



**CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 47, extraordinario, noviembre 2003, pp. 221-249**

## **El derecho de fundación en la Constitución**

**Miguel Ángel Cabra de Luna**

Doctor en Derecho y Director de Relaciones Sociales e Internacionales de la Fundación ONCE  
Consejero del Comité Económico y Social Europeo

*CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa*  
ISSN: 0213-8093. © 2003 CIRIEC-España  
[www.ciriec.es](http://www.ciriec.es)    [www.uv.es/reciriec](http://www.uv.es/reciriec)

# El derecho de fundación en la Constitución

**Miguel Angel Cabra de Luna**

Doctor en Derecho y Director de Relaciones Sociales e Internacionales de la Fundación ONCE  
Consejero del Comité Económico y Social Europeo

## RESUMEN

*Se analizan los antecedentes históricos y el proceso constitucional de plasmación del derecho de fundar como derecho constitucionalmente protegido, para posteriormente entrar a analizar la naturaleza jurídica del citado derecho de fundación, sus posibles límites y garantías; su calificación como derecho de libertad y/o de propiedad; el significado y los efectos jurídicos derivados de su constitucionalización; la constitución de las fundaciones: el problema de la adquisición de la personalidad jurídica; la posición de la Administración: el nuevo rol del Protectorado; la remisión del art. 34 C.E. al 22.2 y 4; así como el estudio del derecho de fundar en relación con otros derechos fundamentales, y su reflejo en la legislación de fundaciones (Leyes 50 y 49 de 2002).*

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de fundación, fines de interés general, constitución de fundaciones, protectorado, desamortización, función social de la propiedad, mecenazgo, entidades sin fines lucrativos.

**CLAVES ECONLIT:** K100, L310, N010.

## Le droit de fondation dans la Constitution

**RÉSUMÉ:** L'article analyse les antécédents historiques et le processus constitutionnel de mise en pratique du droit de fonder en tant que droit protégé par la Constitution, pour analyser ensuite la nature juridique de ce droit de fondation, ses éventuelles limites et garanties ; sa qualification en tant que droit de liberté et/ou propriété ; la signification et les effets juridiques dérivés de sa constitutionnalisation ; la constitution des fondations : le problème de l'acquisition de la personnalité juridique ; la position de l'Administration : le nouveau rôle du "Protectorado" (organisme de supervision) ; le renvoi de l'article 34 C.E. à l'article 22.2 et 3 ; et pour finir, l'étude du droit de fonder par rapport à d'autres droits fondamentaux, et son reflet dans la législation sur les fondations (Lois 50 et 49 de 2002).

**MOTS CLÉ:** Droit de fondation, fins d'intérêt général, constitution de fondations, protectorado (organisme de supervision), désamortissement, fonction sociale de la propriété, mécénat, entités à but non lucratif.

## The right of foundation in the Constitution

**ABSTRACT:** The historical antecedents and the constitutional process of giving expression to the right of founding as a constitutionally protected right are analysed, subsequently entering into an analysis of the legal nature of the right to found, its possible limits and guarantees, its qualification as a free and/or ownership right' the meaning and legal effects deriving from enshrinement in the constitution' the constitution of foundations, the problem of acquisition of legal personality; the government posture; the new role of the Protectorate; the passing of article 34 E.C. of 22.2 and 4; as well as the study of the right of foundation in relation to other fundamental rights, as reflected in foundation law (Acts 50 and 49 , year 2002).

**KEY WORDS:** Right of foundation, general interest ends, constitution of foundations, protectorate, seizure, social function of ownership, patronage, non-profit making organisations.

## **1.- El artículo 34 de la Constitución de 1978**

El art. 34 de la Constitución establece:

**"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 art. 22".**

El derecho de fundar se encuentra dentro del Título I "De los derechos y deberes fundamentales", Capítulo II "Derechos y libertades", Sección 2ª "De los derechos y deberes de los ciudadanos", ubicación que tiene su importancia como se verá más adelante.

El hecho de que el legislador constituyente incluyera el derecho a fundar dentro del texto constitucional ha tenido una enorme importancia (GARRIDO FALLA, 1980:434), pues en un primer acercamiento, ha roto con una tradición histórico-legislativa: la desamortización, que influyó decisivamente en las posturas de los grupos parlamentarios a la hora de contemplar el derecho de fundación y su regulación. Las posiciones contrarias al sistema de vinculaciones y mayorazgos incidieron también en contra de las fundaciones familiares.

### **1.1. Antecedentes histórico-legislativos del concepto y derecho de fundación. Proceso constitucional de plasmación del derecho de fundación**

Siguiendo a DE CASTRO (1953:96-97), se puede establecer sobre esta materia que, antes de la regulación del Código Civil, las leyes desvinculadoras no se referían (por silencio legal) a los bienes destinados a fundaciones benéficas, sino solo a las de carácter estrictamente familiar, y que se establecía una distinción tajante y fundamental entre estas dos figuras: fundación o patronato pasivo familiar, o lo que es lo mismo, "establecido en favor y utilidad de los parientes de los fundadores o de las familias que los mismos designaron"; y las fundaciones benéficas, incluyendo aquí, las de patronato activo familiar; es decir, las "creadas en beneficio no de ciertas y determinadas personas o familias, sino de las clases más menesterosas o más dignas de protección".

La principal consecuencia de la legislación desvinculadora en la materia que nos ocupa investigar, fue prohibir la existencia de las fundaciones familiares y las de interés particular, exceptuándose a las fundaciones benéficas creadas y dirigidas por particulares que fueron reconvertidas en públi-

cas por la Ley de Beneficencia de 1822, cerrando, en opinión de TOMAS Y VALIENTE (1995:17) los huecos dejados por las leyes desvinculadoras anteriores<sup>1</sup>.

El Estado tuvo que intervenir dando vida a la Beneficencia pública en un noble pero débil intento por resolver un problema social superior a sus medios. Como decía Joaquín COSTA: "El Estado tenía que atender a las clases menesterosas después de haber sustraído enormes patrimonios tradicionalmente dedicados a cubrir sus necesidades"<sup>2</sup>.

**El Código Civil (1889)** no contiene, ni contenía, un régimen jurídico completo y exhaustivo sobre las fundaciones pero, en opinión de TOMAS Y VALIENTE (1995:22), con él, las fundaciones salen de la clandestinidad, apareciendo incorporadas dentro de la regulación de las personas jurídicas (art. 35), pudiendo adquirir y poseer bienes de todas clases (art. 38), manteniendo la idea preconizada por el Estado liberal y por las leyes desvinculadoras, siendo siempre fundaciones que persiguen el interés público, persistiendo, por tanto, en la condena de las fundaciones familiares, para evitar la reaparición de las vinculaciones.

En todo caso, el Código Civil supuso un avance en esta materia, dando carta de naturaleza plena a las fundaciones, que así entran en su segunda etapa histórico-legislativa.

El desarrollo y complemento del Código Civil no se llevó a cabo por una ley sectorial, sino que se dio por vía reglamentaria (R.D. de 14 de marzo de 1899 y R.D. de 27 de septiembre de 1912) y así el principio fundacional de origen civilista, fue impregnándose de aspectos administrativistas, (R.D. de 25 de octubre de 1908 sobre rendición de cuentas; R.D. de 29 de agosto de 1923 sobre enajenación de inmuebles no amortizados de fundaciones benéficas, etc.), con lo que **la Administración tuvo un papel preponderante en todo el proceso de desarrollo de las fundaciones**, (tercera etapa histórico legislativa, según TOMAS Y VALIENTE, 1995), creándose la idea y realidad de la **figura del Protectorado** que incorpora la tutela y el control administrativo sobre las fundaciones. Configuración con la que ha mostrado su desacuerdo GARCÍA DE ENTERRÍA (1990:241) al afirmar que el control "es sumamente rígido, con lo que se pretendía evitar la defraudación de la prohibición general de constitución de nuevas fundaciones, prohibición únicamente exceptuada en el campo específico de la beneficencia particular". Así el Protectorado "se erige en la misión de proteger la voluntad del fundador, de la cual es representante "ministerium legis" la propia Administración".

1.- La Ley de Beneficencia de 1822 recoge en su artículo 25 una idea interesante en relación con las fundaciones, pues, dispone que "los fondos de beneficencia procedentes de fundaciones, memorias, y obras pías de patronato público, sea real o eclesiástico, cualquiera que fuera su origen primitivo, quedan reducidos a una sola y única clase, destinados al socorro de las necesidades a que se provee por esta ley".

2.- Citado por SEGRELLES CHILLIDA, Vicente, en su artículo "Necesidad de la Reforma de la legislación sobre beneficencia y asistencia social", en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", nº 53, 1.966, pag. 297-298.

Se puede llegar a la conclusión que el Código Civil y la Constitución de 1978, aún a pesar de las posturas apriorísticas adoptadas por algunos de los Grupos Parlamentarios frente a este derecho de fundación y su inclusión en el texto constitucional, son textos legales continuadores de la tendencia histórico-legislativa proveniente del antes denominado período desvinculador, por el contenido del art. 35 del Código Civil en el que se reconocen como personas jurídicas a las "fundaciones de interés público reconocidas por la ley" (descarta a las fundaciones pasivas familiares), y el art. 34 de la Constitución al reconocer "el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la ley".

En el siglo XX, teniendo como ejemplo nuestra Constitución, cuando aparecen los conceptos de Estado Social y Estado del Bienestar, parecía que las fundaciones entrarían en una nueva crisis, pero la realidad ha confirmado que este vaticinio no se ha cumplido, porque ha surgido con fuerza dentro del seno social la denominada "solidaridad voluntaria", basándose su desarrollo en el llamado Tercer Sector y en concreto en las fundaciones, pues los poderes públicos han sido conscientes de que no pueden asumir en una acción unívoca todas las necesidades sociales y, por tanto, los fines de interés general son realizados en una **interacción Estado-Sociedad**. (STC 18/1984 de 7 de julio).

## **2.- El artículo 34 del texto constitucional. Naturaleza y contenido**

Analizados los antecedentes históricos y el proceso constitucional de plasmación del derecho de fundar como derecho constitucionalmente protegido, debemos entrar a analizar la naturaleza jurídica del citado derecho de fundación, sus posibles límites y garantías; su calificación como derecho de libertad y/o de propiedad; el significado y los efectos jurídicos derivados de su constitucionalización; la constitución de las fundaciones: el problema de la adquisición de la personalidad jurídica; la posición de la Administración: el nuevo rol del Protectorado; la remisión del art. 34 C.E. al 22.2 y 4; así como el estudio del derecho de fundar en relación con otros derechos fundamentales.

### **2.1. Naturaleza jurídica del derecho de fundación**

Desde un punto de vista doctrinal se han barajado distintos criterios a la hora de establecer la naturaleza jurídica del derecho de fundación, contenido en el art. 34 de la Constitución<sup>3</sup>.

3.- La regulación del derecho de fundar por la Constitución Española es, a nivel de Derecho Comparado Occidental, única. No existe otra Constitución en los países de nuestro entorno que incluya un artículo al respecto. Este hecho ha sido puesto de manifiesto por MERINO MERCHANTAN en "Comentario al art. 34 de la Constitución", en "Comentarios a las Leyes Políticas", dirigido por O. ALZAGA, Tomo III, Madrid, 1983, pag. 435. Como ha expuesto LACRUZ BERDEJO (1983:1457) tan solo las Constituciones italiana y alemana daban relevancia indirecta al derecho de fundación. En la primera al amparo de su reconocimiento de las formaciones sociales y en la segunda, a través de la declaración de que las personas jurídicas, tienen aptitud para ser sujetos de derechos constitucionales en cuanto le sean atribuidos según su naturaleza (art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn).

Sobre este punto, para RUBIO LLORENTE (1990:245) el derecho de fundación es lo que ha venido a denominarse una "**garantía de instituto**", pues, se garantiza el mantenimiento en el ordenamiento de un instituto determinado que se llama fundación.

Con un cierto avance sobre la posición precedente, CAFFARENA (1995:3199) sostiene que el derecho de fundación es seguramente una **garantía institucional**.

LACRUZ BERDEJO (1983:1460) sostiene que "el texto constitucional, literalmente, propone la defensa de un **derecho subjetivo**: el derecho a fundar, a establecer una fundación".

Según GARCÍA DE ENTERRÍA (1990:237), el derecho contenido en el art. 34 de la Constitución es un **derecho fundamental**, en el sentido de un verdadero derecho subjetivo y concretamente de un derecho de la libertad, apoyando esta tesis en dos pilares: el art. 34 enuncia dicho derecho, como una facultad subjetiva, y la remisión que se hace en su apartado 2º al derecho de asociación ratifican la idea de que el citado derecho de fundación es un derecho de libertad. Desde su punto de vista no se trata de un derecho fundamental de especial protección, protegible a través del recurso de amparo, pero le protege el manto del art. 53.1, **que junto con el concepto de garantía institucional**, "obliga a preservar precisamente un núcleo que es indisponible por el legislador". Al tratarse de un derecho fundamental produce por sí mismo un efecto directo (STC 15/1982, de 23 de abril).

MUÑOZ MACHADO (1990:21) mantiene que el "derecho que garantiza el art. 34, es sin duda, un derecho subjetivo, a fundar, aunque no es un derecho de especial protección. Sin embargo es un **derecho perfecto y originario**".

TOMAS Y VALIENTE (1994:27 y ss) establece que "no cree como RUBIO LLORENTE, que el derecho de fundación signifique sólo "una garantía de instituto", esto es, la obligada existencia en el ordenamiento de un instituto determinado que es el que se llama fundación, pues bajo ese "nomen iuris" se podría cobijar cualquier contenido; precisando, como GARCÍA DE ENTERRÍA, que el art. 34 obliga a más, "pues no se trata de que exista cualquier regulación del instituto; sino que, tiene que existir una regulación que se adecue precisamente a la economía constitucional". Es más, esa regulación legal tiene que respetar el contenido esencial del derecho de fundación, garantía que implica un paso más allá de la denominada garantía institucional, siendo preceptible una gradación de menor a mayor protección entre la garantía institucional y la "**garantía del contenido esencial**", siendo que la sola garantía institucional ampara la existencia de las instituciones, no su concreta configuración. La regulación del ejercicio del derecho de fundación, engloba también la de su limitación, la garantía del contenido esencial se entiende establecida como límite para la actividad legal limitadora de los derechos con aquellos protegidos, y en este sentido, esta garantía opera como "límite de los límites", según la expresión de Ignacio de OTTO (1988), porque señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas<sup>4</sup>.

Desde mi punto de vista, el **derecho de fundación** reconocido en la Constitución es un "**derecho constitucional**"<sup>5</sup>, no es un derecho fundamental de los de especial protección reconocida por el art. 53.2. C.E. en relación con los derechos incluidos en la Sección Primera, del Capítulo segundo, Título I (protección jurisdiccional "ad hoc" y recurso de amparo) pero sí un "derecho de los ciudadanos", como lo cataloga el título de la Sección Segunda, en el sentido de que le es de aplicación el **art. 53.1. C.E.** (vinculación a los poderes públicos, reserva de ley que ha de respetar su contenido esencial, en conexión con el art. 86 C.E. que regula el Decreto-Ley<sup>6</sup> y, recurso de inconstitucionalidad) además de una garantía de instituto o en el mejor de los casos de una garantía institucional.

## 2.2. Calificación del derecho de fundación como derecho de libertad y/o de propiedad

### 2.2.1. Derecho a fundar como derecho de libertad.

Una vez sentada la naturaleza jurídica del derecho de fundación se ha de poner de manifiesto que el Tribunal Constitucional lo ha configurado como una manifestación de la autonomía de la voluntad respecto de los bienes, en cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y condiciones establecidas legalmente. Así en la Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, sobre los Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro, el Alto Tribunal, establece:

"... éste último precepto (art. 34) se refiere sin duda al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre juristas y que 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. La 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. Tanto la manifestación de voluntad, como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa el Protectorado para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y recta administración de los bienes que la forma".

4.- A este respecto escribió I. de OTTO que "la idea de contenido esencial nos conduce a construir derechos y libertades como poderes complejos y concretos de disposición y libertad a partir de definiciones constitucionales abstractas, de modo que el derecho constitucionalmente reconocido y garantizado se integra como una formación vital sobre el esquema de la conducta abstractamente definida. En la garantía institucional la ausencia de garantía de un contenido esencial significa, por el contrario, que hay tan solo constitucionalización de la institución abstractamente definida, pero no garantía de una concreta configuración. Mientras que la garantía del contenido esencial lleva de lo abstracto a lo concreto, de la definición simple a la articulada compleja, la sola garantía institucional ampara la existencia de las instituciones, no su configuración concreta". (Vid. L. MARTÍN RETORTILLO e I. de OTTO y PARDO: "Derechos fundamentales y Constitución", Civitas, Madrid, 1988.)

5.- A este respecto LEGUINA VILLA, J. califica estos derechos de menor protección, como "derechos constitucionales". Vid. "El régimen constitucional de la propiedad privada", en "Derecho Privado y Constitución", Madrid, 1994.

6.- Vid. STC sobre RUMASA y la posición mantenida al respecto por el Profesor ENTRENA CUESTA, frente a la sostenida por el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA.

Para decir más adelante,

"... Obsérvese también 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" (Fundamento Jurídico 5) y asegurando que el objetivo del art. 34 de la Constitución es la protección de la voluntad fundacional, aunque ésta pueda ser matizada por los órganos de la fundación o por el Protectorado a lo largo del tiempo (Fundamento Jurídico 7).

GARCÍA DE ENTERRÍA (1990:237-238) defiende que el art. 34 de la Constitución está consagrando el **derecho de fundar como una facultad subjetiva**, tanto por el contenido del apartado 1, como por el del 2, donde la declaración de ilegalidad y la disolución de las fundaciones se remite a las consecuencias, en estos dos aspectos descritos para las asociaciones y somete a la garantía judicial el funcionamiento y disolución de las mismas. Así, estas dos garantías están orientadas en el sentido de reforzar "la configuración del derecho de fundación como un derecho de libertad". Esta calificación del derecho de fundación como un derecho de libertad tiene, para el citado autor, las siguientes consecuencias: es un derecho facultad, un derecho subjetivo, un poder reconocido a todos los ciudadanos. Por tanto, el derecho de fundación debe entenderse como "el derecho subjetivo de establecer una organización con personalidad a cuyo sostenimiento se afecta un patrimonio de forma permanente y cuyos fines han de ser necesariamente de interés general".

Igualmente apoya el Profesor citado (1992:30) la tesis del derecho de fundar como un **derecho de libertad**, basándose en el contenido del artículo 9.2 de la Constitución que establece: "Corresponde a los poderes públicos 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". "Esa libertad a la que alude el artículo 9, no es un simple "nomen iuris" abstracto, vagamente teórico; 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 tanto la configuración del derecho a fundar como un derecho de libertad le dota de unos atributos peculiares respecto de su pleno ejercicio, en el sentido de que **se funda con libertad**, no pudiendo imponer más límites a aquel que los que la propia Constitución establece en el art. 34. En consecuencia su contenido sólo puede ser decidido en última instancia por el Tribunal Constitucional, único habilitado para definir auténticamente el alcance y los contornos de los derechos fundamentales.

Asimismo la regulación del ejercicio del derecho de fundación, además de ser respetuosa con el contenido esencial o nuclear del derecho, ha de realizarse en términos de mera ordenación instru-

mental; el legislador no puede definir el contenido mismo del derecho de fundación, al no tratarse de un derecho de configuración legal, sino de un derecho de libertad.

### **2.2.2. Derecho a fundar como derecho de propiedad y de libertad**

El derecho de fundación (art. 34. C.E.) se encuentra situado detrás del art. 33 de la Constitución que hace referencia a la **propiedad privada** (STC 49/1988), cuya **función social** viene determinada en el texto constitucional y que sin lugar a dudas delimita el contenido del derecho de fundación. Esta aproximación, como señala TOMÁS Y VALIENTE (1994:26 y 27) entre la fundación y la propiedad así como su alejamiento del derecho asociativo, "está cargada de coherencia, pues las fundaciones al margen de su carácter organizativo y de su personalidad, son, en el momento de su creación, una manifestación generosa o altruista del "ius disponendi" que el propietario tiene sobre los bienes objeto de su propiedad, de una propiedad cuya función social está lógicamente relacionada y deviene de la determinación de los fines de interés general".

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 37/1987 de 26 de marzo, ha señalado que:

"La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o los intereses individuales que a este subyacen; sino que, debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes." (Fundamento Jurídico 2).

Al hilo de las palabras de TOMÁS Y VALIENTE, (1994:34) se puede afirmar que la fundación se erige como un **derecho de libertad del propietario y de propiedad delimitada por su función social**. En el centro de estos dos conceptos, donde hallan sus puntos de encuentro la autonomía de la voluntad y la función social de la propiedad es donde se encuentra la fundación. Por tanto, la fundación, en el momento de su creación, es manifestación de la facultad de libre disposición del propietario sobre sus bienes<sup>7</sup>, pero es también expresión del cumplimiento por parte del fundador o propietario de ese fin social de la propiedad, ya que vincula sus bienes a la realización de un fin de interés general.

7.- En esta línea Vid. CAFFARENA: Voz "Fundación" en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, Pag. 3199. Así como CAPILLA RONCERO (1992:527) cataloga el derecho de fundación como una manifestación de la libertad de disposición del fundador. A este respecto afirma que: "el derecho de fundación es una secuela del reconocimiento del derecho de propiedad privada, del principio de autonomía de los particulares". Vid. "La persona jurídica: funciones y disfunciones", Tecnos, Madrid, 1993.

Por cuanto se ha dicho, el derecho de fundación no es solamente la expresión total y cerrada de la libertad del individuo frente a los intereses sociales; sino que, esa manifestación de la voluntad recae sobre la propiedad privada de la persona, sobre su masa patrimonial que, a su vez, deberá estar enfocada a una determinada función social definida por el interés general.

### 2.3. Significado y efectos jurídicos derivados de la constitucionalización del derecho de fundación

#### 2.3.1. Relevancia de su ubicación en el texto constitucional. Regulación legislativa y protección jurisdiccional. Reserva de ley

Para los derechos instalados en la **Sección Segunda**, de los citados Título y Capítulo, como es el caso del derecho de fundación, el art. 53 hace precisar el **desarrollo de su contenido a través de ley**; es decir, da cabida a que el legislador desarrolle su contenido (con respeto al esencial) para que dichos derechos puedan ser ejercitados y exigida su protección frente a los Tribunales. A estos efectos CAFFARENA (1990:56-57) hace mención en materia de fundaciones al principio de reserva de ley.

Queda establecida la necesidad del desarrollo del contenido constitucional del art. 34 por medio de ley ordinaria, en función de la ubicación sistemática dentro del texto constitucional, según las consecuencias derivadas de los arts. 53.1 y 81. Existe una **excepción a esta regla** que debemos dejar reseñada, siguiendo a PIÑAR MAÑAS (1991:1321) y es para aquellos aspectos del derecho de fundación que están unidos al derecho de asociación. Esta excepción deriva del art. 34.2 en relación con el art. 22.2 y 4 y la posición que éste ocupa dentro del marco constitucional. Según esto, para la declaración de las fundaciones como ilegales y su disolución o suspensión de actividad, se deberá estar a lo que la ley orgánica que regule el derecho de asociación determine; por tanto, la regulación de dichos dos aspectos estarían vedados a la ley ordinaria y quedarían sometidos a lo que, no una ley orgánica propia, sino la específica y concreta ley que regule el derecho de asociación determine para la declaración de ilegalidad y disolución de las asociaciones, que sería de inmediata aplicación al derecho de fundación en base al citado art. 34.2 de la Constitución.

Siguiendo la exposición del citado autor, las consecuencias del contenido del art. 53 de la Constitución pueden ser estas:

- **La reserva de ley es absoluta**, no relativa,<sup>8</sup> por tanto no es posible ningún tipo de deslegalización en la regulación del ejercicio del derecho. Pero la ley que desarrolle el derecho de fundación podrá ser expandida a través de normas reglamentarias (en materia procedimental,

8.- En el sentido indicado por MORTATI, citado por GARRORENA, A. en Voz "Reserva de Ley", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pags. 5865-5866. La intensidad de la reserva es tanto mayor cuanto más directamente afecte a los derechos fundamentales (STC 5/1981).

organizativa y de control de las fundaciones, o bien ejercer la tutela sobre ellas, STC 83/1984, de 24 de julio), "siempre que el legislador haya regulado la materia en términos tales que sea reconocible en la ley misma una determinación material suficiente" (STC 99/1987 de 11 de junio). Y a "sensu contrario" cabe decir que no es posible una regulación reglamentaria independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador (STC 83/1984, de 24 de julio).

- **La reserva de ley no tiene carácter retroactivo**, de tal forma que no anula disposiciones anteriores a la Constitución, válidamente dictadas, que no sean contrarias a lo dispuesto por la Constitución. Efecto que sí ha tenido la Ley 30/94 mediante su Disposición derogatoria única, pues ha venido a colmar la reserva de ley.
- **No se trata de una reserva de ley de carácter estatal**, (al no ser necesaria una ley orgánica), sino que **cabe también la regulación por ley autonómica**, como ha puesto el Tribunal Constitucional en supuestos similares (STC 85/1984, de 26 de julio), al haber asumido competencias en esta materia, aunque no todas las Comunidades Autónomas tienen el mismo alcance competencial<sup>9</sup>.

La reserva de ley en los derechos fundamentales, como es el caso del derecho de fundación, opera también frente al legislador en el sentido de que éste en todo caso ha de respetar el "**contenido esencial**" del derecho, o lo que es lo mismo el "núcleo esencial" del mismo que es indisponible para aquél o como ha expresado GARRIDO FALLA (1980:887), "preciso punto de referencia para el juez constitucional a la hora de fiscalizar la ley de desarrollo".

El legislador reguló el derecho de fundación en principio a través de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la participación privada en actividades de interés general (que derogó la Ley General de Beneficiencia de 20 de junio de 1849, entre otras normas),

<sup>9</sup> Sobre esta materia existen diferentes puntos de vista doctrinales que se basan en la distinta interpretación de los arts. 148 y 149 de la Constitución en relación con el citado art. 53 en referencia a la materia de fundaciones.

Para unos autores (GARCÍA de ENTERRÍA, 1990; MUÑOZ MACHADO, 1982; HERRERO de MIÑÓN, 1979, etc.) la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones quedaría resumida en competencias sobre intervención administrativa (Protectorado, fomento, tutela), no pudiendo asumir competencias en materia de índole civil (competencia exclusiva del Estado) a salvo, en todo caso, de la Comunidad Foral de Navarra, que es la única que poseía alguna regulación en su materia en su *Compilación de Derecho Foral. Ley 1/1973, de 1 de marzo de Amejoramiento de Navarra*. Los autores citados partían de la base de que el término "conservar" del art. 149, 1. 8ª C.E. debía ser interpretado en sentido estricto.

Otros autores como por ejemplo ROCA GUILLAMÓN (1985:300), CAFFARENA LAPORTA (1989) y LACRUZ BERDEJO (1990:305) opinan que sólo algunas Comunidades Autónomas podrían legislar en materia de fundaciones (en la parte civil), las que estuvieran dotadas de derecho civil foral o especial. Este punto de vista doctrinal se puede apoyar en la Sentencia 88/1993, de 12 de marzo, del Tribunal Constitucional cuando afirma, al interpretar el término "desarrollar" del art. 149.1.8ª, que "considera que cabe que las Comunidades Autónomas regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la *Compilación dentro de una actualización e innovación de los contenidos de ésta*".

Frente a éstos, otros autores como MARCH CIVERA (1987), VILA SECA i MARCET, etc., consideran que cualquier Comunidad Autónoma puede regular cualquier aspecto referido a las fundaciones, tengan o no Derecho civil foral o especial, o hubieren accedido o no a la autonomía por la vía del art. 151 de la Constitución. Interpretan el silencio de los arts. 148 y 149 de la Constitución en materia de fundaciones efectuando una reconducción tácita de la regulación de las mismas que quedaría subsumida en la que efectúa el art. 148.1; ya que, dicho artículo otorga competencias a las Comunidades Autónomas en materias que pueden ser objeto de una fundación ( art. 148.1, 14ª, 15ª, 17ª, 20ª, etc.).

que ha sido a su vez derogada por **dos recientes leyes, la 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones y**, en cuanto a los incentivos fiscales se refiere por **la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo**. Ambas leyes han supuesto un cierto avance sobre la anterior regulación, pero en términos generales seguimos adoleciendo de un régimen fiscal poco generoso, especialmente en relación con el mecenazgo y las donaciones a fundaciones y otras entidades no lucrativas<sup>10</sup>. Por lo que afecta a las Comunidades Autónomas el ejercicio de su potestad legislativa en la materia ha cristalizado en las siguientes leyes:

En Canarias:

- Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias.

En Castilla y León:

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

En Cataluña:

- Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña.

En Galicia:

- Ley 7/1983, de 22 de junio, de Régimen de las Fundaciones de Interés Gallego, modificada por la Ley 11/1991, de 8 de noviembre y la Ley 3/2002, de 2 de abril, de Medidas de Régimen Fiscal y Administrativo.

En Madrid:

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

En Navarra:

- Leyes 44, 45, 46 y 47 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

- Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las Fundaciones y de las actividades de Patrocinio.

En el País Vasco:

- Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco.

En Valencia:

- Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana.

<sup>10</sup>. Para una mayor información CABRA DE LUNA, MIGUEL ÁNGEL: "Comentario sobre los Proyectos de Ley de Fundaciones y Mecenazgo", Cuadernos de Información Económica, nº171, Madrid 2002, Fundación de las Cajas de Ahorro Confederadas para la Investigación económica y social

### 2.3.2. Contenido del artículo 34: su esencialidad. Su indisponibilidad.

Una vez estudiados los aspectos horizontales desde una óptica constitucional que afectan al derecho de fundación, es imprescindible desentrañar y determinar el contenido esencial de este derecho y las consecuencias que se derivan de éste.

El derecho de fundación, por el hecho de aparecer en el marco constitucional, se constituye en sí y por sí en un principio general del orden jurídico al ser considerado como derecho fundamental y venir adjetivado por tal circunstancia como "fundamento del orden político y de la paz social" (art. 10.1 de la Constitución), habiendo de ser protegido e impulsado por los Poderes Públicos, y en concreto por el Poder Legislativo.

La Constitución, en su art. 34, no concreta ni desarrolla los términos precisos del derecho de fundación, lo que efectúa es su garantía mediante la identificación de lo que es una fundación, con lo que deviene elemento esencial e indisponible para el legislador<sup>11</sup>. Este elemento esencial no puede ser violado ni distorsionado ya que, ese hecho vulneraría el propio contenido del derecho fundamental.

El problema que ahora se plantea es conocer cuál es el mínimo indisponible para el legislador, o lo que es lo mismo, cuál es el contenido nuclear del derecho de fundación.

**El Tribunal Constitucional** ha definido en su Sentencia de 11/1981, de 8 de abril, dos caminos complementarios de carácter metodológico para poder delimitar el concepto de contenido esencial (en primer lugar la naturaleza jurídica del derecho y en segundo el interés jurídico protegido):

"El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar 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 meta-lenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces, y en general los especialistas del Derecho... el tipo abstracto del derecho preexistente conceptualmente al momento legislativo, y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de este tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. **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 este tipo** y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándolo, 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".

11.- Así como consecuentemente para el Ejecutivo en vía reglamentaria. (SERRA RODRÍGUEZ, 1995:19).

"El segundo posible camino para adquirir el concepto de contenido esencial de un derecho consistente en tratar de buscar los llamados **"intereses jurídicamente protegidos"** como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concretamente 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". (Fundamento Jurídico 10).

En base a los argumentos de esta Sentencia, **el contenido esencial** del derecho de fundación sería aquella **parte del contenido del derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad**, o dicho de otro modo, lo que hace que sea **recognoscible como derecho perteneciente a un determinado tipo**, y también es aquella parte del contenido que es **ineludible para que el titular del derecho pueda ejercer y satisfacer los intereses que emanan del citado derecho**.

Para delimitar en primera instancia el contenido esencial del derecho de fundar hay que acudir a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la naturaleza de las Cajas de Ahorros, la 49/1988, de 22 de marzo, en la que, en su Fundamento Jurídico 5º se señala:

"Que el art. 34 se refiere sin duda al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que 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**".

Este es el concepto clásico del derecho de fundación que no puede ser olvidado por el legislador, constituyendo el núcleo caracterizador del derecho y por tanto, indisponible para él.

Así, bajo esta definición del contenido esencial, son descartables "a priori" de nuestro ordenamiento jurídico y de poder beneficiarse de las características y aspectos fiscales de las fundaciones, las denominadas fundación empresa "funcional" (STC 49/1988)<sup>12</sup>, las fundaciones familiares, y en general, aquellas fundaciones que no persigan fines de interés general, consecuencia ésta que se deriva del mismo texto del art. 34 de la Constitución.

De acuerdo con MUÑOZ MACHADO (1990:27-28) el contenido esencial del derecho de fundación consiste en que la ley que lo regule tiene que seguir dando por bueno y hacer verdad el reconocimiento constitucional del derecho de fundación, "no se puede regular un derecho liquidando su esencia".

12. El Alto Tribunal se pronuncia en el sentido de que "resultaría discutible en qué medida tal concepto encajaría en el de fundación protegida por el art. 34 de la Constitución Española". No se define si es posible o no la importación de esta figura jurídica procedente de la doctrina alemana.

En conclusión y siguiendo las opiniones de TOMAS Y VALIENTE (1994:36-37) y ROCA ROCA (1996:42-64) las notas que el legislador debe respetar a la hora de legislar sobre el contenido esencial del derecho de fundación, son las siguientes:

- a) **El derecho a fundar implica el de creación de una persona jurídica:** la fundación que se configura como un sujeto de derecho con capacidad general suficiente<sup>13</sup>. Ésta nace por un acto de la autonomía de la voluntad de un propietario sobre sus bienes o parte de ellos<sup>14</sup>, o como lo expresaría GARCÍA DE ENTERRÍA (1990:238): **por un acto de libertad o de libre disposición**. A estos efectos **el patrimonio** y en particular la dotación fundacional constituye un elemento clave del contenido esencial. (CAFFARENA 1991:99)<sup>15</sup>.
- b) **El fin de la fundación ha de ser de interés general**, lo cual no excluye, como ha señalado DE LORENZO (1993:141), la idea del beneficio patrimonial, pero sí la del lucro como fin real de la fundación. De otro lado el legislador no puede variar una finalidad que siga siendo posible, lícita y de interés general, ni prohibir su realización.
- c) La Constitución no delimita cuales serán **los fines de interés general**, por lo que **su determinación queda a la voluntad del fundador**. Por tanto, serán cualesquiera pero siempre de interés general. El legislador podrá y deberá prever mecanismos de comprobación de la realidad de ese interés general, tanto de su inicial existencia, como de su subsistencia o permanencia. El concepto de interés general es contrario al de interés particular, en consecuencia las fundaciones deben beneficiar a colectividades genéricas de personas.
- d) **Las fundaciones deberán ser estimuladas desde la legislación** dado que cumplen intereses sociales o generales dignos de fomento y estímulo en un Estado social de Derecho y llevan a la práctica la función social de la propiedad. Una regulación legal demasiado restrictiva y con mecanismos protectores que "gravara en exceso el patrimonio o la actividad de las fundaciones, podría entrar en colisión y desvirtuar el contenido esencial del derecho de fundación".
- e) Supuesto todo lo anterior, **el legislador debe respetar en principio la voluntad organizativa del fundador** porque el derecho a fundar implica que el fundador puede imponer las normas por las que ha de regirse la persona jurídica por él creada<sup>16</sup>, lo cual es compatible con ciertos mínimos legales organizativos establecidos de manera cautelar y flexible por el legislador.

13.- Señala LACRUZ BERDEJO (1983:1463) que la "fundación es un sujeto de derecho: ella misma, y no un fiduciario que soporte formalmente las titularidades, ni un grupo de personas que constituyan el sustrato del ente". Es una clara contraposición a la figura del "Charity-Trust" del Reino Unido.

14.- LACRUZ BERDEJO (1983:1463) eleva la dotación a rango de elemento del contenido esencial de la fundación, contra cuya atribución no podría dictar normas el legislador. En el mismo sentido SERRA RODRÍGUEZ (1995:18).

15.- Afirma este autor que, tanto en Derecho Comparado como en Derecho español, éste es un elemento esencial de la constitución de una fundación. "En la actualidad incluso en los ordenamientos en que sus textos legales no aluden de modo expreso al patrimonio como elemento esencial del concepto de fundación, la doctrina es casi unánime en concluir que estamos ante un elemento necesario de la persona jurídica fundacional, llegando a esta conclusión bien por razones de orden lógico y dogmático, bien por razones prácticas".

16.- Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1988, de 22 de marzo.

Además como parte integrante del núcleo esencial del derecho de fundación puede identificarse la presencia de la **acción pública de Protectorado** (PIÑAR MAÑAS 1994:73).

Finalmente en este epígrafe siguiendo una idea inicialmente apuntada por MUÑOZ MACHADO (1990:22-23) sobre la vertiente negativa del derecho a fundar<sup>17</sup>, desarrollada por DE LORENZO (1993:146 y ss.), cabe referirse a la **delimitación negativa del contenido esencial** en el sentido de la imposibilidad constitucional de imponer obligatoriamente la creación de personas jurídicas como mecanismo de disposición de los bienes y la de fundar cosas que queden al margen de lo que el propio fundador voluntariamente ha querido fundar, así como de que no podrán reconocerse como constituidas al amparo del art. 34 de la Constitución Española aquellas fundaciones que no persigan fines de interés general, y de que están prohibidas las que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito; solo pudiendo ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. Estos dos últimos supuestos serán desarrollados en más profundidad en epígrafe aparte más adelante. Todos estos aspectos han sido desarrollados por las leyes 50/2002 y 49/2002, anteriormente citadas.

### 2.3.3. El concepto de "interés general". Su trascendencia y consecuencias.

El concepto de "interés general" constituye uno de los elementos esenciales del derecho de fundación y por tanto su determinación en el presente momento constituye una necesidad básica.

La exigencia del interés general fue una cuestión que preocupó en el Senado, siendo aprobada su inclusión en el texto constitucional por medio de una enmienda presentada por el Senador MARTÍN RETORTILLO del Partido Socialista Independiente. Con esto se pretendía evitar la posible existencia de vinculaciones privadas y mayorazgos; en definitiva, se quería **evitar** que las **fundaciones familiares y las de carácter privado** tuvieran protección y cabida dentro del marco constitucional<sup>18</sup>.

La idea del interés general ya se encontraba esbozada en el art. 35 del Código Civil al señalar: "*Son personas jurídicas: Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de **interés público** reconocidas por la Ley*"; pero ha sido la Constitución la que ha venido a dar una mayor relevancia y profundidad al concepto de interés público convirtiéndolo en "general" como contrario a "lo particular";

17.- "No se puede obligar a fundar cosas que quedan fuera de lo que autónomamente se ha resuelto fundar", expresa el autor citado.

18.- Así, el texto del art. 22 (ahora 34) que propuso fue el siguiente: "Se reconoce el derecho a instituir fundaciones que persigan fines de interés general", siendo la justificación al citado texto la siguiente: "... reconocer el derecho a la fundación, sin matices, atenta contra toda la tradición desvinculadora. Por eso es importante que el derecho a instituir fundaciones se conecte con el fin al que se afectan los bienes a los que la ley confiere personalidad jurídica. Esos fines deben orientarse hacia el interés general para merecer amparo constitucional". (MARTÍN RETORTILLO, 1984:184-187). En la defensa de esta enmienda, el citado Senador, argumentó dos ideas esenciales: la idea de la transparencia fiscal que se potenciaba con la inclusión del concepto del interés general y, la idea de carácter histórico o sistemático en relación a los avances del Estado liberal en contra de las vinculaciones, mayorazgos y fundaciones familiares, que quedarían sin contenido si la Constitución no establecía unos parámetros adecuados a la figura de la fundación a través del concepto del interés general. "Por tanto, fundaciones sí, pero con cautela, la exigencia, la condición "sine qua non" de que siempre sean de interés público y con el consiguiente control público".

En consecuencia podemos afirmar que el interés general aplicado a las actividades de los particulares no solo supone coadyuvar a los fines públicos si no también, en base al principio de subsidiariedad, suplir la actividad de las Administraciones. Esta concepción me parece fundamental para comprender en sus justos términos el derecho de fundación hoy.

Por todo lo dicho se puede afirmar que el concepto de interés general es un **concepto jurídico indeterminado**<sup>19</sup>, (STC 68/1984, de 11 de junio)<sup>20</sup>.

La Constitución no delimita, ni define cuales son los fines de interés general<sup>21</sup>; por tanto, su determinación queda a voluntad del fundador, sólo exige que éste sea general<sup>22</sup>. En consecuencia **no cabe interpretar que el concepto "interés general" necesita ser fijado legalmente**<sup>23</sup>.

E. AJA y F. de CARRERAS (1983) mantienen que el interés general no es un concepto metafísico al modo del "bien común" de cierto iusnaturalismo, sino "un bien concreto, a proteger jurídicamente, y que debe ser deducible del sistema constitucional en su conjunto". En definitiva, no es "interés general" aquellos que las Cortes consideren que es de interés general, sino que es "interés general" aquello que las Cortes consideran como tal, siempre que ello haya sido deducido como **concepto jurídico a extraer del sistema constitucional**.

En consecuencia se pueden crear fundaciones de los más variados tipos y fines, siempre que su fin principal obedezca al interés general y se pueda considerar integrado, por tanto, en dicho concepto jurídico".

Partiendo de todo lo anterior, se puede realizar una operación interpretativa escalonada, en relación con la **determinación del concepto "interés general"**:

19.- En expresión de GARCÍA DE ENTERRÍA el interés general es un "concepto legal de alcance indeterminado", pues las leyes lo emplean con frecuencia y su alcance no permite una aplicación precisa, determinada e inequívoca en un supuesto dado. Vid. "Democracia, jueces y control de la Administración", Madrid, Civitas, pags. 126 y sig.

20.- Vid. BERMEJO VERA, J.: "El interés general como parámetro de la jurisprudencia constitucional", *Rev. Vasca de la Administración Pública*, nº 10, 1984.

21.- Vid. además del art. 34, el art. 44.2 (la promoción de la ciencia y la investigación científica y técnica se hará "en beneficio del interés general"), el art. 47 (la regulación de la utilización del suelo se hará "de acuerdo con el interés general"), el art. 128.1 (la riqueza del país "está subordinada al interés general"), el art. 128.2 (la intervención de empresas es posible "cuando así lo exigiere el interés general"), art. 149.1 núms. 20 y 24 (la línea de división de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas pasa en muchos casos por el punto del "interés general", Vid S. MUÑOZ MACHADO, 1982:183)) y por supuesto el art. 103.1 ("la Administración sirve con objetividad los intereses generales"). Lo que la Constitución pretende es aludir a un ámbito limitado de actuación, aunque su precisión concreta en cada caso queda imprecisa, porque no se puede hacer de otro modo. En el ámbito del Derecho Comunitario cabría citar el concepto jurídico indeterminado que emplea el art. 90 del Tratado C.E.E. respecto de "servicios de interés económico general", como límite del principio básico comunitario de la libre competencia.

22.- Por analogía STC de 8 de abril de 1981, que determina que se ha de entender por servicios esenciales para la comunidad a los que hace referencia el art. 128.2.C.E.

23.- Así ha ocurrido en la enumeración orientativa del art. 3.1 de la Ley 50/2002.

- a) Son fines de interés general todos aquellos **bienes, valores<sup>24</sup>, derechos o instituciones constitucionalmente consagrados** (STC, de 8 de abril de 1981) o de relevancia constitucional (STC, 18/1984, de 7 de febrero). En este apartado ha de incluirse el conjunto de valores, principios, derechos y libertades, instituciones e instrumentos, recogidos en el Preámbulo y en el articulado de la Constitución. De esta forma podemos aludir al valor constitucional de la democracia, el Estado social y democrático de Derecho; principios como la igualdad, la justicia, la libertad, la dignidad de la persona<sup>25</sup>, instituciones como la Corona, las Cortes Generales, el Poder Judicial,...; Derechos y libertades como los regulados en la Sección primera, Capítulo II, Título I; o en fin, instrumentos y mecanismos de la política social y económica que protegen subjetivamente a colectivos determinados de personas (infancia, familia, jóvenes, minusválidos, tercera edad,...) u objetivamente a actividades o bienes merecedores de especial protección (pleno empleo, Seguridad Social, medio ambiente, vivienda, cultura, etc.).
- b) Además (DE LORENZO, 1993:143) lo son todos los **bienes, valores o derechos reconocidos por el bloque de la constitucionalidad** (SSTC 10/1982; 75/1985 y otras). El parámetro interpretativo es el art. 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para apreciar la conformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas<sup>26</sup>.
- c) Finalmente un criterio residual de tal forma que reuniesen el requisito de interés general aquellas **finalidades que a la vista de la evolución social y normativa, se pudiesen identificar con tal concepto** (razonamiento inspirado en los arts. 103.1. y 9 C.E.), en el sentido de que la posición jurídica que ostenta la Administración Pública se establece en nuestra Constitución atendiendo precisamente al mismo concepto: "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales", sin que sea dado limitar en el futuro el ámbito de actuación de esta persona jurídica (ROCA ROCA, 1996:47)<sup>27</sup>.

24.- En el sentido indicado por ARAGÓN REYES, M (1995:5094), en la voz "Principios constitucionales", *Enciclopedia Jurídica Básica*, op. cit.

25.- RODULFO, J.: "La actividad de las fundaciones y el interés general", *Boletín del Centro de Fundaciones*, nº 60, Madrid, 1995, pags. 26-27, sostiene que son fines de interés general a los efectos pretendidos, la proclamación de las finalidades de la comunidad política y los principios y valores en que debe fundarse la convivencia. También hace referencia a la "Constitución económica" (art. 38), a la "Constitución social" y a la "Constitución cultural", basándose en la obra "Derecho Constitucional", Volumen 1, Editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 1994, de LÓPEZ GUEARRA y otros.

26.- Vid. DE OTTO, I.: "Derecho Constitucional. El sistema de fuentes", Barcelona, 1987; así como RUBIO LLORENTE, F.: "El bloque de constitucionalidad", Madrid, 1991 y R. de LORENZO, op. cit., pag. 143

27.- JIMÉNEZ BLANCO mantiene que "lo delicuescente del concepto de servicio público es, en parte, lo que llevó a que emergiese la noción de "interés general" como gran criterio delimitador de la Administración (Vid. "Servicio Público, Interés General, Monopolio: Recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)", en el libro "Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Emilio Menéndez", Volumen IV (Derecho Civil y Público). A. NIETO ha escrito con claridad que "Ni la ciencia ni la práctica política están hoy en condiciones de determinar cuáles son los intereses generales, ni de precisar su papel exacto en la vida del Estado... Los intereses generales han entrado así en el mundo de los "conceptos inaprensibles" a los que no tiene acceso la capacidad defintoria de la mente humana. Y es que se trata de una de esas palabras cuya fuerza radica más en lo que evocan que en lo que significan". (A. NIETO: "La Administración sirve con objetividad los intereses generales", en "Estudios sobre la Constitución española", Homenaje al Profesor E. García de Enterría, Civitas, Madrid, 1991, III, pag. 2189). Para un análisis ideológico del interés general puede consultarse, J. CHEVALIER: "Réflexions sur l'ideologie de l'intérêt général", en obra colectiva editada por P.U.F., Tomo I, París, 1978, pags 11 y ss.

La Constitución concibe la fundación con un marcado carácter o función social, pues en el momento actual la hostilidad que existió en el Estado liberal hacia la fundación en general, no puede tener cabida en el Estado social y democrático.

En conclusión podemos aislar características del interés general, una primera que ha de ser **relevante socialmente**, una segunda que los **beneficiarios de las fundaciones sean colectividades genéricas de personas**, y finalmente una tercera que hace referencia a la **inexistencia de ánimo de lucro en las fundaciones**.

Estas tres características se dan en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, concretamente en sus artículos 2 y 3.

#### 2.4. El artículo 34 de la C. E. y la constitución de las fundaciones: el problema de la adquisición de la personalidad jurídica

Uno de los **puntos tradicionales de fricción entre los fundadores y la Administración** ha sido el de la clasificación de las fundaciones por el Protectorado, de tal forma que esta ha sido una frontera a veces infranqueable, que impedía la creación en algunos supuestos de nuevas fundaciones, salvo en supuestos de intervención judicial que reconociera el ejercicio del derecho de fundación. Este epígrafe lo vamos a dedicar al análisis de este asunto, referido a la constitución de fundaciones y a la adquisición de la personalidad jurídica<sup>28</sup>.

**En la actualidad**, como ha afirmado GARRIDO FALLA (1980:444), sin atentar contra el Código Civil, por preceptos de rango administrativo puede establecerse el sistema de constitución de fundaciones; en opinión de CAFFARENA (1991:37) el art. 34 de la Constitución, siguiendo el criterio y espíritu establecido por el art. 35 del Código Civil, otorga **libertad al legislador** para "disponer tanto la no necesidad de inscripción de la fundación en un Registro, como la necesidad de dicha inscripción, incluso para la constitución de la fundación"<sup>29</sup>. Es cierto que el constituyente se podría haber pronunciado, si así lo hubiese querido; solo hubiera sido necesario hacer una referencia al art. 22.3, al igual que el art. 34 establece que rige para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del citado artículo. Lo único que la C.E. no admite es que la constitución de la fundación dependa de un acto discrecional de la Administración, sino en todo caso reglado. En Alemania hoy incluso el sistema de concesión conlleva un acto reglado.

<sup>28</sup>- Para estudiar los diferentes sistemas de adquisición de personalidad jurídica por las fundaciones puede consultarse ALBADALEJO, *Derecho Civil I*, 1<sup>º</sup>, pags. 381 y ss.

<sup>29</sup>- El citado autor sostiene este criterio también en "Comentario al art. 35", en la *Obra Colectiva "Comentarios al Código Civil"*, M<sup>º</sup> de Justicia, Madrid, 1991, pags. 238 y ss. Esta posición fue mantenida con anterioridad por LACRUZ BERDEJO (1979:108). Vid. "Aportación para una futura Ley de Fundaciones", en "Hacia un estatuto de las fundaciones en España", Madrid, Centro de Fundaciones, 1979.

Cualquiera de los sistemas admitidos en derecho (estudiados en el Derecho Comparado) cabrían hasta que el legislador decidiese al respecto, desde el **sistema de libre constitución**, (como en Suecia) hasta el **de concesión o de reconocimiento específico** (acto de la autoridad pública que concede la personalidad jurídica en cada caso, como en Alemania o Italia), pasando por posiciones intermedias como el sistema de **reconocimiento genérico por disposiciones normativas** en el que la personalidad jurídica se otorga una vez que, habiendo cumplido el ente los requisitos legales, ello es atestado por un acto de autoridad<sup>30</sup>, (como en Suiza).

En el mismo sentido, se ha pronunciado GARCÍA DE ENTERRÍA (1990:247 y 1992:34), que de acuerdo con el art. 34 de la Constitución sostiene que el acto administrativo de clasificación de las fundaciones "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<sup>31</sup>.

Asistimos aquí a una **interesante polémica entre civilistas y administrativistas**. Hay que hacer notar cómo desde una óptica del Derecho Administrativo se defienden posiciones basadas en la libertad de fundar, sin más condicionamientos que el respeto al interés general y desde una perspectiva del Derecho Civil que hunde sus raíces en la concepción sobre la persona jurídica y de las fundaciones en particular, de DE CASTRO, se produce un alineamiento con el poder establecido, representado por el legislador, al no establecer -según sus puntos de vista- ninguna indicación o limitación al respecto el art. 34 de la Constitución.

La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, ha establecido en su art. 4 que la personalidad jurídica de la fundación se adquiere desde el momento de su inscripción en el Registro y no desde el momento del acto fundacional o elevación a escritura pública de su constitución; por tanto, **la inscripción** no cumplirá en el futuro una función de mero reconocimiento o declaración de la personalidad, ni tampoco será solo demostrativa de la misma frente a terceros, sino efectivamente **constitutiva**. Aunque el **acto administrativo de inscripción** no es discrecional, sino estrictamente **reglado**. ("*La inscripción solo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la Ley*", art. 4.1 "in fine").

La Ley estatal establece el mismo sistema que la Ley catalana<sup>32</sup> aunque con más rigidez (la personalidad se adquiere desde el momento de la inscripción de la escritura pública de constitución en el Registro de Fundaciones) y olvida los criterios doctrinales vertidos en esta materia desde la óptica del Derecho Administrativo.

30.- Vid. ALBADALEJO, *Derecho Civil I-1º*, pags. 381 y ss.

31.- Se apoya adicionalmente en la remisión del segundo párrafo del art. 34 al art. 22, 2 y 4 y sostiene finalmente que el acto administrativo de clasificación es muy importante particularmente respecto del régimen de protección a que la fundación tiene derecho, especialmente en materia fiscal.

32.- Aunque esta es más flexible (J.L. PIÑAR: 1995:27), pues la personalidad se otorga por la inscripción pero con efectos retroactivos desde el otorgamiento de la escritura pública.

En este caso, con la regulación establecida en esta materia en la nueva Ley de Fundaciones, y a la luz del art. 34 de la Constitución, se puede considerar que la Administración opera como un límite a la autonomía de la voluntad, en base a la función social de la propiedad; aunque, este hecho entra dentro de la más estricta legalidad y no es un punto de conflicto con el texto constitucional de la mencionada Ley. La enemiga a las fundaciones familiares, así como al uso y abuso de las instancias intermedias, parece estar presente en el sistema de control previo estatal por el que se ha optado. Esta posición rígida nos lleva al tema de las fundaciones "no reconocidas o sin personalidad", que sin lugar a dudas existen<sup>33</sup>.

De otro lado y por lo que se refiere al Registro de Fundaciones cabe afirmar que, independientemente de su configuración constitutiva o declarativa, es un instrumento de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.), preserva la seguridad en el tráfico y sirve como canal de información respecto de la Administración y demás operadores jurídicos, entre los que figuran los propios beneficiarios de la fundación.

## 2.5. La posición de la Administración ante la Constitución: el nuevo rol del Protectorado

La relación entre la Administración y las fundaciones es una constante histórica, desde que esta figura jurídica existe. El impacto de la Constitución en esta relación ha de ser tenida muy en cuenta y a acometer esta finalidad se dedicará el presente epígrafe.

Con anterioridad a la Constitución, en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA (1990:241) el Protectorado se erigía en protector de la voluntad del fundador, "de la cual se erige en representante "ministerium legis", pretendiendo evitar la defraudación de la prohibición general de la constitución de nuevas fundaciones".

Este rol del Protectorado queda vacío de contenido en relación con su **concepción tradicional**, como consecuencia de la Constitución, aunque es evidente que la citada figura administrativa no queda prohibida, no desaparece; tan sólo debe tener otros objetivos y significado, pues cierta dosis de fiscalización administrativa sobre la actuación de las fundaciones no parece inconstitucional, siendo una práctica generalizada y admitida por todos los ordenamientos, incluido el estadounidense, sobre todo respecto del cumplimiento de la legalidad vigente, particularmente en materia de fiscalidad y los posibles beneficios derivados de un tratamiento de estímulo y apoyo.

Los representantes de la Administración también eran conscientes de los cambios que habían de operarse y que se cifraban en una serie de nuevas funciones de Protectorado que se centraban en fomentar las vías de cooperación del Estado con las propias fundaciones y en desarrollar e impulsar la potencialidad económica y la rentabilidad real y social de éstas. (CABRA DE LUNA, 1987:11-12).

33.- Por todos, vid. GRECO, F: "Le fondazioni non riconosciute", Milano, Giuffrè, 1980.

Sobre el **nuevo papel de la figura del Protectorado** a la luz del art. 34 de la Constitución, se ha pronunciado PIÑAR MAÑAS (1991:66) resolviendo que la Constitución ha otorgado otro aspecto a la figura administrativa del Protectorado, estableciendo en conclusión que " la protección dada por la Constitución al derecho de fundación no está reñida con la figura del Protectorado y su acción administrativa".

En cierto modo se podría decir que se ha producido un tránsito de un Protectorado de autorización previa para casi todo, a otro inspirado más en el régimen de aprobaciones y comunicaciones, con importantes funciones adicionales de asesoramiento y apoyo a las fundaciones.

En conclusión el nuevo rol del Protectorado ha de estar **más centrado en el asesoramiento (función facilitadora) e impulso (función promotora o de publicidad y fomento) de las fundaciones que en el desarrollo de actividades de fiscalización y control**, que deben ser mínimas y vertebradas en los aspectos fundamentales (garantía de legalidad, cumplimiento de fines de interés general, rendición de cuentas y ejercicio provisional de las funciones del Patronato, si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo), concretadas en el ejercicio de **potestades administrativas "a posteriori"**, frente a las tradicionales de autorización o "a priori", basadas en un concepto de las fundaciones como entidades capitidisminuidas, hoy afortunadamente en regresión, en todo caso sometidas al control judicial. Así es como ha sido regulado el Protectorado por la Ley 50/2002, (vid. arts. 34 y 35).

## 2.6. El régimen establecido por el art. 22, apartados 2 y 4 C.E. por remisión del art. 34 en relación con la declaración de ilegalidad de las fundaciones, su disolución y la suspensión de sus actividades

El apartado 2 del art. 34 de la Constitución establece que regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del art. 22. Se trata de una remisión derivada de cuando en el Anteproyecto de Constitución las asociaciones y fundaciones se encontraban reguladas por el mismo artículo, tal como se ha estudiado con anterioridad.

En suma nos encontramos ante una manifestación de la delimitación negativa del contenido esencial del derecho de fundación.

### 2.6.1. Declaración de ilegalidad de las fundaciones

Íntimamente relacionado con la regulación constitucional dada a la extinción de las fundaciones y los límites que la Administración tiene sobre su declaración, se encuentra la declaración de ilegalidad de las fundaciones en la que el art. 34.2 se remite igualmente a lo regulado en este tema para las asociaciones, art. 22.2 de la Constitución que establece que: "*Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales*".

Se trata del supuesto de que el fin de una fundación originariamente lícito, se haya mutado posteriormente ilícito, que es a lo que se refiere este artículo respecto de las asociaciones<sup>34</sup>.

Partiendo del principio "in favor libertatis" el art. 22.2 se ha de interpretar en sus justos y estrictos términos:

- a) La expresión que "**persigan fines tipificados como delitos**" significa que su finalidad fundacional sea ésta, y por tanto no hay que confundir objeto social (en este caso la comisión de algún delito) con las posibles actuaciones delictivas de sus patronos, por poner un ejemplo. En consecuencia hay que efectuar la distinción entre actuación de los representantes de la fundación y la fundación en sí misma, respondiendo de la actuación particular delictiva, las personas físicas que conforman el Patronato que hayan cometido el delito, pero no pudiéndose derivar de su actuación ilegal consecuencias de extinción para la fundación (LACRUZ BERDEJO 1983:1466).
- b) La utilización de "**medios tipificados como delitos**" es un concepto muy amplio que necesita ser acotado. COBO del ROSAL y BOIX REIG (1984:653) sostienen que la referencia constitucional lleva a dos consecuencias inmediatas, una a que cualquiera que sea la finalidad, el empleo de medios, en sí mismos constitutivos de delito, supone la ilegalidad de la asociación y por ende de la fundación y de otro, que su uso no se requiere necesariamente que sea parte del objeto social, ni tampoco exige la nota de permanencia, pues es suficiente la utilización de los medios de forma esporádica<sup>35</sup>. Es muy dura esta apreciación en determinados supuestos, "piénsese por ejemplo una fundación que no tiene por finalidad cometer delito alguno, que por tanto es lícita, pero que en alguna ocasión se lleve a cabo en ella alguna conducta no violenta como por ejemplo una apropiación indebida o un delito contra la libertad o seguridad en el trabajo, ajenos al fin propio de la fundación". Evidentemente ha de ser el juez el que ha de apreciar estas circunstancias y en todo caso aplicar lo dispuesto por el art. 22.2 y 4, en cuanto a la disolución o suspensión, en su caso de la fundación.

De acuerdo con el principio "in favor libertatis" ya citado, parece más coherente una interpretación, como la dada por FERNÁNDEZ FARRERES (1987:58-59), en el sentido de que no cabe una desvinculación total de la utilización de medios delictivos del objeto social, ni que la Constitución haya establecido límites al ejercicio del derecho de asociación, que vayan más allá de los estrictos límites de la ilicitud jurídico penal de la asociación.

34.- Vid. FERNÁNDEZ FARRERES: "Algunas reflexiones sobre el nuevo derecho de asociación tras la Constitución española de 1978", en "El desarrollo de la Constitución española de 1978", Zaragoza, 1982, pags. 271 y sig; y "Asociaciones y Constitución", Civitas, Madrid, 1987.

SANTAMARÍA en la obra colectiva "Comentarios a la C.E." dirigida por F. GARRIDO FALLA, Edit. Civitas, Madrid, 1980, pags. 425 y ss, así como AGUIAR de LUQUE, COBO del ROSAL y BOIX REIG en "Constitución española de 1978" dirigida por O. ALZAGA, Madrid, 1984, pags. 601 y ss.

35.- COBO del ROSAL y BOIX REIG.: Op. cit, pag. 653.

- c) Concreción del término "**delito**": Se ha de entender en todo caso que los fines perseguidos o los medios utilizados estén "tipificados como delitos" y por tanto no caben interpretaciones generalistas que integren las faltas penales (CÓRDOBA RODA, 1978:260) y mucho menos las infracciones administrativas en este concepto, como en algún momento determinado ha mantenido algún autor<sup>36</sup>.

Lo expresado por el artículo 22.2 CE ha tenido su desarrollo legal en el Derecho positivo en materia asociativa a través de los artículos 2.7, 15 y 30.4 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. (LODA). En cuanto a las fundaciones por analogía hay que referirse al art. 34 de la Ley 50/2002.

### 2.6.2. Disolución de las fundaciones y suspensión de sus actividades

El art. 22. 4 de la Constitución dice: "*Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada*".

Este artículo debe ponerse en relación con el art. 34.2 del texto constitucional, que remite al citado, comportando esta remisión la aplicación a las fundaciones de un procedimiento, el judicial, para proceder a su disolución o suspensión de sus actividades, que opera como garantía jurisdiccional (ROCA ROCA, 1996:46). En un primer acercamiento al texto constitucional parece que preceptúa el establecimiento del control absoluto de la actuación judicial sobre este aspecto; es decir, parece que promueve la prohibición absoluta a la Administración de intervención sobre cualquier circunstancia que determine la extinción de la fundación<sup>37</sup>.

De una lectura sopesada del texto hay que concluir que esto no es así absolutamente, pues la fundación a nivel interno tiene una dinámica propia y aquí nos encontramos, si se conectan los apartados 2 y 4 del art. 22 de la Constitución, ante **supuestos excepcionales de carácter sancionador, que parten de la ilicitud penal del fin perseguido o de los medios utilizados por la fundación**<sup>38</sup>.

En esta línea MUÑOZ MACHADO (1990:28-29) sostiene que el art. 22.4 se refiere a disoluciones producidas desde fuera de la voluntad del fundador o desde fuera de la carta fundacional, no a las que estén en su propio cuerpo, previstas como un medio normal de extinción de la fundación.

36.- DE LORENZO GARCÍA, Rafael.: Op. cit. 1993, pag. 147. Incluye en este bloque a las infracciones administrativas, siempre que respeten las exigencias que derivan del art. 25.1 de la Constitución. De otro lado LACRUZ BERDEJO (1983:1467) da a entender una posición expansiva en este punto por cuanto afirma que "será la autoridad judicial quien haya de declarar la ilicitud de los fines o medios, sea en un proceso penal o, a falta de delito, en el declarativo civil (Ley de 26 de diciembre de 1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona)".

37.- De esta opinión parece ser LACRUZ BERDEJO en "Las fundaciones en la Constitución", ADC, Madrid, 1983, Pag. 1466.

38.- Vid. FERNÁNDEZ FARRERES "Asociaciones y Constitución", Madrid, 1987, pags. 129 y siguientes y más concretamente BADENES GASSET en "Regulación legal de las fundaciones: algunas consideraciones críticas del Derecho Español", en R.D.P., 1979, pags. 133 y siguientes.

Comparte la misma postura doctrinal CAFFARENA (1991:160-161) al decir que "... no creemos que la Constitución exija resolución judicial motivada para toda causa de extinción, sino tan sólo para cuando el fin de la fundación, originariamente lícito, haya devenido ilícito con posterioridad a su nacimiento"; si bien, expresa la opinión que la remisión que efectúa el art. 34. 2 al art. 22. 2 y 4 de la Constitución obedece a "la inercia del constituyente" después de los diversos trámites parlamentarios que sufrió el texto del art. 34, más que a una verdadera necesidad de garantía constitucional, pues, además, los sistemas que establece la Constitución para las asociaciones y las fundaciones son diametralmente diferentes, sobre todo en cuanto al objeto de las dos figuras jurídicas. Así el constituyente lo que pretendió fue un régimen homogéneo para las dos instituciones, que en la práctica no iban a encontrarse.

Para el autor citado la remisión al art. 22. 4 de la Constitución debe implicar que la exigencia de resolución judicial motivada deberá adoptarse **en todos aquellos casos en que se produzca una imposibilidad jurídica sobrevenida** (fin fundacional contrario a nuevas leyes)<sup>39</sup> y no solo en los supuestos en que ello suponga que el fin de la fundación haya devenido delictivo. También habría que incluir aquí el caso de que el fin haya dejado de ser de interés general. (CAFFARENA 1991:162).

En relación con la Ley 50/2002, hay que referirse a los arts. 31, f) y 32.3, y en el marco de las asociaciones a los arts. 17.1. y 38 de la LODA.

## 2.7. El derecho de fundación en relación con otros derechos fundamentales

### 2.7.1. En relación al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 C.E.)

El art. 24 de la Constitución consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva<sup>40</sup>. Este derecho ha tenido especial relevancia en el derecho de fundación y en las fundaciones mismas en dos ámbitos de actuación: de un lado la del propio **acto de creación de las fundaciones**, en el sentido de que la protección jurisdiccional que promueve el citado art. 24 opera desde el acto de disposición de los propios bienes mediante la creación de una persona jurídica que es la fundación, **hasta el acto extintivo** de la misma y de otro, ha **eliminado el requisito**, que le venía impuesto a la fundación sobre su ámbito de actuación de carácter preconstitucional, **de la exigencia de la autorización administrativa previa para poder litigar**.

39.- Es contrario a esta posición BADENES, *op. cit.*, pag. 133 y ss.

40.- Con carácter general CARRO MATA.: "El derecho a la tutela jurídica efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional", Madrid, 1984; GONZÁLEZ PÉREZ.: "El derecho a la tutela jurisdiccional", Madrid, 1984; DIEZ PICAZO.: "Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva", Poder Judicial, nº2, 1986.

### 2.7.2. En relación al derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 C.E.)

La formulación más acuñada del derecho fundamental a la igualdad es la establecida por el Tribunal Constitucional y asumida por el Tribunal Supremo aquilatada en el principio de que "a situaciones jurídicas iguales tratamiento idéntico, y trato diferente a situaciones distintas"<sup>41</sup>.

Tradicionalmente nuestro Derecho y sus Tribunales han considerado que las fundaciones sólo podían ser creadas por personas físicas o jurídicas de carácter privado, por el hecho directo de la disposición de bienes conformados en un patrimonio que están directamente relacionados con las instituciones de la propiedad y la herencia. La Ley 50/2002 ha venido a consagrar en su texto, otra de las consecuencias de la Constitución en el ámbito normativo legal; pues ha dado cabida en su art. 6 a que las **fundaciones puedan ser constituidas por personas físicas, jurídicas privadas o públicas**, apoyándose para tal fin en el citado art. 14 de la Constitución. La extensión de la capacidad de fundar a las personas jurídico públicas tiene dos límites, uno explícito cual es que sus normas reguladoras establezcan lo contrario (art. 8. 1y4, de la Ley) y otro implícito la imposibilidad legal de extralimitación de competencias a través de la vía fundacional.

### 2.7.3. Otros derechos fundamentales directamente relacionados con los modos de actuación de las fundaciones y sus fines fundacionales

La Constitución, como ya se ha puesto de manifiesto, no efectúa una clasificación de los fines que pueden ser calificados de interés general, pero determinados derechos fundamentales en ella contenidos pueden servir a los fines fundacionales de la fundación, pues constituyen por sí mismos un verdadero interés general para la sociedad y fomentan la interacción Estado-sociedad civil, campo donde las fundaciones tienen principalmente su ámbito amplísimo de actuación.

Así el art. 16 de la Constitución consagra la libertad religiosa e ideológica que ha de conectarse con la existencia de **fundaciones religiosas**; el art. 27.6 reconoce expresamente a las personas físicas y jurídicas el derecho a libre creación de **centros docentes**; el art. 15 declara el **derecho a la vida** y a la integridad física y moral; el art. 20 protege la producción y **creación literaria, artística, científica y técnica**; el art. 38 reconoce la **libertad de empresa** en el marco de la economía de mercado, no haciendo exclusión alguna y por tanto con todas sus consecuencias de cara a las fundaciones, etc.

41.- "La igualdad ante la ley es en primer término igualdad en la configuración del texto legal, lo que significa que a la identidad de supuestos de hecho debe acompañar identidad en los efectos o consecuencias jurídicas; que la identidad en los supuestos de hecho no se rompe cuando se introduce para tratar de diferenciar los elementos o circunstancias carentes de razonable justificación, y que cuando se produce la diferenciación debe guardarse proporcionalidad en el tratamiento jurídico". (STC 78/1984, de 9 de julio). Sobre este derecho fundamental ver SUAY RINCÓN: "El principio de igualdad en la Justicia Constitucional", Madrid, 1985; y "El principio de igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en "Estudios sobre Constitución Española", Homenaje al Profesor E. García de Enterría", Civitas, Madrid, 1991, Tomo II, pags. 837 y sig.

Otros derechos fundamentales dan las pautas para la normal actuación de las fundaciones, así el **derecho al honor**,<sup>42</sup> a la **inviolabilidad del domicilio**<sup>43</sup> y **secreto de las comunicaciones y correspondencia** (art. 18); a la **libre elección del domicilio**, y de tránsito por todo el territorio nacional (art. 19), a la libertad de expresión (art. 20), al derecho de reunión (art. 21), etc.

Finalmente y aunque no se trate de la titularidad de derechos fundamentales, pero sí del **ejercicio de derechos en el marco constitucional**, por su interés en relación con este artículo traemos a colación la posibilidad de la participación de fundaciones en la constitución de otras personas jurídicas. Así las fundaciones pueden participar en la creación de asociaciones (ya sea acogándose a la LODA, o a la legislación de Agrupaciones de Interés Económico)<sup>44</sup>, en la constitución a su vez de otras fundaciones (art. 8.1 de la Ley 50/2002), así como en la de sociedades mercantiles (art. 24 de la Ley 50/2002), con las limitaciones derivadas de este precepto.

## Bibliografía

- ARAGÓN REYES, M. Voz "Principios constitucionales", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Editorial Civitas, 1995.
- CABRA de LUNA, M.A. El Protectorado sobre fundaciones benéfico asistenciales, *Cuadernos de Acción Social*, nº 4, Madrid, 1987.
- CABRA de LUNA, M.A. *El Tercer Sector y las Fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1998.
- CAFFARENA LAPORTA, J. Constitución, modificación y extinción de las fundaciones, en *Presente y futuro de las fundaciones*, R. DE LORENZO GARCÍA y M.A. CABRA de LUNA (Coordinadores), Editorial Civitas, Madrid, 1990.
- CAFFARENA LAPORTA, J. *El Régimen jurídico de las fundaciones. Estudio para su reforma*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1991.

42.- A este respecto cabe citar la STC 139/1995 que establece que "la persona jurídica puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difama o la haga desmerecer en la consideración ajena". Vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ: "Jurisprudencia reciente sobre los derechos al honor, intimidad e imagen", AC, enero 1995, así como RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: "El derecho al honor de las personas jurídicas", Edit. Montecorvo, Madrid, 1996.

43.- La STC 137/1985, de 17 de octubre, reconoce la extensión de este derecho a las personas jurídicas.

44.- Este supuesto ha sido estudiado en profundidad por BLANCO RUIZ: "Las agrupaciones de interés económico y el sector no lucrativo", en "El Sector no lucrativo en España", op. cit, pags. 685-720.

- CAFFARENA LAPORTA, J. Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales, en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, VV.AA., Escuela Libre, Editorial Marcial Pons, 1995.
- CAFFARENA LAPORTA, J. *La constitución de fundaciones y su régimen jurídico general*, ponencia dictada en el Encuentro "El nuevo marco jurídico de las fundaciones y el mecenazgo en España", Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander, 10 y 11 de julio de 1995.
- CAFFARENA LAPORTA, J. Voz "Fundación", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Editorial Editorial Civitas, Madrid, 1995.
- CAFFARENA LAPORTA, J. El negocio fundacional y la constitución de fundaciones, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXXIV (1995).
- CAPILLA RONCERO: F. *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993.
- CASTRO Y BRAVO, F. De. Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares, *Anuario de Derecho Civil*, 1953.
- COBO DEL ROSAL y BOIX REIG. Comentario al art. 22 C.E., en ALZAGA VILLAMIL, O. (dir.) *Constitución española de 1978*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984.
- DE LORENZO GARCÍA, R. El nuevo Derecho de fundaciones, *Colección Solidaridad nº 3*; Fundación ONCE-Marcial Pons, Madrid, 1993.
- DE LORENZO, CABRA DE LUNA, CAFFARENA y otros: *Comentarios a la ley de fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Escuela Libre Editorial – Marcial Pons, Madrid, 1995
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Constitución, fundaciones y sociedad civil, *Revista de Administración Pública*, nº 122, 1990.
- GARRIDO FALLA, F. Artículo 34 C.E., en *Comentarios a la Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1980 y 1985.
- LACRUZ BERDEJO. Aportación para una futura Ley de Fundaciones, en *Hacia un nuevo estatuto de las fundaciones en España*, Temas de Fundaciones nº 2, Centro de Fundaciones, Madrid, 1979.
- LACRUZ BERDEJO. Las fundaciones en la Constitución Española, *Anuario de Derecho Civil*, nº 4, octubre-diciembre 1983.
- LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho Civil*, I, Vol. 2, Barcelona, 1990.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. *Materiales para una Constitución*, Akal Editor, 1984.
- MUÑOZ MACHADO, S. *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, 2 Vols., I, Editorial Civitas, Madrid, 1982 y 1984.
- MUÑOZ MACHADO, S. Las fundaciones en la constitución, en *Presente y futuro de las Fundaciones*, DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA de LUNA, M.A. (Dirs.) y otros, Editorial Civitas, Madrid, 1990.

- PIÑAR MAÑAS, J. L. Propuestas para una futura y posible Ley de Fundaciones, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 72, 1991.
- PIÑAR MAÑAS, J. L. Comentarios a la Ley de Fundaciones, en *Comentarios a la Ley de Fundaciones e Incentivos Fiscales*, Escuela Libre Editorial, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- PIÑAR MAÑAS, J. L. *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- ROCA GUILLAMÓN. Comentario al art. 31.23, en MARTÍN MATEO (Dir.). *Comentarios del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, 1985.
- ROCA ROCA, E. Fundación, Mecenazgo y Derecho, *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Granada, 1996.
- RUBIO LLORENTE, F. Ponencia en el "Panel sobre el presente y futuro de las fundaciones en España", en *Presente y futuro de las fundaciones*, DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA de LUNA, M.A., (Dir.), Editorial Civitas, Madrid, 1990.
- SEGRELLES CHILLIDA. Necesidad de reforma de la legislación sobre beneficencia, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 53, Madrid, 1966.
- SERRA RODRÍGUEZ, A. Las fundaciones: elementos esenciales y constitución, *Editorial Práctica del Derecho*, S.L., Valencia, 1995.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. La Constitución española y las fundaciones, en *Consideraciones sobre el tratamiento jurídico y fiscal de las fundaciones españolas*, Fundación BBV-Centro de Fundaciones, Bilbao, 1994.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. *La nueva Ley de Fundaciones en el marco constitucional español*, Conferencia pronunciada en el I Encuentro de Fundaciones Andaluzas, celebrado en Sevilla durante los días 18, 19 y 20 de octubre de 1995.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. Estudio Previo, en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Editorial Marcial Pons, Colección Solidaridad nº 7, Madrid, 1995.