

CONSTITUCION, FUNDACIONES Y SOCIEDAD CIVIL (*)

POR

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

SUMARIO: I. La constitucionalización del derecho de fundación y su significado. Garantía de instituto y garantía institucional. El derecho de fundar como derecho subjetivo y como derecho de libertad.—II. La razón histórica del artículo 34 de la Constitución en la situación insostenible del Derecho preconstitucional de fundaciones. El arranque de la legislación en su disolución y prohibición de establecer nuevas fundaciones en la Ley desvinculadora de 1820. El derecho de fundar como excepción a esa prohibición general limitada a fines benéficos, Ley de 1849. Interpretación restrictiva de la excepción. La imposición de la conversión de los patrimonios fundacionales en lámparas del Estado. Los beneficiarios como colectivos indeterminados indigentes. Prohibición de contraprestaciones. Administración rigurosa por el Protectorado y atribución legal a éste de la representación del fundador.—III. La segunda gran sima histórica de las fundaciones por el fenómeno inflacionario. Las iniciativas para prevenir ese riesgo. La Ley Villar de 1970 y la derogación formal (aunque sólo para las fundaciones culturales) de la regla desamortizadora. Aparición de otras fundaciones atípicas: laborales, de la construcción.—IV. A) La ruptura por el artículo 34 de la Constitución de ese corsé ahogador. Trascendencia de la calificación del derecho de fundar como derecho fundamental: principio general y no excepción restrictiva, efecto normativo directo del artículo 34 sobre todo el Derecho preconstitucional. B) El derecho de fundar no puede limitarse sino por la cláusula de interés general. Ruptura del principio de tipificación específica de los fines fundacionales. Posibles fines lícitos fuera de los tipos tradicionales. C) Transformación del Protectorado. Fin de la representación necesaria de la voluntad del fundador. D) Sobre la naturaleza declarativa y no constitutiva del acto de fundación. E) Desaparición del régimen general de autorizaciones para ciertos actos de las fundaciones. F) Fin de la regla desamortizadora. La corrección del principio económico de la congelación absoluta y rígida del patrimonio fundacional y la admisión normal de patrimonios dinámicos y sustituibles. La admisibilidad de la fundación empresa y sus cautelas.—V. La protección y el estímulo de las fundaciones como problema primordial.—VI. Algunas conclusiones: La necesidad de una Ley de Fundaciones en desarrollo del artículo 34 de la Constitución. La dificultad de la dispersión de Protectorados. Pero el efecto normativo directo de la Constitución es ya operativo. El tema de las competencias autonómicas. Los títulos constitucionales para una Ley general del Estado.—VII. La hora de la sociedad civil y de la libertad. Las fundaciones como creación característica de la sociedad civil. La práctica fundacional, no obstante sus enormes limitaciones y riesgos, acredita una energía especialmente viva de la sociedad civil española, a la que el Estado debe dar cauce suficiente.

(*) Este trabajo está dedicado a la memoria del gran jurista José Luis LACRUZ BERDEJO, de quien fui fraternal amigo durante más de cuarenta años. Se publicará, por esta razón, en su *Libro Homenaje*, de próxima aparición.

I

Por mi condición de jurista, tengo la obligación de abordar este tema desde la perspectiva del Derecho. Y ya instalados en esta perspectiva, el primer dato, el dato esencial del Derecho de fundación es que, en su condición de derecho subjetivo (derecho de fundar o de crear fundaciones), aparece en la tabla de los derechos fundamentales de la Constitución, artículo 34. Es ésta una novedad absoluta, tanto respecto de toda nuestra historia constitucional como en el panorama del Derecho constitucional comparado. Pero entiendo que 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. Cualquier concepto que entra en la Constitución recibe de esta entrada efectos importantes, y esto ocurre, a mi juicio, como vamos a ver inmediatamente, con el artículo 34.

Un prestigioso constitucionalista, que es además Magistrado del Tribunal Constitucional, Francisco RUBIO LLORENTE, dijo en el curso sobre Fundaciones organizado en la Escuela Libre de Derecho y Economía en 1989, y que está a punto de aparecer en la Editorial Cívitas, que a su juicio el artículo 34 sólo contenía una «garantía de instituto». Esta expresión procede de un famoso y ya clásico artículo de Martin WOLFF en el año 1923, a propósito de la Constitución de Weimar. Concepto éste de la garantía de instituto que perfeccionará unos años más tarde Carl SCHMITT hasta convertirlo, ampliando su alcance, en el concepto de garantía institucional.

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 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.

El problema es si esa exigencia se cumple con cualquier Ley que disponga cualquier cosa con cualquier contenido. Aquí realmente es donde la aportación de Carl SCHMITT sobre el concepto de garantía institucional tiene importancia. Este concepto ha sido explícitamente acogido por el Tribunal Constitucional desde una famosa Sentencia de 28 de julio de 1981, que lo aplicó a propósito de la institución de la provincia y que luego ha aplicado en alguna otra

ocasión, y cuyos conceptos básicos me voy a permitir recordar. Dice el Tribunal Constitucional que esta garantía institucional supone la voluntad del constituyente de preservar 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 le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real para convertirse en un simple nombre.

La fórmula de la garantía institucional pretende (y en esto amplía al concepto anterior de simple «garantía de instituto»), por consiguiente, mantener la permanencia de la institución, tal como sea reconocible por la conciencia social de la época, pero una conservación no implica una petrificación de la institución; no es, pues, que el Derecho regulador de la institución en el momento en que la Constitución ha venido a recogerla quede, sin más, intangible para el legislador. El legislador podrá modificarla, podrá y deberá adaptarla a los cambios sociales, pero respetando siempre su contenido esencial. La existencia de ese contenido esencial intangible por el legislador se deduce también del texto del artículo 53.1 de la Constitución, al establecer que «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 contenido de tales derechos». El artículo 34 está incluido en el Título Primero de la Constitución, dentro del catálogo de los derechos fundamentales del capítulo II del Título I, a que el artículo 53.1 se refiere, aunque no sea entre los derechos fundamentales de especial protección, los protegibles a través del recurso de amparo. El legislador debe, pues, respetar el contenido esencial del derecho de fundación. Vamos a reflexionar sobre cuál puede ser, en 1990, ese contenido esencial.

Antes de entrar en ello, 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. El artículo 34 de la Constitución dice en su apartado 1.º: «Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley». Lo enuncia, pues, como una facultad subjetiva. El párrafo 2.º remite a lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22 que regula las asociaciones, y que es concretamente la limitación de la ilegalidad de éstas a las

que persigan fines tipificados como delitos, y la garantía judicial sobre su funcionamiento y disolución. Las dos garantías, por cierto, van en el mismo sentido de reforzar la configuración del derecho de fundación como un derecho de libertad.

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. Es un derecho facultad, un derecho subjetivo, un poder reconocido a todos los ciudadanos. Además, según la propia jurisprudencia, muy reiterada, del Tribunal Constitucional, todos los derechos fundamentales producen por sí mismos un efecto directo, de modo que alteran sin necesidad de cambiar el régimen jurídico existente preconstitucional en todo lo que resulte necesario para el despliegue plenario de este derecho fundamental. Por consiguiente, cuando el artículo 34 de la Constitución dice que el derecho se reconoce «en los términos que establezcan las leyes» no hay que entender, de ninguna manera, que está efectuando una remisión en blanco al legislador para que configure el derecho de fundación y para que lo regule de la manera que, en cada momento, pueda entender oportuna. Por el contrario, los conceptos de garantía institucional, los conceptos de respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales a que se refiere el artículo 53, obligan a preservar precisamente un núcleo que es indisponible por el legislador.

II

Paremos mientes, por un momento, sobre cuál ha podido ser la razón de esta inclusión del derecho de fundación en la Constitución. Contra la opinión, que es casi general en los comentaristas de la Constitución, que afirma que ha sido una oficiosidad del constituyente y que carece propiamente de contenido, yo entiendo que esta constitucionalización del derecho de fundación como un derecho fundamental, nada menos, es absolutamente positiva y es trascendental en sus efectos. Antes decíamos que no en vano se calificaba cualquier derecho de derecho fundamental en el texto supremo.

En concreto, la justificación viene de la situación preconstitucional de la regulación de este derecho, que es una situación, en la que formalmente continuamos, esencialmente asistemática, confusa, fragmentaria, tributaria de concepciones sociales, jurídicas y eco-

nómicas, y políticas incluso, hoy totalmente superadas, que proceden de la primera mitad del siglo XIX y que además, hay que decirlo rotundamente, han producido efectos catastróficos sobre la vida de las Fundaciones.

Recordemos, esquemáticamente, cuál es esa regulación preconstitucional que es sustancialmente la aún existente, puesto que en los once años de Constitución no se ha dictado todavía ninguna norma sustantiva nueva que regule este derecho, aunque el Ministerio de Asuntos Sociales ha prometido una próxima Ley sobre la materia dentro de esta misma legislatura. Entiendo que esa Ley es absolutamente imprescindible, por las razones que inmediatamente veremos.

Toda la regulación del régimen de fundaciones arranca de la legislación desvinculadora y desamortizadora. La Ley de 11 de octubre de 1820, de supresión de las vinculaciones, que fue derogada al acabar los Cien Mil Hijos de San Luis con el régimen liberal en 1823, pero que se restablece en su vigencia en 1836, tiene dos artículos capitales. El artículo 1.º, que dispone la disolución de todas las fundaciones existentes, y el artículo 14, que prohíbe la constitución de nuevas fundaciones; preceptos sobre los que rara vez se ha llamado la atención.

El artículo 1.º dice: «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 los absolutamente libres».

Esta afirmación categórica constituye la primera gran sima histórica donde desaparece todo el importantísimo mundo de las fundaciones del Antiguo Régimen. Entre lo que desaparece están las Universidades, nada menos. Las Universidades históricas hasta que se reconstituyan ya desde la perspectiva de puros servicios administrativos, según el modelo napoleónico, esencialmente por la Ley Moyano de 1845, eran fundaciones, cuyos bienes fueron puestos en estado público de venta, como consecuencia de la legislación desamortizadora que se expresa en el citado precepto de disolución. Puesto que este precepto de disolución dispone que los bienes se convierten en libres, hay una apropiación de estos bienes fundacionales por los patronos de sangre, los patronos que son de la familia del fundador; y cuando no hay patronos de sangre, hay una conversión de estos bienes en bienes nacionales y su puesta en pública subasta.

La Universidad de Alcalá, por ejemplo, está tratando penosamente de reconstruir su patrimonio histórico que fue vendido, pura y simplemente, al mejor postor, y además en unas subastas muy poco competitivas, a lo largo del proceso desamortizador.

Pero, al lado de las Universidades están todas las obras pías, esencialmente tuteladas por la Iglesia, que se entendía que era el gerente y el tutor especial de la caridad, en versión religiosa de lo que luego se llamará, con un concepto ya secularizado, la beneficencia. Todos los patronatos, todas las fundaciones históricas que funcionaban como vinculaciones de bienes, patrimonios afectos a una finalidad, regidos por unos patronatos, todo esto, repito, desaparece en la enorme sima histórica que abre ese simple precepto.

Pero a la vez que dispuso la disolución de las fundaciones existentes, la Ley de 1820 contiene otro precepto, el artículo 14, que es una prohibición formal de volver a constituir entidades de esta naturaleza. «Nadie podrá en lo sucesivo —dice— aunque sea por vía de mejora ni por otro título ni pretexto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía ni vinculación alguna sobre ninguna clase de bienes, ni prohibir directa o indirectamente su enajenación. Tampoco podrá nadie vincular acciones sobre bancos u otros fondos extranjeros». Aunque no se citan *expressis verbis*, es patente que la prohibición incluye las fundaciones, aludidas por una serie de términos equivalentes en el uso jurídico de la época.

Sobre esta prohibición formal se va a montar todo el Derecho de fundaciones sobre el cual seguimos aún viviendo, a través de la formulación, mediante la Ley de 20 de junio de 1849, Ley que sigue siendo la fundamental de nuestro Derecho de fundaciones, de una sola excepción a dicha prohibición general. Frente a la regla general prohibitiva absoluta, una sola excepción admitirá la Ley: las fundaciones cuyas finalidades sean la persecución de fines benéficos privados. Ahora bien, se trata de una excepción a una regla general; por consiguiente, es de interpretación restrictiva y a la cual se entiende justificado aplicar toda clase de rigores.

Por de pronto, esos rigores implican la sustitución preceptiva de los bienes físicos, del dinero, incluso, con el que se constituía por el fundador el patrimonio fundacional. Aquí entra en juego la filosofía de la desamortización y de la proscripción de las «manos muertas». Todos esos bienes aportados por el fundador (algunos con un significado especial: su propia casa, por ejemplo, o algún inmueble y muebles con relación específica con el objeto de la

fundación), todo el patrimonio aportado por el fundador deberá ser sustituido por las famosas láminas intrasferibles del Estado. Por otra parte, se impone la gratuidad absoluta de todos los cargos de Patrono para evitar que por la vía retributiva puedan restablecerse efectivas vinculaciones. En fin, se establece que todas las prestaciones que se financien con las rentas del patrimonio fundacional deberán hacerse en favor de colectivos indeterminados, de nuevo por la preocupación de que pudiesen reaparecer por el lado de los beneficiarios las proscritas vinculaciones con el mismo fin. Se establece el requisito famoso de la indigencia de los beneficiarios, pensando de nuevo en excluir la clase privilegiada de los mayorazgos. Por último, la prohibición absoluta de obtener cualquier contraprestación económica en pago o en retribución o en compensación, simplemente, de los servicios prestados obedece a la misma técnica reductora. Se pretende que la fundación viva de forma exclusiva de las rentas que produzcan las láminas intransferibles, un patrimonio, pues, absolutamente congelado, insusceptible de diversificación o de cualquier dinamismo. En conjunto todas estas reglas, como se comprende, dejan un margen estrechísimo para la actuación operativa de las fundaciones, si las comparamos con lo que es usual en otras latitudes y aun en el más evidente interés general.

Estas limitaciones fueron administradas, por añadidura, mediante un control sumamente rígido y éste es el origen de la institución del Protectorado, curiosa palabra, no aplicada más que en este ámbito fundacional, desconocida en otros ámbitos administrativos y que pretende evitar la defraudación de la prohibición general de constitución de nuevas fundaciones, prohibición únicamente exceptuada en el campo específico de la beneficencia particular.

El Protectorado se atribuirá, además, la función de proteger la voluntad del fundador, de la cual se erige en representante *ministerium legis* la propia Administración, tantas veces contra lo que de esa voluntad, expresa o tácitamente, cabría inferir.

III

Es realmente admirable, y dice mucho en favor del espíritu altruista de la sociedad española de todos los tiempos, que no obstante la estrechez de esa excepción sobre la que el Derecho de fun-

daciones se organiza, no obstante el rigor con que la legislación y la práctica administrativa administraron esa excepción, se inicie entonces una nueva y poderosa corriente fundacional. Hay que decir que prácticamente toda ella ha sido perdida de nuevo como consecuencia del proceso inflacionario que se desata, sobre todo, a partir de la primera posguerra mundial y que opera de una manera mortal sobre la patrimonialización de las fundaciones en láminas del Estado cuyo valor nominativo se mantiene fijo.

Es la segunda gran sima histórica donde desaparece prácticamente otro siglo entero de fundaciones altruistas.

Para evitar esta consecuencia que venía a considerar virtualmente tirar el dinero el dedicarlo a una fundación, dada la normalidad del proceso inflacionario y la fatalidad de la erosión de los patrimonios, la práctica social arbitró una serie de fórmulas, que son las que han permitido que la institución fundacional llegue, con relativa buena salud, a nuestros mismos días. Estas fórmulas han sido las cláusulas de «a fe y conciencia», que dispensa a los patronatos de la obligación de rendir cuentas al Protectorado y, sobre todo, a efectos de conseguir una patrimonialización económicamente más sana y con el fin de evitar la conversión obligatoria en láminas intransferibles del Estado de los patrimonios fundacionales, la disposición imaginada por los notarios, hay que decir que en época relativamente reciente, de la cláusula resolutoria de disolución de las fundaciones, con reversión de los bienes al fundador o a sus herederos, en el caso de que el Protectorado impusiese esa conversión obligatoria del patrimonio en deuda pública.

Así surge, y me parece que es el primero de los grandes ejemplos, la Fundación Juan March, con una cláusula resolutoria de esta naturaleza, que ha sido la más poderosa de las fundaciones españolas, quizá hasta hace unos meses, en que según he leído en la prensa (naturalmente, no tengo ninguna otra fuente de información), el testamento de D. Ramón Areces ha dejado como heredero principal de su fortuna a la Fundación que lleva su nombre.

Estas cláusulas fueron admitidas en general como «a más no poder», para usar un término jurídico histórico, porque era el precio que había que pagar para que la institución fundacional no pereciese. Los Protectorados, en los actos de clasificación que, en la práctica, han venido funcionando como una serie de pactos entre los fundadores y el Estado, que tiene consecuencia trascendental

para el desarrollo de toda la vida ulterior de la fundación, concluyeron por admitir esas cláusulas.

Así llegamos a 1970, fecha en la que la Ley General de Educación de Villar Palasí incluyó un artículo sobre todo deslegalizador, el 137, virtualmente sin otro contenido, aunque admitiendo ya que las fundaciones pudiesen «poseer toda clase de bienes», lo que supone la abrogación del criterio desamortizador de conversión forzosa de los patrimonios en deuda pública. Se abrió así a la potestad reglamentaria la posibilidad de una regulación nueva de las fundaciones culturales.

Este es el origen del Reglamento de Fundaciones Culturales de 21 de julio de 1972, única norma moderna en el seno de un cementerio de normas arcaicas, no derogadas formalmente, cuya sola lectura perturba el ánimo de los ciudadanos mejor dispuestos para establecer una fundación. El Reglamento recoge el criterio derogatorio de la legislación desvinculadora, que había formulado (aunque sólo para las fundaciones de este Protectorado específico) el artículo 137 de la Ley General de Educación.

Aun sin haber mediado esa derogación en su alcance general, otra serie de disposiciones puramente reglamentarias, en ningún caso legales, han ido creando otros tipos posibles de fundaciones a las que no se impone el criterio desamortizador, quizá por la conciencia de que el mismo está ya, en cierto modo, desconectado del sentido general del ordenamiento y por ello tácitamente derogado. Así las fundaciones laborales, por un Decreto de 1965, las de construcción por un Decreto de 1968. Hay que decir que se invoca un precepto legal general, el del artículo 35 del Código Civil, pero su misma generalidad, su carácter abstracto e inespecífico le ha hecho escasamente operativo.

IV

A) Pues bien, entiendo que el artículo 34 de la Constitución ha venido a romper con acierto y lucidez todo ese corsé absolutamente inadmisiblemente que ha venido ahogando hasta la fecha, desde hace más de cien años, todo el Derecho de fundaciones. No puede ya más considerarse, no puede concebirse en modo alguno este derecho fundamental de fundaciones como una excepción rigurosamente administrada respecto de una prohibición general, sino que el derecho

de fundación, por el mero hecho de su incorporación al catálogo de los derechos fundamentales, ha pasado a ser hoy la regla general, no la excepción de una prohibición. De tal manera que, como ocurre con las instituciones jurídicas de esta naturaleza, hoy las limitaciones de este derecho no se presumen, tendrán que justificarse por una Ley formal expresa, Ley que, además, deberá preservar su «contenido esencial», todo según dispone el artículo 53.1 de la Constitución. Del hecho de la calificación de este derecho nada menos que como derecho fundamental, es decir, como un derecho que el artículo 10.1 de la Constitución llama «fundamento del orden jurídico y de la paz social», resulta que precisamente se ha erigido en principio general él mismo, con una importancia destacada en el conjunto del ordenamiento.

Hoy lo normal no será restringir, condicionar, limitar, ese derecho, fiscalizarlo hasta el extremo, en nombre de su configuración como una excepción puramente casuística a una regla general, sino que, tratándose de un derecho fundamental, la actitud general de los poderes públicos tiene que cambiar radicalmente; su actitud habrá pasado a ser la de la protección, la del estímulo, la de buscar su mayor efectividad, no por ninguna razón retórica, sino porque lo impone así, en estrictos términos de Derecho, el artículo 9.2 de la propia Constitución: «Corresponde a los poderes públicos —dice el precepto— promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivos; remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Todos y cada uno de esos conceptos resultan aplicables al derecho de fundación como derecho de libertad. Esa libertad, la que alude al artículo 9, no es un simple *nomen juris* abstracto, vagamente retórico; esa libertad es, por de pronto, la libertad desenvuelta a lo largo del Título I de la Constitución, bajo la etiqueta de derechos fundamentales y entre ellos, por tanto, el derecho de fundación. El mandato constitucional es inmediatamente operativo y rige, por consiguiente, también respecto del artículo 34.

Por de pronto, el derecho de fundar hay que decir, que por virtud del carácter normativo directo de la Constitución, tiene ya una virtualidad principal y plena, debiendo entenderse que ha quedado rota su anterior concepción como derecho excepcional y restringido. La eficacia de los preceptos constitucionales sobre derechos fundamentales, como ha dicho tantas veces el Tribunal Constitu-

cional, no necesita de Leyes de desarrollo específico. Hay una jurisprudencia especialmente importante a propósito del derecho a la objeción de conciencia. Este derecho está reconocido en el artículo 30 de la Constitución. El Estado no había dictado ninguna Ley y, bajo capa del silencio del legislador, no se reconocía en la práctica esta objeción de conciencia. El Tribunal Constitucional dispuso, por el contrario (Sentencia de 27 de octubre de 1987), que ese derecho era inmediatamente operativo desde la entrada en vigor de la norma constitucional, y que la legislación, cuando viniese, podría regularlo y debería regularlo, pero en tanto no viniese esa legislación no se podía poner ningún obstáculo o limitación a la efectividad del derecho a objeción de conciencia. Y ése ha sido el origen de la actual acumulación de objetores de conciencia, de la insuficiencia radical de servicios civiles sustitutorios, situación de la que es culpable el propio Estado, justamente por su pasividad, por la omisión legislativa en el desarrollo de ese derecho fundamental.

B) Por consiguiente, hoy, el derecho de fundar entendido como derecho subjetivo de establecer 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, ese derecho no se puede limitar al estrechísimo, al rigurosísimo cuadro normativo existente. Refiriéndonos al Derecho preconstitucional, habría que hablar de un principio de tipificación de las fundaciones. Supuesta la regla general de la prohibición de fundar, únicamente las excepciones jugaban respecto de supuestos específicos, previstos concretamente por las Leyes, y esos supuestos específicos eran la beneficencia, la cultura (ésta sin más respaldo legal que la Ley Villar, puesto que la Ley de Beneficencia de 1849 contemplaba sólo acciones benéficas culturales, pero no fundaciones culturales no estrictamente benéficas), las laborales y las de construcción.

Hay que decir que también la práctica administrativa había venido ya a corregir un poco la estrechez de esa tipificación estricta con la admisión de las fundaciones mixtas. Siempre que esté alguna de esas finalidades en el cuadro de fines de la fundación, se aceptaba la clasificación de las mismas, y bajo esta perspectiva se abrieron paso —mediante la clasificación fundacional— entidades ordenadas a otros fines no estrictamente típicos.

Hoy entiendo que vale constituir fundaciones para cualquier fin, siempre que sea de interés general, que es la única exigencia del artículo 34 de la Constitución, que se impuso durante el debate constitucional, durante la elaboración del texto constitucional en el Senado, precisamente, fruto de una enmienda del Profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO. La regla estaba ya en el artículo 35 del Código Civil e intenta, sobre todo, excluir las fundaciones familiares y de interés privado. Es aquí obligado referirse a una polémica científica de primer orden, la de don Federico DE CASTRO con CÁRDENAS, en la que la opinión de don Federico DE CASTRO pasó a ser absolutamente inconvencible y que incluso fue recordada en el momento de la elaboración del texto de la Constitución en la enmienda del Profesor RETORTILLO, como antes he dicho.

¿Qué fines pueden ser los de interés general? La cláusula es abierta, como se comprende: cualquiera. Hoy el principio de tipificación de las fundaciones ha desaparecido. Puede haber una fundación, y de hecho la hay, yo mismo soy patrono de una de ellas, para la protección del medio ambiente. Y esto no es ni benéfico, ni cultural, ni laboral, ni de construcción. Pero está evidentemente dentro del marco abierto por el artículo 34. Puede haber perfectamente, a mi juicio, una fundación que organice prestaciones sanitarias no benéficas, lo cual, siempre que sea de interés general, y en principio la asistencia sanitaria lo es, entiendo que es un fin perfectamente lícito, que entra dentro del ámbito abierto por el artículo 34 de la Constitución. No podría ponerse objeción alguna, en nombre de las anticuadas, arcaicas reglas que rigen en materia de fundaciones benéficas. Parece innecesario seguir poniendo ejemplos hipotéticos de fundaciones posibles, bastando recordar que cualquiera lo será si su fin principal puede entrar en el concepto jurídico indeterminado de fines de interés general, que es el único límite que la Constitución impone al derecho subjetivo de fundar.

C) Esto obliga también a entender que la institución del Protectorado deba de sufrir una transformación radical en la futura Ley, aunque hay que entender que la ha sufrido ya como consecuencia del efecto normativo directo del artículo 34. Hoy el Protectorado no tiene que tratar, que es su configuración originaria, de reducir una excepción rigurosa a unos límites estrictos, y además a la famosa representación necesaria de la voluntad del fundador. Entiendo que, después del artículo 34 de la Constitución, que con-

cibe el derecho de fundación como un derecho de libertad, según he dicho, el fundador es libre de cualquier forma de delegación y tuición de su voluntad, siempre que no se defraude con ello el interés general, que es el único límite sustantivo. Yo entiendo, por ejemplo, que un fundador puede decir que cualquier duda que haya sobre su voluntad sea suplida o sea interpretada, pongo por ejemplo, por la Iglesia, por cualquier Iglesia, naturalmente, no sólo la Católica; o por una entidad pública, el Municipio de donde es natural o vecino el fundador, circunstancia a la que suelen ser especialmente sensibles muchos fundadores; o incluso un grupo de personas, un claustro universitario; y, por qué no, una persona determinada, designada por su nombre civil o por una cualidad (el Decano de un Colegio Profesional, el Ministro de tal departamento, el propio patronato de la fundación si así lo desea).

Entiendo que esta cláusula sería perfectamente lícita desde la perspectiva del efecto directo del artículo 34 y hay que desear que en la futura Ley de Fundaciones así se establezca de una manera explícita. El interés general no alcanza a que la libertad del fundador se restrinja a este hecho básico de quién ha de ser el representante ulterior de su voluntad, siempre que se trate de una interpretación de la misma y no de una sustitución.

Entiendo que únicamente en el silencio del fundador podrá la Administración arrogarse la facultad de representar su voluntad, pero no contra esta misma voluntad.

D) Otro tema sobre el que conviene reflexionar es sobre el acto administrativo de clasificación de las fundaciones. Estimo que este acto administrativo, que se ha tenido como acto constitutivo del nacimiento de la personalidad jurídica de la fundación, ha dejado de ser un acto constitutivo de declaración del surgimiento de la personalidad jurídica. La constitución del ente sale de la propia decisión del fundador, ejercitando un derecho fundamental reconocido. (La misma remisión del segundo párrafo del art. 34 al art. 22, que regula el derecho de asociación, permite corroborarlo con un argumento adicional).

El acto de clasificación ha pasado a ser, pues, un acto declarativo. Así lo había dicho el Tribunal Supremo, en alguna ocasión, en base al artículo 35 del Código Civil, cuanto más hoy en base al artículo 34 de la Constitución. Algunas Sentencias, en efecto, habían dicho que el surgimiento de la personalidad jurídica estaba

en el negocio de fundación, pero de ninguna manera en el acto administrativo de clasificación. Este acto administrativo de clasificación es muy importante, naturalmente, no se trata de disminuir su significación, pero lo es, sobre todo, como una exigencia a efectos de que puedan jugar los beneficios, el régimen de protección a que la fundación tiene derecho, especialmente en materia fiscal.

E) También deben desaparecer, a mi juicio, de las facultades del Protectorado todas las viejas autorizaciones, para litigar, para aceptar herencias, para enajenar, etc.; entiendo que aquí es rigurosamente de aplicación lo que acabo de decir sobre la licitud de una cláusula en la escritura de fundación en la que el fundador confie estos actos, o bien simplemente a los patronos «a fe y conciencia», o bien a cualquier otro representante distinto del Estado, en la fórmula que he expuesto hace un momento.

F) Por supuesto, tienen que desaparecer definitivamente los últimos vestigios de la regla de la desamortización, aun cuando deban guardarse cautelas para evitar las vinculaciones familiares o personales, no incluidas en el ámbito del «interés general» que el artículo 34 establece como el propio de las fundaciones. Pero hay que comenzar por una corrección quizá más sustantiva aún, que es la concepción económica misma de la fundación. Como ya hemos notado más atrás, la concepción que viene de la legislación preconstitucional es que la fundación no puede consistir más que en una masa patrimonial inmovilizada, congelada y rígida, de una vez por todas, de cuyas rentas únicamente tendría que vivir la fundación. Esta idea es tributaria de la economía preindustrial, de una economía donde las vinculaciones y los mayorazgos eran la única manera de constituir patrimonios estables de algunas consistencias. Desconoce por ello la idea económica del capital y de su función en las economías modernas. Por ello no es extraño que sea justamente la idea que será recogida precisamente por la concepción desamortizadora, que intenta convertir esa masa patrimonial inmovilizada en las famosas láminas intrasferibles; la intransferibilidad es la marca misma de la rigidez absoluta de un capital histórico, congelado en el mismo momento de su aportación ya para siempre, estático, perpetuo.

Parece claro que esas ideas no son concomitantes con el concepto abstracto de fundación, ni, por supuesto, con su funciona-

miento. La idea de un patrimonio estático es hoy incompatible con las concepciones económicas más elementales, las cuales postulan, por el contrario, la idea de patrimonios dinámicos, que son hoy los únicos patrimonios que son capaces de subsistir en una vida económica compleja y sumamente vivaz, de adaptarse a sus variaciones constantes, de flotar en medio de sus temporales constantes. ¿Qué sería hoy de la flota de cualquier naviero veneciano o genovés de hace tres siglos si alguien les hubiese impuesto su permanencia, su insustituibilidad, su estancamiento definitivo? La historia de la ruina de muchas empresas es la historia de su incapacidad de adaptación al medio variable. ¿Por qué tendría que ser otra cosa con las fundaciones? La pretensión de perpetuidad de éstas las hace aún mucho más vulnerables. Frente a los patrimonios congelados es forzoso, pues, admitir patrimonios dinámicos para la fundación, aunque con las precauciones que sean precisas para que no se dilapiden las dotaciones de los fundadores.

A través de cláusulas resolutorias de la fundación, de disolución de la misma, a través, en el caso de las fundaciones culturales, del Reglamento de 1972, que finalmente ha venido a admitirlo por vez primera en nuestra normativa, hay que estimular las llamadas fundaciones receptoras o de aportación diferida o continua. E incluso aquí entra el problema de la fundación empresa, problema que, por su magnitud, no puedo intentar abordar, ni siquiera en sus aspectos fundamentales. Baste decir que el Tribunal Constitucional ha admitido, en las Sentencias sobre Cajas de Ahorro de 1988, que las Cajas de Ahorro son fundaciones empresa; aunque realmente ha dicho también que sobre esta caracterización primaba la de su condición de establecimientos de crédito, y que, por consiguiente, era lícita la regulación exterior a los patronatos que de las mismas se ha establecido en la legislación en esta materia (afirmación que podría discutirse, por lo menos en algún caso en que el negocio fundacional era paladino y sus patronatos surgían inequívocamente de ese negocio —no todos los supuestos de Cajas eran iguales y esta confusión ha podido jugar en contra de los casos más claros—, en cuanto tales patronatos han sido sustituidos por representaciones externas puramente políticas, totalmente al margen de la voluntad del fundador, si no abiertamente contrarias a éstas).

Yo entiendo que la fundación empresa es perfectamente lícita, siempre que sea compatible con el interés general, y que, para ello,

se eliminen los riesgos de apropiación o de distribución de beneficios, siempre que esté totalmente asegurada la reinversión de los beneficios en los fines fundacionales. Este es uno de los temas que merece ser estudiado de manera especialmente atenta, lo que cae ahora fuera de mi tarea.

V

Hoy el problema central de las fundaciones no es, contra lo que resultaba de la legislación del siglo XIX, su excepcionalidad respecto de una regla prohibitiva general que se justificaba en la filosofía social y económica de la época, la desvinculación, la desamortización.

Hoy el problema fundamental de las fundaciones, tras su plenario, solemne, capital reconocimiento y la calificación de este reconocimiento como derecho fundamental que ha hecho el artículo 34 de la Constitución, es precisamente, y antes citaba el artículo 9 para justificarlo en la propia economía de la Constitución también, su protección, su fomento, su desarrollo.

El problema de esta protección es hoy una necesidad; y esa protección debe ser, en la sociedad fiscalizada en que vivimos, una protección sobre todo fiscal.

Siempre que sirvan al interés general, y aquí está la justificación de sus beneficios fiscales, siempre que no sean la ocasión de conseguir un interés privado, sino siempre que sirvan de manera eficaz al interés general, que es el ámbito que el artículo 34 de la Constitución les asigna, las fundaciones deben de protegerse. Todas las fórmulas hoy en auge, de *sponsoring* o de patrocinio, de mecenazgos de empresas, de grupos, etc., deben de apoyarse sobre una eficaz protección tributaria, que dista de estar a punto, quizá por todo este arcaísmo de que todavía, once años después de la Constitución, padece el Derecho de fundaciones.

VI

Todo lo expuesto conduce a algunas conclusiones. Primero, la necesidad imperiosa de una nueva Ley. Parece que ésa es la opinión del Ministerio de Asuntos Sociales. Esa Ley (que deberá ser Orgá-

nica: art. 81 de la Constitución) es absolutamente imprescindible. No hay ningún sector, ninguno yo creo, del ordenamiento administrativo que se rija por una normativa tan absolutamente arcaica, tan disfuncional, tan inadaptada a las circunstancias actuales, tan tributaria de concepciones sociales, económicas y políticas que han desaparecido íntegramente, y que no son ni siquiera compatibles con las que expresa, con toda autoridad, el texto constitucional.

Esa Ley tiene que ser una Ley formal. Otra de las enormes imperfecciones del Derecho actual de fundaciones es que, fuera de la Ley de 1849, que es sorprendente que siga vigente, estamos inmersos en una selva, en un maremágnum de normas reglamentarias, de instrucciones internas, incluso de circulares no publicadas. Esto tiene que desaparecer. El cuadro institucional básico de las fundaciones tiene que establecerse por una Ley formal. Ello es una exigencia, por lo demás, del artículo 53.1, que antes he recordado, que afirma que sólo por Ley puede regularse el ejercicio de los derechos fundamentales, y el derecho de fundación tiene este carácter, como bien sabemos.

Esa Ley tiene que servir al derecho fundamental de fundación, tiene que hacer posible su efectividad, tiene que estimular el ejercicio de la libertad de fundación que el artículo 34 ha querido establecer. Tiene también que dar un nuevo sentido al Protectorado, haciendo que este protectorado merezca su nombre, es decir, que sea una efectiva protección, lo cual obliga a entrar también resueltamente en el régimen fiscal.

Entiendo que quizá esté impidiendo esta legislación la actual dispersión de Protectorados, como consecuencia de esos fines típicos a que me referí a que responde hoy todavía el Derecho de fundaciones, que ha determinado que cada Ministerio que es competente de un fin típico recabe para sí el ejercicio del Protectorado especializado correspondiente. De *lege ferenda* es totalmente planteable la concentración de todos estos Protectorados en uno sólo, y la unificación de toda la política de fundaciones en un solo centro ministerial.

La segunda conclusión es que aún sin la nueva Ley, que es evidentemente lo deseable, el efecto normativo directo de la Constitución es ya operativo por sí mismo.

Ese efecto normativo ha supuesto una corrección sustancial en todo el ordenamiento preconstitucional, corrección que es ya directamente eficaz. Algo más, pues, entiendo, que una simple «garantía

de instituto», que pueda rellenarse con cualquier contenido. No se trata de que exista cualquier regulación del instituto; tiene que existir una regulación que se adecúe precisamente a la economía constitucional, que es la que he tratado de exponer.

Finalmente, hay un tercer problema: es el problema de las competencias autonómicas: siete Comunidades Autónomas, las tres históricas, más Andalucía, más Navarra, más las dos que tienen Leyes genéricas de delegación del artículo 150.2, que son Valencia y Canarias, tienen la plenitud de competencias en materia de fundaciones; y varias de ellas han dictado ya Leyes de fundaciones.

En Navarra esto proviene del llamado Fuero Nuevo de Navarra, o Compilación Foral Navarra, con notorio exceso en su momento, a mi juicio (es de 1973), sobre la tradición foral navarra, donde no se encontraban normas análogas. Pero, en fin, eso está ahí, está además hoy bajo el amparo del régimen foral navarro, que resulta de la Ley de Amejoramiento del Fuero, y hay que contar con ello.

Ahora bien, a mi juicio, todas estas Leyes lo que han hecho ha sido desatar lo más grueso de las gravísimas limitaciones que coartaban el ejercicio del derecho fundacional. Han establecido todas el carácter declarativo del acto de clasificación, han roto la tipificación de fines lícitos de la fundación, admitiendo cualquier fin de interés general, han establecido algunas otras reglas, pero muy casuísticas, porque la esencia de esta legislación autonómica es la de asegurar la competencia sobre las fundaciones que desarrollen predominantemente su actuación dentro del territorio autonómico respectivo. No exigen, por cierto, para ello el domicilio en la Comunidad Autónoma de que se trate.

Entiendo que esta legislación autonómica no puede ser demasiado ilustrativa para la elaboración de una Ley general y además, a mi juicio, esta competencia autonómica no excluye la posibilidad de que el Estado dicte una Ley general de fundaciones.

Los títulos para esta legislación del Estado me parecen obvios. El primero y más elemental es el del artículo 149.1.1.º de la Constitución, que establece como una competencia del Estado el asegurar las condiciones de igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes, lo que la jurisprudencia constitucional ha explicitado en el sentido de las posiciones jurídicas fundamentales. Tratándose de un derecho fundamental que está en la tabla del Título I, la aplicación del artículo 149.1.1.º, me parece difícilmente discutible y más cuando el artículo 81 de la Constitución

impone una Ley Orgánica para el desarrollo de esos derechos, norma no accesible a los Parlamentos autonómicos.

Por otra parte, está el artículo 149.1.8, que atribuye al Estado toda la competencia en materia de Derecho Civil, salvo las peculiaridades forales. Las fundaciones, como personas jurídico-civiles, caen bajo este concepto. Finalmente, el artículo 149.1.18, que habilita al Estado para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y, por consiguiente, desde esta perspectiva, el establecer las pautas básicas de los Protectorados.

Esto no quiere decir, de ninguna manera, que haya que eliminar toda la competencia sobre fundaciones de las Comunidades Autónomas que la tienen reconocida válidamente por sus respectivos Estatutos. Hay alguna de las autonomías menores que tienen alguna previsión en sus Estatutos, pero una previsión que sólo operará en el momento de que se cumpla el supuesto del artículo 148.2, que prevé, como bien se sabe, para las Comunidades Autónomas de segundo nivel, que pasados cinco años, puedan ampliar sucesivamente sus competencias por la vía de la reforma de sus Estatutos, aunque en todos los Estatutos se ha introducido (al amparo del término «sucesivamente») otra vía alternativa, la del artículo 150.2 de la propia Constitución, leyes de transferencia o de delegación.

Como es conocido, está en estos momentos pendiente una negociación, a la que se ha llamado nuevo pacto autonómico, sobre la actualización de los Estatutos de las Autonomías menores, y en ese momento se verá si a la previsión de alguno de esos Estatutos sobre fundaciones se les da o no vía libre.

VII

Voy a concluir. La exigencia de una Ley reguladora del artículo 34 de la Constitución parece hoy absolutamente oportuna y justamente desde la perspectiva de la protección y del estímulo.

Esta es la hora, en el mundo entero, la hora histórica que nos ha tocado vivir, de un reflujó de la sociedad civil, podemos decir, para recoger una expresión de un excelente libro sobre la sociedad civil, el del sociólogo Víctor PÉREZ DÍAZ.

Víctor PÉREZ DÍAZ habla de un flujo y reflujó entre el Estado y la sociedad civil. Está concluyendo la fase de gran flujo del Estado, inmediato a la posguerra europea o mundial última, que, a través de

la formulación del ideario del Estado del Bienestar, con una serie de fórmulas, el Plan Beveridge, la generalización de la Seguridad Social, el mismo keynesismo, etc., llevó al auge de la planificación, por el éxito que la planificación de la economía de guerra había tenido. Se llegó a hacer un cierto ideal de los sujetos administrados, asistidos, tutelados, en los que no se estimula el sentido de la responsabilidad, regidos por una Administración supuestamente omniprevisora y omnisciente.

Hoy, tras haber conseguido este Estado del bienestar logros absolutamente irrenunciables desde la perspectiva de la solidaridad y de la fraternidad humanas, es perfectamente visible un reflujó del Estado, no de ninguna manera una desaparición del Estado, y un ascenso correlativo de las iniciativas de la sociedad civil.

La década de los ochenta, que acaba de concluir, ha sido la década de las privatizaciones en todos los Estados del mundo, de las desregularizaciones, incluso por vez primera y rompiendo una trayectoria que parecía fatal, de las reducciones fiscales, de que, por cierto, comienza a hablar ya nuestro Ministerio de Hacienda. Hoy existe la conciencia de que hay un límite óptimo en la presión fiscal, pasado el cual el exceso de imposición produce un efecto negativo en el crecimiento económico general y aun en la propia recaudación, paradójicamente.

En segundo lugar, está el milagro del segundo centenario de la Revolución Francesa, que ha sido el año pasado, 1989, con el estrépito causado por la liquidación de una serie de regímenes comunistas, con el derribo físico e intelectual del muro de Berlín, con la *Perestroika*, con la devolución a la propiedad privada de sectores enteros frente a la propiedad colectiva, con la idea de que sólo el mercado puede asegurar el bienestar de la población frente a una economía de plan rigurosamente centralizada; idea absolutamente liquidada en este momento.

Por otra parte, en el ámbito occidental, todo el progreso de Europa está montado sobre la idea, introducida por el Acta Unica Europea, de la creación de un mercado interior sin fronteras, un mercado interior donde rija la regla absoluta de la concurrencia, donde evidentemente, se eliminan, también mediante los fondos estructurales, las islas de marginación o de subdesarrollo. Entre otras cosas, no sólo por exigencias de la solidaridad humana, sino por una exigencia económica rigurosamente técnica.

Hoy hay que decir que lo que vemos, cuando han desaparecido

los aparatos rígidos que daban una sensación monolítica en los Estados del Este, es que el gran problema de estos Estados es justamente la falta de una sociedad civil. Colmar ese déficit de sociedad civil parece lo más urgente para los países del Este, pues sin sociedad civil no es posible operar positivamente en la economía, en la política, en la cultura, en cualquiera de los espacios colectivos.

Este reflujo de la sociedad civil sobre el anterior flujo en favor del Estado está, además, robustecido por la idea misma del Estado social. El ideal del Estado social no es, frente a interpretaciones simplistas, la de un Estado que absorbe íntegramente la sociedad. El Tribunal Constitucional, en una Sentencia de 1984, la de 7 de junio de ese año, ha dicho: «La configuración del Estado como social de derecho —que está en el art. 1.º de la Constitución—, viene así a culminar una evolución, en la que la consecución de los fines de interés general no es obtenida sólo por el Estado, sino que se armoniza con una acción mutua del Estado y de la sociedad».

Las fundaciones son una creación característica de la sociedad civil. Una creación especialmente integradora, especialmente pacificadora, expresión del ánimo altruista de los miembros de la sociedad, de lo que se ha llamado la solidaridad voluntaria, no la solidaridad impuesta o forzosa.

Supone que los particulares asumen, con todo desprendimiento, con todo desinterés, la prosecución de fines públicos. Y esto implica un plus de iniciativa, un plus de imaginación, un plus de creatividad en el servicio de esos fines colectivos, aparte del enorme efecto, excepcional en su alcance, de integración social que estas iniciativas determinan.

Contra lo que se ha pretendido, y tantas veces se dice, sobre el egoísmo del alma española, tenemos, por el contrario, ese ejemplo admirable de la tenacidad, de la recurrencia de la actividad fundacional, no obstante el impresionante cementerio de fundaciones que la historia nos ofrece, en su mayor parte debido a insuficiencias o rigores normativos. Hemos hablado de simas históricas, donde se han perdido siglos enteros de fundaciones, y eso es un hecho incuestionable. Esos fenómenos de desaparición de las fundaciones, como consecuencia de torpezas legislativas sustancialmente, podría explicar el desánimo de nuevos fundadores; pero es un hecho que los nuevos fundadores es una raza que no se extingue fácilmente, que sigue viva, y que se desarrollará y se multiplicará si el legisla-

dor acierta a poner una turbina en este ánimo altruista, que es uno de los grandes valores positivos de la sociedad.

Esto no hay que probarlo con argumentos. La existencia de ese ánimo altruista está absolutamente demostrada por los hechos. No ha esperado para desarrollarse ese espíritu fundacional que el legislador pare mientes en esa formidable fuente de energía social, liberando los tesoros de energía y de altruismo que duermen en nuestra sociedad. Y en que sea fiel a la lucidez de nuestros constituyentes, cuando acertaron a insertar en el texto supremo de nuestra vida colectiva el benemérito artículo 34 de nuestra Constitución.

JURISPRUDENCIA

