⁰.

DE PRADA llega a una conclusión similar aunque considera que esta norma es *atípica* ya que determina la capacidad en negativo y concluye que *«estas personas podrán constituir fundaciones solo si con arreglo a su estatuto de capacidad esto es*

⁷⁴⁰ PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A., *Derecho de Fundaciones y Voluntad del fundador*. Marcial Pons: Madrid, 2000, págs. 214 y ss.

posible y cumpliendo las normas establecidas en el mismo para la disposición de bienes a título gratuito»⁷⁴¹.

Por el contrario, existe una línea doctrinal encabezada por PAREJO ALFONSO que es especialmente crítica con esta habilitación legal, contenida en la LFE/1994 y también en la LFE/2002. Sus argumentos arrancan de un notable recelo hacia la constitución de fundaciones privadas por parte de las Administración públicas y se podrían resumir en:

- a) Las Administraciones públicas disponen de capacidad jurídica *per se*, luego la atribución que hace la LFE carece de virtualidad.
- b) La creación de fundaciones por Administraciones públicas entra dentro del ejercicio de la potestad organizativa de estas Administraciones, en consecuencia, está sujeta a una reserva de ley *organizativa ex* artículo 103.2 CE que no es cubierta por la LFE.
- c) Al no satisfacer la LFE la reserva de ley organizativa *ex* artículo 103.2 CE, se exige una ley organizativa que confirme y delimite el alcance de la potestad administrativa de crear fundaciones.

Quizás la mejor articulación de este discurso crítico la realiza CARBALLEIRA RIVERA quien afirma que el artículo 8 LFE/2002, igual que el resto de la LFE haya sido redactado con una perspectiva civilista, de manera que el reconocimiento de capacidad de fundar en favor de las Administraciones Públicas carece de sentido, es «totalmente inane», ya que según esta autora –que se apoya en ilustres nombres de nuestro Derecho Administrativo– «a una Administración pública siempre se le presupone ese poder de relación con terceros en el plano jurídico por el mero hecho de ser poder público personificado»⁷⁴². Y concluye esta autora que lo que realmente hace el artículo 8.4 LFE es atribuir una competencia a las Administraciones públicas para realizar el negocio jurídico fundacional, pero este apoderamiento, en la línea de lo expuesto por DE PRADA, «requiere siempre de una norma administrativa que concrete y module esa capacidad genérica, de una norma que, en suma, determine su régimen

⁷⁴¹ DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., «Ley de Fundaciones», *op. cit.*, pág. 27.

⁷⁴² CARBALLEIRA RIVERA, M.T., *Fundaciones y Administración...*, *op. cit.*, págs. 71 y ss.

jurídico»⁷⁴³; de esta manera, «el reconocimiento de la capacidad para constituir fundaciones no puede ensancharse hasta el punto de entender que esa declaración lleva implícita el poder de definir los parámetros del ejercicio de esta capacidad pues dicha materia queda inexcusablemente reservada a la ley administrativa correspondiente que regule esa concreta forma organizativa y la adapte a la naturaleza pública del fundador»⁷⁴⁴.

En la misma línea, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ ha considerado que las personas jurídico-públicas tienen asignadas inicialmente unas competencias por ley, y que es principio esencial de toda competencia su «*irrenunciabilidad e intransmisibilidad o indisponibilidad*» por quien la tiene encomendada, con la excepción que la propia norma de atribución u otra «*del mismo rango y con expresión inequívoca y suficientemente determinada y concreta, admita esta transferencia*», lo que le lleva a concluir que las fundaciones solo podrán crearse previa habilitación por norma legal suficiente en rango y competencia⁷⁴⁵.

Al margen de la cuestión del rango normativo que debe revestir la disposición que limite las facultades de las Administraciones públicas en relación con la creación de las fundaciones, lo primero es reflexionar mínimamente sobre las capacidades de la Administración públicas en este ámbito. En este sentido ya se ha apuntado lo que piensa CARBALLEIRA RIVERA.

PAREJO ALFONSO parte de una crítica genérica a la posibilidad de creación de fundaciones por parte de la Administración Pública: el antiguo artículo 6.4 LFE/1994 «*parece contener una definición de capacidad fundacional de carácter general en favor de la Administración pública en su conjunto*» y merece «*ser objeto, en cualquier caso, de una interpretación estricta y restrictiva. Tanto más cuanto que, en el caso del derecho de fundación, por su contenido, su atribución a la Administración carece de verdadero sentido. Constitucionalmente hablando (art. 103.1 CE), ésta [la Administración] es, y sólo es, una institución permanente y servicial del interés general definido por la Ley mediante la ejecución de ésta. Por tanto, no puede ser al mismo*

⁷⁴³ CARBALLEIRA RIVERA, M.T., *Fundaciones y Administración...*, op. cit., pág. 75.

⁷⁴⁴ CARBALLEIRA RIVERA, M.T., *Fundaciones y Administración...*, op. cit., pág. 76.

⁷⁴⁵ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., «Fundaciones privadas del Sector público: Problemas de constitucionalidad», en: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.; y TORNOS MAS, J. (eds.), *La enseñanza del derecho administrativo; ...*, op. cit., pág. 316.

tiempo un sujeto que, para cumplir sus fines de interés general trascendiéndose a sí mismo, deba, y sobre todo pueda, integrar su capacidad con la facultad de crear organizaciones fundacionales para cumplir tareas de interés general por ella misma definidas en el marco de la Ley. Sencillamente, porque esto último contraviene, frontalmente, la construcción constitucional de la capacidad de la Administración, sobre la base del principio de legalidad, como suma de potestades concretas, referidas a materias específicas y teleológicamente determinadas, a actuar mediante el ejercicio de competencias asimismo acotadas. [...] La Administración no puede: "objetivar" mediante acto propio un fin de interés general, diferenciándolo de los fines de interés general a los que ella misma sirve y afectando permanentemente un patrimonio público al mismo (en contra del régimen general de dicho patrimonio), ni desentenderse organizativa y funcionalmente de la actividad de interés general por descarga de ésta en una organización cuyo estatuto implica la separación de su creador»⁷⁴⁶.

En términos generales, SANTAMARÍA PASTOR afirma que «los entes públicos son personas jurídicas, poseen capacidad, esto es, aptitud para estar y actuar en el tráfico jurídico» pudiendo realizar «todo tipo de acto (salvo los que la naturaleza de las cosas impide a toda personas jurídica, como contraer matrimonio, adoptar o testar), tanto de Derecho público como de Derecho privado, a menos que las normas establezcan otra cosa [...] o lo impida el régimen jurídico que legalmente se les impone [...]»⁷⁴⁷. Este planteamiento parece ser idéntico al previsto por la LFE, si bien no evita que el enunciado del artículo 8 sea irrelevante, como se ha dicho, en relación con las Administraciones públicas. Sigamos pues.

También explica el profesor SANTAMARÍA PASTOR que aunque los entes públicos dispongan de plena capacidad de obrar, ello no implica desconocer que esta capacidad «está constreñida por una serie de límites, desconocidos en el Derecho privado». Estos límites son consecuencia de los principios de legalidad y competencia. En el primer supuesto encontramos límites formales y sustantivos, los primeros implican que debe existir una cobertura legal para determinadas actuaciones en que

⁷⁴⁶ PAREJO ALFONSO, L., «Prólogo» a la obra de VAQUER CABALLERÍA, M., *Fundaciones públicas y fundaciones ...*, op. cit., págs. 13 y ss.

⁷⁴⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo ...*, op. cit., págs. 275 y ss.

así lo exige el Ordenamiento o cuando se trate de limitación de las posiciones jurídicas de los ciudadanos; los segundos, los sustantivos, implican que la actividad administrativa estará limitada por el respeto a la ley y al derecho, esto es, al respeto escrupuloso del mandato constitucional contenido en el artículo 9.3 CE. Los límites en razón competencial son los que impiden a una Administración pública incidir en ámbitos competenciales que no entran en su espectro competencial y/o en el espacio donde ejerce sus funciones.

La afirmación que hace la LFE en relación a las personas jurídico-públicas no parece que entre en contradicción con ninguno de los límites que SANTAMARÍA PASTOR establece a la capacidad de las Administraciones. No contradice el principio formal de legalidad toda vez que se encuentra realizado en una ley, y es la propia ley la que remite a otras normas para establecer los límites concretos; tampoco entra en colisión con la legalidad sustantiva, toda vez que aunque el ejercicio del derecho de fundación privada para las Administraciones públicas no es una consecuencia directa del artículo 34 CE, como hemos visto, nada impide que el legislador habilite a las Administraciones para crear fundaciones siempre que esta habilitación implique el respeto al concepto de fundación recogido en la Constitución⁷⁴⁸, por lo que la eventual vulneración del mandato de sometimiento a la ley y al Derecho solo podrá ser objeto de contraste descendiendo al caso concreto⁷⁴⁹. Respecto al ámbito competencial, la vaguedad del precepto de la LFE tampoco permite encontrar contradicción alguna.

En conclusión, lo que parece que pretendió en un primer momento el legislador en 1994 no fue tanto reconocer una capacidad a la Administración pública *ex novo* o ampliar el haz de potestades de que gozaba, sino más bien delimitar en aras de la seguridad jurídica la capacidad de las Administraciones en este campo. No hay que olvidar que en ese momento ya existían algunas fundaciones privadas en mano

⁷⁴⁸ STC 120/2011, de 6 de julio, FJ 7º.

⁷⁴⁹ Es muy difícil imaginar el supuesto en el que una Administración crease una fundación vulnerando el principio de legalidad material, ya que el ámbito en el que un fin pueda ser de interés general y, a la vez no pueda ser perseguido por una Administración es prácticamente inexistente. Cuestión distinta es que se produzca una vulneración del principio de legalidad como consecuencia de la tergiversación del ámbito competencial de la Administración pública correspondiente. Por ejemplo, si un organismo público que tiene atribuidas funciones sanitarias y de salud pública crease una fundación para el estudio de la política de defensa.

pública⁷⁵⁰ y que algunas leyes autonómicas ya habían previsto esta posibilidad expresa⁷⁵¹ o tácitamente⁷⁵². Y aunque no eran propiamente fundaciones de derecho privado, desde los años cincuenta y hasta la entrada en vigor de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, existieron las *fundaciones públicas de servicio* que en realidad eran entes dotados de personalidad jurídica propia separada de la Corporación local, que disponían de un patrimonio específico destinado a un fin concreto, pero eran en todo caso, instituciones públicas⁷⁵³.

Como reconoció el portavoz del Grupo Socialista en el Congreso en la tramitación del proyecto de Ley de Fundaciones de 1994, este precepto «añade claridad y lo hace de manera normal»⁷⁵⁴, de manera que en la *mens legislatoris* no estaba tanto ampliar la capacidad de las Administraciones cuanto dotar de seguridad jurídica al ordenamiento. En esta línea, MORILLO GONZÁLEZ afirma que «si bien, la opción del legislador puede ser objeto de alguna crítica, al menos tiene la indudable ventaja de que, si un ente público desea constituir una fundación, se debe someter, como cualquier otro particular, a la normativa establecida en la Ley 30/1994. Superándose, de este modo, la práctica habitual, que suponía una verdadera desnaturalización de la figura fundacional, de recurrir a la publicación de una Ley o de un Decreto para llevar a cabo tal constitución»⁷⁵⁵.

⁷⁵⁰ Al margen de las del Patrimonio Nacional, había unas pocas como la Fundación Jiménez Díaz, la Lázaro Galdiano... (vid. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho ...*, op. cit., pág. 657).

⁷⁵¹ Ley del Parlamento Vasco 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones:

«Artículo 4. Fundadores.

1. Toda persona física o jurídica, ya sea pública o privada, puede constituir fundaciones sometidas al ámbito de esta ley».

⁷⁵² Ley 7/1983 de 22 de junio, de régimen de las Fundaciones de interés gallego:

«Artículo 2.

1. Cualquier persona natural o jurídica puede constituir Fundaciones de interés gallego, que se atenderán a las prescripciones de la presente Ley».

⁷⁵³ Hasta el punto de la LBRL las englobó en la categoría de «organismo autónomo local». Vid. SOCÍAS CAMACHO, J.M., *Fundaciones del Sector Público: ...*, op. cit., págs. 87 y ss.

⁷⁵⁴ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones (Comisión de Educación y Cultura), núm. 214, de 24 de mayo de 1994, pág. 6.538.

⁷⁵⁵ El autor escribe bajo la vigencia de la LFE/1994, por lo que no realiza referencia alguna a la existencia de un régimen jurídico específico de las fundaciones del sector público que fue creado por la LFE/2002. Ello no obstante, sí que realiza alusiones a los escasos condicionantes que las leyes autonómicas vigentes en aquel momento (1999) aplicaban a la acción fundadora de las Administraciones Públicas. En cuanto al régimen de las fundaciones creadas por personas jurídicas públicas con anterioridad a la LFE/1994, este mismo autor explica que «el mecanismo utilizado por las entidades públicas para la constitución de fundaciones no era el que se prescribía por la fragmentaria regulación existente, sino que salvo raras excepciones, ésta se efectuaba a través de leyes o decretos ad hoc, que, aparte de suponer un especial régimen de creación, implicaban normalmente también un específico régimen

Quizás se entienda mejor si se da la vuelta al argumento: ¿qué hubiera sucedido si la LFE/1994, con una dicción similar a la Ley de fundaciones privadas catalanas de 1982 se hubiese limitado a reconocer el derecho de las personas físicas y jurídicas privadas a crear fundaciones? ¿Hubiera ello impedido que las Administraciones públicas creasen fundaciones privadas? ¿Hubiera ello expulsado del ordenamiento previsiones como la del artículo 7.2 de la Ley vasca de 1994⁷⁵⁶? Efectivamente si la LFE/1994 no hubiera establecido este precepto de ello no cabría derivar una prohibición de crear fundaciones por las Administraciones públicas y la eventual remisión a otras normas legales lejos de dar claridad hubiese comportado confusión. Si se hubiese dado este supuesto, es obvio que ya que la Administración, merced a su personalidad jurídica puede actuar plenamente –salvo disposición en contrario de la ley– en el tráfico jurídico, las Administraciones Públicas hubieran podido crear fundaciones de derecho privado, sin cortapisa alguna salvo las que se derivasen de la legislación aplicable a la disponibilidad patrimonial. Como de hecho había ocurrido con fundaciones como la de la Universidad Complutense o Argenteria.

Cuestión distinta es si las fundaciones creadas por la Administración pública deben tener el mismo régimen jurídico que las creadas por personas privadas, pero es ese un debate que se abordará más adelante.

Los otros dos puntos de crítica se articulan en torno al tipo de norma que debe habilitar a las Administraciones públicas para crear fundaciones, de suerte que el segundo es una consecuencia inmediata del primero: la creación de fundaciones es una actividad organizativa de la Administración y, en consecuencia, la ley habilitante debe ser una ley que regule la organización administrativa.

Al respecto, PAREJO ALFONSO afirma que *«la habilitación genérica contenida en el artículo 6.4 de la Ley de Fundaciones de 1994, para su conformidad con el orden constitucional, sólo puede entenderse como expresiva de una previsión del Derecho común “receptora” de las remisiones expresas que a tal posibilidad organizativa hagan*

de funcionamiento que las alejaba del resto de las fundaciones» (MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso...*, op. cit., págs. 96 y 97).

⁷⁵⁶ No hay que perder de vista que el artículo 6.4 LFE/1994 tenía como título habilitante el artículo 149.1.8 CE, en consecuencia no hubiese tenido efectos sobre la ley vasca, aunque si en otros textos que eventualmente se hubiesen aprobado con una redacción similar.

*las normas administrativas correspondientes, únicas capaces de determinar positivamente la capacidad de las Administraciones públicas. En modo alguno, por tanto, como una habilitación genérica de directa aplicación sobre la base de una potestad organizatoria universal y discrecional reconocida implícitamente al complejo “Gobierno-Administración”»*⁷⁵⁷.

En esta misma línea se posiciona VAQUER CABALLERÍA⁷⁵⁸.

Esta tesis es rebatida por PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ, quienes niegan que la LFE pretenda incidir en el ámbito organizativo de las Administraciones Públicas. El argumento es simple: las fundaciones privadas erigidas por las Administraciones Públicas son precisamente eso, fundaciones privadas y, en consecuencia, carecen de los atributos propios de las Administraciones Públicas, especialmente del título habilitante para ejercer potestades públicas⁷⁵⁹. Es decir, la autoorganización de la Administración encuentra su manifestación en la creación de órganos y unidades administrativos y las fundaciones no son ni una cosa ni la otra.

Así el artículo 5.2 de la LOFAGE, define los órganos administrativos como *aquellas unidades a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo*. Son las unidades administrativas *«que ostentan el poder de expresar hacia el exterior la voluntad jurídica del ente en el que se integran»*⁷⁶⁰. Las unidades administrativas son, por su parte, en terminología de la LOFAGE (art. 7.1), *«los elementos organizativos básicos de las estructuras orgánicas que comprenden puestos de trabajo o dotaciones de plantilla vinculados funcionalmente por razón de sus cometidos y orgánicamente por una jefatura común»*.

Es manifiesto que las fundaciones privadas no responden a ninguno de estos perfiles. Sin embargo, no se puede obviar que la LFE habla de *fundaciones del sector público* lo que parece situar a estas entidades dentro del ámbito de lo que la LOFAGE

⁷⁵⁷ PAREJO ALFONSO, L., «Prólogo» a la obra de VAQUER CABALLERÍA, M., *Fundaciones públicas y fundaciones ...*, op. cit., págs. 13 y ss.

⁷⁵⁸ VAQUER CABALLERÍA, M., *Fundaciones públicas y fundaciones ...*, op. cit., págs. 39 a 42.

⁷⁵⁹ PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A., *Derecho de ...*, op. cit., págs. 215-216.

⁷⁶⁰ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo...*, op. cit., pág. 378.

considera organismos públicos y que regula en su Título III. Esta Ley delimita el concepto de organismos públicos a tres tipos de entidades: organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales, expulsando, por lo tanto, extramuros de la norma *organizativa* por excelencia al resto de personificaciones de la Administración pública. Evidentemente, esta parca enunciación no agota lo que la doctrina ha calificado como Administración instrumental y en la que, entre otras, se incluyen las sociedades mercantiles estatales cuyo régimen jurídico se establece en la disposición adicional 12ª de la LOFAGE remitiéndolo al Derecho privado. En esta amplia categoría la doctrina administrativista también incluye a las fundaciones.

En consecuencia, ¿habría que entender con PAREJO ALFONSO que las fundaciones privadas en mano pública son una parte de la Administración pública y, por lo tanto, su creación es una manifestación de su capacidad organizativa?

Ya hemos dejado constancia de la tesis de PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ. Entendemos que efectivamente hay un impedimento grave para considerar que estas fundaciones son parte de la Administración: no ejercen poder público ni se integran jerárquica o funcionalmente en ella. Sin embargo, como indica COSCULLUELA MONTANER, las entidades de la Administración institucional si bien gozan de independencia respecto de la Administración matriz frente a terceros⁷⁶¹, esta independencia está muy mitigada en las relaciones *ad intra* puesto que estas entidades, además de realizar sus actividades en los ámbitos competenciales de las Administraciones que las han creado, en buena medida están sometidas a la responsabilidad de la Administración matriz en lo político, jurídico y aún organizativo⁷⁶². Desde esta perspectiva vemos reforzada la tesis de PAREJO ALFONSO.

Puede que en un primer momento la creación de fundaciones privadas por las Administraciones públicas buscase, como quedó dicho en el debate parlamentario de la LFE/1994, evitar el fraude de fundaciones formalmente privadas pero sostenidas por fondos públicos prácticamente en exclusiva, o permitir la creación de

⁷⁶¹ COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho ...*, op. cit., pág. 270.

⁷⁶² No son pocas las entidades de este tipo que comparten sede social con la Administración matriz, por solo poner un ejemplo. Tampoco son pocas las fundaciones cuyo patronato está exclusivamente formado por representantes de la Administración Pública.

mecanismos auxiliares eficaces de la acción administrativa, de ahí la idea de instrumentalidad, ratificada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 120/2011, de 6 de julio:

«... la posibilidad de que las Administraciones públicas empleen instrumentalmente la legislación reguladora de esta concreta forma de personificación jurídica que, según hemos indicado, ha de concretarse de conformidad con el “concepto de fundación al que se refiere dicho precepto constitucional [el art. 34.1 CE], coincidente con el admitido de forma generalizada entre los juristas” y que integra una “imagen reconocible de la institución preservada por el art. 34 CE” (STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 7). Sin perjuicio de que el legislador deba, por ello, respetar esa imagen, el carácter instrumental de las fundaciones respecto de las Administraciones públicas que las han creado, y por lo que aquí interesa de las fundaciones del sector público respecto de la Administración del Estado, tiene, no obstante, diversas consecuencias para su régimen jurídico...»⁷⁶³.

Sin embargo, es evidente que, a día de hoy, no son pocas las fundaciones privadas en mano pública cuya actividad se solapa cuando no sustituye a la actividad de las Administraciones públicas⁷⁶⁴, especialmente en las competencias de fomento⁷⁶⁵.

Es pues lógico asumir que la tesis correcta es la de PAREJO ALFONSO, según la cual, la creación de una fundación privada por parte de una o varias Administraciones Públicas constituye un ejercicio de su potestad organizativa, máxime si existe una atribución de competencias de fomento –pues no otras pueden atribuirse a las fundaciones privadas– en el ámbito competencial de la correspondiente Administración.

⁷⁶³ STC 120/2011, de 6 de julio, FJ 7º.

⁷⁶⁴ Así parece avalarlo el propio Tribunal Constitucional al considerar que las propias fundaciones deben ser consideradas de naturaleza y titularidad públicas, con todas sus consecuencias (PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A., «Las fundaciones en la Comunidad de Madrid. En especial, las fundaciones de las Cajas de Ahorros, y el protectorado autonómico sobre las fundaciones de iniciativa pública del Estado según la STC 120/2011», en: AA.VV., *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*. Madrid: Iustel-AEF, 2011, pág. 429).

⁷⁶⁵ Es el caso de las fundaciones universidad-empresa que asumen la gestión de las prácticas profesionales de los estudiantes universitarios o la oferta de formación de postgrado o las fundaciones deportivas de ámbito municipal.

Llegados a este extremo, el último nivel de crítica es si la LFE vulnera la reserva de ley específica que según sus detractores cabe deducir a partir del artículo 103.2 CE.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, que es especialmente crítico con la posibilidad del uso de las fundaciones por las Administraciones Públicas, se inclina por la exigencia de una norma específica habilitante que limite la «extraordinaria generosidad» de la habilitación general ex artículo 8.4 LFE⁷⁶⁶. Así, en opinión de este autor «*el principio de legalidad restringe la actuación de las Administraciones Públicas a los términos de la norma de habilitación, por lo que lo más prudente habría sido contemplar que excepcionalmente las Administraciones Públicas pudiesen constituir fundaciones cuando fuesen especialmente habilitadas al efecto...*», y concluye que la habilitación prevista en la LFE «*habrá de ser objeto de interpretación restrictiva por diversas razones*» que no detalla si bien aboga por un complemento a la habilitación «*de suerte que no se produzca una ausencia de control en las mismas [en las fundaciones creadas por la Administración Pública] o una inadecuada distribución de competencias...*»⁷⁶⁷.

MENÉNDEZ GARCÍA, por su parte, y en relación con la cuestión de la suficiencia de la habilitación legislativa afirma que el debate se centra en la «*densidad normativa requerida*»⁷⁶⁸, es decir, que lo que exigen quienes siguen la tesis de PAREJO ALFONSO es que la habilitación para que la Administración pueda crear fundaciones debe residenciarse en «*leyes administrativas sobre la organización administrativa, de modo que los tipos organizativos posibles y su funcionamiento y, por tanto, las condiciones para su creación, modificación y extinción se residencien precisamente en el régimen jurídico de las Administraciones Públicas. La LF, al no ser una Ley que regule el régimen jurídico de las Administraciones Públicas no puede habilitar sin más a estas para constituir fundaciones*».

Buena prueba de lo académico de este debate es que en el Libro Tercero del Código Civil catalán, aprobado por la Ley 4/2008, del Parlamento de Cataluña, se

⁷⁶⁶ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Fundaciones de la Administración Pública», en: MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a...*, op. cit., pág. 649.

⁷⁶⁷ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación: un ...*, op. cit., pág. 68.

⁷⁶⁸ MENÉNDEZ GARCÍA, P., «Las fundaciones y las sociedades públicas», en: CANO CAMPOS, T. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*. vol. II, Madrid: Iustel, 2009, pág. 295.

incorporó no solo la capacidad de las personas jurídico-públicas de crear fundaciones –siempre con el concurso de personas privadas–, sino una amplia definición de las «fundaciones del sector público» (art. 331-2.2), siendo como es el Código Civil la norma de Derecho privado por antonomasia⁷⁶⁹.

Pero estas posiciones que han tenido una cierta acogida doctrinal no han encontrado, sin embargo, eco ni en la *praxis* administrativa –más allá de las críticas del Tribunal de Cuentas⁷⁷⁰– que ha hecho un uso prolijo de la creación de fundaciones aun antes de la entrada en vigor de la LFE /1994; ni en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera que «*[n]ada impide que personas jurídicas de derecho público constituyan fundaciones privadas salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario (art. 6 LF/1994) por lo que resulta factible fundaciones privadas de iniciativa pública que serán verdaderas fundaciones y no organismos públicos ni entes públicos de otra naturaleza, y menos aún existen restricciones a la existencia de fundaciones “mixtas”...*»⁷⁷¹. Esta línea del Tribunal Supremo rompe radicalmente con las citadas posiciones doctrinales, y apunta hacia las fundaciones «mixtas» (aquellas en las que el control no es ejercido por la Administración en los términos, por ejemplo, del artículo 44 LFE/2002) y en las que sin embargo participa la Administración (en el patronato o incluso aportando bienes al patrimonio fundacional)⁷⁷². A veces lo hace de manera muy notable y, si bien desde la perspectiva interna de la fundación no existe el mismo control que en el caso de las fundaciones del sector público, desde la perspectiva de los terceros la vinculación con la Administración es evidente; y, sobre todo, desde la perspectiva del interés público que persigue la Administración es relevante que una parte significativa del patrimonio de esta destinado al citado interés ha sido vinculado a una entidad totalmente privada cuya finalidad, aunque

⁷⁶⁹ Esta referencia a las fundaciones del sector público fue suprimida en virtud de la Ley 7/2012, de 15 de junio, de reforma del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña (TORNOS MAS, J. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.M., «Encuentros y desencuentros de las fundaciones y el sector público de la Generalitat de Cataluña», en: AA.VV., *Anuario de Derecho de Fundaciones 2012*, Madrid: Iustel, 2013, pág. 433).

⁷⁷⁰ *Vid.*, Informe de Fiscalización de las Fundaciones del ámbito local (informe 932), de 23 de febrero de 2012, págs. 13 y 14, a título de ejemplo.

⁷⁷¹ STS núm. 2632/2005, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 27 de abril (FdD 2º).

⁷⁷² Una fundación de este tipo sería aquella cuya dotación fundacional es aportada, por ejemplo, en un 49 % por una Administración y el 51% restante, a partes iguales, por dos asociaciones. Esta entidad escaparía al régimen jurídico de las fundaciones del sector público, sin embargo, es obvio que la relevancia de la Administración en su nacimiento y mantenimiento es fundamental.

de interés general, tiene un alcance necesariamente menor que el de la Administración pública matriz. De esta manera, el propio Tribunal Supremo, como decimos, evidencia que el reconocimiento de la capacidad de crear fundaciones no evita la existencia de fundaciones «*tapadera*» como denunció el portavoz del Grupo Socialista durante la tramitación del proyecto de ley del que resultaría la LFE/1994.

Por lo tanto, no podemos compartir las tesis expuestas de que la aplicación de la citada habilitación legal tiene que tener una interpretación necesariamente restrictiva, lo que abonaría los planteamientos de quienes defienden la necesidad de norma con rango de ley, caso de DE PRADA GONZÁLEZ o GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, pues este carácter restrictivo solo cabe aplicarlo en los supuestos de configuración de la capacidad por la vía de la excepción, justo lo contrario que hace el legislador en este caso.

La cuestión lleva el debate a la necesaria identificación de la norma que, en su caso, deba operar o bien la habilitación expresa –según PAREJO ALFONSO– o bien la limitación, si se opta por la posición de PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ. La respuesta es idéntica en ambos casos: la ley, es decir, norma con rango de ley y en ambos casos, como se ha visto se llega a la conclusión a partir del artículo 103.2 «*Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley*».

Obviamente, la Carta Magna no establece una reserva absoluta de ley para cualquier aspecto organizativo de la Administración, sino una reserva relativa⁷⁷³ que no excluye la colaboración de norma reglamentaria:

«Tampoco tiene fundamento constitucional la invocación que los recurrentes hacen del art. 103.2 del Texto fundamental para negar legitimidad al Decreto-ley en lo que concierne a los demás órganos de la Administración Central del Estado. En este punto, dada la fórmula contenida en dicho precepto –«de acuerdo con la ley»–, que no es otra que la de la llamada reserva relativa de Ley que permite compartir la regulación de una materia entre la Ley -o norma con fuerza y valor de Ley- y el Reglamento, [...]

⁷⁷³ Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., «Comentario al artículo 103», en: CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios...*, op. cit., pág. 1.692.

No obstante, el art. 7 del Decreto-ley remite a la regulación por Real Decreto la creación, supresión, modificación o refundición de determinados órganos inferiores a los propios Departamentos ministeriales en los que aquéllos se integran. Pero esta medida de integración normativa no es tampoco una operación inconstitucional, pues la reserva relativa de Ley que se contiene en la fórmula del art. 103.2 del Texto fundamental -«de acuerdo con la Ley»- lo permite sin ninguna duda. Se trata de una remisión constitucionalmente legítima, ya que la Constitución no ha reservado expresa y directamente a la Ley la creación, modificación y supresión de tales órganos»⁷⁷⁴.

Así pues, debemos discrepar de quienes como hemos indicado más arriba mantienen la necesidad de una *ley administrativa organizativa* para habilitar a las Administraciones públicas a crear fundaciones. Y ello porque aunque es cierto que el artículo 103.2 CE crea una reserva de ley en relación a la organización administrativa, esta reserva es exclusivamente de rango y de contenido⁷⁷⁵, si bien sin el carácter exclusivo y excluyente que parecen apuntar los autores aludidos, lo cual es evidente si se contrasta con otras reservas de ley que contiene la Carta Magna tales como la de la Ley de Presupuestos (art. 134 CE)⁷⁷⁶, o determinadas reservas de ley orgánica (aprobatorias de los Estatutos de autonomía –art. 81.1 CE– o la Ley orgánica prevista en el artículo 157.3, la del régimen electoral general –art. 81.1– o las de determinadas instituciones). De hecho, como ha afirmado COSCULLUELA MONTANER, el artículo 103.2 es una «*previsión constitucional que, afirmando –como es lógico– la*

⁷⁷⁴ STC 60/1986, de 20 de mayo, FJ 2º.

⁷⁷⁵ SANTAMARÍA PASTOR afirma que «*La creación, modificación y extinción de entes públicos se encuentra afectada de una reserva de ley, material y formal, bastante amplia [...] La potestad dirigida a la creación, modificación y extinción de órganos se halla, en nuestro vigente Derecho positivo, repartida entre la ley y el reglamento, si bien con claro predominio del segundo...*» (vid. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo...*, op. cit., pág. 412).

⁷⁷⁶ A *sensu contrario*, se puede ver el razonamiento del Tribunal Constitucional (STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4.a)): «...En suma y con base en la doctrina expuesta debemos concluir que para que la regulación, por una Ley de Presupuestos, de una materia distinta a su núcleo mínimo, necesario e indispensable (previsión de ingresos y habilitación de gastos) sea constitucionalmente legítima es necesario que esa materia tenga relación directa con los gastos e ingresos que integran el Presupuesto o con los criterios de política económica de la que ese Presupuesto es el instrumento y que, además, su inclusión en dicha ley esté justificada, en el sentido de que sea un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno.» Por lo demás, en la propia Sentencia se vincula esta limitación del contenido a la existencia de una tramitación parlamentaria específica y a la relevancia como «vehículo de dirección y orientación de la política económica», entre otros, circunstancias que obviamente no se dan en las leyes que regulan la organización administrativa.

primacía de la ley en la regulación de esta materia, parece invitar al legislador ordinario a dejar en su ordenación un margen sustancial para la regulación por reglamento.»⁷⁷⁷

La irrupción en este punto del reglamento se adapta perfectamente a la llamada que el artículo 8.4 LFE/2002 realiza en favor de las «normas reguladoras» de las personas jurídico-públicas, y además, es respetuosa con la lógica que impone la propia LOFAGE (arts. 8 y ss.) de creación de órganos administrativos mediante norma reglamentaria.

Sin embargo conviene en este punto hacer una puntualización: al tratarse del ejercicio de un derecho no garantizado por la Constitución, su existencia –y ejercicio, por tanto– solo puede derivarse de una habilitación legal expresa, máxime tratándose de una capacidad que se reconoce a la Administración Pública sometida al principio de legalidad. Y es este el papel que cumple el artículo 8 LFE/2002 y que cumplía el artículo 6 de la antigua LFE/1994.

Tal y como hemos expuesto, las fundaciones privadas en mano pública constituyen en la actualidad –no así en su inicial configuración– auténtica Administración pública, por tanto, el marco de su regulación debe contar con cobertura de norma legal, so pena de vulnerar el mandato constitucional contenido en el reiteradamente citado artículo 103.2 de la Ley Fundamental.

Pero a partir de aquí, la llamada al reglamento es perfectamente legítima. La LOFAGE remite a este nivel normativo la creación de órganos y unidades administrativas, los primeros, dotados del máximo haz de potestades administrativas, no así las segundas (arts. 8 y ss. de la LOFAGE). Y la propia LOFAGE distingue entre las sociedades mercantiles estatales de los organismos autónomos, exigiendo para estos segundos la creación por ley, y obviando este requisito en el caso de las primeras, mucho más próximas a la figura fundacional.

⁷⁷⁷ COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*. 10ª ed., Civitas: Madrid, 1999, pág. 159.

En este sentido, pues, el reglamento puede, perfectamente responder al carácter de «normas reguladoras» a las que se refiere el artículo 8.4 LFE/2002 y, consecuentemente, definir el régimen jurídico-administrativo de la creación de las fundaciones por parte de las entidades jurídicas públicas, la *concreción y modulación de la capacidad genérica* a la que aludía DE PRADA GONZÁLEZ.

En consecuencia, nada parece impedir, desde un punto de vista constitucional que la LFE, en tanto que ley ordinaria, sea capaz de atender la reserva de ley que exige el artículo 103.2 CE. Y esta conclusión se refuerza desde 2002 cuando dicha ley incorpora un Capítulo específico dedicado a las fundaciones privadas creadas por la Administración General del Estado, de manera que adquiere el perfil «organizativo» exigido en atención a las demandas de adaptación de la figura fundacional a la naturaleza de la Administración pública en lo que CARBALLEIRA RIVERA califica de «*inevitable metamorfosis del régimen privado*» y «*publificación*» del régimen jurídico de las fundaciones privadas⁷⁷⁸. Esta tesis de la ausencia de reserva de una ley concreta viene, además, refutada con la sola referencia a las llamadas «leyes de acompañamiento» que con frecuencia incluyen en su contenido afectaciones a las normas organizativas sin que tengan un carácter exclusivamente organizativo y administrativo⁷⁷⁹.

Cuestión bien distinta es que sea necesaria una norma específica que desarrolle esta capacidad, más allá de la Ley de Fundaciones correspondiente, que es la norma llamada a contener el régimen jurídico supletorio. De hecho, en aras de la buena técnica jurídica y, sobre todo, en beneficio de la seguridad jurídica, el legislador debería construir un régimen jurídico de las fundaciones del sector público con carácter de plenitud bien en una norma específica –como ha planteado el Gobierno

⁷⁷⁸ CARBALLEIRA RIVERA, M.T., *Fundaciones y Administración...*, *op. cit.*, pág. 95.

⁷⁷⁹ Sin ir más lejos, la primera «ley de acompañamiento» en el ámbito estatal, la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, contenía un Título II dedicado a modificar varios preceptos relativos a la función pública que, como es sabido, gozan de la misma reserva de ley que los aspectos organizativos de la Administración *ex art.* 103.2 CE. A mayor abundamiento, la siguiente «ley de acompañamiento», la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, en sus artículos 75 y siguientes abordaba cuestiones tan «organizativas» como la habilitación al Presidente del Gobierno para variar mediante Real Decreto el número, denominación y competencias de los Departamentos ministeriales (art. 75) o se procedía a la reordenación de ciertos organismos autónomos y entidades públicas (art. 76).

en relación con las llamadas *fundaciones bancarias*-, bien en la ley que regule las personificaciones instrumentales de la Administración Pública, como la LOFAGE.

3.3. ÓRGANO COMPETENTE PARA LA CREACIÓN DE UNA FUNDACIÓN POR UNA PERSONA JURÍDICA PÚBLICA

Contrariamente a lo que ocurre con las personas jurídicas privadas, en el caso de las personas jurídico-públicas, la LFE no predetermina el órgano que deba emitir la declaración de voluntad fundacional en la Administración pública fundadora. Y tiene su lógica. Como ya vimos en el caso de las personas jurídicas privadas es una cuestión muy problemática porque pese a la referencia de la LFE, la necesaria remisión a los estatutos y demás normas internas resta claridad al mandato legislativo.

La variedad de las Administraciones públicas es notable. Encontramos una notable variedad en las Administraciones de base territorial, variedad derivada de la configuración constitucional del Estado: Administración General del Estado, Administraciones autonómicas y Administración Local, pero como señala SANTAMARÍA PASTOR, esta diversidad no agota el fenómeno administrativo en nuestro país. Una amplísima gama de organizaciones dotadas de personalidad jurídica específica se yuxtaponen a este nivel primario de entes públicos, a los que, además habría que añadir a los Órganos constitucionales –y sus correspondientes autonómicos-. Y entre estas entidades encontramos, obviamente, las fundaciones creadas por la Administración pública.

Obviamente la regulación organizativa de cada una de estos niveles administrativos es muy diferente. Así pues, la tarea de encontrar una suerte de mínimo común denominador decisor en las distintas personificaciones públicas, es harto compleja, más allá de la LOFAGE, de la Ley de Bases del Régimen Local y de las correspondientes normativas autonómicas –a veces antiguas y fragmentarias-, por lo que no entraremos en este detalle.

La aproximación a esta cuestión ha de abordarse necesariamente desde dos perspectivas conjuntamente o, si se prefiere, consecutivamente. En primer lugar habrá que identificar las distintas personificaciones públicas para, a continuación, identificar el órgano que tiene atribuida la posibilidad de disponer gratuitamente del patrimonio que tiene adscrito.

La primera referencia que hay que tener en cuenta es la contenida en la LFE/2002. El artículo 44 de la Ley define qué son las fundaciones del sector público estatal:

«aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal.

b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades».

Y a continuación el artículo 45 establece:

«La constitución, transformación, fusión y la extinción, y los actos o negocios que impliquen la pérdida de su carácter de fundación del sector público estatal o la adquisición del carácter de fundación del sector público estatal de una fundación preexistente, requerirán autorización previa del Consejo de Ministros.»

La referencia al Consejo de Ministros no es obviamente la que buscamos en relación al órgano competente para emitir la declaración de voluntad capaz de crear la fundación. La autorización del Consejo de Ministros constituye un trámite necesario para poder adoptar la decisión creadora⁷⁸⁰ y dotarla de efectos jurídicos, es un requisito imprescindible para el ejercicio de la capacidad que reconoce el artículo 8.4 LFE en el caso de las organizaciones del sector público estatal. Esta autorización es el último trámite de un expediente administrativo cuya finalidad es, obviamente, garantizar que la creación de fundaciones en el ámbito del sector se hace con respeto a los principios de eficacia y eficiencia que debe guiar la acción de la Administración

⁷⁸⁰ BOQUERA OLIVER, J.M., «Comentario al artículo 45. Creación», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios ...*, op. cit., pág. 1.009.

pública. En palabras de BOQUERA OLIVER, la creación de una fundación debe ser la última solución en la búsqueda del interés público⁷⁸¹. Este expediente pivota, a su vez, sobre dos informes no necesariamente consecutivos: ambos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas⁷⁸². El primero debe versar sobre la eficacia y eficiencia de la figura fundacional en relación con la consecución del interés público, el segundo sobre la suficiencia de la dotación y de las eventuales aportaciones posteriores. Pero estos informes no son vinculantes para el Consejo de Ministros en su decisión autorizatoria de la creación de una fundación.

Pero todo lo que se acaba de exponer en nada se refiere a la competencia para crear la fundación, es decir, para expresar la voluntad de la Administración de constituir una fundación con participación mayoritaria de ésta. Volvemos a tener que buscar dentro de las «normas reguladoras» de cada personificación.

Así pues, la opción más viable es acercarse, una a una, a las distintas personificaciones públicas y buscar su respectiva norma reguladora. Para ello, puede servir de guía la definición del sector público estatal contenida en la Ley General Presupuestaria (art. 2)⁷⁸³:

«1. A los efectos de esta ley forman parte del sector público estatal:

a) La Administración General del Estado.

b) Los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado.

c) Las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella.

d) Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como sus centros y entidades mancomunados.

e) Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

⁷⁸¹ BOQUERA OLIVER, J.M., «Comentario al artículo 45. Creación», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios ...*, op. cit., pág. 1.008.

⁷⁸² El artículo 45 de la LFE atribuye estos informes, respectivamente, al Ministerio de Administraciones Públicas (art. 45.2) y de Hacienda (art. 45.3). Desde finales de 2011 ambos Ministerios forman un único órgano administrativo. Ahora bien, los informes exigidos en la Ley tienen contenidos distintos, por lo que aunque la reglamentación orgánica –singularmente el Real Decreto 256/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas– no establece nada al respecto, nos inclinamos por mantener la necesidad de dos informes distintos, elaborados por departamentos administrativos distintos, la Secretaría de Estado de Administración Pública y la de Presupuestos y Gastos.

⁷⁸³ Aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.

f) Las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones.

g) Las entidades estatales de derecho público distintas a las mencionadas en los párrafos b) y c) de este apartado.

h) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando uno o varios de los sujetos enumerados en este artículo hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado.»

Pero esta enunciación, por supuesto, no agota a las Administraciones Públicas, ni mucho menos. A ella hay que añadir, por ejemplo, los órganos constitucionales y sus equivalentes autonómicos (Cortes Generales, el Tribunal Constitucional...) y un largo etcétera cuyo régimen jurídico y presupuestario viene determinado en leyes específicas a las que, en el mejor de los casos, se remiten las disposiciones adicionales de la LOFAGE⁷⁸⁴ y de la LGP⁷⁸⁵, y que en algunos casos se encuentran al momento de escribir estas líneas en proceso de extinción, fusión...

⁷⁸⁴ Se trata de entidades que por su propia naturaleza, disponen de una regulación específica y que, no obstante, son Administración Pública:

- Entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social (DA 6^a);
- Consejo de Estado (DA 7^a);
- Banco de España y Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito (DA 8^a);
- Agencia Estatal de Administración Tributaria, Consejo Económico y Social e Instituto Cervantes (DA 9^a).
- Otros organismos públicos (DA 10^a):
 - o Comisión Nacional del Mercado de Valores,
 - o Consejo de Seguridad Nuclear,
 - o Corporación RTVE,
 - o UNED y UIMP,
 - o Agencia de Protección de Datos,
 - o Instituto Español de Comercio Exterior,
 - o Consorcio de la Zona Especial Canaria,
 - o Comisión Nacional de Energía,
 - o Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones,
 - o Comisión Nacional de la Competencia,
 - o Comisión Nacional del Sector Postal,
 - o Consejo Estatal de Medios Audiovisuales;
- Organismo autónomo Correos y Telégrafos (DA 11^a).

⁷⁸⁵ La disposición adicional decimoséptima, «órganos del Estado sin personalidad jurídica», relaciona:

- Tribunal Constitucional,
- Tribunal de Cuentas,
- Consejo General del Poder Judicial
- Consejo de Estado, y
- Consejo Económico y Social.

Obsérvese que ya la LOFAGE exceptuaba de su ámbito de actuación tanto al Consejo de Estado como al Comité Económico y Social, en virtud de las disposiciones adicionales 7^a y 9^a.

Fuera de este ámbito del sector público estatal la doctrina, y la legislación (*v.gr.* la LOTC) sitúan una serie de órganos con indudable naturaleza de Administración Pública⁷⁸⁶ pero que por las altas funciones que tienen encomendadas disponen de un núcleo de gestión administrativa propia e instrumental que les permite posular una situación de autonomía e independencia respecto de la Administración Pública⁷⁸⁷.

Junto a estos órganos, y por último, habrá que situar a las Cortes Generales y los correspondientes autonómicos.

A partir de esta somera identificación de las personas jurídico-públicas, se puede seguir con la búsqueda del órgano competente. Para ello, lo primero será determinar qué tipo de habilitación estamos buscando.

El negocio fundacional es definido por la doctrina iusprivatista como la conjunción de, al menos, tres elementos⁷⁸⁸: una manifestación de voluntad, una disposición patrimonial en favor de la fundación y la determinación de un fin⁷⁸⁹. Simplificando al máximo, aunque sin prescindir de ninguno de estos tres elementos, se ha afirmado que la determinación de los fines, aunque sea poco concreta, es uno de los contenidos necesarios de la declaración de voluntad. En consecuencia, el negocio

⁷⁸⁶ Así lo ha reconocido expresamente el artículo 1.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

⁷⁸⁷ Sin embargo, se trata de una categoría que ha recibido muchas críticas por parte de la doctrina administrativista, no tanto por su contenido cuanto por la indeterminación de los órganos que la integran (*vid.* BASSOLS COMA, M., «Régimen patrimonial de los Órganos constitucionales del Estado», en: MESTRE DELGADO, J.F. (dir.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas: comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2004, págs. 1.350 y ss.).

⁷⁸⁸ El artículo 9.4 LFE determina que en el caso de la creación de una fundación por acto *mortis causa* son requisitos imprescindibles que el causante hubiere explicitado su voluntad de crear una fundación y la determinación de los bienes con los que habría de dotarse. Sin embargo, la mejor doctrina, representada por MORILLO GONZÁLEZ considera que con esta previsión el legislador no pretende, ni mucho menos, determinar los elementos mínimos del negocio fundacional (este precepto deja en manos de quienes ejecuten el mandato testamentario, por ejemplo, la determinación de los fines fundaciones), sino que lo que busca la Ley es dotar de una protección y eficacia jurídicas a la voluntad del fundador. Por ello, el artículo 9.4 LFE no estaría referido al negocio jurídico fundacional, sino a una parte de este que solo se completará una vez que se haya otorgado la escritura (*vid.* MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso...*, *op. cit.*, pág. 128)

⁷⁸⁹ Alguna doctrina también incluye la organización como uno de los elementos del negocio fundacional. Sin embargo, parece que lo más razonable no es considerar el elemento organizativo en este punto, sino en la conceptualización de la fundación (*vid.* CARRANCHO HERRERO, M.T., *La constitución...*, *op. cit.*, págs. 110-111).

fundacional, en esencia, es la adscripción de un patrimonio a la consecución de un fin⁷⁹⁰.

Así las cosas, en el negocio fundacional concurren dos elementos: la decisión volitiva (adscripción y determinación teleológica) y la liberalidad (disposición patrimonial).

Y la determinación de quienes realizan ambos actos, que es relativamente sencilla el ámbito privado, es especialmente compleja en el ámbito de las personas jurídico-públicas. Y ello por dos motivos: los órganos habilitados para expresar la voluntad de la Administración son muchos más que los órganos competentes para disponer de los bienes de titularidad pública. Sin complicarse mucho las cosas, cualquier Ministro puede *ex artículo 13 de la LOFAGE* comparecer en representación de la Administración General del Estado, en el ámbito de su competencia, en la constitución de una fundación. Sin embargo, la adscripción de bienes de la Administración Pública a la citada fundación solo podrá ser realizada por el Ministro de Hacienda, según dispone el artículo 146 LPAP. Entonces ¿a quién corresponde la competencia para la creación de una fundación del sector público estatal, por ejemplo?

CARBALLEIRA RIVERA parece que se inclina por convertir la autorización del Consejo de Ministros preceptiva en el artículo 45 LFE en una auténtica manifestación de voluntad⁷⁹¹. Sin embargo, no es eso lo que dice la LFE. Una vez más se desprende del texto de la Ley el carácter fragmentario de la regulación de la constitución de las fundaciones por las personas jurídico-públicas, dejando en evidencia la mala conciencia del legislador que pone el énfasis no tanto en el régimen jurídico de este tipo de entidades sino en los controles que puedan desnaturalizar, al menos en teoría, la *huida del Derecho administrativo*.

⁷⁹⁰ CARRANCHO HERRERO, M.T., *La constitución...*, *op. cit.*, págs. 111 y ss.

⁷⁹¹ «...[n]o existe duda alguna de que las fundaciones pueden ser creadas por acuerdo del Gobierno sin que suponga infracción alguna del art. 103 CE...» (vid. CARBALLEIRA RIVERA, M.T., *Fundaciones y Administración...*, *op. cit.*, pág. 123).

A modo explicativo vale comparar los enunciados de dos leyes autonómicas que abordan la intervención del Consejo de Gobierno en la creación de las fundaciones del sector público. La LFCV, desde la redacción que se le dio en 2008, dispone en su artículo 34:

« 1. La autorización para la constitución de fundaciones del sector público de la Generalitat habrá de efectuarse mediante Acuerdo del Consell.

También requerirán igual autorización las cesiones o aportaciones de bienes y derechos a una fundación previamente constituida cuando, como consecuencia de aquéllas, concurre en ella la circunstancia a la que se refiere la letra b del artículo 33.

[...]

Para la constitución o la adquisición del carácter de fundación del sector público de la Generalitat, las consellerías y entidades del sector público valenciano que la promuevan habrán de asegurar, en los Estatutos, la designación mayoritaria de los miembros del Patronato.»

Por su parte, el artículo 56 de la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears dispone:

«1. La creación, la modificación de la escritura de constitución y la extinción de fundaciones del sector público requieren el acuerdo previo del Consejo de Gobierno. También requieren acuerdo las cesiones o aportaciones de bienes y derechos a una fundación previamente constituida cuando, como consecuencia de éstas, se dé la circunstancia referida en el artículo 55.1 de la presente ley, así como los actos o negocios que determinen la pérdida del carácter de fundación del sector público autonómico.

2. El acuerdo ha de adoptarse a propuesta de la consejería interesada, con los informes preceptivos de las consejerías competentes en materia de hacienda y presupuestos y en materia de fundaciones, y también, en el caso de extinción del ente, de la consejería competente en materia de función pública.

3. En todo caso, las modificaciones de la escritura de constitución que afecten sustancialmente a aspectos propios del plan de actuación inicial o del estudio económico-financiero a que se refiere el artículo 5 de esta ley, requieren la elaboración de un nuevo plan de actuación y de un nuevo estudio económico-financiero.

[...].»

Del contraste entre ambos preceptos se observa claramente que mientras en el primer supuesto, la intervención del Consejo de Gobierno se limita a una autorización *ex ante* sobre un expediente administrativo y que, en todo caso, la manifestación de voluntad corresponderá ejercerla a la «Consellería o entidad que promueva

la fundación», en el segundo caso, la manifestación de voluntad fundacional se resida en un acto del Consejo de Gobierno⁷⁹².

En nuestra opinión, la interpretación que hay que dar al artículo 45 LFE en lo que toca a la intervención del Consejo de Ministros va en la línea de la de la Ley de la Comunitat Valenciana. Corresponderá a los respectivos Ministerios, en el ámbito de sus respectivas competencias, la propuesta y a los Ministros en tanto que órganos superiores de la Administración la manifestación de la voluntad fundacional. Correspondiendo al Consejo de Ministros únicamente la autorización, sin la cual, como hemos visto no se puede ejercer la competencia⁷⁹³. Lo contrario es desvirtuar la opción del legislador que mediante una reforma operada por la LGP en 2003 suprimió la exigencia formal de un Acuerdo del Consejo de Ministros de manera que «*al tratarse de un acto puramente organizatorio, parece que la intención del precepto es más bien abrir el abanico de posibilidades del Consejo de Ministros antes que imponer una determinada forma de producción normativa*»⁷⁹⁴. No tiene pues, mucho sentido que se libere la autorización de rigidez formal y se entienda, por el contrario, que la creación de una fundación del sector público exige la manifestación de voluntad del máximo órgano de la Administración. No es coherente. Y más si insistimos en la diferencia evidente entre autorización y decisión⁷⁹⁵. Esta distinción también evidente si

⁷⁹² El acto del Gobierno en el que se expresa la voluntad fundadora, el Acuerdo, es necesariamente previo, lo cual no implica que se trate de una autorización que también es necesariamente previa. En el caso de la Ley balear el Gobierno acuerda crear la fundación a partir de un expediente administrativo previo y en la escritura por la que se constituye la fundación del sector público quien actúe en representación del Gobierno lo hará como tal, como representante. El correlato es que el acuerdo por el que se crea la fundación incluirá un apoderamiento a algún miembro del Gobierno para que comparezca en el acto de constitución. Por el contrario, en el caso de la autorización previa –v.gr. en la Comunitat Valenciana– cabría la posibilidad teórica –en la práctica será prácticamente imposible– que una fundación cuya autorización ha sido concedida por el Consejo de Gobierno no llegue a constituirse porque el Consejero que tiene atribuidas las correspondientes consecuencias considera que, llegado el momento, no es conveniente seguir adelante con el proceso.

⁷⁹³ Llegamos a esta conclusión pese a que las afirmaciones del propio Gobierno van en la línea de que es el Consejo de Ministros quien ejerce la capacidad creadora de las fundaciones del sector público, así en la referencia del Consejo de Ministros celebrado el 15 de octubre de 2004, se puede leer que «[E]l Consejo de Ministros ha aprobado la creación de la Fundación Pluralismo y Convivencia, a propuesta del Ministro de Justicia»; igualmente en la referencia de este órgano del 4 de diciembre de 2009, se anuncia que «...el Gobierno ha aprobado la creación de una Fundación para la Investigación y el Desarrollo de la Autonomía Personal y Atención a Personas con Dependencia (FINDESAD), que tendrá su sede en Valencia...».

⁷⁹⁴ vid. CARBALLEIRA RIVERA, M.T., *Fundaciones y Administración...*, op. cit., pág. 123.

⁷⁹⁵ Cuestión distinta, y sobre todo, carente de relevancia jurídica, es que en la práctica la decisión de crear una fundación corresponde al Consejo de Ministros, ya que su decisión tiene un carácter obstativo. De esta manera, el Ministerio adquiere únicamente el carácter de instructor del expediente administrativo y, en su caso, el Ministro actúa como si hubiese sido el receptor de un mandato

se contrasta la creación de las fundaciones del sector público con el régimen de creación de organismos públicos (art. 61 de la LOFAGE).

Pese a lo dicho, la práctica de la Administración del Estado ha considerado que la autorización del Consejo de Ministros es, en sí misma, la manifestación de la voluntad fundacional. Al respecto, solo basta leer la Orden JUS/3751/2006, de 30 de noviembre, por la que se delega la competencia del Ministro para ejercer el protectorado de la Fundación Pluralismo y Convivencia:

«La Fundación Pluralismo y Convivencia es una fundación del sector público estatal, creada por acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2004, a propuesta del Ministro de Justicia.»

Pero, ¿cuál es el papel real que desarrolla el Consejo de Ministros, en el supuesto de que la aportación a la dotación fundacional requiera de su intervención según prevé el artículo 146 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP)?

Ya se ha comentado que en el ámbito del Derecho privado, la adscripción de los bienes a la dotación fundacional es decisiva. Pero de ahí no se puede realizar la inferencia automática de que el fundador sea exclusivamente quien realiza la liberalidad patrimonial en favor de la fundación. La LFE –art. 10.c)– dispone que en la escritura de constitución deberá constar «[I]a dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación». Es decir, que la dotación deberá encontrarse disponible para la fundación en el momento de la constitución, lo que implica que, o bien quien otorga la escritura constitutiva tiene la capacidad jurídica para adscribir los bienes a la fundación o, que dichos bienes ya obran en poder de la fundación porque terceras personas los han aportado a la fundación en formación y como tales figuran en

representativo del Consejo de Ministros. Pero que sea esta la práctica real no significa que en el ámbito jurídico los roles sean distintos. El Ministerio instruye, el Gobierno autoriza y el Ministro expresa la voluntad. A modo de ejemplo, podemos traer aquí el de la Fundación Pluralismo y Convivencia: esta fundación se constituyó el 25 de enero de 2005 (el Consejo de Ministros autorizó la constitución el 15 de octubre de 2004), su constitución se celebró en el Ministerio de Justicia, en presencia del notario D. José Enrique Cachón Blanco. Según reza la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia ECI 935/2005, de 8 de marzo, por la que se inscribe en el Registro de Fundaciones a esta entidad, «[L]a Fundación anteriormente citada fue constituida por el Ministro de Justicia en nombre y representación del Estado español...» (BOE núm. 88, de 13/04/2005). Queda claro el papel que desarrolla el Ministro.

la correspondiente cuenta bancaria, supuesto que ya hemos considerado extravagante al hablar de los menores de edad.

En el caso de las Administraciones Públicas, estas solo pueden aportar bienes de carácter patrimonial (art. 7 LPAP) cuyo uso y/o propiedad la Administración no juzgue oportuno conservar⁷⁹⁶ y entre las fundaciones, solo pueden ser destinatarias de estos bienes las del sector público⁷⁹⁷. En este caso el artículo 146.2 de la LPAP dispone que la competencia de acordar la cesión corresponderá al Consejo de Ministros.

¿Significa esto que el Consejo de Ministros deviene el fundador de las fundaciones del sector público?

Decididamente no. Ya hemos expuesto que la norma que establece el régimen jurídico de las fundaciones del sector público (LFE) limita la intervención del Consejo de Ministros al papel nada desdeñable de autorizar la constitución. Precisamente en el expediente previo que debe concluir, en su caso, con la autorización, debe obrar *«una memoria económica, que habrá de ser informada por el Ministerio de Hacienda. En el caso de creación de fundaciones, en la memoria se justificará la suficiencia de la dotación inicialmente prevista para el comienzo de su actividad y, en su caso, de los compromisos futuros para garantizar su continuidad»* (art. 45.3 LFE).

La LPAP no contempla específicamente el supuesto de la LFE, al contrario, prevé la existencia de un expediente administrativo específico para la cesión de bienes titularidad del Estado (art. 146.1). Por lo tanto, no es arriesgado concluir que el procedimiento de creación de una fundación del sector público requerirá dos pronunciamientos del Consejo de Ministros: la autorización para la constitución y, en su caso, el acuerdo de cesión de bienes patrimoniales. El primer acto será, en todo caso

⁷⁹⁶ *vid.* GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., «La transmisión de los bienes y derechos patrimoniales (artículos 131 a 143)», en MESTRE DELGADO, J.F. (dir.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas: comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2004, pág. 1.128.

⁷⁹⁷ En este sentido llama la atención que la cesión de bienes patrimoniales de la Administración General del Estado está prevista para las asociaciones declaradas de utilidad pública y para las fundaciones públicas, no así para las fundaciones privadas, aún cuando en ellas participen las Administraciones Públicas. La distinción entre asociaciones de utilidad pública y fundaciones privadas –que por definición son de utilidad pública y que están sometidas a un control mayor por la Administración que las asociaciones– es, a todas luces, inexplicable.

necesario; el segundo, por el contrario, será potestativo en función del tipo de bienes que la Administración aporte a la dotación fundacional.

Y ello es así porque si bien es cierto que la Administración puede aportar bienes que formen parte de su patrimonio, también es cierto que no es este el caso más frecuente. Más bien el supuesto más común es que las Administraciones incluyan las aportaciones a la fundación mediante transferencias de capital (capítulo IV) vía presupuestaria⁷⁹⁸, en cuyo caso no es necesario acuerdo alguno del Consejo de Ministros dado que se articula a través del procedimiento de gestión presupuestaria común que concede al Ministro⁷⁹⁹ la competencia de aprobar y comprometer el gasto y al Director General del Tesoro y Política Financiera⁸⁰⁰ la ordenación del pago material.

De lo expuesto es evidente que en el caso de las fundaciones del sector público –al menos a nivel estatal, y en práctica totalidad de las regulaciones autonómicas– la posición jurídica del fundador es asumida por la Administración, representada por el Ministro (o Consejero) en el acto constitutivo, consistiendo la intervención del resto de órganos administrativos (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas o Consejo de Ministros) en actuaciones garantistas del interés público, especialmente en cuanto a la viabilidad y oportunidad de la creación de la nueva entidad.

Pero, yendo un poco más allá ¿qué ocurre en el supuesto de que la intervención fundacional de la Administración pública se enmarque en una fundación privada, entendiendo por tal aquella que no reúne ninguno de los requisitos expresados en el artículo 44 LFE?

⁷⁹⁸ Este fue, por ejemplo, el procedimiento que se siguió en el caso de la Fundación Pluralismo y Convivencia. La dotación fundacional de esta entidad se fijó en 30.000 euros –la cantidad mínima fijada por la ley– que, como reconoció el propio Ministro de Justicia Juan Fernando López Aguilar en el acto de constitución, es una cantidad «modesta», sobre todo si se compara con los fines que persigue la Fundación y, sobre todo, si se la compara con la subvención nominativa que recibe la entidad desde el propio Ministerio que ha oscilado entre los 3.000.000 € (2005) y los 5.000.000 € (2009). La dotación fue aportada íntegramente por el Ministerio de Justicia mediante una subvención directa –que no figura expresamente en los presupuestos del Departamento, pero sí que consta en las distintas cuentas anuales de la entidad publicadas– en tramos del 25%, 7.500 euros anuales (*vid.* Europa Press, teletipo de 25/01/2005).

⁷⁹⁹ Artículo 74.1 LGP.

⁸⁰⁰ Artículo 75.1 LGP.

La respuesta ha de ser necesariamente la misma. En este supuesto no sería necesaria la autorización previa del Consejo de Ministros. Es decir, ni siquiera sería necesario la instrucción del expediente administrativo a que hace referencia el artículo 45.3 LFE. Nos encontramos, pues, ante el supuesto típico de huida del Derecho Administrativo: la Administración participa –y puede destinar recursos públicos– en una entidad sometida exclusivamente al Derecho Privado⁸⁰¹. Pero el fundador seguiría siendo la Administración representada por el Ministro competente. En este caso, sin embargo, como se ha visto, la LPAP veta cualquier posibilidad de cesión gratuita de bienes patrimoniales de la Administración General del Estado, por lo que las aportaciones que en su caso hiciese a favor de la entidad fundacional la Administración deberían articularse por otros cauces.

Por último, a este respecto hay que señalar que la LPAP excluye del carácter básico de algunos de sus preceptos, entre ellos los relativos a la cesión de bienes patrimoniales de la Administración, por lo que las distintas regulaciones autonómicas podrán establecer pautas distintas⁸⁰².

A partir de estas conclusiones, es más fácil analizar la situación en las Comunidades Autónomas. De entrada hay que decir que éstas disponen de un amplio margen configurador de sus respectivas Administraciones reconocido por la propia Constitución en el artículo 149.1º.18ª. Nada hay más vinculado a la autoorganización de las Administraciones autonómicas que la determinación de los órganos y

⁸⁰¹ Este es el caso, por ejemplo, de la Fundación Instituto Euroárabe de Educación y Formación, inscrita en el Registro de Fundaciones del Ministerio de Educación por Orden EDU/1431/2010, de 27 de abril, del Ministerio de Educación. Esta fundación, escapa al régimen jurídico de las fundaciones del sector público, ya que en ella la participación de la Administración General del Estado no es mayoritaria. La fundación es el fruto de un acuerdo entre el Estado español y la Liga Árabe y, en su patronato también se integran la Universidad de Granada, la Junta de Andalucía, la Diputación de Granada, el Ayuntamiento de Granada... y representantes de la Liga Árabe, entre otros. No hay ninguna participación privada, pero la fundación escapa al régimen jurídico de las fundaciones del sector público. Lo mismo ocurre en el supuesto de fundaciones en las que confluyen varias Administraciones territoriales sin que ninguna de ellas sea mayoritaria. O en las que la participación del sector privado es mayoritaria pero hay una presencia más o menos testimonial de la Administración Pública.

⁸⁰² El artículo 20.3 de la Ley de Patrimonio de la Generalidad de Cataluña (aprobada por Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, aprobatorio del texto refundido de la Ley) permite, por ejemplo, la cesión gratuita de bienes muebles para fines de utilidad pública o de interés social, a favor de instituciones o de corporaciones públicas o privadas sin ánimo de lucro, sin mayores matizaciones. Lo que evidentemente supone un régimen mucho más generoso que el previsto en el ámbito de la Administración General del Estado. Tampoco discrimina entre fundaciones privadas y otras entidades privadas sin ánimo de lucro el artículo 30 de la Ley 3/1985, de 12 de abril, del Patrimonio de la Comunidad autónoma gallega.

unidades administrativas en que se organiza y las competencias que corresponden a cada uno.

La primera cuestión es concretar el procedimiento creador, y en este sentido, hay que partir de la existencia de dos regímenes distintos. El primero de ellos, más extendido y tributario de la LFE/2002 es aquel en el que la creación de una fundación del sector público exige la autorización previa del Consejo de Gobierno. En este punto, como hemos visto, CARBALLEIRA RIVERA es de la opinión que la autorización previa constituye una auténtica manifestación de voluntad, algo que si bien no es compartido por parte de la doctrina⁸⁰³ no es tan evidente de la lectura de algunas normas autonómicas⁸⁰⁴ que, en algunos casos incluyen en el proceso de autorización la designación de representantes e incluso la «aprobación» de los estatutos de la nueva fundación.

Entre las Comunidades Autónomas que optan por este régimen en sede de la legislación sobre fundaciones nos encontramos con la Comunitat Valenciana⁸⁰⁵, Andalucía⁸⁰⁶, Galicia⁸⁰⁷, Canarias⁸⁰⁸, Madrid⁸⁰⁹ y Castilla y León⁸¹⁰.

Otras Comunidades Autónomas han optado por establecer un régimen específico que además de garantizar la participación del Consejo de Gobierno en el proceso de creación fundacional, como una garantía frente al uso indebido de la figura,

⁸⁰³ Vid. BOQUERA OLIVER, J.M., «Comentario al artículo 45. Creación», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios ...*, op. cit., pág. 1.009.

⁸⁰⁴ El artículo 78 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, remite a lo dispuesto en la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía. En esta norma, se prevé que la creación de fundaciones del sector público cuente con la autorización mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta que, a su vez, deberá, entre otras cuestiones, designar «a la persona que haya de actuar por ella en el acto de constitución y, en su caso, a su representante o representantes en el Patronato» (art. 56.1). La propia designación de representante parece dar a entender que la voluntad creadora se materializa en sede del Consejo de Gobierno, pero no es así como se puede ver en el contraste con lo dispuesto en la Ley catalana de Gobierno. El Consejo de Gobierno actúa en este caso como representante de la personalidad jurídica de la Junta de Andalucía y, en consecuencia, designa a quien haya de ejercitar la capacidad fundadora que a ésta le corresponde.

⁸⁰⁵ Art. 34.1 de la LFCV, según redacción dada por la Ley 9/2008.

⁸⁰⁶ Art. 56.1 de la LFA.

⁸⁰⁷ Art. 59.1 de la LFIG.

⁸⁰⁸ Art. 42.1 de la LFCan. En esta regulación se incluye la particularidad de la comunicación preceptiva de este acuerdo del Consejo de Gobierno al Parlamento.

⁸⁰⁹ Art. 9.2 de la LFCM.

⁸¹⁰ Art. 6.2 de la LFE/1994, según redacción dada por la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de Hacienda y Sector Público de Castilla y León. La autorización se requerirá en todo caso, salvo cuando la entidad fundadora sean las universidades públicas.

residencia la manifestación de la voluntad fundacional precisamente en este órgano. De esta manera, la persona física que comparezca en el acto fundacional *stricto sensu* solo lo hará en calidad de mandatario del Gobierno autonómico.

Este régimen jurídico es el adoptado en alguna de las últimas normas de rango autonómico (Illes Balears⁸¹¹, Cataluña⁸¹² o La Rioja⁸¹³), por lo que no es arriesgado pensar que en el futuro es previsible su adopción por otras Comunidades y aún por el Estado. Estamos ante un paso más en la limitación de la discrecionalidad de las Administraciones Públicas en la creación de fundaciones de régimen privado, ante una manifestación más del coto a la *huida del Derecho Administrativo*.

La cuestión más compleja es que este régimen no siempre ha sido adoptado en el marco de una regulación de las fundaciones privadas, sino que es frecuente que se residencien en normas de tipo organizativo de la Administración Pública, con lo que aunque se da satisfacción a las posiciones doctrinales que critican la falta de perfil de la LFE en materia organizativa, por el contrario se incide en la pluralidad de fuentes con la consiguiente disminución de la seguridad jurídica.

Sea como sea, son varias las Comunidades que han optado por atribuir al Consejo de Gobierno autonómico la potestad absoluta de crear fundaciones privadas pero enmarcadas en el sector público, es decir, regidas por el derecho privado pero con un régimen jurídico específico en atención a la intervención que tienen las Administraciones Públicas en su creación y mantenimiento. Es este el caso del ya reproducido artículo 56 de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; pero también de la Ley del Parlamento de La Rioja 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja cuyo artículo 54 establece:

⁸¹¹ Art. 56.1 de la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

⁸¹² Art. 26.o) de la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la Presidencia de la Generalidad y del Gobierno.

⁸¹³ Art. 53 de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

«[L]a creación de fundaciones públicas de la Comunidad Autónoma de La Rioja, así como los actos de adquisición o pérdida de la posición mayoritaria, directa o indirecta, requerirá acuerdo del Gobierno de La Rioja. El acuerdo se adoptará a propuesta de la Consejería interesada, y previo informe de las Consejerías competentes en materia de Administraciones Públicas y de Hacienda»;

Por su parte, la Ley de la Generalidad de Cataluña 13/2008, de 5 de noviembre, de la Presidencia de la Generalidad y del Gobierno, atribuye en el apartado o) de su artículo 26 al Consejo de Gobierno la potestad de

«[c]rear, modificar, dividir o extinguir entidades y organismos públicos o privados que dependan de la Generalidad o que estén vinculados a ella, y aprobar sus estatutos, si los citados acuerdos no requieren una ley del Parlamento»;

Por el contrario, en la línea ya indicada de la LFE/2002, la Ley del Parlamento de la Región de Murcia 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia dispone en el apartado 34 de su artículo 22 que será competencia del Consejo de Gobierno

«[a]utorizar la constitución de los consorcios y de las fundaciones participadas, mayoritariamente o en su totalidad, por la Administración pública regional o por sus organismos públicos, así como su dotación económica, aprobar sus estatutos y las modificaciones de los mismos, y designar a los miembros que formen parte de sus órganos, en representación de la Comunidad Autónoma»⁸¹⁴.

Por su parte, aquellas Comunidades Autónomas que han ejercido su competencia legislativa de fundaciones han optado, en líneas generales, por seguir el crite-

⁸¹⁴ No parece muy coherente que el Consejo de Gobierno solo pueda «autorizar» la creación de las fundaciones y, en cambio, sí que pueda «aprobar» los estatutos.

rio que mantiene la LFE/2002, esto es, exigir una autorización del Consejo de Gobierno⁸¹⁵. Dicha autorización se plasma en un acuerdo del Consejo de Gobierno, sin exigir mayor formalismo⁸¹⁶.

En aquellas Comunidades en las que no exista un régimen específico para las fundaciones del sector público, entendemos que deberá aplicarse con carácter supletorio la normativa estatal prevista en la LFE, si bien en consonancia con las correspondientes normas de organización administrativa y, en su caso, de la Hacienda pública.

3.4. LA RELACIÓN ENTRE LOS FINES DE LA FUNDACIÓN Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La problemática que plantea la sintonía entre fines de las fundaciones de régimen privado y la Administración matriz también es bastante más compleja de lo que se plantea en el ámbito de las personas jurídicas privadas. Es esta una problemática infraconstitucional, puesto que el texto de la Ley Fundamental constituye el servicio al interés general como la finalidad tanto de la Administración Pública (art. 103.1º CE) como de las fundaciones (art. 34.1º CE). Lo que en principio puede dar a

⁸¹⁵ A la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias se le incorporó un capítulo nuevo dedicado a las fundaciones del sector público mediante la Ley 11/2006, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública Canaria. El nuevo artículo 42.1 establecía el régimen de autoriza, cuyo artículo 42 establece el requisito de la autorización previa del Gobierno, si bien añade la particularidad de que «[A]doptado este acuerdo, se dará traslado del mismo, mediante comunicación, a la Comisión correspondiente en materia de Hacienda del Parlamento de Canarias».

La Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego reproduce el régimen de autorización que establece la ley andaluza de 2005, incluida la designación de quien haya de actuar en el acto constitutivo. Sin embargo, prevé la participación del Parlamento si bien de manera diversa a como se prevé en la Ley canaria, así el apartado 4 del artículo 59 prevé que «[E]l Parlamento podrá ejercer el control de la creación de este tipo de fundaciones, en los términos establecidos en su reglamento, dentro del control de la acción de la Xunta de Galicia».

⁸¹⁶ La excepción se encuentra en el ordenamiento jurídico aragonés, ya que el Texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio) establece en su disposición adicional octava que la autorización para la constitución de una fundación privada de iniciativa pública deberá realizarse por Decreto del Gobierno de Aragón.

entender que existe una identidad en los fines incapaz de constituir, en consecuencia, obstáculo al ejercicio de la potestad fundacional por las Administraciones Públicas.

En este sentido, y aunque como se ha apuntado anteriormente el artículo 34 CE no atribuye la titularidad del derecho de fundación a las Administraciones Públicas, el legislador no puede desconocer los elementos característicos de las fundaciones privadas tal cual las ha configurado el constituyente en sus elementos esenciales, máxime cuando aspira a someterlas al régimen jurídico de Derecho privado (STC 120/2011, de 6 de julio). Y uno de los rasgos identificadores de las fundaciones es su vinculación al interés general.

Consecuentemente tanto la Administración pública como las fundaciones privadas comparten, *a priori*, su fin teleológico: el interés general. Sobre qué sea el interés general hay una notable bibliografía que excede a este trabajo⁸¹⁷.

Sin embargo, la cuestión no es en absoluto tan sencilla como podría interpretarse: la LFE/2002 ha establecido una limitación material a los fines de las fundaciones del sector público –art. 46.1.b)–: estas entidades *únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa*.

Según CARBALLEIRA RIVERA⁸¹⁸ este precepto impide la creación de fundaciones para cualquier fin de interés general⁸¹⁹, y limita los fines perseguibles por una fundación del sector público a aquellos fines de carácter público vinculados al ámbito competencial de la Administración creadora. Conclusión que, por lo demás, parece

⁸¹⁷ Precisamente en relación con la identidad teleológica entre fundaciones y Administración Pública, es especialmente sugerente la argumentación que desarrolla ALLI TURRILLAS (*Fundaciones y Derecho...*, *op. cit.*, págs. 240 y ss.).

⁸¹⁸ *vid.* CARBALLEIRA RIVERA, M.T., *Fundaciones y Administración...*, *op. cit.*, pág. 145.

⁸¹⁹ Añade esta autora que tampoco pueden perseguir cualquier interés público, entendiéndose éste último como el interés general que es asumido como fin de la acción del poder administrativo convirtiéndose en un deber, es decir, el interés público que es la meta natural de la Administración Pública se relaciona con el interés general en una relación de género y especie, englobando el interés general al interés público (*vid.* CARBALLEIRA RIVERA, M.T., *Fundaciones y Administración...*, *op. cit.*, págs. 47 y ss.).

lógica en la medida en que los bienes y recursos de que dispone cada Administración se destinan a satisfacer sus respectivas obligaciones (entre otros, y en el ámbito del Estado, el artículo 27.3 de la Ley General Presupuestaria⁸²⁰), «*salvo que la Ley establezca su afectación a otros fines determinados*». Este último inciso nos retrotrae otra vez al bucle anteriormente expuesto en relación a la necesidad o no de una ley *organizativa* habilitante de la Administración para la creación de una fundación. Es evidente que la LFE no establece la afectación de los bienes de titularidad pública a unos determinados fines, sin embargo se abre la posibilidad de obviar las limitaciones impuestas por la legislación del Patrimonio Público para permitir que *ex lege* se ceda a una fundación una propiedad pública. Es el caso de la Ley 3/1989, de 6 de junio, del Principado de Asturias, de cesión gratuita de bien patrimonial a la Fundación Principado de Asturias para instalación de su sede⁸²¹.

El supuesto descrito no debe interpretarse como una opción al legislador para obviar el límite competencial como límite a la potestad de fundar en el ámbito del sector público. Dado el carácter común y residual que otorga a la ley ordinaria nuestra Carta Magna podría pensarse que el legislador puede, vía ley, crear cualquier fundación⁸²². No consideramos que esta sea, pues una opción legítima, en la medida en que el necesario sometimiento del legislador al principio de legalidad y de constitucionalidad obliga a respetar el reparto competencial que se ha establecido: una ley estatal o autonómica merecería tacha de inconstitucionalidad en la medida en que afectase bienes públicos a un fin de interés general totalmente ajeno a las competencias de que es titular el Estado o la Comunidad Autónoma en cuestión. Supuesto este, por lo demás, que debemos considerar cuando menos de extrava-

⁸²⁰ Y en el mismo sentido, el artículo 165.2 de la vigente Ley de Haciendas Locales, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

⁸²¹ En el Preámbulo de la Ley se pone de manifiesto la necesidad de esta disposición con rango legal «...*que procura al Gobierno regional la necesaria habilitación legal para que, de manera singular, ceda gratuitamente un bien inmueble integrante del patrimonio de la Comunidad Autónoma*», salvando así las limitaciones expuestas en la vigente Ley de Patrimonio del Estado (DLeg. 1.022/1964, de 15 de abril).

⁸²² SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo ...*, op. cit., pág. 221.

gante, toda vez que la indeterminación del concepto de interés general, en combinación con la notable amplitud de los ámbitos competenciales de que gozan *de facto* o *de iure* las distintas Administraciones, da como resultado la más absoluta libertad⁸²³.

Sin embargo, hay autores que han limitado extraordinariamente el alcance de la acción de las Administraciones Públicas a la hora de constituir fundaciones. Es el caso de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, quien considera que la Administración solo puede recurrir a la descentralización de sus funciones en entidades de derecho privado cuando se trata de iniciativas empresariales económicas en régimen de mercado, algo que, en su opinión, es una actividad excepcional de la fundación⁸²⁴. Sin embargo, esta tesis no goza de gran difusión en la doctrina.

Con todo y con ello, la limitación que establece el artículo 46.1.b) LFE/2002 sí que debe tener un notable efecto *ad intra* de la Administración fundadora. La dicción no es quizás la más afortunada al hablar de *entidades fundadoras*⁸²⁵ ya que puede inducir a excluir a *la Administración General del Estado y a sus organismos públicos*, lo que claramente constituiría un error. La cuestión tiene que ver con la personalidad jurídica de las *entidades fundadoras*. Como se ha expuesto, es común la exigencia previa a la constitución de la fundación de una autorización del Consejo de Gobierno (o del Consejo de Ministros). Estamos pues en un nivel administrativo cuyo espectro competencial es el más amplio posible, y por tanto carecería de sentido la prevención del artículo 46.1.b). La LOFAGE no clarifica mucho la situación algo que sí que hacen otras normas como la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía. Esta disposición, en su artículo 51, referido a los entes instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía establece la existencia de una dependencia de la Administración.

En otras palabras, la referencia a las competencias de las *entidades fundadoras* debe entenderse, a nuestro criterio, hecha a los Departamentos Ministeriales

⁸²³ Quizás sí que se podría plantear el conflicto en algunos supuestos, especialmente en la colisión competencial entre los Entes Locales y las CC.AA. o el Estado, ya que los EE.LL. disponen de un mayor grado de concreción competencial, lo que en este supuesto, actuaría con un notable efecto limitativo si bien es evidente que no cabría el recurso a la afectación *ex lege*.

⁸²⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., «Fundaciones privadas del Sector público...», *op. cit.*, pág. 320.

⁸²⁵ Nótese que el artículo 44.a) considera fundaciones del sector público a aquellas que «*se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o **demás entidades del sector público estatal.***»

(Estado, art. 6.1 LOFAGE) o a las Consejerías de las Comunidades Autónomas, o en su caso, a los organismos y empresas públicas que ejercieron, *de iure* el derecho de fundación. Así, la Fundación «Universidad.es», adscrita al Ministerio de Educación solo podría perseguir fines relacionados con las competencias del Ministerio, en este caso la promoción del sistema universitario español en el extranjero⁸²⁶. Otra interpretación del término *entidades fundadoras* conduciría a una antinomia entre los artículos 44.a) y 46.1.b) de la LFE/2002⁸²⁷. Y además, ampliaría de manera injustificada a la luz de los criterios de economía, eficacia y eficiencia, el poder fundacional de la Administración Pública.

De esta manera, las personas jurídico-públicas tienen una notable restricción a la hora de constituir fundaciones privadas, su ámbito competencial⁸²⁸. Restricción que, por otra parte, puede ser un *flatus vocis* según a quien se atribuya la facultad de crear fundaciones en el ámbito público.

Como describe con claridad SANTAMARÍA PASTOR, la asignación competencial entre los diferentes niveles de la Administración dista mucho de ser rígida e inamovible, de hecho experimenta cambios por razones de necesidad o conveniencia política o puramente técnica⁸²⁹; y a mayor abundamiento, la asignación competencial que realizan las normas no siempre es clara y nítida y puede dar lugar a solapamien-

⁸²⁶ En el proceso de racionalización del sector público estatal, esta Fundación ha sido extinguida en 2013.

⁸²⁷ «Artículo 44. Concepto.

A los efectos de esta Ley, se consideran fundaciones del sector público estatal aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal.»

«Artículo 46. Régimen jurídico.

1. Las fundaciones del sector público estatal estarán sujetas a las siguientes limitaciones:

[...]

b) Únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa.»

⁸²⁸ Afirma PIÑAR MAÑAS que, respecto a las fundaciones del sector público «*no cualquier fundación es posible y no cualquier fin es posible*» (PIÑAR MAÑAS, J.L., «El derecho de fundaciones en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en: GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., y ALONSO GARCÍA, R. (dirs.), *Administración y justicia:..., op. cit.*, pág. 273).

⁸²⁹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo ..., op. cit.*, págs. 391 y ss.

tos, duplicidades, lagunas o dudas interpretativas. El nivel de conflictividad constitucional entre CC.AA. y el Estado es buena muestra de esta indefinición y complejidad.

Lo que ocurre es que si, como se ha apuntado más arriba, la facultad de fundar no se atribuye efectivamente al Consejo de Ministros o al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, sino que se atribuye a quien realmente manifiesta en el acto constitutivo la voluntad fundacional (el Ministro, el Consejero...), la limitación competencial ya adquiere virtualidad a la hora de delimitar el alcance de la facultad. Más aún en el supuesto de que la persona fundadora no sea un órgano de la Administración sino una de las personificaciones jurídicas de las que se dota ésta para el mejor cumplimiento de sus fines (un organismo autónomo...), en este caso, el ámbito competencial de la entidad fundadora adquiere toda su efectividad limitadora.

Hay que remarcar en este punto, no obstante, que la vinculación entre fines de la fundación y competencias de la entidad fundadora se limita a las entidades reguladas en Capítulo XI de la LFE/2002, esto es, a las que reúnan las características previstas en el artículo 44.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 120/2011, de 6 de julio, ha venido a confirmar la tesis que mantenemos sobre la vinculación entre los fines de la persona jurídico-pública fundadora y la fundación, al afirmar:

«El reconocimiento a las Administraciones públicas de la capacidad para constituir fundaciones no deriva, por tanto, del art. 34.1 CE sino de una decisión adoptada por el legislador con la finalidad de satisfacer el mandato que le impone el art. 103.1 CE en el sentido de configurar el Derecho propio de la Administración pública de tal manera que a ésta le resulte posible actuar con eficacia. Del mismo modo, la decisión de un ente público de constituir una fundación para el cumplimiento de los fines que le son propios no supone el ejercicio del derecho de fundación reconocido a los particulares en el art. 34.1 CE sino el de la potestad de autoorganización que corresponde a las Administraciones territoriales.»⁸³⁰

La limitación, en consecuencia, actúa en un doble sentido: fines y ámbito territorial.

⁸³⁰ FJ 6º.

En nuestra opinión, y dado que el legislador no actuó *ex novo* sino que lo hizo a partir de una realidad evidente y consolidada, debió haber previsto la vinculación entre fines fundacionales y competencias de la entidad fundadora más allá de las fundaciones del sector público, extendiéndola también a las fundaciones privadas *stricto sensu* en las que las Administraciones Públicas son un fundador más. Esta menor rigidez en la acción administrativa ha sido asumida en algunos pronunciamientos jurisdiccionales como indicio, en el supuesto de ausencia de identidad exacta entre fines de las dos entidades, de la ubicación de la fundación extramuros del sector público⁸³¹.

3.5. LA APORTACIÓN DE BIENES POR LAS ENTIDADES PÚBLICAS

De los debates constituyentes es fácil deducir la exclusividad de la titularidad del derecho de fundación de las personas físicas y las jurídico-privadas. Otra cuestión es si este ejercicio se incluye dentro del contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 34 y, en consecuencia, goza de la protección de esta cláusula, lo que merece una respuesta negativa por nuestra parte, como se verá.

Pero en nuestra opinión, lo relevante en este punto no es tanto si el artículo 34 permite la atribución a las Administraciones Públicas de la capacidad fundacional, o si en la *mens* del constituyente se previó la posibilidad de que las Administraciones Públicas ejerciesen el derecho de fundación. De lo primero, entendemos que sí que es posible. De lo segundo tenemos que mostrar nuestro escepticismo: una simple lectura sin mayor interpretación muestra el interés de quienes intervinieron en el debate de, por una parte limitar la posibilidad de evasión fiscal, y por otra, de implicar a la iniciativa privada en la consecución del interés general en una época de

⁸³¹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 1233/2002, de 6 de noviembre; y STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) núm. 2632/2005, de 27 de abril.

crisis e insuficiencia de recursos públicos. En ninguna de las dos posiciones argumentales tenía cabida el ejercicio del derecho de fundación por Administraciones Públicas.

Ello no obstante, el legislador ordinario pese a las implacables y constantes críticas de la práctica totalidad de la doctrina ha emprendido sin complejo alguno la *huida del Derecho Administrativo* y ha dotado de carta de naturaleza a la potestad de las Administraciones Públicas, en sus más diversas acepciones, de crear fundaciones. Y ello en dos sentidos diferentes: fundaciones públicas –creadas al amparo de un régimen administrativo más laxo que el régimen administrativo general, pero más rígido que el régimen previsto para las fundaciones privadas *stricto sensu*–, y fundaciones privadas estrictamente, en cuyos patronatos las Administraciones se colocan minoritariamente junto con otros patronos de naturaleza privada. El legislador no ha cerrado ninguna puerta a la Administración.

Al abordar la transferencia de bienes desde el patrimonio de las Administraciones Públicas a las fundaciones hay que partir de una premisa esencial: tanto unas como otras gozan de personalidad jurídica y, en consecuencia, pueden disponer de sus bienes y actuar en el tráfico jurídico. Sin embargo, por su propia naturaleza, las Administraciones Públicas disponen de un régimen jurídico patrimonial específico basado en los principios constitucionales de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad (art. 132 CE), que la doctrina atribuye exclusivamente a los bienes demaniales (STC 166/1998, de 15 de julio, FJ 11º).

La proyección de estos principios constitucionales supone que los bienes de dominio público adquieren la condición de *res extra commercium* ya que así lo impone su afectación a la prestación de un servicio público⁸³². Así, en la STC 227/1998 se afirma:

«La incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los Poderes Públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico “iure privato”».

⁸³² Vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Comentario al artículo 132», en: CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios...*, op. cit., pág. 2.012.

Consecuentemente con esta interpretación, la transmisión de bienes desde la Administración Pública hasta las fundaciones, especialmente las fundaciones privadas *stricto sensu*, deberá responder necesariamente a supuestos excepcionales. Y ello especialmente cuando se trata de bienes demaniales o de dominio público.

La caracterización de este tipo de bienes hace imposible su adscripción al patrimonio de una fundación privada, aunque ésta esté en *mano pública*, es decir, controlada por la Administración matriz. Este traslado patrimonial implica necesariamente la salida del patrimonio público y, en consecuencia, su desafectación al interés o servicio público que determinó su consideración demanial. No podemos olvidar que las fundaciones gozan de personalidad jurídica propia y patrimonio propio al margen del de las Administraciones Públicas que las erigieron, en su caso, lo que no impide que en caso de liquidación su patrimonio pueda volver a la Administración que la creó (art. 33.3 LFE).

Las respectivas leyes que regulan la gestión patrimonial de las Administraciones Públicas abordan esta cuestión con mayor o menor detalle. No es este el lugar de referirnos con amplitud al régimen jurídico de los bienes de titularidad pública. Pero sí que es conveniente reseñar someramente cuáles son las vías por las que las Administraciones Públicas pueden transmitir bienes a las dotaciones fundacionales, no en vano, ya hemos concluido que el negocio fundacional es, esencialmente, un negocio de base patrimonial. Y desde esta perspectiva nos interesa, especialmente, la transmisión patrimonial que se realiza en favor de fundaciones que no se incluyen en el llamado sector público, sino aquellas sometidas al régimen jurídico general. Esta preferencia se justifica en que en las fundaciones del sector público realmente no se da una salida de los bienes del ámbito de titularidad de la Administración Pública, sino solo un cambio de la forma jurídica del titular, por el contrario cuando la dotación fundacional es para constituir una fundación de régimen general, es decir, netamente privada porque la Administración Pública actúa en combinación con otras personas privadas o, incluso con otras Administraciones Públicas, se da un cambio radical de titularidad: los bienes salen de la esfera de la Administración Pública y pasan, aunque vinculados a la consecución de fines de interés general, al ámbito privado.

Precisamente por ello, porque supone una pérdida patrimonial para la Administración y, además, sin contrapartida, reviste un interés especial delimitar cuáles son los límites que el ordenamiento Jurídico impone a la Administración para evitar que lo que ha sido comúnmente calificado como huida del Derecho Administrativo constituya también una vía expedita de reducción patrimonial.

Enmarcada así la cuestión, y descartada ya la posibilidad de transferencia de bienes de dominio público, queda la referencia a los bienes patrimoniales. Estos son, según el artículo 7 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas:

«1. Son bienes y derechos de dominio privado o patrimoniales los que, siendo de titularidad de las Administraciones públicas, no tengan el carácter de demaniales.

2. En todo caso, tendrán la consideración de patrimoniales de la Administración General del Estado y sus organismos públicos los derechos de arrendamiento, los valores y títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles o de obligaciones emitidas por éstas, así como contratos de futuros y opciones cuyo activo subyacente esté constituido por acciones o participaciones en entidades mercantiles, los derechos de propiedad incorporal, y los derechos de cualquier naturaleza que se deriven de la titularidad de los bienes y derechos patrimoniales.»

Este tipo de bienes están dotados de un régimen de protección mucho menor que los bienes demaniales, básicamente reducido a la inembargabilidad, por lo que *a priori* no se encuentran fuera del comercio y, en consecuencia, podrían ser susceptibles de ser objeto de una aportación en concepto de dotación fundacional.

No obstante, hemos de concluir que no es posible que este tipo de bienes constituyan la aportación de la Administración Pública a la dotación fundacional de una fundación privada, aunque sí, en virtud de lo dispuesto en el artículo 132 de la LPAP de las fundaciones del sector público. El motivo de esta negativa hay que buscarlo en el artículo 135 de la LPAP que proscribela cesión gratuita –esencia de la dotación fundacional– de este tipo de bienes, salvo que dicha cesión se realice para la realización de fines de utilidad pública o interés social de la competencia de la Administración cedente, a Comunidades Autónomas, entidades locales, fundaciones públicas o asociaciones declaradas de utilidad pública.

En este punto nos parece sumamente criticable que los bienes patrimoniales puedan ser cedidos para su uso o, incluso para su transferencia dominical⁸³³, a asociaciones privadas declaradas de interés público y no a fundaciones privadas que, por mandato *ex constitutione* persiguen fines de interés público, ¿es aventurado ver aquí la secular desconfianza del legislador español hacia las fundaciones?

La posibilidad de transferencia de bienes desde el patrimonio de las Administraciones Públicas hacia las fundaciones privadas para constituir las se antoja, por lo expuesto, prácticamente imposible.

Si las Administraciones Públicas constituyen fundaciones privadas, evidentemente lo hacen aportando bienes. La pregunta es ¿cuáles? Y la respuesta hay que buscarla a partir del artículo 3.2 de la LPAP, donde se determinan los elementos excluidos del patrimonio del Estado:

«No se entenderán incluidos en el patrimonio de las Administraciones públicas el dinero, los valores, los créditos y los demás recursos financieros de su hacienda ni, en el caso de las entidades públicas empresariales y entidades análogas dependientes de las comunidades autónomas o corporaciones locales, los recursos que constituyen su tesorería.»

Estos elementos y su régimen jurídico encuentran su normación en el ordenamiento presupuestario, singularmente en la LGP, que afirma en su artículo 5.1:

«La Hacienda Pública estatal, está constituida por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y a sus organismos autónomos.»

Será pues esta norma y las que la desarrollan a las que acudiremos para determinar la viabilidad de la aportación patrimonial de las Administraciones Públicas a las fundaciones privadas.

Lo más frecuente es que la aportación a la dotación se materialice en una cantidad económica, en una transferencia de dinero ya que aunque el artículo 12.1 LFE/2002 permite todos los bienes y derechos, el establecimiento de un importe

⁸³³ Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., «Los bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas», en: GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (dir.), *Derecho de los bienes públicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pág. 1.309.

mínimo para la dotación parece situar en una posición preferente las entregas de dinero.

Las Administraciones administran las aportaciones dinerarias a terceros mediante el recurso a las transferencias y subvenciones. La distinción entre ambas categorías es importante en cuanto a concepto, no tanto en cuanto a su régimen jurídico-contable, ya que ambas se ubican presupuestariamente en el mismo capítulo y, en consecuencia la tramitación para la Administración es sustancialmente idéntica.

Respecto a las subvenciones, no pueden considerarse incluidas dentro del capítulo de aportaciones fundacionales, ni siquiera aquellas que son realizadas al margen de procesos libres y competitivos. Es cierto que las aportaciones a las fundaciones reúnen las condiciones subjetivas y buena parte de las objetivas que exige el artículo 2.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS):

«Se entiende por subvención, a los efectos de esta Ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta Ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:

a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.

b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.

c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.»

Falta, en nuestra opinión el segundo de los requisitos concurrentes que deben tomarse en consideración, esto es el carácter modal que caracteriza a toda subvención. En la subvención sí que concurre la existencia de un incremento patrimonial de la entidad beneficiaria a costa de la institución subvencionadora⁸³⁴, sin embargo la afectación de dicho incremento patrimonial al *cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción*

⁸³⁴ COLLADO BENEYTO, P.J., *Comentario a la Ley general de subvenciones y a su Reglamento: incidencia en la Generalitat Valenciana*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, págs. 159 y ss.

de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido no se dan.

Dos argumentos sustentan nuestra posición: el primero y esencial es que la subvención es, por definición, un negocio revocable, así el artículo 37 de la LGS contempla un abanico de supuestos en los que la subvención concedida debe reintegrarse a la Administración concedente; la segunda de las razones tiene que ver con la naturaleza bilateral de la subvención. Estos dos aspectos suponen, a nuestro parecer, una quiebra insalvable con el negocio fundacional, caracterizado por su irrevocabilidad y por su unilateralidad⁸³⁵. Por lo demás, la propia caracterización de las subvenciones como parte de la actividad de fomento de las Administraciones Públicas distancia a aquéllas del negocio fundacional, nótese a este respecto la definición de esta actividad realizada por el Tribunal Supremo (STS 4001/1998, de 16 de junio, de la Sala de lo Contencioso, Sección 3ª)

«Por la actividad administrativa de fomento, el Estado atiende, de manera directa e inmediata, a lograr el progreso y el bienestar social, mediante el otorgamiento de ventajas al sujeto fomentado que, como ocurre en el presente caso, pueden ser de contenido económico. [...] Las potestades administrativas surgen directamente del ordenamiento jurídico que, por una parte, da contenido concreto a la potestad, de suerte que coloca a la Administración en situación de supremacía jurídica; y, por otro lado, el ordenamiento jurídico que protege especialmente al interés público –sin perjuicio de amparar también los derechos e intereses de los administrados–, permite llamar a las personas físicas o jurídicas (a través de la actividad administrativa de fomento) para procurar el progreso y el bienestar social, con la siguiente particularidad: que del ejercicio de la potestad administrativa de fomento, además de generarse una ventaja para el sujeto fomentado, se crea una relación jurídica entre la Administración y la persona fomentada: de ahí que ésta (la persona fomentada) quede vinculada, en virtud de la relación creada, por unas condiciones de inexcusable cumplimiento, por la siguiente razón: porque el incumplimiento, sólo produce "beneficio" al sujeto fomentado, y no se satisface el interés público o interés social.

⁸³⁵ Como acertadamente señala, por ejemplo, MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA CASTILLO, la unilateralidad es tan evidente que cuando se produce la liberalidad la entidad beneficiaria, la fundación, ni siquiera existe (vid. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA CASTILLO, I., «Constitución condicional de fundaciones...», *op. cit.*, pág. 98).

3.ª La actividad administrativa de fomento que se concreta en una subvención, como pone de relieve la doctrina científica, se realiza mediante un procedimiento contractual que genera la relación jurídica entre la Administración y el sujeto fomentado ...».

Es meridianamente claro que el objetivo de la creación de una fundación privada por parte de la Administración Pública no puede encuadrarse en el ámbito de la actividad de fomento. Sí que se podrá acoger a dicha actuación administrativa la actividad ordinaria de la fundación, pero no su constitución, ni por tanto, la aportación de recursos desde el erario público a la dotación fundacional.

A una conclusión muy similar nos aboca la lectura del Plan General de Contabilidad Pública, aprobado por la Orden Ministerial EHA/1037/2010, de 13 de abril. En la norma de reconocimiento y valoración nº 18 de dicho Plan se dispone:

«A los únicos efectos de este Plan:

Las transferencias tienen por objeto una entrega dineraria o en especie entre los distintos agentes de las administraciones públicas, y de estos a otras entidades públicas o privadas y a particulares, y viceversa, todas ellas sin contrapartida directa por parte de los beneficiarios, destinándose a financiar operaciones o actividades no singularizadas.

Las subvenciones tienen por objeto una entrega dineraria o en especie entre los distintos agentes de las administraciones públicas, y de estos a otras entidades públicas o privadas y a particulares, y viceversa, todas ellas sin contrapartida directa por parte de los beneficiarios, destinándose a un fin, propósito, actividad o proyecto específico, con la obligación por parte del beneficiario de cumplir las condiciones y requisitos que se hubieran establecido o, en caso contrario, proceder a su reintegro.

Las transferencias y subvenciones suponen un aumento del patrimonio neto del beneficiario de las mismas y, simultáneamente, una correlativa disminución del patrimonio neto del concedente.

En el caso de que existan dudas sobre el cumplimiento de las condiciones y requisitos asociados al disfrute de una subvención, ésta tendrá la consideración de reintegrable y la operación se tratará como un pasivo y un activo en la entidad beneficiaria y en la aportante, respectivamente.⁸³⁶»

Así pues, y desde una perspectiva estrictamente contable que, a la postre, es la que delimita la ejecución presupuestaria de la Administración Pública, debemos

⁸³⁶ El subrayado es nuestro.

remitirnos a las así denominadas «transferencias de capital», definidas por la Secretaría General de Presupuestos y Gastos como «*aquellos pagos, condicionados o no, efectuados sin contrapartida directa por parte de los agentes receptores, los cuales destinan estos fondos a financiar operaciones de capital*»⁸³⁷.

Los créditos presupuestarios correspondientes a este tipo de transferencias se contemplan en el capítulo VII de los respectivos presupuestos, junto con otras transferencias de capital (subvenciones...). Y aquí nuevamente aparece la vinculación entre el fundador efectivo (el Ministro...) y un ámbito competencial determinado (las competencias del Ministerio), pues no en vano la transferencia presupuestaria deberá encuadrarse en un programa presupuestario determinado, cuya gestión, en primera instancia corresponderá al Ministro competente, en el caso de la Administración del Estado. De esta manera se abre la puerta para un control del ajuste entre las finalidades perseguidas por la fundación privada y las atribuciones de que dispone el departamento administrativo implicado, ya que en la pertinente ficha presupuestaria –que se incorpora a un texto legal que es la Ley de Presupuestos–, deberán constar una serie de elementos entre los cuales está la determinación de los destinatarios⁸³⁸.

Esta necesaria consignación de una línea de un crédito en la Ley de Presupuestos constituye una garantía del interés público en la actuación de las Administraciones Públicas en calidad de fundador de fundaciones privadas *stricto sensu*. Una garantía que se manifiesta en las consecuencias del rango de ley: la actuación de la Administración como fundadora se legitima en una norma con rango legal, es decir, la atribución del rango convierte esta actuación administrativa en algo más gravoso que la mera constitución de fundaciones privadas *en mano pública*; la aprobación de

⁸³⁷ Las transferencias corrientes, tendrían un carácter similar, pero se distinguen por tener como destinatarios a Organismos Autónomos y Otros Organismos Públicos. (http://www.sggp.pap.meh.es/Presup/PGE2010Proyecto/MaestroDocumentos/PGE-ROM/doc/3/3/1/2/2/N_10_A_A_2_1_2_G2_1.PDF –acceso de 07/03/2011–)

⁸³⁸ Así se prevé en las fichas P344A y ss. de la Resolución de la Dirección General de Presupuestos de 21 de marzo de 2010, por la que se establecen los soportes de recogida de información a cumplimentar por los Centros Gestores para la elaboración del Anteproyecto de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, en virtud de lo dispuesto en la Orden Ministerial EHA/1320/2010, de 18 de mayo de 2010, por la que se dictan las normas para la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado para 2011.

la constitución de aquel tipo de fundaciones, de hecho, requiere una ley con todas sus garantías y, sobre todo, con la correspondiente congelación de rango⁸³⁹.

⁸³⁹ Con todo, el procedimiento mediante el que el Poder Ejecutivo puede introducir modificaciones presupuestarias puede alterar notablemente la rigidez del rango legal. Aún así, se trata de un procedimiento harto complejo que dista mucho de crear un régimen similar al de las personas jurídicas privadas.

CAPÍTULO IX

VERTIENTE SUBJETIVA DEL DERECHO DE FUNDACIÓN

El derecho de fundación que se consagra en el artículo 34 de la Constitución es, obviamente, un derecho a fundar. En su dimensión de derecho subjetivo es, en palabras de MUÑOZ MACHADO «*un derecho perfecto, y en este sentido puede decirse que es un derecho originario, concerniendo su ejercicio a la autonomía de la voluntad de las personas, de los ciudadanos que son sus titulares*»⁸⁴⁰.

Como tal derecho subjetivo, tiene una doble dimensión, positiva y negativa. Son las dimensiones inherentes a los derechos de libertad, los que reconocen a los titulares la posibilidad de activar sus competencias al objeto de conseguir unos efectos jurídicos determinados que satisfagan sus preferencias o intereses personales. En términos sencillos, la dimensión positiva es la manera en que el titular del derecho puede realizarlo; la dimensión negativa, por el contrario, es la garantía de inmunidad que el Ordenamiento concede al titular del derecho que no quiere ejercerlo. Partiendo, en todo caso, del principio inherente a toda libertad y que constituye uno de los fundamentos de nuestro orden constitucional, de que ningún titular de un derecho puede ser obligado por un tercero a ejercitarlo. En palabras de BASTIDA FREIJEDO, lo que caracteriza a los derechos es, precisamente, ser normas de potencial autodisposición por sus titulares⁸⁴¹. El Tribunal Constitucional plasmó en su Sentencia 132/1989, de 18 de julio, la proyección del principio de libertad en la esfera subjetiva a partir del artículo 1.1 del Texto constitucional:

«... que consagra la libertad como “valor superior” del ordenamiento jurídico español, lo que implica, evidentemente, el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo,

⁸⁴⁰ MUÑOZ MACHADO, S., «Las Fundaciones en la Constitución...», *op. cit.*, pág. 21.

⁸⁴¹ BASTIDA FREIJEDO, F.J. «¿Son los derechos sociales...», *op. cit.*, pág. 1.097.

de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias...» (FJ 6º).

1. DIMENSIÓN POSITIVA DEL DERECHO DE FUNDACIÓN

La dimensión positiva del derecho de fundación es básicamente, el derecho a fundar, a crear una fundación. La caracterización de un derecho subjetivo nos lleva a enfocar el estudio hacia el sujeto que ejerce el derecho –el fundador–, relegando a otro momento el estudio del resultado del ejercicio del derecho –la fundación en sí–. Se trata de una perspectiva cuyo enfoque por la doctrina es relativamente poco frecuente, al menos en lo que se refiere a las facultades que el Ordenamiento atribuye al titular del derecho y que, en nuestra opinión, constituyen el núcleo central constitucionalizado. Cuestión distinta es la abundante bibliografía que existe en relación con la capacidad de fundar –sobre todo desde una visión civilista y, en menor medida, desde la ciencia del Derecho Administrativo–.

En relación con esta dimensión, parte de la doctrina la ha despreciado poniendo el énfasis en la institución o en la garantía institucional⁸⁴². Otra parte de la doctrina, aún reconociendo la existencia de la vertiente subjetiva del derecho a fundar, insiste en la caracterización de la fundación como institución jurídica⁸⁴³, y por ende, centra su análisis en el estudio de la propia institución. El Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 49/1988, de 22 de marzo, y 341/2005, de 21 de diciembre, también situó su análisis en la configuración de la institución, sin aludir apenas al perfil subjetivo del derecho. No así en la reciente Sentencia 98/2013, de 23 de abril, en la que se afirma que

«la fundación de carácter jurídico privado tiene su origen en un acto de la autonomía de la voluntad, y si bien la actuación de la administración pública en la vida de la misma es

⁸⁴² Por ejemplo, RUBIO LLORENTE (*Presente y futuro de las ...*, op. cit., págs. 244 y ss.) o Díez-PICAZO GIMÉNEZ (*Sistema de Derechos...*, op. cit., pág. 513).

⁸⁴³ Entre otros, DE LORENZO GARCÍA, R., *El nuevo derecho ...*, op. cit., págs. 130 y ss. o PIÑAR MAÑAS, J.L., «Las Fundaciones y la Constitución Española», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. II. Madrid: Civitas, 1991, pág. 1.318.

notoria e imprescindible, en ningún caso puede llevarnos a situar su entero régimen jurídico en la órbita del derecho público y específicamente del derecho administrativo.» (FJ 3º)

Aunque ello no impide que la argumentación general se sitúe en la órbita de las Sentencias precedentes.

Por último, también hay autores que inciden en la distinción entre el análisis del ámbito subjetivo del derecho a fundar y el ámbito objetivo del derecho: la fundación como institución jurídica. Entre estos autores hay que destacar, una vez más, a MUÑOZ MACHADO.

Nuestra posición coincide con estos últimos.

Para abordar el derecho a fundar, en sentido estricto, deberemos abstraernos del elemento objetivo, esto es, la fundación. Y centrarnos en el titular del derecho y en cómo el Ordenamiento permite articular la libertad de creación de una fundación.

1.1. LIBERTAD PARA CREAR UNA FUNDACIÓN

Nos encontramos ante un derecho de libertad: es lo que afirma el Tribunal Constitucional al decir que es una plasmación de la autonomía de la voluntad. Es decir, al reconocerlo, el ordenamiento habilita al titular del derecho a ejercerlo o a no ejercerlo. En cierta manera, la propia configuración de este tipo de derechos (también el de asociación o la libertad de empresa) conlleva la existencia de una vertiente negativa del mismo: la posibilidad de no crear una fundación, en este caso⁸⁴⁴.

La libertad para crear una fundación consiste, exactamente en ello: la persona que tiene la titularidad del derecho de fundación puede crear una fundación o no crearla. No puede existir una norma imperativa, bien del Ordenamiento jurídico, bien de un tercero que obligue a una persona a constituir una fundación, del mismo

⁸⁴⁴ BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., «Aproximación a la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución», en: *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 24, 1998, pág. 122.

modo que no se puede obligar a nadie a crear una empresa o ingresar en una asociación. He aquí una primera delimitación del haz de facultades del titular del derecho.

1.1.1. La importancia de la voluntad del fundador

Jurídicamente el ejercicio del derecho a fundar se articula a través de la manifestación de la voluntad del fundador, que se formaliza en el negocio fundacional. La particularidad de esta circunstancia respecto al ejercicio de otros derechos que conllevan la creación de personificaciones jurídicas (derecho de asociación, libertad de empresa) radica en la intensidad con la que la voluntad del fundador se proyecta sobre el objeto del derecho, en este caso la fundación.

Esta intensidad responde, según GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, a tres razones: la ausencia de un titular en la fundación, el generoso desprendimiento de los bienes que realiza, y el destino de dichos bienes al interés general⁸⁴⁵.

La voluntad del fundador constituye así la piedra angular, el eje de rotación de las fundaciones⁸⁴⁶. La voluntad del instituyente, manifestada en el negocio fundacional se proyecta durante toda la vida de la fundación, como se verá.

En primer lugar, la manifestación de voluntad se realiza en el negocio fundacional. Mediante una serie de formalidades que exige la Ley, básicamente, escritura pública con ciertos requisitos previstos en el artículo 10 de la LFE⁸⁴⁷ entre los que figura expresamente «*la voluntad de constituir una fundación*» –artículo 10.b)–. Esta

⁸⁴⁵ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación*, *op. cit.*, pág. 37.

⁸⁴⁶ PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A., *Derecho de fundaciones y voluntad ...*, *op. cit.*, 2000, pág. 29.

⁸⁴⁷ La escritura de constitución de una fundación deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

- a) El nombre, apellidos, edad y estado civil del fundador o fundadores, si son personas físicas, y su denominación o razón social, si son personas jurídicas, y, en ambos casos, su nacionalidad y domicilio y número de identificación fiscal.
- b) La voluntad de constituir una fundación.
- c) La dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación.
- d) Los Estatutos de la fundación, cuyo contenido se ajustará a las prescripciones del artículo siguiente.

La identificación de las personas que integran el Patronato, así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional.

voluntad del fundador es, junto con la dotación –sobre la que se tratará más adelante– la manifestación primaria y esencial del derecho a fundar. Por ello, no constituye un requisito, ni un límite, ni una imposición al titular del derecho, sino el mismo ejercicio del derecho. La Ley, en relación con la voluntad del fundador, debe ceñirse a la regulación de los cauces a través de los cuales se expresa de modo que se la pueda dotar de efectos jurídicos. El contenido de esta voluntad debe quedar totalmente exento de cualquier injerencia del legislador o de terceros.

Sin embargo, la voluntad del fundador está llamada a surtir efectos desde dos perspectivas distintas. Desde una óptica sincrónica, esta tiene como único efecto la creación de una nueva persona jurídica: la fundación. Es la genuina expresión del derecho a fundar, entendido como el derecho a crear una nueva persona jurídica de carácter fundacional. La voluntad del fundador, vista así, se agota con la misma escritura constitutiva, o a lo sumo, con la adquisición de personalidad jurídica de la propia fundación, una vez registrada.

Pero existe también una vertiente diacrónica, es decir, que esta misma voluntad del fundador también surte efectos tras la constitución de la fundación. Lo hace, principalmente, a través de los estatutos fundacionales, como veremos con posterioridad.

Ahora bien, en la práctica ambas vertientes se unen en el tiempo, como ha reseñado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 104/1999, de 14 de junio (FJ 4º), en relación con el derecho de asociación « *...la constitución de la asociación misma y la aprobación de los Estatutos sociales suelen fundirse en un sólo acto, mediante el que se establece el vínculo asociativo y se determina simultáneamente su contenido.*»

En nuestra tradición jurídica la proyección de la voluntad del fundador en la vida de la fundación es una constante de suma importancia⁸⁴⁸, hasta el punto de suponer en algunas épocas un límite infranqueable a la acción tutelar de las Administraciones Públicas⁸⁴⁹: la voluntad del fundador constituía la ley de la fundación.

⁸⁴⁸ Vid. una relación jurisprudencial en PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A., *Derecho de fundaciones...*, op. cit., págs. 69 y ss.

⁸⁴⁹ Es el caso de las llamadas cláusulas «a fe y conciencia», que en alguna época se incluyeron en los Estatutos fundacionales con la finalidad de evitar la supervisión de la actividad fundacional por parte

Como consecuencia de esta tradición, la vigente Ley estatal de Fundaciones consagra en su artículo 2.2 que «[l]as fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley».

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, sin embargo, considera que esta afirmación de la Ley debe ser objeto de matización pues «la voluntad del fundador se queda vacía de contenido a lo largo del articulado de la ley» y sostiene que la voluntad del fundador a la que se refiere el artículo 2.2 es la voluntad *extraestatutaria*, esto es, la voluntad del fundador más allá de lo expresado en los Estatutos, como una especie de interpretación auténtica de éstos⁸⁵⁰.

Se parta de la interpretación que se parta, la realidad es que la voluntad del fundador es determinante para la vida de la fundación hasta el punto de que su respeto constituye uno de los elementos integrantes del concepto esencial de fundación constitucionalmente protegido⁸⁵¹. Y la propia LFE asume esta filosofía en artículos como el 29 cuando desvincula la facultad de modificar los estatutos de la libre decisión del patronato para vincularla exclusivamente al interés de la fundación o al cambio de las circunstancias en las que se creó.

Desde la perspectiva del ejercicio del derecho subjetivo, la voluntad fundacional es, de hecho, la actualización del derecho en el sentido de que solo se puede dar un ejercicio del derecho mediante la expresión de la voluntad fundacional. De

del Protectorado. En virtud de dichas cláusulas, los patronos actuaban «a fe y conciencia» y, por tanto, su actuación no podía ser fiscalizada. La Ley Estatal 30/1994 incluyó una disposición transitoria (la primera) que tenía por finalidad incorporar estas fundaciones al régimen general, sin embargo, dejó la puerta abierta a su subsistencia cuando ello supusiese el cumplimiento de una condición resolutoria expresamente dispuesta por el fundador que implicase su extinción (*Vid.* CABRA DE LUNA, M.A., «Comentario a la disposición transitoria primera», en DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios ...*, *op. cit.*, págs. 679 y ss.). En la vigente Ley 50/2002 el legislador ha sido más expeditivo y ha suprimido la excepción unificando el régimen de todas las fundaciones (disposición transitoria primera.4) al considerar que las cláusulas «a fe y conciencia» se tendrán por no puestas (*Vid.* BOQUERA MATARREDONA, J., «Comentario a la disposición transitoria primera», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 1.076; y GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios...*, *op. cit.*, págs. 399-401).

⁸⁵⁰ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación*, *op. cit.*, págs. 39-40. VERDERA SERVER no comparte la opinión de este autor, si bien, asume que identificar el papel de la voluntad extraestatutaria del fundador en la Ley es una labor que no «resulta fácil en absoluto», aún así realiza el esfuerzo e identifica varios momentos en los que la Ley confiere importancia a la voluntad del fundador. Son supuestos como la acción de responsabilidad contra los miembros del patronato o varias prohibiciones que puede imponer en los estatutos en orden a evitar su modificación (*Vid.* VERDERA SERVER, R., «Comentario al artículo 2. Concepto», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, *op. cit.*, págs. 105-106).

⁸⁵¹ PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A., *Derecho de fundaciones...*, *op. cit.*, pág. 93.

tal manera, que las restricciones que eventualmente mayor riesgo representan para el derecho son, precisamente, aquellas que afecten a la manifestación de la voluntad.

1.1.2. ¿Se puede ejercer el derecho de fundación de manera colectiva?

Además, estamos ante un derecho individual. Su ejercicio no requiere más participación que la del fundador, y aunque cabe su ejercicio de manera conjunta – varias personas que confluyen en la creación de una fundación, es decir, varios fundadores–, cada uno de los fundadores ejercerá el derecho autónomamente y con carácter independiente. En consecuencia, en cada uno de ellos deberán concurrir los requisitos necesarios para ejercer el derecho. Esto es, no cabe el ejercicio colectivo de este derecho al modo de otros derechos como el derecho de libertad religiosa o el derecho de asociación. Cuando varias personas coincidan en la creación de una fundación, cada una de ellas estará ejerciendo *su* particular derecho de fundación, aunque el resultado sea una única entidad. El contraste se ve con claridad en otros derechos fundamentales cuyo ejercicio exige que se realice conjuntamente por varias personas (derecho de reunión, de asociación... o que admite el ejercicio colectivo o individual –libertad religiosa, por ejemplo– con distintos matices–).

Sin embargo, aunque el hecho de que confluyan varios instituyentes no altera la consideración de negocio unilateral sí que puede tener ciertas implicaciones. Dos nos llaman especialmente la atención: la posibilidad de que algunos fundadores no perfeccionen finalmente el negocio fundacional; y la posibilidad de que exista una condicionalidad entre todos ellos, es decir, que suscriban un contrato en el que la creación de la fundación esté condicionada a que todos los instituyentes manifiesten la voluntad fundacional.

La respuesta de la doctrina es clara en el primer caso. Si confluyen varios fundadores, y la voluntad fundacional expresada por uno o varios de ellos no se llega a concretar o es inválida, ello *per se*, no deja sin valor el negocio fundacional, el acto de creación de la fundación. El resto de fundadores podrán ejercer válidamente el

derecho de fundación siempre que la dotación de la fundación sea suficiente y adecuada a los fines que se persiguen⁸⁵². Es decir, y como no podía ser de otra forma, la actuación de un tercero no condiciona *per se* el ejercicio del derecho constitucional de fundación.

Por otra parte, ante la posibilidad de que en sede del negocio fundacional se establezca algún tipo de condicionalidad en el sentido de que uno o varios de los fundadores condicionen la validez de su voluntad a la prestación del consentimiento por otros fundadores, la doctrina es reacia a su aceptación⁸⁵³.

Entendemos que es el planteamiento más adecuado teniendo en cuenta que este derecho parte de la existencia de un acto de liberalidad vinculado a la autonomía de la voluntad.

Ello sin perjuicio de que exista un contrato y que el incumplimiento de éste pueda comportar las correspondientes penalizaciones pactadas.

1.1.3. El supuesto del artículo 9.4 de la Ley estatal de fundaciones

Hay un supuesto, sin embargo, que podría constituir una excepción al principio de libertad de fundar, aunque ya avanzamos que no es así en nuestra opinión. En el artículo 9.4 de la vigente Ley estatal de Fundaciones se dispone que si en la erección de una fundación por acto *mortis causa* el testador se hubiese limitado a establecer su voluntad de crear una fundación y de disponer de los bienes y derechos de la dotación, corresponderá al albacea o herederos testamentarios, o en su defecto, al Protectorado –previa autorización judicial–, otorgar la escritura de constitución completando los elementos que faltan para la constitución de la fundación.

En esta circunstancia, realmente el fundador es el testador, quien realiza el acto de voluntad y ejerce su derecho a fundar. Lo que ocurre es que, dado el especial

⁸⁵² MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso ...*(2006), *op. cit.*, pág. 47.

⁸⁵³ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso...*(2006), *op. cit.*, pág. 48.

carácter de las fundaciones, el ordenamiento jurídico ha previsto un mecanismo para facilitar el ejercicio del derecho de fundación cuando es indubitada la voluntad de fundar. Y para ello, acude a terceros que actúen completando el acto jurídico de constitución de la fundación⁸⁵⁴.

1.1.4. Otros supuestos *mortis causa*

En el sede del derecho hereditario existe la posibilidad de que el testador imponga a un tercero, heredero o legatario –en todo caso–, la obligación de constituir una fundación mediante la introducción de una condición (arts. 790 y ss. del Código Civil), o mediante la institución modal (arts. 797 y ss. del Código Civil). El deslinde entre estas dos instituciones testamentarias y la constitución de una fundación *mortis causa* es especialmente confuso.

La principal distinción entre el supuesto del artículo 9.4 de la LFE y los supuestos de condiciones testamentarias la encontramos en que en el primero la manifestación de la voluntad fundacional es un acto del testador. En este supuesto, testador y fundador coinciden. En los otros supuestos, existe una divergencia entre ambas figuras, de manera que el fundador es el heredero o legatario, no el testador. Sin duda estamos ante supuestos muy extraños, ya que si el causahabiente ha expresado claramente la voluntad de crear una fundación y ha identificado los bienes patrimoniales vinculados, obviamente el supuesto de hecho será el previsto en el artículo 9.4 de la LFE. La posibilidad que estamos señalando es aquella en la que el testador no identifica la parte de su patrimonio que se afecta a los fines fundacionales, aunque puedan darse todos los demás requisitos (fines, organización...).

⁸⁵⁴ CAFFARENA LAPORTA, J., «La constitución de las fundaciones», en: MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 104.

1.1.5. Capacidad fundacional

La determinación de los titulares de todo derecho implica como operación previa necesaria la identificación de las condiciones que constituyen los presupuestos imprescindibles que permitan ejercer válidamente las prerrogativas incluidas en el contenido del derecho, de modo que su titular pueda ver adecuadamente satisfechas sus preferencias.

Estos requisitos son, como se ha visto en otro capítulo, parte integrante de la definición del derecho. Por tanto, su concreción debe realizarse de manera altamente cuidadosa so pena de desvirtuar el contenido del derecho. Para ello hay que ir por dos vías distintas. La primera es establecer cuáles son los requisitos inherentes a la definición, constitucional en este caso. La segunda, es determinar la manera en que el legislador infraconstitucional ha acotado la titularidad del derecho y, en concreto, valorar si esta actuación legislativa es respetuosa con el contenido esencial del derecho en cuestión. Las condiciones de titularidad constituyen, vistas desde esta perspectiva, restricciones al derecho.

Es decir, a las restricciones del derecho de fundación de carácter objetivo – las que afectan a la fundación como organización– y ya descritas en un apartado precedente, esto es, el interés general y la prohibición de determinadas fundaciones; ahora sumamos las que inciden en la vertiente subjetiva del derecho, o sea, las limitaciones que actúan en la capacidad de ejercer el derecho, que serán analizadas en un capítulo específico posterior.

Resumimos: en el caso del derecho de fundación, la titularidad del derecho está íntimamente unida a la capacidad para crear fundaciones que, no es otra la que capacidad para disponer gratuitamente de los bienes y derechos que vayan a integrar la dotación fundacional (art. 8 LFE). Titularidad y capacidad para ejercer el derecho no coinciden necesariamente. Todas las personas son titulares del derecho de fundación (art. 8.1 LFE), lo que ocurre es que no todos los titulares lo podrán ejercer pues su ejercicio está condicionado a que el titular esté capacitado para ejercerlo.

La Constitución no establece ninguna condición expresa para el ejercicio del derecho de fundación desde la perspectiva subjetiva del derecho. Sin embargo, como reiteradamente ha dicho el Tribunal Constitucional en las cuatro sentencias en las que ha interpretado el artículo 34 de nuestra Ley Fundamental, la noción de fundación que se consagra en este precepto responde a la vinculación de bienes a la consecución de un determinado fin de interés general. De aquí se desprende que el requisito de poder disponer gratuitamente de bienes y derechos que vayan a integrar la dotación, constituye una condición o un límite inmanente al derecho de fundación. Nótese que no se trata del poder absoluto de disponer libremente de bienes y derechos, sino que solo se exige la libre disposición gratuita de los bienes y derechos que vayan a integrar la dotación, *ergo* en el caso concreto habrá que estar al régimen jurídico de dichos bienes y derechos, más que a la situación personal del titular. Así por ejemplo, una persona podrá tener plena capacidad de obrar y, sin embargo, no poder ejercer el derecho de fundación por el simple hecho de no tener bienes disponibles o tenerlos en régimen de usufructo.

La titularidad del derecho de fundación, tal cual aparece en nuestra Constitución, está restringida a las personas privadas, tanto físicas como jurídicas. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en la Sentencia 120/2011, de 6 de julio:

«... la proclamación del derecho de fundación para fines de interés general (art. 34.1 CE) implica el reconocimiento de un derecho de libertad cuyo ejercicio permite a los particulares participar en la realización de actividades de interés general a través de la creación de una organización permanente dotada de personalidad jurídica propia y diferenciada del instituyente. De la proclamación constitucional de este derecho fundamental no se deriva, en consecuencia, el reconocimiento de la capacidad para constituir fundaciones por parte de las personas jurídico-públicas.» (FJ 5º in fine).

También es prueba de ello que una de las primeras normas que desarrolló el artículo 34 fue la Ley 1/1982, del Parlamento de Cataluña, intitulada «de Fundaciones Privadas de Cataluña», en cuyo artículo 1 solo se contemplaban como capacitadas para constituir fundaciones a las *personas naturales y personas jurídicas privadas*.

La doctrina, tradicionalmente, también ha mantenido esta tesis de que el artículo 34 solo atribuía la capacidad de fundar a las personas privadas⁸⁵⁵.

Lo que ocurre es que el legislador infraconstitucional, ha hecho uso de sus facultades *ex articulo* 103 de la Constitución y de manera muy criticable ha habilitado a las personas jurídico-públicas para ejercer el derecho de fundación, con la limitación concreta del deber de respetar la imagen de la fundación consagrada en la Constitución (STC 120/2011, de 6 de julio, FJ 7º).

Por último, hay que reseñar que dado que la capacidad de fundar se encuentra vinculada al poder de disposición gratuita de los bienes, estamos ante una remisión de segundo grado al legislador infraconstitucional. En un primer momento la concreción de la capacidad para fundar se encuentra en la Ley de Fundaciones, pero esta norma, a su vez, remite a la regulación del derecho de propiedad, que en este caso es el Código Civil o la legislación societaria correspondiente. Por lo tanto, no es descartable que ciertas modificaciones en el régimen jurídico de las disposiciones a título gratuito pudiesen tener efectos en la regulación de la capacidad para fundar. Ello no obstante, es un supuesto de laboratorio: estas eventuales alteraciones se proyectarían en primera instancia sobre el derecho de propiedad que, en todo caso, goza de la misma protección y consideración que el derecho de fundación.

En este sentido, hemos de concluir que la definición que se ha realizado de la capacidad de fundar por parte del legislador infraconstitucional es absolutamente respetuosa con el contenido esencial del derecho de fundación. Incluso, el legislador ha ido más allá, ampliando la capacidad de crear fundaciones a sujetos que no son titulares del derecho constitucional como son las Administraciones Públicas, lo que es claramente reprochable.

⁸⁵⁵ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Algunas acotaciones ...», *op. cit.*, págs. 120-121. PAREJO ALFONSO, L., «Prólogo», en: VAQUER CABALLERÍA, M., *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los Servicios Públicos Sanitarios*. Madrid: Marcial Pons, 1999, pág. 13.

1.1.6. Libertad para extinguir la fundación

Existe una particularidad en el régimen jurídico de las fundaciones que es la facultad que tiene un tercero, en este caso el fundador, de determinar *a priori* la propia existencia de la entidad. Es un caso único en el derecho, aquel en que la vida de una persona jurídica está determinada por alguien ajeno a ella y a sus vicisitudes. En las asociaciones, la vida de la asociación depende de los socios, que deciden cuando se produce su extinción.

Pues bien, el fundador, dispone de una facultad inalienable, que le reconoce el propio ordenamiento, para determinar cuándo y cómo se producirá la extinción de la fundación por él creada y en la que puede participar como gestor o no.

Nuestro Derecho no ha sido reacio a que las fundaciones se constituyesen por un plazo determinado de tiempo. Cuestión distinta ha sido la interpretación de si los bienes afectados a la creación de dicha entidad lo eran permanentemente o solo en tanto en cuanto subsistiese la fundación. La doctrina interpreta que lo normal es la creación de una fundación con carácter permanente⁸⁵⁶. Para las fundaciones por un plazo de extinción, la doctrina ha exigido, y así se asume en la jurisprudencia constitucional (STC 341/2005, de 21 de diciembre), que la creación de este tipo de entidades lo sea con un plazo que garantice una cierta estabilidad en el tiempo⁸⁵⁷ en coherencia con el fin de interés general perseguido.

Pues bien, en el ámbito competencial del titular del derecho de fundación está, en primer lugar, la posibilidad de determinar expresamente la fecha en que deberá disolverse la fundación. Alcanzada aquella, el patronato, o en su caso, el Protectorado, deberá iniciar el proceso de disolución y liquidación de la entidad.

⁸⁵⁶ VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación...*, *op. cit.*, pág. 448. DEL CAMPO ARBULO, J.A., «Examen de las cuestiones...», *op. cit.*, pág. 51. CAFFARENA LAPORTA, J., «Constitución, modificación y extinción de las fundaciones», en DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.A. (dirs.), *Presente...*, *op. cit.*, pág. 51.

⁸⁵⁷ GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 244.

Junto con esta posibilidad, existe otra opción para el fundador de determinar la extinción de la fundación en el momento creativo de la entidad. Se trata de introducir en los Estatutos o en la escritura constitutiva una cláusula de disolución cuando se den ciertas circunstancias. Es el caso clásico de las llamadas «cláusulas a fe y conciencia», en virtud de las cuales la fundación debía extinguirse antes que someter sus cuentas a la fiscalización de las autoridades administrativas. Se trata, en cierta manera, de introducir una cláusula resolutoria de la propia fundación en el negocio fundacional, lo que ciertamente limita el margen de actuación del patronato –sobre todo si se acompaña de una prohibición de modificación estatutaria, en el caso de que la disposición resolutoria esté en los estatutos, pues si está fuera de ellos es inatacable– y puede generar notables disfunciones⁸⁵⁸.

Además de determinar el fin la existencia de la entidad creada, el fundador puede disponer de un amplio margen de intervención –siempre desde el momento de creación de la fundación o a través de los estatutos– en el proceso de liquidación de la institución en base al principio de respeto a su voluntad. En concreto, el fundador podrá identificar las entidades a las que se destinarán los bienes resultantes de la liquidación, o atribuir esta facultad al Protectorado, o incluso, en alguna legislación como en la de la Comunidad de Madrid, se permite que el fundador recupere los bienes aportados al negocio fundacional⁸⁵⁹.

1.2. LIBERTAD PARA ELEGIR LOS FINES

1.2.1. Relación entre fines e interés general

Los fines de la fundación son la justificación de su existencia constitucional. La importancia de los fines ha sido puesta de relieve en la STC 341/2005, de 21 de

⁸⁵⁸ GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 239.

⁸⁵⁹ *Vid.* STC 341/2005, de 21 de diciembre.

diciembre⁸⁶⁰. En otro capítulo hablamos ampliamente de los fines que pueden perseguir las fundaciones, del significado de la expresión constitucional «*de interés general*» y de los posibles fines ilegítimos de las fundaciones.

En el espectro de facultades de que dispone el fundador, hay que incluir necesariamente la identificación de los fines que debe perseguir la fundación, fines que además de lícitos deberán ser de interés general, identidad que no siempre se produce, como veremos más adelante. Es la operación de singularizar un fin o unos fines dentro del amplio margen que cabe entender incluido en el concepto de «fines de interés general».

En el contexto actual, el derecho de fundación se ha alejado notablemente del concepto de filantropía que lo inspiró en el siglo XIX, e incluso se encuentra lejos del ámbito de la beneficencia donde lo sitúa, por ejemplo, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ⁸⁶¹. Esta situación, como hemos visto, ha significado la puesta en valor del elemento organizativo y teleológico de la fundación. Por ello, cuando el fundador determina los fines que deberá perseguir la fundación lo que realmente está haciendo es, en uso de la autonomía de su voluntad, identificando el ámbito social donde quiere que la entidad desarrolle su actividad. Sin embargo, la amplitud de los fines posibles de las fundaciones es limitada, en contraste, por ejemplo, con los fines que pueden tener las asociaciones, que gozan de una apertura casi universal pues el único límite es la ilicitud (art. 22.2 CE)⁸⁶².

En el desarrollo legislativo se ha dado una relación ejemplificativa de finalidades que pueden considerarse de interés general (art. 3.1)⁸⁶³. No estamos ante una lista *numerus clausus*, sino que el fundador, llegado el momento podrá determinar un fin que no esté en dicha lista o, bien de entre uno de ellos, acotarlo a un ámbito

⁸⁶⁰ También en la STS 8331/2003, de la Sala III, Sec. 7ª, de 20/12/2003, FdD 6º.

⁸⁶¹ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Algunas acotaciones ...», *op. cit.*, pág. 120.

⁸⁶² GÓMEZ MONTORO, A.J., *Asociación...*, *op. cit.*, pág. 102.

⁸⁶³ Estos fines «*pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico*» (art. 3.1 de la LFE).

más reducido. Como ha señalado BARRERO RODRÍGUEZ, en nuestro ordenamiento no hay una norma que expresamente imponga a los estatutos fundacionales una «*delimitación concreta y precisa de los fines*», con lo que se facilita la indeterminación.

Esta lista, en la actualidad contempla, *entre otros*, los siguientes fines: defensa de los derechos humanos, defensa de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, fortalecimiento institucional, cooperación para el desarrollo, promoción del voluntariado, promoción de la acción social, defensa del medio ambiente, fomento de la economía social, promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, fomento de la tolerancia, desarrollo de la sociedad de la información, investigación científica, y desarrollo tecnológico.

Esta relación es notablemente más amplia de lo que lo era la contenida en el artículo 2.1 de la LFE/1994: asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, cooperación para el desarrollo, defensa del medio ambiente, fomento de la economía, fomento de la investigación, promoción del voluntariado, y cualesquiera otros de naturaleza análoga.

Nótese que aunque hay un bloque importante, de marcado carácter general, que se mantiene en ambas normativas, el legislador introdujo en 2002 una serie de fines con un mayor grado de concreción y vinculados, especialmente, a los valores constitucionales (derechos humanos, protección de las víctimas del terrorismo, fortalecimiento institucional, defensa de los valores constitucionales...).

En el ámbito autonómico, algunas legislaciones han incorporado un elenco de fines que pueden perseguir las fundaciones. En concreto, la Comunidad de Madrid (art. 3.1 de la Ley 1/1998), la Comunitat Valenciana (art. 3.1 de la Ley 8/1998), Andalucía (art. 3.1 de la Ley 10/2005), Galicia (art. 4.1 de la Ley 12/2006) y La Rioja (art. 3.1 de la Ley 1/2007). Salvo esta última Comunidad, el resto no han copiado literalmente la relación de la Ley estatal (ya sea la de 1994 o la de 2002), sino que han introducido algunos supuestos específicos tales como la igualdad de mujeres y hombres o el fomento de la lengua propia.

Al margen de otras consideraciones, la determinación de los fines tiene la importante connotación de ser determinante para determinar el Protectorado al que se somete la fundación, cuando por razón territorial existan varios Órganos competentes *ratione materiae*, como ocurre en el Estado.

El proyecto de Reglamento por el que se establece el Estatuto de la Fundación Europea (en adelante, FE) también incluye una lista de posibles fines que pueden perseguir las fundaciones, en el apartado segundo del artículo 5. En este caso, es una relación más reducida que la de la legislación española:

«2. La FE servirá al interés público en sentido amplio.

Su creación solo podrá perseguir uno o varios de los fines siguientes, a los cuales se dedicarán sus activos con carácter irrevocable⁸⁶⁴:

(a) el arte, la cultura o la conservación histórica,

(b) la protección del medio ambiente,

(c) los derechos civiles o humanos,

(d) la eliminación de la discriminación por razones de sexo, raza, origen étnico, religión, discapacidad u orientación sexual, o cualquier otra forma de discriminación prohibida por ley,

(e) el bienestar social, incluida la prevención o el alivio de la pobreza,

(f) el socorro humanitario o en caso de catástrofe,

(g) la ayuda y la cooperación para el desarrollo,

(h) la asistencia a refugiados o inmigrantes,

(i) la protección de niños, jóvenes o personas mayores y el apoyo a los mismos,

(j) la asistencia a personas con discapacidad o su protección,

(k) la protección de los animales,

⁸⁶⁴ Durante la tramitación en el Parlamento Europeo se introdujo la expresión «uno o varios de» en el texto del Proyecto.

(l) la ciencia, la investigación y la innovación,

(m) la educación y la formación,

(n) el entendimiento a escala europea e internacional,

(o) la salud, el bienestar y la atención médica,

(p) la protección de los consumidores,

(q) la asistencia a las personas vulnerables o desfavorecidas o su protección,

(r) el deporte aficionado,

(s) el apoyo en forma de infraestructuras a las organizaciones que persiguen fines de utilidad pública,

(s bis) el apoyo a las víctimas del terrorismo y actos violentos,

(s ter) la promoción del diálogo interreligioso⁸⁶⁵.

2 bis. La FE no beneficiará a ninguna persona mediante compensaciones excesivas ni gastos que no estén destinados al fin de utilidad pública de la FE. La FE no cumplirá su fin de utilidad pública si solamente beneficiar a un número limitado de personas.⁸⁶⁶»

La FE desarrollará actividades en al menos dos Estados miembros, o tendrá recogido en sus estatutos ese objetivo. Si en el momento de su registro, el único objetivo recogido en los estatutos de la FE es el desarrollo de actividades en al menos dos Estados miembros, debe

La particularidad de la propuesta del Estatuto de la Fundación Europea es que esta relación tiene carácter exclusivo, y no se incluye ninguna cláusula de apertura, afirmándose en su artículo 5.2 que las fundaciones europeas *«solo podrá perseguir uno o varios de los fines siguientes, a los cuales se dedicarán sus activos con*

⁸⁶⁵ Los apartados (s) *bis* y *ter* se introdujeron en el Proyecto en la tramitación en el Parlamento Europeo. La justificación de ambos es «[l]a asistencia a las víctimas de terrorismo y de actos violentos, se considera un fin de utilidad pública de gran relevancia que debe ser incluido, al no poder ser subsumido en ninguna de las categorías existentes en la lista. Lo mismo ocurre con la promoción del diálogo interreligioso para el entendimiento, la solidaridad y la cohesión social, que debería incluirse al no entrar dentro de las categorías propuestas». Ambos apartados responden a sendas enmiendas presentadas por el eurodiputado español Luis de Grandes Pascual.

⁸⁶⁶ Este apartado 2 bis del artículo también se introdujo en virtud de una modificación aprobada en el trámite parlamentario.

carácter irrevocable». Esta opción, que contrasta con la seguida por la legislación española, ha sido avalada por el Comité Económico y Social de la Unión. Este órgano afirma que

«... la definición de fines de interés público establecida en el artículo 5 se basa en una lista cerrada de los fines que de manera más común se pueden encontrar en la mayoría de los Estados Miembros. De esta manera se proporciona un incremento de seguridad jurídica en torno a lo que es interés público, pero al mismo tiempo, puede comportar dificultades para su modificación, ya que solo podrá hacerse con la decisión unánime del Consejo y el consentimiento del Parlamento con motivo de la primera revisión del Reglamento siete años después de su entrada en vigor»⁸⁶⁷.

Por su parte, el Comité de las Regiones, en su informe sobre esta propuesta normativa, no cuestiona la rigidez de la lista, sino que se limita a sugerir la incorporación de una descripción de lo que deba entenderse por «*deporte amateur*» y sugiere la adición de un fin más: «*la defensa de las víctimas de la violencia de cualquier tipo*»⁸⁶⁸.

1.2.2. Fines y medios

Dejando ya la apresurada visión sobre los fines, y volviendo, de nuevo, a las facultades del fundador, la Ley prevé cautelas precisamente para permitir operaciones de ampliación o reducción de los fines a partir de la lista que, en cada caso, la Ley determina. La primera de las cautelas (art. 3.2) consiste en vincular finalidad fundacional y beneficiarios de la misma, que deberán ser colectividades genéricas de personas⁸⁶⁹. Aunque realmente la vinculación entre beneficiarios y fundación no

⁸⁶⁷ Opinión del Comité Económico y Social de la Unión Europea sobre la Propuesta de regulación por el Consejo del Estatuto de la Fundación Europea (FE), de 18 de septiembre de 2012 –COM(2012) 35 final - 2012/0022 (APP)–.

⁸⁶⁸ Opinión del Comité de las Regiones sobre el Estatuto de la Fundación Europea, aprobada en la 98ª sesión plenaria, los días 29 y 30 de noviembre de 2012.

⁸⁶⁹ En el artículo 3.2 *in fine* se considera que tendrán la condición de colectividades genéricas de personas «*los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares*».

se materializa a través de los fines, sino de los medios, entendiendo por tales las actividades que la fundación realiza para conseguir la finalidad.

La segunda de las prevenciones que prevé la Ley tiene por objeto evitar el fraude mediante la constitución de fundaciones con fines de interés general pero, que en la práctica, constituyen fundaciones familiares merced al proceso de determinación de sus beneficiarios⁸⁷⁰ o fundaciones cuyos beneficiarios son personas jurídicas singularizadas que no persiguen fines de interés general (art. 3.3).

Por último, la Ley prevé una excepción a las cautelas indicadas, y es la relativa a fundaciones cuya principal finalidad es la preservación del Patrimonio Cultural en ciertos supuestos (art. 3.4). En este supuesto cabe encuadrar fundaciones como la de la «Casa de Alba», entre cuyas finalidades se encuentran *«La conservación de los monumentos de su Patrimonio con sujeción a las normas reguladoras del Patrimonio Artístico Nacional; la conservación, ordenación y catalogación de las obras de arte y de los fondos bibliográficos y documentales aludidos; la exhibición al público en forma permanente de los monumentos y de las obras de arte propiedad de la Fundación; la celebración de conferencias, seminarios y coloquios de carácter artístico e histórico; la promoción de la investigación histórica y artística en la biblioteca y archivo de la Fundación.»*

Estas son las coordenadas en las que el titular del derecho a fundar debe ejercer su derecho en cuanto a la delimitación de los fines de la fundación.

El fundador deberá acotar el fin que deberá perseguir la fundación dentro del ámbito del interés general de tal manera que los posibles beneficiarios de la actividad de la fundación para conseguir esos fines sean colectivos genéricos de personas (aunque pueden ser determinados, por ejemplo, las personas que sufren una determinada enfermedad o los niños en riesgo de exclusión social de un determinado barrio). Estamos ante una operación jurídica de cierta complejidad, ya que lo que la Ley exige al fundador no es solo que determine los fines que perseguirá la fundación, por ejemplo, el apoyo a los enfermos de la enfermedad X. Además, se le exige, que al

⁸⁷⁰ Es uno de los supuestos planteados por CÁRDENAS en su disputa con DE CASTRO, la existencia de una fundación con la finalidad de costear los estudios de los miembros de una determinada familia (CÁRDENAS, I., «Las fundaciones familiares...», *op. cit.*, pág. 585).

definir el fin perseguido se tengan en cuenta las actividades que se van a desarrollar en aras de conseguir el objetivo citado y, cómo esas actividades van a repercutir sobre eventual colectivo de beneficiarios. En el ejemplo de la fundación de apoyo a los enfermos de la enfermedad X, el fundador deberá tener en cuenta si, por ejemplo, las actividades de la fundación son ayudas económicas a los enfermos, cuál es el grupo susceptible de ser beneficiado⁸⁷¹.

Por ello, en la Ley se dispone que la voluntad fundacional no solo se limite a indicar los fines fundacionales, sino también las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios, contenido este que, junto con los fines, deberá figurar en los Estatutos (art. 11.1 LFE). Realmente, pues, se exige la determinación de los fines y de los medios para conseguirlos.

En cualquier caso, el fundador dispone de un amplísimo margen de discrecionalidad propio del ejercicio de un derecho de libertad amparado en la autonomía de la voluntad, como hemos dicho.

Con todo y con ello, no se puede obviar que, pese a su dificultad, la Administración retiene una importante función de control de ajuste de la voluntad manifestada por el fundador a la Ley y, en especial, al interés general que debe perseguir la fundación. Y ello en varios momentos de la vida de la entidad: en el momento de la inscripción, modificación estatutaria, extinción o fusión, en su caso⁸⁷².

⁸⁷¹ Imagínese el caso de una fundación cuyo fin sea el apoyo a personas con una determinada patología extremadamente inusual, que vivan en un ámbito geográfico muy reducido. Obviamente no estaremos ante un colectivo indeterminado o genérico, sino que en el momento de crear la fundación, sus beneficiarios serán concretos, pudiéndose encubrir una fundación particular.

⁸⁷² BARRERO RODRÍGUEZ, C., «Algunas consideraciones sobre los fines...», *op. cit.*, págs. 90 y ss.

1.2.3. Garantías del interés general en los fines

En este caso, la Ley dispone, junto con los dichos mecanismos de garantía de preservación del interés general en los fines de la fundación, dos garantías que aco- tan la acción tutelar de la Administración en cuanto a la facultad del fundador de seleccionar los fines.

La primera de estas garantías es, ya se ha dicho, la existencia de un listado de fines en la Ley que actúa a modo de presunción *iuris et de iure* de que los fines que persigue la fundación son de interés general.

La segunda de estas garantías se sitúa en el ámbito de actuación del Protec- torado, quien deberá informar preceptivamente sobre la idoneidad del fin con ca- rácter previo y vinculante a la inscripción registral⁸⁷³. Teniendo en cuenta que en nuestro Ordenamiento la inscripción registral de las fundaciones tiene carácter constitutivo, la relevancia de este informe es capital por cuanto puede determinar la inscripción o no, esto es, la misma existencia o no de la fundación⁸⁷⁴.

Este informe sobre la idoneidad del fin no puede contener valoraciones de oportunidad política, social o económica, o de cualquier otro tipo. Así lo han recono- cido los Tribunales que han exigido que dicho informe sea motivado y que se limite a valorar la licitud y el interés general de los fines perseguidos por la fundación⁸⁷⁵, de manera que se limite al máximo cualquier discrecionalidad.

⁸⁷³ CUÑAT EDO, V., «Comentario al artículo 35. Funciones del Protectorado», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, op. cit., págs. 870-871.

⁸⁷⁴ Vid. STSJ de la Región de Murcia núm. 439/2008, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª, de 16 de mayo de 2008, en relación con la decisión del Registro de Fundaciones de no inscribir una fundación al no contar con el informe favorable del Protectorado por insuficiencia de la dotación fundacional.

⁸⁷⁵ STSJ del País Vasco núm. 925/2002, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2ª, de 25 de octubre de 2002. El Tribunal declara el derecho a la inscripción registral de una fundación, cuya inscripción había sido rechazada por el Protectorado en base a una carta del Director General competente de la Administración autonómica donde recomendaba la no inscripción porque la fundación «no aporta nada nuevo y quiere trabajar como intermediario en el mercado de la formación. [...] su plan es de escaso interés, aporta poco valor añadido o nada y que para la Dirección de Empleo y Formación no es de interés en los temas relacionados con la Formación».

En consecuencia, en la determinación de los fines fundacionales rige el principio de libertad, por lo que el titular del derecho no debe desarrollar ningún esfuerzo justificador de su elección. Una exigencia legal en este sentido constituiría una vulneración radical del derecho de fundación.

1.3. LIBERTAD PARA DISEÑAR LA ORGANIZACIÓN

1.3.1. Autonomía y heteronomía

Una de las principales características de las fundaciones como organizaciones jurídicas es la heteronomía, es decir, son entidades cuya normativa es determinada por un tercero distinto a la propia organización. El contraste, una vez más, con las asociaciones ayuda a clarificar el concepto y delimitar los contornos de las fundaciones. En las asociaciones, los estatutos son la norma básica por la que se rige la asociación y, al tiempo, son la máxima expresión de la autonomía de la entidad, igual que en las fundaciones. Sin embargo, son elaborados por los propios socios y modificados libremente por ellos con la única limitación de lo dispuesto en las leyes y, en su caso, en los propios estatutos⁸⁷⁶. Partiendo pues de que los estatutos están llamados a jugar el mismo papel tanto en las asociaciones como en las fundaciones, la principal diferencia se encuentra en quién elabora los estatutos y quién dispone de ellos. En las asociaciones, ya se ha visto, son los socios quienes los elaboran y los modifican a su voluntad. Por el contrario, en las fundaciones, al carecer de elemento personal –no hay socios– la elaboración de los estatutos corresponde al fundador que, no lo olvidemos, una vez constituida la fundación queda fuera de ella como un tercero más. La posibilidad de modificación estatutaria, a partir de la constitución quedará en manos del patronato –que no ha elaborado los estatutos porque su existencia es, de hecho, una creación de los mismos– o de la autoridad judicial (art. 29.3

⁸⁷⁶ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E., *El derecho de asociación*. Madrid: Tecnos, 1996, pág. 219.

LFE). Y ello, no solo con respeto a la Ley, sino también a la voluntad del fundador, que podrá condicionar *ex ante* la modificación de los estatutos.

La existencia de normas propias –de origen autónomo o heterónimo– comporta la existencia de libertad organizativa de la fundación. Y en este aspecto, vale lo mismo que acabamos de decir respecto de los estatutos. En las fundaciones, la capacidad de organizar la entidad corresponde, en el margen que deja la Ley, al fundador. Éste, en el momento de crear la entidad, dispondrá en sede estatutaria los elementos que considere oportunos respecto a la organización y funcionamiento a futuro de la fundación que se constituye. Y lo hace con los únicos límites de la Ley y la Constitución, de manera que podrá definir los contornos de la organización con mayor o menor detalle, delegando consecuentemente en el patronato un mayor o menor margen de libertad organizativa.

En el supuesto de las fundaciones la heteronomía y la autonomía son dos características complementarias y contradictorias. O dicho de otra forma: la autonomía del fundador limita y condiciona la autonomía de la organización. Es esta una de las características más particulares de las fundaciones.

La fundación, una vez constituida dispondrá de un amplio margen de autonomía, tanto para aplicar, interpretar y modificar, en su caso, los estatutos, como para organizar su propia actividad y estructura, desde la determinación de las actividades a realizar hasta la organización administrativa y humana de la entidad. Pero este margen de autonomía, podrá ser limitado en todos los sentidos por el propio fundador en el momento de constituir la entidad, bien a través de los estatutos, bien a través de la manifestación de la voluntad fundacional. Y la capacidad del fundador es tan amplia que puede llegar a condicionar la propia existencia de la fundación con cláusulas de extinción en ciertos supuestos, como acabamos de ver. La autonomía de la voluntad del fundador se impone, así como una fuerza irresistible para la fundación e, incluso, para la Administración tutelar.

Con todo y con ello, acabamos de decir que son elementos contradictorios y complementarios. Ello significa que aunque la autonomía del fundador se desarrolla en detrimento de la autonomía de la organización por él creada, salvo supuestos excepcionales en los que el grado de detalle es absoluto, la organización dispone de un

grado de autonomía tal que le permite complementar la voluntad del fundador en el día a día de la actividad de la fundación. Prueba de ello son las previsiones legales contenidas en los dos primeros apartados del artículo 29 de la LFE, en los que se habilita al patronato a modificar los estatutos siempre que resulte conveniente en interés de la fundación, o cuando las circunstancias que presidieron la constitución de la fundación hayan variado de manera que ésta no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a los Estatutos.

La identificación del derecho de fundación también es consecuente con esta realidad. En este sentido, el derecho subjetivo a fundar comprende las facultades del fundador para determinar vía estatutaria o en sede de la declaración de la voluntad fundacional, los elementos normativos y organizativos de la fundación. Por el contrario, en la vertiente objetiva del derecho, aquella que ampara la existencia de la propia fundación, se incluyen las facultades de que dispone la entidad para garantizar su actividad en el mundo jurídico.

1.3.2. Denominación

El nombre es un requisito fundamental para la existencia jurídica. Con él, los sujetos que actúan en el tráfico son identificados y singularizados unos de otros. En el ámbito de las personas físicas, de hecho, constituye un derecho fundamental reconocido por el Derecho Internacional⁸⁷⁷. En el ámbito de las personas jurídicas, la denominación convierte a éstas en centros de imputación de relaciones jurídicas y, en consecuencia, como sujetos pasivos de eventuales responsabilidades jurídicas⁸⁷⁸.

El derecho a fundar, por lo tanto, comprende la capacidad para denominar a la entidad que se crea *ex novo*, hecho que debe concretarse en los Estatutos de la

⁸⁷⁷ Artículo 7 del Convenio Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

⁸⁷⁸ EMBID IRUJO, J.M., «La denominación de la fundación», en MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a...*, *op. cit.*, pág. 155.

entidad y que, de esta manera, puede ser objeto de modificación una vez constituida la entidad, salvo prohibición expresa del fundador.

La elección del nombre de la fundación pues, es un elemento que recae dentro del haz de facultades de que dispone el fundador en el momento de crear la nueva entidad. Ciertamente la Ley no lo configura como uno de los elementos nucleares del derecho de fundación al remitirlo al contenido necesario de los estatutos, pero es obvio que precisamente por situarlo en esta sede, se establece un vínculo indisoluble entre el ejercicio del derecho a fundar y la elección del nombre de la entidad que se instituye.

El margen de libertad es amplio. Aunque en este punto el legislador ha introducido una serie de restricciones con la finalidad de dotar de seguridad al tráfico jurídico (ámbito en el que despliega toda su eficacia el nombre de las personas jurídicas) que han sido bien recibidas por la doctrina⁸⁷⁹. Las limitaciones se han ampliado con la última Ley estatal de Fundaciones, que ha ampliado la regulación de la denominación de las fundaciones.

De entrada, hay que decir que la Ley concede al fundador la facultad de imponer el nombre a la fundación que estime conveniente, como no podía ser de otra forma. Aunque le impone una obligación positiva: el nombre deberá incluir el término “fundación”. Es una obligación que, en virtud del artículo 4.2 de la Ley, es exclusiva de las fundaciones y, en consecuencia, se articula como una garantía frente al uso abusivo por parte de personas jurídicas que no son fundaciones. De esta manera, los operadores jurídicos son conscientes de que la entidad con la que tratan desarrolla sus actividades en un régimen jurídico determinado.

A continuación, la Ley dispone una serie de limitaciones de carácter negativo a la capacidad del fundador de elegir el nombre. La primera de ellas es una consecuencia lógica de la función del nombre: no podrá coincidir ni asemejarse hasta el

⁸⁷⁹ EMBID IRUJO, J.M., «La denominación de la fundación», en MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a...*, op. cit., págs. 155 y ss. REAL PÉREZ, A., «La voluntad del fundador en del Derecho de Fundaciones», en RUIZ OJEDA, A. (coord.), *Manual de Fundaciones: régimen jurídico, fiscal y contable*. Madrid: Civitas, 1999, pág. 72.

punto de crear confusión con otra ya inscrita en los Registros de Fundaciones (cualesquiera, estatales o autonómicos).

La segunda de las limitaciones se refiere a la prohibición del uso de términos contrarios a las leyes o que puedan vulnerar los derechos fundamentales de las personas. Se trata de una cláusula que introduce una notable discrecionalidad en el sistema, ya que estamos ante conceptos indeterminados que son susceptibles de afectar a la propia existencia de la fundación⁸⁸⁰. No es evidente qué son los términos contrarios a las leyes –¿quizás, por ejemplo, los que enaltecen las actividades terroristas?⁸⁸¹– pues en nuestro régimen constitucional no existe el concepto de democracia militante. Más clara parece la cláusula relativa a la protección de los derechos fundamentales de las personas, físicas y jurídicas, obviamente. En este caso el principal supuesto es el derecho al honor⁸⁸² aunque deberán incluirse en esta causa de exclusión aquellas expresiones o terminología que, por ejemplo, atenten de manera manifiesta contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución.

La tercera limitación se refiere a la prohibición de usar en el nombre de la fundación topónimos o nombres de organismos oficiales o instituciones públicos nacionales e internacionales, salvo el supuesto de que el fundador sea uno de ellos. Por supuesto, esta limitación actúa cuando se dan estos términos en exclusiva, no así cuando se combinan con otras palabras. La finalidad de esta exclusión es evitar que *«pueda apropiarse una Fundación de denominaciones o términos que pertenecen al acervo común y no son susceptibles de empleo en exclusiva»*⁸⁸³.

⁸⁸⁰ En el artículo 311-4.2 del Código Civil de Cataluña, se regula la denominación de las personas jurídicas. Su texto es más amplio que el de la LFE, aunque no necesariamente contradictorio: «La denominación de las personas jurídicas no puede consistir exclusivamente en el nombre de un territorio y no puede incluir expresiones dotadas de valor oficial o institucional ni contrarias a la ley, al orden público o a las buenas costumbres».

⁸⁸¹ GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 74.

⁸⁸² MAS BADÍA, M.D., «Comentario artículo 5. Denominación», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 176. GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 74.

⁸⁸³ Sentencia núm. 782/2009, del TSJ de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6ª, de 29 de mayo de 2009. La Sentencia en cuestión consideró ajustado a derecho el certificado negativo para la inscripción en el Registro de Fundaciones del Ministerio de Cultura de una Fundación llamada «Fundación para la Defensa de la Nación Española». El Tribunal consideró que *«[p]artiendo de tales preceptos, la denegación se basó en un análisis conjunto de las reglas descritas para llegar a la conclusión de que la incorporación en la denominación de los términos "DEFENSA", que*

Una cuarta limitación prohíbe el uso de denominaciones de personas privadas sin su previo consentimiento cuando éstas no son el fundador. De esta manera se pretende evitar el uso fraudulento de denominaciones con la finalidad de generar confusión entre los operadores jurídicos.

Por último, la LFE impide que la denominación de las fundaciones haga referencia a actividades que no se corresponden con los fines fundacionales. Nótese que no se exige que el nombre de la fundación se corresponda fielmente con las actividades desarrolladas, sino que no la denominación no contenga expresiones en relación a las actividades que puedan inducir a error respecto a la actuación de la fundación.

Estas limitaciones implantan un régimen de la denominación de la fundación que EMBID IRUJO entiende basado en los principios de idoneidad, disponibilidad y licitud⁸⁸⁴. Por idoneidad hay que entender que estemos ante un nombre que identifica adecuadamente a la fundación respecto al resto de actores jurídicos, dando la información precisa de la entidad. El principio de disponibilidad condiciona la libre elección a que el nombre elegido no se encuentre ya en uso por otra entidad. Y el principio de licitud limita la elección a un marco jurídico determinado.

En líneas generales la doctrina considera que este tipo de limitaciones establecidas por el legislador en las facultades del fundador para elegir el nombre de la entidad son legítimas y no suponen una extralimitación en favor de la Administración. De hecho, los Tribunales que han tenido ocasión de valorar la interpretación del artículo 5 LFE han concedido un discreto margen de apreciación a la Administración que contrasta con el alcance que se le ha dado en la valoración de la idoneidad de los fines fundacionales, mucho más limitado.

se corresponde con la denominación de un Departamento Ministerial, y "NACIÓN ESPAÑOLA", que equivale a "ESPAÑA", daba lugar a error o confusión en cuanto a los fines de la Fundación que en ningún caso podrían ser los propios del Ministerio de Defensa, ni identificarse con el sector público» (FdD 2º). La Fundación finalmente fue inscrita con el nombre de Fundación DENAES (Orden CUL/1785/2006, de 11 de mayo, BOE núm. 136, de 8 de junio de 2006), aunque en la práctica cotidiana la Fundación utiliza la denominación rechazada por el Registro y los Tribunales junto con la registrada (www.nacionespanola.org).

⁸⁸⁴ EMBID IRUJO, J.M., «La denominación de la fundación», en: MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a...*, *op. cit.*, pág. 154.

1.3.2.1. Las particularidades de las legislaciones valenciana y canaria

En el ámbito autonómico, hay que señalar lo dispuesto por la Leyes de Fundaciones de la Comunitat Valenciana y Canarias. Estas normas, como no puede ser de otra forma, no contienen un régimen específico sobre la denominación de las fundaciones a ellas sometidas, pues el artículo 5 de la LFE se aplica en la Comunitat Valenciana y Canarias por ser Derecho Civil –DF 2.b)–. Sin embargo, en el precepto que en ambos textos legales regula los estatutos fundacionales se exige que en la denominación de la entidad figuren las palabras «Fundación de la Comunitat Valenciana» –art. 10.a)⁸⁸⁵–, en el caso de la Comunitat Valenciana; y «fundación canaria» –art. 7.a)–, en el caso de Canarias. En nuestra opinión, y aunque el precepto de la Ley valenciana no recibió reproche por parte del Consell Jurídic Consultiu⁸⁸⁶, ni ha sido cuestionado en sede constitucional o jurisdiccional, es más que cuestionable que estemos ante una limitación legítima del derecho a fundar. El argumento que justifica la opción adoptada por el legislador valenciano entendemos que responde a garan-

⁸⁸⁵ «a) La denominación de la entidad, en la que deberán figurar las palabras *Fundación de la Comunitat Valenciana* o *Fundació de la Comunitat Valenciana*, que no podrá coincidir, o asemejarse de manera que pueda crear confusión, con ninguna otra previamente inscrita en el Registro de Fundaciones de la Comunitat Valenciana.

No obstante, en la denominación de las fundaciones que han de ser autorizadas por el Consell, tras la palabra *Fundación* o *Fundació*, según la lengua elegida, podrá continuarse con la expresión *Comunitat Valenciana*, seguida de un guión y a continuación el resto de la denominación que la individualice; o bien, tras la citada palabra, según la lengua elegida, su individuada, a la que seguirá el guión y la expresión *Comunitat Valenciana*.» Este precepto es ciertamente criticable. El legislador valenciano introdujo en un precepto dedicado a los Estatutos parte del régimen relativo a la denominación. Este régimen, por lo demás es incompleto y contradictorio con el régimen determinado por la Ley del Estado que es de aplicación en este punto en la Comunitat Valenciana. Así, en la reforma operada en la Ley en virtud de la Ley 9/2008, no solo no se suprimieron aquellos aspectos que eran contradictorios con la Ley estatal, como la previsión de que no haya coincidencias nominativas en el Registro de Fundaciones de la Comunitat Valenciana exclusivamente, y no en todos los Registros, como dispone la Ley estatal, sino que se amplió el detalle con el que se regulaba el uso de la denominación específica de la Comunitat Valenciana. La Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunitat Valenciana, en su artículo 5 también incluye una disposición similar a la que acabamos de transcribir de la Ley de Fundaciones. No así, la Ley 14/2008, de 18 de noviembre, de Asociaciones de la Comunitat Valenciana (art. 14).

⁸⁸⁶ El supremo órgano consultivo de la Generalitat se ha pronunciado sobre la regulación de las fundaciones en la Comunitat Valenciana en los dictámenes 118/1998, 477/2006 y 984/2007, en relación a anteproyectos de leyes; y en los dictámenes 231/2001 y 577/2011, sobre los proyectos de reglamento.

tizar la seguridad jurídica: en un marco en el que coexiste una diversidad de regímenes que norman la vida de las fundaciones, la inclusión en el nombre de una referencia al ordenamiento jurídico al que está sometida la fundación puede entenderse como una garantía.

Desde la perspectiva del derecho subjetivo, hay que valorar si esta limitación adicional que se impone en la Comunitat Valenciana y Canarias es proporcional. Y nuestra opinión es que no. No es necesaria en la seguridad jurídica, ya que obviamente las fundaciones de la Comunitat Valenciana y Canarias desarrollan sus actividades principalmente en los respectivos territorios sin necesidad de especificarlo en su nombre. No es proporcional, ya que condiciona a los fundadores en su libre decisión. Tratándose de un derecho constitucional, sus limitaciones deben gozar de una justificación clara y, sobre todo, ser imprescindibles, circunstancia que obviamente no se da en este caso. Como prueba de lo que decimos se puede considerar que el legislador valenciano no ha optado por este sistema en el supuesto de las asociaciones (art. 14 de la Ley 14/2008, de 18 de noviembre, de Asociaciones de la Comunitat Valenciana). ¿Acaso las asociaciones sometidas a la legislación valenciana no requieren las mismas condiciones de seguridad jurídica que las fundaciones?

1.3.3. Sede y ámbito territorial

La determinación de la sede de una fundación también es una de las prerrogativas del titular del derecho a fundar. De hecho, en la LFE se sitúa el capítulo primero, el de las *Disposiciones Generales*. La importancia de la sede de la fundación es relativa. De hecho, ni siquiera se exige que esta sede forme parte del patrimonio fundacional como ha reconocido el Tribunal Supremo: «*el hecho de designar como domicilio un edificio concreto no implica necesariamente la vinculación del edificio al fin de la fundación, cuando el domicilio es perfectamente fungible y modificable*»⁸⁸⁷. Las

⁸⁸⁷ STS 107/2011, de la Sala I, Sec. 1ª, de 7 de marzo de 2011 (FdD 3º).

modificaciones, como es obvio, estarán sometidas siempre a lo que en su caso haya dispuesto el fundador.

Ahora bien, ello no implica que la sede de la fundación carezca de toda relevancia. De entrada, el domicilio de una persona jurídica –y física– es determinante a la hora de conocer el fuero al que está sometida.

Sin embargo, en relación con las fundaciones el vínculo fundamental entre la persona jurídica fundacional y el territorio no es, como en otros casos la sede, sino el ámbito territorial donde principalmente desarrolla sus actividades. Y ello es así, porque desde la entrada en vigor de la LFE de 2002, cabe la posibilidad de que la sede de la fundación, que será la sede de su patronato, esté en un ámbito territorial distinto de aquel donde desarrolle principalmente sus actividades la fundación. Por ejemplo, cabría la posibilidad de una fundación de apoyo a los emigrantes murcianos cuyo patronato tenga su sede en Murcia y que, en cambio desarrolle principalmente sus actividades en la Comunidad de Madrid, prestando servicios a las personas de origen murciano que viven en esta última Comunidad. Sin duda, en este caso, la determinación de la sede tendría relevancia a efectos procesales e incluso tributarios, pero no desde luego en lo que respecta al régimen jurídico específico de la fundación, que vendrá determinado por el territorio en el que desarrolla principalmente sus actividades, en este caso la Comunidad de Madrid.

En este punto la normativa ha ido evolucionando. Desde una posición de absoluta libertad para el fundador hasta el régimen actual en el que el fundador dispone de una libertad limitada, pasando por el régimen de la LFE de 1994, absolutamente rígido pues el domicilio debía encontrarse en la zona donde desarrollase principalmente sus actividades la fundación⁸⁸⁸.

La doctrina habla de libertad limitada porque el fundador no puede situar el domicilio de la fundación donde tenga por conveniente, sino que deberá optar por

⁸⁸⁸ CAFFARENA LAPORTA, J., «El domicilio de la fundación», en MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a...*, *op. cit.*, págs. 176-177.

una de las dos opciones que le da el legislador. A saber, la sede del órgano de gobierno de la fundación –lógicamente la sede efectiva–, o en el ámbito territorial donde la fundación desarrolla principalmente sus actividades⁸⁸⁹.

Desde el punto de vista de las facultades del fundador, no es posible plantearnos que existe una limitación exagerada de sus prerrogativas. No lo es porque si bien es verdad que la Ley limita las posibilidades del fundador a la hora de determinar el domicilio, no lo es menos que estas limitaciones están condicionadas por el ejercicio de otras facultades del fundador, especialmente, la determinación del ámbito geográfico de actuación de la fundación. En este sentido, el legislador ha intentado dotar de cierta coherencia a la fundación, facilitando, asimismo, seguridad jurídica a los operadores con los que se relaciona e intentando garantizar la eficacia de una entidad que busca el interés general.

Contrasta, esta limitación normativa en la determinación de la sede, con la amplia libertad de que goza el fundador para determinar el ámbito territorial donde la fundación desarrollará principalmente sus actividades. Este extenso margen es consecuencia de la inmensa libertad de que goza el fundador para la selección de los fines de la fundación. Ya se expuso en su momento, la vinculación entre fines y beneficiarios. En este punto hay que resaltar que junto con la determinación de los beneficiarios, el fundador deberá acotar en los estatutos cuál es el ámbito territorial en el que principalmente desarrollará sus funciones la nueva entidad. Esta decisión es una de las más importantes para la vida de la fundación ya que, entre otras cuestiones, permitirá atribuir su protectorado a una Administración o a otra y, en consecuencia, establecerá el régimen jurídico al que se somete la fundación.

Se establece así la posibilidad para el fundador de poder elegir, *a priori*, el régimen jurídico al que se someterá la fundación y el ejercicio del derecho a fundar. Y ello es así porque aunque la exigencia de determinación vía estatutos del ámbito territorial busca mantener una vinculación entre la realidad de la fundación y sus normas de gobierno, en la práctica con la simple ampliación del ámbito de actuación

⁸⁸⁹ Esta elección tiene sentido cuando el ámbito de las actividades de la fundación es inferior al territorio nacional, pues en caso contrario, es obvio que sea cual sea la sede del patronato, se encontrará en el ámbito territorial de la fundación. Y entonces la cuestión sería si puede darse una diversidad entre el domicilio de la fundación y la sede de su órgano de gobierno, algo que *a priori* parece posible.

en sede estatutaria más allá de los límites de una Comunidad Autónoma se consigue escapar al control de la Administración de ésta y someterse a la del Estado⁸⁹⁰. No es que estemos ante una norma de carácter dispositivo. Las leyes de fundaciones tienen un carácter imperativo, por lo que no cabe englobar en el derecho a fundar una facultad de elegir el régimen jurídico al que se somete la fundación. Esta elección será una consecuencia de otras decisiones que sí que están dentro del haz de facultades del fundador: la determinación de los fines y del ámbito territorial. En ambos casos –expresamente en el primero, implícitamente en el segundo–, el Protectorado podrá ejercer las acciones legales oportunas para garantizar que la realidad se ajusta a los documentos fundacionales y, con ello, que el Protectorado es ejercido por la Administración correspondiente.

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre el alcance de la determinación del ámbito territorial de las fundaciones, en conexión con la identificación del protectorado al que deben someterse, en su Sentencia 120/2011, de 6

⁸⁹⁰ Sirvan de ejemplo dos fundaciones cuyas actividades se realizarán, por motivos obvios, principalmente en la Comunitat Valenciana y que, sin embargo, han sido registradas como fundaciones con ámbito de actuación estatal: la Fundación Amadeu Fabregat Mañes (Orden CUL/3885/2007, de 4 de diciembre, por la que se inscribe, en el Registro de Fundaciones, la Fundación Amadeu Fabregat Mañes –BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 2007–), cuyos fines son: 1. La promoción y difusión con carácter general de la Cultura de la Comunidad Valenciana en todas sus vertientes. 2. Dentro de estos fines se incluye como objeto por su relevancia cultural la catalogación y conservación de la obra periodística y literaria de Amadeu Fabregat. 3. Igualmente por razón de su relevancia cultural, se incluye expresamente la catalogación y conservación de la biblioteca de Amadeu Fabregat; y la Fundación Francesc de Vinatea-Valencians en Moviment (Orden CUL/2826/2006, de 27 de julio, por la que se inscribe en el Registro de Fundaciones la Fundación Francesc de Vinatea-Valencians en Moviment –BOE núm. 220 de 14 de septiembre de 2006–), cuyos fines son: a) La Fundación tiene por objeto la contribución a la normalización del Catalán del País Valenciano en todos los ámbitos de la vida social y cultural, especialmente en el ámbito de formación de líderes. La Fundación seguirá, en todo caso, las normas filológicas y ortográficas de la Universitat de Valencia. b) Las actividades de la Fundación comprenderán cualquiera de los ámbitos sociales posibles, dentro de sus capacidades. La Fundación está abierta a la cooperación con otras instituciones públicas o privadas, tanto de esta Comunidad Autónoma como de cualquier otra del Estado Español, así como del extranjero, con el objetivo de cumplir sus propios fines. c) Promover las actividades relacionadas con el estudio, desarrollo y profundización de la cultura de los Países Catalanes. d) Promover y difundir, a través de cualquier tipo de medios gráficos, audiovisuales, cualquier manifestación de la cultura catalana producida en los Países Catalanes. e) Aumentar la sensibilización y la concienciación en la sociedad sobre la cultura catalana, impulsando el estudio y su proyección pública. f) Facilitar la participación de los ciudadanos en todas las manifestaciones de la vida cultural catalana. g) Fomentar y difundir el estudio histórico de las tradiciones populares de los Países Catalanes. h) Toda persona o grupo de personas interesadas en la expansión y consolidación de la lengua catalana y de la cultura del País Valenciano, especialmente aquellos sectores sociales que, a pesar de su interés, tengan –por motivos económicos– más difícil acceso a la formación y normalización de la lengua catalana específicamente la Fundación se dirigirá a la juventud en general y en particular, a la universitaria.

de julio. En dicho pronunciamiento el Tribunal entendió que entra dentro de la libertad del fundador la determinación del ámbito territorial donde la fundación vaya a desarrollar sus actividades principalmente. De esta manera, una actuación del legislador presumiendo que el domicilio del fundador, o incluso de la fundación, es una presunción *iuris et de iure* sobre el alcance territorial de las actividades de la fundación constituye una injerencia ilegítima en el derecho de fundación.

De esta misma Sentencia se desprende la legitimidad de una eventual acción por parte de una Administración en reclamación del protectorado sobre una determinada fundación cuyas actividades se desarrollan principalmente en su territorio.

1.3.4. Órganos: el patronato

La fundación, como persona jurídica que es, dispone de una estructura artificial que la distingue de las personas físicas. Ello implica que no puede actuar por sí misma, por lo que necesita obrar por medio de representantes u órganos⁸⁹¹.

En las fundaciones esta artificiosidad estructural es notablemente mayor que en otras personificaciones jurídicas. Ello es así porque estamos ante una *universitas bonorum* y no una *universitas personarum*, es decir, la ficción jurídica se realiza a partir de una masa patrimonial y no a partir de una unión de personas. La principal consecuencia es que la manifestación de voluntad de la entidad no responde a un proceso de agregación de voluntades individuales expresadas en una asamblea de socios, junta de accionistas... Los bienes carecen de voluntad. Sin embargo, para operar en el tráfico jurídico es necesario que la persona pueda formar y ejecutar su voluntad⁸⁹².

⁸⁹¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, op. cit., pág. 272.

⁸⁹² SALELLES CLIMENT, J.R. y VERDERA SERVER, R., *El Patronato de la Fundación*. Aranzadi: Pamplona, 1997, pág. 55.

El modelo de fundación que ha decantado nuestra tradición jurídica sitúa como órgano principal de la fundación al patronato⁸⁹³, configurado como órgano superior de la entidad⁸⁹⁴. El Tribunal Constitucional no ha incluido la configuración de este órgano, ni siquiera su denominación entre los elementos esenciales del derecho de fundación, aunque su nombre y caracteres esenciales sí que han sido considerados como condiciones básicas del ejercicio del derecho de fundación por el legislador estatal.

Desde la perspectiva del derecho a fundar la existencia del patronato implica una restricción que se impone al fundador. La limitación actúa en al menos tres aspectos.

El primero de ellos es la propia existencia del órgano. La autonomía organizativa de la nueva entidad de que está revestido el fundador es coartada *ex lege* por la necesaria existencia de un órgano «*de gobierno y representación*». El fundador, y en su caso, la propia fundación a través de su patronato podrán crear otros órganos de la entidad que, en general, solo podrán ejercer funciones de orden interno en los ámbitos de la dirección y supervisión de las actividades⁸⁹⁵, pero sin prescindir o desapoderar al patronato de las funciones que legalmente le han sido encomendadas. Estas funciones son las de representación, gobierno y dirección⁸⁹⁶.

El segundo de los límites a la voluntad del fundador es la propia denominación del órgano. El término «patronato» es el que identifica al órgano de gobierno y representación necesario de la fundación. Desde el punto de vista del derecho a fundar, esta limitación solo encuentra justificación, una vez más, en la seguridad jurídica necesaria en el tráfico con terceros. La existencia de una denominación unitaria de los órganos esenciales de las fundaciones permite a quienes se relacionan con la entidad identificar fácilmente la legitimidad de la voluntad de la fundación. La injerencia en el haz de facultades del fundador aparece así justificada en razones de orden público. Algo similar ocurre con las sociedades de capital donde la Ley habla de

⁸⁹³ SALELLES CLIMENT, J.R. y VERDERA SERVER, R., *El Patronato...*, *op. cit.*, pág. 56.

⁸⁹⁴ EMBID IRUJO, J.M., «Gobierno de la fundación», en: MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a...*, *op. cit.*, pág. 236.

⁸⁹⁵ EMBID IRUJO, J.M., «Gobierno de la fundación», en MUÑOZ MACHADO, S. y OTROS, *Comentarios a...*, *op. cit.*, pág. 239.

⁸⁹⁶ SALELLES CLIMENT, J.R. y VERDERA SERVER, R., *El Patronato...*, *op. cit.*, pág. 64.

Consejo de Administración, Junta General, etc. (Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional debiera, en nuestra opinión, haber incluido la existencia del patronato entre los elementos que hacen reconocible a la fundación, del mismo modo que lo hace con el protectorado (STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 4º). Sin duda, mientras que el patronato forma parte de la fundación como institución –y es general en el Derecho Comparado–, el protectorado es una función administrativa ajena a la propia fundación y que en nuestro Derecho tiene unas características específicas.

Por último, el fundador tiene su autonomía limitada en cuanto a la composición del patronato. La Ley establece un patronato basado en el principio de colegialidad y formado, como mínimo, por tres miembros (art. 15.1), igual que en el Consejo de Administración de las sociedades de capital o en las asociaciones. La opción del legislador es una de las posibles, pero en ningún caso, la única. SALELLES y VERDERA critican que no se haya introducido una mayor flexibilidad en la configuración del patronato, por ejemplo, atendiendo a criterios económicos⁸⁹⁷, aunque también se podrían haber establecido criterios de tamaño como los contenidos en el artículo 332-2 del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña⁸⁹⁸.

La existencia de esta última limitación tampoco puede reputarse como una intromisión ilegítima en la autonomía del fundador y, por ende, en el contenido del derecho a fundar. Realmente solo se limita la acción del fundador ante la posibilidad de crear un patronato unipersonal o de dos personas. La preservación del interés general es razón suficiente de la opción por la pluripersonalidad, pues la posibilidad de un patronato unipersonal –al modo de las sociedades mercantiles unipersonales– podría dar lugar a la confusión entre la fundación y el patrono⁸⁹⁹ y lo que es más grave, atendiendo a la caracterización de las fundaciones, a la confusión entre los patrimonios fundacional y privativo del fundador. En todo caso, es evidente como

⁸⁹⁷ SALELLES CLIMENT, J.R. y VERDERA SERVER, R., *El Patronato...*, *op. cit.*, pág. 60.

⁸⁹⁸ En este artículo se deslindan las funciones de gobierno y dirección ordinaria de la fundación, atribuyéndose estas últimas a una o más personas designadas por el patronato, cuando la fundación disponga de más de 25 trabajadores y se den ciertas condiciones económicas

⁸⁹⁹ GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 136.

apuntaba VALERO AGÚNDEZ que las decisiones de los órganos de la fundación «no serán –no deberán ser– nunca resultado de compromiso o composición entre intereses particulares compuestos, inexistentes [en la fundación], sino que deberán ser una expresión fiel del interés esencialmente unitario, de la fundación misma [...] [n]i siquiera el interés particular del fundador influye directamente en la formación de la voluntad de los órganos fundacionales...»⁹⁰⁰

A pesar de estas tres limitaciones a la voluntad del fundador, es evidente que éste sigue conservando un notable margen de autonomía a la hora de configurar los órganos de la fundación. Esta autonomía se expresa, de una parte en la posibilidad de crear órganos adicionales al propio patronato así como en la facultad de diseñar un patronato del tamaño que considere conveniente a los intereses de la fundación. Pero de otra parte, también en la definición de las funciones del patronato, la Ley le otorga un notable margen dentro de unos límites que se concretan en la responsabilidad última de los destinos de la fundación⁹⁰¹.

1.3.4.1. Otros órganos

Tras abordar la incidencia de la existencia del patronato en la configuración del derecho de fundación, hay que retomar, nuevamente en el marco de la autonomía de la voluntad que inspira este derecho, la facultad que asiste al fundador de configurar la organización interna de la institución que ha creado.

La filosofía que inspira al legislador en este punto es la de respeto a la voluntad fundacional. Nadie conoce mejor la fundación, sus necesidades y los objetivos que persigue que quien la ha creado. Por eso al fundador le corresponde descender, si lo considera oportuno, al detalle de la estructura organizativa de la fundación. Esta estructura podrá ser sencilla, es decir, formada exclusivamente por los órganos ne-

⁹⁰⁰ VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación...*, op. cit., pág. 135.

⁹⁰¹ EMBID IRUJO, J.M., «Gobierno de la fundación», en: MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a...*, op. cit., pág. 242.

cesarios *ex lege*: patronato, presidente, patronos y secretario. O podrá ser más compleja. En este último caso, el fundador, además de disponer la creación de ciertos órganos deberá definir también sus reglas de funcionamiento y determinar las funciones que han de ejercer (art. 16.2 LFE) con las excepciones que marca la propia Ley y que, obviamente, constituyen una limitación a la capacidad organizadora del fundador⁹⁰² que es, cuanto menos, cuestionable en algunos aspectos como los que requieren autorización del Protectorado (art. 16.2 *in fine*), pues se trata de opciones coyunturales del legislador y que, en consecuencia, han ido cambiando con el tiempo (así, entre la LFE de 1994 y la LFE de 2002), e incluso en las diferentes Comunidades Autónomas. Ello implica que en un aspecto tan relevante como la organización de la fundación, las facultades del fundador varíen de una Comunidad a otra.

La Ley prevé, además, la existencia de un presidente y un secretario del patronato (art. 15.1), si bien no les atribuye funciones específicas, aunque el primero deberá ostentar la condición de patrono. Por ello, la posibilidad de que estos cargos, además, ostenten la condición de órganos de carácter unipersonal con ciertas competencias, deberá ser determinada en los Estatutos por el fundador.

Por último, hay que mencionar el caso particular de la legislación catalana que aunque fue derogado en 2012, tiene su interés en este punto. El Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, en su artículo 332-2 preveía la existencia, en las fundaciones de un cierto tamaño en cuanto a personal y en cuanto a volumen económico (previstas, a su vez, en el hoy derogado artículo 332-1), de una o más personas que ejerciesen las funciones de dirección de la gestión ordinaria de la fundación y de ejecución de los acuerdos del patronato. Se trataba, en todo caso, de personas ajenas al patronato. Este precepto constituía un límite adicional a la capacidad del fundador de organizar la fundación. En nuestra opinión sí que se trataba de una intromisión ilegítima en el derecho de fundación y, en consecuencia, debiera considerarse inconstitucional. Carece de sentido que una norma autonómica establezca más límites que los previstos en el precepto que constituye condición básica del ejercicio del

⁹⁰² Las funciones del patronato que son indelegables son: aprobación de las cuentas y del plan de actuación, modificación de estatutos, fusión y liquidación de la fundación y los actos que requieran la autorización del Protectorado (art.16.1 LFE). Entre estos últimos, se encuentran la autocontratación con patronos (art. 28 LFE), la enajenación o gravamen de bienes y derechos que formen parte de la dotación o que estén vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales (art. 21.1 LFE).

derecho en todo el país. Es más, al establecer que deberá existir en las fundaciones una dirección profesionalizada –parece que ese es el objetivo de la norma– se realiza una injerencia de difícil justificación. Ello es así porque esta profesionalización solo persigue una mayor eficacia en la consecución de los fines perseguidos, algo que a quien corresponde determinar es, en primera instancia al patronato, y en última instancia, y solo en casos patológicos y de manera reactiva, al Protectorado.

Por tanto, merece una crítica positiva su derogación por el legislador por medio de la Ley 7/2012, de 15 de junio, del Parlamento de Cataluña, y la transformación de esta figura gerencial a un perfil facultativo en sede estatutaria y con independencia de las características de la fundación.

1.3.4.2. Miembros del patronato

La Ley de fundaciones prevé que en la escritura fundacional figure la identificación de los miembros del patronato así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional –art. 10.e)–, lo que permite que la aceptación se produzca una vez constituida la fundación.

De esta manera, y aunque en los estatutos de la fundación deberán constar las reglas de elección de los patronos –art. 11.1e)–, la primera composición del patronato entra completamente en el espectro competencial del fundador y, en consecuencia, del derecho a fundar. El instituyente en este punto no tiene apenas limitaciones, pues los requisitos para ejercer la condición de patrono son muy escasos y, por lo demás, coherentes con las funciones del cargo que no son otras que administrar el patrimonio de un tercero, en este caso una fundación. Así, el fundador podrá elegir como patronos a cualesquiera personas físicas o jurídicas (pudiendo coincidir en el patronato personas de los dos tipos) con la única exigencia de que tengan plena capacidad de obrar y no hayan sido inhabilitadas para cargo público⁹⁰³. En el caso

⁹⁰³ OLAVARRÍA IGLESIA, J. y MARIMÓN DURÁ, R., «Comentario al artículo 15. Patronos», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, *op. cit.*, págs. 403 y ss.

de las personas jurídicas, éstas deberán designar a las personas físicas que las representarán en el patronato, de manera que su identificación escapará al fundador⁹⁰⁴.

Nada impide, por lo demás, que el fundador forme parte del patronato en el caso de que se trate de un negocio *inter vivos*, obviamente.

1.3.5. Estatutos

De todo lo expuesto se sigue que los estatutos de la fundación son el marco preferente de expresión de la voluntad del fundador. En ellos, se plasman los rasgos identificativos de la fundación (fines, domicilio, denominación, organización, reglas de funcionamiento...). Por tanto, son la manifestación más directa de que la voluntad del fundador es la ley de la fundación. Pero además, los estatutos tienen un carácter necesario, una necesidad que está reforzada en las fundaciones respecto de otras entidades jurídicas. Como se ha explicado anteriormente, las fundaciones no disponen de una base personal que forme su voluntad, es más, uno de los rasgos identitarios de las fundaciones es la heteronomía, es decir la regulación por un tercero: el fundador. Los estatutos, en consecuencia, son el instrumento jurídico mediante el cual el instituyente establece el régimen de funcionamiento y la organización de la fundación. Sin ellos, la entidad difícilmente podría existir pues carecería de los cauces que le permiten actuar en el tráfico jurídico.

El legislador es consciente de esta relevancia de los estatutos, así como de la íntima unión que existe entre éstos y la voluntad del fundador. Por ello, en el artículo 10 de la LFE se dispone que deberán formar parte de la escritura constituyente, lo que evidencia que la autoría de los mismos corresponde al fundador.

⁹⁰⁴ Para las personas jurídicas, en principio no se exigen requisitos específicos, aunque EMBID IRUJO duda de que pueda designarse patrono a una sociedad en formación, a una sociedad irregular o a una sociedad declarada en situación de concurso, no así a una sociedad en liquidación siempre que no haya comenzado la distribución del patrimonio entre sus socios (*Vid.* EMBID IRUJO, J.M., «Gobierno de la Fundación», en: MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a...*, *op. cit.*, pág. 245).

La fundamentalidad de los estatutos en la vida de la fundación también obliga a analizar su regulación desde la óptica del fundador y sus facultades como titular de un derecho subjetivo. En el sentido descrito, en la regulación legal de los estatutos se ha seguido el modelo establecido en el Decreto de Fundaciones Culturales de 1972⁹⁰⁵. Esta circunstancia implica que los estatutos dispondrán de unos contenidos mínimos y necesarios, cuya omisión puede comportar la denegación de la inscripción registral y, por tanto, la concesión de la personalidad jurídica a la fundación.

Con todo y con ello, la Ley no impone limitaciones a la acción del fundador en este punto. Exige unos contenidos necesarios cuya definición se somete a la absoluta libertad del fundador –dejando a salvo las previsiones que en otros artículos hace la propia Ley en relación, por ejemplo, a la denominación, composición del patronato o gestión patrimonial–. Es decir, el fundador deberá redactar unas normas en las que se incluyan una serie de puntos que, o bien determinará de forma absoluta el propio instituyente, o bien podrá diferir su concreción al patronato de la fundación una vez esté constituida.

Estos contenidos mínimos que han de incluirse en los estatutos son, en líneas generales, los que conforman el núcleo esencial de las facultades del instituyente respecto de la nueva entidad. Estos aspectos imprescindibles son los que afectan a la identificación de la fundación (fines, domicilio, denominación y ámbito territorial); organización de la fundación (composición del patronato, reglas para la designación y sustitución de patronos, causas de cese de éstos, atribuciones del patronato, forma de deliberar y adoptar acuerdos); y realización de sus actividades o determinación de los medios para conseguir los fines (reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios).

Se trata de un contenido mínimo y necesario, por lo que cabe cualquier otro contenido que el fundador considere conveniente, incluidas las cláusulas de blindaje

⁹⁰⁵ La primera referencia a los estatutos de una fundación en nuestro Derecho se encuentra en el artículo 22 de la Orden de 25 de enero de 1962, que desarrolla el Decreto 446/1961, de 16 de marzo, sobre Fundaciones Laborales. En este artículo se establece que «*en la escritura o disposición fundacional, en el pacto o concierto, o independientemente de los mismos, la Fundación podrá desarrollar en forma de Estatutos las cláusulas fundacionales, cuya aprobación será también competencia del Ministerio de Trabajo*». El artículo 24 contenía los aspectos que debían regular los estatutos.

de los estatutos que impidan su posterior modificación, una vez constituida la fundación. Además, en algunos de estos elementos, por ejemplo en las causas de cese, el instituyente puede remitirse a la Ley.

1.4. LIBERTAD PARA DOTAR LA FUNDACIÓN

Junto a las facultades ya explicadas, el fundador tiene una capacidad de gran trascendencia, si bien su importancia se ha ido reduciendo progresivamente según ha variado el sentido social y político del derecho de fundación. Aún así la relevancia de esta facultad es tal que constituye el canon de capacidad para ejercer el derecho. Hablamos de la dotación de la fundación.

La dotación fundacional, ya se ha dicho, no coincide con el patrimonio de la fundación. Forma parte del mismo, pero aquél es mucho más que la dotación (art. 12.1 LFE). En cuanto a la dotación, la Ley distingue entre una dotación inicial y la dotación fundacional. La primera es el conjunto de bienes y derechos aportados en el momento fundacional, que sirven de base patrimonial para que la fundación pueda iniciar su actividad⁹⁰⁶. La segunda consiste en el conjunto de bienes y derechos que a lo largo de la vida de la fundación sean aportados en concepto de dotación por el fundador, por terceras personas, o que sean afectados por el patronato, con carácter permanente, a la consecución de los fines fundacionales (art. 12.4 LFE).

En páginas precedentes se ha hablado de dos aspectos significativos: la necesidad de la dotación fundacional, y la capacidad para realizarla. Ahora, por tanto, vamos a abordar estas dos circunstancias desde la perspectiva del derecho subjetivo a fundar.

La primera cuestión es que estamos ante un requisito necesario para que se cree la fundación. En este sentido, la existencia de una dotación, entendida como

⁹⁰⁶ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso...*, op. cit., pág. 145.

patrimonio que se separa de su masa original y se vincula exclusivamente y con carácter duradero a la consecución de un determinado fin, es una manifestación imprescindible del ejercicio del derecho de fundación, especialmente en el momento creativo, a través de la dotación inicial.

En el derecho de fundación la dotación inicial es uno de los elementos esenciales, su presencia en el negocio fundacional es ineludible, al mismo nivel que la misma voluntad fundacional. De hecho, su ausencia en el caso de las fundaciones creadas *mortis causa* es determinante para la no erección de la fundación, mientras que otros elementos también esenciales como los estatutos o la determinación de los fines, pueden ser completados por el albacea o herederos testamentarios, o el Protectorado, previa autorización judicial. Por tanto, la disposición de los bienes que vayan a integrar la dotación constituye, *per se*, una manifestación del derecho subjetivo que, de esta manera, se manifiesta en dos vertientes simultáneas: la expresión de la voluntad fundacional y la disposición de bienes, en palabras de DURÁN RIVACOBÁ, constituyendo una *unidad intrínseca*⁹⁰⁷.

Así pues, la exigencia de una dotación inicial no puede reputarse como uno de los límites o requisitos impuestos por el legislador a la autonomía de la voluntad del titular del derecho a fundar. Constituye la misma manifestación del derecho. Cuestión distinta es el contenido de la dotación.

De igual modo que al tratar de la voluntad fundacional se expuso que ésta constituye el núcleo del derecho y que la participación del legislador debía limitarse a establecer los cauces de su expresión jurídica, lo mismo ocurre con la dotación. El legislador no puede, ni debe, inmiscuirse en la calidad de la dotación so pena de realizar una injerencia ilegítima en la libertad del fundador.

La acción legislativa en este punto en nuestro país ha sido altamente intervencionista, como se expuso en el apartado correspondiente de este trabajo. Por ello

⁹⁰⁷ DURÁN RIVACOBÁ, R., *El Negocio Jurídico Fundacional*. Pamplona: Aranzadi, 1996, pág. 86. Este mismo autor considera que «las nuevas pautas legales rompen esta unión introduciendo requisitos constitutivos formales y extraños al fenómeno descrito», refiriéndose a la exigencia en la escritura constitutiva de los estatutos...

fue especialmente bien recibida por la doctrina la eliminación de las limitaciones a la composición de la dotación fundacional incluida en la LFE de 1994.

En la actualidad, la doctrina solo considera que el legislador ha impuesto los límites a la dotación fundacional: la suficiencia y adecuación⁹⁰⁸.

1.4.1. La presunción de dotación suficiente y adecuada

La exigencia de que la dotación sea suficiente y adecuada para el cumplimiento de los fines fundacionales se incorporó a nuestro ordenamiento en la Ley de Fundaciones de 1994. Con anterioridad, tanto el Decreto de Fundaciones Culturales de 1972, como las Leyes de Fundaciones de Galicia (1983) y el País Vasco (1994) abordaron de distinta manera el necesario ajuste entre dotación y fines fundacionales⁹⁰⁹.

La doctrina considera que la exigencia de este doble requisito es redundante, pues aunque el significado de ambos términos difiere⁹¹⁰, en el contexto de la calidad de la dotación de una fundación el matiz es mínimo, como prueba el hecho de que el informe que debe emitir el Protectorado con carácter previo a la inscripción solo debe referirse a la *suficiencia* de la dotación –art. 35.1.a) de la LFE–⁹¹¹.

La exigencia de una dotación suficiente es un límite expreso a la libertad del fundador. Es cierto que el legislador no exige una dotación mínima, algo que puede

⁹⁰⁸ GARCÍA-ANDRADE considera que la valoración de la suficiencia y la adecuación no debe realizarse exclusivamente sobre la dotación, sino también sobre la organización: «*la dotación es adecuada y suficiente cuando combinada con los demás elementos de la organización permite a la fundación alcanzar sus fines propios*» (vid. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación...*, op. cit., pág. 78).

⁹⁰⁹ La Ley vasca siguió el modelo del Decreto de 1972, exigiendo que en la inscripción registral se aportase un plan de actuación para el primer ejercicio y un estudio de viabilidad de dicho programa (arts. 84.2 del Decreto de 1972 y art. 9.2 de la Ley vasca), aunque la Ley vasca explicitaba que dicha viabilidad debía contemplarse utilizando «*exclusivamente dichos recursos*». El artículo 7.3 de la Ley de Fundaciones de Interés Gallego (1983) disponía que «*La dotación inicial suficiente para el cumplimiento de sus fines podrá ser incrementada posteriormente por el fundador o terceras personas*».

⁹¹⁰ Según el Diccionario de la RAE, suficiente es «bastante para lo que se necesita (1); y apto o idóneo (2)». Adecuado, por su parte, significa «apropiado a las condiciones, circunstancias u objeto de algo».

⁹¹¹ MORILLO GONZÁLEZ considera inútil el mantenimiento de estos dos términos en la Ley, ya que entiende que son sinónimos y que su inclusión responde a un error en la tramitación parlamentaria (Vid. MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso...*, op. cit., pág. 148).

reputarse inconstitucional si dicho umbral es elevado, pues excluye fundaciones de escasa entidad⁹¹² y con ello, se genera una restricción injustificada a la posibilidad de ejercer el derecho de fundación por personas que no disponen de grandes capitales. En este sentido, PIÑAR MAÑAS va más allá y entiende que la Constitución no legitima al legislador para «*fijar un contenido patrimonial mínimo para ser titular del derecho de fundación*», pues ello implicaría reservar a un colectivo reducido la capacidad para participar en la consecución del interés general⁹¹³.

En consecuencia la opción adoptada por el legislador es plenamente respetuosa con la libertad de fundar. Y lo es porque no restringe de manera rígida el derecho a crear fundaciones. Incluso a partir de la Ley de 2002, el legislador incorporó garantías al derecho y limitó en gran medida la posible discrecionalidad de la Administración Pública en este campo.

En la Ley de 1994 se estableció la exigencia de suficiencia y adecuación. Ya se ha visto. Se trata, en ambos casos, de conceptos jurídicos indeterminados cuya determinación corresponde hacer al Protectorado en el informe previo, preceptivo y obstativo (en dicha norma de 1994, en la de 2002, es ya vinculante). En palabras de Tomás Ramón FERNÁNDEZ «*el halo del concepto de suficiencia es enorme, de forma que, aunque se considerara que efectivamente es un concepto jurídico indeterminado, en la realidad, las consecuencias vendrían a ser las mismas que si la Ley hubiera dicho que es discrecional el juicio sobre la suficiencia de la dotación por parte del Protectorado*»⁹¹⁴. Con la reforma de 2002, el legislador ha intentado con bastante éxito acabar con esta posible arbitrariedad. La opción seguida ha sido establecer una presunción *iuris et de iure* de suficiencia, fijada en 30.000 euros; y en el caso de que la do-

⁹¹² COBO GÁLVEZ expone las tres posibilidades que se plantearon en los debates previos a la redacción del anteproyecto de Ley. A saber, libertad absoluta para el fundador; definir una cantidad mínima general; y establecer un criterio en base a la viabilidad de las fundaciones relacionando fines y dotación económica. En favor de esta última tesis expone la posibilidad de una fundación cuyo fin fuera atender una beca de transporte escolar para un niño de una familia sin recursos (*Vid.* COBO GÁLVEZ, pág., «Comentario al artículo 10», en DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios ..., op. cit.*, págs. 88-89).

⁹¹³ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Entidades privadas e interés general: ..., *op. cit.*, pág. 289.

⁹¹⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «Ley de Fundaciones», en: CENTRO DE FUNDACIONES, *En torno a la Ley 30/94 ..., op. cit.*, pág. 39.

tación inicial no alcance esta cifra, será el fundador quien deberá justificar la suficiencia y adecuación mediante la presentación de un primer programa de actuación y un estudio de viabilidad utilizando exclusivamente los recursos de dicha dotación.

Es obvio que en el primer supuesto, se ha ganado en seguridad jurídica aunque por el contrario se permite la creación generalizada de fundaciones infradotadas, ya que es difícil pensar que con el rendimiento de 30.000 euros se puedan conseguir con carácter duradero fines de interés general. Sin embargo, esta cantidad no actúa como límite al ejercicio del derecho de fundación, pues la Ley garantiza la posibilidad de que se constituyan fundaciones menores, aunque en este caso el fundador deberá justificar la suficiencia, sin perjuicio de las funciones del Protectorado en cuanto a la valoración de la calidad de dicha dotación. La exigencia de esta actividad por parte del fundador no consideramos que sea desmesurada, pues encuentra su justificación precisamente en el interés general que persiguen las fundaciones.

La existencia de fundaciones infradotadas genera efectos perjudiciales para la sociedad. Su misma existencia crea frustración entre promotores y eventuales beneficiarios que ven insatisfechas sus expectativas ante la incapacidad de la fundación. Asimismo, y quizás este aspecto es más relevante, una vez constituida la fundación y salvo casos excepcionales, sus bienes salen del tráfico jurídico, lo que genera bolsas de bienes inmovilizados. Además, el trámite de su disolución o fusión con otras entidades es confuso. Por todo ello es comprensible que el legislador tenga interés en que no existan fundaciones inviables.

En relación con esta cuestión, la redacción original de la Ley del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, establecida por la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2008, de 24 de abril, fijó un marco sustancialmente distinto al previsto por el Estado, al amparo de la competencia en materia de Derecho Civil de que dispone, presumiblemente según luego se verá, la Generalidad de Cataluña. En el artículo 331-5 se configuraba un sistema mixto: una dotación mínima, en todo caso, de 60.000 euros⁹¹⁵, y la exigencia de suficiencia. No operaba, por tanto, ninguna presunción en favor de la suficiencia dotacional. Para dotar de efectividad a este precepto, en el

⁹¹⁵ En el artículo 331-8.2 se rebajaba la cantidad de dotación inicial exigida hasta los 30.000 euros siempre que se tratase de fundaciones temporales que reuniesen ciertas condiciones, aunque no se excluía el requisito de la suficiencia.

artículo 331-7.2 se exigía «*al fin de verificar la suficiencia de la financiación de las actividades fundacionales*» que se presentase un proyecto de la viabilidad económica de los dos primeros años de funcionamiento de la fundación y de las actividades previstas, como requisito para la inscripción en el Registro.

La constitucionalidad de aquel precepto era, cuando menos cuestionable. Y ello porque es susceptible de representar una limitación en las condiciones de ejercicio de un derecho constitucional que hace que sea más fácil ejercerlo en Aragón, por ejemplo, que en Cataluña, sin que exista una justificación razonable, máxime cuando se vetaba absolutamente la creación de fundaciones con dotación inicial de menos de 60.000 euros⁹¹⁶.

Pues bien, la realidad ha reconducido esta situación al punto que el legislador catalán nunca debiera haber rebasado, de modo que no se establezcan distinciones severas entre las condiciones para ejercer el derecho de fundar en Cataluña y las que se dan en el resto de España⁹¹⁷. Así en virtud de la Ley del Parlamento de Cataluña Ley 7/2012, de 15 de junio, de modificación del libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, se dio nueva redacción al artículo 331-5 del citado Código Civil en los siguientes términos:

«1. La dotación inicial de la fundación debe consistir en dinero u otros bienes fructíferos y no puede tener un valor inferior a 30.000 euros. En todo caso, los bienes de la dotación inicial deben ser adecuados para iniciar o llevar a cabo las actividades fundacionales y deben estar libres de cargas que impidan o limiten de forma significativa su utilidad para la fundación» (art. 5 de la Ley 7/2012)⁹¹⁸.

⁹¹⁶ CAFFARENA LAPORTA, J., «La dotación», en MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a...*, op. cit., pág. 217.

⁹¹⁷ Según apunta el mismo Director General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalidad de Cataluña, la entrada en vigor de la Ley en 2008 provocó un descenso muy significativo en el número de fundaciones creadas, en relación con los años precedentes, «*[p]recisamente, para poner freno a esta tendencia a la baja, el Gobierno ha impulsado la modificación de la normativa sectorial*». Pero además, la Ley de 2012 tiene otros objetivos «*[d]e esta manera se pretende parar la huida de fundaciones al registro estatal, una tendencia al alza motivada por las características de la normativa del Estado en esta materia, menos exigente en cuanto a la dotación inicial requerida y menos intervencionista en el modelo de autogestión de estas entidades*» (BALLESTER I MUÑOZ, S., «La modificació del llibre III del Codi civil de Catalunya impulsarà la creació de fundacions i n'agilitarà l'organització i el funcionament», en *Activitat parlamentària*, núm. 25 (12/2012), págs. 99-100.

⁹¹⁸ Las fundaciones temporales podrán constituirse con dotaciones no inferiores a los 15.000 euros (art. 7 de la Ley 7/2012)

Según se puede leer en el Preámbulo de esta norma, la modificación responde

a

«El tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del libro tercero, en cuanto a los nuevos criterios que incorporó, es suficiente para constatar un cierto exceso en la regulación de los requisitos para la constitución de fundaciones, así como un exceso de intervencionismo en la regulación de la organización y el funcionamiento de estas entidades, que ha supuesto, a veces, un freno a la creación de nuevas fundaciones.

Las fundaciones y asociaciones se han convertido en actores económicos cuya contribución resulta primordial para la resolución de los desequilibrios y de algunos de los retos que la situación de crisis económica plantea. [...].

[...] En la misma línea de simplificación y fomento del sector, las modificaciones se orientan a incentivar la constitución de fundaciones reduciendo la dotación inicial, [...]».

1.4.2. Efectividad de la dotación

La lógica impone que dotación debe ser aportada por el fundador, pues así parece desprenderse del artículo 8.2 de la LFE cuando exige de los fundadores la capacidad para disponer gratuitamente de los bienes y derechos en que consista la dotación. Sin embargo, el artículo 12.3 de esta Ley autoriza que la aportación de la dotación consista en compromisos de aportaciones de terceros, siempre que estén garantizados en títulos que lleven aparejada la ejecución.

Al abrir esta posibilidad de que terceros, que no son el fundador, constituyan la dotación se plantea el problema de si el legislador ha introducido una modificación en el contenido del derecho que excluye del mismo la necesidad de aportación de la dotación fundacional por parte del fundador. La respuesta, según MORILLO GONZÁLEZ, es negativa. La aportación por terceros solo está prevista en el supuesto de aportaciones sucesivas o diferidas que, en todo caso, exigen que el 25 % de la

dotación sea efectiva al momento de la constitución de la fundación⁹¹⁹. Este porcentaje deberá ser hecho efectivo, en todo caso, por el fundador o por los fundadores.

Ahora bien, el legislador ha introducido un notable margen de libertad en la posición del fundador, toda vez que permite la aportación diferida de parte de la dotación, si es dineraria, siempre que se aporte el ya indicado 25 % de la dotación en el momento de la constitución. Las aportaciones diferidas se computarán a los efectos de cálculo de la suficiencia de la dotación inicial, y deberán estar debidamente garantizadas. El plazo de realización es de cinco años desde el otorgamiento de la escritura de constitución.

Ciertamente estamos ante una regulación jurídica muy rígida en cuanto a las formas, no tanto en cuanto al contenido. Se establecen estrictos límites a la capacidad del fundador de establecer el procedimiento de aportación de la dotación, pero ello no implica, en absoluto que se estén limitando *ex lege* las facultades del fundador en cuanto a la determinación de la dotación. Las reglas establecidas en el artículo 12 LFE no inciden ni en la cantidad de la dotación ni en la calidad de la misma, sino solo, y exclusivamente, en la manera en que se produce su aportación a la fundación. Se trata, en definitiva, de limitaciones instrumentales que tienen una doble justificación: garantizar la efectividad de la dotación, y con ella la viabilidad de la fundación; y garantizar la seguridad en el tráfico jurídico.

1.5. LIBERTAD PARA FORMAR PARTE DEL GOBIERNO FUNDACIONAL

Por último, el derecho de fundación tiene una implicación personalísima, cual es la facultad de formar parte del gobierno de la fundación, singularmente del patronato. Se trata en este caso de un derecho que corresponde a toda persona que es titular del derecho de fundación y que lo ejercita, es decir, a los fundadores.

⁹¹⁹ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso...*, *op. cit.*, págs. 157-158..

Pero también cabe entender que existe un derecho subjetivo a ser patrono de una fundación cuando se reúnen las condiciones para ello.

Veámoslo con más detalle.

La principal referencia normativa para el nombramiento, sustitución y cese de los patronos son los estatutos de la fundación. La LFE prevé en su artículo 18.2 una serie de causas que comportarán el cese de los patronos, y entre ellas, figuran «*las causas establecidas válidamente para el cese en los estatutos*» –art. 18.2.i)–, es decir, que la última *ratio* habrá que buscarla en los estatutos de la fundación, o sea, en la voluntad del fundador. Del mismo modo, en los estatutos deberán figurar las reglas de designación de los miembros del patronato –art. 11.1.e)–.

Como ya se ha visto, entre los requisitos que se exigen para ser miembro del patronato solo se exige plena capacidad de obrar y no estar condenado por inhabilitación para cargo público.

De todo ello se desprende que no hay impedimento legal alguno para que el fundador forme parte del patronato de la entidad que ha instituido, junto con otras personas que él mismo designe. De esta manera, la vinculación entre la voluntad fundacional y la vida de la fundación es más intensa. Y desde luego, carecería de toda justificación cualquier decisión legislativa que limitase este derecho del fundador a intervenir activamente en la dirección y gobierno de la fundación. Cuestión distinta sería, y ahí sí que habría una clara vulneración del derecho de fundación, aunque desde la perspectiva objetiva, que un fundador que no es patrono de la fundación interviniese en su gobierno desde fuera de la propia entidad, contrariamente a lo que propone GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ en relación a que se pudiera tener en cuenta la opinión del un fundador no patrono en relación con modificaciones estatutarias⁹²⁰, etc...

Ahora bien, ¿cabe entender que la facultad de autodesignarse como patrono de la fundación se incluye en el haz de competencias de que dispone el titular del derecho de fundación? Obviamente sí. Al no existir una limitación expresa, la res-

⁹²⁰ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación, op. cit.*, pág. 40.

puesta solo puede ser afirmativa. Y es más, una limitación de esta posibilidad impuesta por el legislador incide directamente en el ámbito de la libertad para designar patronos y solo puede responder a la necesidad de evitar confusiones entre la fundación y el fundador, algo que la Ley intenta superar mediante la imposición del patronato colegiado, como hemos visto.

Cabe otra aproximación al derecho a ser patrono. Es saber si existe un derecho general de cualquier persona a formar parte de un patronato siempre que reúna los requisitos. Es decir, si la denegación del derecho a formar parte del patronato de una fundación puede suponer una vulneración del derecho reconocido en el artículo 34.1 de la Constitución. En nuestra opinión la respuesta es afirmativa.

Los Tribunales de Justicia no han establecido este derecho en estos términos. En las sentencias que abordan separaciones de patronos del patronato la *ratio decidendi* se ha situado en la correcta aplicación de las cláusulas estatutarias⁹²¹. Ello no obsta, sin embargo, para que se deba reconocer este derecho siempre y cuando se reúnan las condiciones exigidas en los respectivos estatutos.

Es el equivalente, en el derecho de asociación, a la «cuarta dimensión» que el Tribunal Constitucional añade a las tradicionales libertades del derecho de asociación. Una dimensión que el Tribunal considera que se desarrolla *inter privatos* y que garantiza un haz de facultades a los asociados que básicamente consiste en el derecho a que se cumplan los estatutos⁹²². En el caso de las fundaciones, que son entidades sin base asociativa, es evidente que estas facultades *inter privatos* son las que se

⁹²¹ La STS núm. 811/2003, de la Sala III, Secc. 7, de 20 de diciembre de 2003, rechaza el recurso del demandante, que había sido cesado de su cargo de patrono de una fundación e instaba la acción del Protectorado en defensa de la voluntad del fundador. El Tribunal justifica su decisión, entre otras cuestiones en que el cese de un patrono se sitúa en la esfera de la organización interna de la fundación y, en consecuencia, no alcanza las competencias del Protectorado. Además, entiende que se trata de un pleito privado, relativo a la aplicación de los estatutos y que, en consecuencia su sede jurisdiccional es la civil y no la contenciosa.

En la sentencia núm. 799/2007, de la AP de Vizcaya, Secc. 4ª, de 17 de diciembre de 2007, se ventila la modificación de los estatutos de una fundación en cuyo patronato, entonces dual, existía una representación de la familia la fundadora y de la Iglesia. Tras unos años de inactividad, se designó el patrono eclesial, pero no así al representante de la familia de la fundadora. Ante la necesidad de adaptar los estatutos a la nueva legislación, el único patrono designado actuó como patronato unipersonal y planteó una modificación estatutaria que excluía a la representación familiar. La Audiencia anuló la modificación estatutaria.

⁹²² STC 104/1999, (FFJJ 4ª y 9ª).

establecen entre la propia entidad y quienes actúan en sus órganos de gobierno y representación.

Otro argumento a favor de la tesis del derecho subjetivo a ser patrono de una fundación se puede derivar de la concepción de las fundaciones como organizaciones orientadas a la participación de los ciudadanos en la vida social, política, cultural y económica. Es cierto que quien actúa principalmente en la vida social, política, cultural y económica es el fundador mediante la institución de la fundación. Pero no es menos cierto que en la medida en que los patronos son quienes de manera colegiada están actualizando la voluntad fundacional, su posición jurídica en relación con el derecho de fundación no puede ser desconocida por el ordenamiento.

La importancia de los patronos en la vida de las fundaciones justifica, en nuestra opinión, la existencia de una esfera inmune a la acción del legislador y aún de terceros, en tanto en cuanto ejercen sus funciones como patronos, o al menos, gozan de la expectativa de ser patronos de una fundación.

Desde esta visión, se entiende que las limitaciones que se imponen en el artículo 15.2 LFE no son solo una garantía de la libertad del fundador, sino también una garantía del derecho de los ciudadanos en general.

2. DIMENSIÓN NEGATIVA DEL DERECHO DE FUNDACIÓN

Junto con la dimensión positiva del derecho de fundación, aquella en la que el ordenamiento legitima la acción del titular del derecho, existe en todo derecho de libertad una vertiente negativa, cuya virtualidad es garantizar al titular del derecho la posibilidad de no ejercitar las facultades que le otorga el Derecho. Es decir, no ejercer el derecho que tiene reconocido.

2.1. LIBERTAD PARA NO CREAR UNA FUNDACIÓN

El Tribunal Constitucional dejó sentado en su Sentencia 173/1998, de 23 de julio, recaída en el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno contra la Ley vasca de asociaciones (Ley 3/1988, de 12 de febrero), que entre las dimensiones o facetas del derecho de asociación (art. 22 CE) se encuentra «la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas» (FJ 8º).

Aunque hay muchos matices entre ambos derechos, el de asociación y fundación, ya hemos afirmado reiteradamente que existen muchos puntos en común. Y es obvio que uno de ellos es esta vertiente negativa del derecho. Esta vertiente, a su vez, tiene dos manifestaciones distintas.

La primera de ellas, la señaló hace mucho MUÑOZ MACHADO, «no se puede obligar a fundar cosas que quedan fuera de lo que autónomamente se ha resuelto fundar»⁹²³. La segunda es que nadie puede ser obligado a disponer de sus bienes para crear una fundación⁹²⁴.

Estamos pues, ante dos expresiones no contradictorias pero no exactamente idénticas. La prohibición de obligar a fundar tiene un alcance absoluto. Bajo ningún concepto y en ninguna circunstancia se puede obligar a crear una fundación. Esta prohibición afecta tanto a los Poderes Públicos, como a los ciudadanos que no pueden imponer su voluntad a un tercero. Se trata de una garantía que se incluye en el derecho constitucional de fundación, pero también hay que situarla en el derecho constitucional de propiedad, ya que como ha reiterado el Tribunal Constitucional, la creación de fundaciones no puede incluirse en la función social de la propiedad (STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 5º) y esta es el único límite constitucional a la autonomía individual relacionada con el derecho de propiedad⁹²⁵.

Es más, la existencia de una protección jurídica al derecho de fundación del máximo nivel, es decir, constitucional, solo responde a la voluntad del constituyente de proteger el ejercicio de una liberalidad por parte del fundador en beneficio de la

⁹²³ MUÑOZ MACHADO, S., «Las Fundaciones en la Constitución», *op. cit.*, pág. 23.

⁹²⁴ DE LORENZO GARCÍA, R., *El nuevo derecho ...*, *op. cit.*, págs. 146.

⁹²⁵ REY MARTÍNEZ, F., «El devaluado derecho ...», *op. cit.*, pág. 212.

colectividad. Crear una obligación de ejercer una liberalidad es una contradicción en sus propios términos, como lo es un derecho cuyo ejercicio es obligatorio.

La vertiente negativa del derecho de fundación, tal como se acaba de exponer no presenta grandes problemas. Sin embargo, sí que es bastante más interesante desde la perspectiva de la prohibición de imponer una fundación distinta de la que ha decidido el fundador.

De hecho, este es el supuesto que yacía en el pleito que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 25 de octubre de 2002: la Administración no consideró necesaria ni conveniente la creación de la Fundación LAN, extralimitándose en sus funciones, tal y como reconoció el Tribunal⁹²⁶. La determinación de los fines de la fundación, el ámbito territorial y las reglas de determinación de beneficiarios son ámbitos vedados a la acción coercitiva de terceros o de la Administración. En garantía de este ámbito de libertad, el legislador ha limitado la acción del Protectorado a valorar la idoneidad de los fines, lo que es interpretado como un control de adecuación de dichos fines al interés general; y la suficiencia de la dotación inicial para conseguir los fines marcados.

Cuando el fundador decide crear una fundación y establecer sus características básicas, debe hacerlo con absoluta libertad, no cabe, por tanto, en ningún caso la introducción de límites o imposiciones a partir de un juicio de oportunidad o discrecional por parte de los Poderes Públicos o de terceros.

2.2. LIBERTAD PARA DESVINCULARSE DE UNA FUNDACIÓN

⁹²⁶ Según se relata en la Sentencia del TSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo – Secc. 2ª–), de 25 de octubre de 2002, la base de la denegación de la inscripción de la fundación tuvo su origen en una carta del Director General de Empleo en la que afirmaba «[p]ara mí es una [fundación] más, de las muchas que se constituyen para temas de empleo y formación, no aporta nada nuevo y quiere trabajar como intermediario en el mercado de la formación. Yo le he comentado que su plan es de escaso interés, aporta poco valor añadido o nada y que para la Dirección de Empleo y Formación no es de interés en los temas relacionados con la Formación».

Reiteradamente hemos expuesto que las fundaciones, en tanto que *universitas bonorum* carecen del sustrato personal de que gozan los entes asociativos que son *universitas personarum*. En consecuencia, la segunda de las vertientes que el Tribunal Constitucional ha atribuido al derecho de asociación, es decir, la facultad de abandonar la asociación libremente, tiene una compleja traslación al derecho de fundación.

En nuestra opinión, el derecho de fundación, desde esta perspectiva incluye dos aspectos. La facultad del fundador de desvincularse totalmente de la fundación, y la facultad de los patronos de abandonar el patronato.

La primera de las facetas es, en parte, inherente al propio derecho de fundación. Este derecho consiste en esencia en la creación de un ente jurídico *ex novo* a partir de la manifestación de voluntad del fundador y de una determinada liberalidad patrimonial. A partir de la creación de la fundación, que hay que situar en la adquisición de personalidad jurídica, la fundación se independiza en todos los sentidos –especialmente desde un punto de vista patrimonial– del fundador. La posibilidad de que el fundador mantenga una relación con la entidad entra dentro del ámbito de libertad del fundador. A partir de la adquisición de personalidad del nuevo ente el instituyente, salvo que se integre como patrono en el órgano de gobierno, adquiere la condición de tercero hasta el punto de que la Ley no considera la contratación entre fundación y fundador como un supuesto de autocontratación (art. 28). En este sentido, y aunque desde las posiciones autorizadas de la doctrina se ha criticado, entendemos que es respetuoso con la libertad del fundador el hecho de que la Ley consagre el respeto a la voluntad del fundador expresada exclusivamente en los estatutos y en la escritura fundacional y que no recurra a las manifestaciones de la voluntad del fundador realizadas con posterioridad a la constitución de la entidad⁹²⁷.

Por lo tanto, del mismo modo que el fundador podrá en uso de su libertad situarse como patrono de la fundación, también podrá asumir la posición de un tercero respecto a la misma, una vez constituida.

⁹²⁷ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación*, *op. cit.*, pág. 39-40.

La otra faceta que hemos apuntado es la de la facultad de un patrono de abandonar el cargo. Se trata de envés del derecho apuntado más arriba de formar parte del patronato de una fundación. La Ley, en su artículo 18.2.h), prevé la posibilidad de que los patronos renuncien por cualquiera de los medios y mediante los trámites previstos para la aceptación del cargo.

Obviamente, no es legítima la imposición de la carga de ser patrono de una fundación sin posibilidad de renunciar. Es incoherente con la configuración legal del cargo que implica la necesaria aceptación voluntaria de la condición, mediante unas estrictas formalidades que son consecuencia del ejercicio de unas funciones que implican la gestión de una persona jurídica cuya existencia está vinculada al interés general. El espíritu de liberalidad que inspira la creación de las fundaciones debe, en nuestra opinión, extenderse a la caracterización del cargo de patrono, de modo que nadie pueda ser obligado a ejercerlo, aun cuando le correspondiese en razón de su posición en una empresa, institución, etc., es una consecuencia lógica de la definición del patrono como un cargo personal y gratuito, sometido a la eventual exigencia de responsabilidad.

CAPÍTULO X

VERTIENTE OBJETIVA DEL DERECHO DE FUNDACIÓN

Una vez creada la fundación, el derecho a fundar del fundador pierde su virtualidad pues estamos ante un derecho que se agota con su ejercicio. Es decir, una vez constituida la entidad, la figura del fundador como tal deviene irrelevante y solo su voluntad manifestada en el negocio fundacional y en los estatutos adquiere trascendencia. No significa que el derecho a fundar se agote para el fundador, ya que éste podrá crear nuevas fundaciones. Pero igual que el derecho de asociación, una vez constituida la fundación, esta como tal adquiere personalidad jurídica y, en consecuencia, deviene titular de derechos y deberes.

A partir de esta creación, el ente creado se convierte en titular de las facultades que el derecho de fundación que se reconoce en el artículo 34 de la Ley Fundamental le atribuye. Se trata, por tanto, de la imputación de un derecho a una entidad jurídica creada por el Derecho a partir del ejercicio de un derecho subjetivo.

Este haz de facultades tiene por objeto garantizar la existencia de la entidad en el tráfico jurídico. Como hemos expuesto anteriormente, si no existieran estas garantías frente a la acción del legislador o de terceros, el derecho podría quedar desvirtuado por decisiones que, sin incidir en la esfera del titular del derecho sí que incidiesen en la espacio de actividad de la entidad creada, vaciando de contenido el derecho, en un mecanismo similar al que en la etapa preconstitucional se utilizaba para desvirtuar el derecho de asociación⁹²⁸.

El Tribunal Constitucional ha reconocido, en relación con el derecho de asociación, esta posibilidad en su STC 219/2001, 31 de octubre, donde afirma:

⁹²⁸ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E., *El derecho de asociación*, op. cit., págs. 73 y ss.

«...ningún obstáculo existe, en principio, para que una asociación, en cuanto persona jurídica distinta de las personas físicas que son sus asociados —y, por tanto, centro autónomo de imputación de relaciones y consecuencias jurídicas—, pueda invocar en su favor el derecho que el art. 22 CE reconoce.

Ahora bien, admitida la idoneidad de quien solicita el amparo para recabar la protección del art. 22 CE, aún debemos añadir alguna precisión sobre el alcance de aquella tutela constitucional. El caso que reclama nuestro juicio no exige que precisemos todos los contornos de la dimensión colectiva del derecho de asociación, pero sí procede identificar varios de sus rasgos generales. Lo primero, y más claro, es que no toda actividad de una asociación ya constituida está amparada por el art. 22 CE. También es claro que el art. 22 CE no dispone expresamente una tutela simétrica de los socios y de la asociación. En términos positivos podemos afirmar, avanzando en el camino señalado por las Sentencias arriba citadas, que una asociación ya constituida puede invocar directamente el art. 22 CE para defender su propia existencia conforme a la voluntad de sus asociados» (FJ 4º).

Este razonamiento puede ser utilizado también en el caso de las fundaciones, sin especiales problemas. El derecho de fundación puede ser ejercido por las fundaciones en todas sus vertientes –incluida la de fundar otras fundaciones, como se ha expuesto–, pero especialmente en relación a su propia existencia, en garantía de su autonomía.

Además, la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional es constante al reconocer a las personas jurídicas la titularidad de los derechos fundamentales *«...en todas las hipótesis en que la instrumentación del derecho a la libertad no aparezcan o sean incompatibles con la naturaleza y la especialidad de fines del ente colectivo»* (STC 137/1985, de 17 de octubre FJ 3º).

Así pues, procede en este punto que analicemos aquellos aspectos o facultades de los que son titulares las fundaciones en tanto que sujetos del derecho de fundación desde la perspectiva de la organización creada al amparo del artículo 34 de la Constitución.

Antes, no obstante, hay que hacer una salvedad. El carácter heterónomo de la fundación comporta que la autonomía de ésta como persona jurídica independiente, incluso del fundador, esté matizada en todo momento por las limitaciones que haya impuesto el fundador, bien en la escritura fundacional, bien en los estatutos.

1. DERECHO A LA ADQUISICIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA

Uno de los ejes del estudio de las fundaciones desde la perspectiva del Derecho Privado es, sin duda, la adquisición de la personalidad jurídica por parte de las fundaciones. Se trata de una cuestión compleja que excede en mucho el objeto de este trabajo.

Valga, por tanto, una brevísima referencia a modo introductorio.

Señala DE CASTRO que «*nuestro Derecho personifica ciertas organizaciones para acentuar y potenciar la independencia que se les reconoce u otorga respecto de sus representantes y socios, considerándolas con capacidad jurídica y de obrar, más o menos limitada, y con un propio patrimonio separado*»⁹²⁹. Es decir, la personalidad es una técnica jurídica que permite actuar en el tráfico jurídico, de modo parejo a como lo hacen las personas físicas, a determinadas organizaciones que el Derecho autoriza.

Por tanto, es necesaria la existencia de un reconocimiento o concesión por parte del ordenamiento jurídico de la condición de persona jurídica. El problema que se ha planteado desde antiguo en el caso de las fundaciones es cómo se articula esta adquisición de la personalidad. Existen, básicamente, dos vías. La primera es la adquisición de la personalidad por la simple constitución de la entidad, en este caso, la inscripción registral solo tiene efectos de publicidad. Es el sistema que imperaba en las fundaciones benéficas al amparo del Decreto de 27 de septiembre de 1972; o el que establece la Constitución en su artículo 22.1 para las asociaciones. La segunda vía es la inscripción constitutiva: la entidad no adquiere la personalidad hasta que es inscrita en el Registro correspondiente. En este supuesto existen dos actos distintos, en dos momentos distintos, la creación y la posterior inscripción, que coincide con la adquisición de personalidad. Este sistema, conocido como de *inscripción cons-*

⁹²⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica, op. cit.*, pág. 273.

titutiva es el que actualmente está vigente en relación con las fundaciones en nuestro país⁹³⁰ y que, anteriormente, afectó a las fundaciones culturales desde el Decreto de 1972.

1.1. LA FUNDACIÓN EN PROCESO DE FORMACIÓN COMO TITULAR DE FACULTADES CONSTITUCIONALES

La inscripción en el Registro de Fundaciones correspondiente adquiere, por lo dicho, una importancia capital en el desarrollo del derecho de fundación. Como apuntaba MUÑOZ MACHADO antes de la aprobación de la Ley de 1994, «*someter un derecho al requisito ulterior de que sea registrado puede equivaler prácticamente a la negación del mismo, si se pone en manos de la autoridad que ha de registrar, de la autoridad administrativa, un poder discrecional para que decida lo que le parezca*»⁹³¹.

El legislador ha intentado limitar al máximo este margen de discrecionalidad de la Administración con previsiones como la contenida en el artículo 4.1 *in fine* de la LFE:

«La inscripción solo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la Ley».

Es decir, a lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de la Ley, principalmente. Lo que remite a un control de mera formalidad.

⁹³⁰ Aunque la Ley 44 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra sigue manteniendo el sistema de adquisición de la personalidad jurídica por la simple constitución «*sin necesidad de aprobación administrativa*», hay que entender que esta posibilidad no está en vigor en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 en conexión con la disposición final 1ª de la LFE que considera que el régimen de adquisición de la personalidad jurídica es competencia exclusiva del Estado por tratarse de una de las condiciones básicas del ejercicio del derecho de fundación. (Vid. DÍAZ BRITO, F.J., «Las fundaciones navarras ante la nueva Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 35, enero-junio de 2003, pág. 158).

⁹³¹ MUÑOZ MACHADO, S., «Las Fundaciones en la Constitución», *op. cit.*, pág. 24.

Ahora bien, lo que nos interesa en este punto no es tanto destacar los efectos de la inscripción, sino identificar al titular del derecho de inscripción, pues en su caso a él le corresponderán las acciones en defensa de su interés.

Es obvio que tanto el fundador como la fundación tienen interés legítimo en su inscripción. El primero porque solo así podrá ver efectivamente realizada su potencia jurídica. La segunda porque es la vía exclusiva a su nacimiento al mundo del Derecho. Pero la cuestión no es sencilla. Prueba de ello es que los Tribunales han admitido diversas legitimaciones en procesos contra la denegación de inscripciones fundacionales. Así, en las Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2003⁹³² y de 21 de octubre del mismo año⁹³³, se admitió la legitimidad de las entidades fundadoras, para recurrir la no inscripción en el primer caso, y la suspensión de la inscripción en el segundo, de sendas fundaciones creadas. Por el contrario, los Tribunales Superiores de Justicia del País Vasco y de la Región de Murcia, en sendas Sentencias de 25 de octubre de 2008 y de 16 de mayo de 2008, respectivamente, admitieron la legitimación de las fundaciones no inscritas para recurrir, precisamente la denegación de la inscripción registral.

La Ley estatal de Fundaciones de 1994 introdujo en nuestro ordenamiento la noción de la *fundación en proceso de formación*, con la finalidad de establecer el régimen jurídico aplicable desde la constitución de la entidad hasta la adquisición de personalidad jurídica por la inscripción registral. La Ley de 2002 completó la regulación en el sentido de clarificar algunos conceptos y, sobre todo, identificar claramente la responsabilidad de los patronos.

En lo que afecta al derecho de fundación, la Ley es clara al atribuir al patronato de la entidad, que recordemos debe haber sido nombrado en la escritura constitutiva, la obligación de «*los actos necesarios para la inscripción*», entre otros. La Ley podría haber atribuido esta función al fundador, como de alguna manera ocurría con el Decreto de 1972 (art. 5.3), pero se ha optado por encargársela a los patronos. De aquí fácilmente podemos deducir que la facultad de inscribir la fundación no hay

⁹³² Sala III, Sección 6ª.

⁹³³ Sala I, Sección 4ª.

que enmarcarla entre el haz de facultades del instituyente sino de la propia entidad, a través de sus patronos.

Pero entonces, ¿tiene capacidad jurídica la fundación en proceso de formación? La respuesta de la doctrina es clara. CAFFARENA LAPORTA dice que estamos ante una fundación sin personalidad jurídica, si bien como una situación transitoria⁹³⁴. REAL PÉREZ sostiene la opinión de que aun careciendo de personalidad jurídica, son organizaciones autónomas a las que el ordenamiento jurídico reconoce una cierta capacidad de derechos y de obligaciones⁹³⁵. No cabe otro tipo de posicionamiento tras la Ley de Fundaciones de 1994.

Desde nuestra perspectiva de análisis estos razonamientos, junto con los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos y otros datos, como por ejemplo, el régimen de atribución del número de identificación fiscal y, especialmente, la atribución *ope legis* de todos los actos de la fundación en proceso de formación a la fundación una vez haya sido inscrita, nos lleva a concluir que es la fundación, como organización, la titular de la facultad de inscripción en el registro.

Dicho en otras palabras, el derecho a obtener la personalidad jurídica es, directamente, de titularidad de la organización fundacional y no de la persona física o jurídica que instituye la fundación. La cuestión, por tanto, es si estamos ante un elemento inalterable del derecho de fundación, o en otras palabras, si la opción del legislador es la única posible en nuestro Derecho Constitucional o caben otras opciones.

La respuesta está íntimamente ligada al sistema de registro por el que se opte. Y la libertad en este sentido es grande para el legislador infraconstitucional.

1.2. TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE ADQUISICIÓN DE LA PERSONALIDAD

⁹³⁴ CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al artículo 11», en DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, págs. 97.

⁹³⁵ REAL PÉREZ, A., «Las fundaciones en proceso de formación: Comentario del artículo 11 de la Ley 30/1994, de Fundaciones», en REAL PÉREZ, A., *Constitución y extinción...*, *op. cit.*, págs. 208-209.

La opción por un sistema de adquisición de la personalidad basado en el reconocimiento, esto es, en el que la adquisición de la personalidad jurídica se obtiene por la misma constitución; o por un sistema de concesión, en la que la actuación administrativa es la causa de la adquisición de la personalidad, es algo que entra plenamente dentro del marco de elección del legislador ordinario. No de otra forma cabe entender el inciso «*con arreglo a la ley*» que figura al final del artículo 34.1 de la Constitución, pues el constituyente podría haber optado por una redacción similar a la del artículo 22.3 o incluso incluir este apartado entre los que son de aplicación a las fundaciones, según el artículo 34.2.

Las dudas sobre la legitimidad de un sistema de registro constitutivo, ya lo hemos expuesto, radicaban en principio en la posible actuación discrecional de la Administración con lo que ello puede comportar de arbitrario. Sin embargo, el desarrollo que ha tenido lugar del derecho de fundación ha limitado ampliamente la discrecionalidad posible en este campo. Por una parte, como hemos visto, la actividad registral se ha limitado, al menos en relación con la adquisición de la personalidad, a un ejercicio de control formal en relación con los requisitos exigidos por la Ley en la escritura fundacional, y con ella, en los estatutos. En segundo lugar, aquellos aspectos que poseen un mayor grado de subjetividad, tales como la idoneidad de los fines y la suficiencia de la dotación, son objeto de pronunciamiento por otro órgano administrativo distinto: el Protectorado. En tercer lugar, cualquier decisión sobre esta cuestión puede ser objeto de revisión en sede jurisdiccional contenciosa-administrativa⁹³⁶.

Por tanto, no es posible imputar inconstitucionalidad a la opción realizada por el legislador a favor del modelo de inscripción constitutiva, por mucho que el sistema de reconocimiento posterior sea mucho más respetuoso con el principio de autonomía de la voluntad que inspira la institución fundacional.

Sin embargo, la opción por un modelo u otro tiene connotaciones de dos tipos. La primera ya se ha apuntado: al optar por un sistema en el que la inscripción

⁹³⁶ Sobre la valoración del sistema de inscripción constitutiva, *vid.* MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso...*, *op. cit.*, pág. 238-239.

registrar es la causa de la adquisición de la personalidad, el ordenamiento ha de ser especialmente escrupuloso al delimitar las facultades del Registro y de la Administración a la hora de contrastar el cumplimiento de los requisitos. Este control ha de ser de legalidad, exclusivamente, y principalmente de carácter formal. La actividad registral, por tanto, debe limitarse a comprobar si la entidad solicitante es alguna de las excluidas en el artículo 22.2 CE, por remisión del artículo 34.2 CE; o si no se cumplen las formalidades exigidas en la Ley; o si los fines no son de interés general. En palabras del Tribunal Constitucional:

«... mediante dicha actividad de constatación, la Administración responsable de dicho instrumento [del Registro] no se mueve en un ámbito de discrecionalidad que le apodere con un cierto margen de apreciación para acordar o no la inscripción solicitada, sino que su actuación en este extremo no puede sino calificarse como reglada...»⁹³⁷.

Por otro lado, y también lo hemos apuntado, la opción por un sistema de adquisición de la personalidad u otro tiene efectos en relación con la titularidad del derecho. En nuestra opinión, la opción por un modelo de inscripción constitutiva aboca necesariamente al encuadramiento de las facultades relativas a la inscripción en la posición jurídica de la organización, de la fundación. Y esta decisión del legislador es plenamente constitucional.

No se trata de un desapoderamiento del fundador. La esencia de la posición jurídica del fundador está en la creación de la entidad, en aportar los elementos indispensables, y aún los accesorios, para que la entidad pueda constituirse. De las sentencias citadas anteriormente puede desprenderse que el fundador puede actuar en defensa de su interés en que se constituya la fundación, pero no parece lógico situar en su esfera de poder la capacidad principal de obtener la personalidad jurídica. Desde la creación hay una desvinculación patrimonial entre el fundador y la organización.

Es cierto que una excesiva rigidez o arbitrariedad en el acceso al Registro puede coartar el *agere licere* que corresponde al fundador, como ocurría antaño con el derecho de asociación. También parece apuntar en favor de la tesis de la facultad

⁹³⁷ STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 8º. La Sentencia se dictó en un recurso de amparo contra la decisión del Registro de Entidades Religiosas de no inscribir a la Iglesia de Unificación.

del fundador el hecho de que las deficiencias en la escritura fundacional deberán ser subsanadas por el propio fundador mediante el otorgamiento de una nueva escritura. Sin embargo, sobre esta última cuestión hay que entender que se trata de un vicio en el momento constitutivo, no posterior al mismo, por eso se reclama la intervención del fundador.

Una vez otorgada la escritura pública, la única participación del fundador, que es tercero, hay que situarla en el caso excepcional en que no se llegase a constituir la fundación, en la supervisión del proceso de liquidación de la fundación en proceso de inscripción⁹³⁸.

Ello no obstante, entendemos que el principal interesado es la propia organización naciente quien, en cierta manera, ejercita su derecho a la vida. En este sentido, desde una perspectiva constitucional, la facultad que se atribuye a la entidad no responde exactamente al esquema de un derecho subjetivo, en este caso de la fundación, sino a una capacidad inherente a la garantía institucional que se contiene en el mismo artículo 34.1 CE, y que como es obvio, debe ejercer la propia entidad garantizada.

2. DERECHO A LA AUTOORGANIZACIÓN

La existencia de una persona jurídica implica que exista una atribución en su favor de una posición similar a la de una persona física en cuanto a titularidad de derechos y deberes en el ámbito del Derecho⁹³⁹. Además, las personas jurídicas se sustentan en una estructura artificial dotada de un estatuto especial que establezca quiénes son sus órganos y cómo actúan⁹⁴⁰.

⁹³⁸ REAL PÉREZ, A., «Las fundaciones en proceso de formación: Comentario del artículo 11 de la Ley 30/1994, de Fundaciones», en: REAL PÉREZ, A., *Constitución y extinción...*, *op. cit.*, págs. 254 y ss.

⁹³⁹ GRAMUNT FOMBUENA, M.D., «La dotación de la fundación», en: BELLO JANEIRO, D., y LUNA SERRANO, A.(coords.), *Aspectos jurídico-económicos...*, *op. cit.*, pág. 42.

⁹⁴⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, *op. cit.*, pág. 272.

Esta estructura requiere para su funcionamiento, gozar de la autonomía adecuada a las características de la entidad que sirve de soporte a esta personificación. Esta autonomía es necesaria para poder adoptar decisiones ordinarias de gestión, pero también para formar la voluntad de la fundación para afrontar situaciones complejas tales como la adaptación a nuevos contextos distintos de aquel en el que se constituyó la fundación. Sin embargo, dicha autonomía no ha sido recogida expresamente en las Leyes de Fundaciones.

Los mandatos que en relación con la administración y gobierno de la fundación, gestión patrimonial, e incluso modificaciones estatutarias se realizan en favor del patronato, son exactamente mandatos vinculados a la propia esencia de la institución: la prosecución de los fines marcados por el fundador. Basta solo comparar los preceptos que abordan estas cuestiones en la LFE y los equivalentes en la Ley Orgánica del Derecho de Asociación.

Ello no es obstáculo para afirmar la existencia de una esfera de autonomía de la propia fundación dentro del margen que haya establecido el fundador al manifestar su voluntad. Dentro de este ámbito es donde habrá que situar el ejercicio del derecho de fundación por parte de la propia entidad. Es así porque los mandatos de la Ley remiten a una serie de conceptos jurídicos indeterminados tales como *diligencia* o *conveniencia de la fundación*. Dentro del amplio alcance de estos términos y, siempre en relación con las reglas fijadas en los estatutos y por el fundador, el patronato dispone de un grado variable de autonomía, de cuyo ejercicio serán responsables solidarios los propios patronos (art. 17.1 LFE).

Además, la existencia de esta autonomía por parte de los rectores de las fundaciones es uno de los fundamentos de la justificación de la existencia del Protectorado. Pues sin esta capacidad de libertad de los órganos administradores no se entiende que el Tribunal Constitucional avalase la existencia de una tutela administrativa «...para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman» (STC 49/1988, de 22 marzo, FJ 5º).

Trazando nuevamente el paralelismo con las asociaciones, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 218/1988, de 22 de noviembre, consideró que formaba parte del contenido esencial del derecho fundamental la facultad de establecer la

propia organización de la entidad. A partir de esta afirmación, que completó la inicial jurisprudencia constitucional que situaba el derecho en las facultades de crear y pertenecer o no a una asociación, la Doctrina ha ido acotando los perfiles de esta facultad –para las asociaciones–⁹⁴¹.

Pues bien, de lo dicho se desprende que la fundación, una vez constituida y en funcionamiento, dispone de una serie de prerrogativas que cabe incluir dentro del derecho de fundación, en íntima conexión con la garantía institucional, de tal manera que la limitación de estas facultades pondría en peligro la existencia del derecho constitucionalmente reconocido desde la perspectiva objetiva del mismo. Estas competencias son ejercidas, en todo caso, por el patronato en nombre de la fundación. Veamos con detalle alguna de estas facultades.

2.1. AUTONOMÍA NORMATIVA

Los estatutos fundacionales son un elemento esencial en la vida de las fundaciones, sin embargo, contrariamente a lo que ocurre en asociaciones y sociedades, éstos no son obra de los socios, sino del fundador. Por ello, su elaboración se sitúa totalmente fuera del alcance del patronato y, por ende, de la propia fundación. La autonomía normativa de la entidad queda en consecuencia limitada exclusivamente a la eventual reforma que pueda operar en los dichos estatutos.

Éstos son instrumento de la plasmación de la voluntad fundacional, y su alteración responde a la necesidad primordial de mantener un funcionamiento eficaz de la fundación e impedir su extinción⁹⁴².

La Ley de Fundaciones de 1994 introdujo, en coherencia con el principio de autonomía de la institución que hemos señalado antes, la atribución al patronato de

⁹⁴¹ GIMÉNEZ GLUCK, D., «Asociación, discriminación y constitución: Los límites entre la autonomía asociativa y el derecho de los socios -y aspirantes a serlo- a no ser discriminados», en: *Revista de Derecho Político*, núm. 79, 2010, pág. 147.

⁹⁴² CAFFARENA LAPORTA, J., «Constitución, modificación y extinción de las fundaciones», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.A. (dirs.), *Presente...*, op. cit., pág. 46.

la capacidad para adoptar la decisión de modificar los estatutos. Se alteraba así el régimen previo establecido en el Decreto de 1972 que, si bien otorgaba la iniciativa de la modificación, fusión o extinción de la fundación al patronato, atribuía la decisión definitiva al Protectorado de Fundaciones, previo dictamen del Consejo de Estado.

El régimen jurídico actual prevé la modificación estatutaria cuando así convenga al interés de la fundación, y siempre que no lo haya prohibido el fundador. La prohibición de éste deberá ser clara, ya que en caso de duda, habrá que estarse a favor de la preservación de la fundación aun cuando ello implique una modificación estatutaria.

Realmente, la Ley habla de dos supuestos distintos de modificación, que GONZÁLEZ CUETO distingue entre el supuesto por razones de conveniencia y el supuesto necesario de modificación estatutaria⁹⁴³. En el primer caso, contemplado en el artículo 29.1, el patronato puede modificar aquellos aspectos de los estatutos que considere oportunos para mejorar el funcionamiento de la fundación. Se trata por tanto de atribuir al patronato un amplio margen de valoración en base a criterios de oportunidad que, en todo caso, deberá justificar ante el Protectorado. El patronato puede ejercer o no esta facultad.

En el segundo supuesto de modificación (art. 29.2 LFE), el legislador no deja margen de apreciación al patronato, pues establece un mandato de modificación estatutaria «*[c]uando las circunstancias que presidieron la constitución de la fundación hayan variado de manera que ésta no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a sus Estatutos*». Y en el apartado siguiente (art. 29.3 LFE) ordena al Protectorado que someta a la autoridad judicial la necesidad de modificar los estatutos. Es más, en estas circunstancias, la prohibición del fundador no es óbice para realizar la modificación estatutaria, salvo que dicha prohibición lleve aparejada la extinción de la fundación.

⁹⁴³ GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios...*, op. cit., págs. 232-233.

Señala DE PRADA que junto a estos supuestos hay un tercer supuesto de modificación estatutaria, que opera en favor de la Ley. Su efectividad está unida a las disposiciones transitorias de las distintas leyes de fundaciones que apoderan al patronato para modificar los estatutos al objeto de ajustarlos a la nueva regulación, incluso cuando el fundador lo hubiere prohibido. Según este autor el patronato podrá proceder en estos casos a la modificación con «amplitud de miras»⁹⁴⁴. Se trata, en todo caso de una posibilidad excepcional vinculada al cambio legislativo y en la que, desde luego, no compartimos la necesidad de la «amplitud de miras».

En cuanto al alcance de la modificación, el patronato tiene como únicos límites la voluntad del fundador, los propios estatutos –es decir, las eventuales cláusulas de inmodificabilidad– y la Ley. Dentro de este margen, es totalmente libre. Aunque CAFFARENA entiende que la voluntad del fundador debe ser tenida en cuenta no solo como límite sino también como regla que debe guiar el sentido de la modificación⁹⁴⁵. En este sentido podemos traer como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2003⁹⁴⁶, en la que se resolvió un litigio donde los herederos de una fundadora instaban la disolución de una fundación que tenía por objeto promover la educación cristiana y el mantenimiento de obreras jóvenes, y cuyo capital estaba constituido por un determinado palacio, el cual, además, sería el domicilio de la fundación. Además se expresaba claramente que la fundación no tendría nunca otro objeto y otro domicilio que los expresados. Pues bien, ante la evolución de la sociedad y lo evidente del desfase tanto de los fines como de la utilidad del inmueble, los herederos de la fundadora instaron la extinción de la fundación y la reversión de los bienes a su propiedad. Sin embargo, el Alto Tribunal no les dio la razón –pese a la prohibición de la alteración estatutaria– en base a la necesidad de adaptar la voluntad fundacional a la realidad actual « ... *valorando también el interés de los destinatarios, en cuyo favor el fundador estableció la institución...*» (FdD 7^o).

⁹⁴⁴ DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., «Los estatutos y su modificación», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 8, enero-abril 1996, págs. 115-116.

⁹⁴⁵ CAFFARENA LAPORTA, J., «*Constitución, modificación y extinción de las fundaciones*», en DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.A. (dirs.), *Presente...*, op. cit., pág. 49.

⁹⁴⁶ Sala Civil, Sección 1^a.

Delimitado así el alcance legal de la modificación estatutaria, hemos de concluir que es una facultad indisociable de la vida de la fundación la capacidad de adaptarse a la realidad social en la que ha de producirse la prosecución del interés general. Y esta facultad solo puede ser atribuida a la fundación en tanto en cuanto es persona jurídica, en ningún caso al fundador.

2.2. FUSIÓN Y EXTINCIÓN DE LA FUNDACIÓN

Las fundaciones no tienen en su esencia el carácter perpetuo. No tendría sentido especialmente en un mundo cambiante como el nuestro. Permanencia o durabilidad no son, en el caso de las fundaciones, sinónimo de perpetuidad.

Por eso, las fundaciones como cualquier otra persona física y jurídica, se extinguen en algún momento. Ya se ha expuesto que entre las facultades del fundador se encuentra la de establecer el plazo de vida de la fundación. Pero ¿qué ocurre cuando el fundador no ha previsto la fecha de disolución de la entidad? ¿a quién le corresponde la decisión?

En este punto la vida de las personas físicas y jurídicas es dispar. Las primeras no gozan del derecho a disponer de su existencia, mientras que las segundas sí. En las fundaciones se da la particularidad que son entidades heterónomas vinculadas a la consecución de fines de interés general, y ambas circunstancias condicionan la autonomía en cuanto a la extinción de la entidad se refiere. Así, mientras que en otros tipos de personificaciones jurídicas como las cooperativas o las asociaciones, los socios disponen de libertad para disolver la entidad, en las fundaciones, la Ley establece una serie de supuestos más allá de los cuales queda fuera del alcance de la propia entidad la capacidad de decidir su extinción. Esta limitación no constituye una injerencia ilegítima en el derecho de fundación porque encuentra su justificación en dos elementos estructurales del derecho: el respeto a la voluntad del fundador y la prosecución del interés general. Ambos principios podrían verse frustrados en el supuesto de que el patronato pudiese acordar libremente la disolución de la entidad, de ahí las necesarias garantías fijadas, por una parte, en el establecimiento

de una lista de posibles causas; y por otra, en la intervención, muy intensa, del Protectorado en el proceso de fusión o extinción.

La fusión de fundaciones se trata en la LFE de manera separada a la extinción, si bien se desprende del artículo 30 LFE que la fusión, provoca, en todo caso, la creación de una nueva fundación (en la Ley se requiere identificación de primer patronato, inscripción registral, escritura pública y nuevos estatutos), y cuando existe oposición por parte de la fundación solo la pueden ordenar los Tribunales de Justicia –intervención que la Constitución solo reserva para la suspensión o disolución de las fundaciones–. La particularidad del régimen jurídico de la fusión es que en la Ley no se establecen causas que impliquen la fusión cuando ésta es acordada por el patronato, por ello, cabe entender que no estamos ante un supuesto extremo de imposibilidad de ejercer sus funciones, sino que bastará un simple criterio de oportunidad por parte del patronato⁹⁴⁷. Junto a esta fusión de carácter libre y voluntario, en la Ley (art. 30.4 LFE) se prevé que el Protectorado pueda instar la fusión en el supuesto extremo en que una fundación sea «*incapaz de alcanzar sus fines*» por cualquier causa. El patronato será el órgano facultado para acordar la fusión, aunque a instancias del Protectorado, y solo cuando aquél se niegue, la Administración podrá solicitar de los Tribunales que ordenen la fusión, en coherencia con lo dispuesto en 22.4 CE. En ambos casos, en la fusión voluntaria y en la obligatoria, la prohibición de fusión por parte del fundador es un obstáculo insalvable que abocará la fundación a su extinción.

Respecto a la extinción de la fundación, las causas posibles están contenidas en el artículo 31 LFE. Se trata, *a priori* de una lista cerrada, sin embargo la remisión a los estatutos permite la flexibilización de la lista. En dicho elenco figuran dos causas que GONZÁLEZ CUETO llama voluntarias, a saber, la expiración del plazo por el que la fundación fue constituida; y la concurrencia de una causa expresamente prevista en los estatutos o en el acto constitutivo, es decir, la existencia de una condición resolutoria impuesta por el fundador, principalmente⁹⁴⁸. Las otras causas previstas

⁹⁴⁷ GONZÁLEZ CUETO pone de relieve que la LFE/2002 no exige que la fusión se realice en interés de la fundación, como se establecía en el art. 27.1 LFE/1994. Sin embargo, entiende que se trata de un «*requisito no escrito ineludible*» (vid. GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios...*, op. cit., pág. 240).

⁹⁴⁸ GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios...*, op. cit., pág. 246.

son causas legales, que el legislador impone al patronato y, en consecuencia, constituyen límites expresos a la libertad de la fundación. Estas causas son la realización *íntegra* de los fines fundacionales; la imposibilidad sobrevenida (por motivos materiales o jurídicos) de la realización del fin fundacional; la fusión de la fundación; y cuando concurren otras causas previstas por las leyes.

Esta última causa permite una cierta abertura de las causas por la vía de una remisión al legislador. Dicha remisión al legislador merece que se realicen al menos dos apreciaciones: se trata de un reenvío a la ley formal, por tanto no cabe que norma alguna de rango infralegal establezca nuevas causas. Se trata, pues, de un requisito lógico cuando se trata de un derecho constitucional. Es obvio que estamos ante una parte de su contenido esencial –la desaparición del objeto del derecho– y por tanto, operan con toda su fuerza las garantías del artículo 53 de la Carta Magna. Sin embargo, esta limitación a la Ley formal no excluye, *per se*, la intervención del legislador autonómico que disponga de competencias en Derecho Civil⁹⁴⁹, lo que generará inseguridad jurídica y una notable complejidad⁹⁵⁰. Coincidimos con CARRANCHO HERRERO en que el legislador no debió dejar abierta esta vía en un precepto que ordena las condiciones básicas del ejercicio del derecho de fundación⁹⁵¹. Es un contrasentido considerar que las causas de extinción deben ser uniformes en todo el territorio nacional y, a continuación abrir la puerta para que determinadas Comunidades Autónomas puedan introducir –no eliminar las previstas en la LFE– particulares causas de extinción.

La segunda apreciación tiene que ver también con lo que se acaba de exponer. A simple vista, la cláusula que estamos comentado parece remitir a otro tipo de leyes que las leyes de fundaciones. En concreto, parece que se trata de una reiteración de

⁹⁴⁹ El artículo 335-4 del Código Civil Catalán introduce dos causas de disolución adicional a las previstas en la LFE: la ilicitud civil o penal de sus actividades o finalidades, declarada por sentencia firme; y la apertura de la fase de liquidación en el concurso.

⁹⁵⁰ CARRANCHO HERRERO, M.T., «La extinción de las fundaciones», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 8, enero-abril 1996, pág. 27.

⁹⁵¹ CARRANCHO HERRERO, M.T., «La extinción de las...», *op. cit.*, pág. 26.

lo dispuesto en el artículo 22.4 de la Constitución y, por tanto, se trata de una remisión a las leyes penales⁹⁵², y en consecuencia podría ser perfectamente prescindible⁹⁵³. En apoyo de este argumento debemos recordar que el artículo 32.3 LFE establece la necesaria resolución jurisdiccional decretadora de la extinción de la fundación cuando aquélla tenga lugar en aplicación de una de las causas previstas en leyes distintas de la LFE.

En definitiva, y aunque la doctrina ha criticado con dureza que el legislador, especialmente a partir de 2002, haya concedido en relación a la extinción de las fundaciones una posición reforzada de la voluntad del fundador, el juicio que nos merece esta regulación es positivo. Desde la perspectiva del derecho de fundación, es plenamente legítimo que el ordenamiento otorgue máxima protección a la voluntad del fundador, no solo porque es esencial al concepto de fundación, sino porque es una manera de estimular la participación en la consecución del interés público. La tensión que se produce entre interés particular e interés general es evidente, y en esta línea, es lógico que quien en ejercicio de su libertad destina parte de su patrimonio a la consecución del interés general obtenga la protección jurídica necesaria para que su gesto de liberalidad no se desvirtúe. Las críticas se basan en la idea de que en la disyuntiva entre el interés general y la voluntad del fundador, el ordenamiento debería favorecer la pervivencia de la fundación aún a costa de sacrificar el deseo expreso del instituyente. Es una crítica razonable y lógica, pero que se cohesta mal con el principio de autonomía de la voluntad que es base del ejercicio del

⁹⁵² Así lo entienden GONZÁLEZ CUETO (vid. GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios...*, op. cit., págs. 248-249) y CAFFARENA (vid. CAFFARENA LAPORTA, J., «La extinción de las fundaciones», en MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a...*, op. cit., pág. 471).

⁹⁵³ Al respecto, CAFFARENA afirma que «hubiera sido preferible para evitar equívocos que este apartado no existiera» (vid. CAFFARENA LAPORTA, J., «La extinción de las fundaciones», en MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a...*, op. cit., pág. 471); CARRANCHO HERRERO dice que es «innecesaria y en cierta medida improcedente» (vid. CARRANCHO HERRERO, M.T., «La extinción de las...», op. cit., pág. 26); por último GARCÍA-ANDRADE también afirma que estamos ante una cláusula que «en principio no sería necesaria si la extinción de las fundaciones la impusiesen normas con rango formal de Ley», pero para él «la genérica alusión a las leyes, podría estar abriendo la posibilidad de que normas de rango inferior dispongan la extinción de las fundaciones» (vid. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación*, op. cit., pág. 276). Por el contrario GONZÁLEZ CUETO mantiene la conveniencia de su inclusión en la Ley, no porque su omisión impidiese la aplicación del principio de legalidad en este supuesto, sino porque «parece técnicamente razonable recogerla aquí para evitar que su falta de mención [...] fuera malinterpretada, en el sentido de que a partir de la nueva Ley las causas de extinción de las fundaciones serían sólo las recogidas en ella, no operando las previstas en cualquier Ley anterior» (vid. GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios...*, op. cit., pág. 248).

derecho de fundación y, con la realidad de que la fundación no conlleva una vinculación a perpetuidad, sino duradera.

Desde la perspectiva objetiva del derecho de fundación, la existencia de causas de extinción tienen un efecto diametralmente opuesto. Así, si desde la perspectiva subjetiva constituyen una garantía de la libertad, desde la visión objetiva son un límite a la misma. Solo hay que contrastar este régimen con el que existe para las asociaciones. Pero ello no implica que deba juzgarse como un sistema inconstitucional o injusto. Las fundaciones tienen unas características específicas que justifican sobradamente que los patronos no puedan disponer absolutamente de la entidad. No lo pueden hacer en relación con el patrimonio, ni en relación con los fines y medios, y tampoco en relación con la extinción. De esta manera, las causas tasadas se configuran como un límite a la acción del patronato y como una garantía de la propia entidad tanto frente a su patronato como frente al Protectorado. La limitación *ex lege* de las posibilidades de disolución de la fundación es una consecuencia del interés general que persiguen y de la necesidad de proteger jurídicamente a los beneficiarios de las actividades de la fundación que, en última instancia, es toda la sociedad.

2.3. LIBERTAD EN LA GESTIÓN DE LA FUNDACIÓN

Las fundaciones son personas de derecho privado, en consecuencia, su régimen jurídico es el del derecho privado con las salvedades que la Ley establece para las fundaciones del sector público (STC 120/2011, de 6 de julio, FJ 7º). Esta caracterización implica, según el artículo 38 del Código Civil, que su actuación está sometida al principio de libertad, y que solo se someten a los límites establecidos en la Ley, y las fundaciones, además, en los estatutos y en la voluntad fundacional.

En el marco de esta libertad, el Tribunal Supremo ha identificado una serie de actos que desarrollan las fundaciones: los destinados a su constitución, los de modificación de su estructura interna, que tienen un carácter interno; y otra serie de actos que califica como externos que son aquellos por los que realizan actos de

tráfico jurídico y perfeccionan vínculos de esta naturaleza con otros sujetos de derecho⁹⁵⁴. Ya hemos abordado anteriormente las facultades de la fundación en relación con sus actos de carácter interno.

Procede, por tanto, hacer una referencia a los actos de carácter externo, es decir, aquellos que tienen efectos respecto de terceros. Entre estos actos destacan dos grupos: los de gestión patrimonial y los de realización de los fines fundacionales.

Respecto de estos últimos, la Ley exige que en los estatutos se determinen las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios. La propia LFE contiene en otros preceptos prescripciones de obligado cumplimiento (art. 27, por ejemplo) que establecen ciertas reglas para la aplicación de los recursos, si bien el fundador puede disponer en los estatutos reglas más específicas tales como la elevación del porcentaje de rentas e ingresos que se destinarán a los fines fundacionales, la preferencia de unos fines sobre otros o incluso la preferencia de unos beneficiarios sobre otros sin afectar a la exigencia de que se traten de colectividades genéricas⁹⁵⁵.

Sin embargo, la tónica general y, por lo demás prácticamente imprescindible, es que el fundador conceda al patronato la capacidad de actuar en la realidad concreta de la fundación. Así la elección de los medios en los que se realiza la actividad fundacional permite al patronato ejercer una notable libertad. Es el caso, por ejemplo, de una fundación cuya finalidad sea la educación de los niños sin recursos de un determinado municipio. El patronato deberá aplicar los recursos limitados de la fundación a conseguir la finalidad y para ello deberá determinar los medios. En esta determinación de los medios concretos –que puede haber hecho el fundador o no– podrá optar por conceder becas de transporte, becas de libros o de estancia, pero también podrá crear un centro docente, o limitar los beneficiarios a aquellos estudiantes que cursen estudios universitarios, o a los que cursen estudios obligatorios, y así un largo etcétera.

⁹⁵⁴ STS de 20 de diciembre de 2003, Sala III, Sección 7ª.

⁹⁵⁵ DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., «Los estatutos y su modificación», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 8, enero-abril 1996, pág. 72.

En este sentido, es razonable interpretar que en el ejercicio del derecho de fundación, la entidad está asistida de un *agere licere* que le permita adaptar, dentro del marco fijado por el triángulo voluntad del fundador, Ley y estatutos, y de la manera que estime oportuno, los recursos disponibles a los fines perseguidos. El Protectorado tiene encomendado velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, de acuerdo con la voluntad del fundador, y teniendo en cuenta la consecución del interés general; así como la verificación de si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales. Si se comprobase que ello no ha sido así, podrá instar las acciones de responsabilidad contra los patronos que correspondan (art. 35.2 LFE). El control del Protectorado en este punto no puede ser de oportunidad, sino exclusivamente de legalidad. De esta manera, la Administración no podrá llevar a cabo cualquier tipo de fiscalización sobre las fundaciones con la excusa de comprobar el efectivo cumplimiento de la voluntad del fundador⁹⁵⁶. En el sentido de lo dicho conviene recalcar que la capacidad del Protectorado para sancionar conductas contrarias a la Ley, a los estatutos o a la voluntad del fundador se limita a tres posibilidades: interponer la acción de responsabilidad contra los patronos, cesar a los patronos que no actúan de manera diligente, e impugnar aquellos acuerdos que son contrarios a los preceptos legales o estatutarios, en todo caso, en sede jurisdiccional.

La fundación, en estos supuestos, está asistida de su derecho a defender su posición como entidad, al margen de la posición jurídica que puedan asumir sus patronos.

El otro grupo de actos de la fundación en los que se despliega su actividad es la gestión patrimonial. Tradicionalmente esta ha sido la principal preocupación de las normas que han regulado las fundaciones. No podemos olvidar que precisamente las leyes desamortizadoras tenían por principal objetivo desposeer de patrimonio inmobiliario a los institutos de beneficencia. El legislador ha dotado de una importancia a la gestión patrimonial seguramente desmedida, y si hacemos caso a GARCÍA

⁹⁵⁶ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Comentario al artículo 32», en DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, pág. 296.

DE ENTERRÍA, contraproducente hasta abocar a las fundaciones a situaciones insostenibles en varios momentos de la historia⁹⁵⁷.

Pues bien, también en este ámbito el alcance de la libertad de que goza la fundación como persona jurídica está ampliamente coartado. Lo que ocurre es que en este tipo de actos las principales limitaciones provienen de la Ley, y no tanto de los estatutos o de la voluntad del fundador.

De hecho, es en este punto donde la evolución de la legislación más de manifiesto pone el cambio de mentalidad del legislador. Así se pasa de una legislación muy coercitiva, heredera directa del pensamiento desamortizador, a una legislación como la actual que proclama que el principio de libertad inspira la regulación del patrimonio fundacional⁹⁵⁸.

La realidad es que en la legislación se observan dos tendencias opuestas. La libertad y la desconfianza. La libertad que se concede a la fundación para gestionar según los criterios de su patronato y los del fundador, en su caso, su patrimonio. La desconfianza de la sociedad que obliga a establecer mecanismos de tutela y vigilancia de la acción de las fundaciones y evitar así posibles fraudes.

La evitación de estos fraudes, precisamente es lo que justifica originariamente la creación de un protectorado fiscalizador hoy superado⁹⁵⁹ por la configuración de un protectorado donde ganan fuerza las funciones de asesoramiento y fomento de las fundaciones.

La acción tutelar de la Administración en relación las fundaciones, en lo que a gestión patrimonial se refiere, ha pivotado históricamente en torno a dos modelos. El modelo más intervencionista es el de la autorización previa: determinados actos jurídicos de la fundación, para poderse realizar, deben ser autorizados *a priori* por el Protectorado; en ausencia de tal autorización, no se pueden realizar. Frente a este modelo, aparece un sistema más liberal –difícilmente podría tildarse de liberal en

⁹⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, fundaciones y sociedad civil», en DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.A. (dirs.), *Las fundaciones y la sociedad civil*. Madrid: Civitas, 1992, pág. 25.

⁹⁵⁸ Preámbulo de la LFE.

⁹⁵⁹ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Relaciones de las fundaciones con los protectorados», en DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.A. (dirs.), *Presente...*, *op. cit.*, pág. 97.

toda la extensión del término– que se articula a través de la comunicación posterior. Es decir, la fundación puede realizar el acto jurídico pero deberá comunicarlo inmediatamente al Protectorado, quien podrá ejercer las acciones de responsabilidad oportunas contra los patronos en caso de que hubiese lesión del interés de la fundación.

No es este el lugar de detallar cuáles son los actos sometidos a un régimen y cuáles a otro. Simplemente poner de relieve que estamos ante una decisión del legislador que no tiene reserva constitucional alguna, por lo que las Comunidades Autónomas que han legislado sobre la cuestión lo han hecho de manera diversa. Así la Legislación catalana permite la enajenación de cualesquiera bienes del patrimonio fundacional y solo requiere autorización previa en los supuestos en que así lo exijan los estatutos, lo haya establecido el donante del bien o si el beneficio obtenido de la enajenación no se reinvierte íntegramente en el patrimonio de la fundación (art. 333-1). En cambio la LFE establece una distinción entre dotación y bienes directamente vinculados y otros elementos patrimoniales, para someterlos al régimen de autorización previa o de comunicación posterior.

De la evolución legislativa postconstitucional se percibe que esta cuestión se sitúa en el margen de discrecionalidad del legislador infraconstitucional. Las distintas opciones del legislador se justifican, una vez más, en la protección de la voluntad del fundador y en la preservación del interés general que satisface la fundación, lo que nos lleva necesariamente al principio de conservación de la entidad. Desde la perspectiva del interés general, si el ordenamiento jurídico concede una determinada protección a la vinculación patrimonial, no es del todo irracional que el propio ordenamiento establezca pautas de control sobre dicha vinculación. Es decir, estamos ante medidas complementarias de las de supervisión y que tienen por finalidad última que la fundación no sea negligentemente desposeída de su patrimonio y, en consecuencia, se frustre el interés general perseguido.

Otra cuestión es si al establecer un rígido sistema de control de la actuación patrimonial el legislador está sobrepasando sus competencias y realizando una in-

jerencia ilegítima en la esfera exenta de la propia fundación. La respuesta es compleja, en parte porque conlleva una importante carga ideológica que se sitúa entre el intervencionismo y el liberalismo, como se ha visto.

En la línea de lo expuesto, no cabe duda que la opción más respetuosa con el principio de libertad que inspira nuestra Constitución es la de intervención mínima del Protectorado en la vida de las fundaciones. Sin embargo, nuestro modelo de fundaciones está íntimamente ligado a la existencia del Protectorado, y así lo ha reconocido expresamente el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, de 22 marzo) hasta el punto de derivar la existencia de aquél de la propia existencia de las fundaciones. Y entre las funciones que en nuestra tradición jurídica ha asumido el Protectorado se encuentra la de la supervisión de la gestión patrimonial y económica de las fundaciones. Por eso, quizás apostar por un sistema de libertad absoluta, en la que la actuación del Protectorado se limitase a ejercitar la acción de responsabilidad podría desnaturalizar nuestro modelo de fundaciones y, en parte, generar desconfianza social en estas instituciones.

No es, sin embargo, este razonamiento el que nos permitirá deslindar cuál es el modelo que mejor se ajusta a la Constitución. La respuesta hay que buscarla en el juicio de proporcionalidad entre la medida y sus efectos. Las fundaciones son, ya lo hemos dicho reiteradamente, unas entidades con características muy peculiares, en las que se combinan elementos heterónomos y autónomos, en las que confluye el interés particular y el interés general, sometidas al Derecho Privado y al Derecho Público. En estas condiciones, cuál sea el sistema de gestión patrimonial que mejor se ajuste al canon constitucional y al principio de libertad que propugna la Ley Fundamental solo puede responderse desde la garantía de una esfera de libertad de la entidad. Dicho en otras palabras, el sistema de intervención del Protectorado será constitucional si las decisiones en materia de patrimonio fundacional son adoptadas y ejecutadas por los órganos competentes de la fundación, tanto las decisiones principales como las ordinarias, y ello con independencia de que en el proceso de la toma de decisión intervenga o no el Protectorado. En este sentido, es necesario que la intervención de la Administración sea de carácter excepcional, justificada por la relevancia de los actos afectados, y sometida a criterios de razonabilidad. En relación con estos criterios nos parece adecuada la delimitación que realiza GARCÍA-ANDRADE

GÓMEZ que considera que son criterios de legalidad y oportunidad negativa, entendida como tal, la vulneración del recto ejercicio del derecho de fundación, destinar los recursos a fines distintos a los fundacionales o el quebrantamiento de la obligación del patronato de mantener plenamente el rendimiento y utilidad de los bienes y derechos⁹⁶⁰.

El Reglamento de Fundaciones de competencia estatal (Real Decreto 1.337/2005, de 11 de noviembre) contiene la expresión de este necesario equilibrio entre control y autonomía, cuando se afirma en su artículo 41 que «*el Protectorado se ejerce respetando la autonomía de funcionamiento de las fundaciones y con el objetivo de garantizar el cumplimiento de la legalidad y de los fines establecidos por la voluntad fundacional*».

No cabe duda, de que a la luz de lo dicho, tanto los sistemas de autorización previa como los de comunicación posterior son respetuosos con el derecho de la fundación a ejercer el derecho constitucional reconocido en el artículo 34. Pero hay que insistir en que la habilitación al legislador no le permite establecer un control férreo o a sustituir en la toma de decisiones patrimoniales a los órganos de la fundación.

⁹⁶⁰ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación, op. cit.*, pág. 158.

CAPÍTULO XI

LÍMITES CONSTITUCIONALES AL DERECHO DE FUNDACIÓN

El proceso de concreción de los límites de los derechos fundamentales es objeto de una importante discusión doctrinal, que tiene su principal foco en Alemania. MEDINA GUERRERO identificó hace años, siguiendo a DE OTTO, la existencia de una concepción estricta del contenido de los derechos fundamentales y una concepción amplia de aquéllos. En el primer caso, los límites inmanentes o intrínsecos operan como elementos del propio contenido del derecho y se accede a ellos por medio de la interpretación jurídica, como hemos visto páginas atrás. Por el contrario, la concepción amplia identifica el contenido del derecho a través de la selección «*con la mayor extensión posible, [de] todas y cada una de las facultades y posiciones directamente relacionadas con el derecho...*» y, posteriormente, recurre a acotar este contenido con los límites inmanentes tomando como referente los demás derechos y bienes constitucionales⁹⁶¹.

Este mismo autor es de la opinión que el Tribunal Constitucional ha optado por la seguir la tesis estricta en líneas generales ⁹⁶², según la cual los límites inmanentes forman parte del contenido del derecho y, en consecuencia no constituyen límites en sentido estricto, sino elementos delimitadores del alcance del derecho. En estos casos, la acción del legislador se circunscribe a «reproducir unas restricciones *ex Constitutione*». También hay que incluir entre estos límites a aquellos que se proyectan sobre el contenido del derecho a partir de la teoría de la unidad de la Constitución y su coherencia interna, esto es, por la necesaria armonización de los derechos y libertades fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos⁹⁶³.

⁹⁶¹ MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996, págs. 61-62.

⁹⁶² MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador...*, *op. cit.*, pág. 70.

⁹⁶³ MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador*, pág. 71.

JIMÉNEZ CAMPO, partiendo de un planteamiento similar, desciende al mayor detalle y habla de «delimitación constitucional» que engloba una delimitación directa, esto es, «*la descripción del derecho fundamental por la norma que lo enuncia*»; y una indirecta, que es «*el reconocimiento constitucional de otros derechos y bienes, cuya afirmación y garantía “constrañe” la expansión irrestricta según su enunciado aislado, del respectivo derecho*»⁹⁶⁴.

Por el contrario, los límites extrínsecos son aquellos elementos que impiden el desarrollo de las facultades propias del derecho de manera expresa en determinadas circunstancias. Al tratarse de derechos, consagrados en la Constitución, el establecimiento de estos límites no se encuentra al alcance del legislador, sino que hay que obtenerlos del propio texto constitucional.

1. LOS LÍMITES INTRÍNSECOS O INMANENTES

Como hemos dicho de manera reiterada, estos límites son los que se encuentran incluidos, expresa o implícitamente, en el enunciado constitucional del derecho.

En el caso del derecho de fundación consagrado en el artículo 34 de nuestra Ley Fundamental aparece de manera meridianamente claro como límite intrínseco el interés general como finalidad que deben perseguir las fundaciones. Se trata de un límite de los que JIMÉNEZ CAMPO denomina directos. De esta manera se veda constitucionalmente, como afirma la práctica unánimidad de la doctrina, la viabilidad de fundaciones que persigan fines de interés particular.

Pero este no es el único límite inmanente se encuentra incluido en el enunciado del artículo 34 de la Constitución. Junto a este límite habría que incluir aquel que excluye la titularidad de este derecho a las personas jurídico-públicas. Es una consecuencia coherente con el límite de que hemos hablado en el párrafo anterior:

⁹⁶⁴ JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales, concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999, pág. 39-40.

solo se entiende la limitación a los fines de interés general si quien constituye una fundación tiene fines con otro carácter.

Este razonamiento ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 120/2011, de 6 de julio (FJ 5º) al afirmar que:

«... la creación de fundaciones por las personas jurídico-públicas no constituye el ejercicio del derecho de fundación proclamado en el art. 34.1 CE.

[...]

A ello debemos añadir ahora que la proclamación del derecho de fundación para fines de interés general (art. 34.1 CE) implica el reconocimiento de un derecho de libertad cuyo ejercicio permite a los particulares participar en la realización de actividades de interés general a través de la creación de una organización permanente dotada de personalidad jurídica propia y diferenciada del instituyente. De la proclamación constitucional de este derecho fundamental no se deriva, en consecuencia, el reconocimiento de la capacidad para constituir fundaciones por parte de las personas jurídico-públicas.»⁹⁶⁵

De la redacción constitucional es inviable deducir más límites al derecho constitucional de fundación. El debate sobre si los bienes que forman la dotación fundacional deben estar sometidos a una vinculación permanente a los fines de interés general, que por parte de la doctrina se consideró tradicionalmente como un límite a este derecho, no constituye, sin embargo tal limitación. Lo ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en su Sentencia 341/2005, de 21 de diciembre (FJ 7º):

« ... de la doctrina constitucional elaborada en esta materia no puede deducirse que forme parte de esa imagen reconocible de la institución preservada por el art. 34 CE la afectación perpetua de los bienes o derechos al servicio de intereses generales. El interés jurídico protegido por el art. 34 CE exige que los bienes y derechos con que se dote a la fundación sirvan al “interés general” en tanto subsista el ente fundacional, pero no prescribe la permanente afectación tras la extinción de la fundación».

Es decir, ni se deduce del enunciado constitucional la vinculación perpetua de los bienes adscritos a la fundación, ni el juego entre los distintos derechos, liber-

⁹⁶⁵ El subrayado es nuestro.

tades y bienes constitucionalmente protegidos, esto es, el principio de unidad constitucional, imponen la limitación al derecho de fundación que supondría la permanente adscripción de los bienes al interés general.

Existe un tercer límite, indirecto. Lo constituye la llamada al legislador infraconstitucional a delimitar el derecho de fundación. Cuando en el artículo 34.1 de garantiza el derecho de fundación para fines de interés general, «*con arreglo a la Ley*», se está ante una llamada a la colaboración del legislador en la delimitación del contenido del derecho de fundación. Según MEDINA GUERRERO es esta una *reserva cualificada* son «*unas concretas vías por las que el legislador debe necesariamente avanzar al regular los límites inmanentes del derecho de que se trate*»⁹⁶⁶. Aplicado al derecho de fundación, esta reserva mandata al legislador para determinar el concepto indeterminado de interés general, principalmente, y los medios con los que las fundaciones pueden perseguirlo.

En la ausencia de este inciso en el artículo 22, MUÑOZ MACHADO ha considerado que del artículo 34 «*parece derivarse una mayor libertad al legislador, al que el propio constituyente se remite para definir el ámbito lícito del derecho de Fundación, mientras que la libertad del legislador en el caso de las asociaciones es mínima. El derecho de Fundación es un derecho más delimitado desde las leyes; el derecho de asociación es un derecho cuya definición o regulación aparece prácticamente concluida en la Constitución, sin que sea posible hacer añadidos por vías legislativas ulteriores*»⁹⁶⁷ y añade que esta expresión es la manifestación de la dejación en manos del legislador de la potestad «*de definir entero el contenido del derecho*». En nuestra opinión, sin embargo, ya lo hemos dicho, la llamada al legislador en este punto debe afrontarse desde una perspectiva mucho más restrictiva de lo que parece apuntar este autor⁹⁶⁸.

⁹⁶⁶ MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador...*, op. cit., pág. 77. En sentido similar, también JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales...*, op. cit., pág. 41.

⁹⁶⁷ MUÑOZ MACHADO, S., «*Las Fundaciones en la Constitución*»..., op. cit., pág. 23.

⁹⁶⁸ MUÑOZ MACHADO, S., «*Las Fundaciones en la Constitución*»..., op. cit., pág. 26.

Así, por ejemplo, la naturaleza del registro en relación con las fundaciones, si se compara con el derecho de asociación, entendemos que no se deriva necesariamente de un apoderamiento al legislador, sino del hecho que en el artículo 22 el constituyente establece un sistema registral para las asociaciones o, mejor dicho, veta un determinado modelo registral, el constitutivo.

Siguiendo el razonamiento de MEDINA GUERRERO, esta es la posición más razonable, toda vez que en el artículo 53.1 de la Constitución se establece una habilitación genérica al legislador para regular el ejercicio de los derechos contenidos en el Capítulo Segundo del Título I, entre los que se encuentra el derecho de fundación. Según el citado autor, la *reserva general* del artículo 53.1 «*permit[e] al legislador descifrar con carácter general los límites inmanentes*»⁹⁶⁹. Es decir, identificar aquellos elementos que desde la perspectiva del ejercicio del derecho configuran el conjunto de facultades y capacidades que se engloban en él.

Sin embargo, ¿por qué la cláusula «*con arreglo a la Ley*» debe interpretarse como un límite específico y no como un correlato de la garantía institucional o de la garantía de contenido esencial? Por dos motivos. El primero es que la garantía institucional opera *per se*, sin necesidad de intervención del legislador y, por tanto, la llamada al legislador en este punto sería ociosa como pone de relieve que no se haga en el caso del derecho de asociación, por ejemplo. El segundo es que la garantía de contenido esencial ya encuentra su reserva legal específica en el artículo 53.1 y, por tanto, es innecesaria reiterarla en el artículo 34.1.

2. LOS LÍMITES EXTERNOS: LA REMISIÓN AL ARTÍCULO 22

Los límites externos inciden en el ejercicio del derecho, no en su delimitación abstracta⁹⁷⁰. Por tanto, su efectividad se produce necesariamente una vez que se ha producido la prehensión constitucional del contenido del derecho.

Estos límites se caracterizan por su carácter expreso, esto es, figuran literalmente en la Carta Magna y, por tanto, son indisponibles para el legislador infraconstitucional. Y precisamente por ello, su interpretación debe realizarse de una manera restrictiva rigiendo el principio de *favor libertatis*⁹⁷¹.

⁹⁶⁹ MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador...*, op. cit., pág. 76.

⁹⁷⁰ STC 127/2004, de 19 de julio, FJ 3º.

⁹⁷¹ STC 193/2012, de 29 de octubre, FJ 5º.

El apartado segundo del artículo 34 de la Constitución contiene lo que, según la posición que venimos manteniendo, son los límites externos al derecho de fundación. Se trata de una redacción extravagante en nuestra Ley Fundamental y que responde al proceso de aprobación de la Constitución, en cuyo origen el derecho de fundación y el derecho de asociación estaban regulados en un mismo artículo, el número 22 del Proyecto constitucional.

Esta remisión está formada, en principio, por una norma limitadora (art. 22.2) y por un precepto de garantía del derecho (art. 22.4).

2.1. LAS FUNDACIONES ILEGALES

2.1.1. La compleja aplicación del artículo 22.2 CE a las fundaciones: ilicitud, ilegalidad y delitos

El apartado segundo del artículo 22 de la Constitución dispone:

«Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos son ilegales».

Puede parecer que estamos ante un precepto contradictorio, toda vez que al ser el Registro de fundaciones de carácter constitutivo no parece razonable que el encargado de éste realizase la inscripción de una entidad que persiguiese fines ilegales o utilizase medios tipificados como delito, sobre todo, cuando la propia Constitución limita las fundaciones posibles a aquellas que persigan fines de interés general: ¿se pueden perseguir fines de interés general mediante el uso de medios delictivos? La respuesta negativa parece obvia, pero dista de serlo⁹⁷².

Sin embargo, hay que presumir la virtualidad de este límite será cuando menos limitada. Prueba de ello es la práctica inexistencia de jurisprudencia reciente en

⁹⁷² CAFFARENA LAPORTA, J., «Constitución, modificación ..., op. cit., pág. 55.

la que se extingan fundaciones por esta causa. En consecuencia, es posible afirmar que estamos ante un supuesto de laboratorio.

Pero hay que matizar algunas cuestiones.

Lo primero es que esta limitación constitucional opera en dos ámbitos distintos y no necesariamente coincidentes. Una fundación puede perseguir fines de interés general –aparentemente– y utilizar para conseguirlo fines delictivos: por ejemplo, una fundación cuya finalidad sea la realización de actividades de integración de menores marginales y para conseguir fondos se dedique a la venta de mercancía falsificada. Más complejo es imaginar, sin embargo, el caso de una fundación que persiga fines considerados delictivos y que, no obstante, utilice medios lícitos para conseguirlos.

La Constitución no exige que se den ambos supuestos simultáneamente. Esto es, con que se dé una de las dos circunstancias será suficiente para que una fundación sea considerada *ilegal*. De esta manera se proscribire, no solo el uso de medios delictivos –*de facto*– sino la voluntad de delinquir expresada formalmente en los Estatutos, pues es este documento la referencia exclusiva para determinar el carácter de los fines⁹⁷³.

La segunda cuestión que conviene matizar es el alcance constitucional del término *ilegal*, aplicado a las fundaciones. Según GÓMEZ MONTORO es un calificativo este poco afortunado, si bien, en su opinión implica que las fundaciones que tengan

⁹⁷³ Sobre esta cuestión, precisamente, es ilustrativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sec. 1ª) núm. 180/2005, de 10 de mayo. En ella se sustancia una apelación contra una sentencia de Primera Instancia en la que se rechazaba la pretensión de los herederos de una persona que había instituido una fundación. Dichos herederos solicitaban, entre otras cuestiones, la nulidad de la constitución de la Fundación en cuestión por considerar que dicha entidad perseguía fines discriminatorios, racistas o xenófobos, además de carecer de un fin de interés general, pues en su opinión, en el fondo solo perseguía «*el boato y prurito personal del fundador*». En lo que toca a la licitud de los fines, los recurrentes basaban sus críticas en la existencia de una serie de afirmaciones en el testamento del fundador que, si bien, no se incorporan a los estatutos fundacionales, al entender de los recurrentes «*forman un sustrato y van a ser seguidas por los miembros del patronato [...] Tales injurias serían delictivas si fueran dirigidas contra persona concreta y determinada*». Sin embargo, la Audiencia rechaza el recurso al considerar que debe prevalecer la dicción literal –«*fehaciente*»– de los Estatutos sobre otras afirmaciones vertidas en sede testamentaria.

estos fines o utilicen estos medios carecen de la protección del ordenamiento jurídico y, además, están constitucionalmente prohibidas⁹⁷⁴. Esto lo dice el autor en relación con las asociaciones. En el caso de las fundaciones la conclusión es más evidente. La exigencia de un interés general y el requisito constitucional de que sea determinado «*con arreglo a la Ley*» imponen que el término *ilegal* conlleva necesariamente el de inexistencia. Una fundación ilegal es, *per se*, una antinomia.

En consecuencia, cuando una fundación, una vez constituida se encuentre en esta situación de ilegalidad deberá procederse a su disolución o, al menos, a su modificación estatutaria para salvar la ilegalidad *sobrevenida*. Volveremos sobre este aspecto.

Un tercer fleco relevante, apuntado por la doctrina en relación con las asociaciones, es la distinción entre medios y fines delictivos y medios y fines ilícitos. La Carta Magna se limita a considerar ilegales las fundaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito, no así las que persigan fines o utilicen medios ilícitos. Por ejemplo, una fundación que persiga el fomento del consumo de tabaco entre menores, no se sitúa en el ámbito de las fundaciones que persigan fines tipificados como delito. Pero es evidente que su finalidad es ilícita. Y su consecuencia es que el encargado del Registro no podrá proceder a su inscripción en tanto en cuanto persista en la búsqueda de fines ilícitos, pues ilicitud e interés general son elementos contradictorios entre sí. La cuestión queda así zanjada. No estamos entonces ante un caso de disolución de la fundación, sino de no constitución⁹⁷⁵. El interés general actúa desde esta perspectiva como un elemento igualador, a efectos prácticos, de ilicitud y delito.

En otro orden de cosas, hay que referirse a la remisión a la legislación penal que se produce en este artículo 22.2 de la Constitución, pues al referir la ilegalidad

⁹⁷⁴ GÓMEZ MONTORO, A.J. *Asociación, Constitución y Ley*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pág. 104.

⁹⁷⁵ En el caso de las asociaciones la situación es muy distinta. Las asociaciones no están sometidas a un régimen de registro constitutivo, por lo que la negativa de su acceso al registro, no implica necesariamente la negativa a su constitución, es decir, no niega el ejercicio del derecho. No obstante, podría suponer una vulneración del derecho de asociación. *Vid.* GÓMEZ MONTORO, A.J. *Asociación, Constitución ...*, *op. cit.*, pág. 186.

de las fundaciones a fines o medios tipificados como delito se está realizando un reenvío al Código Penal. Es decir, el tipo delictivo no se anuda necesariamente a un sujeto activo que tenga la figura jurídica de una fundación, sino que el tipo (fin o medio) debe ser contemplado como delito –en abstracto– por el Código Penal. Por lo tanto, como afirma FERNÁNDEZ FARRERES, habrá que estar a lo que el ordenamiento tipifica como delito para determinar si por su objeto o por su actividad concreta, la fundación es o no ilegal⁹⁷⁶. En este punto el problema, siguiendo a GÓMEZ MONTORO, se plantea en si esta habilitación al legislador se limita a la posibilidad de imputar tipos delictivos de las personas físicas a las fundaciones o si, por el contrario, cabe la creación de tipos específicos para las fundaciones que no se correspondan con tipos previstos para las personas físicas⁹⁷⁷. A este respecto, compartimos la opinión de FERNÁNDEZ FARRERES, quien afirma (refiriéndose al derecho de asociación):

«... mientras en la primera hipótesis [aquella en la que sólo se aplican los tipos generales] los límites quedan prácticamente fijados –a expensas, claro es, de la evolución del propio ordenamiento jurídico-penal–, en la segunda [aquella en la que se admite la creación de tipos específicos para las asociaciones] esa fijación queda mucho más imprecisa e incierta al poderse ir introduciendo nuevos tipos delictivos específicamente referidos a las asociaciones de manera que los límites al libre ejercicio del derecho de asociación, aun siendo estrictamente penales, quedarían de hecho en manos del legislador, que bien podría ir acumulando por esa vía singular nuevos supuestos que, incluso hipotéticamente, llegaran a convertir en puro espejismo la libertad asociativa.»⁹⁷⁸

Parece meridianamente claro que este precepto constitucional debe interpretarse restrictivamente y, por tanto, no pueden habilitarse limitaciones al derecho de asociación más allá de las que expresamente prevé la Carta Magna⁹⁷⁹.

⁹⁷⁶ FERNÁNDEZ FARRERES, G. *Asociaciones y...*, *op. cit.*, pág. 53.

⁹⁷⁷ GÓMEZ MONTORO, A.J. «Artículo 22», en: CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.). *Comentarios a la Constitución Española*. Las Rozas: Fundación Wolters Kluwer España, 2008, pág. 551.

⁹⁷⁸ FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Asociaciones y Constitución...*, *op. cit.*, pág. 61.

⁹⁷⁹ Ahora bien, el Código Penal vigente no prevé un precepto similar al artículo 515, pero en el que el sujeto activo del delito sean las fundaciones. Aquél considera *punibles* las asociaciones *ilícitas*, *teniendo tal consideración*:

«1.º *Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.*

3.º *Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.*

4.º *Las organizaciones de carácter paramilitar.*

Y si extendemos este razonamiento, por otra parte, nuclear en el régimen de los derechos contenidos en el Capítulo Primero del Título II⁹⁸⁰, al derecho de fundación obtenemos con facilidad que sólo podrán ser consideradas ilegales aquellas fundaciones que utilicen medios tipificados como delito o las que entre sus fines tengan la realización de actividades delictivas. Ni más ni menos. No cabe, pues, que el legislador infraconstitucional determine supuestos de ilegalidad de las fundaciones que sobrepasen el estrecho margen del artículo 22.2 CE. Ni siquiera mediante las leyes de fundaciones cabría la posibilidad de introducir nuevos supuestos. Por ello, como se ha defendido anteriormente y así lo han dicho los tribunales, la interpretación que el legislador deba hacer del interés general debe ser lo más amplia posible para evitar, precisamente, el riesgo apuntado por FERNÁNDEZ FARRERES en orden a limitar excesivamente el derecho de fundación.

5.º Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello»⁹⁷⁹.

Este enunciado normativo plantea como principal cuestión si cabe una aplicación analógica del mismo a las fundaciones. Es decir, si se puede completar la remisión realizada por el artículo 34.2 CE con esta

La primera de ellas tiene que ver con el encaje de este precepto en los márgenes del artículo 22.2 CE. Y no es exacto. De hecho, solo el primer inciso del apartado primero y el apartado tercero responden con cierta exactitud al artículo 22.2 de la Constitución. La Constitución no establece la ilegalidad de las asociaciones que persigan la comisión de faltas⁹⁷⁹. El apartado tercero de este artículo 15 tampoco coincide exactamente con el mandato constitucional, pues es evidente que existen más medios delictivos que los violentos o de control de la personalidad para su consecución, por ejemplo, la estafa.

Respecto del apartado cuarto, que sí que se ciñe literalmente a lo dispuesto en el artículo 22.5, por expresa voluntad del constituyente y por simple lógica, no es aplicable a las fundaciones.

Por último, el apartado quinto de este artículo 515, en sí mismo es una concreción de lo ya dispuesto en el apartado 1º, ya que el artículo 510 del Código Penal tipifica como delito la provocación «a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía».

Por tanto, la aplicación de lo dispuesto en este artículo a las fundaciones solo se produce en lo dispuesto en los apartados 1º, 3º y 5º.

En nuestra opinión, la actual redacción de este precepto merece una importante crítica por dos motivos. De una parte, el legislador debería haber contemplado el mandato contenido en el artículo 34.2 de la Constitución e incorporar a las fundaciones en la dicción del precepto, mejorando así la técnica jurídica.

Ahora bien, centrando el objetivo en el carácter delictivo de fines y medios la Constitución está realizando de nuevo una habilitación al legislador –en este caso orgánico– para que complete el mandato limitador. Y en este caso, el legislador goza de un notable margen de maniobra, ello es así, porque dependerá del catálogo de delitos tipificados el alcance de este límite.

⁹⁸⁰ En la STC 193/2012, de 29 de octubre, el Tribunal se refiere a «la obligada pauta de la interpretación en el sentido de la mayor efectividad del derecho fundamental y de la correlativa interpretación restrictiva de sus límites» (FJ 5º).

De hecho, desde esta perspectiva de la ilegalidad de las fundaciones nuestro ordenamiento jurídico-penal ofrece una significativa curiosidad: los límites que el Código Penal aplica a las asociaciones son más amplios que los que aplica a las fundaciones. Veámoslo.

Ya hemos dicho que la remisión del artículo 22.2 CE está vinculada al catálogo general de tipos delictivos. Y en coherencia con ello, el legislador criminal no ha contemplado la existencia de tipos específicos para las fundaciones. Las fundaciones no aparecen como sujetos activos de ningún tipo de delito. Por tanto, el reenvío realizado por el artículo 22.2 CE no ha sido objeto de ningún desarrollo en la legislación.

Sin embargo, en el caso del derecho de asociación, y a pesar de las críticas que se han expuesto de la doctrina, en el Código Penal no solo se han tipificado delitos específicos cuyo sujeto activo es una asociación, sino que, además, se han ampliado sensiblemente en la legislación penal los límites previstos por la Constitución. El precepto de referencia en el citado cuerpo legal es el actual artículo 515. Este considera *punibles* las asociaciones *ilícitas, teniendo tal consideración*:

«1.º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.

3.º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.

4.º Las organizaciones de carácter paramilitar.

5.º Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello»⁹⁸¹.

Este precepto debe ponerse en conexión con el artículo 38 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, del derecho de Asociación:

⁹⁸¹ El punto 2º, en el que se consideraba asociaciones ilegales «*Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas*», fue suprimido en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, pues se consideró que este tipo de organizaciones no constituían propiamente asociaciones.

«1. Salvo los supuestos de disolución por voluntad de los asociados, las asociaciones sólo podrán ser suspendidas en sus actividades, o disueltas, por resolución motivada de la autoridad judicial competente.

2. La disolución de las asociaciones sólo podrá declararse en los siguientes casos:

a) Cuando tengan la condición de asociación ilícita, de acuerdo con las leyes penales.

b) Por las causas previstas en leyes especiales o en esta ley, o cuando se declare nula o disuelta por aplicación de la legislación civil.»

El apartado 2.b) que se acaba de reproducir abre, sin duda, un acceso al legislador que parece que va más allá de los límites establecidos en la Constitución para este derecho, pero no es este nuestro objeto.

En todo caso, y en aplicación del principio de legalidad penal, no cabe una aplicación analógica de este precepto a las fundaciones. El enunciado es claro y taxativo: *«las asociaciones»*. Por ello, al limitarse a las asociaciones la ampliación desmesurada de los límites que supone no se aplicará a las fundaciones.

Hay que recordar con FERNÁNDEZ FARRERES que la tipificación de conductas específicas de las asociaciones es un exceso respecto del límite previsto por el artículo 22.2 CE. Pero se da.

Además, es cuestionable el encaje del citado artículo 515 en los márgenes del artículo 22.2 CE. Únicamente el primer inciso del apartado primero y el apartado tercero responden con cierta exactitud al artículo 22.2 de la Constitución. La Constitución no establece la ilegalidad de las asociaciones que persigan la comisión de faltas⁹⁸², lo que sin duda supone una extralimitación del legislador cuyo análisis no corresponde aquí pero cuya más que posible inconstitucionalidad merece la pena reseñar. Por su parte, el apartado tercero de este artículo 515 tampoco coincide exactamente con el mandato constitucional, pues es evidente que existen más medios delictivos que los violentos o de control de la personalidad para la consecución de los fines de una asociación, por ejemplo, la estafa. En este supuesto, al contrario

⁹⁸² Este segundo inciso, relativo a las faltas, se introdujo en el Código Penal a través de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, sin mayores explicaciones en el preámbulo.

que en el anterior, el legislador reduce aparentemente el espectro marcado en la Constitución, aunque como se ha dicho, al tratarse de conductas específicas de asociaciones, realmente no lo reduce pues es un supuesto distinto del contemplado *ex* artículo 22.2 CE.

Respecto del apartado cuarto del artículo 515 del Código Penal que sí que se ciñe literalmente a lo dispuesto en el artículo 22.5, por expresa voluntad del constituyente y por simple lógica, no es aplicable a las fundaciones, pues no caben las fundaciones «paramilitares».

Por último, el apartado quinto de este artículo 515, en sí mismo es una concreción de lo ya dispuesto en el apartado 1º, ya que el artículo 510 del Código Penal tipifica como delito la provocación *«a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía»*.

2.1.2. El carácter sobrevenido de la ilegalidad

Llegados a este punto de análisis y una vez delimitado el régimen de ilicitud de las fundaciones hay que plantearse qué ocurre cuando la ilicitud o el carácter delictivo es sobrevenido. Esto es, cuando una fundación que en su escritura fundacional perseguía fines de interés general plenamente legítimos y utilizaba medios amparados por el ordenamiento jurídico, y por ello no sufrió tacha alguna en el momento de la inscripción por el encargado del Registro, de repente, en virtud de una modificación normativa, deviene ilegal.

Por ejemplo, una fundación creada para promocionar el consumo de tabaco en locales públicos, tras la entrada en vigor de una prohibición legal de esta actividad. En este caso, el régimen jurídico de las fundaciones es distinto del que rige para las asociaciones, pues la propia LFE prevé expresamente en su artículo 31 c) la ex-

tinción de la entidad cuando sea imposible la realización de los fines. Y en este supuesto hay que situar la ilicitud o la tipificación sobrevenida de los fines fundacionales. Como vía para mantener la vigencia de la fundación el propio ordenamiento jurídico establece la posibilidad de modificar los estatutos para salvar esta situación, siempre que el fundador no hubiese puesto una cláusula prohibitiva para ello. Este cambio estatutario, o esta extinción, podría ser instada bien por el propio órgano de gobierno de la entidad, bien por el Protectorado. Pero además, la propia legislación de fundaciones prevé que aquella cláusula contraria a la Ley «*se tendrá por no puesta*» en los estatutos «*salvo que afecte a la validez constitutiva*» de la fundación (art. 11.2 LFE)⁹⁸³. Bien es verdad, que este precepto está previsto para los casos en que se redacten unos estatutos *ex novo* o reformados, no para el supuesto de una ilegalidad sobrevenida. Pero entendemos que cuando esta ilegalidad tenga un carácter no esencial para los fines de la fundación y para los medios, y en tanto se modifiquen los estatutos, es posible considerar que la cláusula no está puesta.

Sin embargo, cuando la ilegalidad se proyecte sobre los fines esenciales, es decir, los que definen la personalidad de la fundación, o sobre los medios principales, no cabrá otra vía que la modificación inmediata de los estatutos o, en su caso, la extinción de la fundación.

2.1.3. Caracteres de la ilegalidad

Es inexistente, hasta donde hemos podido comprobar, la jurisprudencia que establezca la disolución de fundaciones por causa de su ilegalidad, es decir, por aplicación del artículo 22.2 CE.

Como se ha apuntado, existe una sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres⁹⁸⁴ en la que el Tribunal considera, ante la demanda de los herederos de un

⁹⁸³ Igualmente, en la disposición transitoria primera.4 se establece el mismo criterio para las llamadas fundaciones «a fe y conciencia», es decir, aquellas a las que el fundador eximió del sometimiento al protectorado de la Administración y convirtió esta característica en una causa de disolución.

⁹⁸⁴ Sentencia 256/2005, de 10 de mayo.

fundador de que se ordene la disolución de una fundación en base a su ilicitud, que ni los fines estatutariamente establecidos ni los medios, también estipulados en dichos estatutos, son contrarios al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no procede la declaración de ilegalidad de la fundación. Esta perspectiva aparentemente formalista, sobre todo si se tiene en cuenta que los demandantes alegaban una serie de afirmaciones racistas y xenófobas realizadas por el fundador en el testamento por el que se instituyó la fundación y que, después no se incorporaron a los estatutos, no implica que se excluya una visión fáctica a la hora de valorar la concurrencia de los supuestos de ilegalidad en las fundaciones. De hecho, en este caso, los responsables de la fundación tampoco desarrollaban actividades que mereciesen tacha respecto a su interés general.

Pero como hemos dicho son prácticamente inexistentes los pronunciamientos sobre ilegalización de fundaciones. En relación con las asociaciones existe algo más de jurisprudencia, si bien hay que matizar que el grueso de pronunciamientos de los Tribunales sobre asociaciones ilícitas responden a un tipo organizativo que está muy lejos de las fundaciones, pues son grupos o agrupaciones creadas para delinquir y que, en su gran parte, no responden a un proceso jurídico de formación (estatutos, registro...).

Sin embargo, recientemente, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre entidades vinculadas al entorno de la banda terrorista ETA. Y esta jurisprudencia es especialmente útil, pues afecta a asociaciones constituidas formalmente, que aparentemente cumplen todos los requisitos que establece la Ley para ejercer el derecho de asociación. Estas sentencias podrían sernos útiles. Con todo y con ello, en estas sentencias se aplican tipos delictivos contenidos en el artículo 515 del Código Penal que, como hemos visto, no son aplicables a las fundaciones por tratarse de un tipo específico de las asociaciones.

Ahora bien, ello no implica que a través de alguna de estos pronunciamientos podamos determinar algún criterio de actuación ante la eventual aplicación del artículo 22.2 CE en relación con el derecho de fundación.

En primer lugar, el Tribunal Supremo ha identificado una serie de circunstancias que deben darse para que exista una *asociación*: «... pluralidad de partícipes,

*estructura definida, distribución de funciones, órgano directivo y vocación de permanencia...»⁹⁸⁵ y «el fin de la asociación, –en el caso del artículo 515.1, inciso 1º, C.P.–, ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar»⁹⁸⁶. No se trata de una exigencia absoluta de formalidad. Sin embargo, en las fundaciones es obvio que no cabe la existencia de fundaciones *informales*, por tanto, el requisito de constitución formal es ineludible.*

Por otra parte aunque cabe la ilegalidad de una fundación por aquellos fines y medios establecidos en sus estatutos, también cabe la posibilidad de que siendo aquéllos perfectamente lícitos, el ejercicio de las actividades por parte de la fundación –de sus órganos– puede ser delictivo y perseguir fines delictivos. Y en este caso, sí que procederá la ilegalización en aplicación del artículo 22.2 CE. La doctrina del Tribunal Supremo, *mutatis mutandis*, requiere que estemos ante un ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de fundación que consagra el artículo 34 de la Constitución⁹⁸⁷ para que se dé lugar a la aplicación de este límite.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 480/2009, de 22 de mayo (Sala de lo Penal), en el conocido como caso EKIN, en relación a asociaciones que constituían instrumentos de la banda terrorista ETA afirmó que el delito de asociación ilícita, que es el tipo penal contemplado en el artículo 515 CP –y que insistimos en que no es aplicable a las fundaciones– posee una *«justificación político-criminal, que con las conductas descritas en el tipo penal se está "abusando" de la libertad de asociación, al emplear el espacio constitucionalmente reconocido a dicha libertad para llevar a cabo conductas que son ilegales»*. En este tipo penal, por tanto, el *«el bien jurídico protegido lo constituye el ejercicio del derecho constitucional de asociación, comportando los supuestos tipificados claras extralimitaciones al ejercicio constitucional de tal derecho. Lo relevante es que una cosa es el bien jurídico que protege el tipo de asociación ilícita y otra el que se protege en la posterior acción delictiva que se cometa, de forma que el delito de asociación ilícita tiene sustantividad propia ba-*

⁹⁸⁵ STS 4686/2012, de 2 de julio, de la Sala de lo Penal, (Fdd 3º).

⁹⁸⁶ STS 480/2009, de 22 de mayo, de la Sala de lo Penal, (Fdd 1º).

⁹⁸⁷ STS 4686/2012, de 2 de julio, de la Sala de lo Penal, (Fdd 3º).

sada en un bien jurídico singular, como lo demuestra el hecho que la asociación es anterior a la puesta en peligro de los bienes jurídicos de la acción delictiva subsiguiente, consumándose desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva»⁹⁸⁸. Y añadía el Tribunal citando su jurisprudencia previa que «[e]n todo caso se trata de un bien jurídico diferente del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó». Además, «[e]l delito de asociación no se consuma cuando en ese desenvolvimiento se cometen determinadas infracciones, sino desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva [...] [p]or ello [...] el delito de asociación ilícita, cuando se orienta a la comisión de delitos o cuando la asociación decide cometerlos una vez constituida "no requiere que el delito perseguido por los asociados llegue a cometerse, ni siquiera que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo". Sin embargo, será preciso acreditar alguna clase de actividad de la que se pueda deducir que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción, aunque sea bastante a estos efectos con la decisión de hacerlo, traducida en actos externos. Tal actividad puede referirse a múltiples aspectos relacionados con la finalidad delictiva, tanto a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento y medios materiales para sus fines, a la preparación o ejecución de acciones o a la ayuda a quienes las preparan o ejecutan o a quienes ya lo hayan hecho». Y concluye el Tribunal el primer fundamento de Derecho de esta sentencia afirmando que «no cabe confundir [...] el delito de asociación ilícita para delinquir con el delito o delitos cometidos al desenvolver el fin social; ni puede tampoco considerarse la pluralidad de sujetos integrada en la asociación como un caso de codeincuencia o coparticipación en los delitos de posterior comisión, ni siquiera cuando ésta lo es a título de conspiración para delinquir, la diferencia está en el carácter de inestabilidad de su existencia y en la concreción del delito a realizar, que la conspiración presenta, frente a la asociación ilícita para delinquir en la que existe estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa y una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar».

Aplicando todo lo que se acaba de exponer al derecho de fundación hay que reiterar que no existe un tipo delictivo específico de las fundaciones. Por tanto, no

⁹⁸⁸ STS 480/2009, de 22 de mayo, de la Sala de lo Penal, (Fdd 1º).

existe una protección concreta del bien jurídico «derecho de fundación» y, en consecuencia, su abuso o uso fraudulento carece de sanción penal para la propia entidad. Esta es una diferencia importante con las asociaciones que, por lo demás, hemos considerado anteriormente más respetuosa con el ordenamiento constitucional que la que rige para aquéllas.

En segundo lugar hay que reseñar que solo cabrá la ilegalidad de las fundaciones ya constituidas por la comisión de delitos tipificados como tales con independencia de si su actor es una fundación, otra persona jurídica o una persona física. Por tanto, el bien jurídico protegido es aquel que protege específicamente el tipo delictivo.

En tercer lugar cuando la fundación persiga fines delictivos o utilice medios delictivos estos deberán ser reales y efectivos. Una vez confirmado que una fundación que en sus estatutos incorporase cláusulas prohibidas *ex artículo 22.2 CE* ha de ver necesariamente vetado su acceso al Registro y, por ende, su misma existencia, no cabe entender que una fundación pueda ser declarada ilegal por su ánimo o intenciones. Éstas se manifiestan en los estatutos y en los actos de su órgano de gobierno. En este segundo caso no estaremos ya ante intenciones sino ante actos (acuerdos) que aunque no se lleven a la práctica en su totalidad o en parte pueden constituir, según la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta, expediente suficiente para decretar la disolución de la fundación.

2.1.4. La responsabilidad de las fundaciones

En realidad, la fundación como tal no tiene otra voluntad ni realiza otras acciones que aquellas que decide su patronato y sus órganos de gobierno, por tanto, en este punto la atribución de conductas delictivas a la entidad es mucho más sencilla que en el caso de las asociaciones donde, además de los órganos rectores, existe una masa social a quien, en ocasiones, la jurisprudencia ha atribuido actuaciones

que han comportado la disolución de la asociación⁹⁸⁹, y es que a veces, a la vista de los comportamientos de la asociación (a través de sus órganos rectores) y de sus socios, puede concluirse que sus fines o sus medios son delictivos⁹⁹⁰.

En estos casos, la respuesta ya no es necesariamente la disolución de la fundación y la apertura del proceso de liquidación, pues la introducción de la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha abierto el abanico de sanciones, hasta el punto de recluir la disolución a supuestos especialmente patológicos.

Y ello con independencia de las consecuencias penales que para patronos y, en su caso, personal de la fundación pueda acarrear la comisión de los delitos enjuiciados.

Así, en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal, se introdujo un nuevo artículo en este cuerpo legal, el 31 *bis* en el que se contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta responsabilidad responde a dos tipos de conductas distintas. Por una parte, la realización de delitos en nombre o por cuenta de la entidad y en su provecho, por parte de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho. Por otra se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados:

«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable

⁹⁸⁹ STS 5971/2012, de 19 de septiembre, de la Sala de lo Penal.

⁹⁹⁰ GÓMEZ MONTORO, A.J. «Artículo 22». En: CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.). *Comentarios ...*, op. cit., pág. 552.

no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.»

El tipo de delitos que pueden imputarse a raíz de este precepto a las personas jurídicas, incluidas las fundaciones, son los siguientes; tratándose de una lista *numerus clausus*: tráfico de órganos (art. 156 *bis*); trata de seres humanos (art. 177 *bis*); prostitución y corrupción de menores (art. 189); descubrimiento y revelación de secretos (art. 197); estafas (art. 251 *bis*); insolvencias punibles (art. 261 *bis*); actividades de *pirateo* informático (art. 264); delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (art. 288); receptación y blanqueo de capitales (art. 302); delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 *bis*); inmigración ilegal (arts. 318 y 319); delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 327 y 328); delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343); delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes (art. 348); tráfico de drogas (art. 369 *bis*); falsificación de tarjetas de crédito y de débito y de cheques de viaje (art. 399 *bis*); cohecho (art. 427); tráfico de influencias (art. 430); corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445); y financiación del terrorismo (art. 576 *bis*).

Las penas que se prevén en el Código Penal como respuesta a la comisión de estos delitos por personas jurídicas se encuentran delimitadas en el artículo 33.7 del Cuerpo Legal:

«Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

a) Multa por cuotas o proporcional.

b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.»

En este catálogo, la pena básica es la multa, sin perjuicio de que en casos especialmente graves, se apliquen otras penas⁹⁹¹. Entendemos que este catálogo de penas es respetuoso con los límites establecidos en el artículo 34.2 de la Constitución respecto del derecho de fundación, toda vez que la aplicación de las penas está vinculada a la comisión de un delito por parte de las fundaciones, en este caso. Es decir, el artículo 31 *bis* del Código Penal no crea tipos específicos para las personas jurídicas. Se limita a establecer las reglas que permiten retribuir penalmente la comisión de ciertos delitos.

Desde la perspectiva del derecho de fundación, ello permite modular la aplicación de las sanciones que se derivan de la combinación de los artículos 34.2 y 22.2 CE, pues la comisión de delitos no implica ya, *per se*, la disolución de la entidad. Se

⁹⁹¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Las fundaciones ante el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: AA.VV., *Anuario de Derecho de Fundaciones 2012*, Madrid: Iustel, 2013, pág. 146.

gana en seguridad jurídica y en espacio de libertad para el desarrollo del derecho constitucional de fundación desde su vertiente objetiva.

Conviene, por último, deslindar los delitos cometidos o perseguidos por la fundación, de aquellos que son realizados por sus administradores y que, en este caso están específicamente tipificados en los artículos 290 a 295, en el capítulo dedicado a los delitos societarios. Junto a estos delitos que, en ningún caso, comportarán la disolución de la entidad, el Código Penal contempla en su artículo 286 *bis* el supuesto de quien prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores... de una fundación un beneficio o ventaja para que le favorezca a él o a terceros frente a otros. Se trata, en ambos casos, de delitos con los que se pretende asegurar el buen gobierno de las fundaciones y la consecución del interés general que persiguen.

Según DOPICO GÓMEZ-ALLER, este modelo de responsabilidad penal persigue la promoción de la autoorganización de las fundaciones para evitar que en su seno se adopten modos delictivos de conseguir sus objetivos sociales⁹⁹². Es decir, que la realización de delitos por la fundación se orienta a la consecución de sus finalidades, que pueden seguir siendo lícitas.

2.1.5. La intervención temporal: disparidad entre el Código Penal y la Ley de fundaciones

Hay que llamar la atención en el caso de las fundaciones sobre el supuesto de intervención temporal, prevista en el apartado g) del artículo que se acaba de reproducir. La LFE regula en su artículo 42 la intervención temporal de las fundaciones. Y atribuye al Protectorado «*todas las atribuciones legales y estatutarias del Patronato durante el tiempo que determine el juez*». Esta intervención se prevé con un alcance mucho mayor del previsto en el Código Penal. En este último texto se prevé exclusivamente «*para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores*», es decir, parece que se configura como una especie de fase previa a la liquidación. Sin

⁹⁹² DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Las fundaciones ante el régimen ..., *op. cit.*, pág. 145.

embargo, la LFE prevé la intervención temporal para los supuestos de «grave irregularidad en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la fundación» o «desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada», lo que sitúa la intervención temporal en una medida medicinal, necesariamente transitoria, que aspire a recuperar la viabilidad económica de la fundación y que le permita volver a funcionar y perseguir sus fines fundacionales con normalidad⁹⁹³.

Se trata, por lo tanto, de dos supuestos de hecho distintos. El Código Penal establece una sanción y una garantía para terceros. La Ley de Fundaciones, una medida preventiva en evitación de la desaparición de la fundación. De hecho, la previsión es que ambas medidas se sustancien en ámbitos jurisdiccionales distintos. La intervención de que habla el Código Penal se acordará por el Juez de Instrucción, mientras que de la prevista en el artículo 42 de la LFE corresponde conocer al Juez de Primera Instancia del domicilio de la fundación (art. 43.3 LFE).

Otro elemento adicional abona la idea de dos recursos de distinta naturaleza, pese a la identidad de los resultados y del nombre: el plazo. La intervención penal se establece por un plazo máximo de cinco años. La intervención prevista en la LFE no tiene un plazo preestablecido, queda al criterio del Juez que la decreta, y según la doctrina, puede ser objeto de prórroga mediante una nueva resolución judicial previa a la expiración del plazo inicial⁹⁹⁴.

Ahora bien, entendemos que una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico obliga a establecer ciertos puntos en común entre ambas figuras. En primer lugar, a quien se encomiende la intervención tanto en el ámbito penal como en el civil debe ser el Protectorado. Nos parece que es la decisión más coherente con nuestro ordenamiento jurídico. El Protectorado aparece configurado como un órgano de tutela de la voluntad del fundador y del interés general a que se consagra la fundación. La intervención en sede penal no excluye estas vertientes de la fundación, que son, por lo demás, plenamente compatibles con la preservación de los intereses

⁹⁹³ CABALLERO SÁNCHEZ, R., «Autorizaciones, intervención temporal y recursos», en: en: MUÑOZ MACHADO, S., y otros, *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 613.

⁹⁹⁴ CABALLERO SÁNCHEZ, R., «Autorizaciones, intervención ..., *op. cit.*, pág. 623.

de los acreedores y de los trabajadores, y en el caso de las fundaciones, cabría añadir, que de los beneficiarios.

Dado que la norma sectorial específica prevé un interventor para casos análogos, es de todo punto razonable que el Juez de Instrucción designase al Protectorado para la intervención de una fundación.

Además, el Protectorado, como se verá, dispone de los conocimientos y pericia necesarios tanto para proceder a la liquidación de la entidad, en su caso; como para revitalizarla y resituarla en el tráfico jurídico. Así lo ha dispuesto el legislador en la propia Ley de Fundaciones.

Otra opción carecería de sentido. Una intervención de tipo personal, a modo de las administraciones concursales, supondría una alteración sustancial del concepto de fundación en aspectos tan relevantes como la colegialidad del órgano de gobierno, la búsqueda del interés general o el respeto a la voluntad del fundador.

2.1.6. La responsabilidad civil de los patronos

En todo caso, destacamos que el supuesto contemplado por el artículo 22.2 CE, en relación con las fundaciones, no tiene nada que ver con el artículo 17.2 de la LFE, cuya dicción es:

«Los patronos responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Quedarán exentos de responsabilidad quienes hayan votado en contra del acuerdo, y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.»

En este precepto se promueve la responsabilidad civil, individual o conjunta de los miembros del patronato por faltas en la diligencia en el ejercicio de su actuación o por vulneraciones de la propia LFE o de los estatutos, y por tanto, la conse-

cuencia jurídica de estos comportamientos no conlleva la ilegalización de la fundación pues se trata de una norma para garantizar la institución frente a un gobierno perjudicial⁹⁹⁵.

2.2. LAS ILICITUDES CIVILES

Ya hemos expuesto con anterioridad que la Constitución solo prevé la disolución de las fundaciones en los casos en que así lo disponga la autoridad judicial, y prohíbe aquellas fundaciones que persigan fines o utilicen medios delictivos.

Sin embargo, al margen de las ilicitudes penales, se pueden dar supuestos de ilicitud civil que podrían comportar la disolución *ex post* de la fundación. Así, en el caso del derecho de asociación hay opiniones contradictorias⁹⁹⁶ que podrían trasladarse al ámbito de las fundaciones.

Las similitudes entre lo dispuesto en el artículo 39 del Código Civil que regula la extinción de las personas jurídicas y lo dispuesto en el artículo 32 de la LFE ya hemos visto que son muy grandes. Apenas queda margen para nuevas causas de extinción.

Sin embargo, el artículo 22.4 CE, en combinación con el artículo 34.1 CE no enerva la posibilidad de que el legislador ordinario, en uso de sus competencias sobre Derecho Civil, establezca eventuales causas de disolución independientes de las derivadas del artículo 22.2 CE. La cuestión es, en este caso, si estas eventuales nuevas causas deberán ser objeto de resolución jurisdiccional o no. CAFFARENA LAPORTA ha llegado a la conclusión de que la resolución jurisdiccional solo es preceptiva en el supuesto en que la disolución de la fundación provenga de una medida coercitiva, esto es, vinculada a la comisión de un delito⁹⁹⁷. Por tanto, en el caso de que en sede

⁹⁹⁵ MARIMÓN DURÁ, R. y OLAVARRÍA IGLESIA, J. «Comentario al art. 17», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, *op. cit.*, págs. 430-431.

⁹⁹⁶ *Vid.* MARTÍN HUERTAS, A., *El contenido esencial del Derecho de asociación*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2009, pág. 396.

⁹⁹⁷ CAFFARENA LAPORTA, J., «La extinción de la fundación», en: MUÑOZ MACHADO, S., y otros, *Comentarios a...*, *op. cit.*, pág. 472.

legal se establezcan nuevas causas de disolución no tiene porqué conllevar la necesidad del recurso a los Tribunales. Ello no obstante, en defensa de su derecho, la fundación siempre podrá recurrir a los Tribunales para recabar una decisión motivada cuando se le imponga o se le deniegue la disolución por parte del Protectorado, bien por causas legales, bien por causas voluntarias.

A continuación analizaremos con mayor detalle la garantía jurisdiccional del derecho de fundación.

3. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL COMO GARANTÍA DEL DERECHO DE FUNDACIÓN

Junto con la prohibición de las fundaciones que persiguen fines delictivos o utilizan medios con este carácter, en el artículo 34.2 CE se contiene una garantía del derecho de fundación cual es la remisión al artículo 22.4 CE.

Dicho precepto dispone que:

«Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada»

Se trata, de nuevo y como en la otra remisión al artículo 22, de una inercia propia del proceso constituyente. Y que responde en gran medida a las coordinadas políticas y sociales que se vivieron en aquel momento. En el ámbito de las asociaciones se trata de una garantía que no es general en el Derecho comparado, donde es común la potestad disolutiva de la Administración, aunque sometida a control jurisdiccional posterior⁹⁹⁸.

Esta norma también supone una quiebra en nuestro derecho histórico de fundaciones, pues hasta 1978 la extinción de las fundaciones podía acordarse por la Administración sin participación de los Tribunales, así se establecía, por ejemplo, de

⁹⁹⁸ FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Asociaciones y Constitución...*, op. cit., pág. 131.

manera algo confusa en el Decreto de Fundaciones Culturales de 1972 (arts. 54, 103.6 y 104.8)⁹⁹⁹.

Sin embargo, en el derecho de fundaciones comparado, son frecuentes tanto los ordenamientos que limitan la disolución forzosa a una decisión judicial (Bélgica, Bulgaria, Chipre, República Checa, Países Bajos, Luxemburgo, Malta, Polonia o Eslovaquia), como aquellos que legitiman a la Administración tutelar para decretar la disolución no voluntaria de la fundación (Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Letonia, Portugal, Eslovenia, Italia, Suiza o Noruega). En nuestro caso, la exigencia de una resolución judicial «motivada» es coherente con la configuración del derecho de fundación como un derecho constitucional, como veremos a continuación.

Aparentemente, de la lectura del artículo 22.4 se desprende que cualquier disolución o suspensión de las actividades de las fundaciones requiere una intervención judicial, pero es obvio que ello no es así necesariamente.

La doctrina ha abordado cuáles son los supuestos en los que se aplica la disposición prevista en el artículo 22.4, en relación con las fundaciones. Según CAFFARENA LAPORTA, como acabamos de ver, esta resolución solo es exigible para casos en los que los fines fundacionales hubieran devenido ilícitos, es decir, solo cuando se dé la situación de haber de extinguir fundaciones como consecuencia de una sanción¹⁰⁰⁰. Con todo y como pone de relieve GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, la LFE ha ido más allá de lo que dice la Constitución y ha impuesto la exigencia de resolución judicial en todos los supuestos de disolución de las fundaciones cuando la causa sea cualquier otra distinta de la voluntad del fundador o de los patronos¹⁰⁰¹.

Esta es, en líneas generales, la postura que se sigue en aquellos ordenamientos de nuestro entorno donde se requiere la intervención jurisdiccional para la disolución de fundaciones. La extensión de esta exigencia a todos los supuestos de disolución, incluso a las causas voluntarias, podría generar la atribución a los Tribu-

⁹⁹⁹ Con todo y con ello, se establecía como garantía, el dictamen preceptivo del Consejo de Estado.

¹⁰⁰⁰ CAFFARENA LAPORTA, J., «*Constitución, modificación y extinción de las fundaciones*». En: DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.A. (dirs.). *Presente...*, op. cit., pág. 57.

¹⁰⁰¹ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación...*, op. cit., pág. 268.

nales de una carga de trabajo innecesaria y, al tiempo, dificultaría la labor del Protectorado, por lo que esta opción es considerada por CAFFARENA LAPORTA como «*poco oportuna*»¹⁰⁰².

Yendo más allá hay que referenciar dos cuestiones que entendemos relevantes. La primera es cuál es el sentido del término *suspensión* en sus actividades aplicado a las fundaciones. La segunda es cuál es la jurisdicción o el proceso en el que se sustanciaría esta resolución judicial.

3.1. SUSPENSIÓN O DISOLUCIÓN

La disolución de una fundación supone el final de su vida como persona jurídica, su desaparición del mundo del Derecho. Es el equivalente a la muerte de las personas físicas. Sus efectos se establecen, en líneas generales, en el artículo 39 del Código Civil.

En el caso de las fundaciones, como se ha dicho, la disolución puede responder a una causa voluntaria, esto es, querida por el fundador o por el patronato, o a una causa forzosa, en este caso, necesariamente de carácter legal. En este supuesto, que en la LFE se reconduce al apartado *f*) de su artículo 31 con un lacónico «*cuando concurra cualquier otra causa establecida en las leyes*», es en el que se exige la previa resolución judicial «motivada».

La disolución o extinción supone la puesta en marcha del proceso de liquidación de la entidad, por una parte. Pero por otra parte, supone el fin del ejercicio del derecho de fundar en todas sus facetas –a salvo aquellas que transitoriamente (determinación del destino de los bienes...) se ejercen durante el proceso de liquida-

¹⁰⁰² CAFFARENA LAPORTA, J., «*Constitución, modificación y extinción de las fundaciones*». En: DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.A. (dirs.). *Presente...*, *op. cit.*, pág. 57.

ción-. Por ello, en tanto que constituye la limitación absoluta del derecho es sobradamente razonable que solo pueda activarse mediante la intervención de un órgano jurisdiccional.

Por el contrario, el artículo 22.4 también menciona la suspensión de las actividades. Según LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, la suspensión «*es una medida cautelar dirigida a evitar la continuación de las actividades que presuntamente sean constitutivas de delito, lesivas para el interés general o para otros derechos fundamentales*»¹⁰⁰³. Este autor, por lo tanto, vincula esta medida a lo dispuesto en el artículo 22.2 CE. Ahora bien, en el alcance concreto que pueda tener, no lo limita al conjunto de la actividad de la entidad, sino que en su opinión se puede circunscribir a determinados acuerdos, en este caso, de los órganos de gobierno de la fundación. Se trata, siempre según este autor, de una medida que debe ser proporcionada en función de la inminencia del daño a un bien jurídicamente protegido cuya reparación fuera difícil o imposible¹⁰⁰⁴.

En la práctica, no existe jurisprudencia reciente sobre la suspensión de las actividades de las fundaciones, por lo que este precepto se encuentra inédito.

3.2. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE

Como norma general, la jurisdicción competente en la aplicación del derecho de fundaciones es la civil. Así, el artículo 43.3 de la LFE establece que será el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la fundación a quien corresponda conocer de todos los procedimientos previstos en la citada Ley, según el procedimiento declarativo correspondiente.

¹⁰⁰³ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E., *El derecho de asociación*. Madrid: Tecnos, 1996, pág. 242.

¹⁰⁰⁴ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E., *El derecho de asociación...*, *op. cit.*, págs. 242-243.

Este mandato sitúa en este ámbito jurisdiccional todos los asuntos relativos a la personalidad de la fundación, su funcionamiento interno y sus relaciones con terceros.

Junto con el orden civil, la existencia de lo que SALA ARQUER denomina un *Derecho Público* de las fundaciones obliga a que determinados asuntos se sustancien ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En esta sede se sustanciarán los distintos recursos cuya base se halle en actos del Protectorado y del Registro de Fundaciones. Ambos son órganos administrativos y, consecuentemente, sus actos tienen también este carácter. La combinación de la Ley de Fundaciones y de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común, permite identificar con claridad qué actos ponen fin a la vía administrativa y, en consecuencia, son susceptibles de recurso en sede judicial.

El órgano jurisdiccional variará en función del órgano administrativo cuya actividad se cuestione. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional conocerá de los actos del Protectorado de la Administración General del Estado, pues se trata de funciones atribuidas a los Ministros; por su parte, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, conocerá de los recursos contra actos de los Registros de la Administración General del Estado.

En el caso de las Comunidades Autónomas, tanto en los supuestos de actos del Registro como del Protectorado, corresponderá a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia.

En cuanto a la legitimación en el acceso a la jurisdicción, hay tres posibilidades.

Por una parte, puede la propia Administración, a través de sus Servicios Jurídicos instar ante la jurisdicción civil las acciones en defensa del interés general y la voluntad del fundador prevé la legislación, tales como la intervención temporal o la acción de responsabilidad contra los patronos negligentes. Sin embargo, la acción de

disolución o suspensión deberá ser promovida por el Ministerio Fiscal (art. 35.3 LFE).

También se reconoce legitimación a la propia fundación para litigar en su interés. En este caso, el órgano competente de la fundación deberá acordar, según los estatutos, la interposición de la correspondiente acción. Esta capacidad para defender sus posiciones jurídicas entra dentro de la esfera de la autonomía de la entidad, pues ya la Ley 30/1994 derogó la exigencia prevista en el artículo 65 del Decreto de 1899, según la cual las fundaciones necesitaban autorización administrativa previa para entablar acciones judiciales, exigencia esta que fue, por otra parte, avalada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 164/1990, de 29 de octubre.

Por último, como no podía ser de otra forma, cualquier persona física o jurídica, que ostente un interés legítimo, podrá interponer acciones judiciales contra las fundaciones.

CAPÍTULO XII

LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO Y EL DERECHO DE FUNDACIÓN

1. LAS CLASES DE FUNDACIONES PÚBLICAS

La existencia de fundaciones creadas por las Administraciones Públicas es, sin duda, una de las cuestiones que mayor controversia genera tanto entre iusprivatistas¹⁰⁰⁵ y iuspublicistas¹⁰⁰⁶.

La terminología es en este punto confusa. El propio Tribunal de Cuentas, en sus informes se refiere a las fundaciones del sector público (estatal, autonómico o local), fundaciones privadas de iniciativa pública y fundaciones privadas en mano pública, a modo de sinónimo. Hay varias posibles clasificaciones, como las que proponen ALLI TURRILLAS, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ o BERMEJO LATRE.

A modo de ejemplo, ALLI TURRILLAS distingue entre fundaciones «privadas» del poder público», fundaciones públicas «del servicio», fundaciones públicas *stricto*

¹⁰⁰⁵ A modo de ejemplo, CARRANCHO HERRERO afirma, en relación con la posibilidad de que las Administraciones Públicas constituyan fundaciones que «[n]o estamos del todo de acuerdo con la admisión de esta posibilidad por entender que la Administración ya tiene como fin la consecución del orden e interés público, no siendo necesario que para ello constituya otra entidad con esa misma finalidad, sobre todo si consideramos que la fundación es una institución pensada para canalizar la participación de sujetos particulares en la realización de actividades de interés general. Además se corre el riesgo de que la facultad de constitución de fundaciones se utilice como medio de extender las intervenciones de la persona jurídica pública fundadora fuera de su ámbito de actuación; y también, como señala Caffarena, existe el peligro de que por esta vía se eluda la aplicación de las reglas que constituyen el estatuto jurídico de la persona jurídica fundadora» (CARRANCHO HERRERO, M.T., *La constitución de fundaciones*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997, pág. 168).

¹⁰⁰⁶ Entre estos, es común citar el prólogo de Luciano PAREJO ALFONSO al libro de Marcos VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública: la reforma de los Servicios Públicos Sanitarios* (1999). También SOSA WAGNER es especialmente crítico (SOSA WAGNER, F., *La gestión de los Servicios Públicos Locales* (7ª ed.). Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2008, págs. 106-107).

sensu, dentro de estas últimas sitúa un subtipo, las fundaciones sanitarias, y, por último, refiere la existencia de ciertas «*instituciones peculiares, con algunos elementos de tipo fundacional que, de algún modo, fueron embrión de las fundaciones públicas*».

Las fundaciones privadas del poder público son aquellas que se rigen totalmente por la Ley de Fundaciones, ya sea la del Estado, ya sea la de las correspondientes Comunidades Autónomas.

Las fundaciones públicas del servicio son, para ALLI TURRILLAS principalmente, las antiguas fundaciones locales de servicio, hoy reconvertidas en organismos autónomos locales. En puridad no estamos ya ante fundaciones, de hecho, es difícil afirmar que alguna vez lo fueron más allá de la denominación que les dio el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955. Sobre esta cuestión se volverá en breve.

Las fundaciones públicas en sentido estricto son aquellas creadas y que reúnen las características previstas en los artículos 44 a 46 LFE. Se trata de las fundaciones del Sector Público Estatal. Entre estas, se encuentran según el citado autor las fundaciones sanitarias.

También habla de otro tipo de entidades, tales como las cajas de ahorro, que reúnen ciertos rasgos fundacionales¹⁰⁰⁷.

Por su parte, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ menciona hasta 8 categorías distintas de fundaciones de la Administración¹⁰⁰⁸. A saber:

1. Fundaciones de la Administración sometidas a las leyes generales de fundaciones. Son las fundaciones creadas al amparo del artículo 8 de la LFE/2002, como anteriormente al amparo del artículo 6 de la LFE/1994. Según este autor es el grupo más numeroso de las fundaciones de la Administración.

2. Fundaciones del sector público. Son las fundaciones creadas al amparo de la Disposición adicional 16ª de la Ley 38/2002, de 17 de noviembre, General

¹⁰⁰⁷ ALLI TURRILLAS, J.C., *Fundaciones y Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2010, págs. 422 y ss..

¹⁰⁰⁸ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Fundaciones de la Administración Pública», en: MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*. Madrid: Iustel, 2005, págs. 670 y ss.

de Subvenciones. Se trata de fundaciones cuya razón de ser *del sector público* tiene que ver con la financiación mayoritaria del *sector público*. Señala este autor que la «*particularidad más destacable [...] es que opera únicamente a efectos de fijar una serie de principios para el otorgamiento de ayudas dinerarias sin contraprestación por parte de las fundaciones*».

3. Fundaciones del sector público estatal. Serían las fundaciones creadas por la Administración del Estado y en las que concurren los requisitos de aportación patrimonial expresados en el artículo 44 de la LFE/2002.

4. Fundaciones de iniciativa privada sujetas a ciertas normas administrativas. Se refiere el autor a fundaciones en las que el fundador no es la Administración o sus entidades dependientes, sino que en función de ciertas circunstancias pueden quedar sometidas en algunos ámbitos a la regulación administrativa especial, por ejemplo, en relación con la contratación administrativa.

5. Fundaciones vinculadas a los partidos políticos. Aunque se rigen por la LFE/2002, señala GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ que cuando su financiación alcance los umbrales del artículo 44, deberán ser consideradas como fundaciones del sector público estatal.

6. Fundaciones públicas sanitarias. Son fundaciones que se rigen por el Derecho Administrativo, pues son personificaciones jurídico-públicas, creadas por una normativa específica¹⁰⁰⁹.

7. Fundaciones del Patrimonio Nacional. Su régimen jurídico se contiene en la Ley 23/1982, de 16 de junio, del Patrimonio Nacional.

8. Fundaciones públicas de servicio. Realmente, igual que las fundaciones públicas sanitarias, son personificaciones jurídico-públicas y por tanto están sometidas íntegramente al Derecho Administrativo. En este caso, y como se verá más adelante, estamos ante organismos autónomos locales, como veremos unos párrafos más adelante.

¹⁰⁰⁹ VAQUER CABALLERÍA, M., «Fundaciones públicas sanitarias y fundaciones sanitarias en mano pública», en: MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios ..., op. cit.*, pág. 754 y ss.

Por último, y exclusivamente a modo ejemplificador, BERMEJO LATRE distingue las siguientes categorías¹⁰¹⁰:

1. Fundaciones de iniciativa pública puras. En estas entidades el fundador es una persona jurídico-pública sola
2. Fundaciones mixtas. Se da este supuesto cuando concurren dos o más voluntades fundacionales diversas, confluyendo personas jurídico-públicas y personas particulares (físicas o jurídicas).
3. Fundaciones mixtas públicas. En este supuesto, aunque existe la diversidad de voluntades fundacionales, éstas provienen, en todo caso, del sector público aunque a diferentes niveles: local, estatal, autonómico...

La cuestión terminológica no es baladí. En los actuales momentos en los que la Administración Pública está siendo objeto de un proceso de ajuste, son frecuentes las críticas a la abundancia de *fundaciones públicas*, sin que quede de manera muy clara cuáles son. De hecho, con frecuencia, en esta categoría se incluyen entidades no homogéneas.

El criterio de deslinde entre los distintos conceptos es diverso. En base al criterio del fundador, las categorías de fundaciones públicas y privadas en mano pública o del sector público, indican que su instituyente es una determinada Administración Pública y que esta mantiene el control de la misma a través de sus órganos de gobierno. Desde esta visión, las fundaciones privadas *stricto sensu* son aquellas en las que el instituyente es, principalmente, una o varias personas privadas aunque también podrían coincidir Administraciones Públicas pero en este caso con una presencia marginal o no mayoritaria, lo que nos situaría en las fundaciones mixtas a las que se refiere BERMEJO LATRE.

El problema radica, como se ha expuesto en otro capítulo, en la situación de las fundaciones privadas *stricto sensu* donde la presencia de personas y recursos

¹⁰¹⁰ BERMEJO LATRE, J.L., «Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la huida del Derecho Administrativo», en: SOSA WAGNER, F. (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, págs. 943-944.

privados en órganos y patrimonio, respectivamente, es minoritaria respecto a la Administración Pública, pero, en cambio, el elemento público responde a varias Administraciones Públicas.

La otra vía de deslinde entre estas figuras es el régimen jurídico aplicable a las mismas. En las fundaciones públicas, se aplica el Derecho Administrativo¹⁰¹¹ y existe una clara vinculación entre el fundador y la entidad creada. Por el contrario, en las fundaciones privadas en mano pública o en las del sector público, el régimen jurídico que se aplica es, en líneas generales, el propio de las fundaciones privadas, si bien tras la Ley de Fundaciones de 2002, y cada vez con mayor intensidad, se está legislando en el sentido de establecer un régimen jurídico específico con el fin de evitar, precisamente, el fenómeno conocido como la *huida del Derecho Administrativo*.

Para clarificar la cuestión, sería adecuado establecer un criterio combinado de iniciativa, control de la entidad, patrimonio y régimen jurídico aplicable.

Hay que dejar al margen a las fundaciones estrictamente privadas, es decir aquellas cuya iniciativa y patrimonio proviene exclusivamente de personas físicas o jurídico-privadas y, en consecuencia, el control de la entidad (patronato) responde a criterios privados y, por tanto, se someten íntegramente al régimen jurídico de las leyes de fundaciones.

Por tanto, podríamos hablar en un primer momento de *fundaciones públicas* en un sentido amplio para referirnos a aquellas en las que concurra algún componente público significativo: ya sea la iniciativa, el control o gobierno, o el origen del patrimonio.

¹⁰¹¹ Actualmente se consideran como fundaciones públicas las creadas en el ámbito de la gestión sanitaria al amparo de lo dispuesto en la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud y desarrollado en el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. También tienen esta consideración las fundaciones públicas de servicio, reguladas en los artículos 85 y siguientes del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales. Se trata de órganos administrativos que tienen la naturaleza de ente institucional y, por tanto, son ajenas al régimen jurídico de las fundaciones privadas (*vid.* VAQUER CABALLERÍA, M., *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública: la reforma de los Servicios Públicos Sanitarios*. Madrid: Marcial Pons, 1999, pág. 56; MORELL OCAÑA, L. y RUIZ OJEDA, A., «La técnica fundacional como instrumento de gestión administrativa en el Derecho Público», en RUIZ OJEDA, A. (coord.), *Manual de Fundaciones: ..., op. cit.*, págs. 252 y ss.).

Dentro de esta categoría amplia cabe ubicar, en primer lugar, las fundaciones del sector público (ya sea estatal o autonómico, según los casos), que son aquellas en las que concurren los supuestos legales específicos, en el caso del Sector Público Estatal (art. 44 LFE):

a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración, sus organismos públicos o demás entidades del sector público.

b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

Junto con estas fundaciones, también encuentran acomodo en la categoría de fundaciones públicas en sentido amplio, aquellas entidades en las que concurren los supuestos propios de fundaciones del sector público pero que, sin embargo, estas exigencias se cumplen con la suma de la participación en el patronato y/o en el patrimonio de la entidad, de distintas Administraciones. Es el caso, por ejemplo, de la Fundación del Gran Teatre del Liceu de Barcelona, creada por el Ministerio de Cultura, la Generalidad de Cataluña, la Diputación de Barcelona y el Ayuntamiento de Barcelona. Serían fundaciones públicas en sentido material. Estas entidades se caracterizan por someterse al régimen de las fundaciones privadas en sentido estricto en cuanto a su funcionamiento; sin embargo, en algunas de sus facetas como la contratación (art. 3.1.f) de del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre –TRLCSP–) o las subvenciones (disposición adicional 16ª de la Ley General de Subvenciones) se encuentran sometidas al régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

Por último, entre las fundaciones públicas en sentido amplio también podemos incluir a un tipo de fundaciones que podríamos llamar fundaciones mixtas. Esto es, aquellas en las tanto en la iniciativa como en la provisión de fondos, o en la provisión de órganos de gobierno, intervienen tanto agentes privados como agentes públicos en una proporción significativa en ambos casos. En la práctica este supuesto será poco frecuente. No hablamos de fundaciones en las que la participación pública

es testimonial, sino de aquellas en la que la presencia pública ronda el 50% del patrimonio o de los fondos, aunque sin llegar a superarlo. En estas fundaciones se aplica a todos los efectos el régimen jurídico de las privadas en sentido estricto. Ahora bien, precisamente la presencia significativa de la iniciativa pública provoca que, llegado el momento puedan ser percibidas socialmente como fundaciones públicas con todo lo que ello puede conllevar respecto a su comportamiento *ad extra*. Pero en cualquier caso, estamos ante fundaciones privadas en todos sus aspectos.

La realidad de todas estas *fundaciones públicas* provoca que no estemos ante compartimentos estancos sin comunicación, como se pone de relieve en el primer apartado del artículo 45.1 LFE. Los mismos requisitos que fundamentan la ubicación de una fundación en un ámbito o en otro pueden variar con el tiempo. Además, no en todos los ámbitos jurídicos los requisitos para ser considerada una fundación del sector público son idénticos, pues mientras que las Leyes Presupuestarias remiten a la categorización de la LFE, el TRLCSP se refiere a la Administración en general, y la Ley General de Subvenciones a las aportaciones de subvenciones en un porcentaje superior al 50 % de los ingresos. Evidentemente, algunos de estos requisitos pueden variar con cierta frecuencia.

Al margen de estas fundaciones aparecen unas fundaciones públicas en sentido estricto, es decir, aquellas que lo son en virtud de la Ley. Son en la actualidad, exclusivamente las de gestión sanitaria y un reducido número de fundaciones encuadradas en esta categoría en virtud de su propia idiosincrasia. Tradicionalmente, entre las fundaciones públicas, se incluían las llamadas *fundaciones públicas de servicio*, creadas en la Administración Local al amparo del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (en adelante RSCL). Estas últimas eran, realmente, una variante dentro de la categoría de los organismos autónomos¹⁰¹² y a dicha categoría fueron reconducidas por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, y según parte de la doctrina, implícitamente por la propia LBRL¹⁰¹³. Se caracterizaban porque su creación correspondía al Pleno de la correspondiente Administración

¹⁰¹² SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo* (3ª ed.), *op. cit.*, pág. 592.

¹⁰¹³ SOSA WAGNER, F., *La gestión de los Servicios...*, *op. cit.*, pág. 85.

Local; las causas de su creación estaban tasadas (*ex lege*, cuando por compra, donación o disposición fundacional, en este caso con arreglo a la voluntad del fundador, adquirieren de los particulares bienes adscritos a determinado fin; y cuando lo aconsejase el adecuado desarrollo de las funciones –art. 85 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL), Decreto de 17 de junio de 1955–); su patrimonio estaba separado del de la Administración creadora; se regían por un estatuto específico, aprobado por la propia Corporación Local en el que constaban las facultades de tutela sobre la fundación de la propia Corporación (art. 87 RSCL); y a su extinción, su patrimonio pasará a la Corporación (art. 88 RSCL). Es decir, sus principales vínculos con las fundaciones de derecho privado que son objeto de nuestro trabajo se centraban en la existencia de un patrimonio vinculado a un fin concreto, que podía ser competencia de la Administración Local o no. Su régimen jurídico era complejo y combinaba elementos propios del Derecho Público y del Derecho Privado¹⁰¹⁴, sin embargo, se trataba de una figura que aunque gozó de una notable extensión en la Administración Local no llegó a ser contemplada en la LBRL, lo que fue entendido por parte de la doctrina como una suerte de derogación tácita¹⁰¹⁵. Por ello, tras la citada Ley 57/2003, que en palabras de LÓPEZ MENUDO vino a «*incrustar en al LBRL –art. 85.1.bis– el modelo de la LOFAGE para los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales*»¹⁰¹⁶, estas fundaciones se reconvirtieron en organismos públicos locales en virtud de la disposición transitoria quinta de la Ley 57/2003¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁴ MORELL OCAÑA, L. y RUIZ OJEDA, A., «La técnica fundacional ...», *op. cit.*, págs. 254-255.

¹⁰¹⁵ PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A., *Derecho de fundaciones...*, *op. cit.*, pág. 206.

¹⁰¹⁶ LÓPEZ MENUDO, F., «Los organismos públicos», en CANO CAMPOS, T. (coord.), *Lecciones y materiales...*, *op. cit.*, pág. 231.

¹⁰¹⁷ «Disposición transitoria tercera. Régimen transitorio de los organismos autónomos locales.

Los Plenos de los ayuntamientos dispondrán de un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley para adecuar los organismos autónomos y para adaptar sus estatutos al régimen jurídico que se recoge en el artículo 85 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, en los siguientes términos:

a) Adecuación de los actuales organismos autónomos de carácter administrativo al organismo autónomo local previsto en esta ley.

b) Adecuación de los actuales organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo al organismo autónomo local o a la entidad pública empresarial previstos en esta ley.

Una vez efectuada la adaptación y adecuación, las referencias contenidas en las disposiciones legales y reglamentarias a los organismos autónomos administrativos y a los organismos autónomos comerciales, industriales, financieros o análogos, se entenderán referidas al organismo autónomo local o a la entidad pública empresarial, según corresponda.»

Una parte de la doctrina era reacia a considerar que en este supuesto, estábamos ante auténticas fundaciones¹⁰¹⁸, lo que es coherente con la omisión que también realizan tanto la LFE de 1994 como la de 2002.

El otro supuesto de fundaciones públicas en sentido estricto, viene determinado por las fundaciones que actúan en la gestión de los centros sanitarios. Se trata de dos tipos de entidades, aunque muy similares.

La Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud abrió la posibilidad a que se creasen entidades en régimen de descentralización funcional con la finalidad de impulsar la autonomía de gestión de los centros sanitarios públicos¹⁰¹⁹. En este sentido, se apostó por potenciar la separación de determinadas funciones tales como la planificación, financiación, compra y prestación de servicios¹⁰²⁰. El desarrollo de esta norma tuvo lugar a través del Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD. Al amparo de la referida Ley y del Real Decreto mencionado se constituyeron fundaciones por el INSALUD, con un patrimonio afectado a la realización de fines sanitarios de interés general y que tenían por objeto la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria. Se trataba de entidades independientes de la Administración estatuyente y que, si bien tenían algunas especificidades en su regulación, en líneas generales se remitían a la LFE general. Tras la entrada en vigor de la LFE/2002, han sido reconducidas (DA 4ª) a las fundaciones del sector público estatal, en su caso. Se trata, en todo caso, de fundaciones en sentido estricto.

Por lo que respecta a las fundaciones de gestión sanitaria, es decir, las creadas al amparo de la Ley 15/1997, y de los artículos 38 a 45 del Real Decreto 29/2000, se someten al Protectorado de la Administración Pública que les corresponde en razón del ámbito territorial y, en su caso, del ámbito material (Sanidad) en el que desarrollan sus actividades. Ello provoca, ciertamente una confusión en los roles, común en todos los casos de fundaciones públicas, si bien en este caso, como apunta VAQUER,

¹⁰¹⁸ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación*, *op. cit.*, pág. 68.

¹⁰¹⁹ Esta Ley fue la consecuencia del Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD.

¹⁰²⁰ SOCÍAS CAMACHO, J.M., *Fundaciones del sector público: en especial, el ámbito sanitario*. Madrid: Iustel, 2006, pág. 159.

es *menos aparente*¹⁰²¹. Ello es así porque las fundaciones públicas sanitarias son organismos públicos adscritos, a su vez, a otros entes públicos, el INSALUD o sus equivalentes autonómicos, y el Protectorado se atribuye, en el ámbito del Estado, al Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad; mientras que en las Comunidades Autónomas normalmente está atribuido a Departamentos distintos del de Sanidad, con lo que es aún *menos aparente*.

Sin embargo, el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, abrió la puerta a una nueva figura, las *fundaciones públicas sanitarias*. El Real Decreto 29/2000 las distingue claramente de las anteriores fundaciones y dedica a ellas los artículos 62 a 74. Según SOCÍAS CAMACHO, las fundaciones reguladas en esta normativa son la adaptación al ámbito sanitario de las entidades públicas previstas en la LOFAGE¹⁰²², pues de hecho constituyen organismos públicos adscritos al INSALUD¹⁰²³ o, en su caso, a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas o al sector público correspondiente¹⁰²⁴.

El régimen jurídico de estas fundaciones está marcado, principalmente por sus propios estatutos y por la legislación específica hasta el punto de que la propia LFE las excluye de su aplicación en virtud de su disposición adicional 3ª. Las particularidades vienen porque, precisamente por ser fundaciones públicas, la regulación a la que se someten tiene notables concomitancias con la que establecida para las entidades públicas empresariales (art. 111.11 de la Ley 50/1998) y presenta especificidades tales como su constitución por acuerdo del Consejo de Ministros, la aplicación a su personal del régimen estatutario (salvo al personal directivo, que

¹⁰²¹ VAQUER CABALLERÍA, M., *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública...*, op. cit., pág. 76.

¹⁰²² SOCÍAS CAMACHO, J.M., *Fundaciones del sector...*, op. cit., pág. 178.

¹⁰²³ También es de esta opinión VAQUER CABALLERÍA, M., «Fundaciones públicas sanitarias y fundaciones sanitarias en mano pública», en: MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios ...*, op. cit., pág. 755.

¹⁰²⁴ Es el caso de las fundaciones de los Hospitales Son Llàtzer y de Manacor, en las Illes Balears, que fueron transformadas en fundaciones públicas sanitarias en virtud de la Ley 1/2011, de 24 de febrero, del Parlamento de las Illes Balears, de transformación de fundaciones del sector público sanitario de las Illes Balears y de determinación del régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias. Esta Ley, sin embargo, apenas ha tenido aplicación pues por Acuerdo del Gobierno autonómico de 28 de octubre de 2011, se inició el procedimiento de extinción de las fundaciones públicas sanitarias de la Comunidad Autónoma y la integración de estas entidades en la Entidad de Derecho Público *Servei de Salut de les Illes Balears*, entre otras causas, porque «*el tiempo transcurrido y la experiencia acumulada demuestran que el modelo organizativo en el que se situaron las fundaciones sanitarias de carácter asistencial no ha alcanzado los objetivos de eficacia, eficiencia y mejora de la calidad de los servicios propuestos inicialmente*» (BOIB núm. 168, de 10/11/2011).

tendrá carácter laboral), el sometimiento a la legislación de contratos del Sector Público o aplicación de los controles previstos en la Ley General Presupuestaria para las entidades públicas empresariales, entre otras cuestiones.

Por último, tradicionalmente han existido otras fundaciones que se han considerado *públicas* por disponer de un régimen especial que las excluía, entre otras cosas, del sometimiento a la tutela del Protectorado de Fundaciones ordinario. Desde la LFE esta situación, sin embargo, se ha alterado considerablemente al extender a una parte de ellas el régimen general de las fundaciones.

Entre las fundaciones vinculadas a la Administración Pública que disponían de un régimen específico se encontraban, en primer lugar, aquellas ligadas a la Casa Real. Son las llamadas fundaciones del Patrimonio Nacional, expresamente relacionadas en el artículo 5 de la Ley 23/1982, de 16 de junio, reguladora del Patrimonio Nacional, denominadas Reales Patronatos y que se refieren a la administración y gobierno de una serie de instalaciones religiosas o benéficas (Monasterio de Las Huelgas, Monasterio de San Lorenzo de El Escorial, o el Colegio de las Doncellas de Toledo, entre otras). Estas fundaciones se rigen por sus propias normas y su protectorado se atribuye al Rey (art. 7 de la Ley del Patrimonio Nacional). Pues bien, a estas fundaciones no se les aplica el régimen jurídico de la LFE por expreso mandato de esta norma, contenido en la disposición adicional primera.

Las otras fundaciones que la doctrina habitualmente ha considerado como fundaciones públicas¹⁰²⁵ son entidades de origen privado, principalmente, pero que por diversos avatares históricos han acabado encuadradas en el ámbito de la Administración Pública con una mayor o menor intensidad. Algunos de los rasgos que permitieron a la doctrina crear esta categoría dentro de las fundaciones son la existencia de una norma de creación específica (una Ley, un Decreto...) y la presencia muy relevante de representantes de la Administración en el patronato de la entidad. Entre estas entidades, la que mejor se ajusta a los cánones descritos por la doctrina era la Fundación Lázaro Galdiano, aunque con frecuencia también se citaban otras como la Fundación Jiménez Díaz¹⁰²⁶. Estas entidades, caracterizadas por una notable

¹⁰²⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo* (3ª ed.), *op. cit.*, pág. 606.

¹⁰²⁶ La Fundación Lázaro Galdiano fue creada por Ley de 17 de julio de 1948. También cita frecuentemente la doctrina entre estas entidades a la Fundación Jiménez Díaz, creada por Orden del 27 de

interferencia de la Administración, sin embargo, se encuentran plenamente sometidas al régimen jurídico de las fundaciones que, en cada caso, corresponda aplicarles, así, la Fundación Lázaro Galdiano está bajo el protectorado del Ministerio de Cultura, Educación y Deporte, mientras que la Fundación Jiménez Díaz se encuentra sometida al Protectorado de la Comunidad de Madrid. En este sentido, no deben adscribirse al grupo de las fundaciones públicas¹⁰²⁷.

A modo de recapitulación de este apartado, hay que afirmar que en relación con las fundaciones públicas, entendidas como una categoría amplia, la regulación es muy confusa. De una parte, existen o han existido hasta hace poco en nuestro ordenamiento entidades denominadas *fundaciones* que, si bien tenían algunas características propias de estas personas jurídicas no pueden considerarse como tales, pues se encuentran plenamente incardinadas en la correspondiente Administración, es el caso de las fundaciones de gestión sanitaria de la Ley 15/1997. Por otra parte, el ordenamiento prevé que se den unas organizaciones, también llamadas fundaciones, que pese a tener una intensa vinculación con la Administración que las instituye, se someten al derecho general de fundaciones, el caso típico son las fundaciones públicas sanitarias, que se han reconducido en mayor o menor medida a las fundaciones del sector público reguladas en la LFE.

2. LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO

2.1. RASGOS DEFINITORIOS

junio de 1963, aunque de esta disposición no se deduce que se trate de una fundación pública ni mucho menos, de hecho se acuerda crear una «institución benéfico-docente». *Vid.* entre otros, PIÑAR MAÑAS, J.L., «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 97/1998, págs. 37 y ss.

¹⁰²⁷ LÓPEZ-QUIÑONES sitúa a la Fundación Lázaro Galdiano, junto con la Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, entre las fundaciones públicas *stricto sensu*, pues afirma que en ellas el Patronato –público– ejerce las propias funciones de protectorado que le corresponden a la Administración (LÓPEZ-QUIÑONES MÁJAN, L., «El régimen jurídico de las Fundaciones Estatales y la incidencia en el mismo de la reforma de la Ley de Fundaciones», en: *Revista Española de Control Externo*, núm. 8, vol. 3, 2001, págs. 98-99).

Como se ha dicho, la LFE ha regulado las llamadas fundaciones del sector público estatal. Esta normativa ha sido trasladada, con un elevado grado de similitud en las leyes autonómicas aprobadas con posterioridad a la LFE. La Ley estatal identifica como fundación del sector público estatal aquella en la que se da una de estas dos condiciones:

a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal.

b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

Señala GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ que se trata de una definición propia del Derecho Financiero, lo que en su opinión se traduce en un peso fatal sobre el alcance de la regulación de esta figura en la LFE, ya que según este autor, al provenir la definición de la Ley General Presupuestaria, su alcance también se ha proyectado sobre las fundaciones de la Administración. Es decir, este nuevo régimen solo se aplica en el ámbito de la Administración General del Estado, con la consiguiente dispersión y heterogeneidad de regímenes jurídicos de las fundaciones públicas¹⁰²⁸.

Este mismo autor considera que la definición aportada por el legislador estatal proveniente de la Ley General Presupuestaria fue objeto de múltiples cambios, casi anualmente, antes de incorporarse a la LFE, lo que prueba sus deficiencias. Asimismo sostiene que los elementos definitorios incluidos en el artículo 44 LFE son inapropiados más allá del contexto presupuestario, pues, como se ha visto, deja fuera muchas fundaciones¹⁰²⁹.

Sea como fuere, este régimen responde a las demandas de la doctrina planteadas desde el mismo momento en que el artículo 6.1 de la Ley 30/1994 reconoció

¹⁰²⁸ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Fundaciones de la Administración Pública», en: MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*. Madrid: Iustel, 2005, pág. 674.

¹⁰²⁹ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Fundaciones de la Administración ...», *op. cit.*, págs. 675 y ss.

la capacidad de crear fundaciones a las entidades jurídico-públicas y que sugerían la necesidad de establecer un régimen jurídico específico de las fundaciones creadas por la Administración incluso en un texto normativo distinto de la Ley de Fundaciones¹⁰³⁰.

El régimen diseñado por la Ley 50/2002 es, sin embargo, claramente insuficiente para la dinámica en la que se encuentran las fundaciones públicas en nuestro país.

2.2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES PÚBLICAS

El régimen jurídico que construye la LFE para las fundaciones del sector público estatal, y que en parte ha sido mimetizado por las Comunidades Autónomas, se estructura en torno a tres artículos, los 44, 45 y 46. Todos ellos de aplicación exclusiva respecto a la Administración General del Estado. En ellos se contiene una caracterización –que ya hemos visto–, el procedimiento de creación y una serie de pautas sobre la actuación de estas entidades. Hablamos de pautas porque por su vaguedad difícilmente puede considerarse un régimen jurídico.

Como apunta MENÉNDEZ GARCÍA, al contrario que las fundaciones creadas por particulares o personas jurídico-privadas, donde rige el principio *pro libertatis*, en el caso de las fundaciones creadas en el ámbito del sector público, el legislador debe trasladar a la regulación de estas entidades los principios constitucionales que rigen la Administración que las crea¹⁰³¹. Lo que ha hecho el legislador es, precisamente, esto, plasmar una serie de principios propios de la actuación administrativa en una especie de régimen jurídico de las fundaciones del sector público.

¹⁰³⁰ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 97/1998, págs. 37-63.

¹⁰³¹ MENÉNDEZ GARCÍA, P., «Las fundaciones del sector público», en: CAZORLA PRIETO, L.M. (dir.), *Fundaciones: Problemas actuales y reforma legal*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2011, pág. 129.

Realmente, en este capítulo de la LFE se debería haber establecido un régimen acabado de funcionamiento de las fundaciones públicas y, al mismo tiempo, haber fijado como régimen supletorio, el general de las fundaciones privadas¹⁰³². Pero aunque el texto normativo parece que indica este sistema, en la práctica, lo que ha hecho el legislador es justo lo contrario: someter las fundaciones públicas al régimen genérico de las fundaciones privadas y, en determinados ámbitos, fijar una serie de pautas de comportamiento obligatorio.

Así, en el artículo 46 de la LFE se pergeña una regulación para las fundaciones públicas¹⁰³³:

1. No podrán ejercer potestades públicas.
2. Únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa.
3. El Protectorado de estas fundaciones se ejercerá, con independencia del ámbito territorial de actuación de las mismas, por la Administración General del Estado.
4. En materia de presupuestos, contabilidad y auditoría de cuentas, estas fundaciones se regirán por las disposiciones que les sean aplicables del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre. En ciertos supuestos la auditoría externa corresponderá a la Intervención General de la Administración del Estado.

¹⁰³² MENÉNDEZ señala que la LFE no establece propiamente un régimen jurídico privado para las fundaciones del sector público, y a título de ejemplo, cita el régimen de adquisición de la personalidad de estas instituciones y su carácter dependiente respecto de la Administración que las constituye (MENÉNDEZ, M., «La veste de fundación...», *op. cit.*, pág. 234).

¹⁰³³ *Vid.*, para mayor detalle, LÓPEZ-QUIÑONES MÁJAN, L., «El régimen jurídico de las Fundaciones Estatales ...», *op. cit.*, págs. 132 y ss.

5. La selección del personal deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria.
6. Su contratación se ajustará, en general, a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.
7. Cuando la actividad exclusiva o principal de la fundación sea la disposición dineraria de fondos, sin contraprestación directa de los beneficiarios, para la ejecución de actuaciones o proyectos específicos, dicha actividad se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, siempre que tales recursos provengan del sector público estatal.

Estas normas han sido completadas por otros textos legislativos de carácter sectorial, tales como la propia Ley General Presupuestaria, en materia de elaboración de presupuestos y su relación con los del resto del Sector Público Estatal, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP), que somete a su alcance a las fundaciones del sector público, no solo estatal, sino también aquellas fundaciones en las que la suma de las aportaciones de Administraciones permita cumplir los requisitos fijados en el art. 44 LFE para el Estado. En concreto, el artículo 3.1.f) del TRLCSPP considera que forman parte del sector público a los efectos de dicha Ley «*[l]as fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades*». Esta caracterización se amplía en el mismo TRLCSPP al definir el concepto de *poder adjudicador*, contenida en la letra b) del apartado 3 del artículo 3 del Texto Refundido mencionado:

«Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) [las Administraciones Públicas] que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador

de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.»

De esta manera, a algunas fundaciones se les podrá considerar poder adjudicador, y, en consecuencia se someterán a la normativa de contratos públicos, incluso cuando no se den estrictamente los requisitos para ser fundación del correspondiente sector público. Es el caso de aquellas en las que una o varias Administraciones *controlen su gestión*, aunque no cumplan los requisitos de aportación patrimonial previstos en el art. 44 de la LFE.

Por su parte, también la Ley General de Subvenciones contempla un régimen jurídico especial de las subvenciones concedidas a fundaciones, y con ello a las propias fundaciones –régimen contable, transparencia...– cuando más del 50 % de sus ingresos provenga de subvenciones públicas.

En definitiva, y como apuntan TORNOS MAS y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, estamos ante una definición «a la carta» de este tipo de entidades, en función, tanto de la norma sectorial que se aplica, como del ámbito territorial de que se trata.

De esta manera, ciertamente se gana en seguridad jurídica respecto a la situación creada por la Ley de 1994, pero teniendo en cuenta la actual situación política y social, donde se exigen demandas de claridad y transparencia, no parece razonable que el sector público fundacional se encuentre sometido a una regulación tan dispersa, poco imperativa y, sobre todo, definida esencialmente por una norma de carácter supletorio como la actual LFE.

Por otra parte, en el artículo 45 de la LFE se regula con cierta profusión el proceso de manifestación de la voluntad fundacional por parte de la Administración Pública en relación con la creación o alteración de las fundaciones del sector público estatal.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 120/2011, de 6 de julio, se ha pronunciado sobre el régimen jurídico de las fundaciones creadas por personas jurídico-públicas.

En primer lugar, considera que se trata de entes instrumentales al servicio de las *Administraciones territoriales*:

« ...las Administraciones públicas gozan de plena capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines y que en el desarrollo de su actuación están constitucionalmente llamadas a servir con eficacia los intereses generales (art. 103.1 CE). Este mandato constitucional no sólo tiene como destinataria a la Administración pública en el desarrollo de su actuación, sino también –e incluso primeramente– al legislador en su labor de configuración normativa del Derecho que la regula, y es en relación con su satisfacción como debe valorarse “la creación por la Administración de entes institucionales bajo formas privadas de personificación..., tratándose en definitiva de la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho Privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica” (STC 14/1986, de 31 de enero, FJ 8).

[...] la decisión de un ente público de constituir una fundación para el cumplimiento de los fines que le son propios no supone el ejercicio del derecho de fundación reconocido a los particulares en el art. 34.1 CE sino el de la potestad de autoorganización que corresponde a las Administraciones territoriales.»¹⁰³⁴

Su justificación constitucional, por lo tanto, no se residencia en el artículo 34.1 CE sino en el artículo 103.1 CE, esto es, en la capacidad de autoorganización de las Administraciones.

Seguidamente, acota esta capacidad de las personas jurídico-públicas en razón de los fines:

«...personificaciones instrumentales con forma fundacional constituidas por la Administración para la tutela de los intereses públicos que tiene normativamente encomendados.»¹⁰³⁵

A partir de esta caracterización, las fundaciones de iniciativa pública no podrán alcanzar fines distintos de los establecidos para la Administración *territorial* fundadora, ni por supuesto, ámbitos territoriales distintos.

¹⁰³⁴ FJ 6º.

¹⁰³⁵ FJ 7º.

Pero en su caracterización de la *instrumentalidad*, el Tribunal va más allá y transcribe un fragmento de su Auto 206/1999, de 28 de julio, para afirmar que:

*«si bien formalmente persona jurídico-privada, puede equipararse en realidad a un Ente público con capital y fines también públicos que actúa en el tráfico jurídico utilizando sólo de manera instrumental la veste fundacional»*¹⁰³⁶.

Esta cita lleva a PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ a afirmar que el Tribunal considera que *«las fundaciones de iniciativa pública son entidades que han de ser consideradas de naturaleza y titularidad públicas, con todas sus consecuencias»*¹⁰³⁷, lo que, sin duda provoca una situación en opinión de estos autores equívoca: *«no cualquier fundación es posible y no cualquier fin es posible. El recurso a las fundaciones por parte de las Administraciones Públicas no puede considerarse con la extraordinaria amplitud, y normalidad, con que lo hace el Tribunal Constitucional»*¹⁰³⁸.

Pues bien, dejando al margen esta caracterización, por lo demás, de suma importancia y que lejos de clarificar el régimen jurídico de las fundaciones de iniciativa pública, lo embrolla más si cabe, el Tribunal delimita algunos perfiles de este régimen jurídico en el fundamento séptimo de la sentencia.

La primer límite está en el propio concepto de fundación. Según el Tribunal, aunque la creación de fundaciones por las Administraciones no sea una consecuencia directa del artículo 34 de la Ley Fundamental, ello no implica que la Administración disponga de libertad para configurar las fundaciones por ella creadas, al contrario, esta actuación de las personas jurídico-públicas:

«ha de concretarse de conformidad con el “concepto de fundación al que se refiere dicho precepto constitucional [el art. 34.1 CE], coincidente con el admitido de forma generalizada entre los juristas” y que integra una “imagen reconocible de la institución preservada por el art. 34 CE” (STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 7).»

¹⁰³⁶ FJ 6º. La transcripción es del FJ 2º del ATC 206/1999, de 28 de julio.

¹⁰³⁷ PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A., «Las fundaciones en la Comunidad de Madrid...», *op. cit.*, pág. 429.

¹⁰³⁸ *Ibid.*, pág. 434.

Si bien, debe hacerse sin perjuicio de las consecuencias que para el régimen jurídico de estas fundaciones tiene su carácter instrumental respecto de las Administraciones públicas que las han creado. Y en este punto, el Tribunal justifica algunas de las opciones legislativas contenidas en el artículo 46 de la Ley 50/2002, y que constituyen algunas de las consecuencias de aquel carácter. Nótese que el Tribunal en este punto no cierra el régimen jurídico de las fundaciones públicas, sino que lo remite al legislador, y se limita a enjuiciar lo ya dispuesto en la vigente Ley.

En primer lugar, las fundaciones de iniciativa pública, deberán ajustarse en sus fines y actividades a las competencias que tenga encomendadas la Administración fundadora:

«...su actuación en ningún caso puede desbordar los límites trazados por la distribución de competencias, resultando a este respecto indiferente que la actuación de la Administración General del Estado se lleve a cabo directamente a través de sus propios órganos y servicios o mediante personificaciones instrumentales de Derecho público o privado...»

Se observa aquí, de nuevo, la íntima relación que establece el Tribunal entre Administración fundadora y fundación.

En segundo lugar, el Tribunal avala que se pueda establecer un régimen de control específico para este tipo de fundaciones por parte de la Administración fundadora. Ahora bien, esta afirmación se realiza con una argumentación confusa:

«En el caso de las fundaciones del sector público, el servicio al interés general y la garantía de legalidad también resultan constitucionalmente obligados y, por tanto, capaces de habilitar potestades de control administrativo sobre su actuación, pero ello no tiene lugar en el marco de lo dispuesto en el art. 34.1 CE – “para fines de interés general, con arreglo a la ley”–, sino en el que se deriva del art. 103.1 CE, que llama a la Administración a servir “con objetividad los intereses generales”, así como a actuar “de acuerdo con los principios de eficacia [y] jerarquía, ... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. »

Parece ser que el Tribunal se refiere en este punto al Protectorado, si bien, de su razonamiento –las alusiones, por ejemplo, al principio de jerarquía, que no se dan en las relaciones entre fundaciones y Protectorado– se puede deducir que abre la puerta a otro tipo de controles más propios de las relaciones interadministrativas.

Por último, en la sentencia –y es esta la cuestión principal del recurso que resuelve– vincula la Administración fundadora y el ejercicio del protectorado:

«...el carácter instrumental de las fundaciones del sector público determina también que el ejercicio de las competencias de control administrativo sobre su actuación tenga materialmente por objeto la actuación de la Administración territorial que se sirve de esa personificación, lo cual revela que su ejercicio no es aquí actividad administrativa de ordenación y limitación del desarrollo de actuaciones o del ejercicio de derechos por los particulares, sino que se enmarca en el ámbito de las relaciones jurídicas entre los entes públicos -con independencia de cuál sea su régimen de personificación y de funcionamiento- a través de los cuales actúa el Estado...»

He aquí, de nuevo, un argumento que traza líneas inquebrantables de comunicación entre las fundaciones y la Administración fundadora.

Al margen de estas cuestiones, el Tribunal también incide en que pueden darse ciertas particularidades en el régimen jurídico aplicable a las relaciones que entablan estas fundaciones con terceros en ámbitos tales como la contratación, selección de personal y régimen de ayudas a los beneficiarios. Ciertamente, el detalle en este punto es escaso y, en gran medida, el Tribunal asume los pasos del legislador sin ir más allá.

2.3. LAS FUNDACIONES DE OTROS SECTORES PÚBLICOS

En el caso de la legislación estatal hemos visto que una fundación del sector público exige la concurrencia de una de las dos condiciones alternativas, sin embargo, no ocurre lo mismo en las distintas legislaciones autonómicas.

Así, el legislador valenciano, mediante una reforma de la Ley de 1998, operada por la Ley 9/2008, de 3 de julio, introdujo un nuevo artículo 33 en el que se definía como fundaciones del sector público en términos prácticamente idénticos a los contenidos en la LFE, y así se ha mantenido en el artículo 157 de la reciente Ley 1/2015, de 6 de febrero, de la Generalitat, de Hacienda Pública, del Sector Público

Instrumental y de Subvenciones, al definir las «fundaciones del Sector público de la Generalitat». En términos idénticos también se encuentran reguladas las fundaciones del sector público de las Illes Balears en la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental (art. 55).

La Ley de Fundaciones Canarias fue objeto de modificación a través de la disposición adicional sexta de la Ley 11/2006, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública Canaria. En virtud de este cambio se introdujo una regulación sobre las fundaciones del sector público similar a la de la LFE. Según esta norma tendrán consideración de fundaciones del sector público aquellas en cuya dotación participe mayoritariamente, directa o indirectamente, la Administración Pública de la Comunidad Autónoma, sus organismos autónomos o demás entidades que integran el sector público –sin especificar el carácter autonómico de éste–, o que el patrimonio fundacional, con carácter permanente, esté formado por más de un 50 por 100 de bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

Sin embargo, las Leyes de Fundaciones de Castilla y León¹⁰³⁹ y La Rioja¹⁰⁴⁰ solo exigen como condición que en la dotación de la fundación participen en más del 50 %, directa o indirectamente, la Administración de la Comunidad Autónoma.

En la Ley de Fundaciones de Interés Gallego¹⁰⁴¹, junto con esta condición, también se consideran como fundaciones del sector público aquellas cuyos ingresos provengan mayoritariamente de subvenciones con cargo a los presupuestos de la Comunidad Autónoma, siempre que en este último caso la Comunidad Autónoma forme parte de sus órganos de gobierno o dirección, sin especificar si debe tener o no la mayoría en dichos órganos.

Por su parte, la legislación andaluza¹⁰⁴² adopta un criterio similar, al considerar fundaciones públicas a aquellas entidades en las que se den, al menos una de

¹⁰³⁹ Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León, art. 6.3.

¹⁰⁴⁰ Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja, art. 53.

¹⁰⁴¹ Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego, art. 58.

¹⁰⁴² Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, art. 55.

tres posibles circunstancias: las dos que se prevén en la LFE, y una adicional consistente en la presencia mayoritaria de representantes de las Administraciones Públicas en los órganos de gobierno de la entidad.

Este también era el sistema seguido en el Código Civil catalán¹⁰⁴³ hasta la reforma operada por la Ley 7/2012, de 15 de junio. En esta norma se suprimió la caracterización de las *fundaciones del sector público* en el ámbito catalán, circunstancia esta que merece una opinión contradictoria. Por una parte, positiva, ya que sustrae de una norma tan de naturaleza privada como el Código Civil la caracterización de una organización administrativa y, por tanto, propia del Derecho Público; pero por otro lado, y puesto que en el ordenamiento jurídico catalán no se ha implementado una norma que defina y regule este tipo de entidades, se ha ganado mucho espacio en favor de la inseguridad jurídica¹⁰⁴⁴. En todo caso, de la más reciente interpretación de la normativa catalana, TORNOS MAS y MARTÍNEZ MARTÍNEZ entienden que «*los criterios a la hora de determinar la dependencia [del sector público] grosso modo son: (i) que se tenga mayoría en la aportación de los recursos iniciales o anuales y/o (ii) la potestad para elegir miembros de los órganos de gobierno, de manera que se obtenga el control*»¹⁰⁴⁵.

En cuanto a los regímenes jurídicos establecidos en normas autonómicas, hay que poner de relieve que todas las Comunidades Autónomas que han legislado en materia de fundaciones han desplegado previsiones relativas a fundaciones públicas. En general todas han reiterado el precepto estatal relativo a la capacidad de las Administraciones de crear fundaciones, pero más allá de este punto solo en algunas normas posteriores a 2002, como la Ley andaluza (2005), la Ley valenciana (reformada en 2008) o la canaria (reformada en 2006) se han introducido algún tipo de

¹⁰⁴³ Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, art. 331-2.2.

¹⁰⁴⁴ TORNOS MAS, J. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.M., «Encuentros y desencuentros ...», *op. cit.*, págs. 433 y ss. Según estos autores hay que recurrir a determinadas normas sectoriales tales como la Ley de la Sindicatura de Comptes (art. 3.b) o incluso normas reglamentarias como el Acuerdo del Gobierno de 10 de julio de 2012, por el que se aprueban los criterios para la creación, modificación, y supresión de entidades participadas por la Generalidad, para la toma de participaciones y la desvinculación de entidades existentes y para la tramitación de determinadas propuestas de Acuerdo de Gobierno relativas a fundaciones.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.* Pág. 443.

normativa relativa a las fundaciones del sector público autonómico. En estos tres casos concretos, de talante muy similar al previsto en la normativa estatal.

Con todo, y de manera que entendemos acertada, son varias las Comunidades que han establecido el régimen de su sector público fundacional en normativas específicas reguladoras de la Administración Institucional de la Comunidad Autónoma (Illes Balears, La Rioja o Castilla y León, por ejemplo).

Por el contrario, en los artículos 9 y 10 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, de 1998, sí que se contienen algunos preceptos específicos sobre las fundaciones creadas por personas jurídico-públicas (no aparece la categoría de fundaciones del sector público) y, precisamente la disposición relativa al ejercicio del protectorado sobre algunas de estas entidades ha sido declarada inconstitucional por la STC 120/2011, de 6 de julio, en lo que afecta a fundaciones del sector público estatal. Además, en esta Ley se dispone expresamente la incomunicación de patrimonios de la fundación y la Administración creadora, así como el sometimiento del personal dependiente de la fundación al régimen jurídico de las fundaciones privadas. En este sentido, algunas normas de carácter presupuestario de la Comunidad de Madrid han definido a sus solos efectos el concepto de «fundación del sector público autonómico» en términos idénticos a los de las estatales¹⁰⁴⁶.

Por lo demás, las fundaciones creadas por Entidades Locales y por otras Administraciones Públicas carecen de normativa específica, tanto a nivel nacional como autonómico¹⁰⁴⁷.

En consecuencia, y retomando lo expuesto en un capítulo precedente sobre el rango normativo de la habilitación a las personas jurídico-públicas para la creación de fundaciones, se hace necesaria que una norma de rango estatal, al amparo del título competencial previsto en el artículo 149.1.18^a CE establezca una definición general de las fundaciones del sector público, capaz de ser transversal a los diferentes campos del Derecho, y que estableciendo un régimen mínimo particular de estas

¹⁰⁴⁶ Art. 19.6 de la Ley 9/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2010.

¹⁰⁴⁷ *Vid.* a este respecto PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A., «Las fundaciones en la Comunidad de Madrid...», *op. cit.*, págs. 434-435.

entidades, permita que las Comunidades Autónomas y, en su caso el legislador estatal, diseñen en normativas específicas el régimen jurídico acabado de estas entidades, atendiendo a que en su régimen no figura la autonomía de la voluntad como elemento esencial contrariamente a lo que ocurre en las fundaciones creadas en ejercicio del derecho constitucional de fundación.

2.4. EL PROCESO DE «REESTRUCTURACIÓN Y RACIONALIZACIÓN» DEL SECTOR PÚBLICO FUNDACIONAL

La situación de crisis económica vivida en los últimos años ha tenido un especial efecto en el ámbito de las fundaciones del sector público. La existencia de un gran número de entidades que formaban parte de los distintos *sectores públicos*. Así, en el Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) organismo de la Administración General del Estado-, de 21 de junio de 2013, se constata la existencia de 48 fundaciones incardinadas dentro del sector público estatal. No se trata de un número especialmente elevado, dentro del marco de las fundaciones, pues está por debajo del 10 % de todas las fundaciones del *sector público* (las autonómicas suponen cerca del 60 %). Y en todo caso, las fundaciones del sector público apenas representan el 9,2% del total, aunque en el 27 % de las fundaciones concurren personas jurídico-públicas en su organización¹⁰⁴⁸. En el caso de la Comunitat Valenciana, en 2011 había 30 fundaciones del sector público de la Generalitat, de las que a principios de 2014 solo 9 quedaban adscritas al sector público autonómico¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁸ Datos de 2008, procedentes de: REY GARCÍA, M., ÁLVAREZ GONZÁLEZ, L.I., INAEF, *El sector fundacional español: datos básicos*. Madrid: Asociación Española de Fundaciones, 2011, pág. 28.

¹⁰⁴⁹ Este es el resultado del proceso de fusión, extinció o pérdida de la condición de fundación del sector público del resto de entidades.

Las críticas a este tipo de instituciones se puede ver en el mismo informe elaborado por la Administración General del Estado como estudio de la situación y propuesta de acción¹⁰⁵⁰. En este trabajo, entre otras afirmaciones se dice que: «*la iniciativa para la constitución de fundaciones públicas ha sido indebidamente usada y con evidentes olvidos en el control de su gestión*».

Así las cosas, en el último lustro se ha incidido de manera especial en intentar revertir esta situación mediante tres tipos de acciones: la fusión de fundaciones del sector público correspondiente; la «expulsión» del sector público de ciertas fundaciones; y, en última instancia, la liquidación de las fundaciones del sector público.

Al objeto de regular estos procesos en el ámbito del sector público estatal, el Consejo de Ministros tomó, en su reunión de 20 de septiembre de 2013, el Acuerdo por el que se adoptan medidas de reestructuración y racionalización del sector público estatal fundacional y empresarial¹⁰⁵¹. En este Acuerdo se enuncian las fundaciones que se someten a las medidas de racionalización (Anexo II) y se describe el procedimiento que deberá seguirse para la fusión (apartado noveno), extinción (apartados séptimo y octavo) y para la pérdida de la condición de fundación del sector público (apartado sexto, donde sólo se estipula la emisión de un informe administrativo¹⁰⁵²). De esta regulación llama especialmente la previsión de que bienes y derechos resultantes de la liquidación de fundaciones serán destinados a entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines de interés general integradas en el sector público estatal o, en su defecto, al Tesoro Público.

Con mayor detalle, puede observarse el procedimiento en la regulación incluida en la Ley de Fundaciones de la Comunitat Valenciana en virtud de la modificación operada por la Ley 5/2013, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Ges-

¹⁰⁵⁰ Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, de 21 de junio de 2013, págs. 240-250.

¹⁰⁵¹ Orden HAP/1816/2013, de 2 de octubre, por la que se publica el Acuerdo por el que se adoptan medidas de reestructuración y racionalización del sector público estatal fundacional y empresarial (BOE núm. 242, de 9 de octubre de 2013).

¹⁰⁵² La pérdida del carácter de fundación del sector público estatal de las fundaciones enumeradas en el apartado 3 del anexo II exigirá informe favorable de la Intervención General de la Administración del Estado, a la vista de los actos o negocios de los que resulte la pérdida de la condición, en el que se analicen, entre otros extremos, la no concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 44 de la Ley de Fundaciones, y la situación y destino de las aportaciones realizadas por el Estado.

ción Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat. Esta modificación supuso la introducción de un régimen específico de las fundaciones del sector público de la Generalitat, que se añadió a la caracterización ya contenida en la Ley y sobre la que se ha hablado con anterioridad.

En este nuevo régimen se incluyen los artículos 36 y 37, intitulados, respectivamente, «*Fusión, integración, transformación y extinción*» y «*Liquidación y cesión global de las fundaciones del sector público*».

El primero de los preceptos prevé, principalmente la integración de las fundaciones del sector público en otras fundaciones o en la Generalitat, en entidades autónomas o en entidades de derecho público del sector público autonómico que persigan fines de interés general análogos, sin que ello comporte la apertura del proceso de liquidación de la fundación, aunque sí su extinción. En el segundo precepto se regula con detalle el procedimiento de integración de las obligaciones, patrimonio, personal... de las fundaciones extintas en la Generalitat o en otros organismos del sector público.

Nada se dice respecto al proceso de pérdida de la condición de fundación del sector público, si bien en la práctica esta circunstancia se ha producido a través de la incorporación de nuevos patronos a las fundaciones, con aportación de nuevo capital fundacional, de manera que se desvirtuase el primero de los puntos (aportación mayoritaria).

CAPÍTULO XIII

BREVE REFERENCIA AL PROTECTORADO SOBRE LAS FUNDACIONES

Como se ha visto el protectorado sobre las fundaciones es un elemento consustancial a la propia noción de fundación. Ya en las referencias más remotas a las fundaciones, el control sobre el uso adecuado de los bienes vinculados se encomendaba a una autoridad externa –el obispo, en la primera etapa medieval y cuando la figura estaba unida a la piedad religiosa–. Tras el proceso desamortizador, el protectorado se configura como una potestad del Estado para evitar por una parte el uso desviado de la institución y, por otra, para garantizar el adecuado destino del patrimonio afectado. La evolución del protectorado, tanto como función tutelar encomendada a la Administración, como en su faceta de órgano administrativo que tiene encomendada dicha función es una referencia especialmente valiosa para observar el devenir jurídico de las fundaciones en nuestro país.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, al abordar el concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas, indica que *«las leyes, [...] prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman»* (FJ 5º). No fue la primera vez que el Alto Tribunal establecía el vínculo entre fundación y protectorado. Ya previamente, en su STC 164/1990, de 29 de octubre, entendió que esta acción administrativa respondía a la *«necesidad de proveer a la Administración de los instrumentos necesarios para asegurar que las fundaciones no se desvían de los fines de interés público que según el Código civil (art. 35.1) les son propios»* (FJ 3º). En la STC 341/2005, de 21 de diciembre, ,

reitera este argumento al afirmar que «[d]el rasgo básico que supone el que las fundaciones tengan un fin de interés general se deriva la exigencia de la intervención administrativa» (FJ 4º).

La presencia del Protectorado es una constante en nuestro Derecho de fundaciones hasta el punto de constituir, como se acaba de exponer, uno de sus elementos característicos¹⁰⁵³ o incluso esenciales¹⁰⁵⁴. La Ley General de Beneficencia de 1849 ya atribuía al Gobierno importantes funciones, y desde entonces ha sido una constante en todas las normas que han abordado la regulación de fundaciones. En el Decreto e Instrucción de 27 de abril de 1875 aparece por primera vez el término Protectorado del Gobierno. En la Instrucción para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la Beneficencia particular, de 14 de marzo de 1899, se disponía que

«El Protectorado de las instituciones de Beneficencia comprenderá las facultades necesarias para lograr que sea cumplida la voluntad de los fundadores en los que interese a colectividades indeterminadas con el cumplimiento probado de la voluntad del testador» (art. 1).

Se configuró así como el punto de encuentro entre la Administración Pública y fundaciones, entre el Derecho Público y el Derecho Privado.

Como excepción hay que reseñar en este punto que la legislación en materia de fundaciones de Navarra no prevé la existencia de un protectorado sobre las fundaciones creadas en base al derecho foral. Y ello es así porque la Ley 46 del Fuero Nuevo navarro reconoce la posibilidad de que el fundador exima a la fundación por él creada de la intervención administrativa¹⁰⁵⁵. Sin embargo, se trata de un supuesto único en nuestro país y aún en nuestro entorno inmediato.

¹⁰⁵³ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Comentario al artículo 32», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley...*, op. cit., pág. 287.

¹⁰⁵⁴ VALERO AGÜNDEZ, U., *La Fundación como...*, op. cit., págs. 68 y 395 y ss.

¹⁰⁵⁵ DÍAZ BRITO, F.J., «Las fundaciones navarras ante la...», op. cit., págs. 165 y ss. Y PÉREZ ESCOLAR, M., «El protectorado de las fundaciones: hacia una renovación de sus facultades de actuación», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 66, núm. 2.140, 2012, págs. 9-10.

También en nuestro entorno jurídico aparecen figuras similares a esta. Así, en ordenamientos como el alemán, el finlandés, el británico, el francés o el portugués. Se trata en estos casos de órganos administrativos que supervisan en mayor o menor medida la actividad de las fundaciones.

En este mismo sentido, también se prevé una figura similar en el Estatuto de la Fundación Europea (art. 45):

«Cada Estado miembro designará una o varias autoridades de su elección responsables de la supervisión eficaz de las FE inscritas en ese Estado miembro y lo notificará a la Comisión».

1. NATURALEZA

En la actualidad el concepto protectorado es una actividad administrativa, que realiza la Administración a través de un órgano especializado, y de ella dependiente, que tiene por finalidad garantizar la voluntad del fundador, conservar el patrimonio o la capacidad de obtenerlo y la satisfacción del interés general¹⁰⁵⁶. Por tanto, estamos ante, a una competencia que ejercen uno o varios órganos administrativos.

1.1. JUSTIFICACIÓN DEL PROTECTORADO

La justificación de la existencia de un protectorado de la Administración sobre las fundaciones se apoya en que estas:

¹⁰⁵⁶ REBÉS I SOLÉ, J.E., «El protectorado de las fundaciones: especial referencia a las actividades de control económico y fomento», en: BELLO JANEIRO, D., y LUNA SERRANO, A.(coords.), *Aspectos jurídico-económicos de las fundaciones*. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 2003, pág. 113.

- Son personas privadas que persiguen el interés general;
- Se rigen por la voluntad de un fundador ajeno a las mismas;
- Su patrimonio se encuentra vinculado de manera duradera a los fines.

Estas tres condiciones hacen que desde antiguo, la Administración haya sentido la necesidad de intervenir desde una perspectiva de fiscalización y control en la vida de las fundaciones.

En primer lugar para garantizar la satisfacción de las expectativas de los beneficiarios; en segundo lugar, para asegurar el cumplimiento de la voluntad del fundador sin que se den desviaciones indeseables; y por último, para evitar que la creación de las fundaciones constituya un fraude a la prohibición general de vinculación¹⁰⁵⁷. No parece que sea, sin embargo, esta última una preocupación significativa del legislador. De hecho, en la actualidad es el eventual fraude fiscal que se pueda realizar a través de la fundación una de las preocupaciones de los Poderes Públicos, como quedó evidente en el debate constitucional e incluso en los debates parlamentarios de las leyes sobre la materia. La realidad es que hasta la constitucionalización del derecho de fundación, la actividad de protectorado, avalada por los Tribunales, se orientó principalmente a crear un marco de seguridad en relación con la voluntad del fundador¹⁰⁵⁸ que a la postre provocó lo que pretendía evitar, esto es, la ineficacia en la consecución del interés general merced a un anquilosamiento de la gestión patrimonial de las fundaciones¹⁰⁵⁹.

En la actualidad, la fundamentación de la existencia del Protectorado sobre las fundaciones, siguiendo a PÉREZ ESCOLAR hay que situarla en tres elementos: la necesidad de garantizar el cumplimiento de las normas que conforman su régimen jurídico, concepto este mucho más amplio que el clásico de la «voluntad del fundador»; garantizar el cumplimiento de los fines de interés general; y por último, para suplir la ausencia de ordinario en las fundaciones de mecanismos de control tales como

¹⁰⁵⁷ Vid. PÉREZ ESCOLAR, M., «El protectorado de las fundaciones: ..., *op. cit.*, pág. 3.

¹⁰⁵⁸ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Las Fundaciones y el Protectorado: la autorización administrativa para litigar y su dudosa constitucionalidad (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de marzo de 1988)», en *Poder Judicial*, núm. 13, 1989, pág. 146.

¹⁰⁵⁹ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación...*, *op. cit.*, pág. 291.

asambleas generales ante los que los órganos gestores rinden cuentas¹⁰⁶⁰. En todo caso, sobre estas cuestiones volveremos más adelante.

PIÑAR MAÑAS ha explicado la función de protectorado a partir de algunos de los datos acabados de exponer: «*su función primordial es proteger, sin injerencias innecesarias, es decir, en un marco de libertad, tanto la voluntad del fundador como el interés general y, por ende, a los beneficiarios*»¹⁰⁶¹. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ define el protectorado como «*una forma de sujeción especial de las fundaciones a los poderes públicos... que no queda definida con el término función de control*»¹⁰⁶².

El Tribunal Constitucional ha dado carta de constitucionalidad al protectorado al referirse a él en todas las sentencias dictadas hasta la fecha en materia de fundaciones:

«*...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*» (STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 5º).

Como una consecuencia inherente a su vinculación al interés general:

«*Del rasgo básico que supone el que las fundaciones tengan un fin de interés general se deriva la exigencia de la intervención administrativa. Como dijimos en nuestra STC 164/1990, de 29 de octubre, las competencias de los poderes públicos en la materia encuentran su razón de ser evidente “en la necesidad de proveer a la Administración de los instrumentos necesarios para asegurar que las fundaciones no se desvían de los fines de interés público que según el Código civil (art. 35.1) les son propios” (FJ 3); función que, aún en el mismo orden de consideraciones, habría que completar con la más genérica de evitar la existencia de fundaciones ilegales por sus fines o por los medios que utilicen (art. 34.2 CE, en relación con el art. 22.2 CE).*» (STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 4º).

Precisamente en razón del interés general que persiguen las fundaciones:

¹⁰⁶⁰ PÉREZ ESCOLAR, M., «El protectorado de las fundaciones...», *op. cit.*, pág. 4.

¹⁰⁶¹ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Relaciones de las fundaciones con los protectorados», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.A. (dirs.), *Presente...*, *op. cit.*, pág. 99.

¹⁰⁶² GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación...*, *op. cit.*, pág. 301.

«...todas estas potestades atribuidas a órganos administrativos [...] encontrarían su fundamento, como ya hemos expuesto, en la necesidad de garantizar que las fundaciones cumplan el fin de interés general que justificó su creación...» (STC 120/2011, de 6 de julio, FJ 9º).

Y ha reiterado el Tribunal ha reiterado esta doctrina en su última sentencia, sobre la Ley de Fundaciones de La Rioja:

«... la actuación de la administración pública en la vida de la misma es notoria e imprescindible»

aunque ha matizado seguidamente que ello:

«en ningún caso puede llevarnos a situar su entero régimen jurídico en la órbita del derecho público y específicamente del derecho administrativo» (STC 98/2013, de 23 de abril, FJ 3º).

De lo dicho queda claro que el protectorado es un tipo de acción administrativa que se da, singularmente, en el ámbito de las fundaciones en base a la necesidad de garantizar la prosecución del interés general. En concreto, es la única actividad administrativa sobre las fundaciones¹⁰⁶³, con la única exclusión de la actividad registral.

Sin embargo, como veremos, cuando esta acción de protectorado se proyecta sobre las fundaciones del sector público, adquiere unos matices peculiares, definidos por el Tribunal Constitucional¹⁰⁶⁴ y que, sintéticamente son, la identidad entre Administración territorial que ejerce el Protectorado y Administración territorial que crea la entidad; y justificación basada en el carácter instrumental de la fundación respecto de la Administración fundadora, por delante de los fines perseguidos.

Es importante recalcar que estamos ante una función o una potestad administrativa que se atribuye, en consecuencia, a un órgano administrativo. De esta manera, la Ley no crea un órgano *ex novo* en la Administración, sino que se limita a crear

¹⁰⁶³ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Comentario al artículo 32», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley...*, op. cit., pág. 287.

¹⁰⁶⁴ STC 120/2011, de 6 de julio.

una función. Corresponderá a la propia Administración Pública adscribir el ejercicio de esta función a alguno de sus órganos.

1.2. EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN DEL PROTECTORADO: EL PROBLEMA DE LAS FUNDACIONES PÚBLICAS

En la Administración General del Estado, el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal atribuye la función del protectorado a los *departamentos ministeriales que posean atribuciones vinculadas con los fines fundacionales, tal y como aparecen descritos en los estatutos de la fundación* (art. 40.1 RFCE)¹⁰⁶⁵, correspondiendo la titularidad del ejercicio de la función al Ministro correspondiente, si bien, generalmente éste delega las funciones de protectorado en órganos técnicos tales como la Subsecretaría o la Secretaría General Técnica¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶⁵ En la actualidad, a nivel de la Administración General del Estado, disponen ejercen el Protectorado seis Ministerios, en concreto los de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente; Educación, Cultura y Deporte; Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad; Empleo y Seguridad Social; Industria, Energía y Turismo; y Justicia.

¹⁰⁶⁶ Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 20, de 24.1.2012); Real Decreto 257/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (BOE núm. 24, de 28.1.2012); Orden ECD/465/2012, de 2 de marzo, de delegación de competencias del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (BOE núm. 59, de 9.3.2012); Real Decreto 343/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (BOE núm. 36, de 11.2.2012); Orden ESS/619/2012, de 22 de marzo, por la que se delegan y se aprueban las delegaciones del ejercicio de competencias en los órganos administrativos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y sus organismos públicos (BOE núm. 75, de 28.3.2012); Real Decreto 344/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Industria, Energía y Turismo (BOE núm. 36, de 11.2.2012); Orden IET/556/2012, de 15 de marzo, por la que se delegan competencias del Ministro de Industria, Energía y Turismo, y por la que se aprueban las delegaciones de competencias de otros órganos superiores y directivos del departamento (BOE núm. 67, de 19.3.2012); Real Decreto 345/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Competitividad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 36, de 11.2.2012); Decreto 401/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (BOE núm. 42, de 18.2.2012); Orden AAA/838/2012, de 20 de abril, sobre delegación de competencias del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (BOE núm. 98, de 24.4.2012); Real Decreto 452/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 56, de 6.3.2012); Real Decreto 453/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica

Al tratarse de una función administrativa, no se establecen garantías adicionales para su ejercicio más allá de las generales que se imponen a toda acción administrativa, esto es, el servicio a los intereses generales con pleno sometimiento a los principios de legalidad y eficacia, principalmente (art. 103.1 CE). Es más, algunas garantías que en las regulaciones anteriores a la Ley de 1994 se establecían mediante la participación de órganos externos, especialmente el Consejo de Estado, en ciertos procedimientos, han desaparecido¹⁰⁶⁷.

Si la opción legislativa de atribuir el ejercicio del protectorado a órganos administrativos que ya tienen otras funciones es claramente desafortunada, más aún lo es el hecho de conceder la titularidad de estas funciones *ex lege* a órganos administrativos de escaso perfil técnico como son los Ministros. Estamos ante una clara rémora de épocas periclitadas donde el protectorado estaba íntimamente unido a la política, precisamente para garantizar la aplicación de los principios desamortizadores: Alcaldes, Gobernadores Civiles y Ministerio de la Gobernación tenían asumidas funciones importantes en la gestión del protectorado.

En un contexto social como el actual carece de sentido que una actividad tan relevante como la gestión del protectorado sobre las fundaciones se encomiende al responsable político de un departamento ministerial. El legislador no ha estado acertado en este punto por dos motivos: si es consciente que las funciones las ejercerá un órgano inferior (de hecho prevé expresamente la posibilidad de delegación o desconcentración) ¿por qué no atribuye directamente la competencia a este órgano? Con ello, se ganaría entre otras cosas en seguridad jurídica, pues, por ejemplo a nivel del Estado, no en todos los Ministerios se ocupa del protectorado un órgano con idéntico nivel: en unos es la Subsecretaría, en otros la Secretaría General Técnica, en otros una Dirección General... Por otro lado, ¿es imaginable que el Ministro, titular de la función de protectorado, disponga de tiempo y recursos suficientes para

básica del [Ministerio de Justicia](#) y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 56, de 6.3.2012);

¹⁰⁶⁷ Por ejemplo, el Decreto de 1972 establecía la audiencia al Consejo de Estado en los expedientes de modificación, fusión o extinción de las Fundaciones culturales privadas (art. 103.6). Además, en la tramitación de parte de los expedientes del protectorado se requería informe la Subcomisión de Ejercicio del Protectorado, un órgano colegiado (arts. 100 y 106, entre otros).

ejercer adecuadamente funciones como la de emitir los informes de idoneidad de los fines fundacionales?

Desde ciertas posiciones doctrinales se ha defendido el mejor ajuste a la configuración constitucional del derecho de fundación de atribución del Protectorado a órganos públicos, externos e independientes, como apunta PIÑAR MAÑAS, quien a mayor abundamiento, señala la contradictoria situación de las fundaciones de iniciativa pública, donde con frecuencia coinciden patronos y protectorado¹⁰⁶⁸.

En relación con esta idea, SALA ARQUER se ha mostrado recientemente contrario. Los motivos son que si se pretende crear una agencia de garantía de derechos, al estilo de la Agencia de Protección de Datos «*sería como crear un organismo independiente para tutelar el derecho de propiedad o la libertad de empresa*»; por el contrario, si se optara por crear un organismo independiente basado en el concurso de expertos, estaríamos ante la creación de «*casi un Estado dentro del Estado, dada la multiplicidad de fines de interés general que delimitarían su ámbito competencial*»¹⁰⁶⁹.

En nuestra opinión, no es necesario ir a un modelo de organismo independiente y externo de la Administración para el ejercicio del Protectorado de las fundaciones. El principal problema que se apunta en relación con el ejercicio de esta función por parte de la Administración es el solapamiento de sujetos entre protectorado y patronato en los casos de las fundaciones públicas en sentido amplio, y por tanto, como ha señalado MENÉNDEZ GARCÍA, la pérdida de independencia, objetividad e imparcialidad¹⁰⁷⁰. Por lo tanto, entendemos que si las fundaciones públicas se sus-trajeran a la acción del Protectorado administrativo se mantendría la necesaria al-teridad para que la acción de control sea eficaz y, al tiempo, la aplicación del Derecho Administrativo garantiza el recto ejercicio de las funciones de tutela de la voluntad fundacional y del interés general.

¹⁰⁶⁸ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Entidades privadas e interés general: el papel de las fundaciones», en AA.VV., *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*. Madrid: Iustel, 2010, pág. 297.

¹⁰⁶⁹ SALA ARQUER, J.M., «El nuevo Derecho Público de ...», *op. cit.*, pág. 96.

¹⁰⁷⁰ MENÉNDEZ GARCÍA, P., «Las fundaciones del sector público...», *op. cit.*, pág. 139.

Esta opción, por lo demás, tampoco genera problemas de control de las fundaciones públicas, toda vez que estas, además de estar sometidas a un régimen jurídico específico, son objeto de fiscalización por determinados órganos tales como los Tribunales de Cuentas, se someten a auditorías externas y, por supuesto, al control jurisdiccional. Sin embargo, no podemos olvidar en este punto que nuestro modelo de protectorado sigue pivotando sobre la figura de la autorización previa –por más que se haya extendido el silencio positivo–, lo que no deja de constituir una rémora y un obstáculo a la libertad de las fundaciones, como luego tendremos ocasión de ver.

Por último, precisamente en relación con las fundaciones de iniciativa pública hay que traer de nuevo a colación lo dicho por el Tribunal Constitucional en su sentencia 120/2011, de 6 de julio. Lo primero, que la existencia del protectorado sobre estas entidades no responde exclusivamente a la vinculación de éstas al interés general, sino a la exigencia de dar cumplimiento a los mandatos constitucionales de que la Administración (y sus personificaciones instrumentales) actúen de acuerdo con los principios de eficacia y jerarquía con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, sirviendo con objetividad a los intereses generales (art. 103.1 CE)¹⁰⁷¹.

En segundo lugar, que el sometimiento de las fundaciones del sector público a un Protectorado u otro no se rige por las normas generales que más adelante se verán, principalmente el principio de territorialidad, es decir, que se someten a la tutela de la Administración territorial en cuyo ámbito desarrollan principalmente sus funciones. En el caso de las entidades creadas por personas jurídico-públicas es esta circunstancia la que determina a qué Protectorado se someten, pues el Tribunal Constitucional considera que, de lo contrario, dado el carácter instrumental de estas fundaciones, podría «... *la decisión de actuar a través de la interposición de una fundación tendría como consecuencia el sometimiento de la actuación de la Administración General del Estado, realizada en ejercicio de sus propias competencias, a un conjunto de controles administrativos [de la Comunidad Autónoma] de legalidad que, de no haberse empleado la veste fundacional, no resultarían de aplicación*»¹⁰⁷². La cuestión es qué ocurre con las fundaciones creadas por Administraciones territoriales

¹⁰⁷¹ STC 120/2011, de 6 de julio, FJ 7º.

¹⁰⁷² STC 120/2011, de 6 de julio, FJ 8º.

que no tienen atribuidas funciones de protectorado (Entes Locales) o por Administraciones institucionales (universidades, etc...) ¹⁰⁷³. El propio Tribunal también da la respuesta, pues remite a las propias disposiciones fundacionales y, por tanto, opera el régimen general ¹⁰⁷⁴.

1.3. LA ORGANIZACIÓN DEL PROTECTORADO

Cuestión distinta, aunque también relevante es la organización del Protectorado.

Aunque se trata de una única función administrativa, como hemos visto, en el ámbito de la Administración del Estado se encuentra atribuida a diversos órganos administrativos en base a un criterio material. Esta distribución responde a la evolución que se ha visto al principio de este trabajo según la cual, a principios del siglo XX las distintas formas de beneficencia permitidas fueron evolucionando y adquiriendo un régimen jurídico específico en cada caso (fundaciones benéficas, culturales, de vivienda...) lo que, a su vez, provocó la adscripción progresiva de las funciones de control a los Departamentos Ministeriales correspondientes ¹⁰⁷⁵. En este sistema, el acto administrativo de la calificación de la fundación determinaba el Protectorado al que se sometía la fundación.

La LFE/1994 permitió la unificación de los distintos regímenes, sin embargo, no se impuso una vuelta al Protectorado único. No obstante, esta sí que fue la posición adoptada por la mayoría de las Comunidades Autónomas, que optaron por atribuir las funciones del Protectorado a una única Consejería con independencia del sector sobre el que actuase la fundación ¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷³ En este punto el pronunciamiento del Tribunal Constitucional ha sido duramente criticado por PIÑAR MAÑAS (PIÑAR MAÑAS, J.L., «El derecho de fundaciones en la reciente jurisprudencia...», op. cit., pág. 273).

¹⁰⁷⁴ STC 120/2011, de 6 de julio, FJ 13º.

¹⁰⁷⁵ DE LORENZO GARCÍA, R., *El nuevo derecho de ...*, op. cit., pág. 257.

¹⁰⁷⁶ En la actualidad solo existen Protectorados *sectoriales* en Galicia, Principado de Asturias, Región de Murcia y la Comunidad de Madrid. Respecto a los Registros, solo en el Principado de Asturias exis-

Al respecto, en el reciente Informe elaborado por la Comisión de Expertos de los Ministerios de la Presidencia y de Hacienda y Administraciones Públicas sobre la Reforma de las Administraciones Públicas se ha cuestionado la racionalidad de la existencia de distintos Protectorados a nivel ministerial:

«... el hecho de que existan varios Protectorados, sin que haya una serie de criterios comunes de ejercicio de sus funciones, [...] plantea la necesidad de que estas se ejerzan por un solo órgano que comprenda todas las fundaciones de competencia estatal, salvo las que, por su especial naturaleza, no puedan ser objeto de ello.»

Para seguidamente, proponer la creación de un Protectorado único de fundaciones¹⁰⁷⁷.

En nuestra opinión, lo razonable sería, efectivamente, la existencia de un Protectorado único por Administración. Las ventajas son obvias: eficacia, unidad de criterio y profesionalización. Lo contrario solo encuentra una justificación en la especialización de los fines¹⁰⁷⁸, un criterio difícilmente sostenible en un contexto de una Administración muy interconectada y sometida a los principios propios del Derecho Administrativo.

ten Registros sectoriales. El caso de Cataluña es significativo, la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de Fundaciones Privadas dejó abierta la puerta a que se estableciese un protectorado múltiple en razón de los fines de las fundaciones, y así se desarrolló en la Instrucción para la organización y funcionamiento del Protectorado de la Generalidad sobre las fundaciones privadas de Cataluña, aprobada por Decreto 160/1982, de 27 de mayo, del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña. Sin embargo, apenas 5 años después, mediante una nueva Instrucción, aprobada por el Decreto 37/1987, de 29 de enero, se centralizó el Protectorado en el Departamento de Justicia, y se redujeron las funciones de los distintos Departamentos del Gobierno, en materia de fundaciones, al *«fomento, ayuda y coordinación de las fundaciones según la naturaleza de los fines fundacionales, con absoluto respeto a su condición de entidades privadas que se proponen la realización de finalidades de interés general. A tal efecto, el Protectorado les comunicará los datos de las fundaciones que registre.»* (art. 4).

¹⁰⁷⁷ La viabilidad de esta propuesta no solo contrasta con la consolidada tradición de nuestra Administración, de la que se aporta una prueba en el mismo Informe: la Ley 50/2002, impuso la creación de un Registro Único de Fundaciones de Competencia estatal (art. 36), que tras casi 12 años de vigencia de la Ley aún no se ha puesto en marcha (MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, *Informe para la Reforma de las Administraciones Públicas*. Madrid: Ministerio de la Presidencia, 2013, págs. 106-107). El Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal, aprobado por el Real Decreto 1.611/2007, de 7 de diciembre, también previó esta unificación, si bien en la disposición transitoria primera no se dispuso el plazo de la creación de este Registro Único.

¹⁰⁷⁸ DE LORENZO GARCÍA, R., *El nuevo derecho de ...*, op. cit., pág. 260; GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios ...*, op. cit., pág. 271.

2. FUNCIONES

2.1. EVOLUCIÓN

Se ha expuesto que tradicionalmente el protectorado se ha articulado como una función administrativa de intervención y control de las fundaciones. La razón, también expuesta, es el recelo con el que la sociedad y el legislador han contemplado la existencia de las fundaciones.

Históricamente, como señala MORELL OCAÑA, el protectorado tenía por objeto institucionalizar un sistema de control sobre las fundaciones en el que la legalidad operase como un límite a custodiar, de manera que los efectos de su actividad se circunscribían a la mera calificación o descalificación de los actos o decisiones de los patronos. Esta caracterización generaba tres disfunciones, según el citado autor. A saber, en primer lugar el control sobre la actividad fundacional era estrictamente formal, sin que hubiese ningún asesoramiento técnico a los patronos; en segundo lugar, la organización administrativa que ejercía el protectorado debía contar con la aptitud técnica suficiente para incorporar a sus decisiones criterios de oportunidad desde el punto de vista financiero y gestor; y por último, la gran multiplicidad y casuismo de los actos sometidos a control impedía una gestión ágil del control¹⁰⁷⁹.

En una línea similar, DEL CAMPO ARBULO, con anterioridad a la Ley de 1994, consideró que se estaba produciendo una evolución de las funciones del protectorado, precisamente en el sentido más amplio del término, hacia una función de protección del hecho fundacional. No implicaba ello que el protectorado debiera abandonar sus funciones de control e inspección, sino que a ellas debía añadir las de ayudar, informar y «arropar» a las fundaciones mediante actividades de fomento de las actividades fundacionales¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁹ MORELL OCAÑA, L., «Notas sobre el arcaísmo del Derecho de las Fundaciones Benéficas», en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 17/1978, págs. 149-172.

¹⁰⁸⁰ DEL CAMPO ARBULO, J.A., «Perspectiva de las fundaciones», en: AA.VV., *Las fundaciones y los protectorados*. Centro de Fundaciones-ADENLE: Madrid, 1986, págs. 38-39.

Precisamente estas reclamaciones fueron, en parte, asumidas por el legislador en la Ley estatal de 1994 siguiendo algunas pautas marcadas por leyes autonómicas previas¹⁰⁸¹. De hecho, la doctrina que más ha incidido en el estudio de esta institución ya emitió juicios positivos sobre la regulación contenida en el artículo 32 de la citada Ley 30/1994. A PIÑAR MAÑAS le pareció *«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 artículo 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 de que no se trata de facilitar cualquier supuesto ejercicio del derecho, sino el “recto ejercicio” del mismo [...] Por eso, del mismo modo, 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»*¹⁰⁸². En este sentido, la exposición de motivos de la citada Ley asumía esta voluntad de adaptación del protectorado a la realidad social y jurídica de las fundaciones:

«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»

La Ley estatal de 2002, ha incidido más en esta línea de configurar el Protectorado como una actividad más respetuosa con la libertad de las fundaciones y del fundador. En este sentido, como se ha dicho, se redujeron los actos de las fundaciones en los que era preceptiva la autorización previa del Protectorado y se incidió en las actividades de fomento y asesoramiento.

¹⁰⁸¹ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Las Fundaciones y el Protectorado...», *op. cit.*, pág. 148.

¹⁰⁸² PIÑAR MAÑAS, J.L., «Comentario al artículo 32», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, págs. 289-290.

Sin duda, como luego veremos, la legislación catalana, en concreto, tras la Ley 7/2012, de 15 de junio, de modificación del Libro Tercero del Código Civil, ha marcado un hito en la evolución de las funciones del protectorado en cuanto a reducción del control previo.

El protectorado de nuestra legislación, como señala VATTIER FUENZALIDA, en definitiva, descansa sobre dos modelos distintos: el que pone el acento en el control externo de la Administración y otro que confía más en el autocontrol por el Patronato¹⁰⁸³.

2.2. FUNCIONES DEL PROTECTORADO

En la actualidad se pueden agrupar las funciones que desarrolla el Protectorado de la Administración sobre las fundaciones en cuatro grandes grupos, siguiendo un reciente trabajo de PÉREZ ESCOLAR¹⁰⁸⁴:

- a) Apoyo, asesoramiento y publicidad de las actividades de las fundaciones;
- b) Control de la actividad de las fundaciones y del cumplimiento de los fines fundacionales;
- c) Actuación en los casos de posibles deficiencias que se pueden producir en el patronato; y
- d) Otras funciones previstas por el ordenamiento jurídico.

El Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, por su parte, agrupa las competencias del protectorado en los siguientes bloques:

- a) Funciones de apoyo, impulso y asesoramiento (art. 42);

¹⁰⁸³ VATTIER FUENZALIDA, C., «El régimen del patrimonio fundacional», en: BELLO JANEIRO, D., y LUNA SERRANO, A.(coords.), *Aspectos jurídico-económicos ...*, *op. cit.*, pág. 65.

¹⁰⁸⁴ PÉREZ ESCOLAR, M., «El protectorado de las fundaciones...», *op. cit.*, págs. 5-6.

- b) Funciones en relación con el proceso de constitución (art. 43);
- c) Funciones en relación con el patronato (art. 44);
- d) Funciones en relación con el patrimonio (art. 45);
- e) Funciones relativas al cumplimiento de los fines (art. 46);
- f) Funciones relativas a la modificación, fusión y extinción (art. 47); y
- g) Funciones en relación con el ejercicio de las acciones legalmente previstas (art. 48).

Se percibe claramente la voluntad del legislador de llamar la atención sobre el cambio del rol histórico del protectorado al situar en la primera posición de la enumeración de las funciones las relativas al asesoramiento, impulso y apoyo, hecho que, con la salvedad de la alusión al informe preceptivo previo a la inscripción, también ocurre en el artículo 35 de la LFE. Pero este hecho no obsta para que insistamos en que el grueso de las funciones del protectorado siguen centradas en el control y fiscalización de la actividad de las fundaciones (arts. 43 a 48 del RFCE).

En este sentido, un simple vistazo a las líneas presupuestarias de las que se nutren los distintos departamentos administrativos que tienen asignado el Protectorado de Fundaciones pone de relieve la escasez de la dotación y, sobre todo, la ausencia de una línea específica para las labores de fomento.

Ahora bien, y a expensas de la evolución que se pueda dar en futuras normas estatales y autonómicas, en estos momentos asistimos a un proceso de estancamiento en el cambio de perfil del protectorado. En este sentido, caben modificaciones en la línea de eliminar ciertos procedimientos y sustituir expedientes de autorización previa por otros de comunicación posterior, dato este que desde hace años ha merecido una valoración positiva por la doctrina¹⁰⁸⁵, amén de por el propio sector fundacional. Pero desde luego, en el contexto de crisis de confianza que existe en nuestra sociedad en relación con la gran mayoría de las instituciones, creemos que

¹⁰⁸⁵ VATTIER FUENZALIDA, C., «El régimen del patrimonio fundacional», en: BELLO JANEIRO, D., y LUNA SERRANO, A.(coords.), *Aspectos jurídico-económicos...*, op. cit., pág. 62.

la tendencia futura va por el camino apuntado por PÉREZ ESCOLAR, es decir, mantener las funciones de asesoramiento y apoyo, e incluso incrementarlas, pero fortaleciendo las funciones de control¹⁰⁸⁶.

El principal argumento para demostrar esta vuelta al énfasis en la labor fiscalizadora del Protectorado hay que situarlo en el Proyecto de Ley del Protectorado respecto de las fundaciones y las asociaciones de utilidad pública, promovido por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña en 2010, dando cumplimiento a lo dispuesto en el Código Civil Catalán¹⁰⁸⁷. Dicho Proyecto de Ley ampliaba el régimen de intervención administrativa, pasando a desarrollar una función fundamentalmente fiscalizadora de la actividad de las fundaciones hasta el último detalle en ocasiones¹⁰⁸⁸.

Sin embargo, este Proyecto decayó con la disolución del Parlamento catalán y, en su lugar, la nueva mayoría que salió de las elecciones de 2010 –Convergència i Unió– no solo no recuperó el proyecto, sino que sacó adelante una reforma de la Ley del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, la Ley 7/2012, de 15 de junio. Esta norma pretendía «evitar el intervencionismo desmesurado y la excesiva regulación» de la anterior normativa¹⁰⁸⁹.

Según PÉREZ ESCOLAR, la involución señalada responde a la «constatación de que existen fundaciones que no cumplen correctamente la normativa que trata de garantizar su destino hacia la satisfacción de fines de interés general», por lo que se necesita un control efectivo de la actividad que cuenta con la percepción de ayudas y subvenciones públicas y con un tratamiento fiscal privilegiado¹⁰⁹⁰. El juicio de esta autora sobre la manera de actuar de las fundaciones es ciertamente negativo.

En los próximos años, y cuando se supere el actual contexto de crisis económica habrá que valorar cuál de las dos tendencias sobre las funciones del protectorado

¹⁰⁸⁶ PÉREZ ESCOLAR, M., «El protectorado de las fundaciones...», *op. cit.*, pág. 22.

¹⁰⁸⁷ *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 669, de 7 de abril de 2010. El proyecto de ley finalmente no se aprobó debido a la disolución del Parlamento en el verano de ese mismo año.

¹⁰⁸⁸ TORNOS MAS, J. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.M., «El régimen jurídico de las fundaciones en el ordenamiento jurídico catalán 2009-2010: transparencia y buenas prácticas», en: AA.VV., *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, *op. cit.*, pág. 378.

¹⁰⁸⁹ BALLESTER I MUÑOZ, S., «La modificació del llibre III del Codi civil ...», *op. cit.*, pág. 99.

¹⁰⁹⁰ PÉREZ ESCOLAR, M., «El protectorado de las fundaciones...», *op. cit.*, pág. 23.

rado se impone en nuestro ordenamiento, la de incidir en un mayor intervencionismo como garantía de la gestión correcta o, por el contrario, la que prima la responsabilidad de los patronos y, en consecuencia, diluye las funciones de fiscalización del protectorado.

En nuestra opinión difícilmente puede atribuirse la involución hacia posiciones de fiscalización extrema a un ejercicio incorrecto del derecho de fundación, como afirma la profesora PÉREZ ESCOLAR. Es injusto pensar que las fundaciones, en general han desatendido en nuestro país al interés general. Y es incorrecto pensar que la Administración no dispone de las herramientas legales adecuadas para ejercer sus funciones de protectorado (otra cosa es que cuente con los medios humanos y económicos adecuados)¹⁰⁹¹; como se ha visto, el nivel de intervención de los Protectorados en la vida de las fundaciones sigue siendo muy intenso.

Quizás, el problema radica precisamente en la ausencia de un ejercicio adecuado de sus funciones por parte del Protectorado. No son escasos los supuestos que han saltado a los medios de comunicación en los que se ha puesto de relieve una evidente gestión incorrecta o ilícita de ciertas fundaciones. Pero estos casos, que representan una exigua minoría de la masa de fundaciones de nuestro país, no se han producido porque el Protectorado no dispusiera de los recursos legales necesarios para ejercer el control de las fundaciones afectadas, sino más bien porque por cualquier otra causa, ese control ha sido deficiente¹⁰⁹².

En todo caso, entendemos que un refuerzo de las funciones de control del Protectorado, e incluso como apunta alguna doctrina¹⁰⁹³ y realizaba el Proyecto de Ley citado, la inclusión de un régimen sancionador administrativo, es indeseable por

¹⁰⁹¹ MUÑOZ PUIGGRÒS, X., «Potestades administrativas del Protectorado de fundaciones con especial referencia a la regulación de un posible régimen sancionador», en *Diario La Ley*, núm. 7.003, 2008.

¹⁰⁹² Es la tesis que mantiene Amadeo Petitbó en relación con el caso Palau, en el que los gestores de la Fundación del Palau de la Música de Barcelona, presuntamente, aprovecharon la gestión de la entidad para lucrarse hasta llevarla al borde de la extinción. *Vid.* «El Palau y el gobierno de las Leyes», ABC, 24/01/2010, pág. 25. En relación con este mismo caso, la profesora PÉREZ ESCOLAR lo pone como ejemplo del necesario refuerzo del Protectorado y entiende que es la causa del Anteproyecto de Ley del Protectorado en Cataluña, opinión que no es compartida, desde Cataluña, por LLOVERAS FERRER (*vid.* LLOVERAS I FERRER, M-R., «El protectorado de fundaciones en el Código civil de Cataluña», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2010, pág. 5. De hecho, solo en Cataluña, según datos de la propia Generalidad, en julio de 2011 había inscritas 2.473 fundaciones, 730 federaciones, 54.688 asociaciones, 129 colegios profesionales y 10 academias.

¹⁰⁹³ MUÑOZ PUIGGRÒS, X., «Potestades administrativas del Protectorado de fundaciones...», *op. cit.*

cuanto supone una vuelta a la idea de fundaciones sometidas a la Administración. Y hay que recordar que la esencia del derecho de fundación es una decisión libre en el marco de la autonomía de la voluntad. La injerencia desmedida de la Administración en las fundaciones desvirtúa el derecho y desincentiva la participación privada en las actividades de interés general¹⁰⁹⁴.

Ocurre, no obstante, que en la actualidad vivimos un momento de intensificación y perfeccionamiento de todos los mecanismos de control público, tanto en el ámbito de la Administración como en otras esferas, incluso netamente privadas. La crisis económica y determinados escándalos que han soliviantado a la sociedad han forzado a los Poderes Públicos a implementar normativas muy intervencionistas en sectores como los servicios bancarios, telecomunicaciones, etc... La gestión privada, la autonomía de la voluntad, ha devenido de nuevo una categoría sospechosa y por ende, requiere controles más estrictos de los que existían hasta ahora. En consecuencia, es muy poco probable que la tendencia de los Poderes Públicos sea a trazar una línea de reducción de control o de flexibilización de los mecanismos existentes. Sencillamente, no está de moda confiar en la autonomía de los gestores privados, máxime cuando los recursos gestionados no son los propios.

2.3. LAS NUEVAS TÉCNICAS ADMINISTRATIVAS COMO VÍA DE GARANTÍA DE LA LIBERTAD DE LAS FUNDACIONES

El ejercicio de las funciones de protectorado ha ido evolucionando a lo largo de los años. La situación de partida, en el siglo XIX respondía a una filosofía de desconfianza absoluta hacia las fundaciones. Fruto de ello, el sistema de control era férreo¹⁰⁹⁵ y se unía a un amplísimo elenco de limitaciones sobre la actividad de las fundaciones. El Reglamento de Fundaciones culturales privadas de 1972 supuso, en

¹⁰⁹⁴ Vid. Entrevista a Emilio Rui Vilar, Presidente del Centro Europeo de Fundaciones, «El Estado debe abstenerse de interferir en las fundaciones», en *ABC* 18/11/2008, contraportada.

¹⁰⁹⁵ Vid. Real Decreto de 14 de marzo de 1899, de Reorganización de los servicios de la Beneficencia particular e Instrucción para el ejercicio del Protectorado en la Beneficencia particular.

este punto, un cambio revolucionario: se suavizaron las limitaciones y el intervencionismo de la Administración en la gestión se relajó en aquellos aspectos no trascendentes en lo patrimonial, principalmente. Se generalizó el sistema de autorización previa. La Ley 30/1994 amplió este sistema a todas las fundaciones e incidió en la reducción del alcance de intervención administrativa y, sobre todo, generalizó expresamente la técnica del silencio administrativo positivo y el plazo de tres meses para la resolución de las autorizaciones. La Ley 50/2002, por su parte, cambió el mecanismo de autorización previa por el de comunicación posterior en ciertos procedimientos, de manera que, en su caso, el Protectorado pudiese activar mecanismos de responsabilidad *ex post*.

Hasta la fecha en la legislación actual podemos encontrar, por tanto, tres supuestos de gestión de las relaciones entre la fundación y el Protectorado: libertad absoluta, comunicación posterior y autorización previa, de menor a mayor intervención, en los dos primeros casos con la salvedad de que la Administración mantiene sus prerrogativas sobre la posible exigencia de responsabilidad a los patronos.

Pues bien, la Ley 7/2012, de 15 de junio, que modifica el Libro Tercero del Código Civil de Cataluña introduce un nuevo sistema: el de la declaración responsable. Y ello, combinado con la desaparición en el régimen jurídico catalán de la gestión patrimonial de los sistemas de autorización previa y de comunicación posterior salvo mandato expreso del donante o en los estatutos fundacionales o que se trate de bienes aportados por instituciones públicas¹⁰⁹⁶.

La declaración responsable es un instrumento que, regulado en el artículo 71.*bis*.1 de la LRJAP-PAC permite a los interesados, en este caso, las fundaciones, desarrollar una determinada actividad. Para ello, las fundaciones deberían aportar al Protectorado un documento en el que se manifieste que, bajo su responsabilidad se cumple con los requisitos establecidos para llevar a cabo el acto que se pretende, por ejemplo una enajenación. Es esta una técnica que se ha integrado en nuestro ordenamiento a partir de las llamadas *Leyes ómnibus* aprobadas para trasponer al ordenamiento español la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de

¹⁰⁹⁶ Artículo 331-1.6 del Código Civil de Cataluña.

12 de diciembre, relativa a los Servicios en el mercado interior, singularmente por medio de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, que modifica diversas leyes.

Esta técnica se diseña en la citada Directiva para eliminar procesos restrictivos de la libertad en el mercado interior de la Unión, por tanto, se orienta principalmente a la prestación de determinados servicios. Ello explica que, en su traslación al régimen jurídico de las fundaciones, plantee problemas específicos que se unen a los que ya se dan en otros ámbitos¹⁰⁹⁷.

Un primer problema viene dado en la misma regulación catalana, donde de hecho se entremezclan dos técnicas distintas, la declaración responsable y la comunicación previa. La primera consiste en una única declaración, la segunda en la aportación a la Administración de datos relativos al cumplimiento de ciertas condiciones. Pues bien, en el artículo 332-13 del Código Civil catalán se dispone:

«1. La adopción de declaraciones responsables por el patronato debe ser acordada con el voto favorable de dos tercios del número total de patronos, sin computar los que no puedan votar por razón de conflicto de intereses con la fundación. En el acta de la reunión y en los certificados que dejen constancia de estos acuerdos debe hacerse constar el sentido del voto de los patronos. Las declaraciones responsables deben formularse de acuerdo con un modelo normalizado y acreditarse mediante un certificado firmado por el secretario con el visto bueno del presidente.

2. Previamente a la adopción del acuerdo sobre la declaración responsable, los patronos deben disponer de los informes exigidos por la Ley y del resto de información relevante. Los modelos normalizados de las declaraciones responsables del patronato, firmados por todos los patronos que las han adoptado, deben presentarse al protectorado, junto con una copia de los informes que procedan, antes de ejecutar el acto u otorgar el contrato que es objeto de la declaración responsable. También deben adjuntarse a la declaración responsable las objeciones a la contratación que haya formulado cualquiera de los miembros del patronato competente en la propia acta o en un escrito separado. La presentación de la declaración responsable ante

¹⁰⁹⁷ Excede de nuestro objeto el estudio pormenorizado sobre la naturaleza jurídica de las declaraciones responsables y su incorporación al Derecho español, pueden verse los siguientes trabajos: FERNÁNDEZ TORRES, J.R., «Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable», en: *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42, 2011, págs. 85-114; LÓPEZ MENUDO, F., «La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa», en: *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14, 2010, págs. 111-150; MUÑOZ MACHADO, S., «Las transformaciones del régimen jurídico de las autorizaciones administrativas», en: *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14, 2010, págs. 85-110.

el protectorado debe tener lugar en el plazo de un mes a contar de la fecha en que el patronato la haya acordado.

3. La realización del acto o contrato objeto de la declaración responsable debe acreditarse ante el protectorado, con la presentación del documento que lo formalice, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha en que se ha presentado la declaración responsable al protectorado. Si el acto o contrato se formaliza mediante escritura pública, debe protocolizarse la declaración responsable.

4. La información sobre las declaraciones responsables y sobre la perfección de los actos o contratos que son objeto de estas debe formar parte del contenido mínimo de la memoria de las cuentas anuales, junto con el resto de información a que hace referencia el artículo 333-8.e).

5. El protectorado debe poner a disposición de las fundaciones los modelos normalizados de declaración responsable.

6. La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier manifestación, dato o documento que conste en una declaración responsable o que la acompañe suponen, previa audiencia del patronato, la denegación de la facultad de otorgar el acto o contrato y, si este ya ha sido otorgado, se aplica lo que el artículo 312-10 establece sobre la ineficacia de acuerdos, decisiones y actos y pueden iniciarse las actuaciones que correspondan para exigir las responsabilidades establecidas por la legislación. Los patronos que hagan constar en acta su voto contrario quedan exentos de la responsabilidad que pueda derivarse.»

Nótese que el apartado segundo está, realmente hablando de una comunicación previa.

Otra cuestión a tener en cuenta es que la naturaleza que en nuestro ordenamiento administrativo se le ha dado a la declaración responsable es la de permitir la realización de una determinada actividad, de suerte que si la Administración observa con posterioridad al inicio de la actividad algún tipo de irregularidad, podrá instar a su cese (art. 71.bis.4 de la LRJAP-PAC). En el supuesto de las fundaciones, esta situación debe reconducirse necesariamente a la acción de responsabilidad contra los patronos (en el caso catalán, aquellos que votaron a favor de la decisión).

En este sentido, siguiendo a LÓPEZ MENUDO, hay que resaltar que la Administración solo podrá imponer el cese de la actividad cuando concurren las causas le-

galmente previstas por la Ley, en este caso la «*inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier manifestación, dato o documento que conste en una declaración responsable o que la acompañe*»¹⁰⁹⁸, lo que puede limitar notablemente la discrecionalidad en la apreciación de la Administración.

Se trata de una ruptura radical del modelo de fiscalización del Protectorado¹⁰⁹⁹ que se ha dado históricamente en nuestro país y que, sigue vigente en las fundaciones de ámbito estatal y en el resto de Comunidades Autónomas.

En nuestra opinión, esta posición del legislador catalán responde a una cuestión meramente estética: la voluntad de dar la imagen de que se implanta a la gestión del Protectorado un régimen administrativo moderno y europeo.

Sin embargo, la declaración responsable no es, a nuestro entender, la técnica adecuada para las relaciones entre fundaciones y Protectorado. Compartiendo la filosofía de incrementar el margen de libertad de las fundaciones, es más coherente el recurso a la comunicación previa: permite al Protectorado disponer de la información que considere relevante de un determinado negocio sin necesidad de «acompañarla» a una declaración responsable. Además, con esta técnica, se facilita la labor fiscalizadora del Protectorado al disponer a instancia de la fundación de los informes, actas... necesarios.

Con todo y con ello, la comunicación previa en cuanto a la actividad de las fundaciones tampoco es un mecanismo inédito en este ámbito del Derecho. En la actualidad existe un importante grupo de decisiones de las fundaciones que deben ser sometidas a comunicación posterior al Protectorado, en el plazo de treinta días, para que, en su caso, la Administración inste las acciones de responsabilidad pertinentes.

De todo ello se sigue que el recurso a las declaraciones responsables o a las comunicaciones previas no presenta necesariamente ventajas respecto de otra de

¹⁰⁹⁸ LÓPEZ MENUDO, F., «La transposición de la Directiva de ..., *op. cit.*, pág. 141.

¹⁰⁹⁹ TORNOS MAS, J. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.M., «Encuentros y desencuentros de las fundaciones y el sector público de la Generalitat de Cataluña», en: AA.VV., *Anuario de Derecho de Fundaciones 2012*, *op. cit.*, pág. 430.

las técnicas ya existentes y que ha ganado espacio en los últimos años: la comunicación posterior al Protectorado.

De hecho, las declaraciones responsables, así como las comunicaciones previas, se articulan como mecanismos para los particulares puedan desarrollar una determinada actividad, o el ejercicio de un derecho, que se encuentra sometido a una determinada regulación. Estos mecanismos ponen en conocimiento de la Administración el cumplimiento de los requisitos necesarios para dicho ejercicio, bien mediante un compromiso personal –declaración–, bien mediante la aportación de los datos y documentos necesarios. La principal virtualidad de estas técnicas administrativas es que el inicio de la actividad no está sujeto a un acto administrativo autorizador subsiguiente a una fiscalización del cumplimiento de los requisitos legales. Además, son técnicas orientadas al ejercicio de ciertas actividades en el ámbito público (prestación de servicios, principalmente).

Pero en el caso del régimen de las fundaciones, la situación es sustancialmente distinta. En principio, las actividades tradicionalmente sometidas a autorización previa no son actividades que *per se* requieran la autorización de un tercero, en este caso la Administración, ni son actividades que se inicien en un momento y que se mantengan en el tiempo (*v.gr.* la ocupación de la vía pública o un establecimiento comercial). Esta intervención administrativa responde, como se ha visto, a razones ajenas al acto que se desarrolla. En segundo lugar, los actos de las fundaciones que se someten a este régimen son de trascendencia estrictamente privada y solo en la medida en que afectan al patrimonio de la fundación adquieren un cierto perfil público. En tercer lugar, se trata de actos que no se desarrollan en entornos altamente reglados (como la prestación de determinados servicios), sino que al margen de la naturaleza de los bienes determinada por la propia legislación, no implican condicionantes específicos que los distinguan de estos mismos actos cuanto el actor es un particular u otra personificación jurídica.

Así pues, de las tres técnicas administrativas expuestas, siendo como es que la única virtualidad de estas tres técnicas es la de poner en conocimiento del Protectorado, en un escaso plazo de tiempo, la realización de ciertos actos patrimoniales al efecto de que pueda instar la correspondiente acción judicial, entendemos que es

más respetuoso con la libertad de la fundación que esta comunicación sea posterior, en todo caso. Los motivos nos parecen evidentes. En primer lugar, actúa a modo de una presunción de licitud de la acción de la fundación. En segundo lugar, se evita la posible frustración del negocio ante la obvia espera a la eventual respuesta administrativa. En tercer lugar, se acota la actuación del Protectorado a una actividad de fiscalización y no de autorización.

Hay que recordar en este momento que en los primeros proyectos normativos sobre las fundaciones, así como en algunas de las posiciones doctrinales más autorizadas previas¹¹⁰⁰ a la Ley 30/1994, se apostaba por un modelo de comunicación posterior exclusivamente, como el más respetuoso con el derecho constitucionalizado, entendido como un derecho de libertad. Creemos que es sigue siendo esta la opción más respetuosa con el derecho de fundación.

¹¹⁰⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, ..., *op. cit.*, pág. 248.

CAPÍTULO XIV

EL DERECHO DE FUNDACIÓN EN EL ESTADO AUTONÓMICO

1. EL SISTEMA COMPETENCIAL ESPAÑOL

1.1. EL ESTADO AUTONÓMICO

La Constitución de 1978 canalizó las exigencias de autogobierno de las distintas regiones y nacionalidades, según expresión del artículo 2 de la Carta Magna, a través de lo que se conoce como Estado autonómico. Se trata, como se ha reconocido hasta la saciedad de un modelo de articulación territorial *abierto*. Esta *apertura del modelo* se ha puesto de relieve, de manera especial, con motivo de los procesos de reforma estatutarios operados en la VIII Legislatura de las Cortes Generales (2004-2008) que la han aprovechado para vía modificación del Estatuto de autonomía caminar hacia un modelo de marcado carácter federal, tanto en lo que a competencias respecta como a la configuración de las instituciones del Estado¹¹⁰¹.

La opción por un modelo de articulación territorial compleja no es novedosa en la historia del constitucionalismo español¹¹⁰². Así, la existencia de demandas de autogobierno por parte de determinadas regiones ya es abordada por el proyecto de Constitución de 1873 que propugna una república federal, aunque los avatares de la I República impidieron la aprobación del texto. Estando vigente la Constitución

¹¹⁰¹ DE CARRERAS SERRA ha considerado que el proyecto inicial de reforma del Estatuto de Cataluña «sobrepasa en mucho lo que es un Estado federal y adquiere el cariz de una confederación» (DE CARRERAS SERRA, F., «El proyecto de nuevo Estatuto de Cataluña», en GARRIDO MAYOL, V. (dir.), *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*. Fundación Profesor Manuel Broseta: Valencia, 2007, pág. 281).

¹¹⁰² SOLÉ TURA, J. y AJA FERNÁNDEZ, E., *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*. Siglo XXI de España Editores: Madrid, 1980.

canovista de 1876 se intentó dar respuesta a estas demandas regionales por medio de las *Mancomunidades* de las que solo se llegó a constituir, ya tardíamente en 1913, la de Cataluña. Sin embargo, como apunta SANTAMARÍA PASTOR, la primera solución frontal al problema la aportó la Constitución de la II República mediante la definición de un modelo de integración territorial, principalmente como vía de atender la llamada «cuestión catalana» mediante la articulación del Estado en lo que la propia Constitución definió como «Estado integral»¹¹⁰³. Sin embargo, como ha puesto de relieve LÓPEZ GUERRA el objetivo principal perseguido en nuestro país no ha sido la consecución de mayores cotas de eficacia administrativa sino atender las reclamaciones de demandas identitarias de determinadas regiones¹¹⁰⁴.

La Constitución de 1978 afrontó el reto de canalizar las demandas de autonomía regional en un contexto de amplia generalización de estas reclamaciones¹¹⁰⁵. Así, consagra una articulación del Estado basada en la existencia de unas nuevas organizaciones de carácter territorial dotadas de autonomía¹¹⁰⁶ política y administrativa¹¹⁰⁷, las Comunidades Autónomas, siendo la autonomía política el rasgo distintivo de estos entes respecto del resto de la organización territorial del Estado. No obstante, como se ha dicho, la indefinición del modelo implica, entre otras cuestiones, que la Ley Suprema omite cualquier definición expresa de las Comunidades Autónomas, por lo que ha sido el Tribunal Constitucional quien ha aportado la concep-

¹¹⁰³ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*. Centro de Estudios Ramón Areces: Madrid, 2001, vol. I, pág. 519.

¹¹⁰⁴ LÓPEZ GUERRA, L., «Algunas notas sobre la igualación competencial», en *Documentación Administrativa*, nºs 232-233, octubre 1992-marzo 1993, págs. 129 y ss.

¹¹⁰⁵ A las tradicionales demandas de Navarra y País Vasco –que habían gozado de un régimen jurídico específico durante todo el siglo XIX– y de Cataluña, durante la vigencia de la Constitución de 1931, adquirieron entidad política específica con la consiguiente reclamación de autonomía los nacionalismos gallego, andaluz y valenciano. Estas regiones llegaron, junto con Aragón, a iniciar el proceso autonómico que, sin embargo, fue frustrado por la Guerra Civil y la posterior dictadura del General Franco. Durante los casi 40 años de este régimen las demandas de autonomía fueron despreciadas por una estructura política y jurídica extremadamente jacobina, lo que lejos de apagar las exigencias de determinadas regiones las exacerbó especialmente a partir de los años 70 con un claro efecto contagio al resto de regiones que hasta ese momento no habían formulado, históricamente, demandas autonomistas.

¹¹⁰⁶ STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3.

¹¹⁰⁷ CASTELAO, J., «Sinopsis del artículo 137 de la Constitución» en *Portal Temático de la Constitución Española* –<http://narros.congreso.es/constitucion/index.htm>–. Congreso de los Diputados, 2003.

tualización de aquéllas como «*corporaciones públicas de base territorial y de naturaleza política, [que] tienen como esfera y límite de su actividad en cuanto tales los intereses que les son propios*»¹¹⁰⁸.

El Estado autonómico es, como hemos dicho, un modelo inacabado en la Constitución. Ello no significa que se trate de un modelo indeterminado o abstracto, sino todo lo contrario. A lo largo de sus treinta y siete años de vida los preceptos constitucionales que establecen las pautas en las que se debe fundamentar el modelo han sido complementados tanto por una consolidada *praxis* como por una abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha permitido integrar las lagunas que dejaba el texto constitucional. Asimismo, la aprobación de numerosas normas llamadas a integrar el bloque de constitucionalidad¹¹⁰⁹, empezando por los Estatutos de autonomía¹¹¹⁰, han permitido construir un complejo ensamblaje jurídico-institucional que en sí mismo define al Estado de las autonomías. Una articulación que, en opinión muy generalizada en la doctrina ha sido positiva en las tres décadas que lleva funcionando¹¹¹¹.

Sea como fuere, el modelo viene caracterizado por una serie de rasgos que influyen en la configuración del mismo. El principal elemento identificador es su carácter dispositivo. Esta circunstancia actúa en dos sentidos: de una parte la constitución de Comunidades Autónomas no es un mandato constitucional, sino una opción que queda al alcance de una serie de actores políticos (arts. 143 y 151 CE) como evidencia el inciso «*que se constituyan*» del artículo 137. En otro sentido, el principio dispositivo incide en la configuración interna de la Comunidad Autónoma, ya que una vez que se ha optado por parte de los sujetos legitimados para ello por iniciar el proceso constitutivo de la nueva entidad, sus perfiles en cuanto a competencias, do-

¹¹⁰⁸ STC 25/1981, de 14.07.1981, FJ 3º.

¹¹⁰⁹ RUBIO LLORENTE, F., «El bloque de constitucionalidad», en MARTÍN-RETORTILLO, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991, vol. I, págs. 4 y ss. Asimismo, entre otras, la STC 249/2007, de 13 de diciembre.

¹¹¹⁰ Pero también otras normas como la LOFCA (*vid.* RIDAURA MARTÍNEZ, J., «La Hacienda de la Comunidad Valenciana», en GARRIDO MAYOL, V. (coord.), *Instituciones Políticas de la Comunidad Valenciana*. Fundación Profesor Manuel Broseta: Valencia, 2000, pág. 210; SSTC 192/2000, de 13 de julio y 62/2003, de 27 de marzo, entre otras.

¹¹¹¹ Entre otros, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Reforma federal y reforma del Estado*, en ABC, 10.05.2006; y PORTERO MOLINA, J.A., «Los retos del Estado de las Autonomías», en GARRIDO MAYOL, V. (dir.), *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*. Fundación Profesor Manuel Broseta: Valencia, 2007, pág. 38.

tación institucional... no vienen definidos por la Constitución que se limita a establecer los contornos mínimos en cuanto a competencias (arts. 148 y 149 CE, principalmente) –aspecto este que trataremos más adelante con detalle–, configuración institucional (art. 152.1 CE)¹¹¹² y contenido del Estatuto de autonomía (art. 147 CE). A mayor abundamiento, el principio dispositivo también puede justificar la existencia de varias vías de acceso a la autonomía.

1.2. EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL

1.2.1. Noción de competencia: rasgos generales

La terminología que se usa en la Constitución a la hora de abordar la constitución del Estado autonómico no es tan clara como cabría esperar. Así lo ha puesto de relieve la generalidad de la doctrina. El recurso a términos como materia, competencia, bases... en contextos distintos obliga a realizar en cada caso una notable labor exegética para determinar los contornos de cada competencia. La doctrina ha identificado tres tipos de competencias:

- a) Competencias exclusivas,
- b) Competencias compartidas y,
- c) Competencias concurrentes.

¹¹¹² La STC 225/1998, de 25 de noviembre, ha considerado que aunque este artículo, en cuanto a la configuración del ámbito institucional de las Comunidades Autónomas sólo se refiere a aquellas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 151 CE, esto es, Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía, que en la medida en que se da un proceso de acercamiento competencial de las CC.AA. del 143 a las del 151 –en este caso especialmente evidente al tratarse de Canarias, por lo que el Tribunal se refiere a la LOTRACA–, «es lógico que tenga su trasunto en el plano orgánico e institucional» (FJ 6º). De esta manera, el alto Tribunal avala la aplicabilidad general del artículo 152.1 CE como canon de constitucionalidad en la organización institucional de las distintas CC.AA. En cualquier caso, es especialmente significativo, en este punto, el voto particular discrepante del Magistrado Pedro Cruz Villalón. *Vid.* a este respecto, LÓPEZ AGUILAR, J.F., «Derecho electoral autonómico y potestad autoorganizativa de las CC.AA.», en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 8, 1999, págs. 263 y ss.

Estas competencias permiten configurar tres espacios competenciales distintos entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En un primer espacio, el de las competencias exclusivas, a nivel teórico no hay coincidencia competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas; en los otros dos ámbitos sí que se dan puntos de encuentro entre ambas esferas, si bien lo que diferencia estos ámbitos entre sí es la intensidad con que se da la coincidencia competencial, mucho mayor en el caso de las competencias compartidas que en el de las competencias concurrentes.

A priori, las competencias exclusivas, tanto del Estado como de las Comunidades son aquellas en las que el ente detenta la titularidad de todas las potestades en relación con una materia determinada¹¹¹³. En sentido negativo excluye al resto de Administraciones de título competencial válido en la materia de que se trate. GARRIDO MAYOL ha apuntado que existe en la doctrina una cierta ambigüedad cuando se trata de concretar el ámbito de la exclusividad, ya que se aplica tanto a la titularidad del conjunto del haz competencial sobre una materia, como sobre la totalidad de un mismo tipo de facultades (legislación, bases...)¹¹¹⁴.

Las competencias compartidas son aquellas en las que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas ostentan títulos competenciales, si bien, los respectivos títulos solo cubren determinadas facultades¹¹¹⁵. En estos casos, según GARRIDO MAYOL, lo que realmente se comparte no es la competencia, sino la materia¹¹¹⁶.

¹¹¹³ El Estatuto de Cataluña, aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, contiene en su artículo 110 una definición legal de "competencia exclusiva": «Corresponden a la Generalitat, en el ámbito de sus competencias exclusivas, de forma íntegra la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva. Corresponde únicamente a la Generalitat el ejercicio de estas potestades y funciones, mediante las cuales puede establecer políticas propias».

Corresponde a la Generalitat en el ámbito de sus competencias ejecutivas, la potestad reglamentaria, que comprende la aprobación de disposiciones para la ejecución de la normativa del Estado, así como la función ejecutiva, que en todo caso incluye la potestad de organización de su propia administración y, en general, todas aquellas funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la Administración pública.

¹¹¹⁴ GARRIDO MAYOL, V., «Sinopsis del artículo 149..., *op. cit.*

¹¹¹⁵ El Estatuto de Cataluña, aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, contiene en su artículo 111, la definición de "competencia compartida": «En las materias que el Estatuto atribuye a la Generalitat de forma compartida con el Estado, corresponden a la Generalitat la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto. En el ejercicio de estas competencias, la Generalitat puede establecer políticas propias. El Parlamento debe desarrollar y concretar a través de una ley aquellas previsiones básicas».

¹¹¹⁶ GARRIDO MAYOL, V., «Sinopsis del artículo 149..., *op. cit.*

Por último, las competencias concurrentes son aquellas en las que, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas, disponen de título competencial exclusivo, si bien la nota característica es que esta exclusividad no lleva aparejada la exclusión de otros entes, como ocurre con las competencias exclusivas, más bien al contrario, comporta la necesaria articulación de cauces de cooperación y colaboración interinstitucional. El caso paradigmático de este tipo de competencias es la cultura, prevista en el artículo 149.2 CE. Las Comunidades Autónomas han asumido con exclusividad esta competencia¹¹¹⁷, mientras que el citado artículo de la Constitución establece que «...*el Estado considerará el servicio de la cultura como un deber y una atribución esencial...*». En relación, precisamente con la competencia en materia de cultura, el Consejo Consultivo de Cataluña consideró que lo adecuado sería hablar de «*competencias “paralelas” o “indistintas” que se proyectan sobre una materia pero que por su naturaleza no deben llevar a una situación de incompatibilidad o recíproca contradicción*»¹¹¹⁸.

1.2.2. La competencia sobre fundaciones

La competencia sobre la materia de fundaciones puede definirse como la titularidad de las potestades públicas sobre las fundaciones. En este caso, las fundaciones serían la *materia* mientras que las *potestades* incluirían tanto la normación –legal e infralegal– como la tutela administrativa y, en su caso las funciones registrales, especialmente significativas estas dos últimas funciones en el caso de las fundaciones. En la concreción material de las competencias autonómicas sobre fundaciones, el Consejo Consultivo de Cataluña, en su dictamen nº 7, de 8 de diciembre de

¹¹¹⁷ A título de ejemplo, el artículo 49.4^a del vigente Estatuto de autonomía de la Comunitat Valenciana, aprobado por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril.

¹¹¹⁸ Dictamen 269, de 1 de septiembre de 2005, sobre la propuesta de Proposición de ley orgánica por la que se establece el Estatuto de autonomía de Cataluña y se deroga la Ley orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, del Estatuto de autonomía de Cataluña. El Consejo Consultivo añade, precisamente en relación con la materia de cultura que: «*De esta manera, según una opinión doctrinal muy generalizada, tanto la Generalitat como el Estado pueden ejercer indistintamente toda clase de funciones en la materia de cultura, sin que se tenga un criterio preferencial a favor de ninguna de las intervenciones. Se trataría, por tanto, de una materia singular en la que el Estado y las CC.AA. pueden intervenir sobre un mismo objeto, como si fueran dos competencias exclusivas, que por su particularidad no se excluyen sino que se complementan, cosa que no puede suceder en otros casos*».

1981, sobre el proyecto de Ley de Fundaciones Privadas, consideró que el legislador autonómico catalán solo se encontraba limitado por lo previsto en el artículo 34 CE y en el artículo 22, por remisión de aquel, esto es la persecución del interés general, el sometimiento a la ley y la proscripción de finalidades y medios tipificados como delito. El Consejo Consultivo catalán se expresa en los siguientes términos en el fundamento 1º del citado dictamen

«no hay, por tanto, en materia de fundaciones, ningún tipo de sumisión o de respeto a bases o principios fundamentales a deducir de las leyes del Estado. La Generalidad tiene competencia exclusiva en la citada materia, siempre que sus leyes se mantengan dentro de los condicionantes establecidos en el artículo 34 de la Constitución por la remisión que se hace en éste al artículo 22 de la misma Constitución.

El ejercicio de esta potestad legislativa por parte de la Generalidad constituye, además, la consumación del acto de asumir competencias exclusivas por el Estatuto de autonomía y consagra definitivamente las expresiones positivas de respeto a las citadas competencias de establece el artículo 149.3 de la Constitución».

Respecto de estas afirmaciones, conviene reseñar que Cataluña tiene reconocidas competencias en materia de Derecho Civil foral, y en conclusión, un espectro competencial más amplio a la hora de regular el régimen jurídico de las fundaciones.

Un mayor grado de concreción a la hora de determinar el ámbito competencial que nos ocupa lo aporta el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana en su dictamen 118/1998, de 13 de marzo, sobre la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, que consideró que la competencia de la Comunidad Autónoma se circunscribía al *«funcionamiento de las fundaciones, su tutela por el Protectorado, y la organización y funcionamiento del Registro autonómico de Fundaciones».*

1.2.3. Incidencia del sistema constitucional de competencias en el régimen jurídico de las fundaciones

El régimen jurídico de las fundaciones ha sido tradicionalmente complejo, disperso y fragmentario. La constitucionalización del derecho de fundación pretende, en cierta manera, acabar con ello y crear un entorno de seguridad jurídica. Y aunque el derecho de fundación y el Derecho de las fundaciones son cuestiones distintas, y así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, como seguidamente se expondrá, la normativa sobre fundaciones postconstitucional refleja toda la complejidad del sistema, con regulaciones de distinto origen (estatal y autonómico), alcance territorial diverso y contenido variable en función de la Comunidad Autónoma.

Y pese a estos aspectos que podrían hacer pensar que la constitucionalización no aporta una mayor seguridad jurídica, lo cierto es que estamos ante un ámbito normativo con escasa conflictividad constitucional. Esto es así principalmente porque al no existir una atribución competencial expresa en favor del Estado, se ha limitado la posible colisión de títulos. De esta manera, el campo competencial del Estado se limita desde dos vías: la definición de la competencia que hagan los Estatutos, que deja al Estado un ámbito residual; y por otra parte, la proyección que sobre las fundaciones puedan tener otros títulos competenciales del Estado. Pero en todo caso, estaremos ante una competencia de segundo grado, delimitada por títulos distintos de uno específico.

Por ello, y aunque en la realidad no se ha generado un gran nivel de conflictividad, ello no es debido a la claridad de la atribución de los títulos en la Constitución. Sino que más bien hay que imputarlo a la confluencia de las normativas estatales y autonómicas y, sobre todo, a la implantación de un criterio de territorialidad de la competencia muy intenso, como se verá.

De esta manera, sobre el régimen jurídico del derecho de fundación se difunden los principios consagrados en el artículo 2 de la Constitución: unidad y autonomía. El principio de unidad, que afecta a los elementos esenciales del derecho y de la institución, combinado con el de la autonomía, que habilita a las Comunidades para desplegar una normativa con rasgos particulares.

1.2.4. Rasgos del sistema de distribución competencial: el sistema de triple lista

Nuestra Carta Magna consagra un modelo de reparto competencial llamado por la doctrina de triple lista. Este dista mucho de ser claro y nítido, y difiere la concreción de los respectivos techos competenciales a los Estatutos de autonomía de cada Comunidad, en lo que constituye una materialización del carácter dispositivo del Estado autonómico¹¹¹⁹. Ello no obstante, no implica que el poder *estatuyente* disponga de una absoluta libertad a la hora de realizar esta labor de definición del modelo territorial. El Tribunal Constitucional ha reconocido de manera reiterada, a partir de la temprana Sentencia 18/1982, de 4 de mayo, el valor de los Estatutos como norma «decisoria» a la hora de determinar la titularidad de una competencia, esto es, para concretar el marco general establecido en el Título VIII de la Constitución¹¹²⁰. Sin embargo, este carácter «decisorio» solo lo es «en principio», y lo es en sentido negativo, es decir, únicamente opera este carácter en el caso de que una competencia no esté reflejada en el Estatuto de autonomía, porque entonces «no cabe duda» de que lo es del Estado *ex artículo* 149.3. Por el contrario, si una competencia sí que ha sido asumida expresamente por un Estatuto, ello no implica que no quepa duda sobre su titularidad, sino que como manifiesta el Alto Tribunal:

«supone, entre otras posibles consecuencias, que el Estatuto de Autonomía, al igual que el resto del ordenamiento jurídico, debe ser interpretado siempre de conformidad con la Constitución y que, por ello, los marcos competenciales que la Constitución establece no agotan su virtualidad en el momento de aprobación del Estatuto de Autonomía, sino que continuarán siendo preceptos operativos en el momento de realizar la interpretación de los preceptos de éste a través de los cuales se realiza la asunción de competencias por la Comunidad Autónoma»¹¹²¹.

¹¹¹⁹ GARRIDO MAYOL, V. «Sinopsis del artículo 149 de la Constitución» en *Portal Temático de la Constitución Española* –<http://narros.congreso.es/constitucion/index.htm>-. Congreso de los Diputados, 2003.

¹¹²⁰ STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ. 1º.

¹¹²¹ STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ. 1º.

En consecuencia, junto con la asunción competencial que hagan los respectivos Estatutos, habrá que estar a lo dispuesto en el resto del ordenamiento y, especialmente, en los títulos competenciales que la Carta Magna reserva al Estado.

Esta necesidad de recurrir a las normas integrantes del bloque de la constitucionalidad es relevante en cuanto a las fundaciones se refiere. Y así lo ha consagrado el Tribunal Constitucional en las SSTC 49/1988, de 22 marzo, 341/2005, de 21 de diciembre, 120/2011, de 6 de julio, y 98/2013, de 23 de abril, –según hemos puesto de relieve anteriormente–, ya que la competencia de fundaciones no figura en la Carta Magna en ninguna de las listas de atribución competencial que contienen los artículos 148 y 149. Tampoco figura en otros preceptos con la excepción del artículo 34, que en ningún caso constituye un título competencial. Sin embargo como ha puesto de manifiesto el Alto Tribunal

«...de tal situación no puede extraerse la conclusión de que el Estado carezca de competencias en relación con el derecho de fundaciones proclamado en el art. 34 CE. En efecto el reconocimiento por el precepto citado del “derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley” incluye una llamada al desarrollo legislativo, que ha de realizarse en los términos fijados en el art. 53.1 del mismo texto constitucional, y en el que al Estado compete ex art. 149.1.1 CE regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en su ejercicio. Por otra parte, otros títulos competenciales del Estado –en los términos en que los consagra la propia Constitución– le habilitan igualmente para disciplinar el régimen jurídico de las fundaciones en los aspectos civiles y procesales (art. 149.1, números 8 y 6 CE), así como a estimular la participación de la iniciativa privada en la realización de actividades de interés general, mediante medidas fiscales que le corresponde establecer, de conformidad con el art. 149.1.14 CE»¹¹²².

La sencillez de los términos en que en teoría se articula el reparto competencial en nuestra Constitución entre el Estado y las Comunidades Autónomas, contrasta sin embargo con la realidad del sistema de triple lista al que hay que añadir una terminología que dista mucho de ser nítida, e incluso *perturbadora* para algunos autores¹¹²³. Y ello se refleja en la atribución competencial en materia de fundaciones.

¹¹²² STC 341/2005, FJ 2º.

¹¹²³ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*. Centro de Estudios Ramón Areces: Madrid, 1998, vol. I, pág. 515.

En principio, el sistema competencial de nuestra Constitución se configura como un sistema de los denominados de «doble lista» consagrados, entre otras, la Ley Fundamental de Bonn (arts. 70 y ss.). Este sistema incluye una lista de competencias exclusivas del Estado y otra lista de competencias que corresponden a los entes territoriales; en nuestra Ley Suprema estas listas serían –insistimos, a primera vista– las contenidas en los artículos 148.1 y 149.1, respectivamente.

La operatividad del principio dispositivo que inspira el Estado autonómico se materializa en dos vertientes que matizan el sistema de «doble lista» a la hora de concretar el reparto competencial: de una parte, el elenco competencial del artículo 148.1 es opcional para las Comunidades Autónomas, esto es, se configura como un *maximum* para las Comunidades de segundo grado, en ningún caso es el contenido competencial necesario; de otra parte, la matización viene operada por el artículo 150, en la medida en que permite que las competencias que en principio se adscriben al ámbito exclusivo del Estado pueden ser objeto de transferencia o delegación en las Comunidades Autónomas, con la única salvedad de que «por su propia naturaleza» no sean susceptibles de dicha transferencia o delegación (art. 150.2). *Item* más, el techo competencial del artículo 148.1 para las Comunidades de segundo grado tiene un carácter temporal, ya que, transcurrida la fase de «congelación competencial»¹¹²⁴ prevista en el segundo apartado del citado artículo 148, este precepto con un marcado carácter transitorio, deviene inaplicable salvo que hubiese modificaciones del mapa autonómico¹¹²⁵.

¹¹²⁴ Sobre la finalidad de esta «congelación competencial» y sus efectos, *vid.* LÓPEZ GUERRA, L., «Algunas notas...», *op. cit.*, págs. 122 y ss. Este período tiene una duración mínima prevista por la Constitución de 5 años –que se cumplieron en 1988 para el caso de los últimos Estatutos de autonomía aprobados, los de Castilla y León y la Comunidad de Madrid, en 1983–, sin embargo, la realidad es que se prolongó hasta 1992, cuando se firmaron los Acuerdos Autonómicos que se plasmaron en la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las CC.AA. que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, y en las posteriores reformas estatutarias, aprobadas en 1994.

¹¹²⁵ El Consejo de Estado, en el Informe de su Comisión de Estudios sobre la reforma de la Constitución, de 26 de febrero de 2006, entendió derogado este precepto en la medida en que ya había desplegado sus efectos y propuso su supresión si se optaba por «cerrar» el mapa autonómico. *Vid. pág.* 179 y ss.

1.2.5. La cláusula de cierre del artículo 149.3 ce: el espacio de la competencia sobre fundaciones

En este sentido, claramente existen tres listas de competencias: las competencias exclusivas del Estado –art. 149.1–; las competencias que pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas, en todo caso –art. 148.1–; las competencias que, al no ser atribuidas expresamente al Estado pueden ser asumidas en virtud de la cláusula de cierre del artículo 149.3¹¹²⁶. En la práctica ha supuesto que esta tercera lista, en la que se incluiría la competencia de fundaciones, queda al criterio del legislador estatuyente en una suerte de cajón de sastre en el que se escogen las competencias según criterio propio, de manera que constituye la justificación, principalmente, de las escasas desigualdades competenciales excepción hecha del denominado «hecho diferencial». DÍAZ BRITO entiende que estos dos artículos aspiran a reflejar todas las materias susceptibles de ser objeto de la acción de los Poderes Públicos, por lo que, en su opinión, a la hora de analizar la distribución de competencias en un caso concreto lo correcto será buscarle a la citada competencia *«por encima de todo, y de ser posible, acomodo en las listas de los artículos 148 y 149»*¹¹²⁷.

Junto con la cláusula de cierre descrita, el artículo 149.3 incluye dos cláusulas cuya finalidad es alcanzar un adecuado grado de integración del ordenamiento constitucional:

« ...La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas».

«El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas».

¹¹²⁶ «Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos».

¹¹²⁷ DÍAZ BRITO, F.J., *Normativa y competencias de Canarias sobre fundaciones privadas*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997, pág. 51.

El primer fragmento transcrito contiene las cláusulas residual y de prevalencia. La primera atribuye al Estado la competencia en todo aquello que, sin haberle sido atribuido expresamente por la Constitución, no ha sido atribuido a las Comunidades Autónomas por sus respectivos estatutos o, en su caso, por leyes orgánicas de transferencia o delegación de las previstas en el apartado segundo del artículo 150. De esta manera, la Carta Magna consagra que no haya espacios competenciales no adscritos o que la asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas pueda realizarse a través de instrumentos jurídicos distintos de los previstos constitucionalmente: estatutos y leyes orgánicas de transferencia o delegación.

La llamada cláusula de prevalencia establece que en caso de conflicto entre dos instrumentos normativos, uno del Estado y otro de una Comunidad Autónoma, tendrá preferencia la aplicación de la norma estatal, cuando en el Estatuto no se hubiere atribuido en exclusiva la competencia a la Comunidad Autónoma. Sin embargo, este principio debe ser objeto de una serie de matizaciones que lo dejan, en la práctica, sin virtualidad. La primera matización es que sólo opera en conflictos que versen sobre competencias que no sean exclusivas de la Comunidad Autónoma, de manera que se restringe su aplicabilidad a las competencias concurrentes o compartidas. La segunda matización es que este principio solo operará cuando sea inviable la solución del conflicto normativo o competencial mediante el contraste de títulos competenciales contenidos en las correspondientes normas de atribución (Constitución y Estatuto, principalmente), labor esta que tiene específicamente encomendada el Tribunal Constitucional¹¹²⁸. En el caso de la competencia sobre fundaciones, una vez que la competencia ha sido asumida con carácter exclusivo por la totalidad

¹¹²⁸ GARRIDO MAYOL duda de la utilidad de esta cláusula más allá de conflictos sustanciados ante la jurisdicción ordinaria ya que el Tribunal Constitucional resuelve estos conflictos recurriendo al principio natural del sistema competencial, esto es, el principio de competencia tal como queda configurado en el bloque de la constitucionalidad (GARRIDO MAYOL, V. «Sinopsis del artículo 149...», *op. cit.*). BALAGUER CALLEJÓN, por su parte, considera que el debate sobre la aplicación de este principio debe definirse en términos de conflicto normativo o de conflicto de competencias, ya que en el primer caso la aplicación del principio de prevalencia será en todo caso de carácter provisional sin repercusión en el ámbito competencial salvo que se dé una consolidación posterior; en el caso de la existencia de un conflicto de competencias la aplicación del principio puede tener carácter definitivo y, en consecuencia, tener efectos en la configuración de la esfera competencial de las CC.AA. Sin embargo, añade este autor, que este principio «no puede servir como criterio general de solución de conflictos normativos, ya que sólo determina de manera definitiva la norma aplicable cuando no interviene el criterio de competencia» (BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.) y otros, *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 2007, vol. I, pág. 430.

de las Comunidades Autónomas, en principio excluye el eventual recurso a este principio en caso de conflicto, no obstante, se trata de un campo competencial en el que inciden numerosos títulos competenciales propios del Estado (Legislación Civil, Procesal, etc...) lo que puede dar lugar a situaciones de conflicto sobre la aplicabilidad de normas contradictorias del Estado y de las Comunidades Autónomas que, en la medida en que se han dado, han sido sustanciadas en el Tribunal Constitucional a través del instrumento del recurso de inconstitucionalidad por insuficiencia de título competencial y, en consecuencia, se han resuelto aplicando el principio de competencia.

El otro fragmento transcrito anteriormente del apartado 3 del artículo 149 de la Carta Magna contiene la cláusula de supletoriedad, prevista por el constituyente como garantía de legalidad en un momento en el que el desarrollo de un sistema autonómico era todavía incierto¹¹²⁹. Si bien en un primer momento el Tribunal Constitucional consideró que esta cláusula podría ser un instrumento de atribución competencial a favor del Estado en la que medida en que podía legislar en tanto no lo hicieran las Comunidades Autónomas¹¹³⁰ y sobre cualquier materia, con independencia de que estuviera atribuida expresamente a una Comunidad Autónoma. Posteriormente, la Jurisprudencia constitucional matizó esta interpretación de manera que aunque la cláusula de supletoriedad no es una regla de atribución competencial sí que sigue legitimando al Estado para regular en aquellos ámbitos que en los que no hay regulación autonómica.

Es decir, el Estado no puede legislar con la finalidad de establecer una normativa supletoria. Ello implica que no cabe la acción del legislador estatal en aquellas materias que hayan sido asumidas como exclusivas por todas las Comunidades Autónomas, caso de las fundaciones. *A sensu contrario* cuando al menos una Comunidad no haya asumido con carácter exclusivo una determinada competencia, el Es-

¹¹²⁹ GARRIDO MAYOL, V. «Sinopsis del artículo 149...», *op. cit.*

¹¹³⁰ Y aún cuando estas hubiesen legislado, la norma estatal no devendría inválida, sino que restaría como supletoria: « ... los participios "modificados" o "sustituidos" no equivalen a "derogados", pues si las Comunidades Autónomas legislasen sobre tales materias conexas, por ser de su competencia, sus respectivos preceptos no derogarían a los correspondientes de la L.O.E.C.E., sino que se aplicarían en cada Comunidad con preferencia a éstos, y sólo en tal sentido podría decirse que los modificarían o sustituirían como Derecho aplicable con carácter preferente» (STC 5/1981, FJ 23º).

tado podrá regularla, y esta regulación tendrá carácter supletorio en el resto de Comunidades Autónomas¹¹³¹.

Ahora bien, como ha afirmado DÍAZ BRITO:

«... la asunción por algunos Estatutos de competencias exclusivas en materia de fundaciones, por un lado, impide al Estado asumir dicha competencia respecto a tales Comunidades en virtud de la cláusula residual del artículo 149.3 CE y, por tanto, legitima a las mismas para legislar en la materia, sin que ninguna ley estatal pueda por sí sola desplazar la eficacia de dicha legislación. Ello no quiere decir, sin embargo, que las competencias autonómicas sean inatacables y que el Estado quede definitivamente privado de la facultad de legislar sobre fundaciones, puesto que, en último término, habrá de ser el TC quien, cuando tenga ocasión determine a quién corresponde la competencia legislativa en materia de fundaciones»¹¹³².

1.2.6. El principio de supletoriedad de la legislación del estado en el régimen jurídico de las fundaciones

Este principio de supletoriedad, contrariamente a lo que ocurre con los otros contenidos en el artículo 149.3, sí que tiene una evidente aplicación en el caso de la competencia sobre fundaciones, ya que aunque desde las reformas estatutarias

¹¹³¹ «Si para dictar cualesquier normas precisa el Estado de un título competencial específico que las justifique, y la supletoriedad no lo es, esa conclusión ha de mantenerse en todo caso. Por lo tanto, tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede, excediendo el tenor de los títulos que se las atribuye y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los Estatutos a las Comunidades Autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias, pues tales normas, al invocar el amparo de una cláusula como la supletoriedad que, por no ser título competencial, no puede dársele, constituyen una vulneración del orden constitucional de competencias» (STC 118/1996, de 27 de junio, FJ 6º).

«La cláusula de supletoriedad no permite que el Derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia. El presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del derecho» (STC 118/1996, de 27 de junio, FJ 8º).

«Así las cosas, dado que a partir de los arts. 148 y 149 C.E., todos los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades Autónomas la competencia exclusiva sobre la materia de urbanismo, es evidente que el Estado no puede dictar normas supletorias al carecer de un título competencial específico que así lo legitime, sin que por otra parte el hecho de ostentar otros títulos competenciales susceptibles de incidir sobre la materia pueda justificar la invocación de la cláusula de supletoriedad del art. 149.3, in fine, C.E.» (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 12º).

¹¹³² DÍAZ BRITO, F.J., Normativa y competencias..., op. cit., págs.63-64.

de 1994 todas las Comunidades Autónomas tienen asumida la competencia exclusiva sobre fundaciones, aún son varias las que no han legislado sobre la materia¹¹³³ frente a las que sí lo han hecho¹¹³⁴.

En las que no han aprobado leyes propias sobre fundaciones se aplica directamente la legislación estatal, en la actualidad la Ley 50/2002, de 26 de diciembre y su normativa de desarrollo, salvo en aquellos aspectos reglamentarios en los que han adoptado normativa de este rango, operando así en toda su extensión la cláusula de supletoriedad del 149.3 CE. En el resto de las Comunidades, la normativa estatal se limita a tener un carácter supletorio de la autonómica, sirviendo como norma de integración de lagunas de la normativa específica o como criterio hermenéutico.

2. EL ORDEN COMPETENCIAL EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE FUNDACIÓN

2.1. LA DESCENTRALIZACIÓN COMPETENCIAL

2.1.1. Aspectos generales: las dos competencias posibles

Tal como se ha expuesto reiteradamente, no hay previsión constitucional alguna sobre las competencias en materia de fundaciones o del derecho a fundar.

Ni existe el título competencial en favor del Estado ni en favor de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, en virtud de la cláusula de disponibilidad incluida en el primer inciso del artículo 149.3 CE, en los Estatutos de autonomía se podrá asumir con carácter exclusivo la competencia en relación con el derecho a fundar.

Ello ha facilitado que todos los Estatutos de autonomía hayan asumido competencias en materia de fundaciones, especialmente a partir de 1994.

¹¹³³ Principado de Asturias, Cantabria, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Illes Balears y Región de Murcia

¹¹³⁴ Galicia, País Vasco, Navarra, Cataluña, Canarias, Comunitat Valenciana, Andalucía, Comunidad de Madrid, Castilla y León y La Rioja.

La realidad es que no estamos ante una competencia única, entendiendo por competencia «*el conjunto de atribuciones, potestades y facultades de actuación por la que un ente determinado se halla habilitado para actuar y regular un determinado sector social*»¹¹³⁵. Sino ante dos competencias distintas. En su sentencia 173/1998, de 23 de julio, el Tribunal Constitucional apunta una sugerente idea en relación al derecho de asociación que podemos extrapolar al derecho de fundación. Esta idea consiste en deslindar el régimen jurídico del derecho constitucional del régimen jurídico al que se someten las fundaciones. En el caso del derecho de asociación, la primera competencia se atribuye al Estado en virtud de la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE. En el segundo caso, la competencia autonómica tiene mayor alcance y solo encuentra límites en los títulos sectoriales del Estado (149.1.8ª, 149.1.6ª CE):

«Con todo, aun admitiendo que entre la regulación del derecho de asociación y la del régimen jurídico de las asociaciones existe una zona de difícil delimitación y que, en consecuencia, en algunos casos la inclusión en una u otra categoría dependerá del grado más o menos intenso de proximidad con uno u otro ámbito, este criterio ha de ser el punto de partida inexcusable para delimitar lo reservado a la ley orgánica y lo que corresponde a los títulos competenciales relacionados con la materia de asociaciones y muy especialmente lo que corresponde al legislador ordinario, sea estatal o autonómico, con competencias en estas materias.» (FJ 8º).

Aplicado este razonamiento al derecho de fundación encontramos un hecho curioso.

Ningún Estatuto de autonomía ha plasmado en su articulado el derecho a fundar. Ello es ciertamente lógico si se tiene en cuenta que los primeros Estatutos no se incluían cartas de derechos, y que en los últimos que han sido reformados, las cartas de derechos persiguen ir más allá del nivel de protección jurídica ofrecida por la Constitución pero relacionada específicamente con la Comunidad Autónoma¹¹³⁶. En relación con el derecho de fundación es bastante evidente que no existe una notable

¹¹³⁵ GARRIDO MAYOL, V., «Sinopsis del artículo 149..., *op. cit.*

¹¹³⁶ CATALÀ I BAS, A.H., «Estatuto valenciano y construcción del Estado Social», en GARRIDO MAYOL, V. (dir.), *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*. Fundación Profesor Manuel Broseta: Valencia, 2007, págs.176 y ss.

vinculación entre este derecho y los elementos singulares de las Comunidades Autónomas que, en opinión del Tribunal Constitucional justifican el reconocimiento efectivo de derechos en sede estatutaria¹¹³⁷.

Tampoco lo han hecho para atribuir la competencia del régimen jurídico del derecho a fundar.

Con ello, esta competencia queda en el limbo: ni es atribuida por la Constitución a ningún ente territorial, ni es asumida por ningún Estatuto de autonomía. El artículo 34.1 solo remite al legislador su desarrollo.

Por el contrario, desde la primera fase autonómica algunas Comunidades Autónomas asumieron la competencia sobre *el régimen jurídico de las fundaciones*. La competencia comúnmente llamada *sobre fundaciones*.

Esta situación de ambas competencias, junto con la complejidad en el deslinde de algunos aspectos entre ambas, unida a la ausencia de reserva de ley orgánica, proyecta cierta confusión sobre el reparto competencial en este campo del Derecho.

Veámoslo.

En relación con el derecho a fundar, las Comunidades Autónomas no han asumido ningún título competencial. El Estado dispone de la competencia sobre las condiciones básicas del ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1.1ª CE), y en base a ella, ha establecido las pautas del ejercicio de este derecho. Y lo ha hecho de manera *excesivamente generosa* al decir de CUÑAT y OLAVARRÍA¹¹³⁸. Este título, junto con el de reserva de la legislación civil, ha permitido a las Cortes Generales construir un régimen completo del derecho de fundación que solo ha sido matizado, hasta la fecha, por la legislación civil catalana. Se sigue de esto que los legisladores, tanto el estatal como el autonómico han considerado que el ejercicio del derecho a fundar se inscribe netamente en la esfera del Derecho Civil. Y a ello contribuye la

¹¹³⁷ STC 247/2007, de 12 de diciembre.

¹¹³⁸ CUÑAT EDO, V. y OLAVARRÍA IGLESIA, J., «Comentario al artículo 49.1.23ª», en GARRIDO MAYOL, V. (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pág. 1.292.

caracterización de la creación de fundaciones por parte de las Administraciones Públicas como algo ajeno al derecho a fundar, realizada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 120/2011, de 6 de julio. En este sentido, las Comunidades que han legislado sobre fundaciones han reiterado en líneas generales la regulación del Estado en cuanto al derecho a fundar se refiere¹¹³⁹.

Por el contrario, la competencia sobre el régimen jurídico de las fundaciones, con un perfil más administrativo, ha sido desplegada por varias Comunidades Autónomas con mayor diversidad, si bien, los textos legales son normalmente únicos. Esta competencia está vinculada al principio de territorialidad, que a continuación se verá. Y esto ha permitido al Estado articular una competencia exclusiva sobre fundaciones que ejercen sus funciones en todo el territorio nacional o en más de una Comunidad Autónoma, creando por tanto, al menos dos regímenes jurídicos de las fundaciones. Algo necesariamente criticable.

2.1.2. Norma de sujeción a la normativa autonómica: la territorialidad

El principio general de sometimiento de las fundaciones a la normativa autonómica o a la estatal es el territorial, como se ha expuesto.

Este principio ha sido el adoptado por todas las legislaciones autonómicas, con dos salvedades. El Estatuto de Galicia, en su artículo 27.26 se atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre «*el régimen de las fundaciones de interés gallego*»¹¹⁴⁰. La otra excepción la constituye el Fuero de Navarra, donde se

¹¹³⁹ Buena prueba de ello es la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunitat Valenciana, que hubo de ser modificada en varios de sus preceptos por la Ley 9/2008, de 3 de julio de 2008, al objeto de ajustarla a la nueva Ley 50/2002.

¹¹⁴⁰ El artículo 2.1 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego, sin embargo, identifica las fundaciones de «interés gallego» como aquellas que, entre otras características propias de las fundaciones, persigan fines de interés para Galicia y «*desarrollen principalmente sus actividades y tengan su domicilio en el territorio de la comunidad autónoma.*» En la redacción inicial de la primera norma que desarrolló este precepto estatutario, la Ley 7/1983, de 22 de junio, de Régimen de las Fundaciones de Interés Gallego, no figuraba ninguna referencia a la territorialidad, esta se introdujo con la expresión «*que estando domiciliadas o desarrollen sus funciones principalmente en Galicia*» a través de la Ley 11/1991, de 8 de noviembre. Nótese que la Ley de 2006 reforzó el carácter territorial del alcance de la norma.

atribuye a la Comunidad Foral la competencia exclusiva en «*Fundaciones constituidas con arreglo a las normas del Derecho Foral de Navarra*» (art. 44.20 de la LORAFNA), con lo que el elemento territorial cede ante el criterio del derecho personal¹¹⁴¹.

También la legislación canaria ha introducido algún matiz al respecto¹¹⁴².

Salvo estas excepciones, el principio de territorialidad a favor de las leyes autonómicas opera en base a la Comunidad Autónoma en la que se desarrollan principalmente las actividades de la fundación. Así el elemento determinante no es el domicilio en una determinada Comunidad Autónoma, excepción hecha, de nuevo, de Galicia¹¹⁴³, aunque es cierto que la mayoría de las respectivas leyes autonómicas establecen que las fundaciones sometidas a su normativa deberán tener el domicilio fijado en la Comunidad Autónoma en cuestión.

Por su parte, la Ley 50/2002 no establece en su articulado un precepto relativo a la aplicabilidad *ratio personæ* de su normativa en los aspectos que van más allá del título de legislador que le concede el art. 149.1 de la Constitución. De hecho, en el párrafo cuarto de la disposición final primera se establece que «*los restantes preceptos de la Ley serán de aplicación a las fundaciones de competencia estatal*». La definición de las fundaciones de *competencia estatal* no figura de manera específica en el texto articulado de la Ley, pero sí se definen estas fundaciones al tratar del Registro de Fundaciones de competencia estatal (art. 36.1) y, en este punto, la Ley estatal es coherente con las normativas autonómicas ya existentes al afirmar que serán objeto de inscripción en este Registro los actos de las «*fundaciones que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma*.»

¹¹⁴¹ Con todo y con ello, la Ley 15 de la Compilación navarra establece que la condición foral navarra de las personas jurídicas se determinará por su domicilio, esto es, por un criterio territorial.

¹¹⁴² En el artículo 2 de la Ley 2/1998, de 6 de abril, se habla de fundaciones que realicen «esencialmente sus funciones» no «principalmente sus funciones», como en el resto de casos.

¹¹⁴³ El artículo 1.1 de la Ley 7/1983 de régimen de las fundaciones de interés gallego, establece que «La presente Ley será de aplicación a las fundaciones de interés gallego, entendiéndose por tales aquéllas que, estando domiciliadas o desarrollando principalmente sus funciones en Galicia, estén constituidas por personas naturales o jurídicas que destinen o afecten un patrimonio a la realización sin ánimo de lucro de fines de interés general en beneficio de personas no determinadas individualmente...», lo que supone una ampliación del criterio general.

Por tanto, de una interpretación conjunta de estas normas hay que entender que el elemento determinante para el sometimiento a una normativa u otra será el desarrollo de las actividades de la fundación en un marco territorial o en otro. En este sentido, será el desarrollo de estas actividades el que determinará donde deba radicarse el domicilio de la fundación, que, en la mayoría de normativas, exige que se encuentre en el ámbito territorial en el que se desarrollan principalmente las actividades de la entidad. Por último hay que reseñar que este marco legislativo deja fuera del espacio de discrecionalidad del fundador o del patronato la elección del marco legislativo que regirá la fundación, ya que este marco será determinado por las actividades desarrolladas, y solo de manera colateral, la determinación de los fines, cuando en el ámbito territorial coexistan varios órganos competentes con funciones de protectorado *ratione materiæ*.

2.1.3. La competencia sobre fundaciones en los Estatutos de Autonomía

En un primer momento, no todas las Comunidades Autónomas asumieron en sus Estatutos la competencia sobre fundaciones. Con carácter exclusivo lo hicieron Cataluña, el País Vasco, la Comunitat Valenciana¹¹⁴⁴, Canarias¹¹⁴⁵, Galicia, Andalucía y Navarra. Otras cuatro asumieron la competencia con carácter exclusivo pero de manera diferida, pues esta competencia solo sería efectiva si transcurría el plazo previsto en el artículo 148.2 CE o el Estado activaba alguno de los mecanismos establecidos en el artículo 150.1 y 2 CE. Estas Comunidades eran Castilla y León, Castilla-La Mancha, Illes Balears y Extremadura. En el Estatuto originario de La Rioja, se atribuía a la Comunidad la ejecución de la legislación sobre fundaciones del Estado. El resto de Comunidades, esto es, el Principado de Asturias, Aragón, Cantabria, la Región de Murcia y Madrid, no contemplaron previsión alguna sobre fundaciones.

¹¹⁴⁴ La Comunitat Valenciana asumió la competencia en sede estatutaria (art. 31.23), si bien su efectividad se debe principalmente a la LOTRAVA.

¹¹⁴⁵ Canarias asumió la competencia en sede estatutaria (art. 29.7), si bien su efectividad se debe principalmente a la LOTRACA

Las reformas estatutarias operadas en 1992, y confirmadas en 1994, generalizaron la asunción del título competencial con carácter exclusivo para todas las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 CE, tanto en el caso de aquellos Estatutos que expresamente habían previsto la competencia diferida como en el de los que no contenían previsión alguna. En estos casos, la competencia se refería a fundaciones que *desarrollen principalmente sus funciones* en la respectiva Comunidad Autónoma. En este proceso se eliminaron las referencias a las categorías de fundaciones (docentes, culturales, benéficas...) que se incluían en los Estatutos iniciales. Aunque curiosamente, en dos Estatutos reformados en la última fase de reformas, las del período 2004-2008, el de Aragón y el de la Comunitat Valenciana, se mantiene la nomenclatura originaria en mayor o menor medida¹¹⁴⁶. Y ello puede alcanzar a tener importancia por cuanto el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 173/1998, de 23 de julio, ha afirmado que la enunciación de los tipos de fundaciones actúa como elemento restrictivo de la competencia autonómica.

Sin embargo, esta competencia exclusiva dista mucho de serlo en toda la amplitud del término. En primer lugar porque debe respetar los efectos que sobre ella tienen una serie de competencias exclusivas del Estado de carácter específico y sobre las que se hablará más adelante con cierta profusión. De entrada, la competencia del Estado para fijar las condiciones básicas del ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales de manera que garanticen la igualdad de todos los españoles (art. 149.1.1^a CE). Además, los títulos específicos en materia de Derecho Civil (art. 149.1.8^a CE) y Derecho Procesal (art. 149.1.6^a CE) tienen una

¹¹⁴⁶ Es especialmente llamativo en este punto el *iter* seguido en el Estatuto aragonés. El texto inicial, aprobado por la Ley orgánica 8/1982, de 10 de agosto, no contenía ninguna referencia a la competencia sobre fundaciones. En la profunda reforma del texto de 1994 (Ley orgánica 6/1994, de 24 de marzo) se introdujo la competencia exclusiva sobre «*fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma*» (art. 35.1.27^a), en consonancia con lo dispuesto en la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución. Sin embargo, mediante una nueva modificación estatutaria, aprobada por Ley orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, se fijó la competencia exclusiva en «*fundaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencia social y similares que desarrollen principalmente sus funciones en Aragón*» (art. 35.1.27^a). Y en estos términos se ha mantenido en el actual Estatuto, aprobado por Ley orgánica 5/2007, de 20 de abril, «*fundaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial, deportivo y similares que desarrollen principalmente sus funciones en Aragón*».

especial intensidad en el régimen jurídico de las fundaciones y, por ende, en el derecho a fundar.

De esta manera, una primera delimitación de las competencias se deberá realizar mediante el deslinde de estos títulos estatales y el correspondiente autonómico. En su Sentencia 31/2010, de 28 de junio, el Tribunal Constitucional entendió que la asunción en sede estatutaria de una competencia exclusiva no implica necesariamente la exclusión absoluta de las competencias exclusivas del Estado, puesto que la exclusividad puede predicarse de uno o varios sectores de una única materia.

«Ello sin perjuicio de que al enjuiciar los artículos atributivos de concretas competencias hayamos de verificar si efectivamente se respeta en cada caso el ámbito de las competencias exclusivas reservadas al Estado, sea sobre la integridad de una materia, sea respecto de las potestades que le corresponden en sectores de una materia en la que también inciden competencias autonómicas y sin que para la proyección de las competencias estatales sobre la materia pueda ser obstáculo el empleo de la expresión “en todo caso” por los preceptos estatutarios» (FJ 59^o).

En el caso del derecho de fundación el deslinde de los tres títulos competenciales exclusivos del Estado que mayor alcance tienen sobre la competencia no es especialmente complejo¹¹⁴⁷. El Tribunal Constitucional ha abordado con gran prolijidad el primero de ellos (art. 149.1.1^a), y con frecuencia los otros dos (149.1.8^a y 149.1.6^a). Se trata, en todo caso, y especialmente en los dos últimos títulos, de un proceso casuístico.

Por el contrario, como veremos, la doctrina sobre la regulación de las condiciones básicas del ejercicio de los derechos constitucionales está consolidada en la determinación de ciertos aspectos de *«la regulación del ejercicio del derecho en cuestión, siempre que, de un lado, tal regulación tenga una conexión, directa o indirecta, con aquellos elementos nucleares [...], y que, de otro, se dirija a garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho (que es la finalidad que justifica la*

¹¹⁴⁷ También incide en el régimen jurídico del derecho de fundación la competencia estatal prevista en el artículo 149.1.14^a, Hacienda general y Deuda del Estado. Y así se pone de relieve en la STC 31/2010, de 28 de junio (FJ 66^o) y en la STC 341/2005. Ello no obstante, en este trabajo no la abordamos puesto que el estudio del régimen fiscal de las fundaciones excede de nuestros objetivos.

competencia estatal del art. 149.1.1 CE)» –FJ 2º.d) de la STC 135/2006, de 27 de abril–.

2.1.4. El cuestionable título sobre las fundaciones de competencia estatal

La competencia autonómica sobre fundaciones se ha cimentado sobre el criterio de territorialidad¹¹⁴⁸, esto es, las fundaciones que principalmente desarrollen las actividades en una Comunidad Autónoma, se someten a su Derecho. Las que desarrollan sus actividades principalmente en más de una Comunidad se registrarán por el Derecho de fundaciones estatal.

Esta cuestión es especialmente interesante. No existe una habilitación expresa en sede constitucional al Estado para crear un régimen jurídico de las fundaciones que tenga un alcance estatal. Los títulos competenciales en los que el Estado asienta su acción legislativa sobre el derecho de fundación son los previstos en los apartados 1, 6 y 8 del artículo 149.1 CE. Estos títulos tienen una notable incidencia en el ejercicio del derecho a fundar, pero mucho menos intensa cuando se proyectan sobre el régimen jurídico de las fundaciones.

En la Sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, recaída en uno de los dos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, el Tribunal afirmó:

«... debemos partir de la constatación de que en el texto constitucional el fenómeno fundacional no es considerado como materia competencial dotada de sustantividad propia. En efecto, esta materia no figura en los listados de los arts. 148.1 y 149.1 CE, sin que a efectos de la necesaria distribución competencial resulte clarificadora la consagración del derecho de fundación en el art. 34 CE ya que no se trata de una norma atributiva de competencias. Por otra

¹¹⁴⁸ GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P.J., «El marco constitucional del derecho de fundaciones», en CAZORLA PRIETO, L.M. *et alii*, *Fundaciones: problemas actuales y reforma legal*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, pág.215.

parte, las fundaciones sí se recogieron desde fecha temprana en varios Estatutos de Autonomía que proclamaron la competencia sobre las mismas de las respectivas Comunidades Autónomas.

Ahora bien de tal situación no puede extraerse la conclusión de que el Estado carezca de competencias en relación con el derecho de fundaciones proclamado en el art. 34 CE. En efecto el reconocimiento por el precepto citado del "derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley" incluye una llamada al desarrollo legislativo, que ha de realizarse en los términos fijados en el art. 53.1 del mismo texto constitucional, y en el que al Estado compete ex art. 149.1.1 CE regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en su ejercicio. Por otra parte, otros títulos competenciales del Estado –en los términos en que los consagra la propia Constitución– le habilitan igualmente para disciplinar el régimen jurídico de las fundaciones en los aspectos civiles y procesales (art. 149.1, números 8 y 6 CE), así como a estimular la participación de la iniciativa privada en la realización de actividades de interés general, mediante medidas fiscales que le corresponde establecer, de conformidad con el art. 149.1.14 CE.»¹¹⁴⁹ (FJ 2º).

Claramente se reconoce al Estado la capacidad de dictar ciertas normas en el ámbito del régimen jurídico de las fundaciones pero que, en ningún caso, implica necesariamente la articulación de un régimen de las llamadas «fundaciones de competencia estatal». En esta línea, podemos traer a colación lo expresado por el Alto Tribunal con motivo de la sentencia que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Asociaciones del País Vasco, la STC 173/1998, de 23 de julio. En ella se afirmaba que:

«Sin embargo, a pesar del carácter exclusivo de esta competencia, debe tenerse en cuenta que la misma se halla acotada en cuanto a la titularidad y condicionada en cuanto a su ejercicio por los diversos preceptos constitucionales. En efecto, es doctrina reiterada de este Tribunal que "la calificación jurídica que las competencias de las Comunidades Autónomas deben merecer, no deriva de una lectura aislada de la denominación que tales competencias reciban en los textos estatutarios, sino de una interpretación sistemática de todo el bloque de la constitucionalidad, dentro del cual, como es evidente, la Constitución conserva intacta su fuerza normativa dominante como lex superior de todo el ordenamiento; fuerza normativa que no se agota ni disminuye con la promulgación de los Estatutos de Autonomía, cuyos preceptos, por más que se califiquen como exclusiva competencia asumida ratione materiae, nada pueden

¹¹⁴⁹ El subrayado es nuestro.

frente a las normas constitucionales que, en su caso, reconozcan al Estado títulos competenciales sobre esa misma materia" (SSTC 20/1988, fundamento jurídico 3º y 178/1994, fundamento jurídico 4º).

Concretamente, al delimitar el alcance material del régimen jurídico de las asociaciones docentes, culturales, artísticas, recreativas, asistenciales y similares que compete a la Comunidad Autónoma deben tenerse presentes dos límites fundamentales a cuyo desarrollo dedicaremos los próximos fundamentos jurídicos y que, a reserva de las matizaciones que luego se harán, en este momento pueden enunciarse esquemáticamente así:

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la Comunidad Autónoma, al regular el régimen jurídico de las asociaciones sometidas a su competencia, no puede entrar a regular el desarrollo directo de los elementos esenciales del derecho fundamental de asociación. Este es un ámbito reservado al Estado ex. art. 81.1 C.E. y las normas que las Cortes Generales pueden dictar en su ejercicio constituyen un prius del que necesariamente debe partir la Comunidad Autónoma al regular, no el derecho de asociación en cuanto tal, sino el régimen de las asociaciones que surgen del ejercicio de ese derecho.

En segundo lugar, al precisar el alcance de la competencia autonómica, debe tenerse en cuenta que en las asociaciones objeto de la competencia autonómica existen elementos de muy diversa índole, civiles, administrativos, procesales, fiscales e incluso penales, sobre los que el Estado tiene títulos competenciales que deben hacerse compatibles con el título exclusivo atribuido a la Comunidad Autónoma.» (FJ 6º).

A sensu contrario, debe concluirse de este razonamiento que el alcance de las potestades del Estado en materia de fundaciones deben ser notablemente más reducidas pues no dispone éste de la reserva de ley orgánica. Y en la misma Sentencia se deja claro que el contenido de esta reserva legal y el del título del 149.1.1ª CE no son necesariamente coincidentes:

«Más concretamente, se ha afirmado que requiere ley orgánica únicamente la regulación de un derecho fundamental o de una libertad pública que "«desarrolle» la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero, igualmente, relativa a aspectos esenciales del derecho, y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho" [STC 127/1994, fundamento jurídico 3º b), en este mismo sentido pueden verse las SSTC 6/1982, fundamento jurídico 6º; 67/1985, 140/1986 y 160/1987]. Precisando un poco más esta definición, en la STC 132/1989 (fundamento jurídico 16), referida precisamente al derecho de asociación, se afirma que lo que

está constitucionalmente reservado a la ley orgánica es "la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas". Esta doble referencia a "aspectos esenciales" y al "establecimiento de restricciones o límites" se halla también en las SSTC 88/1995, fundamento jurídico 4º; 140/1986, fundamento jurídico 5º y 101/1991, fundamento jurídico 2º.

Ciertamente, esta pauta interpretativa no puede ser aplicada de forma mecánica, ya que con suma frecuencia resulta difícil distinguir dónde acaba el desarrollo del derecho en cuanto tal y dónde comienza la regulación de la materia sobre la que éste se proyecta. Como veremos de inmediato, esta dificultad es fácilmente observable cuando se pretende delimitar la regulación del derecho de asociación con respecto de la que es propia del régimen jurídico de las asociaciones creadas al amparo del mismo. Baste señalar, como ejemplo, que los límites y garantías que pueden establecerse desde la delimitación del derecho de asociación en su vertiente de libertad de autoorganización de las asociaciones forma un continuum con las reglas relativas a la organización interna de las asociaciones que pueden dictarse desde la regulación del régimen jurídico de esas asociaciones. En algunos casos, para determinar si una norma concreta se refiere al derecho en cuanto tal y, por ello, debe encuadrarse en el ámbito de la reserva de ley orgánica, deberá atenderse no sólo al objeto regulado, sino también al contenido de esa regulación e incluso a la intensidad y trascendencia de lo regulado en relación al contenido del derecho, ya que estas decisiones fundamentales puede considerarse que corresponden al legislador orgánico en su tarea que hemos calificado de "constituyente permanente".

Con todo, aun admitiendo que entre la regulación del derecho de asociación y la del régimen jurídico de las asociaciones existe una zona de difícil delimitación y que, en consecuencia, en algunos casos la inclusión en una u otra categoría dependerá del grado más o menos intenso de proximidad con uno u otro ámbito, este criterio ha de ser el punto de partida inexcusable para delimitar lo reservado a la ley orgánica y lo que corresponde a los títulos competenciales relacionados con la materia de asociaciones y muy especialmente lo que corresponde al legislador ordinario, sea estatal o autonómico, con competencias en estas materias.» (F] 7º).

«En cualquier caso, la "regulación" que corresponde al Estado ex. art. 149.1.1 C.E. queda "limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico (...). las condiciones básicas que garanticen la igualdad, por definición, no pueden consistir en un régimen jurídico acabado y completo de los derechos y deberes constitucionales afectados. La regulación de esas condiciones básicas sí corresponde por entero y en exclusiva al Estado, pero con tal normación, como es evidente, no se determina ni se agota su entero régimen jurídico" [STC 61/1997, fundamento jurídico 7º b)].» (F] 9º).

En la actualidad, la totalidad de las Comunidades Autónomas tienen asumida la competencia exclusiva en materia de fundaciones. Esta se ha asumido con el dicho carácter territorial (incluso en el caso gallego y navarro las respectivas leyes reconducen la competencia al criterio territorial). La opción del legislador estatal de crear un régimen jurídico acabado al que se sometían las fundaciones que desarrollen sus actividades principalmente en más de una Comunidad Autónoma es una opción que no responde a ningún mandato constitucional. Se trata, por el contrario, de una de las vías posibles por las que se ha producido lo que BARCELÓ SERRAMALERA llama «falsa exclusividad de las competencias autonómicas». En concreto, el Estado ha recurrido al interés general y a la supraterritorialidad de ciertos sectores materiales para ampliar competencias más allá de lo previsto en el artículo 149 de la Carta Magna¹¹⁵⁰.

El Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión. Y lo ha hecho a partir de un razonamiento cuanto menos curioso.

Se trata del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid de 1998. Entre otros preceptos, el Estado recurría la previsión legal de que las fundaciones del sector público estatal que realizasen sus actividades principalmente en el territorio de la Comunidad Autónoma, se sometiesen al régimen jurídico autonómico. Esto es, la aplicación estricta del criterio de la territorialidad.

El Tribunal, en su Sentencia 120/2011, de 6 de julio, valida la inconstitucionalidad en este punto de la legislación madrileña y, por tanto, relativiza el criterio territorial previsto en los Estatutos de autonomía. La fundamentación del fallo es doble, como hemos tenido ocasión de ver en un capítulo previo: las Administraciones Públicas no ejercen el derecho constitucional de fundación y, si crean fundaciones, lo hacen en virtud de la potestad de autoorganización.

El criterio territorial, por tanto, cede ante la naturaleza del fundador, algo no previsto en absoluto en los títulos competenciales estatutarios.

¹¹⁵⁰ BARCELÓ I SERRAMALERA, M., «La doctrina de la Sentència 31/2010 sobre la definició estatutària de les categories competencials», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. especial Sentència sobre l'Estatut, 2010, pág. 251.

Y también cede ante las actividades *pluricomunitarias* de las fundaciones. En este caso, el ejercicio legislativo del Estado se ha amparado en el espacio que dejan los diferentes Estatutos. Si estos asumen la competencia sobre las fundaciones *que desarrollan principalmente sus actividades en la Comunidad*, ¿qué ocurre con aquellas cuyas actividades se realizan *principalmente* en varias Comunidades?

La pregunta es rebuscada, ciertamente. Siempre habrá una Comunidad en la que se realizan *principalmente* las actividades, pues el supuesto de la realización por igual en dos o más territorios es muy sofisticado. En la práctica esta situación permite a los fundadores optar por un régimen jurídico u otro con el simple hecho de ampliar o reducir el territorio donde realizan sus actividades. Esta posible elección, por otra parte, deberá realizarse preceptivamente en los estatutos de la fundación.

Pero sin duda, esta situación ha sido provocada voluntariamente –e insistimos, sin mandato constitucional– por el legislador estatal. En el supuesto hipotético en el que todas las Comunidades Autónomas hubieran desarrollado un régimen jurídico específico y acabado sobre las fundaciones, se podrían articular medidas de cooperación entre las distintas Administraciones autonómicas para evitar dejar lagunas. A modo de ejemplo, sirva por ejemplo que, si una fundación no identifica una Comunidad única donde realice principalmente sus actividades, se someterá al régimen jurídico de aquella en la que tenga la sede su órgano de gobierno.

En definitiva, a partir de las títulos estatutarios, y de los títulos sobre materias conexas atribuidos al Estado, éste ha ejercido una competencia plenamente y exclusiva para las fundaciones *supracomunitarias* que sin lugar a dudas va más allá de lo que la Constitución le permite, que no es otra posibilidad que crear un régimen supletorio del autonómico al amparo del artículo 149.3 CE.

2.2. LOS TÍTULOS COMPETENCIALES DEL ESTADO EN MATERIA DE FUNDACIONES

Son varios los títulos competenciales que asisten al Estado en su actividad normativa y ejecutiva en relación con las fundaciones. El primero y más importante, sin duda, es el que íntimamente unido al reconocimiento constitucional del derecho de fundación (art. 34.1 CE), encomienda al Estado la regulación de las condiciones básicas del ejercicio del derecho para garantizar la igualdad de todos los españoles (art. 149.1.1ª CE). A él hay que añadir dos títulos sectoriales también incluidos en el mismo artículo 149.1 CE: el que reserva al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación procesal (regla 6ª), y el que hace lo propio con la legislación civil (regla 8ª), si bien éste está sometido a una notable erosión por parte de las Comunidades Autónomas.

A estos títulos competenciales expresamente reconocidos por la Legislación estatal de fundaciones, e incluso por las autonómicas, hay que unir otros títulos tangenciales que han sido puestos de manifiesto por el Tribunal Constitucional al abordar el reparto competencial en materia de fundaciones. Se trata de la competencia exclusiva del Estado sobre Hacienda general y Deuda pública (art. 149.1.14ª)¹¹⁵¹, y la de autoorganización de la Administración (art. 103 CE)¹¹⁵².

La intensidad con la que cada uno de estos títulos incide en la configuración de los contornos de las competencias sobre fundaciones que ha asumido el Estado es diversa. Ni todos despliegan la misma intensidad, ni todos actúan sobre los dos sectores materiales que hemos identificado. Lo veremos con detalle.

VERDERA SERVER ha criticado duramente la *«autoatribución de competencias que ha efectuado en favor del Estado la disposición final 1ª de la LF [de 1994]»*, añadiendo que si bien nada impide al Legislador estatal actuar de este modo, *«lo que no tiene por qué hacerse, en términos jurídicos [...] es respetar de modo reverencial estos criterios»*. Esta crítica que entendemos plenamente justificada –como luego se verá– en su primera aseveración, ha sido desvirtuada por la jurisprudencia posterior del

¹¹⁵¹ STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 2º.

¹¹⁵² STC 120/2011, de 6 de julio, FJ 6º.

Tribunal Constitucional que ha dado por válida la *autoatribución competencial* del Estado¹¹⁵³.

2.2.1. Las condiciones básicas del ejercicio del derecho de fundación (art. 149.1.1ª CE)

Ya se ha expuesto que existen dos materias con carácter competencial en relación con el derecho de fundación: el ejercicio del derecho *stricto sensu*, y el régimen jurídico de las fundaciones.

La Carta Magna atribuye al Estado en la regla primera del primer apartado del artículo 149 la competencia exclusiva para establecer «[l]a regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales».

Según PEMÁN GAVÍN esta disposición actúa como regla de cierre del sistema de distribución de competencias, ya que permite al Estado rellenar los huecos que dejan otros títulos competenciales específicos en un ámbito tan sensible como los derechos y deberes constitucionales, o incluso la reserva de ley orgánica para los derechos fundamentales y libertades públicas¹¹⁵⁴. Es decir, es un *minimum* de reserva del Estado cuya finalidad es «a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales» (STC 37/1981, de 6 de noviembre, FJ 10º).

Excede de este trabajo una reflexión sobre el significado de este título competencial más allá de sus implicaciones respecto del derecho de fundación¹¹⁵⁵. Pero

¹¹⁵³ VERDERA SERVER, R., «El régimen jurídico de las fundaciones en el Derecho civil valenciano», en: LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (coord.), *Curso de Derecho Civil Valenciano*. Valencia: Revista General de Derecho, 2000, pág. 458.

¹¹⁵⁴ PEMÁN GAVÍN, J. «Artículo 149.1.1». En: CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 2.265.

¹¹⁵⁵ Un trabajo sobre el alcance general es el de CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., «Distribución competencial y regulación de los derechos y deberes constitucionales. Posibilidades y límites de Estado y Comunidades Autónomas», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 49, septiembre-diciembre 1997, págs. 9-61.

para determinar la afección que este título proyecta sobre el régimen jurídico del derecho de fundación es necesario, siquiera someramente, delimitar el alcance de este título.

Es este uno de los argumentos que más se ha invocado ante el Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y relativos a conflictos competenciales. Entre 1980 y mediados de 2013, en más de 250 sentencias hay pronunciamientos sobre este título. La profusión de su invocación pone de relieve que la interpretación constitucional dista mucho de ser clara¹¹⁵⁶. De hecho, como reconoce la mayoría de la doctrina, fue en la STC 61/1997, de 20 de marzo, en relación a la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, donde el Tribunal realizó la sistematización de cuál era el alcance de esta regla de atribución competencial que, no obstante, sigue dejando un amplio margen de apreciación al Tribunal¹¹⁵⁷.

En este sentido, en la Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, se configura la regla del artículo 149.1.1^a CE con estos rasgos¹¹⁵⁸:

- solo se incluyen los derechos y deberes constitucionalmente reconocidos, no así los estatutarios, por ejemplo, salvo que reiteren derechos constitucionales;

- en cuanto a su alcance, únicamente apodera al Estado para establecer una «*cierta homogeneidad en el ejercicio de los derechos*» constitucionales cuando se considere necesario para evitar una «*excesiva diversidad que pudiera menoscabar la entidad sustancial del derecho de que se trate*». Esto es, no cabe la identificación de las condiciones básicas con el contenido normativo de los derechos. Y en todo caso, el ejercicio de esta

¹¹⁵⁶ AGIRREAZKUENAGA, I. «Reflexiones sobre el art. 149.1.1 de la Constitución: La clasificación del suelo y la imposible igualdad en el ejercicio del derecho de la propiedad urbanística». En: *ACE: Arquitectura, Ciudad y Entorno*, 2007, Año II núm. 3, págs. 89 y ss.

¹¹⁵⁷ PEMÁN GAVÍN, J. «Artículo 149.1.1», *op. cit.*, pág. 2.267.

¹¹⁵⁸ Puede verse un análisis de esta sentencia en CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., «La relación derechos-Estado Autonomo en la Sentencia sobre el Estatuto valenciano». En: *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 7, octubre 2008, págs. 106-144. También en la monografía de FERNÁNDEZ FARRERES, G., *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado autonómico? Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana*. Cizur Menor: Civitas, 2008.

competencia debe responder a una finalidad concreta: preservar la «*entidad sustancial del derecho*»;

- en todo caso, estas condiciones básicas no son la legislación básica, que en su caso requerirá necesariamente el concurso de la Comunidad Autónoma para su despliegue. Las condiciones básicas a las que se alude en esta regla constitucional responden a la normación completa de ciertos aspectos del ejercicio del derecho y, en la medida en que las Comunidades Autónomas ostenten competencias para ello, podrán completar el régimen jurídico definido en sus elementos básicos por el Estado¹¹⁵⁹.

Al margen de estos caracteres, el Alto Tribunal, reiteradamente se ha aproximado a esta regla desde dos ópticas posibles, la meramente competencial, y la material o de contenido. Es decir, ha delimitado el alcance del título atributivo de la competencia estatal, por un lado, y por el otro, ha especificado qué son las condiciones básicas, en relación con los derechos constitucionalmente reconocidos.

Respecto de la primera perspectiva, en la STC 37/1981, de 6 de noviembre, se puede leer que el artículo 149.1.1ª de la Constitución «*no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones. Esto no ha sido nunca así entre nosotros en el ámbito del derecho privado ...*»¹¹⁶⁰. Este razonamiento ha sido mantenido en la jurisprudencia del Supremo Intérprete y profundizado en Sentencias posteriores como la ya citada 247/2007, de 12 de diciembre, donde se afirma:

«[...] “*el art. 149.1.1 CE, en efecto, no ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento –eso sí, entero– de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad. Y si bien es cierto que su regulación no puede suponer una normación completa y acabada del derecho y deber de que se trate y, en consecuencia, es claro que las Comunidades*

¹¹⁵⁹ FJ 17º.

¹¹⁶⁰ FJ 2º

Autónomas, en la medida en que tengan competencias sobre la materia, podrán siempre aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho –como en el caso de la propiedad del suelo–, [...].»¹¹⁶¹

Desde la segunda perspectiva que hemos apuntado, es decir, la estrictamente material, la situación no es tan clara como la descrita. En relación con el derecho de fundación, el Tribunal Constitucional afirma en su Sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, que en ejercicio de la competencia atribuida en el artículo 149.1.1^a, corresponde al Estado «*dictar normas que permitan disfrutar en condiciones de igualdad del derecho de fundación*»¹¹⁶², lo cual ciertamente no es mucho. Las SSTC 120/2011, de 6 de julio, y 98/2013, de 23 de abril, tampoco aportan mucha más luz. Por tanto, hemos de volver nuestra mirada a la ya citada STC 61/1997, de 20 de marzo, que aborda esta cuestión directamente, aunque no referida a derechos, sino al deslinde de las competencias en materia de suelo.

El Tribunal Constitucional, en este pronunciamiento concluye que «*[e]n todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta*»¹¹⁶³ y que «*las condiciones básicas que garanticen la igualdad se predicen de los derechos y deberes constitucionales en sí mismos considerados, no de los sectores materiales en los que éstos se insertan y, en consecuencia, el art. 149.1.1 C.E. sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce.*»¹¹⁶⁴ Sin embargo, «*dentro de esas “condiciones básicas” cabe entender incluidos asimismo aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho [...]; los deberes, requisitos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho [...]; los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho*»¹¹⁶⁵. Y añade que «*regulación*» que se atribuye al Estado por el artículo 149.1.1^a CE se limita «*a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado*

¹¹⁶¹ FJ 17^o

¹¹⁶² FJ 4^o, *in fine*.

¹¹⁶³ FJ 8^o.

¹¹⁶⁴ FJ 7^o b.

¹¹⁶⁵ FJ 8^o.

de su régimen jurídico [...] las condiciones básicas que garanticen la igualdad, por definición, no pueden consistir en un régimen jurídico acabado y completo de los derechos y deberes constitucionales afectados. La regulación de esas condiciones básicas sí corresponde por entero y en exclusiva al Estado, pero con tal normación, como es evidente, no se determina ni se agota su entero régimen jurídico»¹¹⁶⁶.

Este carácter finalista de la cláusula constitucional que analizamos también se observa desde la primera jurisprudencia en Sentencias como la 227/1988, de 29 de noviembre, en la que se afirmó la potencialidad del título del Estado para limitar la acción de las Comunidades Autónomas que, en ejercicio de sus competencias estatutarias, introducían «*divergencias irrazonables o desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicables en otras partes del territorio*»¹¹⁶⁷.

A partir de estos argumentos, ya refiriéndose al derecho de asociación, el Tribunal entiende que la regla primera del artículo 149.1 CE «*habilita, pues, al Estado para regular el contenido primario, las facultades elementales y los límites esenciales en aquello que sea necesario para asegurar una igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de asociación. La legislación que con base en este precepto constitucional pueda dictar el Estado deberá sin duda ser respetada por el legislador autonómico titular de la competencia sobre determinadas asociaciones. Constituirá también un prius del que deberá partir la regulación de las mismas. [...] ya que el art. 149.1.1 C.E., más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione – mediante, precisamente, el establecimiento de unas “condiciones básicas” uniformes– el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales.*»¹¹⁶⁸

Y concluye el Alto Tribunal «*[e]n cualquier caso, parece fuera de toda duda que, por su conexión con el derecho de asociación y por su carácter de “requisitos mínimos indispensables” que posibilitan su ejercicio, el legislador estatal podrá considerar “condiciones básicas” ex art. 149.1.1 C.E., tanto lo que podríamos denominar la*

¹¹⁶⁶ FJ 7º b.

¹¹⁶⁷ FJ 29º.

¹¹⁶⁸ FJ 9º

definición del concepto legal de asociación, como aquellos aspectos concretos de lo que hemos llamado régimen jurídico externo de las asociaciones (nacimiento de la personalidad, capacidad jurídica y de obrar, régimen de responsabilidad y causas y efectos de la disolución), que resulten “imprescindibles o necesarios” en orden a asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de asociación y, en cuanto tales, requieren un tratamiento uniforme.»¹¹⁶⁹

Al tratarse, como se ha visto, de figuras jurídicas similares en cuanto a su naturaleza, nos sirve de referencia lo dicho por el Tribunal Constitucional respecto de las asociaciones para aplicarlo a las fundaciones. De esta manera, los aspectos cuya regulación correspondería al Estado son: el concepto legal de fundación; el nacimiento de la personalidad; la capacidad jurídica y de obrar; el régimen de responsabilidad¹¹⁷⁰; las causas de disolución; y los efectos de la disolución¹¹⁷¹.

Según el primer apartado de la disposición final primera de la LFE constituyen las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación los artículos 2; 3.1, 2 y 3; 4; 14; 31 y 34.1:

«1. Los artículos 2; 3.1, 2 y 3; 4; 14; 31 y 34.1 constituyen las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación reconocido en el artículo 34, en relación con el 53, de la Constitución, y son de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1ª de la Constitución.»

Al respecto de este precepto hay que reseñar que, a nuestro criterio, la referencia al artículo 53 CE es innecesaria y confusa, aunque reproduce el texto que fi-

¹¹⁶⁹ FJ 9º *in fine*.

¹¹⁷⁰ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Comentario a la Disposición final primera», en: DE LORENZO GARCÍA, R., y otros, *Comentarios a la ...*, op. cit., pág. 717.

¹¹⁷¹ MONTES RODRÍGUEZ, amplía este elenco aunque sin mencionar la STC 173/1998, y considera que las condiciones básicas en el ejercicio del derecho de fundación deberían ser «aquellas que configuran sus elementos esenciales, qué es y para qué sirve una fundación –su concepto y fines–, la necesidad de contar con una dotación para el cumplimiento de los fines, cuándo nace –forma de constitución y personalidad jurídica–, quién puede crearla –capacidad para fundar–, hasta cuándo puede durar –causas de extinción– y su esquema orgánico, patronato y protectorado» y concluye que «son, en gran medida, las normas elegidas por el legislador para configurar ese esquema básico igual para todos» (MONTES RODRÍGUEZ, P., «Comentario a la disposición final primera», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, op. cit., pág. 1.096).

guraba en la Ley de 1994, pues de ella parece deducirse que los artículos enumerados también constituyen el contenido esencial del derecho¹¹⁷². Se trata de una referencia innecesaria por dos motivos: la Constitución no exige que el legislador identifique cuál sea el contenido esencial de un derecho, sino que lo respete, la función de delimitarlo excede las facultades del Poder Legislativo ya que sería una suplantación del constituyente. El segundo motivo tiene que ver con la propia noción de reserva de ley que cubre el desarrollo de los derechos fundamentales: ésta debe acoger la delimitación del contenido del derecho *in extenso*, y así se desprende de la llamada a la colaboración del reglamento contenida en la STC 37/1987, de 26 de marzo¹¹⁷³.

Por todo ello, entendemos que la alusión que realiza el legislador al artículo 53 en la disposición final primera de la LFE es innecesaria e introduce confusión entre el contenido esencial del derecho y las condiciones básicas del ejercicio del derecho de fundación.

Al margen de las reflexiones de carácter competencial, que abordaremos con posterioridad, el legislador ha considerado que forman las condiciones básicas del ejercicio del derecho de fundación para garantizar la igualdad en toda la nación, las siguientes:

- el concepto de fundación (art. 2);
- los fines que deberán perseguir las fundaciones (art. 3.1);
- la indeterminación de los beneficiarios (art. 3.2);
- la prohibición de las fundaciones con interés privado (art. 3.3);
- el sistema de adquisición de la personalidad jurídica y el monopolio del uso del nombre «fundación» (art. 4);

¹¹⁷² Esta referencia no figuraba en el texto del Proyecto de Ley remitido a las Cortes Generales. Fue introducida en virtud la transacción de dos enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU) –núm. 137– y Popular –núm. 160– durante la tramitación en el Congreso de los Diputados. *BOCG. Congreso de los Diputados*, núm. A-105-12, de 24/10/2002, págs. 55 y 60-61.

¹¹⁷³ FJ 3º.

- la preceptividad del patronato, el sistema de toma de acuerdos y las funciones principales (art. 14);
- las causas de extinción de las fundaciones (art. 31); y
- las funciones del protectorado (art. 34.1).

El anclaje del artículo 34.1 de la LFE¹¹⁷⁴ al artículo 149.1.1^a CE contrasta con la sujeción de su precedente en la Ley de 1994 –artículo 32.1– al artículo 149.1.8^a CE, lo que mereció la crítica de la doctrina más reputada¹¹⁷⁵. Sobre esta cuestión del cambio de los títulos competenciales entre la Ley de 1994 y la de 2002 volveremos más adelante.

Estos elementos coinciden con las condiciones que el Tribunal Constitucional ha encuadrado dentro del título competencial del 149.1.1^a de la Constitución para el derecho de asociación¹¹⁷⁶. Las únicas divergencias son las relativas al protectorado y al patronato, elementos que en el ordenamiento jurídico español –al menos en el primer caso– han caracterizado a las fundaciones en los dos últimos siglos.

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de las *condiciones básicas* del ejercicio del derecho de fundación con motivo de uno de los dos recursos de inconstitucionalidad presentados contra la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid. En concreto, a partir del recurso presentado por un grupo de senadores socialistas contra varios preceptos de esta norma, recurso que fue resuelto en la Sentencia 341/2005, de 21 de diciembre.

El Tribunal entiende que, en el caso del derecho de fundación, las «*condiciones básicas están vinculadas a la garantía institucional que al derecho de fundación otorga el art. 34.1 CE*». A partir de esta afirmación, contenida en el primer párrafo del fundamento sexto, el Alto Tribunal enjuicia la legitimidad de las condiciones básicas reguladas por el legislador estatal desde una perspectiva teleológica, es decir,

¹¹⁷⁴ «1. El Protectorado velará por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones.»

¹¹⁷⁵ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Comentario a la Disposición final primera», en: DE LORENZO GARCÍA, R., y otros, *Comentarios a la ...*, op. cit., pág. 717.

¹¹⁷⁶ Cfr. STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 10^o *in fine*.

si contribuyen a la preservación del concepto de fundación que, desde la STC 49/1988, de 22 de marzo, se ha mantenido en la jurisprudencia constitucional.

En este proceso el núcleo del debate es el interés general que persigue el ejercicio del derecho de fundación, pues los recurrentes cuestionaron la posibilidad implícita en la legislación madrileña de que, una vez extinguida la fundación, sus bienes quedasen desafectados de la persecución del interés general.

El Tribunal entiende que *«[e]l interés jurídico protegido por el art. 34 CE exige que los bienes y derechos con que se dote a la fundación sirvan al “interés general” en tanto subsista el ente fundacional, pero no prescribe la permanente afectación tras la extinción de la fundación»* y concluye que *«[p]or lo demás ya hemos visto que las normas legales dictadas por el Estado al amparo del art. 149.1.1 CE no contienen criterios restrictivos en punto a esta cuestión.»*

Podemos deducir, a partir de este razonamiento del Tribunal, la íntima interacción que existe entre el contenido esencial del derecho, que tratándose de un derecho con una garantía institucional, incluye a la propia institución y no solo un haz de facultades, y las condiciones básicas previstas en el artículo 149.1.1^a CE. Aunque no se confunden los ámbitos. Ciertamente parece intuirse del último inciso que el legislador estatal podía haber ido más allá del alcance de la garantía institucional e imponer la afección perpetua de los bienes al interés general, pero en la medida en que no lo ha hecho, deja expedito el campo para el legislador autonómico.

Esto es, en coherencia con lo ya visto respecto a la STC 173/1998, de 23 de julio, el alcance de la competencia prevista en la primera regla del artículo 149 de la Constitución habilita al legislador estatal para limitar el ejercicio de las competencias autonómicas más allá del contenido esencial del derecho constitucionalmente reconocido y, en su caso, del ámbito reservado a la ley orgánica por el artículo 81.1 CE.

El último aspecto relevante desde la perspectiva del orden competencial que afecta a la cláusula de condiciones básicas de igualdad en la referida Sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, lo constituye la eventualidad de la reiteración en la legislación autonómica de preceptos que han sido considerados como condiciones

básicas del ejercicio de un derecho constitucional por la legislación estatal. En este caso, el Tribunal distingue entre la posibilidad de que la Comunidad Autónoma tenga competencias sobre la materia objeto de la legislación y que no las tenga. En este último supuesto, la norma devendrá inconstitucional por falta de competencia. En la primera situación, *«la reiteración de la norma estatal que incorpora una condición básica por el legislador autonómico no puede considerarse incurso en un vicio de validez del precepto impugnado, toda vez que esa condición básica es indisponible para los legisladores autonómicos y que su reproducción viene a dotar de inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico y no genera, en sí misma, ningún efecto indeseado.»*¹¹⁷⁷

De esta manera, los distintos legisladores autonómicos han ido reiterando preceptos de la legislación estatal en las respectivas normas autonómicas con mayor o menor profusión.

2.2.2. Las normas procesales (art. 149.1.6ª CE)

En la disposición final primera, apartado tercero, de la LFE se dispone:

«3. Los artículos 17.3; 18.3; 21.3, segundo párrafo; 22.2, último inciso, 35.2 y 43, constituyen legislación procesal, y son de aplicación general al amparo del artículo 149.1.6ª de la Constitución.»

Se trata, por tanto, de la aplicación de un título competencial exclusivo en favor del Estado *«...legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas»* contenido en la regla sexta del apartado primero del artículo 149 de la Constitución.

La diferencia del efecto de este título respecto de los otros dos que con mayor intensidad se proyectan sobre el Derecho de fundaciones radica, precisamente en

¹¹⁷⁷ FJ 10.a).

que los títulos consagrados en las reglas 1ª y 8ª del artículo 149.1 afectan al ejercicio del derecho de fundación, principalmente. Por el contrario, el alcance de la aplicación de la regla 6ª se limita al régimen jurídico de las fundaciones, por ello, su capacidad limitadora de la acción de las Comunidades Autónomas es mayor.

No obstante, se trata de un título que no plantea especiales problemas interpretativos, precisamente por la coincidencia en la definición tanto en la Constitución como en los Estatutos de Autonomía que la han asumido.

A la hora de fijar sus contornos hay que partir de la definición de norma procesal. Según ORTELLS RAMOS, una norma procesal es «*aquella cuyas consecuencias jurídicas se proyectan sobre la potestad jurisdiccional, sobre las situaciones jurídicas de los sujetos procesales y sobre los actos que integran el proceso*»¹¹⁷⁸.

Siguiendo a JIMÉNEZ FORTEA, se puede afirmar que las competencias autonómicas sobre la legislación procesal se configuran como una excepción a la competencia estatal consagrada en el artículo 149.1.6ª CE¹¹⁷⁹. Y ello es debido, precisamente, tanto a la propia dicción del título competencial que vincula el ejercicio de la competencia por las Comunidades Autónomas a la exigencia del derecho sustantivo autonómico de un complemento procesal; como a la rectilínea jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha hecho una interpretación muy restringida de las competencias autonómicas.

En concreto, el Tribunal Constitucional ha fijado los contornos de la competencia autonómica en estos límites¹¹⁸⁰:

- El Estado tiene la competencia exclusiva al objeto de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales.

¹¹⁷⁸ MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M.; GÓMEZ COLOMER, J.L. y MONTÓN REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional I*. Barcelona: J.M. Bosch editor, 1994, pág. 451.

¹¹⁷⁹ JIMÉNEZ FORTEA, F.J., «Comentario al artículo 49.1.3ª», en GARRIDO MAYOL, V. (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pág. 951.

¹¹⁸⁰ Se cita como Sentencia de referencia en la configuración de esta competencia la 47/2004, de 25 de marzo. *Vid.* JIMÉNEZ FORTEA, F.J., «Comentario al artículo 49.1.3ª», *op. cit.*, págs. 956 y ss.; y HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J. «Artículo 149.1.6ª». En: CASAS BAAMONDE, M.É. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios ..., op. cit.*, pág. 2.295.

- La existencia de un derecho sustantivo autonómico no legitima, *per se*, la existencia de normas procesales autonómicas. Únicamente se admite la introducción en el ordenamiento procesal de aquellas innovaciones que «*inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del Derecho creado por la propia Comunidad*».

- Las singularidades procesales deben limitarse a lo que venga exigido por una conexión directa con las particularidades del derecho sustantivo autonómico.

En relación con el derecho de fundaciones, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse con motivo, también, de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid. En su sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, a partir del enjuiciamiento de un inciso contenido en el artículo 17.2 de la citada Ley autonómica, se estudió la posibilidad de que, en ausencia de autorización previa del Protectorado, el Patronato pudiese recurrir a la autoridad judicial con audiencia al Ministerio Público para repudiar herencias o rechazar donaciones. El problema radicaba en el hecho de que este precepto era una *leges repetitae* de la Ley estatal 30/1994, sin embargo, en la Ley estatal 50/2002, este último inciso desapareció aunque permaneció en la ley madrileña. El Tribunal entendió que, aunque correcta desde el punto de vista del interés público, esta medida implicaba la creación de un cauce procesal cuya competencia era exclusiva del Estado *ex articulo* 149.1.6ª CE¹¹⁸¹. No añadió más valoraciones.

Este planteamiento es similar al que justificó, en la STC 173/1998, de 23 de julio, la inconstitucionalidad el artículo 12.3 de la Ley 3/1988, de 12 de febrero, de Asociaciones de Euskadi, y que preveía, en el marco de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ciertas particularidades (caducidad de la acción, etc.) en la impugnación de acuerdos sociales¹¹⁸².

¹¹⁸¹ FJ 10.c).

¹¹⁸² FJ 16.a).

Los preceptos que la Ley 50/2002 vincula a la competencia estatal *ex articulo* 149.1.6^a se centran en establecer la legitimación para interponer la acción de responsabilidad contra los miembros del patronato por diferentes supuestos (arts. 17.3, 21.3, 22.2 y 35.2), aunque también prevén la posibilidad de la suspensión cautelar de los patronos contra los que se haya interpuesto la acción de responsabilidad; y, finalmente, articulan de manera sucinta el régimen de recursos jurisdiccionales contra actos administrativos relacionados con el protectorado y registro de las fundaciones, y las reglas de determinación del fuero (art. 43).

En líneas generales no hay un cambio sustancial entre el régimen contenido en la Ley estatal 50/2002 y el que se daba en la Ley estatal 30/1994, en cuanto a la competencia sobre legislación procesal.

En lo referente a la legislación autonómica, hay que llamar la atención sobre el Libro Tercero del Código Civil Catalán que, en nuestra opinión introduce cauces procesales novedosos y que, pese no haber sido cuestionados ante el Tribunal Constitucional, parecen poco respetuosos con el orden de competencias. A título de ejemplo, el artículo 314-4.3, que legitima a los miembros del patronato de una fundación en proceso de liquidación a, una vez transcurrido el plazo de liquidación, instar ante la autoridad judicial la separación de los liquidadores y presentar, en su caso, una propuesta de nombramiento.

2.2.3. El perfil civil de la competencia: alcance de la regla del artículo 149.1.8ª CE

2.2.3.1. Cuestiones generales: la determinación del título competencial

La Constitución atribuye la competencia exclusiva en legislación civil al Estado (art. 149.1.8ª). Se trata de una norma «*de difícil entendimiento*»¹¹⁸³ cuya explicación no corresponde realizar aquí. A grandes trazos define tres reglas de distribución de las competencias en materia civil. La primera regla define un ámbito general: la legislación civil será competencia exclusiva del Estado. Esta regla tiene, a su vez, una excepción que responde a la llamada «cuestión foral»¹¹⁸⁴, que consiste en la posibilidad de que las Comunidades Autónomas que a la entrada en vigor de la Constitución tuvieran derecho civil, foral o especial, vigente en su territorio, asuman la competencia exclusiva en su conservación, modificación o desarrollo¹¹⁸⁵. Sin embargo, esta última regla tiene también una excepción que opera a favor del Estado: de esta competencia autonómica se excluyen, en todo caso, «*las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial*».

¹¹⁸³ MONTES RODRÍGUEZ, P., «Comentario a la disposición final primera», *op. cit.*, pág. 1.100.

¹¹⁸⁴ EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A., «El Derecho Civil Foral de Navarra». En: RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., *Nuevas perspectivas y retos en el XXV aniversario del Amejoramiento del Fuero*. Pamplona: Gobierno de Navarra, 2007, págs. 659 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales». En: *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Madrid: Reus, 1986, 12ª reimpresión, Tomo I, Vol. I, pág. 344.

¹¹⁸⁵ Según GÓMEZ DE LA ESCALERA, esta cláusula opera como excepción a la competencia del Estado en materia de «legislación civil» y, al mismo tiempo, como límite a esta competencia, ya que en aquellos casos en los que las Comunidades Autónomas procedan a legislar en materia civil, la aplicabilidad de la norma estatal quedará desplazada por la norma autonómica. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., «Las competencias legislativas en materia de Derecho Civil». En: CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios...*, *op. cit.*, págs. 2.327 y ss.

El debate académico y jurisprudencial se ha centrado, especialmente, en la determinación del significado de la expresión «*conservación, modificación y desarrollo*» y, en ciertos casos territorios como en la Comunitat Valenciana, en el inciso «*allí donde existan*»¹¹⁸⁶.

El Consejo de Estado, en su dictamen recaído en el expediente núm. 630/2011, a raíz de una consulta del Gobierno central sobre la viabilidad de interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, sintetiza el estado de la cuestión en los siguientes términos:

«Han sido varias las ocasiones en que el Tribunal Constitucional ha analizado el alcance y significado de este precepto y, en particular, el del inciso relativo a la "conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales o especiales" (así, sentencias 121/1992, 182/1992, 88/1993, 156/1993 y 226/1993, entre otras), entendiendo que el término "desarrollo" permite a las Comunidades Autónomas regular "instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta, según los principios informadores peculiares del derecho foral", sin que ello implique en ningún caso "una competencia legislativa civil ilimitada racione materiae dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo expuesto en el artículo 149.1.8 de la Constitución". Esta doctrina ha sido confirmada recientemente por la Sentencia 31/2010, por la que se resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Estatuto de Cataluña, aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, en la que se reconoció la competencia de la Comunidad Autónoma no sólo para conservar y modificar su Derecho civil propio, sino también

¹¹⁸⁶ Un brillante *excursus* sobre la clarificación de estos conceptos, tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial, fue elaborado por Vicente MONTÉS PENADÉS, catedrático de Derecho Civil y magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo (MONTÉS PENADÉS, V.L., «El Derecho Foral valenciano (Un estudio sobre la competencia legislativa de la Generalitat en materia de Derecho Civil)», en: BAÑO LEÓN, J.M. (dir.), *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2007, págs. 261-322, especialmente, en las págs. 291-301. Específicamente referida esta cuestión a la controvertida competencia en materia de Derecho Civil atribuida a la Comunitat Valenciana por el Estatuto de 2006, hay que referirse, además del trabajo ya citado del malogrado profesor MONTÉS PENADÉS, a los trabajos de Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «A vueltas con el Derecho Civil valenciano ¿una milagrosa resurrección?», en: BLASCO GASCÓ, F. y otros (coords.), *Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, vol. I, págs. 875-878; de José MARÍ OLANO en su comentario al artículo 49.1.2^a del Estatuto valenciano en GARRIDO MAYOL, V. (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía...*, *op. cit.*, págs. 911 y ss.; desde una perspectiva estrictamente constitucional, merecen especial mención los trabajos de Vicente GARRIDO MAYOL (por todos, «Fundamentos constitucionales de la competencia en materia de Derecho civil», en RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Estudios sobre Derecho Civil Foral Valenciano*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2008, págs. 17-31); también, aunque desde una óptica sustancialmente distinta, el extenso trabajo de la profesora Remedio SÁNCHEZ FERRIZ, *Lectura constitucional del artículo 149.1.8^a de la Constitución (sobre la competencia de la Generalitat Valenciana en materias de Derecho Civil)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013; también la obra de Palao Gil, F.J. y otros, *Cuatro estudios sobre la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar en materia de Derecho Civil: Bases históricas y normativas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013

para desarrollarlo mediante nuevas normas y sobre materias también nuevas, siempre que exista una conexión directa entre las materias objeto de la anterior regulación y la nuevamente desarrollada.

Así pues, el "desarrollo" de los derechos civiles forales o especiales autoriza a las Comunidades Autónomas que han asumido la competencia correspondiente no sólo a modificar la regulación de las instituciones contenidas en las normas de su Derecho civil propio, vigente en el momento de la promulgación de la Constitución, sino también a regular ex novo otras figuras o instituciones no reguladas en las mencionadas normas, exigiéndose en todo caso la existencia de algún tipo de conexión entre las materias ya reguladas por el Derecho civil de la Comunidad Autónoma y la regulación que se trata de introducir.»¹¹⁸⁷

Por tanto, cabe identificar tres ámbitos distintos. El de la competencia exclusiva absoluta del Estado, centrado en *«las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial»*; un

¹¹⁸⁷ En este dictamen emitió un voto discrepante el Consejero Permanente Miguel HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, entre otras cuestiones porque «[...] no puede dudarse que frente a la provisionalidad del primitivo artículo 12 CC y el "pleno respeto de los derechos especiales o forales (...) que estén vigentes" afirmada tras la reforma de 1974 (art. 13), la Constitución de 1978 reabrió las fuentes de producción normativa de los ordenamientos forales, canceladas, en el caso catalán, desde 1714. La cuestión es el alcance de tal apertura y, sin plantear aquí la cuestión de si la norma competencial de primer grado en favor del Estado es el primer o el último inciso del 149,1,8º CE, atendiendo a la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional citada en el dictamen, cabe afirmar que el "desarrollo" -frente a la mera "conservación" y a la "modificación" de las normas forales ya existentes cambiándolas, pero sin alterar el ámbito de regulación cubierto por las mismas (STC 156/93)- permite que los derechos forales o especiales ya existentes puedan ser objeto de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico, extendiendo su regulación a instituciones conexas a las ya reguladas de acuerdo con los principios informadores del propio derecho foral (STC 83/1993 FJ3). Instituciones que no se reducen a las contenidas en las denominadas compilaciones forales puesto que el Tribunal Constitucional ha devuelto al máximo las disposiciones derogatorias de las mismas tras las SS/121/1992 y 182/1992 relativas a los arrendamientos históricos valencianos y gallegos, como prueba que en los casos gallego y vasco la nueva normativa civil autonómica recuperara instituciones en principio suprimidas por las respectivas Compilaciones. Ello no supone, claro está, reconocer una competencia autonómica ilimitada en materia civil, pero sí la de regular una institución ya existente, regular aspectos conexos e incluso crear nuevas instituciones que se correspondan con el espíritu del ordenamiento en cuestión, respondiendo a las exigencias del presente. "Espíritu" o "Principios generales" a los que se alude reiteradamente en la normativa catalana vigente, comenzando por el art. 1, párrafo segundo de la Compilación. Si no se interpreta así, "desarrollar" no sería diferente de "modificar" y la cláusula del art. 149,1,8º resultaría, al menos parcialmente, redundante. Llegar a tal conclusión, esto es, vaciar de contenido la norma que no se sabe o no se quiere interpretar es lo peor que el intérprete puede hacer. Por ello, a juicio del Consejero que suscribe, en el caso consultado "desarrollar" implica reabrir las fuentes de producción del ordenamiento foral catalán haciendo posible que extienda su normativa tanto a las instituciones ya existentes como a otras nuevas conectadas con aquellas o que resulten de sus propios principios informadores.»

segundo ámbito competencial, de carácter variable tanto territorial como materialmente, que se extiende a la regulación de los derechos civiles, forales o especiales vigentes el 29 de diciembre de 1978, cuya atribución corresponde a las respectivas Comunidades Autónomas¹¹⁸⁸; y por último, un ámbito que es competencia del Estado, definido negativamente en relación con los derechos civiles, forales o especiales y que viene a ser el Derecho Común cuya base normativa es el Código Civil de 1889.

Pero en la delimitación de la competencia del Estado y, por tanto, de las competencias autonómicas, hay un límite adicional. Según algunas interpretaciones doctrinales¹¹⁸⁹, e incluso así se desprende de algún Estatuto de autonomía¹¹⁹⁰, las materias enunciadas en la regla 8ª del artículo 149.1, esto es, reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, etc., son el límite material último de las competencias autonómicas en aquellas Comunidades con derecho civil o especial preconstitucional vigente. Estas concepciones legitiman la acción legislativa autonómica prácticamente completa en materia de Derecho Civil, con lo que la *foralidad* queda reducida a un requisito formal que habilita para el desarrollo de una competencia.

Como señala MARÍ OLANO, esta interpretación es inadecuada a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El desarrollo legislativo del Derecho Civil en el ámbito autonómico «*se circunscribe a que las nuevas instituciones jurídico-civi-*

¹¹⁸⁸ La variedad territorial responde, de una parte, a que no todas las Comunidades Autónomas disponen de esta competencia, pues no en todo los territorios existía derecho civil, foral o especial vigente a la entrada en vigor de la Constitución. En este sentido, existían en 1978 las Compilaciones de los Derechos Civiles de Vizcaya y Álava, Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón y el Fuero Nuevo de Navarra, todas ellas aprobadas entre los años 59 y 73. Junto a estos derechos civiles «compilados», el Tribunal Constitucional ha avalado, entre otras en la STC 121/1992, que las Comunidades Autónomas que hubieran asumido la competencia en conservación del derecho civil propio, lo pudiesen desarrollar transformando, por ejemplo, derecho consuetudinario en derecho legislado o a partir del ejercicio de competencias de Derecho público, regular aspectos juridicoprivados (STC 14/1998). Respecto a la diversidad material, como se ha expuesto, el desarrollo del derecho civil, foral o especial exige necesariamente la existencia de un anclaje en instituciones preexistentes al citado desarrollo, y dado que no todos los derechos forales regulaban las mismas instituciones es obvio que no debe existir homogeneidad entre los desarrollos de los mismos, amén de lo ya expuesto en relación con la positivización de costumbres o la regulación colateral de aspectos civiles a partir de normas juridicopúblicas.

¹¹⁸⁹ Vid. MARÍ OLANO, J., «Comentario al artículo 49.1.2ª». En: GARRIDO MAYOL, V. (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía...*, op. cit., págs. 917-920.

¹¹⁹⁰ En concreto del de las Illes Balears, en su art. 30.27. *Ibidem*.

les que las Comunidades Autónomas regulen en ejercicio de su competencia de desarrollo del Derecho civil propio estén conectadas con instituciones precedentes, de forma que el Derecho civil propio pueda crecer orgánicamente, pero sin que ello implique que el límite de dicha legislación de desarrollo deba encontrarse en las materia que, en todo caso, en el artículo 149.1.8ª de la Constitución reserva a la competencia exclusiva del Estado»¹¹⁹¹.

Este límite, como se verá más adelante, es relevante en el derecho de fundación, toda vez que las fundaciones son una figura desconocida en la generalidad del Derecho Civil foral o especial vigente a la entrada en vigor de la Constitución, con la única salvedad del Derecho foral navarro.

También es hasta cierto punto problemática la determinación del concepto «legislación civil», como ha expuesto el Tribunal Constitucional (STC 37/1981, de 16 de noviembre) el contorno de los «*grandes sectores sistemáticos del ordenamiento [...] no es en modo alguno preciso y la referencia a estos sectores como criterio de delimitación competencial hace depender tal delimitación de la opción que se tome dentro de una polémica doctrinal siempre viva*» (FJ 3º).

2.2.3.2. Derecho Civil y Derecho de fundaciones

En relación con el régimen jurídico de las fundaciones, afirma MONTES RODRÍGUEZ que «*aunque evidentemente no se puede identificar legislación civil con Código civil, porque existen materias civiles fuera de él [...], y porque existen cuestiones en él reguladas que son objeto de un específico título competencial en el art. 149.1 (nacionalidad y extranjería), lo cierto es que sí podría entenderse comprendidas dentro de esta acepción aquellas materias reguladas por el Código civil no incluidas ni en el art. 148 ni en el 149. Y esto es lo que ocurre con las fundaciones, a las que el citado cuerpo legal dedica los artículo 35, 37, 38 y 39. En estos preceptos no se contempla en su integridad el régimen jurídico de las fundaciones que, en buena medida, y dada la*

¹¹⁹¹ MARÍ OLANO, J., «Comentario al artículo 49.1.2ª». En: GARRIDO MAYOL, V. (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía...*, op. cit., pág. 917.

intervención de un órgano administrativo de control el Protectorado, tiene un cierto carácter administrativo, pero ello no impide que resulte justificada la competencia del Estado para regular los aspectos civiles del régimen jurídico de la fundación...»¹¹⁹².

En el caso concreto del régimen jurídico de las fundaciones, el Tribunal Constitucional afirmó en su Sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, que cabía enmarcar dentro de la competencia de legislación civil, atribuida por el artículo 149.1.8ª CE al Estado, aquellos aspectos normativos que inciden «*en el núcleo mismo de la institución fundacional, en cuanto persona jurídico-privada*»¹¹⁹³ –FJ 10º d)–. Afirmación plenamente coherente con la coexistencia, en el ámbito de las fundaciones, de un marcado campo para el Derecho Administrativo, especialmente a través del régimen jurídico del protectorado, lo que queda especialmente manifiesto en los fundamentos jurídicos últimos de la STC 120/2011, de 6 de julio. En la misma línea, en el Dictamen del Consejo de Estado de 10 de mayo de 2007 (núm. expte. 911/2007), este Órgano afirma que «*por cuanto las fundaciones son entidades de Derecho privado que tratan de alcanzar fines de interés general mediante técnicas pertenecientes a tal Derecho*», «*el encuadramiento competencial de la materia concernida (presupuestos o límites de la fusión y fusión en contra de la voluntad del fundador) corresponde claramente a la legislación civil reservada al Estado*»¹¹⁹⁴.

La doctrina, sin embargo, y sin que ello implique una contradicción con este parecer del Supremo Órgano Consultivo del Gobierno, ha afirmado la posibilidad que asiste a las Comunidades Autónomas de desarrollar su competencia en legislación civil precisamente a través del despliegue de la competencia estatutaria en fundaciones, incluso en aquellas Comunidades que no disponen de Derecho civil foral o

¹¹⁹² MONTES RODRÍGUEZ, P., «Comentario a la disposición final primera», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 1.103.

¹¹⁹³ La *questio iuris* versaba sobre la posibilidad reconocida en la LFCM de que el Patronato, con la autorización del Protectorado, pudiese modificar los estatutos fundacionales aún existiendo prohibición expresa para ello por parte del fundador. El Tribunal considera el precepto autonómico inconstitucional toda vez que esta posibilidad, existente en la LFE/1994, había sido suprimida en la LFE/2002.

¹¹⁹⁴ Desde posiciones, de momento minoritarias, ALLI TURRILLAS entiende que es necesario realizar ciertas precisiones «¿Hasta qué punto son las fundaciones unos entes de carácter público o privado? [...] es preciso poner en duda el pretendido carácter puramente civil de las fundaciones. Nunca ha sido así y menos aún parece serlo ahora. De ahí que la regulación sobre el régimen y estructura administrativa tenga mucho que añadir. Y no sólo sobre el registro y el protectorado, sino sobre todo el ser de la fundación.» (vid. ALLI TURRILLAS, J.C., *Fundaciones y Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2010, pág. 151).

especial susceptible de ser modificado, desarrollado o conservado en los términos constitucionales. La legitimidad de esta operación de legislar en materia de Derecho civil hay que situarla en las llamadas «instituciones conexas», que son aquellas sobre las que la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva y cuyo desarrollo normativo se sitúa en el ámbito del Derecho Civil (STC 37/1987, de 26 de marzo)¹¹⁹⁵.

Yendo a la cuestión concreta del reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, parece obvio que la asunción en los Estatutos de Autonomía de la competencia en materia de Derecho Civil, con mayor o menor énfasis, no confiere *per se* la atribución la potestad legislativa en relación con los aspectos jurídico-privados del régimen jurídico de las fundaciones. Es más, los Estatutos que en origen asumieron competencias en relación a la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil propio, asumieron la competencia en relación con las fundaciones mediante un título competencial radicalmente distinto¹¹⁹⁶, lo que permite a alguna doctrina entender que el ejercicio de las competencias por las Comunidades Autónomas no podrá en ningún caso –salvo la excepción navarra que se verá– encuadrarse dentro del derecho civil especial o foral¹¹⁹⁷.

Hay que añadir, a mayor abundamiento, que la competencia autonómica no solo está limitada por la competencia estatal, lo que en principio, y según CUÑAT EDO y LINARES ANDRÉS, conceptualmente no plantea graves problemas para el desarrollo de la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas, incluso de las que no tienen Derecho Civil foral o especial¹¹⁹⁸. Sino que también lo está, en principio, por el contenido material del Derecho Civil especial o foral existente a la entrada en vigor

¹¹⁹⁵ GARRIDO MAYOL, V., «Fundamentos constitucionales de la competencia en materia de Derecho civil»,..., *op. cit.*, pág. 25. En sentido contrario, PEMÁN GAVÍN afirma que la legislación sobre fundaciones es uno de los espacios idóneos para, a través del juego que proporciona la cláusula de la igualdad del artículo 149.1.1^ª CE, «establecer un marco común en cuestiones civiles distintas de las mencionadas en el 149.1.8^ª» ante la erosión de este título competencial (PEMÁN GAVÍN, J. «Artículo 149.1.1». ..., *op. cit.*, pág. 2.273).

¹¹⁹⁶ Es el caso de Cataluña, País Vasco, Galicia, Aragón y las Islas Baleares. Distinto es el caso de las Comunidades Valenciana, Canarias y Andalucía, que no disponían de derecho compilado y, en los dos últimos casos, además, no asumieron competencias en materia de Derecho civil foral o especial.

¹¹⁹⁷ DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V., Consideraciones sobre las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones», en: *Revista de Derecho Privado*, 2004, núm. 5, págs. 658-659.

¹¹⁹⁸ Con independencia, según estos autores, de la profusión de repetición de preceptos estatales (CUÑAT EDO, V. y LINARES ANDRÉS, L., «Las fundaciones en la Comunidad Autónoma Valenciana», en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y MARTÍNEZ SIMANCAS, J. (dirs.), *Derechos Civiles de España*. Madrid: Banco Santander Central Hispano, 2000, vol. V, pág. 2.932).

de la Constitución, es decir, en el Derecho compilado allí donde existían estas normas, como se ha visto¹¹⁹⁹. En este sentido y de entrada, solo la Compilación Navarra, el llamado *Fuero Nuevo*, aprobado por Ley 1/1973, de 1 de marzo, contenía una regulación específica de las fundaciones (Leyes 44 a 47)¹²⁰⁰. El resto de compilaciones tenían sólo, en mayor o menor medida, referencias a otras figuras afines tales como el fideicomiso o vinculadas a las fundaciones como las donaciones o las sucesiones¹²⁰¹.

A pesar de algunas alambicadas argumentaciones doctrinales¹²⁰² no es desde luego evidente que pueda entroncarse el régimen jurídico de las fundaciones en el derecho compilado existente en 1978 con la única excepción del citado caso navarro.

2.2.3.3. La conexión entre el derecho civil autonómico y las instituciones de Derecho civil foral o especial: implicaciones en el régimen autonómico de las fundaciones

Las Comunidades Autónomas que legislaron en relación con las fundaciones con anterioridad a 1994 fueron conscientes hasta cierto punto de lo escabroso del deslinde competencial¹²⁰³ establecido en el artículo 149.1.8ª CE, lo que explica que en todos los casos, el principal título competencial alegado sea el relativo a «funda-

¹¹⁹⁹ Aunque también cabría la posibilidad de anclar la competencia en el derecho consuetudinario, como ocurrió con los arrendamientos históricos valencianos, no es el caso de las fundaciones.

¹²⁰⁰ Vid. Apartado IV.2.B) de la Memoria del Anteproyecto de Ley de Fundaciones elaborada por el Ministerio de Justicia en 1992.

¹²⁰¹ MONTES RODRÍGUEZ, P., «Comentario a la disposición final primera», *op. cit.*, pág. 1.113. En el caso de Cataluña existía la figura del albacea universal “de realización” (art. 316 de la Compilación –según redacción dada por el Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña–).

¹²⁰² Vid. al respecto la cita de Miguel HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN aportada por MONTES RODRÍGUEZ, P., «Comentario a la disposición final primera», *op. cit.*, pág. 1.113 (nota al pie núm. 69), o incluso el argumento de base constitucional de BERMEJO LATRE, J.L., «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas en materia de fundaciones», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Tratado de Fundaciones*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2010, pág. 151, (nota al pie núm. 9).

¹²⁰³ De «galimatías» lo califica la profesora ROCA TRIAS (ROCA TRIAS, E. «La competència en matèria de Dret Civil», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. extraordinario dedicado a la STC 31/2010, de 28 de junio, 2010, pág. 348).

ciones» y no la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil foral o especial. Es decir, el primer desarrollo autonómico del régimen jurídico de las fundaciones se realizó desde una óptica estrictamente administrativista, y no civilista¹²⁰⁴.

Esto también es coherente con la dinámica de construcción de los títulos competenciales entre el Estado y las Comunidades en los primeros años. Pues como hemos visto la competencia autonómica se diseña como el conjunto de funciones administrativas sobre las fundaciones, principalmente el Protectorado y el Registro, dejando de lado desde el primer momento el régimen jurídico del ejercicio del derecho de fundación que, en tanto que derecho constitucionalmente reconocido, se entendió que su normación correspondía al Estado.

La Generalidad de Cataluña fue la primera en dotarse de una ley de fundaciones tras la entrada en vigor de la Constitución y lo hizo en base, principalmente, al artículo 9.24 del Estatuto de 1979: «*fundaciones y asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico-asistencial y similares, que ejerzan principalmente sus funciones en Cataluña*»¹²⁰⁵, aunque en el citado texto se realiza un reconocimiento expreso de su condición de «*ley de derecho privado*» a los solos efectos de anunciar que no existirá reglamento de desarrollo salvo en lo relativo al Protectorado. En este sentido merece la pena transcribir lo dicho por el Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña con motivo de su dictamen núm. 7, sobre el anteproyecto de Ley de Fundaciones Privadas, de 1982:

«...Entonces es lógico y congruente que el ordenamiento de las fundaciones privadas escape del contenido general de un Código Civil y del mencionado contenido propio del Derecho Civil, porque el elemento teleológico de la fundación, aunque no sea el elemento constitutivo,

¹²⁰⁴ Sin embargo, «*la materia fundacional y asociacional, por su proximidad al Derecho civil, ha sido utilizada por ciertas Comunidades Autónomas como inicios de una regulación más general de carácter privado. La coincidencia en esa materia de aspectos de carácter administrativo y civil permitía una incidencia en ámbitos donde la atribución de competencias a las Comunidades Autónomas resultaba, cuanto menos, dudosa. Dado su carácter específico, el título competencial sobre fundaciones y asociaciones ha sido empleado incluso por Comunidades Autónomas que carecían de competencias en materia civil (art. 149.1.8ª CE), consiguiendo así una regulación en parcelas, no sólo administrativas, sino también con indudable incidencia en el ámbito del derecho privado*» (ESTRUCH ESTRUCH, J., «Algunas observaciones sobre la Ley 14/2008, de 18 de noviembre, de Asociaciones de la Comunitat Valenciana», en: *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 30, 2009, pág. 20.

¹²⁰⁵ Vid. artículo 1 y Preámbulo de la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas, de Cataluña.

que es la voluntad del fundador o los fundadores, es, no obstante, esencial. Y lo es porque constituye parte primordial del contenido de la fundación como persona jurídica con plena capacidad de ejercicio. De esta manera la característica de que estos intereses o finalidades deben tener alcance general, no individual o particular, hace que las fundaciones queden sometidas al control o tutela de los poderes públicos como garantía de su cumplimiento. Ello comporta que no pueda ser regulada la materia por una ley puramente privada o civilista, sino que aquella tutela o control de protección necesite un plus de ordenación casi público que pertenece más al Derecho propiamente administrativo que al puro Derecho Civil. Este mero detalle hace que la materia relativa a fundaciones se separe del Derecho Civil y pase a ser una materia sometida a una legislación especial, necesitada de normas que huirían del esquema clásico del Derecho Civil.

Ya sabemos que la voluntad es la savia de toda persona jurídica, de tipo asociacional o societario o de tipo fundacional, si bien en las asociaciones y sociedades la voluntad es siempre viva, actualizada, sucesiva o renovada, mientras que en las fundaciones se trata de una voluntad objetivada o petrificada, que es la del fundador o los fundadores, pero nacida de él o de ellos y con sustantividad propia. Por ello, en las fundaciones, al no haber persona que vigile el exacto cumplimiento o desarrollo de la voluntad fundacional y de las finalidades de interés general, es necesario, en todo caso, que estén dotadas de un órgano de gestión y también de un órgano de vigilancia y control, incluso de tutela y protección.

Una consecuencia evidente es que nada tiene que ver la competencia exclusiva sobre fundaciones con la referente a la legislación civil que contemplan el artículo 149.1.8 de la Constitución (cualquiera que sea la interpretación de este enigmático precepto) y el artículo 9.2 de el Estatuto de Autonomía de Cataluña ya que cuando hablan de legislación civil se refieren al mismo Derecho Civil, o sea a relaciones privadas o de particulares como tales, sin ningún consideración de finalidad o interés general, además de que en todo caso sería aplicable el último apartado del artículo 149 de la Constitución, en relación con el artículo 9.24 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.» (Fundamento 1.A)).

Es decir, el régimen jurídico de las fundaciones, aún en aquellas Comunidades Autónomas que tienen plenamente reconocida la competencia exclusiva en legislación civil por disponer de Derecho compilado, se entendía entonces que, en sus aspectos juridicoprivados, era competencia del Estado.

En nuestra opinión y, a la vista de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la cuestión¹²⁰⁶, esta es la postura más ajustada a la Constitución. Esta conclusión, *a priori*, permite articular un régimen jurídico de las fundaciones ciertamente dual pero que evita la disparidad y diversidad normativa de la que, precisamente adolecía el ordenamiento de las fundaciones antes de la Constitución.

Ocurre, sin embargo, que de esta manera, el apartado b) del segundo párrafo de la disposición adicional primera de la LFE/2002 solo es de aplicación a Navarra¹²⁰⁷, lo cual parece ciertamente ilógico. Es decir, salvo en el caso de la Comunidad Foral, si mantenemos esta tesis, las Comunidades Autónomas solo tendrían capacidad normativa en el ámbito del Derecho Administrativo, o sea, en la acción tutelar de la Administración sobre las fundaciones¹²⁰⁸. Dicho con otras palabras, cualquier regulación que incidiera en aspectos civiles del régimen jurídico de las fundaciones, aprobada por Asambleas Legislativas autonómicas, con la excepción de Navarra, debería reputarse inconstitucional.

Esta es la *questio iuris* que debió haber aclarado el Tribunal Constitucional al resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno central contra la Ley de Fundaciones Privadas de Cataluña de 1982, precisamente fundamentado en la vulneración del reparto competencial previsto en el artículo 149.1.8ª CE¹²⁰⁹. Pero el cambio del color político del Gobierno, unido, sin duda, a las dudas jurídicas

¹²⁰⁶ SSTC 88/1993 y 156/1993. También *vid.* GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., «Las competencias legislativas en materia de Derecho Civil» ..., *op. cit.*, págs. 2.333 y ss.

¹²⁰⁷ En este sentido se han manifestado autores como GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, fundaciones ...», *op. cit.*, pág. 39; BERMEJO LATRE, J.L., «La distribución de competencias...», *op. cit.*, pág. 151.

¹²⁰⁸ *Vid.* DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V., «Consideraciones sobre las competencias ...», *op. cit.*, págs. 639-675.

¹²⁰⁹ El texto de la demanda de declaración de inconstitucionalidad decía que «conviene dejar claro desde un principio cuáles son los presupuestos de este recurso. No se trata de poner en duda la competencia exclusiva que de la Generalidad atribuye al Estatuto de Autonomía en el campo de las fundaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico-asistencial y similares que desarrollen principalmente sus funciones en Cataluña. [...] En concreto, la Constitución otorga al Estado (como conjunto de instituciones generales, en la acertada precisión de este Tribunal) competencia sobre la legislación civil –así, en general–, y sin otra salvedad que la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan (artículo 149.1.8 C). Evidentemente, si la duda sobre la constitucionalidad de la ley catalana de fundaciones surge, es debido a que se presenta a sí misma –en el preámbulo– como una ley de derecho privado y a que califica paladinamente, coincidiendo con ello con nuestra tradición doctrinal y en parte también legislativa, a las fundaciones como instituciones de derecho privado. Habría que precisar que, dentro del derecho privado, es el campo del derecho civil el que resulta interesado.» (Transcripción incluida en el Dictamen del Consejo de Estado de 11 de noviembre de 1982).

de la viabilidad del recurso¹²¹⁰, conllevó su retirada¹²¹¹ y, en consecuencia, la imposibilidad del Alto Tribunal de valorar la cuestión. En posteriores pronunciamientos, tales como la Sentencia 341/2005 y la 120/2011, el Alto Tribunal ha abordado la cuestión con mayor o menor profundidad, como hemos visto, pero en relación con una Comunidad Autónoma, la de Madrid, que no dispone de Derecho Civil foral o especial. En este sentido, la STC 98/2013, de 23 de abril, sí que entra de lleno en la definición del título competencial contenido en la regla 8ª del artículo 149.1 CE, pero lo hace en un proceso referido a una Comunidad, La Rioja, que tampoco dispone de Derecho Civil foral o especial, aunque en todo caso, el Tribunal adopta una posición ciertamente amplia de la competencia estatal.

La realidad es que el límite material a las competencias en conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil especial o foral se ha ido erosionando¹²¹², bien por la vía de la interpretación constitucional en virtud del principio de conexidad¹²¹³ entre las nuevas figuras y las existentes en derecho compilado, bien por la vía de hecho, y ello pese a la rotundidad de pronunciamientos recientes como el contenido en la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional (FJ 76).

Y esto es especialmente evidente en el caso catalán. La Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, deroga la Ley de Fundaciones de Cataluña (Ley 5/2001) que, a su vez, derogó la Ley 1/1982, de Fundaciones Privadas de Cataluña. Es decir, se ha pasado de una regulación contenida en una norma pretendidamente juridicopública a una norma netamente iusprivatista¹²¹⁴, y ello sin que exista en el ordenamiento jurídico previo

¹²¹⁰ El supremo órgano consultivo del Gobierno, concluyó en su Dictamen de 11 de noviembre de 1982, instado por el Gobierno a cuenta del recurso de inconstitucionalidad presentado con la Ley catalana 1/1982, de 3 de marzo, que «los textos constitucional y estatutario no ofrecen una base sólida para reivindicar de manera cierta la competencia exclusiva del Estado, siquiera sea en lo referente a la regulación civil general de las Fundaciones en Cataluña», y remitió a la posibilidad de activar el mecanismo armonizador previsto en el artículo 150.3 CE «aunque ofrezca serias dudas de inactabilidad de esta tesis».

¹²¹¹ Vid. al respecto CASARES, F. «El derecho civil catalán», en *La Vanguardia*, edición del 21/04/1992, pág. 26.

¹²¹² PEMÁN GAVÍN, J. «Artículo 149.1.1». ..., *op. cit.*, pág. 2.273.

¹²¹³ En relación con esta perspectiva, DE PRIEGO FERNÁNDEZ aporta interesantes citas de la mejor doctrina civilista (*op. cit.*, pág. 648) y BADOSA COLL, F., «Sentència 31/2010, de 28 de juny», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. Especial Sentència sobre l'Estatut, pág. 333.

¹²¹⁴ El juicio, *a posteriori*, de la norma de 1982 la encuadra claramente en el ámbito del Derecho Civil (*vid.* artículo citado de Francesc CASARES), pero también las afirmaciones de Ferrer Riba, quien afirma que «el juicio de la historia pondrá de relieve que la Ley 1/1982, quizás sin tener la pretensión, amplió

(Compilación) referencia alguna a las fundaciones ni que se haya realizado por parte del Legislador el menor esfuerzo justificante de la conexión entre la figura legislada –la fundación– y figuras ya existentes en el derecho civil catalán de carácter consuetudinario, tal y como exige la STC 121/1992, de 28 de septiembre (FJ 2º a))¹²¹⁵. Sino que se ha actualizado una competencia por la vía del recurso a una operación de refundición y consolidación de normativa legal propia¹²¹⁶ que ha permitido a la Generalidad de Cataluña activar el máximo techo competencial en relación con el régimen jurídico de las fundaciones. El argumento principal en el que sustenta el legislador autonómico catalán la ampliación genérica del campo competencial en legislación civil huye precisamente de la idea de conexidad y se vincula con la noción de ausencia de instituciones legislativas durante un lapso de tiempo: «...*el Parlamento de Cataluña utilizó el instrumento técnico de las leyes especiales para ir dando cuerpo poco a poco a un ordenamiento jurídico rígido y adelgazado por la prolongada ausencia de instituciones legislativas propias...*»¹²¹⁷. La aplicación de este proceso al régimen jurídico de las fundaciones es, pues, manifiesto. En un primer momento –Ley 1/1982– se elabora una norma con anclaje en la competencia administrativa sobre fundaciones y no en la competencia autonómica en legislación civil. Lo mismo ocurre con la Ley 5/2001, de 2 de mayo, en cuyo preámbulo se justifica la competencia en el artículo 9.24 del Estatuto de Autonomía de 1979.

*extraordinariamente el horizonte de la competencia legislativa de la Generalidad de Cataluña –y por mimetismo, al cabo de los años, también la de otras Comunidades Autónomas– en materias de Derecho Civil y conexas al Derecho Civil» (FERRER RIBA, J., «Les fundacions en el Llibre tercer del Codi Civil de Catalunya», en AA.VV., *Autonomia i Dret: IV Jornada organitzada pel Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, el Consell de l'Advocacia de Catalunya i el Col·legi de Notaris de Catalunya*. Barcelona: Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya et alii, 2009, pág. 80.)*

¹²¹⁵ Según BADOSA COLL «*se ha de advertir que las “instituciones conexas” imponen la identificación de la institución de origen y, en consecuencia, excluyen la legislación per saltum, pero no exigen la inmediatez respecto de la compilada y, por lo tanto, no limitan la expansividad indefinida de la normativa» (BADOSA COLL F., «Sentència 31/2010, de 28 de juny», en: *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. Especial Sentència sobre l'Estatut, 2010, pág. 333).*

¹²¹⁶ BERMEJO LATRE, J.L., «La distribución de competencias...», *op. cit.*, pág. 152.

¹²¹⁷ Preámbulo de la Ley del Parlamento de Cataluña 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código civil de Cataluña. Nótese que, precisamente el argumento es el contrario al de la conexidad. Mediante leyes especiales se suplen los vacíos normativos creados por la ausencia de instituciones legislativas propias. *Vid.* también, Egea Fernández, J., «Competència en matèria de Dret Civil», en *Revista Catalana de Dret Públic*, págs. 338 y ss., donde critica que el Tribunal Constitucional en la STC 31/2010 haya realizado una interpretación restrictiva de la competencia de la Generalidad de Cataluña desconociendo el desarrollo legislativo habido en estos últimos años en materia civil en Cataluña.

Pero en 2008 se da un salto cualitativo y el preámbulo de esta norma no menciona expresamente el artículo 118 del nuevo Estatuto de 2006¹²¹⁸, sino que el anclaje competencial se busca «...sobre las competencias de la Generalidad en materia de derecho civil y sobre las competencias sectoriales».

En nuestra opinión, como hemos dicho, se trata de una operación jurídica discutible hasta la entrada en vigor del nuevo Estatuto de 2006, que modificó el título competencial autonómico hasta asumir literalmente toda la competencia en materia de derecho civil con la excepción de los seis aspectos que «*en todo caso*» la Constitución reserva al Estado¹²¹⁹. Aunque lo más sorprendente es que no haya sido objeto de crítica de constitucionalidad por el Gobierno central, sobre todo, si se tiene en cuenta el celo que éste ha tenido en los últimos tiempos en la preservación de sus competencias *ex artículo* 149.1.8ª CE en lo que a leyes autonómicas se refiere, incluidas las de fundaciones¹²²⁰.

2.2.4. Los cambios en los títulos competenciales en las leyes de fundaciones

Una de las particularidades de la distribución competencial en nuestro modelo territorial es la *maleabilidad* de los títulos competenciales que se atribuyen a un ente u otro. Es decir, las funciones que se integran en cada una de las materias

¹²¹⁸ El artículo 129 del Estatuto de autonomía de Cataluña de 2006 reza: «... [c]orresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de las materias que el artículo 149.1.8.ª de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña.» Nótese la deliberada ausencia de la expresión «conservación, modificación y desarrollo», el derecho civil foral deja de ser, a partir de 2006, una limitación material a la competencia del legislador catalán.

¹²¹⁹ Cfr. Artículo 129 EAC y 149.1.8ª CE.

¹²²⁰ El proceso de creación del Código Civil catalán arranca en la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código civil de Cataluña (BOE núm. 32, de 6 de febrero de 2003). En el Preámbulo de esta norma se clarifica que el objetivo del legislador catalán consiste en «...recoger, ordenar y sistematizar la regulación sobre las diversas materias contenida en las leyes especiales que se han ido promulgando y de completarla hasta alcanzar la plenitud del ejercicio de las competencias legislativas establecidas por la Constitución y el Estatuto» a partir de la idea principal de que «...el Código civil de Cataluña debe ser un código abierto, tanto en la estructura como en el contenido, y que debe ir conformándose, de acuerdo con el plan establecido por la presente Ley...». En esta Ley se incluye la estructura del nuevo Código civil, seis libros, de los cuales, el tercero, está dedicado a las personas jurídicas, en concreto las fundaciones y asociaciones –art. 3.c) de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre–.

sobre las que se proyecta un título no son inmutables en el tiempo. La acción del legislador permite adaptar los contornos de cada uno a la realidad del momento.

Como se acaba de ver, las Comunidades Autónomas, singularmente Cataluña han legislado en materia de fundaciones desde un ámbito material estrictamente administrativo hasta un ámbito mayormente civil. Y ello sin apenas alterar los títulos que definen la distribución de competencias.

Pues bien, en este sentido, también se observan cambios en la atribución de los títulos que legitiman el carácter general o limitado de la aplicación de ciertos preceptos de la Ley de Fundaciones del Estado, al comparar las Leyes de 1994 y de 2002.

Estos cambios son relevantes, pues implican que ciertos preceptos sean de aplicación a todo el territorio nacional sin excepción (si su aplicabilidad se deduce de constituir una condición básica del ejercicio del derecho de fundación), en parte del territorio (si es legislación civil), o solo en aquellas Comunidades sin legislación de fundaciones (si actúa como legislación supletoria).

En este sentido, si bien el apartado primero de la disposición final primera de la LFE/2002, como hemos dicho, se ajusta a los pronunciamientos recientes del Tribunal Constitucional y a las demandas doctrinales¹²²¹, la crítica doctrinal al apartado segundo de esta disposición no es precisamente positiva. De una parte encontramos en la doctrina críticas relacionadas con la técnica legislativa¹²²², pero especialmente con el alcance material de la citada disposición. Aunque el análisis detallado excede el objeto de este estudio, es relevante reseñar que las críticas materiales responden tanto a la inclusión de preceptos susceptibles de encontrar mejor cobertura competencial en títulos como el 149.1.1^a CE o por la ausencia de catalogación como competencia civil de algunos preceptos.

¹²²¹ GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 415.

¹²²² GONZÁLEZ CUETO, T., haciéndose eco del dictamen del Consejo de Estado critica que se haya distinguido en la dicción del precepto entre los artículos que son de aplicación general en todo el territorio del Estado y aquellos que ceden ante las normas de derecho civil foral o especial (GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 415). Por su parte, MONTES RODRÍGUEZ, entiende que la referencia contenida en el apartado *a*) del párrafo segundo de la disposición al artículo 149.1.1 es consecuencia de un error (MONTES RODRÍGUEZ, P., «Comentario a la disposición final primera», *op. cit.*, pág. 1.110).

En relación con los artículos que se considera por parte de la doctrina que deberían encuadrarse entre las condiciones básicas del derecho de fundación se encuentra la dotación y la cuantía mínima que ésta ha de tener (art. 12)¹²²³ o la capacidad para fundar (art. 8)¹²²⁴. También ha merecido críticas la inclusión en el ámbito civil del artículo 42, relativo a la intervención temporal de la fundación, cuya naturaleza de procedimiento administrativo lo aleja de la competencia del 149.1.8^a¹²²⁵.

Coincidimos con las críticas respecto a la dotación y su cuantía, así como en relación con la capacidad de fundar. Tratándose la dotación de un elemento esencial de la institución fundacional, su regulación debiera ser uniforme en todo el Estado. La experiencia de la legislación catalana, que entre 2008 y 2011 estableció un régimen específico distinto del resto del Estado y, más gravoso, es buena muestra de ello. Se introdujo una limitación en el derecho de fundación que provocó un descenso en la creación de las fundaciones¹²²⁶.

Por el contrario, existen voces críticas con la no inclusión en el ámbito de las normas jurídico-privadas de algunos aspectos que, de esta manera, quedan al libre alcance de las Comunidades Autónomas. La doctrina echa en falta en este sentido un mayor énfasis en la regulación del Registro¹²²⁷.

Sea como fuere, llama especialmente la atención que entre la Ley de 1994 y la de 2002, en apenas 8 años, el legislador ha introducido cambios sensibles en el alcance de los títulos competenciales que confluyen en la normación del régimen jurídico de las fundaciones¹²²⁸. Así cuestiones que en 1994 se consideraron condiciones básicas, como la capacidad de fundar, en 2002 encontraron cobijo en el título competencial de la legislación civil, lo cual es, como se ha dicho discutible, puesto que aunque es evidente que se trata de una norma claramente de Derecho privado,

¹²²³ MONTES RODRÍGUEZ, P., «Comentario a la disposición final primera», *op. cit.*, pág. 1.117. DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V., «Consideraciones sobre las competencias ...», *op. cit.*, pág. 656.

¹²²⁴ MONTES RODRÍGUEZ, P., «Comentario a la disposición final primera», *op. cit.*, pág. 1116. De hecho, en la LFE1994 constituía una condición básica del ejercicio del derecho de fundación (DF 1^a).

¹²²⁵ DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V., «Consideraciones sobre las competencias ...», *op. cit.*, pág. 662 (nota núm. 64).

¹²²⁶ *Vid.* BALLESTER I MUÑOZ, S., «La modificació del llibre III del Codi ...», *op. cit.*, pág. 100.

¹²²⁷ DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V., «Consideraciones sobre las competencias ...», *op. cit.*, pág. 663 y ss. MONTES RODRÍGUEZ, P., «Comentario a la disposición final primera», *op. cit.*, págs. 1099 y 1112.

¹²²⁸ ALLI TURRILLAS considera que este tipo de cambios respecto al título competencial «no contribuye a dar seguridad a los títulos competenciales del Estado en la materia» (*vid.* ALLI TURRILLAS, *Fundaciones y ...*, *op. cit.*, pág. 156).

no se puede obviar que es el presupuesto de ejercicio del derecho y no es, en absoluto lógico que este, tratándose de un derecho constitucional, pueda recibir un tratamiento diverso en función de las Comunidades Autónomas. En este caso concreto, el problema se planteaba en relación con la capacidad para fundar de las Administraciones Públicas, hecho este que se ha salvado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 120/2011, de 6 de julio, al desligar a las Administraciones Públicas del derecho a fundar constitucionalmente reconocido. Pero el hecho es que, por ejemplo, la legislación catalana de fundaciones no reconocía expresamente esta capacidad a las Administraciones Públicas hasta la Ley 4/2008, y esta, de manera difusa.

En sentido contrario, el protectorado que en la LFE/1994 se amparaba en la competencia en materia civil, pasa a ser considerado una condición básica del ejercicio del derecho en coherencia con los distintos pronunciamientos, tanto de la doctrina¹²²⁹, del propio Tribunal Constitucional (SSTC 49/1988, de 22 marzo; 164/1990, de 29 de octubre; 341/2005, de 21 de diciembre; 120/2011, de 6 de julio; y 98/2013, de 23 de abril), e incluso del Consejo de Estado¹²³⁰, que identifican la existencia del protectorado como un rasgo esencial de las fundaciones en nuestro ordenamiento¹²³¹, que cabe incluir dentro de la garantía institucional y, en consecuencia, como condiciones esenciales del derecho.

En nuestra opinión, se trata de una actuación del legislador en aras de un mejor uso de la técnica legislativa, y ello en dos sentidos. En primer lugar, el legislador suprime la referencia a la supletoriedad de los preceptos respecto de los Derechos Civiles forales o especiales, algo que mereció una dura crítica de PIÑAR MAÑAS al entender que el legislador ordinario se arrogaba el papel del constituyente al delimitar

¹²²⁹ PIÑAR MAÑAS critica que el régimen jurídico del Protectorado no sea considerado una condición básica del ejercicio de fundación en la LFE/1994, y que incluso aquel precepto (art. 32.1) que reconoce explícitamente su existencia solo sea aplicable de manera supletoria en ciertas Comunidades Autónomas (Vid. PIÑAR MAÑAS, J.L., «Notas sobre el régimen del Protectorado en la nueva Ley de Fundaciones», en AA.VV., *En torno a la Ley 30/94 de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Madrid: Centro de Fundaciones-Fundación San Benito de Alcántara, 1995, págs. 63 y ss.; también en su artículo «Comentario a la Disposición final primera», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones e incentivos fiscales*. Madrid: Escuela Libre Editorial-Marcial Pons, 1995, vol. I, pág. 717).

¹²³⁰ Dictamen 1636/2002, de 19 de julio de 2002.

¹²³¹ MONTES RODRÍGUEZ, P., «Comentario a la disposición final primera», *op. cit.*, pág. 1.098. Aunque vale la pena citar que no es así en todos los ordenamientos de nuestro entorno, así por ejemplo, en los Países Bajos o en los Estados Unidos (vid. PIÑAR MAÑAS, J.L., «El derecho de fundación como derecho fundamental», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 9 (1996), págs. 179 y ss.)

ámbitos competenciales¹²³²; en segundo lugar reubica unos pocos preceptos en relación con el título competencial en el que encuentran cobertura (149.1.8ª y 149.1.1ª). La claridad en relación con la primera cuestión, alabada por el Consejo de Estado¹²³³, sin embargo fue matizada en el trámite parlamentario con la expresa mención a la preferencia –que no la supletoriedad del Derecho estatal– de los derechos forales o especiales en los términos de la enmienda planteada por el Grupo Popular en el Congreso¹²³⁴, y coincidente en este punto con la presentada por la Minoría Catalana (Convergència i Unió)¹²³⁵.

Ya centrados en los preceptos mencionados en el segundo apartado de la disposición final primera de la LFE/2002, son los que se detallan a continuación.

2.2.4.1. Preceptos de aplicación general por la combinación de los artículos 149.1.8ª y 149.1.1ª de la Constitución

- Artículo 6. Domicilio¹²³⁶.
- Artículo 7. Fundaciones extranjeras¹²³⁷

¹²³² Piñar Mañas, en comentarios a la ley de fundaciones, (1995) pág. 717

¹²³³ Dictamen 1636/2002, de 19 de julio de 2002 (III.6).

¹²³⁴ Enmienda núm. 160 (BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 105-12, de 24/10/2002, pág. 61).

¹²³⁵ Enmienda núm. 137 (BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 105-12, de 24/10/2002, pág. 55).

¹²³⁶ **«Artículo 6. Domicilio.**

1. *Deberán estar domiciliadas en España las fundaciones que desarrollen principalmente su actividad dentro del territorio nacional.*

2. *Las fundaciones tendrán su domicilio estatutario en el lugar donde se encuentre la sede de su Patronato, o bien: el lugar en que desarrollen principalmente sus actividades.*

Las fundaciones que se inscriban en España para desarrollar una actividad principal en el extranjero, tendrán su domicilio estatutario en la sede de su Patronato dentro del territorio nacional.»

¹²³⁷ **«Artículo 7. Fundaciones extranjeras.**

1. *Las fundaciones extranjeras que pretendan ejercer sus actividades de forma estable en España, deberán mantener una delegación en territorio español que constituirá su domicilio a los efectos de esta Ley, e inscribirse en el Registro de Fundaciones competente en función del ámbito territorial en que desarrollen principalmente sus actividades.»*

- Artículo 37.4. Compatibilidad de la regulación específica de los registros con la normativa de otros Registros públicos existentes¹²³⁸.

Según MONTES RODRÍGUEZ la redacción de este inciso es consecuencia de una equivocación en la tramitación parlamentaria, al incluir una referencia al artículo 149.1.1^a. En su opinión este apartado responde exclusivamente al título competencial contenido en el inciso final de la regla 8^a del artículo 149, es decir, los aspectos de la legislación civil que «*en todo caso*» son competencia exclusiva del Estado, tal y como figuraba en la Disposición Final Primera.2.a) de la LFE/1994, por lo que la referencia a las condiciones básicas del ejercicio de los derechos es superflua¹²³⁹. Es esta una opinión plausible máxime si se atiende al argumento de que ni en los Diarios de Sesiones ni en la justificación de la enmienda que dio pie a la redacción vigente de este precepto se justifica la inclusión de la referencia al artículo 149.1.1^a CE. Tampoco en nuestro ordenamiento jurídico aparecen menciones conjuntas a ambos títulos competenciales, si bien, en nuestra opinión la alegación de ambos títulos no supone ningún problema toda vez que precisamente su efecto es el de excluir la acción del legislador autonómico en su ámbito de aplicación. Es más, desde una perspectiva material y aunque pueda considerarse una tautología, es obvio que el régimen jurídico del domicilio de la fundación, aunque sea un aspecto de Derecho Civil, también constituye

¹²³⁸ «**Artículo 37. Efectos.**

1. Los Registros de Fundaciones serán públicos, presumiéndose el conocimiento del contenido de los asientos.

2. La publicidad se hará efectiva mediante certificación del contenido de los asientos, por nota simple informativa o por copia de los asientos y de los documentos depositados en los Registros o por medios informáticos o telemáticos que se ajustará a los requisitos establecidos en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal.

3. Los actos sujetos a inscripción no inscritos no perjudicarán a tercero de buena fe. La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción no inscrito.

4. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la normativa reguladora de otros Registros públicos existentes.»

El apartado subrayado es el que es de aplicación general. Precisamente sobre este inciso Pau considera que es «absolutamente inútil. Toda norma ha de entenderse “sin perjuicio” de las demás, y todas han de interpretarse sistemáticamente, coherentemente...» y considera «curioso» que sea precisamente este inciso el único de aplicación general de cuantos componen el régimen jurídico del Registro de Fundaciones (Vid. PAU, A., «El Registro de Fundaciones», en MUÑOZ MACHADO, S., y otros, Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo, Iustel, pág. 568. en términos similares se expresa GONZÁLEZ CUETO, quien afirma que «[S]i este apartado no existiese, en absoluto se vería perjudicada la normativa reguladora de otros Registros públicos» (vid. GONZÁLEZ CUETO, T., Comentarios a la Ley de Fundaciones, op. cit., pág. 298). En la misma línea, PIÑAR MAÑAS ya criticó la consideración aislada de este apartado como de aplicación general en la LFE/1994 (vid. PIÑAR MAÑAS, J.L., «Comentario a la Disposición Final Primera», en DE LORENZO GARCÍA y otros, Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales, págs. 715-716.

¹²³⁹ MONTES RODRÍGUEZ, P., «Comentario a la disposición final primera», op. cit., pág. 1.110.

una condición básica del ejercicio del derecho constitucional. Más discutible, sin embargo, como se verá, es la referencia al artículo 37.4.

Según la citada autora los artículos 6 y 7, en tanto que determinan el régimen jurídico aplicable a las fundaciones encuentran acomodo en la categoría de «*reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas*», mientras que el inciso relativo a los Registros hace lo propio en la categoría de «*ordenación de registros e instrumentos públicos*»¹²⁴⁰. La justificación de la consideración de este apartado como norma básica no encuentra apenas apoyos en la doctrina, sobre todo, en la medida en que se encuentra desligada del resto del artículo 37. ATIENZA NAVARRO, siguiendo a PAU PEDRÓN, entiende que este apartado responde a la concepción administrativista¹²⁴¹ del Registro de fundaciones del Estado, de manera que el apartado cuarto del artículo 37 lo que hace es obligar a las Comunidades Autónomas a respetar la regulación de los Registros públicos distintos del de fundaciones, singularmente, la del Registro de la Propiedad y la del Registro Mercantil¹²⁴².

Por lo demás, no se dan en la doctrina críticas destacadas a la incardinación de los artículos 6 y 7 en la categoría de legislación civil que es competencia exclusiva del Estado. La determinación del domicilio tiene notables efectos jurídicos, tales como la determinación del fuero judicial (art. 51.1 de la LEC) o, más específicamente en el ámbito fundacional, es uno de las consecuencias que generalmente se derivan de la sujeción a un determinado régimen jurídico autonómico¹²⁴³. Tanto el artículo 6 como el artículo 7 establecen el régimen de sujeción jurídica de las fundaciones que desarrollan sus actividades en España. Se trata, en todo caso, de un régimen que constituye una cláusula de cierre respecto del sistema creado por las Comunidades

¹²⁴⁰ MONTES RODRÍGUEZ, P., «Comentario a la disposición final primera», *op. cit.*, págs. 1.111-1.112.

¹²⁴¹ Concepción cuestionada por otra parte por alguna doctrina (*vid.* GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 287)

¹²⁴² ATIENZA NAVARRO, M.L., «Comentario al artículo 37», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, *op. cit.*, págs. 923 y ss.

¹²⁴³ *Vid.* al respecto, arts. 6.1 de la Ley andaluza de fundaciones, 4.1 de la Ley madrileña de fundaciones, 5 de la Ley de fundaciones de Castilla y León, 311-8 del Código Civil de Cataluña, 5.1 de la Ley de fundaciones de la Comunitat Valenciana, 7.1.c) de la Ley de fundaciones del País Vasco, 7.1 de la Ley de fundaciones de interés gallego, 5 de la Ley de fundaciones de La Rioja. Sin embargo, el artículo 2.2 de la Ley de fundaciones canarias, sin embargo, realiza una presunción de desarrollo de las actividades principalmente en el Archipiélago respecto de aquellas fundaciones en él domiciliadas. *Vid.* CUENCA GARCÍA, A., «Comentario al artículo 6», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, *op. cit.*, págs. 185 y ss.

Autónomas, evitando así que la existencia de fundaciones exentas de *lex fondationis*¹²⁴⁴. Estamos, pues, en última instancia de la traslación al régimen fundacional de lo dispuesto en el artículo 41 del Código Civil.

2.2.4.2. Preceptos de aplicación general al amparo de la regla 18ª del artículo 149.1º de la Constitución, por constituir Derecho Civil, sin perjuicio de la aplicabilidad preferente del Derecho foral o especial, allí donde exista

- Artículo 5. Denominación¹²⁴⁵.

- Artículo 8. Capacidad para fundar¹²⁴⁶.

¹²⁴⁴ PALAO MORENO, G., «Comentario al artículo 6», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, op. cit., págs. 193 y ss.

¹²⁴⁵ «**Artículo 5. Denominación.**

1. La denominación de las fundaciones se ajustará a las siguientes reglas:

a) Deberá figurar la palabra «Fundación», y no podrá coincidir o asemejarse de manera que pueda crear confusión con ninguna otra previamente inscrita en los Registros de Fundaciones.

b) No podrán incluirse términos o expresiones que resulten contrarios a las leyes o que puedan vulnerar los derechos fundamentales de las personas.

c) No podrá formarse exclusivamente con el nombre de España, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales, ni utilizar el nombre de organismos oficiales o públicos, tanto nacionales como internacionales, salvo que se trate del propio de las entidades fundadoras.

d) La utilización del nombre o seudónimo de una persona física o de la denominación o acrónimo de una persona jurídica distintos del fundador deberá contar con su consentimiento expreso, o, en caso de ser incapaz, con el de su representante legal.

e) No podrán adoptarse denominaciones que hagan referencia a actividades que no se correspondan con los fines fundacionales, o induzcan a error o confusión respecto de la naturaleza o actividad de la fundación.

f) Se observarán las prohibiciones y reservas de denominación previstas en la legislación vigente.

2. No se admitirá ninguna denominación que incumpla cualquiera de las reglas establecidas en el apartado anterior, o conste que coincide o se asemeja con la de una entidad preexistente inscrita en otro Registro público, o con una denominación protegida o reservada a otras entidades públicas o privadas por su legislación específica.»

¹²⁴⁶ «**Artículo 8. Capacidad para fundar.**

1. Podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas.

2. Las personas físicas requerirán de capacidad para disponer gratuitamente «inter vivos» o «mortis causa», de los bienes y derechos en que consista la dotación.

3. Las personas jurídicas privadas de índole asociativa requerirán el acuerdo expreso del órgano competente para disponer gratuitamente de sus bienes, con arreglo a sus Estatutos o a la legislación que les resulte aplicable. Las de índole institucional deberán contar con el acuerdo de su órgano rector.

4. Las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario.»

- Artículo 9. Modalidades de constitución¹²⁴⁷.
- Artículo 10. Escritura de constitución¹²⁴⁸.
- Artículo 11. Estatutos¹²⁴⁹.
- Artículo 12. Dotación¹²⁵⁰.

¹²⁴⁷ **«Artículo 9. Modalidades de constitución»**

1. La fundación podrá constituirse por actos «inter vivos» o «mortis causa».
2. La constitución de la fundación por acto «inter vivos» se realizará mediante escritura pública, con el contenido que determina el artículo siguiente.
3. La constitución de la fundación por acto «mortis causa» se realizará testamentariamente, cumpliéndose en el testamento los requisitos establecidos en el artículo siguiente para la escritura de constitución.
4. Si en la constitución de una fundación por acto «mortis causa» el testador se hubiera limitado a establecer su voluntad de crear una fundación y de disponer de los bienes y derechos de la dotación, la escritura pública en la que se contengan los demás requisitos exigidos por esta Ley se otorgará por el albacea testamentario y, en su defecto, por los herederos testamentarios. En caso de que éstos no existieran, o incumplieran esta obligación, la escritura se otorgará por el Protectorado, previa autorización judicial.»

¹²⁴⁸ **«Artículo 10. Escritura de constitución»**

La escritura de constitución de una fundación deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

- a) El nombre, apellidos, edad y estado civil del fundador o fundadores, si son personas físicas, y su denominación o razón social, si son personas jurídicas, y, en ambos casos, su nacionalidad y domicilio y número de identificación fiscal.
- b) La voluntad de constituir una fundación.
- c) La dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación.
- d) Los Estatutos de la fundación, cuyo contenido se ajustará a las prescripciones del artículo siguiente.
- e) La identificación de las personas que integran el Patronato, así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional.»

¹²⁴⁹ **«Artículo 11. Estatutos»**

1. En los Estatutos de la fundación se hará constar:
 - a) La denominación de la entidad.
 - b) Los fines fundacionales.
 - c) El domicilio de la fundación y el ámbito territorial en que haya de desarrollar principalmente sus actividades.
 - d) Las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios.
 - e) La composición del Patronato, las reglas para la designación y sustitución de sus miembros, las causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos.
 - f) Cualesquiera otras disposiciones y condiciones lícitas que el fundador o fundadores tengan a bien establecer.
2. Toda disposición de los Estatutos de la fundación o manifestación de la voluntad del fundador que sea contraria a la Ley se tendrá por no puesta, salvo que afecte a la validez constitutiva de aquélla. En este último caso, no procederá la inscripción de la fundación en el correspondiente Registro de Fundaciones.»

¹²⁵⁰ **«Artículo 12. Dotación.»**

1. *La dotación, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales. Se presumirá suficiente la dotación cuyo valor económico alcance los 30.000 euros.*

Cuando la dotación sea de inferior valor, el fundador deberá justificar su adecuación y suficiencia a los fines fundacionales mediante la presentación del primer programa de actuación, junto con un estudio económico que acredite su viabilidad utilizando exclusivamente dichos recursos.

- Artículo 13. Fundación en proceso de formación¹²⁵¹.
- Artículo 17.1 y 2. Responsabilidad de los patronos¹²⁵².
- Artículo 18.1, 2 y 4. Sustitución, cese y suspensión de patronos¹²⁵³.

2. Si la aportación es dineraria, podrá efectuarse en forma sucesiva. En tal caso, el desembolso inicial será, al menos, del 25 por 100, y el resto se deberá hacer efectivo en un plazo no superior a cinco años, contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la fundación.

Si la aportación no es dineraria, deberá incorporarse a la escritura de constitución tasación realizada por un experto independiente.

En uno y otro caso, deberá acreditarse o garantizarse la realidad de las aportaciones ante el notario autorizante, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

3. Se aceptará como dotación el compromiso de aportaciones de terceros, siempre que dicha obligación conste en títulos de los que llevan aparejada ejecución.

4. Formarán también parte de la dotación los bienes y derechos de contenido patrimonial que durante la existencia de la fundación se aporten: tal concepto por el fundador o por terceras personas, o que se afecten por el Patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales.

5. En ningún caso se considerará dotación el mero propósito de recaudar donativos.»

¹²⁵¹ **«Artículo 13. Fundación en proceso de formación.**

1. Otorgada la escritura fundacional, y en tanto se procede a la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones, el Patronato de la fundación realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la fundación, los cuales se entenderán automáticamente asumidos por ésta cuando obtenga personalidad jurídica.

2. Transcurridos seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin que los patronos hubiesen instado la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones, el Protectorado procederá a cesar a los patronos, quienes responderán solidariamente de las obligaciones contraídas en nombre de la fundación y por los perjuicios que ocasione la falta de inscripción.

Asimismo, el Protectorado procederá a nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial, que asumirán la obligación de inscribir la fundación en el correspondiente Registro de Fundaciones.»

¹²⁵² **«Artículo 17. Responsabilidad de los patronos.**

1. Los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal.

2. Los patronos responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Quedarán exentos de responsabilidad quienes hayan votado en contra del acuerdo, y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.»

¹²⁵³ **«Artículo 18. Sustitución, cese y suspensión de patronos.**

1. La sustitución de los patronos se producirá en la forma prevista en los Estatutos. Cuando ello no fuere posible, se procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de esta Ley, quedando facultado el Protectorado, hasta que la modificación estatutaria se produzca, para la designación de la persona o personas que integren provisionalmente el órgano de gobierno y representación de la fundación.

2. El cese de los patronos de una fundación se producirá en los supuestos siguientes:

- a) Por muerte o declaración de fallecimiento, así como por extinción de la persona jurídica.
- b) Por incapacidad, inhabilitación o incompatibilidad, de acuerdo con lo establecido en la Ley.
- c) Por cese en el cargo por razón del cual fueron nombrados miembros del Patronato.
- d) Por no desempeñar el cargo con la diligencia prevista en el apartado 1 del artículo anterior, si así se declara en resolución judicial.
- e) Por resolución judicial que acoja la acción de responsabilidad por los actos mencionados en el apartado 2 del artículo anterior.
- f) Por el transcurso del plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin haber instado la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones.

- Artículo 19.1. Composición del patrimonio¹²⁵⁴.
- Artículo 22.1 y 2, excepto el último inciso. Herencias y donaciones¹²⁵⁵.
- Artículo 29.1, 2, 3 y 5. Modificación de los Estatutos¹²⁵⁶.
- Artículo 30.1, 3 y 4. Fusión¹²⁵⁷.

g) *Por el transcurso del período de su mandato si fueron nombrados por un determinado tiempo.*

h) *Por renuncia, que podrá llevarse a cabo por cualquiera de los medios y mediante los trámites previstos para la aceptación.*

i) *Por las causas establecidas válidamente para el cese en los Estatutos.*

4. La sustitución, el cese y la suspensión de los patronos se inscribirán en el correspondiente Registro de Fundaciones.»

La redacción de la Disposición Final Primera de la Ley contiene una errata en la referencia a este artículo, ya que en se refiere al artículo y apartados «18.1.2 y 4», cuando la redacción correcta debería haber sido «18.1, 2 y 4», con una coma en lugar de un punto, entre los apartados 1 y 2.

¹²⁵⁴ **«Artículo 19. Composición, administración y disposición del patrimonio.**

1. El patrimonio de la fundación está formado por todos los bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica que integren la dotación, así como por aquellos que adquiera la fundación con posterioridad a su constitución, se afecten o no a la dotación.»

¹²⁵⁵ **«Artículo 22. Herencias y donaciones.**

1. *La aceptación de herencias por las fundaciones se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario. Los patronos serán responsables frente a la fundación de la pérdida del beneficio de inventario por los actos a que se refiere el artículo 1024 del Código Civil.*

2. *La aceptación de legados con cargas o donaciones onerosas o remuneratorias y la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas será comunicada por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de los diez días hábiles siguientes, pudiendo éste ejercer las acciones de responsabilidad que correspondan contra los patronos, si los actos del Patronato fueran lesivos para la fundación, en los términos previstos en esta Ley.»*

El texto subrayado relativo a la acción de responsabilidad no es de aplicación general en virtud del título contenido en el artículo 149.1.8ª de la Constitución, sino del título contenido en el artículo 149.1.6ª, tal como se establece en el apartado tercero de la Disposición Final Primera de la LFE/2002.

¹²⁵⁶ **«Artículo 29. Modificación de los Estatutos.**

1. *El Patronato podrá acordar la modificación de los Estatutos de la fundación siempre que resulte conveniente en interés de la misma, salvo que el fundador lo haya prohibido.*

2. *Cuando las circunstancias que presidieron la constitución de la fundación hayan variado de manera que ésta no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a sus Estatutos, el Patronato deberá acordar la modificación de los mismos, salvo que para este supuesto el fundador haya previsto la extinción de la fundación.*

3. *Si el Patronato no da cumplimiento a lo previsto en el apartado anterior, el Protectorado le requerirá para que lo cumpla, solicitando en caso contrario de la autoridad judicial que resuelva sobre la procedencia de la modificación de Estatutos requerida.*

4. *La modificación o nueva redacción de los Estatutos acordada por el Patronato se comunicará al Protectorado, que sólo podrá oponerse por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado, en el plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación al mismo del correspondiente acuerdo del Patronato. El Protectorado podrá comunicar en cualquier momento dentro de dicho plazo y de forma expresa su no oposición a la modificación o nueva redacción de los Estatutos.*

5. *La modificación o nueva redacción habrá de ser formalizada en escritura pública e inscrita en el correspondiente Registro de Fundaciones.»*

El apartado 4 no es de aplicación general, en coherencia con el amplio margen que deja el legislador estatal al autonómico en cuanto a la regulación del Protectorado.

¹²⁵⁷ **«Artículo 30. Fusión.**

- Artículo 32. Formas de extinción¹²⁵⁸.
- Artículo 42. Intervención temporal¹²⁵⁹.

La naturaleza civil de algunos aspectos del régimen jurídico de las fundaciones ha sido abordada, hasta la fecha, en las SSTC 341/2005, de 21 de diciembre, y 98/2013, de 23 de abril. En concreto, en la primera de las sentencias, el Alto Tribunal rechaza la naturaleza civil de ciertos aspectos como se reclama en la demanda¹²⁶⁰ y limita esta naturaleza a aquellos elementos del régimen jurídico expresamente considerados así por la Disposición Final primera, con el consiguiente encuadramiento

1. Las fundaciones, siempre que no lo haya prohibido el fundador, podrán *fusionarse previo acuerdo de los respectivos Patronatos, que se comunicará al Protectorado.*

2. *El Protectorado podrá oponerse a la fusión por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado, en el plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación al mismo de los respectivos acuerdos de las fundaciones interesadas. El Protectorado podrá comunicar en cualquier momento dentro de dicho plazo y de forma expresa su no oposición al acuerdo de fusión.*

3. *La fusión requerirá el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones.*

La escritura pública contendrá los Estatutos de la fundación resultante de la fusión, así como la identificación de los miembros de su primer Patronato.

4. *Cuando una fundación resulte incapaz de alcanzar sus fines, el Protectorado podrá requerirla para que se fusione con otra de análogos fines que haya manifestado ante el Protectorado su voluntad favorable a dicha fusión, siempre que el fundador no lo hubiera prohibido.*

Frente a la oposición de aquélla, el Protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial que ordene la referida fusión.»

El apartado segundo no es de aplicación general, en coherencia con el amplio margen que deja el legislador estatal al autonómico en cuanto a la regulación del Protectorado.

¹²⁵⁸ «**Artículo 32. Formas de extinción.**

1. *En el supuesto del párrafo a) del artículo anterior la fundación se extinguirá de pleno derecho.*

2. *En los supuestos contemplados en los párrafos b), c) y e) del artículo anterior, la extinción de la fundación requerirá acuerdo del Patronato ratificado por el Protectorado. Si no hubiese acuerdo del Patronato, o éste no fuese ratificado por el Protectorado, la extinción de la fundación requerirá resolución judicial motivada, que podrá ser instada por el Protectorado o por el Patronato, según los casos.*

3. *En el supuesto del párrafo f) del artículo anterior se requerirá resolución judicial motivada.*

4. *El acuerdo de extinción o, en su caso, la resolución judicial, se inscribirán en el correspondiente Registro de Fundaciones.»*

¹²⁵⁹ «**Artículo 42. Intervención temporal.**

1. *Si el Protectorado advirtiera una grave irregularidad en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la fundación o una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada, requerirá del Patronato, una vez oído éste, la adopción de las medidas que estime pertinentes para la corrección de aquélla.*

2. *Si el requerimiento al que se refiere el apartado anterior no fuese atendido en el plazo que al efecto se señale, el Protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial que acuerde, previa audiencia del Patronato, la intervención temporal de la fundación. Autorizada judicialmente la intervención de la fundación, el Protectorado asumirá todas las atribuciones legales y estatutarias del Patronato durante el tiempo que determine el juez. La intervención quedará alzada al expirar el plazo establecido, salvo que se acceda a prorrogarla mediante una nueva resolución judicial.*

3. *La resolución judicial que acuerde la intervención temporal de la fundación se inscribirá en el correspondiente Registro de Fundaciones.»*

¹²⁶⁰ Por ejemplo, el proceso de liquidación de la fundación, o el régimen de funcionamiento interno del Patronato.

del resto de preceptos, en principio, en sede competencial autonómica. Desde un punto de vista material, sin embargo, el Tribunal justifica la calificación como legislación civil del alcance de la voluntad del fundador, expresada en el negocio jurídico fundacional, que incide en el núcleo de la institución y, dado el carácter jurídico-privado de ésta, debe encuadrarse en la competencia de legislación civil –FJ 10.d) de la STC 341/2005, de 21 de diciembre–.

En el segundo de los pronunciamientos, el Tribunal reitera los argumentos expresados en la sentencia de 2005 y añade que en la medida en que ciertas decisiones –la prohibición de la fusión, o la exigencia de fines análogos en las fundaciones que se fusionen, en este caso– se insertan de lleno en el ámbito de la autonomía privada expresada por el fundador, estas decisiones tienen carácter civil y, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil.

El Consejo de Estado, en su dictamen de 10 de mayo de 2007 (expte. núm. 911/2007), sigue el razonamiento del Tribunal Constitucional para encuadrar, también dentro de la legislación civil, la eficacia de la voluntad del fundador en relación con el proceso de fusión de fundaciones.

De lo dicho parece claro que la voluntad del fundador constituye un elemento indicativo a la hora de identificar aquellos aspectos del régimen jurídico de las fundaciones que cabe encuadrar dentro del concepto de «legislación civil». De igual modo, las reglas de actuación destinadas «a ordenar el desarrollo de las funciones propias del Patronato y del Protectorado» quedan extramuros, en todo caso, del Derecho Privado¹²⁶¹.

Una visión general de los preceptos que la LFE/2002 incluye en este apartado segundo b) de la disposición final primera nos permite identificar tres bloques. El primero sería el de los efectos jurídicos del negocio fundacional, ámbito este en el que la voluntad del fundador deviene piedra angular. El segundo bloque es aquél en el que se incluyen los aspectos de la responsabilidad de los gestores (responsabilidad *stricto sensu* y cambios en la composición del órgano de gobierno). El tercer bloque es el relativo al régimen patrimonial de la fundación.

¹²⁶¹ STC 341/2005, FJ 6º.

En el primer bloque, el más extenso de los tres, tiene un peso específico la voluntad del fundador en tanto en cuanto conforma los aspectos esenciales de la adquisición y pérdida de la personalidad jurídica de la fundación, no se trata de que todo aquello que tenga que ver con la voluntad del fundador deba incluirse en este grupo de normas, sino que la voluntad del fundador, expresada en el negocio jurídico se concreta en una serie de aspectos que son los configuradores de los elementos básicos de las fundaciones (estatutos, denominación, fines, dotación...).

En el segundo bloque de normas incluimos a las destinadas a dotar de seguridad el tráfico jurídico en el que intervienen las fundaciones: normas de atribución de responsabilidad, alteraciones del patronato... (arts. 17, 18 y en parte el artículo 22). En nuestra opinión no hay obstáculo en entender que se trata de preceptos de carácter iusprivatista, ya que en última instancia delimitan la personificación física de una persona jurídica, singularmente, en el ámbito de la responsabilidad civil de la propia fundación.

Por último, el tercer bloque (arts. 19 y 22), se enmarca dentro de dos ramas netamente privadas del Derecho, el derecho patrimonial y el derecho de sucesiones y donaciones. En este caso, las normas incluidas no se refieren a la gestión patrimonial directamente, sino a la configuración del patrimonio y al establecimiento de limitaciones en ciertos negocios gratuitos, lo que supone evidentemente un achicamiento de la capacidad de obrar de la fundación, aspecto este netamente civil, por supuesto.

Igual que en los precedentes apartados de la disposición final primera, la determinación del ámbito de la legislación civil no está exenta de críticas por parte de la doctrina, si bien hay que enmarcarlas en el debate académico relativo al alcance del concepto de «legislación civil» que se engloba en el título constitucional. En este sentido, quizás la crítica más frecuente sea la que llama la atención sobre el reconocimiento de la capacidad para fundar de las Administraciones Públicas que, obviamente no son sujetos de Derecho privado¹²⁶², cuestión ya analizada en la STC 120/2011, de 6 de julio. En conjunto, en relación con lo dispuesto en la Disposición

¹²⁶² GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Objeto y alcance...», *op. cit.*, pág. 61; VAQUER CABALLERÍA, M., *Fundaciones públicas...*, *op. cit.*, pág. 41.

final primera de la Ley de 1994, MONTES RODRÍGUEZ entiende que se ha producido una «considerable ampliación competencial» y en general, una mejora técnica respecto de la redacción de esta disposición en la Ley precedente¹²⁶³.

2.3. LA EFECTIVIDAD DE LOS DISTINTOS TÍTULOS COMPETENCIALES EN CONFLICTO

Los títulos competenciales exclusivos del Estado que extienden sus efectos sobre el régimen jurídico de las fundaciones y, en consecuencia, acotan el alcance de la competencia autonómica son, como se ha dicho, las competencias en Derecho Civil, Derecho Procesal, Hacienda Pública, y a partir de la STC 120/2011, de 6 de julio, la potestad autoorganizatoria de la Administración.

Como pone de relieve el Tribunal Constitucional en sus sentencias sobre el derecho de fundación, y también sobre el derecho de asociación, estos títulos se proyectan tanto sobre el derecho constitucional como en el régimen jurídico de las entidades creadas de manera constante y ciertamente confusa.

Ante este escenario de fronteras difusas, BATALLER I RUIZ opta por diseñar un examen diacrónico de la fundación, de manera que en cada fase de la vida de la fundación se aplique un título competencial diferente que, a su vez, permitirá la atribución de competencias a un determinado nivel¹²⁶⁴. De esta manera, se clarificarían los contornos de los distintos títulos y, en consecuencia, se ganaría en seguridad jurídica.

La propuesta de BATALLER I RUIZ se centra en tres estadios, el primero, supone la materialización del derecho constitucional de fundación, por lo que su normación está cubierta por el título recogido en el artículo 149.1.1^a CE y, en consecuencia, sería competencia exclusiva del Estado; el segundo estadio, se refiere al nacimiento y adquisición de personalidad de la fundación, lo que sería regulado por legislación

¹²⁶³ MONTES RODRÍGUEZ, P., «Comentario a la disposición final primera», *op. cit.*, págs. 1.113 y ss.

¹²⁶⁴ BATALLER I RUIZ, E., *op. cit.*

civil, de manera que salvo los títulos que algunas Comunidades Autónomas puedan alegar en relación con su Derecho Civil foral o especial, será competencia del Estado en aplicación del artículo 149.1.8ª CE; por último, una vez constituida la fundación, corresponderá al ordenamiento administrativo y, en consecuencia, podrán ejercer las Comunidades Autónomas las competencias que hayan asumido en este campo. Es un criterio bastante sencillo y que exige matizaciones ya que los límites de los diferentes ámbitos competenciales no son tan sencillos como apunta este autor, si bien como primera aproximación tiene un cierto valor.

La propuesta es sugerente intelectualmente, pero como se desprende claramente de la disposición final primera de la Ley 50/2002, estos títulos se proyectan sobre toda la vida de la fundación y se alejan bastante de la existencia de compartimentos estancos como los que proponía BATALLER I RUIZ.

En la misma línea de intentar aportar líneas de seguridad jurídica y claridad en el reparto competencial, BENEYTO BERENGUER afirma que la LFE se centra principalmente en la regulación del *derecho a fundar*, de manera que a las Comunidades Autónomas no competentes en materia civil sólo les resta la organización del funcionamiento y registro de las fundaciones¹²⁶⁵. Añade este autor para reforzar sus tesis que el Tribunal Constitucional (SSTC 11/1981 y 37/1987) ha manifestado la incorrección que supone que el legislador autonómico transcriba en sus textos legales preceptos que la legislación estatal ha calificado como básicos por cuanto pueda suponer una vulneración del principio de seguridad jurídica. Sin embargo, y precisamente en materia de fundaciones, el Tribunal Constitucional avaló en su Sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, esta técnica de *leges repetitæ*, aunque es precisamente esta técnica uno de los indicios utilizados por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 98/2013, de 23 de abril, para identificar normas de naturaleza civil, toda vez que el legislador riojano trasladó a su Ley de Fundaciones preceptos de la LFE calificados como legislación civil e introdujo variaciones en los mismos.

Pero no deja de ser sugerente tampoco la propuesta del profesor BENEYTO BERENGUER, y buena prueba de ello es la no-nata ley del Protectorado de Fundaciones

¹²⁶⁵ BENEYTO BERENGUER, R., «La Ley valenciana de Fundaciones: valoración crítica de sus disposiciones generales», en: *Revista General de Derecho*, núms. 658-659, 1999, pág. 8.992.

de Cataluña¹²⁶⁶, pensada como complemento de la regulación del Libro Tercero del Código Civil catalán y centrada en la actividad administrativa sobre fundaciones. Al margen de las consideraciones que su contenido pueda merecer, la realidad es que en nuestra opinión hubiese podido ser un camino interesante para las Comunidades Autónomas con competencias sobre fundaciones pero sin competencias en conservación, desarrollo y modificación del Derecho Civil.

Tanto la Ley 30/1994, ya derogada, como la actual Ley 50/2002, nacen con voluntad de dotar al fenómeno fundacional de un *corpus* jurídico completo, que cubra todo el *iter* vital de la institución fundacional, lo cual, como hemos dicho es cuestionable desde el punto de vista competencial. Pero ninguna de estas leyes nace desconociendo la existencia de una legislación autonómica en materia de fundaciones ya consolidada, como se ha apuntado anteriormente. Así cuando se promulgó la Ley 30/1994 no sólo se tomó en cuenta la experiencia de la legislación de fundaciones preconstitucional, sino también las diferentes leyes autonómicas existentes en el momento.

En la actualidad, han legislado en materia de fundaciones las siguientes Comunidades Autónomas:

- Cataluña (que ha aprobado tres leyes sucesivas, desde 1982, la última, la Ley 4/2008, del Libro Tercero del Código Civil, que ha sufrido varias modificaciones)
- País Vasco
- Galicia
- Canarias
- Comunitat Valenciana
- Navarra

¹²⁶⁶ Proyecto de Ley del Protectorado respecto de las fundaciones y las asociaciones de utilidad pública. *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 669, de 07/04/2010, págs. 6-16.

- Comunidad de Madrid
- Andalucía
- Castilla y León
- La Rioja

Todas estas Comunidades han seguido el patrón marcado por la legislación estatal y han desarrollado regímenes completos de fundaciones.

3. LA DESCENTRALIZACIÓN DE LAS COMPETENCIAS SOBRE FUNDACIONES

3.1. LA HOMOGENEIZACIÓN DEL RÉGIMEN COMPETENCIAL

En los diez años siguientes a la aprobación de la Constitución no hubo, a nivel estatal, ningún intento de modificar el régimen jurídico de las fundaciones. Sin embargo no debe deducirse de ello que el marco regulador gozase de estabilidad, de hecho, a lo largo de los años 80 se produjeron dos hechos muy relevantes: la descentralización de las funciones de protectorado mediante su transferencia a las Comunidades Autónomas, y la emisión por parte del Tribunal Constitucional de la Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, que ha sido ampliamente analizada.

En la segunda mitad de los años 90 del siglo XX, como se ha dicho, se produjo un cambio sustancial en el régimen jurídico de las fundaciones coincidiendo con dos hechos legislativos relevantes: la aprobación de la Ley de Fundaciones, la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General; y la modificación de los Estatutos de

autonomía aprobados por la vía del artículo 143 en virtud de los Pactos Autonómicos de 1992¹²⁶⁷.

Los Pactos Autonómicos se materializaron en la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución¹²⁶⁸. Dicha Ley Orgánica venía a atender la necesidad que planteaba la estructura territorial del Estado de, entre otras cuestiones, equiparar competencialmente las Comunidades del 143 y las del 151, una vez cumplido el plazo constitucional de cinco años desde la aprobación del Estatuto previsto en el artículo 148.2 de la Carta Magna. La Ley Orgánica 9/1992 se dictó al amparo del artículo 150 de la Constitución, por lo que no constituía *per se* una asunción de competencias por las Comunidades Autónomas, este paso fue realizado por la reforma de los Estatutos de autonomía que se realizaron en 1994.

En lo que interesa a este trabajo, el artículo 2 de la citada Ley Orgánica 9/1992, abordaba la transferencia de competencias exclusivas a las Comunidades Autónomas de Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Illes Balears, Madrid y Castilla y León, entre otras competencias, las relativas a «*fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma*». Este título será el que incorporarán las Comunidades Autónomas afectadas, por medio de las correspondientes reformas estatutarias, aprobadas por las Leyes Orgánicas 1 a 11/1994 –con la excepción de la LO 5/1994, de modificación del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana–, de 24 de marzo¹²⁶⁹ y del Estatuto aragonés, que a través de una modificación estatutaria operada en 1996 (Ley orgánica 5/1996, de 30 de diciembre) sustituirá este enunciado por la enunciación de clases de fundaciones sobre las que se asume competencia. Se trata de un título novedoso en todos los casos salvo en el de Castilla y León que ya incluía, en su artículo 29, la previsión de que la Comunidad Autónoma asumiese

¹³³ HERNÁNDEZ LAFUENTE, A., GONZÁLEZ GARCÍA, M. A., «Los Acuerdos Autonómicos de 28 de febrero de 1992: Negociación, contenido y desarrollo» en *Documentación Administrativa*, núm. 232-233, 1992-1993, págs. 135-184.

¹²⁶⁸ BOE núm. 308, de 24 de diciembre de 1992.

¹²⁶⁹ BOE núm. 72, de 25 de marzo de 1994.

competencias sobre las «fundaciones de interés para la Comunidad» una vez transcurrido el citado plazo del artículo 148.2 CE o a través de una Ley Orgánica de Transferencia de las previstas en el artículo 150 CE¹²⁷⁰.

Tras la aprobación de la Ley Orgánica de Transferencia y las correspondientes modificaciones estatutarias, se inició el proceso de traspaso de los servicios de la Administración del Estado sobre las materias objeto de transferencia, según estaba previsto en el artículo 22 de la meritada Ley Orgánica.

Solo los Estatutos de autonomía de las Ciudades de Ceuta y Melilla no contemplan ningún tipo de competencias en materia de fundaciones o derecho de fundación.

3.2. EL TRASPASO DE FUNCIONES DEL ESTADO A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El reparto de las competencias sobre el régimen de las fundaciones se centró, desde el primer momento, en la traslación a las Comunidades Autónomas que habían asumido competencias en sus Estatutos, de las funciones administrativas que

¹²⁷⁰ La dicción de este artículo del originario Estatuto de autonomía de Castilla y León (aprobado por Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Castilla-León –BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1983) era:

«Artículo veintinueve. Otras competencias y atribuciones. 1. La Comunidad Autónoma de Castilla y León ejercerá también competencias, en los términos señalados en el apartado segundo de este artículo, en las siguientes materias:

1. Fundaciones de interés para la Comunidad. [...]

2. La asunción de las competencias relativas a las materias enunciadas en el apartado anterior de este artículo (así como aquellas otras que, reguladas en este Estatuto estén incluidas en el ámbito del artículo 149, 1, de la Constitución) se realizará por uno de los procedimientos siguientes:

a) Transcurridos los cinco años previstos en el artículo 148, 2 de la Constitución, previo acuerdo de las Cortes de Castilla y León, adoptado por mayoría absoluta y mediante Ley Orgánica aprobada en las Cortes Generales, conforme a lo previsto en el artículo 147, 3, de la Constitución.

b) Mediante Leyes Orgánicas de delegación y transferencias, según los procedimientos previstos en el artículo 150, 1 y 2, de la Constitución, bien sea a iniciativa de las Cortes de Castilla y León, del Gobierno de la Nación, del Congreso de los Diputados o del Senado.

Tanto en uno como en otro procedimiento, la Ley Orgánica señalará las competencias que pasan a ser ejercidas por la Comunidad Autónoma y los términos en que deben llevarse a cabo».

históricamente había desarrollado el Estado respecto de las fundaciones. Estas funciones transferidas eran, básicamente, las de Protectorado y Registro.

El proceso de descentralización se produjo en dos momentos temporales distintos. Una primera fase tuvo lugar entre 1980 y 1986 y afectó, principalmente, a las Comunidades Autónomas que habían accedido a la autonomía por la vía del artículo 143, además de la Comunitat Valenciana, Canarias y la Comunidad Foral de Navarra.

A estas Comunidades se les traspasaron las competencias del Estado en relación con el Patronato y Registro de las fundaciones asistenciales, laborales, docentes y culturales. Por el contrario, al resto de Comunidades, esto es, a las que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 151 (salvo la Comunitat Valenciana y Canarias), en esta primera etapa solo se transfirieron los servicios y funciones administrativas de las fundaciones culturales¹²⁷¹, incluidas dentro de la materia genérica de cultura que era la única que habían asumido en sus Estatutos.

¹²⁷¹ Las fundaciones culturales se habían “independizado” de las fundaciones docentes en virtud del Real Decreto 1.762/1979, de 29 de junio, por el que se delimitan las competencias de los Ministerios de Educación y de Universidades e Investigación y de Cultura en materia de Fundaciones culturales privadas y entidades análogas (BOE núm. 173, de 20 de julio de 1979).

Comunidad Autónoma	Norma de Transferencia	Principal normativa de desarrollo comunitarial ¹
Euskadi	RD 2.768/1980 (benéfico-sociales y laborales) RD 3.069/1980 (culturales)	Orden 146/1983, de 21 de noviembre
Cataluña	RD 2.020/1983 (benéfico-asistenciales) RD 1.010/1981 (culturales) RD 1.866/1982 (docentes)	Decreto 160/1982 Decreto 368/1981 Decreto 322/1983
Galicia	RD 2.411/1982 (benéfico-asistenciales) RD 2.412/1982 (laborales) RD 1.763/1982 (docentes)	Decreto 193/1984, de 6 de septiembre
Andalucía	RD 2.974/1983 (benéfico-asistenciales y laborales) RD 864/1984 (culturales) RD 3.936/1982 (docentes)	Decreto 89/1985, de 2 de mayo.
Principado de Asturias	RD 3.149/1983 (culturales)	Decreto 38/1985
Cantabria	RD 3.547/1983 (culturales)	
La Rioja	RD 3.023/1983 (culturales)	
Región de Murcia	RD 3.031/1983 (culturales)	
Comunitat Valenciana	RD 303/1985 (benéfico-asistenciales y laborales) RD 3.066/1983 (culturales) RD 2.093/1983 (docentes)	Decreto 146/1983 Decreto 60/1995
Aragón	RD 3.065/1983 (culturales)	Decreto 140/1985 Orden de 19 de febrero de 1986
Castilla-La Mancha	RD 3.296/1983 (culturales)	
Canarias	RD 3.049/1983 (benéficas y laborales) RD 1.033/1984 (laborales) RD 2.091/1983 (docentes)	Orden de 28 de julio de 1984
C. Foral de Navarra	RD 274/1986 (benéfico-asistenciales)	
Extremadura	RD 3.039/1983 (culturales)	Decreto 2/1987
Illes Balears	RD 3.040/1983 (culturales)	Decreto 40/1985
Comunidad de Madrid		
Castilla y León	RD 3.019/1983 (culturales)	

A partir de la reforma estatutaria general operada por la Ley orgánica 9/1992, se produjo una segunda oleada de traspasos de funciones y competencias del Estado a favor de las Comunidades Autónomas. Este traspaso de servicios de la Administración General del Estado a las Comunidades Autónomas se operó mediante una serie de Reales Decretos, aprobados entre 1995 y 1996¹²⁷², en los que se traspasaron «*las funciones que la Administración del Estado realiza respecto de las fundaciones que desarrollan principalmente sus funciones en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma*», reservándose la Administración del Estado «*las funciones y actividades relativas a la tutela de las fundaciones que no desarrollen principalmente sus funciones*». Además, se fijaban una serie de funciones en las que mediante fórmulas de cooperación debían concurrir las Administraciones autonómica y estatal, principalmente centradas en el intercambio de información a efectos registrales y estadísticos. Estos reales decretos incluían, también, una relación de personal y una valoración económica, así como un anexo con la relación de todas las fundaciones que desarrollaban sus funciones principalmente en la Comunidad Autónoma.

A partir de la materialización de estos traspasos, las distintas Comunidades Autónomas han ido desplegando un régimen jurídico específico en relación con las fundaciones sobre las que ejercen competencias. La intensidad y extensión de este régimen es variable según los casos: hay Comunidades que se han dotado de normativa de rango legal (Cataluña, Galicia, Andalucía, Comunitat Valenciana, Canarias, La

¹²⁷² - RD 372/1995, de 10 de marzo, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de fundaciones.

- RD 385/1995, de 10 de marzo, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en materia de fundaciones.

- RD 569/1995, de 7 de abril, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de fundaciones.

- RD 639/1995, de 21 de abril, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de fundaciones.

- RD 830/1995, de 30 de mayo, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla y León en materia de fundaciones.

- RD 844/1995, de 30 de mayo, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado al Principado de Asturias en materia de fundaciones.

- RD 935/1995, de 9 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Madrid en materia de fundaciones.

- RD 210/1996, de 9 de febrero, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de fundaciones.

- RD 101/1996, de 26 de enero, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en materia de fundaciones.

- RD 1.378/1996, de 7 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Cantabria en materia de fundaciones.

Rioja, Castilla y León, País Vasco, Navarra o Madrid), otras, por el contrario, han establecido normativas de rango reglamentario normalmente de carácter organizativo respecto a los órganos que ejercen las funciones de Protectorado y Registro.

Esta diversidad, «*marabunta normativa*», en palabras de DURÁN RIVACOBÁ¹²⁷³, justifica la existencia de un régimen jurídico de las fundaciones de ámbito estatal que rija en aquellos territorios que no han activado sus competencias legislativas.

Del mismo modo, el proceso de traspasos que se ha expuesto se realizó en todos los casos con la afirmación del ámbito competencial que se reservaba para sí el Estado: las fundaciones que desarrollaban sus funciones principalmente en un ámbito distinto al de una única Comunidad Autónoma.

La porosidad del campo en el que nos movemos, sin embargo, no solo ha actuado en beneficio del Estado y de la construcción de una competencia específica. También ha permitido a las Comunidades Autónomas, especialmente a aquellas que asumieron las competencias en los años 80 del siglo pasado, superar por la vía de los hechos su propio título competencial y extender el ejercicio de sus funciones a la totalidad de las fundaciones, con independencia de su naturaleza (docente, benéfica...) incluso antes de que la Ley 30/1994 suprimiese el sistema de clasificación de las fundaciones.

4. RECAPITULACIÓN: LA PLURALIDAD DE TÍTULOS COMPETENCIALES

A modo de recapitulación de lo que hemos expuesto en las páginas precedentes hemos de afirmar que el reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas se estructura en torno a una pluralidad de títulos competenciales. Estos títulos, bien atribuidos al Estado, bien atribuidos a las Comunidades Autónomas, se caracterizan por ser exclusivos pero, sin embargo, se limitan entre sí.

¹²⁷³ DURÁN RIVACOBÁ, R., «El Registro de fundaciones asistenciales de Asturias», en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y MARTÍNEZ SIMANCAS, J. (dirs.), *Derechos Civiles de España*. Madrid: Banco Santander Central Hispano, 2000, vol. IV, pág. 2.431.

Las pautas delimitadoras de los respectivos ámbitos competenciales se asientan sobre dos elementos distintos.

El primer aspecto que define la distribución de competencias es la distinción entre el derecho subjetivo a fundar y el régimen jurídico de las fundaciones. El primero no ha sido recogido en ningún Estatuto de Autonomía –algo que entendemos lógico tratándose de un derecho constitucional–. En aplicación del artículo 149.3 CE y de otros títulos competenciales propios, singularmente los contemplados en los apartados 1 y 8 del artículo 149.1 CE, el Estado ha desplegado una regulación específica del derecho de fundación, entendido como el derecho subjetivo que habilita a una persona a crear una fundación.

El régimen jurídico al que se someten las fundaciones una vez han sido creadas, esto es, la regulación de la vida del producto del ejercicio del derecho constitucional, sí que ha sido objeto de asunción competencial por parte de las Comunidades Autónomas. Y ello pese a que no existe previsión constitucional de este título competencial. Podría haberse subsumido perfectamente dentro del título de la legislación civil (art. 149.1.8ª CE), sin embargo, desde los primeros Estatutos, se asumió como una competencia singular y específica, además de exclusiva de la Comunidad Autónoma.

Parece que esta distribución responde a un criterio razonable: al Estado corresponde la normación del derecho de fundación y, a las Comunidades Autónomas, la regulación de la vida de las fundaciones.

Ello no obstante, desde el principio, la misma configuración de la competencia en sede estatutaria se construyó sobre un principio que explícitamente servía para deslindar su alcance entre las distintas Comunidades pero que, implícitamente, supuso el reconocimiento en favor del Estado de un título competencial no previsto: las *fundaciones de competencia estatal*.

Ello es debido a que el segundo criterio sobre el que se asienta el orden competencial es la territorialidad, es decir, se rige primordialmente por el espacio en el que las fundaciones desarrollan *principalmente sus actividades*. Incluso en aquellas

Comunidades Autónomas cuyos Estatutos no sumen este criterio (Galicia, especialmente), la legislación infraestatutaria ha reconducido la competencia a los límites territoriales.

La competencia del Estado en este punto nace para atender a las fundaciones que no limitan sus actividades principalmente a una única Comunidad Autónoma. Y, así, se crea un ordenamiento dual dispositivo para las fundaciones. Es cierto que no hay ningún mandato constitucional que impida al Estado asumir esta competencia. Pero también es cierto que no existe el que le obligue a asumirla. De hecho, y dado que previamente a la Constitución no existía descentralización, el criterio de la territorialidad es nuevo en materia de fundaciones.

De esta manera, la multiplicidad de regímenes jurídicos que anteriormente a 1994 se aplicaban a las fundaciones en función de su naturaleza, ha cedido ahora a una duplicidad de regímenes –al menos solo son dos– basado en el criterio territorial.

El grado de importancia de la territorialidad en este aspecto definidor de la competencia es tal, que por la vía de los hechos, las Comunidades Autónomas han ampliado sus funciones hasta alcanzar a la totalidad de las fundaciones, cuando la realidad es que en ciertos Estatutos la competencia solo se asumía sobre ciertas fundaciones (por más que eran la práctica totalidad) siguiendo la delimitación realizada por el Tribunal Constitucional.

A estos dos criterios, recientemente el Tribunal Constitucional ha añadido, respecto a las fundaciones del Sector Público, la existencia de una notable modulación del régimen general, lo que sin duda generará en el futuro una tercera regulación de las fundaciones que se superpondrá al criterio territorial, e incluso a la distinción entre competencia sobre el derecho de fundación y competencia sobre fundaciones.

CONCLUSIONES

I. El derecho de fundación es un derecho constitucional

1. La constitucionalización del derecho de fundación en el artículo 34 de la Carta Magna es el fruto del constituyente de dotar de seguridad jurídica al más alto nivel a la participación de la iniciativa privada en la provisión del interés general. De esta manera, se rompe con una tradición de más de dos siglos de rotunda desconfianza hacia las fundaciones, superando los recelos frente a las vinculaciones permanentes de bienes y apostando por la colaboración pública-privada en la gestión de ciertos ámbitos: educación, sanidad, dependencia...

La constitucionalización del derecho de fundación exige, *per se*, que el derecho reconocido en el artículo 34 de la Constitución se ubique en la órbita de los derechos de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, pues este derecho adquiere toda su virtualidad y toda su potencialidad para contribuir al mandato constitucional contenido en el artículo 9.2 de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Consecuentemente, la inclusión del derecho de fundación entre los derechos no es ninguna extravagancia, sino una manifestación privilegiada del Estado Social y Democrático de Derecho.

II. Derecho subjetivo

2. El derecho de fundación se configura como un derecho subjetivo que, por tanto, como se ha visto, supera ampliamente la noción clásica de institución jurídica y, además, va más allá de la garantía de institución que le atribuye buena parte de la doctrina. En línea con lo expuesto en esta investigación, se trata de un derecho atribuido, en sede constitucional, solo a las personas privadas físicas y jurídicas y cuyo ejercicio está vinculado exclusivamente a tres límites: la persecución del interés general, la capacidad de disposición de bienes, y el cumplimiento de la ley. En

este sentido los titulares del derecho disponen a su alcance de un notable abanico de facultades que deben ser respetadas por el legislador en la configuración legal del derecho. Aparece así un *derecho a fundar*.

3. El derecho de fundación, respecto de otros derechos cuyo ejercicio conlleva la creación personificaciones jurídicas (derecho de asociación, libertad de empresa), se caracteriza en la intensidad con la que la voluntad del fundador se proyecta sobre el objeto del derecho, en este caso la fundación. Esta voluntad del fundador es, junto con la dotación, la manifestación primaria y esencial del derecho a fundar. Por ello, no constituye un requisito, ni un límite, ni una imposición al titular del derecho, sino el mismo ejercicio del derecho. Por ello, entendemos que la Ley, en relación con la voluntad del fundador, debe ceñirse a la regulación de los cauces a través de los cuales se expresa de modo que se la pueda dotar de efectos jurídicos. El contenido de esta voluntad debe quedar totalmente exento de cualquier injerencia del legislador o de terceros.

III. La fundación es, sobre todo, una institución jurídica

4. Esta caracterización del derecho de fundación como derecho subjetivo no impide la existencia de una garantía de institución en la Constitución. Las facultades subjetivas que hemos identificado en este trabajo se concretan en la creación de una persona jurídica *ex novo*: la fundación. No se trata de una institución que cree la propia Constitución, sino que es una figura jurídica antigua con perfiles nítidos que constituyen un núcleo que, en virtud del artículo 34 CE goza de la protección de la Carta Magna y, en consecuencia se encuentra indisponible para el legislador en sus contornos definidores. Estos límites han sido reiterados por el Tribunal Constitucional en la existencia de una persona jurídica independiente del fundador, nacida a partir de la vinculación de un patrimonio a la consecución de fines de interés general y sometida a la supervisión de la Administración Pública a través del protectorado.

5. La destacada importancia de la organización dentro de la fundación

no exime del hecho que el sustrato fundacional es la existencia de una dotación patrimonial, que se vincula a un fin. La exigencia de una dotación inicial no puede reputarse como uno de los límites o requisitos impuestos por el legislador a la autonomía de la voluntad del titular del derecho a fundar. Constituye la misma manifestación del derecho. Ahora bien, por ello mismo, a la hora de proceder a la constitución de la dotación fundacional habrá que observar conjuntamente tanto la capacidad de disponer del fundador como el régimen jurídico al que están sometidos los bienes sobre los que se pretende disponer.

Cuestión distinta es el contenido de la dotación, donde hemos cuestionado la virtualidad de las presunciones de suficiencia incluidas en las distintas legislaciones.

6. En cuanto a la gestión del patronato, éste se encuentra limitado por el necesario respeto a la voluntad del fundador, al derecho subjetivo a fundar en última instancia, lo que sugiere la existencia de límites de carácter intrínseco indisponibles para el patronato. Ello es así aunque el patronato goza de un amplio margen en la modificación estatutaria, dentro del concepto «en interés de la fundación» establecido por la Ley, y que ésta solo sitúa como límite infranqueable la prohibición del fundador. La fundación se crea con unos perfiles y con unos fines determinados. Si la Ley prevé expresamente que la imposibilidad –por cualquier motivo– de cumplirlos lleva a la extinción de la fundación, parece razonable pensar que una modificación estatutaria profunda hasta el punto de alterar la fundación en sus elementos esenciales, contraría la voluntad del fundador y, en cierta manera, también al ordenamiento al establecer una vinculación permanente de elementos patrimoniales.

7. Por último, en cuanto a los elementos definidores de las fundaciones, hemos señalado en esta investigación, los fines que persigue la entidad. La Ley prevé cautelas precisamente para permitir operaciones de ampliación o reducción de los fines a partir de la lista que, en cada caso, la Ley determina. La primera de estas cautelas consiste en vincular la finalidad fundacional a los beneficiarios de la misma, que deberán ser colectividades genéricas de personas. Aunque realmente la vinculación entre beneficiarios y fundación no se materializa a través de los fines, sino a través de los medios, entendiendo por tales las actividades que la fundación realiza para conseguir la finalidad. La segunda de las prevenciones que prevé la Ley tiene

por objeto evitar el fraude mediante la constitución de fundaciones con fines de interés general pero, que en la práctica, constituyen fundaciones familiares merced al proceso de determinación de sus beneficiarios, o fundaciones cuyos beneficiarios son personas jurídicas singularizadas que no persiguen fines de interés general.

8. Las fundaciones tienen unas características específicas que justifican sobradamente que los patronos no puedan disponer absolutamente de la entidad. No lo pueden hacer en relación con el patrimonio, ni en relación con los fines y medios, y tampoco en relación con la extinción. De esta manera, las causas tasadas se configuran como un límite a la acción del patronato y como una garantía de la propia entidad tanto frente a su patronato como frente al Protectorado. La limitación *ex lege* de las posibilidades de disolución de la fundación es una consecuencia del interés general que persiguen y de la necesidad de proteger jurídicamente a los beneficiarios de las actividades de la fundación que, en última instancia, es toda la sociedad.

9. Una peculiaridad de las fundaciones respecto de otros tipos de personificaciones jurídicas como las cooperativas o las asociaciones, donde los socios disponen de libertad para disolver la entidad; es que la Ley establece una serie de supuestos más allá de los cuales queda fuera del alcance de la propia entidad la capacidad de decidir su extinción. Esta limitación, como hemos comprobado, no constituye una injerencia ilegítima en el derecho de fundación porque encuentra su justificación en dos elementos estructurales del derecho: el respeto a la voluntad del fundador y la prosecución del interés general. Ambos principios podrían verse frustrados en el supuesto de que el patronato pudiese acordar libremente la disolución de la entidad, de ahí las necesarias garantías fijadas, por una parte, en el establecimiento de una lista de posibles causas; y por otra, en la intervención, muy intensa, del Protectorado en el proceso de fusión o extinción.

IV. El protectorado

10. En este trabajo hemos constatado que uno de los rasgos característicos de las fundaciones en los distintos ordenamientos jurídicos es la existencia de un control externo que constituye una garantía del uso adecuado de los recursos de que dispone y de su efectiva y eficiente dedicación a la consecución de los fines que determinó el fundador. Ciertamente no se trata de un elemento definidor de las fundaciones como institución. Su existencia, en la actualidad, y una vez superado el estadio de recelo respecto de las fundaciones, responde a la necesidad de defender la persecución del interés general por estas entidades. Es manifestación clara de la relevancia como actor en el desarrollo de la vida social, política, económica y cultural que han adquirido las fundaciones.

Ahora bien, ello no impide que concluyamos que el protectorado es, sin duda, una intromisión administrativa en el ejercicio de un derecho constitucional. Sin embargo hemos concluido su legitimidad siempre que se desarrolle en términos de respeto al principio de libertad que inspira nuestra Constitución. Esto es, debe existir una de intervención mínima del protectorado en la vida de las fundaciones, de tal manera que se articule como una actividad vicarial respecto de las fundaciones y no como una finalidad administrativa finalista en sí misma.

11. Como se ha visto, la Ley no crea un órgano administrativo al que se atribuye la potestad del protectorado, lo que ha generado la existencia de una pluralidad de órganos con dicha potestad, con el consiguiente fraccionamiento, tanto en razón de la materia, como del territorio. Hemos considerado que lo más conveniente es la existencia de un Protectorado único por Administración territorial. Las ventajas son obvias: eficacia, unidad de criterio y profesionalización. Lo contrario solo encuentra una justificación en la especialización de los fines, un criterio difícilmente sostenible en un contexto de una Administración muy interconectada y sometida a los principios propios del Derecho Administrativo.

12. Junto con la función del protectorado, también se crea el Registro de Fundaciones con carácter constitutivo, lo que exige una intervención administrativa

para dar plenitud al ejercicio del derecho constitucional de fundación. A este respecto el desarrollo que ha tenido lugar del derecho de fundación ha limitado ampliamente la discrecionalidad posible en este campo. Por una parte, como hemos visto, la actividad registral se ha limitado, al menos en relación con la adquisición de la personalidad, a un ejercicio de control formal en relación con los requisitos exigidos por la Ley en la escritura fundacional, y con ella, en los estatutos. En segundo lugar, aquellos aspectos que poseen un mayor grado de subjetividad, tales como la idoneidad de los fines y la suficiencia de la dotación, son objeto de pronunciamiento por otro órgano administrativo distinto: el Protectorado. En tercer lugar, cualquier decisión sobre esta cuestión puede ser objeto de revisión en sede jurisdiccional contenciosa-administrativa.

V. La disolución de las fundaciones

13. La disolución o extinción de las fundaciones supone la puesta en marcha del proceso de liquidación de la entidad, por una parte. Pero por otra parte, supone el fin del ejercicio del derecho de fundar en todas sus facetas –a salvo aquellas que transitoriamente (determinación del destino de los bienes...) se ejercen durante el proceso de liquidación–. Por ello, en tanto que constituye la limitación absoluta del derecho es sobradamente razonable que solo pueda activarse mediante la intervención de un órgano jurisdiccional.

14. En cuanto a las fundaciones ilegales, en los términos constitucionales, hemos concluido que no cabe que el legislador infraconstitucional determine supuestos de ilegalidad de las fundaciones que sobrepasen el estrecho margen del artículo 22.2 CE. Ni siquiera mediante las leyes de fundaciones cabría la posibilidad de introducir nuevos supuestos. Por ello, como se ha defendido y así lo han dicho los tribunales, la interpretación que el legislador deba hacer del interés general debe ser lo más amplia posible para evitar, precisamente, limitar excesivamente el derecho de fundación.

15. Tras la liquidación de la fundación surge el problema del destino de

sus fondos. Esta cuestión, que ha sido objeto de largos e intensos debates en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia, ha sido revisada por nuestro Tribunal Constitucional recientemente. En el fondo, se trata de dilucidar el carácter perpetuo o no de la vinculación que da origen a la fundación. En nuestra opinión, el mandato de afectación perpetua que han establecido todas las leyes de fundaciones postconstitucionales, salvo la Ley de la Comunidad de Madrid, lleva a situar en una bolsa *extra commercium* una serie ingente de propiedades o de sus valores que, en absoluto parece razonable en un sistema jurídico basado en los principios de libertad y economía de mercado. Por ello, defendemos la reversibilidad de los bienes una vez que se han alcanzado los fines o que es imposible alcanzarlos, si bien con las limitaciones necesarias para evitar un uso fraudulento de la institución fundacional.

VI. Las fundaciones del sector público

16. Tratándose de un estudio sobre las fundaciones, era necesario realizar una aproximación a las fundaciones del sector público. Tradicionalmente y por su naturaleza, las fundaciones son personas jurídicas privadas. El Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia ha confirmado que el derecho de fundación consagrado en el artículo 34 CE solo se reconoce a personificaciones privadas. Hemos concluido que esta posición es absolutamente coherente con nuestra tesis de que las fundaciones son un instrumento que permite la intervención privada en asuntos públicos y que, en consecuencia, carecen de sentido en mano pública.

17. Sin embargo, la realidad es muy otra, y desde finales de los años 90 del siglo pasado, la actividad fundacional de las Administraciones Públicas –territoriales, institucionales...– es ingente. El primer problema que hemos señalado a este respecto es la deficiente conceptualización de estas fundaciones, habida cuenta que a lo largo del tiempo han cambiado los criterios que permitían situar una fundación en el ámbito privado estricto, o en el ámbito del sector público, con las consecuencias que ello implica para establecer su régimen jurídico. Pero, a mayor abunda-

miento, hemos señalado que en las distintas legislaciones (ley de fundaciones, legislación presupuestaria, legislación de contratos del sector público, de subvenciones...), los criterios no son uniformes, como tampoco lo son en los distintos ordenamientos autonómicos. Nuestra opinión es que es una circunstancia que exige una corrección inmediata, pues genera inseguridad jurídica y, al tiempo, un uso ineficiente de los recursos públicos.

18. A mayor abundamiento, en relación con la actividad fundacional de las Administraciones Públicas, hemos considerado necesaria una modificación legislativa que, además de unificar y clarificar los criterios de clasificación, atienda a las diferentes posiciones que pueden ocupar las Administraciones Públicas respecto de una fundación (ser mayoritaria en el patronato, ser minoritaria, formar parte del mismo varias Administraciones...), revise las relaciones entre el ejercicio del protectorado y la posición de Administración fundadora, y defina con claridad el régimen jurídico al que se someten dichas fundaciones. Esta norma deberá ser aprobada por las Cortes Generales, al amparo del título competencial previsto en el artículo 149.1.18ª CE.

VII. Las fundaciones en el Estado autonómico

19. En cuanto al reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de fundaciones, el campo competencial del Estado se limita desde dos vías: la definición de la competencia que hagan los Estatutos, que deja al Estado un ámbito residual; y por otra parte, la proyección que sobre las fundaciones puedan tener otros títulos competenciales del Estado. Pero en todo caso, estaremos ante una competencia de segundo grado, delimitada por títulos distintos de uno específico.

20. En relación con el derecho a fundar, las Comunidades Autónomas no han asumido ningún título competencial. Por el contrario, la competencia sobre el régimen jurídico de las fundaciones, con un perfil más administrativo, ha sido desplegada por varias Comunidades Autónomas con mayor diversidad, si bien, los textos legales son normalmente únicos aunque han extendido el ejercicio de sus funciones

a la totalidad de las fundaciones, con independencia de su naturaleza (docente, benéfica...).

Esta competencia está vinculada al principio de territorialidad. Y esto ha permitido al Estado articular una competencia exclusiva sobre fundaciones que ejercen sus funciones en todo el territorio nacional o en más de una Comunidad Autónoma, creando por tanto, al menos dos regímenes jurídicos de las fundaciones. Algo necesariamente criticable. En definitiva, a partir de los títulos estatutarios, y de los títulos sobre materias conexas atribuidos al Estado –pues no existe una habilitación expresa en sede constitucional al Estado para crear un régimen jurídico de las fundaciones que tenga un alcance estatal–, éste ha ejercido una competencia plenamente y exclusiva para las fundaciones *supracomunitarias* que sin lugar a dudas va más allá de lo que la Constitución le permite, que no es otra posibilidad que crear un régimen supletorio del autonómico al amparo del artículo 149.3 CE.

21. Pero por otro lado, hemos constatado que las Comunidades Autónomas, especialmente a aquellas que asumieron las competencias en los años 80 del siglo pasado, han superado por la vía de los hechos su propio título competencial

22. Los aspectos cuya regulación correspondería al Estado son: el concepto legal de fundación; el nacimiento de la personalidad; la capacidad jurídica y de obrar; el régimen de responsabilidad; las causas de disolución; y los efectos de la disolución. De aquí concluimos que se da una íntima interacción entre el contenido esencial del derecho, que tratándose de un derecho con una garantía institucional, incluye a la propia institución y no solo un haz de facultades, y las condiciones básicas previstas en el artículo 149.1.1^a CE. Aunque no se confunden los ámbitos. Ciertamente parece intuirse del último inciso que el legislador estatal podía haber ido más allá del alcance de la garantía institucional e imponer la afección perpetua de los bienes al interés general, pero en la medida en que no lo ha hecho, deja expedito el campo para el legislador autonómico.

BIBLIOGRAFÍA

- «Actas de la Ponencia Constitucional», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 2, 1984, págs. 251-419.
- AA.VV., *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, Madrid: Iustel, 2010.
- AA.VV., *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*, Madrid: Iustel, 2010.
- AA.VV., *Anuario de Derecho de Fundaciones 2012*, Madrid: Iustel, 2012.
- AA.VV., *Asociaciones y Fundaciones. XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. Murcia: Universidad de Murcia, 2005.
- AA.VV., *En torno a la Ley 30/94 de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Madrid: Centro de Fundaciones-Fundación San Benito de Alcántara, 1995.
- AA.VV., *Hacia una nueva Ley de Fundaciones*. Santander: Fundación Marcelino Botín, 1992.
- AA.VV., J., *Fundaciones: análisis práctico de la Ley 30/1994 y compendio legislativo concordado*. Valencia: CISS, 1995.
- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I. «Reflexiones sobre el art. 149.1.1 de la Constitución: La clasificación del suelo y la imposible igualdad en el ejercicio del derecho de la propiedad urbanística», en *ACE: architecture, city and environment/arquitectura, ciudad y entorno*, 2007, Año 1, núm. 3, págs. 86-117. Enlace abierto en: <http://hdl.handle.net/2099/2477> –acceso de 24 de abril de 2015–
- ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I*, vol. I. Barcelona: J.M. Bosch, 1996.
- ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, vol. I, 11ª ed. Madrid: Bosch, 1989.
- ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, (trad. Ernesto Garzón Valdés).
- ALLI ARANGUREN, J.-C., «Las nuevas formas de la actividad administrativa. Participación, ejercicio privado de funciones públicas y gestión privada de servicios públicos», en *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, núm. 302, 2006, págs. 91-136.
- ALLI TURRILLAS, J.-C., «¿A qué nos referimos al hablar de fundaciones públicas? (Las agudas aristas de una figura singular)». En: ALENZA GARCÍA, J.F. y RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. (dirs.), *Organización y Procedimientos Administrativos. Libro homenaje al profesor Francisco González Navarro*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 303-336.
- ALLI TURRILLAS, J.-C., *Fundaciones y Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- ATIENZA NAVARRO, M.L., «Comentario al artículo 37», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, págs. 915-927.

- ATIENZA NAVARRO, M.L., «Comentario al artículo 4. Personalidad Jurídica», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, págs. 133-157.
- BADENES GASSET, R., *Las fundaciones de Derecho privado*. Barcelona: Librería Bosch, 1986.
- BADOSA COLL, F., «Sentència 31/2010, de 28 de juny», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. Especial Sentència sobre l'Estatut, 2010, págs. 330-337.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.) y otros, *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 2007, 2 vols.
- BALLESTER I MUÑOZ, S., «La modificació del llibre III del Codi civil de Catalunya impulsarà la creació de fundacions i n'agilitarà l'organització i el funcionament», en *Activitat parlamentària*, núm. 25 (12/2012), págs. 99-102.
- BAÑO LEÓN, J.M., «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, septiembre-diciembre 1988, págs. 155-179.
- BARCELÓ I SERRAMALERA, M., «La doctrina de la Sentència 31/2010 sobre la definició estatutària de les categories competencials», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. especial Sentència sobre l'Estatut, 2010, págs. 251-257.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., «Algunas consideraciones sobre los fines de las fundaciones y su garantía por la Administración», en *Revista de Administración Pública*, núm. 183, septiembre-diciembre 2010, págs. 73-97.
- BASSOLS COMA, M., «Régimen patrimonial de los Órganos constitucionales del Estado», en: MESTRE DELGADO, J.F. (dir.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas: comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2004, págs. 1.347-1.362.
- BASTIDA FREIJEDO, F.J. y otros, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Tecnos, 2004.
- BASTIDA FREIJEDO, F.J. (coord.), *Propiedad y Derecho Constitucional*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005.
- BASTIDA FREIJEDO, F.J., «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Vol. 2, Madrid: Congreso de los Diputados, 2008, págs. 1.083-1.102.
- BATALLER I RUIZ, E., «La competencia autonómica en materia de Fundaciones», en *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, núm. 32, 2000, págs. 97-112.
- BATALLER I RUIZ, E., «El derecho civil autonómico en España: génesis y perspectiva», en *Revista de Derecho Civil Valenciano*, núm. 5, 2009, recurso en línea.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., «Aproximación a la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución», en: *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 24, 1998, págs. 119-128.
- BELLO JANEIRO, D., y LUNA SERRANO, A.(coords.), *Aspectos jurídico-económicos de las fundaciones*. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 2003.

- BENEYTO BERENGUER, R., «Breve comentario del Título I de la Ley de Fundaciones», en *CIRIEC-España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 6, 1995, págs. 253-264.
- BENEYTO BERENGUER, R., *Fundaciones sociales de la Iglesia católica: conflicto Iglesia-Estado*. Valencia: EDICEP, 1996.
- BENEYTO BERENGUER, R., «La Ley valenciana de Fundaciones: valoración crítica de sus disposiciones generales», en *Revista General de Derecho*, núms. 658-659, 1999, págs. 8.991-9.006.
- BENEYTO BERENGUER, R. (dir.), *Reflexión y Perspectivas de Futuro de las Fundaciones Autónomas*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- BENEYTO FELIU, J., «Personas Jurídicas, Asociaciones y Fundaciones», en: DELGADO DE MIGUEL, J.F. (coord. gral.), *Instituciones de Derecho Privado*, tomo I, vol. núm. 3. Madrid: Thomson- Civitas, 2004, págs. 1.263-1.376
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales». En: *Derecho privado y Constitución*, núm. 1, 1993, págs. 15-82.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 2005: Recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 11.1 y 2, I 7.2, 24.3, 27.2 7.2 y 28.1 de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/ 1998, de 2 de marzo, de Fundaciones», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 72, 2006, págs. 1.607-1.636.
- BERMEJO LATRE, J.L., «Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la huida del Derecho Administrativo», en: SOSA WAGNER, F. (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, págs. 935-960.
- BERMEJO LATRE, J.L., «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas en materia de fundaciones», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Tratado de Fundaciones*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2010, págs. 145-156.
- BERMEJO LATRE, J.L.; MIR PUIGPELAT, O., «Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública», en: *Civitas Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 104/1999, págs. 575-593.
- BLASCO GASCÓ, F., (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, vol. I.
- BOQUERA MATARREDONA, J., «Comentario a la disposición transitoria primera», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, págs. 1.074-1.076.
- BOQUERA OLIVER, J.M., «Comentario al artículo 45. Creación», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, págs. 1.007-1.010.
- BRINES I BLASCO, J., «Reforma agraria y desamortización en la España del XIX», en *Estudis. Revista de Historia Moderna*, núm. 7, 1978, págs. 125-154.

- BROSETA PONT, M., «Determinación e indeterminación del objeto social en la Ley y en los Estatutos de las Sociedades Anónimas españolas», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 19, 1976, págs. 120-142.
- BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, 1994.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, 2009.
- CABALLERO SÁNCHEZ, R., «Autorizaciones, intervención temporal y recursos», en: MUÑOZ MACHADO, S., y otros, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Madrid: Iustel, 2005, págs. 581-643.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, M.Á., «Distribución competencial y regulación de los derechos y deberes constitucionales. Posibilidades y límites de Estado y Comunidades Autónomas», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 49, septiembre-diciembre 1997, págs. 9-61.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, M.Á., «La relación derechos-Estado Autonómico en la Sentencia sobre el Estatuto valenciano», en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 7, octubre 2008, págs. 106-144.
- CABRA DE LUNA, M.Á., «Comentario al artículo 22», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos fiscales*, Madrid: Escuela Libre Editorial – Marcial Pons, 1995, págs. 182-196.
- CABRA DE LUNA, M.Á., «Comentario a la disposición transitoria primera», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, vol. I. Madrid: Escuela Libre Editorial – Marcial Pons, 1995, págs. 679-688.
- CABRA DE LUNA, M.Á., *El Tercer Sector y las fundaciones en España hacia el nuevo milenio: Enfoque económico, sociológico y jurídico*. Madrid: Escuela Libre Editorial, 1998.
- CABRA DE LUNA, M.Á., «la regulación y funcionamiento de las fundaciones. Las fundaciones del titularidad pública. Especial referencia a las fundaciones públicas sanitarias», en: *Revista Española de Control Externo*, núm. 8, vol. 3, 2001, págs. 29-94.
- CABRA DE LUNA, M.Á., «El derecho de fundación en la Constitución», en *CIRIEC-España. Revista de economía pública, social y cooperativa*, núm. 47, 2003 (ejemplar dedicado a Constitución y economía social), págs. 221-249.
- CAFFARENA LAPORTA, J., «Constitución, modificación y extinción de las fundaciones», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.A. (dirs.), *Presente y futuro de las Fundaciones*. Madrid: Civitas, 1990, págs. 33-58.
- CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al artículo 35 del Código Civil», en: AA.VV., *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, págs. 235-240.
- CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al artículo 11», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos fiscales*, Madrid: Marcial Pons-Escuela Libre Editorial, 1995, págs. 95-102.
- CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al artículo 31», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos fiscales*, Madrid: Marcial Pons-Escuela Libre Editorial, 1995, págs. 276-285.
- CAFFARENA LAPORTA, J., «La constitución de las fundaciones», en: MUÑOZ MACHADO, S., y otros, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Madrid: Iustel, 2005, págs. 65-150.

- CAFFARENA LAPORTA, J., «El domicilio de la fundación», en: MUÑOZ MACHADO, S., y otros, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Madrid: Iustel, 2005, págs. 169-179.
- CAFFARENA LAPORTA, J., «La dotación», en: MUÑOZ MACHADO, S., y otros, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Madrid: Iustel, 2005, págs. 199-226.
- CAFFARENA LAPORTA, J., «La extinción de la fundación», en: MUÑOZ MACHADO, S., y otros, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Madrid: Iustel, 2005, págs. 451-490.
- CAPILLA RONCERO, F., *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Madrid: Tecnos, 1984.
- CARBALLEIRA RIVERA, M.T., *Fundaciones y Administración Pública*. Barcelona: Atelier, 2009.
- CÁRDENAS HERNÁNDEZ, L., «Las fundaciones familiares de Derecho privado», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 424-425, julio-agosto de 1952, págs. 579-590.
- CARRANCHO HERRERO, M.T., «La extinción de las fundaciones», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 8, enero-abril 1996, págs. 15-44.
- CARRANCHO HERRERO, M.T., *La constitución de fundaciones*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997.
- CASARES, F. «El derecho civil catalán», en *La Vanguardia*, edición del 21/04/1992, págs. 26.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Madrid: Reus, 1986, 12ª reimpresión, Tomo I, Vol. I (puesta al día y revisada por José Luis DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS).
- CASTELAO, J., «Sinopsis del artículo 137 de la Constitución» en Portal Temático de la Constitución Española –<http://narros.congreso.es/constitucion/index.htm>–. Congreso de los Diputados, 2003.
- CASTELLÀ ANDREU, J.M., *Los Derechos Constitucionales de Participación Política en la Administración Pública*. Barcelona: CEDECS, 2001.
- CATALÀ I BAS, A.H., «Estatuto valenciano y construcción del Estado Social», en: GARRIDO MAYOL, V. (dir.), *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*. Valencia: Fundación Profesor Manuel Broseta, 2007, págs. 173-204.
- CENTRO DE FUNDACIONES, *Régimen Jurídico de las Fundaciones* (2ª ed.). Madrid: Centro de Fundaciones-ADENLE, 1988.
- CIDONCHA, A., *La Libertad de Empresa*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2006.
- CIDONCHA MARTÍN, A., «Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23, 2009, págs. 149-188.
- COBO GÁLVEZ, P., «Comentario al artículo 10», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, vol. I. Madrid: Escuela Libre Editorial – Marcial Pons, 1995, págs. 85-94.
- COBO GÁLVEZ, P., «Comentario al artículo 17», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, vol. I. Madrid: Escuela Libre Editorial – Marcial Pons, 1995, págs. 147-158.
- COLLADO BENEYTO, P.J., *Comentario a la Ley general de subvenciones y a su Reglamento: incidencia en la Generalitat Valenciana*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

- CORREDOIRA Y ALFONSO, L., *El patrocinio*. Bilbao: Fundación BBVA, 2006.
- COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*. 10ª ed., Civitas: Madrid, 1999.
- CRUZ VILLALÓN, P., «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, enero-abril 1989, págs. 35-62.
- CRUZ VILLALÓN, P., «Sobre el amparo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, mayo-agosto 1994, págs. 9-23.
- CRUZ VILLALÓN, P., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- CUENCA GARCÍA, A. y PALAO MORENO, G., «Comentario al artículo 6», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, págs. 181-201.
- CUÑAT EDO, V. y LINARES ANDRÉS, L., «Las fundaciones en la Comunidad Autónoma Valenciana», en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y MARTÍNEZ SIMANCAS, J. (dirs.), *Derechos Civiles de España*. Madrid: Banco Santander Central Hispano, 2000, vol. V, págs. 2.923-2.966.
- CUÑAT EDO, V., «Comentario al artículo 35. Funciones del Protectorado», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, págs. 863-891
- CUÑAT EDO, V. y OLAVARRÍA IGLESIA, J., «Comentario al artículo 49.1.23ª», en: GARRIDO MAYOL, V. (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, págs. 1.283-1.297.
- CUSCÓ, M., y CUNILLERA, M., *Comentarios a la nueva Ley de Fundaciones*. Madrid: DIJUSA, 2003.
- DE CARRERAS SERRA, F., «El proyecto de nuevo Estatuto de Cataluña», en: GARRIDO MAYOL, V. (dir.), *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*. Fundación Profesor Manuel Broseta: Valencia, 2007, págs. 273-285.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., «Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares», en: DE CASTRO Y BRAVO, F., *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1997, págs. 667-692.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., «Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 6, núm. 3, 1953, págs. 623-652.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1991.
- DE LORENZO GARCÍA, R., *El nuevo derecho de fundaciones*. Madrid: Marcial Pons, 1993.
- DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.A. (dirs.), *Presente y futuro de las Fundaciones*. Madrid: Civitas, 1990.
- DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos fiscales*, Madrid: Marcial Pons-Escuela Libre Editorial, 1995.
- DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Tratado de Fundaciones*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2010.

- DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., «Las fundaciones hoy y mañana: fines, constitución y extinción», en: AA.VV., *Hacia una nueva Ley de Fundaciones*. Santander: Fundación Marcelino Botín, 1992, págs. 77-96.
- DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., «Aspectos notariales de la Ley de Fundaciones», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 11, 1994.
- DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., «Constitución, modificación y extinción de las fundaciones en la nueva Ley», en: OLMOS VICENTE, I., *Las fundaciones: su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*. Madrid: Fundación Futuro-Dykinson, 1995, págs. 25-64.
- DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., «Ley de Fundaciones», en: CENTRO DE FUNDACIONES, *En torno a la Ley 30/94 de Fundaciones y de Incentivos Fiscales. Encuentro de Toledo*. Madrid: Centro de Fundaciones, 1995, págs. 24-36.
- DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., «Los estatutos y su modificación», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 8, enero-abril 1996, págs. 45-118.
- DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V., «Consideraciones sobre las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones», en *Revista de Derecho Privado*, 2004, núm. 5, págs. 639-675.
- DEL CAMPO ARBULO, J.A., «Perspectiva de las fundaciones», en AA.VV., *Las fundaciones y los protectorados*. Madrid: Centro de Fundaciones-ADENLE, 1986, págs. 35-52.
- DEL CAMPO ARBULO, J.A., *Régimen Jurídico de las Fundaciones*. Madrid: Centro de Fundaciones, 1988.
- DEL CAMPO ARBULO, J.A., *Ley de Fundaciones: Comentarios a la Ley 30/1994 de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*. Madrid: Centro de Fundaciones, 1996.
- DÍAZ BRITO, F.J., «El desarrollo del artículo 34 de la Constitución por la Ley de Fundaciones Canarias», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 8, enero-abril 1996, págs. 119-144.
- DÍAZ BRITO, F.J., *Normativa y competencias de Canarias sobre Fundaciones privadas*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997.
- DÍAZ BRITO, F.J., «Las fundaciones navarras ante la nueva Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 35, enero-junio de 2003, págs. 153-172.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, (2ª ed.). Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2005.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Prólogo», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Tratado de Fundaciones*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2010, págs. 43-51.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «A vueltas con el Derecho Civil valenciano ¿una milagrosa resurrección?», en: Blasco Gascó, F. y otros (coords.), *Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, vol. I, págs. 875-878.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I. Madrid: Tecnos, 1995.
- DOMÍNGUEZ VÁZQUEZ, I.; CERRATO ALLENDE, J. y GARCÍA GARCÍA, I., *La realidad de las Fundaciones en España*. Santander: Fundación Marcelino Botín, 2001.

- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Las fundaciones ante el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: AA.VV., *Anuario de Derecho de Fundaciones 2012*, Madrid: Iustel, 2013, págs. 141-194.
- DURÁN RIVACOBA, R., «El Registro de fundaciones asistenciales de Asturias», en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y MARTÍNEZ SIMANCAS, J. (dirs.), *Derechos Civiles de España*. Madrid: Banco Santander Central Hispano, 2000, vol. IV, págs. 2.425-2.451.
- DURÁN RIVACOBA, R., *El Negocio Jurídico Fundacional*. Pamplona: Aranzadi, 1996.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A., «El Derecho Civil Foral de Navarra», en: RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., *Nuevas perspectivas y retos en el XXV aniversario del Amejoramiento del Fuero*. Pamplona: Gobierno de Navarra, 2007, págs. 659 y 708.
- EMBID IRUJO, J.M., «Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)», en *Revista valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 7 (2003), págs. 79-100.
- EMBID IRUJO, J.M., «La denominación de la fundación», en: MUÑOZ MACHADO, S., y otros, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Madrid: Iustel, 2005, págs. 152-167.
- EMBID IRUJO, J.M., «Gobierno de la fundación», en: MUÑOZ MACHADO, S., y otros, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*. Madrid: Iustel, 2005, págs. 230-276.
- EMBID IRUJO, J.M., «Las fundaciones y el derecho de los Grupos de Empresas», en: BLASCO GASCÓ, F., (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, vol. I, págs. 897-918.
- EMBID IRUJO, J.M., «Introducción general al curso: la fundación como modelo para la colaboración público-privada», en: EMBID IRUJO, J.M. y EMPARANZA SOBEJANO, A. (dirs.), J., *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*. Madrid: Marcial Pons, 2012, págs. 27-69.
- EMBID IRUJO, J.M. y EMPARANZA SOBEJANO, A. (dirs.), J., *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- ESCUÍN PALOP, C., «La reordenación del Sector Público: análisis particular de la reorganización valenciana», en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 46, 2013, págs. 41-73.
- ESTEVE SEGARRA, A., *Las asociaciones empresariales: régimen jurídico y representatividad*. Cizur Menor: Aranzadi, 2003.
- ESTRUCH, J., «Algunas observaciones sobre la Ley 14/2008, de 18 de noviembre, de Asociaciones de la Comunitat Valenciana», en: *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 30, 2009, págs. 19-42.
- FERNÁNDEZ DAZA, E., *Estudio y análisis de los aspectos económicos, financieros y de control en las Fundaciones*. Madrid: Escuela Libre Editorial, 1995.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. *Asociaciones y Constitución*. Madrid: Civitas, 1987.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado autonómico? Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana*. Cizur Menor: Civitas, 2008.

- FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Comentario al artículo 132», en: CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios...*, op. cit., págs. 2.005-2.016.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «Ley de Fundaciones», en: CENTRO DE FUNDACIONES, *En torno a la Ley 30/94 de Fundaciones y de Incentivos Fiscales. Encuentro de Toledo*. Madrid: Centro de Fundaciones, 1995, págs. 36-44.
- FERNÁNDEZ TORRES, J.R., «Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable», en: *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42, 2011, págs. 85-114.
- FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- FERRANDO VILLALBA, M.L., «Comentario al artículo 12. La dotación», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, págs. 295-335.
- FERRER I RIBA, J., «El llibre III del Codi civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques», en *Activitat Parlamentària*, núm. 16, 2008, págs. 46-53.
- FERRER I RIBA, J., «La modernització del dret alemany de fundacions: Constitució per reconeixement i llibertat d'elecció de les finalitats fundacionals», en *Indret: Revista per a l'anàlisi del Dret*, núm. 1/2003, 2003. Recurso en línea.
- FERRER I RIBA, J., «Les fundaciones en el Llibre tercer del Codi Civil de Catalunya», en AA.VV., *Autonomia i Dret: IV Jornada organitzada pel Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, el Consell de l'Advocacia de Catalunya i el Col·legi de Notaris de Catalunya*. Barcelona: Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya et alii, 2009, págs. 79-112.
- FONT GALÁN, J.I., y PINO ABAD, M., «La relevante causa negocial de la sociedad: una relectura (sólo) jurídica del concepto legal de sociedad», en AA.VV., *Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, McGraw Hill, Madrid: 2002, vol. I, pág. 541-606.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, fundaciones y sociedad civil», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.A. (dirs.), *Las fundaciones y la sociedad civil*. Madrid: Civitas, 1992, págs. 21-43.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, fundaciones y sociedad civil», en *Revista de Administración Pública*, núm. 122, mayo-agosto 1990, págs. 235-256.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 89, 1996, págs. 69-89.
- GARCÍA DELGADO, J.L. (dir.), *Las cuentas de la Economía Social: magnitudes y financiación del tercer sector en España, 2005*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2009.
- GARCÍA PIÑEIRO, N.P., *Las Asociaciones Empresariales en el Derecho Español*. Madrid: CES, 2005.
- GARCÍA RUIZ, J.L., «La inflación en la España del siglo XX: teorías y hechos», en *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, núm. 2.667, octubre de 2000, págs. 23-32.
- GARCÍA VITORIA, I., *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La Fundación: un estudio jurídico*. Madrid: Escuela Libre Editorial, 1998.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la Constitución Española», en *Revista de Administración Pública*, núm. 155, mayo-agosto 2001, págs. 107-147.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Técnicas de control y de integración administrativa de las nuevas fundaciones de gestión sanitaria», en: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.; y TORNOS MAS, J. (eds.), *La enseñanza del derecho administrativo; Tercer sector y fundaciones; Rutas temáticas e itinerarios culturales: XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*. Barcelona: CEDECS, 2002, pág. 395-427.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Concepto de Fundación», en: MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*. Madrid: Iustel, 2005, págs. 9-64.
- GARRIDO MAYOL, V. (dir.), *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*. Valencia: Fundación Profesor Manuel Broseta, 2007.
- GARRIDO MAYOL, V. «Fundamentos constitucionales de la competencia en materia de Derecho civil», en: RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Estudios sobre Derecho Civil Foral Valenciano*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2008, págs. 17-31
- GARRIDO MAYOL, V. «Sinopsis del artículo 149 de la Constitución» en *Portal Temático de la Constitución Española* –<http://narros.congreso.es/constitucion/index.htm>–. Congreso de los Diputados, 2003, recurso en línea.
- GARRIDO MAYOL, V. (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- GIMÉNEZ GLUCK, D., «Asociación, discriminación y constitución: Los límites entre la autonomía asociativa y el derecho de los socios -y aspirantes a serlo- a no ser discriminados», en: *Revista de Derecho Político*, núm. 79, 2010, págs. 143-171.
- GINER SAN JULIÁN, S., «Lo privado público: Altruismo y piloteya democrática», en: *Revista de Estudios Políticos*, núm. 88, abril-junio 1995, págs. 9-27.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., «Las competencias legislativas en materia de Derecho Civil», en: CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*. Las Rozas: Fundación Wolters Kluwer España, 2008, págs. 2.327-2.334.
- GÓMEZ MONTORO, A.J., *Asociación, Constitución, Ley*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- GÓMEZ MONTORO, A.J. «Artículo 22», en: CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.). *Comentarios a la Constitución Española*. Las Rozas: Fundación Wolters Kluwer España, 2008, págs. 540-555.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «Aspectos de la nueva regulación de las fundaciones culturales privadas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 70, enero-abril 1973, págs. 377.
- GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2003.

- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., «Los bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas», en: GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (dir.), *Derecho de los bienes públicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pág. 1.271-1.332.
- GONZÁLEZ-TREVIANO SÁNCHEZ, P.J., «El marco constitucional del derecho de Fundaciones», en AA.VV., *Fundaciones: problemas actuales y reforma legal*. Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi y Fundación María Cristina Masaveu Peterson, 2011, págs. 187-217.
- GRAMUNT FOMBUENA, M.D., «La dotación de la fundación», en: BELLO JANEIRO, D., y LUNA SERRANO, A.(coords.), *Aspectos jurídico-económicos de las fundaciones*. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 2003, págs. 41-58.
- GULLÓN BALLESTEROS, A., «Comentario a los artículo 35 a 36 del Código Civil», en: SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, T. 1. Barcelona: Bosch, 2000, págs. 591-600.
- HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003 (trad. Joaquín Brage Camazano).
- HERNÁNDEZ IGLESIAS, F., *La Beneficencia en España*. Madrid: Establecimientos Tipográficos de Manuel Minuesa, 1876, tomo I (obra consultada a través de la web de la Universidad de Sevilla).
- HERNÁNDEZ LAFUENTE, A., GONZÁLEZ GARCÍA, M. A., «Los Acuerdos Autonómicos de 28 de febrero de 1992: Negociación, contenido y desarrollo», en *Documentación Administrativa*, núm. 232-233, 1992-1993, págs. 135-184.
- HERR, R., «Hacia el derrumbe del Antiguo Régimen: crisis fiscal y desamortización bajo Carlos IV», en *Moneda y Crédito*, núm. 118, 1971, págs. 37-100.
- HERR, R., «Fincas dispersas, cotos redondos y cambio económico en España», en *Revista de Historia Económica*, núm. 1, 1983, págs. 59-77 (trad. María Esther Rabasco y Luis Toharia).
- HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M., «La regulación de las fundaciones en los Estatutos de Autonomía: visión general», en: AA.VV., *Las Fundaciones y los Estatutos de Autonomía*. Madrid: Centro de Fundaciones, 1979, págs. 31-44.
- HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J. «Artículo 149.1.6^a», en: CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*. Las Rozas: Fundación Wolters Kluwer España, 2008, págs. 2.292-2.298.
- HUERTA, R. y HUERTA IZAR DE LA FUENTE, C., *Fundaciones: régimen civil, administrativo y fiscal*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1998.
- JEANNOT, G., «La théorie de l'institution de Maurice Hauriou et les associations», en *Annales de la recherche urbaine*, núm. 89, págs. 19-22.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales, concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999.
- JIMÉNEZ DÍAZ, A., *La exención de las fundaciones y la crisis fiscal del Estado*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.
- JIMÉNEZ FORTEA, F.J., «Comentario al artículo 49.1.3^a», en: GARRIDO MAYOL, V. (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, págs. 947-959.

- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, I, Parte General del Derecho Civil*. Barcelona: J.M. Bosch, 1990.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*. Zaragoza: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – José M^a Bosch Editor, 1992.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, T. 1. Madrid: Trivium, 1996.
- LINARES ANDRÉS, L., *Las fundaciones: patrimonio, funcionamiento y actividades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- LOEWE BOENTE, O. y MADRID CORRALES, S., «El derecho de fundación: artículo 34 CE», en: MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J. y ARAGÓN REYES, M. (coords.), *La Constitución y la práctica del derecho*, vol. II. Aravaca: SOPEC, 1998, págs. 1.767-1784.
- LÓPEZ AGUILAR, J.F., «Derecho electoral autonómico y potestad autoorganizativa de las CC.AA.», en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 8, 1999, págs. 251-282.
- LÓPEZ GUERRA, L., «Algunas notas sobre la igualación competencial», en: *Documentación Administrativa*, núms. 232-233, octubre 1992-marzo 1993, págs. 121-134.
- LÓPEZ JACOISTE, J.J., «La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 49, 1965, págs. 567-609.
- LÓPEZ MENUDO, F., «Los organismos públicos», en: CANO CAMPOS, T. (coord.), *Lecciones y materiales para el Estudio del Derecho Administrativo –vol. II-*. Madrid: Iustel, 2009, págs. 223-251
- LÓPEZ MENUDO, F., «La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa», en: *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14, 2010, págs. 111-150.
- LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F., *Manual de Fundaciones*. Barcelona: Bayer, 1996.
- LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F., *La ordenación legal de las fundaciones*. Madrid: Wolters Kluwer, 2006.
- LÓPEZ-QUIÑONES MÁJAN, L., «El régimen jurídico de las Fundaciones Estatales y la incidencia en el mismo de la reforma de la Ley de Fundaciones», en: *Revista Española de Control Externo*, núm. 8, vol. 3, 2001, págs. 95-137.
- LORENZO CRUZ, A., «Algunas consideraciones jurídicas del régimen de la fundación», en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 8, 1990, págs. 459-505.
- LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M., *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el artículo 53.1 de la Constitución española*. Granada: Comares, 1996.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E., *El derecho de asociación*. Madrid: Tecnos, 1996
- LLOMBART BOSCH, D., «Reflexiones sobre la constitucionalización del derecho de fundación» en: AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor Diego Sevilla Andrés: Historia, Política y Derecho*. Valencia: Universidad de Valencia, 1984, tomo II, págs. 563-582.
- LLOVERAS I FERRER, M-R., «El protectorado de fundaciones en el Código civil de Cataluña», en *Indret: Revista per a l'Anàlisi del Dret*, núm. 1/ 2010, recurso en línea.
- LLOVERAS I FERRER, M-R., «Notes a la nova regulació de les fundacions en el Codi civil de Catalunya», en *Indret: Revista per a l'Anàlisi del Dret*, núm. 4/ 2008, recurso en línea.

- MADRUGA MÉNDEZ, J., «Consideraciones en torno a las fundaciones privadas de interés público», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 21, núm. 2, 1968, págs. 413-448.
- MALUQUER DE MOTESI BERNET, C., «A propósito de la reversión del patrimonio fundacional a la familia del fundador», en: BELLO JANEIRO, D., y LUNA SERRANO, A.(coords.), *Aspectos jurídico-económicos de las fundaciones*. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 2003, págs. 135-147.
- MARÍ OLANO, J., «Comentario al artículo 49.1.2^a», en: GARRIDO MAYOL, V. (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, págs. 911-946.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «Comentario al artículo 19. Composición, administración y disposición del patrimonio», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, págs. 493-525.
- MARTÍ LACALLE, R., «Comentario al artículo 31. Causas de extinción», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, págs. 811-821.
- MARTÍN HUERTAS, A., *El contenido esencial del Derecho de asociación*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2009.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., «Fundaciones privadas del Sector público: Problemas de constitucionalidad», en: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.; y TORNOS MAS, J. (eds.), *La enseñanza del Derecho Administrativo. Tercer Sector y Fundaciones. Rutas Temáticas e Itinerarios Culturales. XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*. Barcelona: CEDECS, 2002, págs. 301-332.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *Derecho Constitucional Español*. Valencia: Fundación Universitaria San Pablo CEU, 1995.
- MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA CASTILLO, I., «Constitución condicional de fundaciones: el respeto a la voluntad del fundador en el proceso de inscripción de la fundación como condición suspensiva del negocio fundacional», en: REAL PÉREZ, A., *Constitución y extinción de fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, págs. 83-147.
- MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- MARTÍN-RETORTILLO, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991.
- MAS BADÍA, M.D., «Comentario artículo 5. Denominación», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, págs. 159-182.
- MATO PACÍN, M.N., «La dotación fundacional. Consideraciones al hilo de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 40, de 11 de enero de 2010», en: AA.VV., *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*. Madrid: Iustel, 2011, págs. 519-532.
- MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.
- MEERDINK, J.H., «Las fundaciones en Europa», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.Á. (dirs.), *Presente y futuro de las Fundaciones*. Madrid: Civitas, 1990, págs. 169-185.

- MEDINA GUERRERO, M., «Comentario al art. 53.1 CE: la eficacia vinculante de los derechos frente a los poderes públicos; en especial, frente al legislador», en: CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*. Las Rozas: Fundación Wolters Kluwer España, 2008, págs. 1.158-1.171.
- MENÉNDEZ GARCÍA, P., «Las fundaciones del sector público», en: CAZORLA PRIETO, L.M. (dir.), *Fundaciones: Problemas actuales y reforma legal*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2011, págs. 111-163.
- MENÉNDEZ GARCÍA, P., «Las fundaciones y las sociedades públicas», en: CANO CAMPOS, T. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*. vol. II, Madrid: Iustel, 2009, pág. 275-318.
- MENÉNDEZ GARCÍA, M., «La veste de fundación pública no determina la naturaleza de la entidad subyacente (comentario del auto del Tribunal Constitucional 206/1999, de 28 de julio de 1999 y de la doctrina recogida en la contestación de la Dirección General de Tributos de 22 de noviembre de 2006, consulta V2306-06)», en: GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., y ALONSO GARCÍA, R. (dirs.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*. Vol. I. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2012, págs. 231-252.
- MERCADER UGUINA, J.R. (dir.), *Fundaciones laborales: Herramientas para canalizar la responsabilidad social empresarial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- MERINO MERCHÁN, J.F. y PALMA FERNÁNDEZ, J.L., «Artículo 34. Derecho de Fundación». En: ALZAGA VILLAAMIL, Ó., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo III. Madrid: Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, págs. 543-569.
- MESA VILA, M., *Fundaciones del sector público andaluz: régimen jurídico y gestión*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2009.
- MESTRE DELGADO, J.F. (dir.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas: comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2004.
- MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, *Informe para la Reforma de las Administraciones Públicas*. Madrid: Ministerio de la Presidencia, 2013.
- MINISTERIO PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*. Madrid: MAP, 1992.
- MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M.; GÓMEZ COLOMER, J.L. y MONTÓN REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional I*. Barcelona: J.M. Bosch editor, 1994.
- MONTÉS PENADÉS, V.L., «Fragmentos de un estudio sobre las Fundaciones en el Derecho español, después de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre», en: AA.VV., *Asociaciones y Fundaciones. XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. Murcia: Universidad de Murcia, 2005, págs. 161-234.
- MONTÉS PENADÉS, V.L., «El Derecho Foral valenciano (Un estudio sobre la competencia legislativa de la Generalitat en materia de Derecho Civil)», en: BAÑO LEÓN, J.M. (dir.), *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2007, págs. 261-322.
- MONTES RODRÍGUEZ, P., «Comentario a la disposición final primera», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, págs. 1.085-1.122.

- MORALES PLAZA, A.; PARDO GONZÁLEZ, M.; y RODRIGO LAVILLA, J. (coords.), *Tratado del sector público estatal*. Madrid: La Ley, 2010.
- MORELL OCAÑA, L., «Notas sobre el arcaísmo del Derecho de las Fundaciones Benéficas», en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 17/1978, págs. 149-172.
- MORELL OCAÑA, L. y RUIZ OJEDA, A., «La técnica fundacional como instrumento de gestión administrativa en el Derecho Público», en: RUIZ OJEDA, A. (coord.), *Manual de Fundaciones*. Madrid: Civitas, 1999, págs. 223-269.
- MORILLO GONZÁLEZ, F., *La fundación: concepto y elementos esenciales*. Madrid: Tecnos, 2001.
- MORILLO GONZÁLEZ, F., «La ausencia de ánimo de lucro y la reversión de los bienes fundacionales a la extinción de la fundación», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 20, enero-diciembre 2006, págs. 255-281.
- MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*. Pamplona: Aranzadi, 2006.
- MUNS, J., *Les fundacions a Espanya, Regne Unit, Estats Units, França i Alemanya: anàlisi comparativa, problemes i recomanacions*. Barcelona: Fundació catalana per a la Recerca, 1998.
- MUÑOZ ARNAU, J.A., *Los Límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*. Pamplona: Aranzadi, 1998.
- MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.F., «El destino de las fundaciones extintas según el Tribunal Constitucional», en *Asamblea*, núm. 15, diciembre 2006, págs. 199-215.
- MUÑOZ MACHADO, S., «Las Fundaciones en la Constitución», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.Á. (dirs.), *Presente y futuro de las Fundaciones*. Madrid: Civitas, 1990, págs. 19-32.
- MUÑOZ MACHADO, S., «El Tercer Sector: entre el Estado y el Mercado», en: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. y TORNOS MAS, J. (eds.), *La enseñanza del Derecho Administrativo. Tercer Sector y Fundaciones. Rutas Temáticas e Itinerarios Culturales. XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*. Barcelona: CEDECS, 2002, págs. 169-240.
- MUÑOZ MACHADO, S., «Las transformaciones del régimen jurídico de las autorizaciones administrativas», en: *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14, 2010, págs. 85-110.
- MUÑOZ MACHADO, S.; CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R. (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*. Madrid: Iustel, 2005.
- MUÑOZ PUIGGRÒS, X., «Potestades administrativas del Protectorado de fundaciones con especial referencia a la regulación de un posible régimen sancionador», en *Diario La Ley*, núm. 7.003, 2008.
- NART, I., «La fundación», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 35, 1951, págs. 488-498.
- NIETO ALONSO, A., «Las fundaciones. Neutralidad de sus fines», en: BELLO JANEIRO, D., y LUNA SERRANO, A.(coords.), *Aspectos jurídico-económicos de las fundaciones*. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 2003, págs. 285-304.
- NIETO GARCÍA, A., «La Administración sirve con objetividad a los intereses generales», en: MARTÍN-RETORTILLO, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al*

- Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III. Madrid: Civitas , 1991, págs. 2.185-2.254.
- NÚÑEZ DE CELA Y PIÑOL, R., «Las fundaciones en la Comunidad Valenciana», en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y MARTÍNEZ SIMANCAS, J. (dirs.), *Derechos Civiles de España*. Madrid: Banco Santander Central Hispano, 2000, vol. V, págs. 2.967-2.992.
- OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- OLAVARRÍA IGLESIA, J. y MARIMÓN DURÁ, R., «Comentario al artículo 15. Patronos», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, págs. 385-412.
- OLMOS VICENTE, I., *Las fundaciones: su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*. Madrid: Fundación Futuro-Dykinson, 1995.
- PALAO GIL, F.J. y otros, *Cuatro estudios sobre la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar en materia de Derecho Civil: Bases históricas y normativas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- PALAO MORENO, G., «Comentario al artículo 6», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, págs. 182-201.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R., «Las fundaciones desde el Derecho Público», en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 4, 1993, págs. 135-149.
- PAREJO ALFONSO, L., «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la Jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, septiembre-diciembre 1981, págs. 169-190.
- PAREJO ALFONSO, L., «Prólogo», en: VAQUER CABALLERÍA, M., *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los Servicios Públicos Sanitarios*. Madrid: Marcial Pons, 1999, págs. 7-24.
- PAU, A., «El Registro de Fundaciones», en: MUÑOZ MACHADO, S., y otros, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Madrid: Iustel, 2005, págs. 556-571.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Ánimo de lucro y concepto de sociedad (breves consideraciones a propósito del artículo 2.2 LAIE)», en: AA.VV., *Derecho Mercantil de la Unión Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*. Madrid: Civitas, 1991, págs. 729-753
- PAZ-ARES, C., «La sociedad en general: elementos del contrato de sociedad», en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*. Madrid: Civitas, 1999, vol. I, págs. 463-489.
- PEDREIRA MENÉNDEZ, J., *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*. Valladolid: Lex Nova, 1999.
- PELÁEZ ALBENDEA, M.J., «La Conselleria de Sanitat i Assistència Social de la Generalitat Republicana, a través de la Ley de Bases de 5 de abril de 1934 y de la Ley de Coordinación y Control Sanitarios Públicos de 26 de junio de ese año», en *Revista de Política Social*, núm. 154, abril-junio 1982, págs. 73-86.
- PÉREZ ESCOLAR, M., «El protectorado de las fundaciones: hacia una renovación de sus facultades de actuación», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 66, núm. 2.140, 2012, www.mjusticia.es/bmj.

- PÉREZ LUÑO, E.A., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1999.
- PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- PEMÁN GAVÍN, J. «Artículo 149.1.1», en: CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*. Las Rozas: Fundación Wolters Kluwer España, 2008, págs. 2.264-2.275.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., «Las Fundaciones y el Protectorado: la autorización administrativa para litigar y su dudosa constitucionalidad (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de marzo de 1988)», en *Poder Judicial*, núm. 13, 1989, págs. 145-154.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., «Relaciones de las fundaciones con los protectorados», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.Á. (dirs.), *Presente y futuro de las Fundaciones*. Madrid: Civitas, 1990, págs. 85-138.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., «Propuestas para una futura y posible Ley de Fundaciones», en *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 72/1991, págs. 491 y ss.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., «Las Fundaciones y la Constitución Española», en: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. II, Madrid: Civitas, 1991, págs. 1.301-1.336.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., «Las fundaciones en el marco constitucional», en: AA.VV., *Hacia una nueva Ley de Fundaciones*. Santander: Fundación Marcelino Botín, 1992, págs. 57-76.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., «Notas sobre el régimen del Protectorado en la nueva Ley de Fundaciones», en: AA.VV., *En torno a la Ley 30/94 de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Madrid: Centro de Fundaciones-Fundación San Benito de Alcántara, 1995, págs. 65-73.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., «Comentario al artículo 1», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, vol. I. Madrid: Escuela Libre Editorial–Marcial Pons, 1995, págs. 3-13.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., «Comentario al artículo 32», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, vol. I. Madrid: Escuela Libre Editorial–Marcial Pons, 1995, págs. 286-298.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., «Comentario al artículo 36», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, vol. I. Madrid: Escuela Libre Editorial–Marcial Pons, 1995, págs. 313-322.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., «Comentario a la Disposición Final Primera», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos fiscales*, Madrid: Marcial Pons-Escuela Libre Editorial, 1995, pág. 721.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., «El derecho de fundación como derecho fundamental», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 9, 1996, págs. 147-183.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 97/1998, págs. 37-63.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., «El Protectorado de Fundaciones: situación actual y propuestas de reforma», en: RUIZ OJEDA, A. (coord.), *Manual de Fundaciones*. Madrid: Civitas, 1999, págs. 81-106.

- PIÑAR MAÑAS, J.L., «Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2000, págs. 73-100.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., «Tercer Sector: Sector público y fundaciones», en: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.; y TORNOS MAS, J. (eds.), *La enseñanza del Derecho Administrativo. Tercer Sector y Fundaciones. Rutas Temáticas e Itinerarios Culturales. XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*. Barcelona: CEDECS, 2002, págs. 241-300.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., «Entidades privadas e interés general: el papel de las fundaciones», en: AA.VV., *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*. Madrid: Iustel, 2010, págs. 281-306.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., «El estado actual del modelo constitucional de fundaciones: revisión crítica», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Tratado de Fundaciones*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2010, págs. 67-116.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., «El derecho de fundaciones en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en: GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., y ALONSO GARCÍA, R. (dirs.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*. Vol. I. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2012, págs. 253-274.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., y OLMOS VICENTE, I., (dirs.), *Las fundaciones: desarrollo reglamentario de la ley*. Madrid: Fundación Alonso Martín Escudero-Dykinson, 1997.
- PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A., *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A., «Las fundaciones en la Comunidad de Madrid. En especial, las fundaciones de las Cajas de Ahorros, y el protectorado autonómico sobre las fundaciones de iniciativa pública del Estado según la STC 120/2011», en: AA.VV., *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*. Madrid: Iustel-AEF, 2011, págs. 415-435.
- PORTERO MOLINA, J.A., «Los retos del Estado de las Autonomías», en: GARRIDO MAYOL, V. (dir.), *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*. Valencia: Fundación Profesor Manuel Broseta, 2007, págs. 21-40.
- PRIETO SANCHIS, L., «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. V (8), enero-junio 2000, págs. 429-468.
- PUIG I FERRIOL, L. «La persona jurídica (II)», en: PUIG I FERRIOL, L. y otros, *Manual de Derecho Civil*, vol. I. Barcelona: Marcial Pons, 1995.
- RAPOSO ARCEO, J.J., «La constitución de fundaciones en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre: análisis del Capítulo II, del Título I (arts. 6-11)», en: RUIZ OJEDA, A. (coord.), *Manual de Fundaciones: régimen jurídico, fiscal y contable*. Madrid: Civitas, 1999, págs. 25-48.
- REAL PÉREZ, A., «Aspectos jurídico-civiles prácticos de la nueva Ley de Fundaciones», en: CENTRO DE FUNDACIONES, *En torno a la Ley 30/94 de Fundaciones y de Incentivos Fiscales. Encuentro de Toledo*. Madrid: Centro de Fundaciones, 1995, págs. 57-64.
- REAL PÉREZ, A. (coord.), *Constitución y extinción de fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

- REAL PÉREZ, A., «La voluntad del fundador en el Derecho de Fundaciones», en: RUIZ OJEDA, A. (coord.), *Manual de Fundaciones: régimen jurídico, fiscal y contable*. Madrid: Civitas, 1999, págs. 70-79.
- REAL PÉREZ, A., «Las fundaciones en proceso de formación: comentario al artículo 11 de la Ley 30/1994, de fundaciones», en: REAL PÉREZ, A. (coord.), *Constitución y extinción de fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, págs. 150-261.
- REBÉS I SOLÉ, J.E., «El protectorado de las fundaciones: especial referencia a las actividades de control económico y fomento», en: BELLO JANEIRO, D., y LUNA SERRANO, A.(coords.), *Aspectos jurídico-económicos de las fundaciones*. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 2003, págs. 105-133.
- REBOLLO ÁLVAREZ-AMADI, A., *La nueva Ley de Fundaciones*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 1994.
- REY GARCÍA, M., ÁLVAREZ GONZÁLEZ, L.I., INAEF, *El sector fundacional español: datos básicos*. Madrid: Asociación Española de Fundaciones, 2011.
- REY MARTÍNEZ, F., «El devaluado derecho fundamental de propiedad privada», en: BASTIDA FREIJEDO, F.J. (coord.), *Propiedad y Derecho Constitucional*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, págs. 195-228.
- RICO PÉREZ, F., *Las Fundaciones en la Constitución Española*. Toledo: Ilustre Colegio de Abogados de Toledo, 1982.
- RIDAURA MARTÍNEZ, J., «La Hacienda de la Comunidad Valenciana», en: GARRIDO MAYOL, V. (coord.), *Instituciones Políticas de la Comunidad Valenciana*. Valencia: Fundación Profesor Manuel Broseta, 2000, págs. 209-222.
- ROCA TRIAS, E., «La competència en matèria de Dret Civil», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. extraordinario dedicado a la STC 31/2010, de 28 de junio, 2010, págs. 344-348.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Derecho Administrativo Patrimonial* (2 vols.). Barcelona: Bosch, 2005.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I., «Comentario al artículo 29. Modificación de los Estatutos», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, págs. 774-794.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., «Reforma federal y reforma del Estado», en ABC, 10.05.2006.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., «La propiedad privada: de cienienta a derecho fundamental», en: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, 2001, págs. 601-620.
- ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, J.J., *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión de la Ley 50/2002, de fundaciones*. Madrid: La Ley, 2003.
- ROSADO IGLESIAS, G., *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- RUBIO LLORENTE, F., «Panel sobre el presente y futuro de las fundaciones en España», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.Á. (dirs.), *Presente y futuro de las Fundaciones*. Madrid: Civitas, 1990, págs. 244-249.
- RUBIO LLORENTE, F., «El bloque de constitucionalidad», en: MARTÍN-RETORTILLO, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991, vol. I, págs. 3-28.

- RUBIO LLORENTE, F., *La Forma del Poder: Estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- RUBIO RODRÍGUEZ, J.J., «Concepto de causa pía en los juristas clásicos españoles (estudio histórico-jurídico)». En: *Ius Canonicum*, XXV, núm. I, 1985, págs. 145-154.
- RUIZ GARIJO, M., «STC 341/2005, de 21 de diciembre. Posibilidad de reversión patrimonial para las fundaciones de la Comunidad de Madrid. Consecuencias fiscales», en *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales* (http://www.ief.es/contadorDocumentos.aspx?URLDocumento=/documentos/recursos/publicaciones/jurisprudencia_constitucional/2005_STC341_Garijo.pdf, recurso en línea).
- RUIZ OJEDA, A. (coord.), *Manual de Fundaciones*. Madrid: Civitas, 1999.
- RUIZ OLABUÉNAGA, J.I. (dir.), *El sector no lucrativo en España: una visión reciente*. Bilbao: Fundación BBVA, 2006.
- SÁENZ DE MIERA, A., «La hora de la sociedad. Reflexiones sobre la función social de las fundaciones», en: *Revista de Política Social*, núm. 140, octubre-diciembre de 1983, págs. 35-71.
- SALA ARQUER, J.M., «El nuevo Derecho Público de las fundaciones privadas», en: CAZORLA PRIETO, L.M. *et alii*, *Fundaciones: problemas actuales y reforma legal*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, págs. 87-110.
- SALELLES CLIMENT, J.R. y VERDERA SERVER, R., *El Patronato de la Fundación*. Pamplona: Aranzadi, 1997.
- SALVADOR CODERCH, P. y SEUBA TORREBLANCA, J.C., «Fundaciones: interés general y títulos de aportación»; en *La Ley*, núms. 4.467-4.468, 1998, págs. 1.844-1.861.
- SÁNCHEZ FERRIZ, R., «Las libertades públicas como grupo de derechos con características propias no susceptible de ser confundido con los restantes derechos constitucionales», en *Revista de Derecho Político*, núm. 30, 1989, págs. 55-74.
- SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Estudio sobre las libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- SÁNCHEZ FERRIZ, R., «Ordenación sistemática de los derechos y libertades del Título I de la Constitución», en: AGUIAR DE LUQUE, L. (coord.), *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional: libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, págs. 745-772.
- SÁNCHEZ FERRIZ, *Lectura constitucional del artículo 149.1.8ª de la Constitución (sobre la competencia de la Generalitat Valenciana en materias de Derecho Civil)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., «Comentario al artículo 103», en CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*. Las Rozas: Fundación Wolters Kluwer España, 2008, págs. 1.682-1.699.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo* (3ª ed.), vol. I. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2000.
- SANTOS MORÓN, M.J., «El patrimonio de la fundación. Régimen de gestión patrimonial», en: MUÑOZ MACHADO, S. y otros, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*. Madrid: Iustel, 2005, págs. 279-356.

- SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, traducción de Francisco Ayala.
- SERRA RODRÍGUEZ, A., *Las fundaciones: elementos esenciales y constitución*. Sedaví: Editorial Práctica de Derecho, 1995.
- SOCIÁS CAMACHO, J.M., *Fundaciones del Sector Público: en especial, el ámbito sanitario*. Madrid: Iustel, 2006.
- SOLÉ TURA, J. y AJA FERNÁNDEZ, E., *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 1980.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., «El Estado autonómico como Estado compuesto», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 110, octubre-diciembre 2000, págs. 9-25.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los Derechos Fundamentales», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 71, enero-marzo 1991, págs. 87-110.
- SOSA WAGNER, F., *La gestión de los Servicios Públicos Locales* (7ª ed.). Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2008.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., «El proceso de desamortización de la tierra en España», en: *Agricultura y sociedad*, núm. 7, 1978, págs. 11-33
- TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio previo», en: DE LORENZO GARCÍA, R. y otros, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos fiscales*, Madrid: Marcial Pons-Escuela Libre Editorial, 1995, págs. XIII-XLVIII.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *El marco político de la desamortización en España*. Barcelona: Ariel, 1989.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho Español*. Madrid: Tecnos, 2003.
- TORNOS MAS, J. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.M., «El régimen jurídico de las fundaciones en el ordenamiento jurídico catalán 2009-2010: transparencia y buenas prácticas», en: AA.VV., *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, Madrid: Iustel, 2010, págs. 373-384.
- TORNOS MAS, J. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.M., «Encuentros y desencuentros de las fundaciones y el sector público de la Generalitat de Cataluña», en: AA.VV., *Anuario de Derecho de Fundaciones 2012*, Madrid: Iustel, 2013, págs. 429-459.
- TORRES-DULCE LIFANTE, E., «El Ministerio Fiscal como órgano constitucional», en: CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*. Las Rozas: Fundación Wolters Kluwer España, 2008, págs. 1.927-1.939.
- TRAPIELLA NIETO, I., «Destino de los bienes de las fundaciones extintas. Su posible reversión», en: REAL PÉREZ, A., *Constitución y extinción de fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, págs. 264-302.
- VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma de empresa*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1969.
- VAN DE PLOEG, T.J. «Las fundaciones en Europa: visión de derecho comparado», en: AA.VV., *Hacia una nueva Ley de Fundaciones*. Santander: Fundación Marcelino Botín, 1992, págs.49-58.

- VAQUER CABALLERÍA, M., *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública: la reforma de los Servicios Públicos Sanitarios*. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- VATTIER FUENZALIDA, C., «Concepto, constitución y dotación de la fundación», en: PRATS ALBENTOSA, L.(coord.), *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*. Valencia: Universitat de València, 1996, págs. 121-132.
- VATTIER FUENZALIDA, C., «El régimen del patrimonio fundacional», en: BELLO JANEIRO, D., y LUNA SERRANO, A.(coords.), *Aspectos jurídico-económicos de las fundaciones*. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 2003, págs. 59-84.
- VERDERA SERVER, R., «El régimen jurídico de las fundaciones en el Derecho civil valenciano», en: LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (coord.), *Curso de Derecho Civil Valenciano*. Valencia: Revista General de Derecho, 2000, págs. 451-558.
- VERDERA SERVER, R., «Comentario al artículo 2. Concepto», en: OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, págs. 75-108.
- VILASECA I MARCET, J.M., «Una ley de fundaciones privadas», en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 76, núm. 3, 1977, págs. 61-96.
- VILASECA I MARCET, J.M., «Fundacions privades i públiques», en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 91, núm. 1, 1992, págs. 9-22.
- VIVANCOS COMES, M., «Nota sobre la sentencia de la Ley Vasca de Asociaciones (a propósito de la sentencia constitucional 173/1998, de 23 de julio)», en: *Revista General de Derecho*, núm. 657, junio 1999, págs. 7.167-7.178.
- «El Palau y el gobierno de las Leyes», ABC, 24/01/2010, pág. 25.

SIGLAS

LFE	Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones
LFE/2002	Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (Estatal)
LFE/1994	Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General (Estatal)
LFA	Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía
LFCan	Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones canarias
LFCyL	Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León (Modificada por la Ley 12/2003 y por la Ley 2/2006)
LFCM	Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid
LFCV	Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunitat Valenciana (Modificada por Ley 9/2008, de 3 de julio)
LFIG	Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego
LFPV	Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones
LFR	Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja

LAVS+DEO