



- ◆ Trabajo realizado por el equipo de la Biblioteca Digital de CEU-Universidad San Pablo
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 de la M.T.R.L.P.I. (Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 7 julio del 2006)

EL DERECHO DE FUNDACIÓN EN ESPAÑA

POR

D. JOSÉ PEÑA GONZÁLEZ

Centro de Enseñanza Superior. Luis Vives. CEU. Madrid

Una de las novedades de la actual Constitución Española ha sido la regulación por primera vez en nuestra Patria del derecho de fundación, contemplado en el artículo 34 de la Ley de Leyes y con arreglo al siguiente tenor literal.

Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la ley.

Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22.

Hasta entonces el fenómeno de las fundaciones estaba obviamente contemplado en los textos jurídicos españoles pero lo que ha venido a completar la Constitución ha sido precisamente su constitucionalización, es decir reconocerle una entidad propia de la que hasta entonces había carecido, amén de un mayor rango jurídico. Tradicionalmente el derecho de fundación se había considerado como parte integrante del derecho de asociación, tal y como ha puesto de relieve entre otros Oscar Alzaga, igual que sucede en el ámbito del Derecho Comparado donde se considera como «corolario lógico del derecho de asociación y propiedad». El que tradicionalmente estuviese regulado conjuntamente con el derecho de asociación explica el hecho de que en el Anteproyecto Constitucional publicado en el BOE de 5 de enero de 1978, el citado derecho de fundación estuviera contemplado en el artículo 22 del futuro texto constitucional.

Cabría preguntarse los motivos que explican el hecho de la no regulación constitucional de un derecho tan importante tanto en España como en el extranjero. La respuesta es de índole política y económica. Desde el punto de vista político suscitaba recelos una

institución generalmente afecta al mundo eclesiástico y que contaba con fuertes recursos económicos y gozaba en casi todos los países de privilegios fiscales. Los Reyes de Francia fueron los primeros en advertir el peligro que podrían suponer las fundaciones e hicieron lo posible por controlarlas ya desde el siglo XV. Más tarde sería la Revolución la que llevaría a sus últimas consecuencias esta política que se agravaría durante el movimiento constitucional con sus teorías desvinculadoras y desamortizadoras al preconizar la libertad total de los bienes y el levantamiento de las llamadas «manos muertas» y su conversión obligatoria en Deuda Pública. Al planteamiento económico hay que unir también la faceta social con todo lo que ello conlleva. El tema de las fundaciones va ligado a la función social de la propiedad, cuestión vidriosa que ha suscitado muchos celos a lo largo de la historia.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico el derecho de fundación reconocido en el artículo 34 de la CE refleja en opinión de Merino Merchán a la estructura de «un negocio jurídico por el que se asigna una masa patrimonial —acto de liberalidad— al cumplimiento de un fin de interés general». De lo que se deduce que los elementos claves de las fundaciones son dos. De una parte una dotación patrimonial que garantice el cumplimiento de los fines y de otra una tutela administrativa, antigua teoría del protectorado, que evite la posible utilización fraudulenta de la fundación para fines privados. Se trata en opinión de Merino de un derecho público subjetivo en la línea de los conformados por la dogmática alemana en general y Jellinek en particular. Se trata de un patrimonio afectado a un fin al que se reconoce personalidad jurídica propia. Su origen es un acto de voluntad derivado de una norma de derecho privado, que sin embargo persigue un fin público. De ahí que para López Jacoiste el derecho a crear fundaciones es una consecuencia directa de los derechos de la personalidad.

Durante mucho tiempo el concepto de fundación apareció mezclado y confundido con el de corporación. Gracias al esfuerzo de los canonistas y Gierke se acabó distinguiendo entre CORPORACIONES (*universitas personarum*) y FUNDACIONES (*universitas bonorum*) lo que abría nuevos caminos en la configuración jurídica del concepto de fundación. La jurisprudencia del Consejo de Estado francés no fue ajena a este esfuerzo diferenciador entre fundaciones y corporaciones aunque siguiendo la moda al uso incluyera ambas dentro del mismo derecho de asociación. En las fundaciones confluyen por su propia naturaleza normas de derecho civil y de derecho administrativo y por lo que a nuestra patria se refiere a partir del artículo 34 normas de derecho constitucional.

Por lo que al derecho civil se refiere en España viene regulado en el artículo 35 de nuestro Código que resalta el fin público de la misma en línea coincidente con los «fines de interés general» previstos en el párrafo primero del artículo 34 de la Constitución. Gracias a esa previsión de los constituyentes, las fundaciones son cauces a través de los cuales los intereses privados pueden ponerse al servicio de los intereses generales, exactamente al contrario de lo que podía suponerse y que se manifestó en varias intervenciones de los grupos parlamentarios socialista y comunista en el debate constitucional. En honor a la verdad hay que señalar que la posibilidad de afectar patrimonios a las fundaciones para desviar bienes desde el interés general al particular, no era una hipótesis rechazable tal y como había vislumbrado sagazmente hace muchos años en un resonante trabajo el profesor De Castro y Bravo. Con la actual redacción constitucional el tema en principio está descartado.

Como se ha señalado más arriba el primer anteproyecto constitucional situaba el derecho de fundación dentro del artículo 22. Más tarde el Senado y posteriormente la Comisión Mixta lo ubicaría definitivamente en el artículo 34 de su actual redacción. El hecho es importante. Al salir del artículo 22 pierde la superprotección jurídica de la sección primera del capítulo segundo del título primero, que sí mantiene el derecho de asociación. Tampoco es susceptible de recurso de amparo a tenor de lo establecido en el artículo 41,1 de la LO 2/1979 de 3 de octubre del Tribunal Constitucional, por lo que sólo cuenta con la protección jurisdiccional ordinaria. Su desarrollo se hace por ley ordinaria ya que no le afecta la reserva material de ley orgánica del artículo 81.1, y queda excluido de la potestad reglamentaria del artículo 97. La garantía del derecho de fundación viene reflejada en el párrafo primero del artículo 9 y del artículo 53.1 que establece:

«Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II 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 161.1.a.)»

Continuando con el análisis del artículo 34 nos encontramos con un segundo párrafo que viene a completar y matizar el alcance del derecho de fundación. Según el texto literal le son de aplicación a las fundaciones los apartados 2 y 4 del artículo 22 de la Constitución, artículo que como es sabido constitucionaliza el derecho de asociación. Pues bien el apartado número 2 de dicho artículo afir-

ma textualmente: «Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.» A su vez el párrafo 4 del mismo artículo establece: «Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.»

Obsérvese que el citado párrafo sólo se refiere a la suspensión y disolución, no por ejemplo a la aprobación. Por otro lado se evita que la vigencia de una fundación dependa de la decisión discrecional de la administración pública.

Pero siguiendo con el análisis constitucional del tema de las fundaciones, hay que relacionar este derecho con otros artículos del mismo texto constitucional que de alguna manera pueden afectarle. En primer lugar con el artículo 33 que reconoce el derecho a la propiedad privada y la herencia, así como la función social de la propiedad. El artículo 39.1 que encomienda a los poderes públicos la protección social, económica y jurídica de la familia. El artículo 40 que en su párrafo 1.º establece que «Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo». En el artículo 38 se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. El artículo 44 es fundamental por lo que a las fundaciones se refiere. Dice textualmente: «Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura a la que todos tienen derecho.» En el párrafo 2.º del mismo artículo se afirma: «Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.» El artículo 46 obliga a los poderes públicos a la conservación del patrimonio histórico artístico de todos los pueblos de España, siendo este un campo especialmente apto para la acción de las fundaciones. El artículo 48 establece que los poderes públicos promoverán las condiciones para la más completa participación de la juventud en el desarrollo social político y cultural. En el 49 se afirma que los poderes públicos velarán por la rehabilitación e integración de los disminuidos físicos. En el 50 se constitucionaliza el tratamiento de la llamada tercera edad, y en el artículo 148.17 se reconoce como competencia de las CC.AA. el fomento de la cultura e investigación en su ámbito territorial. Todos estos artículos de la Constitución tendrán que ser tenidos en cuenta de una u otra forma a la hora de elaborar y aprobar una ley de fundaciones que desarrolle el artículo 34 de la Constitución.

En el momento presente la situación desde el punto de vista ju-

rídico constitucional es la siguiente: Con fecha 28 de diciembre de 1992 la Mesa del Congreso de los Diputados acordó remitir a la Comisión de Justicia e Interior de la Cámara, conforme al artículo 148 del Reglamento el proyecto de Ley de Fundaciones remitido por el Gobierno. Dicho proyecto se publica en el Boletín General de las Cortes Generales núm. 122-1 de 30 de diciembre de 1992, abriéndose un plazo de enmiendas que termina el día 17 de febrero de 1993.

En la exposición de motivos se destaca la importancia que en la vida social ha adquirido el ejercicio del derecho de fundación, así como el mandato constitucional de desarrollarlo por medio de la ley. Se advierte que hasta la fecha toda la normativa por la que se rige este derecho es preconstitucional, haciéndose hincapié en la gran maraña legislativa actualmente en vigor. Por todo ello el legislador pretende con este proyecto los siguientes objetivos:

1.º Acomodar la regulación de las fundaciones a la Constitución y a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

2.º Ofrecer una regulación sistemática, ordenada y precisa de las fundaciones acorde con la trascendencia económica, jurídica y social del hecho fundacional.

3.º Unificar el régimen aplicable a todas las fundaciones y garantizar el cumplimiento de los fines fundacionales que han de ser necesariamente de interés general. A este fin el protectorado actuado por las Administraciones Públicas se configura en el Proyecto de Ley como instrumento garantizador del recto ejercicio del derecho de fundación, sin incidir en un intervencionismo que pudiera ser esterilizante y perturbador.

A continuación el Proyecto de Ley enumera los principales antecedentes normativos del derecho de fundación vigentes en España. Son los siguientes:

a) Ley de 20 de junio de 1849, General de Beneficencia.

b) Código Civil, piedra angular del derecho privado de las fundaciones.

c) Decreto e Instrucción de 14 de marzo de 1899, pieza básica del régimen jurídico público de las fundaciones asistenciales puras y mixtas.

d) Decreto 2930/1972, de 21 de julio, dictado en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 137 de la Ley General de Educación, de 4 de agosto de 1970. Esta norma es aplicable sólo a las fundaciones culturales y docentes.

e) Para casos concretos hay que tener en cuenta el Real Decreto de 20 de julio de 1926 de Instituciones y fundaciones benéfico-docentes particulares de enseñanza agrícola, pecuaria o minera, el Decreto 446/1961, de 16 de marzo, sobre fundaciones laborales; las previsiones contenidas en las leyes fiscales en relación con los beneficios fiscales que se le reconocen y los Decretos de 1923 y 1928 sobre enajenación y arrendamiento de bienes de fundaciones, o las recientes disposiciones sobre contabilidad y rendición de cuentas de fundaciones asistenciales.

El presente proyecto de ley se dicta en ejercicio de las competencias atribuidas al Estado por el artículo 149.1.1 a, 8 a y 6 a de la Constitución, y consta de siete capítulos con un total de 38 artículos, 4 Disposiciones Adicionales, 3 Transitorias, 1 Derogatoria y 3 Finales.

Con anterioridad tuvo lugar la entrada del Proyecto de Ley de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general remitida por el Gobierno y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 89-1 actualmente paralizado en fase de dictamen en la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda del Congreso de los Diputados. Se trata del Proyecto, vulgarmente conocido como Ley de Mecenazgo, de gran importancia para el tema de las fundaciones.

Para terminar, aplaudir la gran sensibilidad de que hicieron gala los Constituyentes españoles al incluir el derecho de fundación en la Constitución vigente, y reconociéndolo de alguna manera como la expresión de lo mejor de la sensibilidad social de la iniciativa empresarial privada por cuanto es la forma institucional más depurada a través de la que, esa iniciativa, devuelve a la sociedad parte de sus legítimos beneficios y contribuye al progreso de su entorno.