

Las fundaciones en la Constitución española de 1978

Por JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO

1. UN ECO DE LA OBRA DEL MAESTRO

El tópico de la persona jurídica fue abordado en diversas ocasiones por don Federico antes de exponerlo de modo general y resumido en los «Temas de Derecho civil»; y también, singularmente, el de la fundación, a propósito de las fundaciones familiares. En los «Temas» la exposición trata inútilmente de contenerse en las dimensiones y el argumento de un libro escolar, pues el cuestionario a que responde es más bien el de un Tratado, y uno con enfoques e ideas que le distinguen con manifiesta ventaja de los manuales al uso.

Acontecimientos ulteriores han aportado un nuevo punto de vista sobre la fundación: su cualidad de derecho fundamental. Un punto de vista en el cual no podía situarse en España el observador del año 1971. Mas ello no impide que, al recoger la Constitución de 1978, según vamos a ver, un concepto acuñado, a partir de la tradición, por la civilística de su tiempo, reciba indirectamente la influencia de la obra más lograda, inteligente, penetrante y completa —pese a su brevedad— de entre cuantas se ocupan de la personificación de las vinculaciones de bienes. Influencia que se refleja en la discusión parlamentaria y en el proceso de los textos proyectados y el aprobado: en particular, como vamos a ver, en la expresión «de interés general» que cualifica a la fundación constitucionalmente protegida y cuya inclusión es, sin duda, un eco de la postura mantenida brillantemente por nuestro don Federico en la controversia sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares.

2. LA ATRIBUCION DE VALOR CONSTITUCIONAL AL DERECHO DE FUNDACION. HISTORIA, POLITICA Y LEGISLACION COMPARADA

Para Valero Agúndez (*La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969, página 12), «el carácter estrictamente técnico-jurídico de la personalidad jurídica, no puede hacer olvidar que

el otorgamiento de ésta por el ordenamiento no es más que un acto de configuración jurídica de una manifestación de la vida social. Porque, independientemente de que el otorgamiento de la personalidad jurídica dimana exclusivamente del Derecho positivo, existen situaciones y actividades en la vida social, en un momento prenормativo, cuya ordenación jurídica más adecuada es proporcionada precisamente por la normativa contenida bajo la expresión *persona jurídica*. El autor no dice más, pero bien cabe continuar hoy su línea de pensamiento entonces, añadiendo que la persona jurídica, en cuanto síntesis de aspiraciones individuales y medio de acción colectivo, es un fenómeno consustancial con la vida humana de nuestro tiempo digno de protección constitucional.

Así lo explica, para el Derecho alemán, Feiler. Si —dice— los llamados *derechos fundamentales* (los constitucionalmente protegidos) «sirven esencialmente al hombre y se encuentran instituidos para proteger su dignidad; esta función instrumental no tiene que situarse necesariamente sólo en la acción inmediata de la persona, sino que —para desplegar sus efectos con la necesaria eficacia— debe proyectarse también en beneficio de su acción mediata» (*Das bonner Grundgesetz und die juristischen Personen als Träger von Grundrechten*, Munich, 1963, pág. 8).

Por lo demás, el tema es de planteamiento reciente. Hasta después de la segunda guerra mundial no se pensó en dar rango constitucional al derecho de fundación, en cuanto derecho fundamental y superior a la voluntad del legislador.

Antes, la fundación ha sufrido diversos vaivenes, desde la protección del Derecho canónico a las vinculaciones de bienes para finalidades piadosas (vinculaciones que también representan un cierto derecho «constitucional» del cristiano frente al poder del príncipe, por cuanto la Iglesia defiende —*et pour cause*— la libertad de cualquier particular para instituir las), hasta la ulterior enemiga de la legislación desamortizadora y la intervención del Estado mediante autorizaciones y controles en la llamada «beneficencia particular» y, en general, en las actividades no lucrativas de colectivos y personas: en los llamados «cuerpos intermedios», de los cuales desconfía profundamente el poder público a partir de la revolución francesa. No se olvide hasta qué punto pretende el poder ejecutivo, durante el siglo XIX, monopolizar las incumbencias generales, incluso la filantropía, dejando para los particulares el mundo de los negocios: las sociedades mercantiles, liberadas de toda intervención.

En este planteamiento, es comprensible que el legislador someta a la fundación privada a limitaciones en su capacidad de derecho, en particular el de ser dueña de bienes inmuebles, y desde luego a vigilancia administrativa, considerándose a la Administración legitimada para determinar el alcance de su propia intervención y, en general, los requisitos y formalidades a cumplir para que una fundación consiga pleno reconocimiento y reciba la

protección que conceden las leyes a las instituciones benéficas (exenciones tributarias, sobre todo).

En estos últimos decenios, las cosas han cambiado: asistimos, en las democracias del occidente europeo, a una reevaluación del derecho de fundación desde el punto de vista constitucional, mientras en los regímenes del Este el capitalismo impide esta manifestación de la autonomía privada.

He aquí un contraste importante y sintomático. A través de él vemos cómo la fundación sólo puede existir con una mínima vida cuando se acepta, en el terreno de los principios y de la realidad, la existencia de una zona en la cual los individuos y los grupos, fuera del Estado y al lado de él, pueden preocuparse del bien común, asumir el cuidado de ciertos aspectos de éste y hacerse responsables de su efectividad. En otras palabras: la fundación es propia de una sociedad políticamente pluralista. El profesor Duden (*Für ein Bundesstiftungsgesetz*, en *Juristenzeitung*, 1968, página 1), cita a este propósito el ejemplo de la Alemania Oriental, donde el régimen totalitario vigente prohibió la creación de nuevas fundaciones y dejó perecer a las antiguas; pero de seguro ocurre algo parecido en todos los regímenes socialistas.

Claro que en estos regímenes se une, al talante totalitario que no permite centro de poder alguno dentro del Estado, la carencia de medios cuantiosos en poder de particulares que implica una economía socialista. Sin este segundo impedimento, las fundaciones pudieron subsistir en regímenes totalitarios capitalistas, quizá porque a falta de un pluralismo político había un pluralismo económico y social, pero también porque, si se prescinde de algunos casos de fundaciones gigantescas, éstas, en sí, como señala Strickrodt (*Stiftungsrecht und Stiftungswirklichkeit*, en *Juristanzeitung*, 1961, pág. 112) «son inadecuadas como instrumento de ejercicio del poder. Todo, en la existencia de las fundaciones, se desarrolla en el sentido de una coordinación igualitaria, tanto en los propios órganos como también en su eficacia al exterior». «Las fundaciones —concluye Rescigno (voz *Fondazione* [*Diritto civile*], en la *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Milán, 1968, pág. 794)— constituyen uno de los más eficaces instrumentos de acción en una sociedad pluralista».

La reevaluación constitucional del derecho de fundación en las democracias occidentales es particularmente visible en las Constituciones italiana y alemana: en la primera, al amparo de su reconocimiento de las «formaciones sociales» (art. 2), entre las cuales se suele incluir, dando a la expresión un sentido muy amplio, la fundación; mientras que el artículo 19 de la Constitución de Bonn, según el cual las personas jurídicas tienen aptitud para ser sujeto de derechos constitucionales en cuanto le sean atribuíbles según su naturaleza, se considera aplicable igualmente a las fundaciones.

Es cierto que una parte de la doctrina alemana pone en tela de juicio la protegibilidad constitucional de las fundaciones, ale-

gando que la *Grundgesetz* confiere la llamada «capacidad de derechos fundamentales» (*Grundrechtsfähigkeit*) a la persona jurídica en atención a sus miembros, a sus asociados, y la fundación carece de ellos. Pero este argumento es más conceptual que material, y en todo caso no se ha propuesto entre nosotros.

También en Gran Bretaña y Norteamérica la protección a las fundaciones se conecta con los *Rights of privacy and personhood*, de rango constitucional (Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, pág. 948).

3. GENESIS Y ALCANCE DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE FUNDACION EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

De ahí que la Constitución de 1978, que en el párrafo 1.º del artículo 1.º señala como uno de los valores superiores del ordenamiento español «el pluralismo político», reconozca en su artículo 34 «el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley».

En el anteproyecto aparece desde el primer momento el derecho de fundación, entonces en el artículo 22, que (para lo que aquí interesa) dice así:

1. *Se reconoce el derecho de asociación.*
2. *Se reconoce el derecho de fundación con arreglo a la ley.*
3. *Las asociaciones y fundaciones que atenten al ordenamiento constitucional o intenten fines tipificados como delito, son ilegales.*
4.
5. *Las asociaciones y fundaciones no podrán ser disueltas ni suspendidas en sus actividades si no es virtud de resolución judicial motivada.*

En la discusión parlamentaria del proyecto constitucional se alegó, en contra de la mención de las fundaciones en el precepto ahora citado, de un parte que la cuestión «es materia de Derecho civil» (Carro Martínez); de otra, el *anacronismo* de las fundaciones; el hecho de que su reconocimiento elimina «la posibilidad de que (sus) finalidades puedan ser alteradas por las organizaciones democráticas de la sociedad»; su posible oposición a la función social de la propiedad; su condición de «manos muertas»; y, finalmente, que ciertas fundaciones son un instrumento de evasión fiscal (Barón Crespo). En favor del proyecto, Alzaga Villamil puso de relieve que no consagra un derecho absoluto, pues se reconoce el derecho de fundación «con arreglo a la ley, y por tanto... como un derecho a regular, a reglamentar en las disposiciones legales pertinentes», rechazando la homologación con las manos muertas.

La discusión en el Senado ofrece el interés de introducir un inciso en el proyecto que persiste luego en la versión definitiva y que, como ya he dicho, debe atribuirse a la influencia de la obra de don Federico: el Grupo Socialista propone añadir al final del apartado 2 del citado artículo 22 (que pasaría a ser el 31 bis) la frase «para fines de interés general». En la motivación de la enmienda se justificaba la incorporación del párrafo propuesto con el argumento de que «el derecho de fundación es sólo para fines de interés general (hoy así en el art. 35.1 del Código civil); en otro caso se posibilitaría la técnica de las *fundaciones familiares* que permitiría restablecer en la práctica las vinculaciones y mayorazgos». Otra enmienda, ésta de Progresistas y Socialistas independientes, pedía la misma inclusión razonando que «reconocer el derecho de fundación, sin matices, atenta contra toda la tradición desvinculadora. Por eso, es importante que el derecho a instituir fundaciones se conecte con el fin a que se afectan los bienes a los que la Ley confiere personalidad jurídica. Esos fines deben orientarse hacia el interés general para merecer el amparo constitucional».

El artículo aprobado por el Senado —que ya lleva el número 34— decía, variando el orden, lo mismo que el vigente:

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

Tanto en el Congreso como en el Senado se aprobaron sin votos en contra los textos que propusieron las respectivas comisiones, y lo mismo el definitivo artículo 34, que recibió su redacción actual en la comisión mixta, y dice así:

1. *Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley.*
2. *Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22 (1).*

Es el texto sobre el que versa el resto de este breve trabajo.

4. EL ENTE PROTEGIDO Y LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCION

Por supuesto, el artículo 34 al hablar de *fundaciones* se refiere a las que lo son en el sentido tradicional de la palabra: el aceptado por los artículos 35 y ss. del Código civil. Las llamadas «fun-

(1) Estos apartados, relativos a las asociaciones, dicen así:

2. *Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.*

4. *Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.*

daciones de Derecho público», denominación que se asigna, no a cualesquiera erigidas mediante una ley (la Galdiano y la Inés Terrero son verdaderas fundaciones), sino a aquellos entes de aspecto fundacional que, creados en régimen de Derecho público, no constituyen, en mi opinión, una figura unitaria y general, y desde luego se apartan largamente del pensamiento del legislador constitucional.

Este entendió tutelar la tradicional institución de Derecho privado como un corolario de la tutela constitucional de la personalidad, la individualidad, la autonomía, y, en el aspecto económico, la libertad de iniciativa privada de la persona: en cierto sentido, también de la propiedad. Todos ellos son valores que la Constitución obliga a respetar, aunque en distinta medida unos y otros y con distintas posibilidades de intromisión del poder público y de defensa del particular.

Observemos que el texto constitucional, literalmente, propone la defensa de un derecho subjetivo: el derecho a fundar, a establecer una fundación. Apurando los conceptos podría mantenerse que hay una cierta diferencia con el derecho de asociación, en cuanto que el artículo 22 no sólo lo reconoce —al estar ubicado en la sección primera— como un «derecho fundamental» y, sobre todo, una «libertad pública» igual que la de reunión, sino que a continuación se fija, como objeto de la protección de la norma, en el resultado de la acción de asociarse: la asociación misma. Mas inmediatamente se advierte que esta protección, no ya simplemente del derecho de crear una persona jurídica, sino esencialmente de la persona jurídica creada, se produce asimismo en las fundaciones merced a las ya citadas referencias del artículo 34 al 22: sobre todo, al aplicarse a la fundación el apartado 4.

Protección constitucional, por tanto, de la fundación ya realizada, y no simplemente del derecho de fundar. La diferencia con la asociación, al ser ésta una «libertad fundamental», se produce en tema de garantías: el ciudadano a quien se coarte su derecho de asociarse con otros puede recabar la tutela de tal derecho, *ex* artículo 22, ante los tribunales ordinarios por el procedimiento preferente y sumario a que se refiere el artículo 53-2 de la Constitución (todavía en expectativa), amén del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, mientras que una infracción de la protección constitucional de las fundaciones únicamente podría ser denunciada a través del recurso de inconstitucionalidad, diferencia que acaso se debe a la mayor raigambre histórica del derecho de asociación como derecho fundamental del ciudadano en toda democracia, que debe ser constitucionalmente tutelado y que es uno de los signos del Estado de Derecho, mientras es mucho más reducida la significación social y política de las fundaciones.

En cambio, en el aspecto material, la protección constitucional de asociaciones y fundaciones no parece tener significado distinto. Se tutela el derecho a asociarse y la asociación; se tutela igualmente el derecho a fundar y la fundación. Para unas y otras valen

igualmente la reserva de la ley y la necesidad de resolución judicial (no administrativa) para disolverlas o suspenderlas. Que no es sólo el derecho a fundar lo protegido del artículo 34, sino el ente mismo, resultado de la acción de fundar, queda asimismo patente en el propio artículo 34-2 que se refiere la aplicación de las reglas del artículo 22 a las «fundaciones»; pero sobre todo se deduce del sentido general del artículo 34, que no podría limitarse a tutelar el derecho de cualquier persona natural o jurídica o grupo de ellas a establecer una fundación, lo cual no tendría sentido sin que se otorgase idéntico amparo al resultado de sus actos: al ente mismo creado en el ejercicio de un derecho del ciudadano.

En suma: el artículo 34 no simplemente reconoce el «derecho de fundación», sino que reconoce como un valor jurídicamente protegido a «las fundaciones»: las ya existentes y las que en el futuro se creen, pues no hay ningún motivo para que la eficacia del precepto no se extienda, a partir de su vigencia, a todas las fundaciones actuales, pretéritas y futuras.

5. EL «INTERES GENERAL»

Esta condición, en realidad, no es un *quid novum* añadido por la Constitución, sino, según la doctrina dominante, un elemento esencial en toda fundación. Ya hemos visto, al estudiar la génesis del artículo 34, cómo, en la mente del Congreso, perseguía esta frase la exclusión de las vinculaciones familiares.

La expresión «interés general» es muy amplia, y representa una especificación y aclaración del «interés público» a que se refiere el Código civil. Según me parece, en la definición de tal interés se han de incluir connotaciones negativas y positivas: es «interés general» todo aquel que no es individual o de grupo de personas determinadas (aspecto negativo) y que representa un valor apetecible para la comunidad (aspecto positivo). En mi opinión, el aspecto altruista no entra en la expresión «interés general», sino en el propio concepto de la fundación: ésta, necesariamente y con arreglo a su figura tradicional, es «benéfica», y el legislador constitucional se hubo de mover en el mismo orden de ideas: para él el término «fundación» sin duda significó lo mismo que para el común de los juristas desde que apareció el Código civil.

Por supuesto, no son de «interés general» las finalidades fundacionales delictivas o simplemente inmorales o contrarias a las buenas costumbres. El artículo 22-2 de la Constitución, invocado por el 34, se refiere sólo, para rechazar su legalidad, a las asociaciones «que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito», de modo que el derecho de asociación podría ejercitarse, si se interpretase el precepto *a contrario*, para cualquier finalidad no delictiva, aunque fuera opuesta a la moral corriente y a lo que

antes se llamaba «las buenas costumbres». No voy ahora a discutir sobre cuál sea el ámbito dentro del cual las asociaciones se hallan protegidas por la Constitución y por tanto tienen derecho a nacer sin que el legislador —menos, la Administración— pueda impedirlo. En todo caso, lo que sí entra dentro del espacio protegido por la Constitución en materia de asociaciones son las finalidades indiferentes y ajenas al «interés general»: finalidades que no hay razones atendibles para fomentar, pero cuyo fomento no puede ser prohibido o impedido porque ello representaría un atentado a las libertades individuales. Caben, asimismo, asociaciones limitadas a grupos concretos y personas o clases de personas determinadas. Es en este punto donde estriba la diferencia con las fundaciones, a las que la Constitución exige que se constituyan «para fines de interés general». Una asociación puede tener un objetivo indiferente, trivial, insignificante o absurdo, con tal de que no sea delictivo o (acaso) inmoral. Una fundación exige más: su objetivo ha de representar un beneficio de cualquier clase para la comunidad, para el colectivo de los conciudadanos. Por supuesto, no podría chocar contra la moral corriente, como sería una fundación para el fomento de la homosexualidad, pero, adicionalmente, su objetivo no podría ser, contra lo que sucede con la asociación, puramente indiferente o neutro: es jurídicamente viable una asociación con la finalidad de promover el uso de la peluca o de la levita negra, pero no sería posible una fundación para el fomento de la barba partida o del traje oscuro, porque tales objetivos no pueden ser considerados «de interés general».

La exigencia de un «interés general» apunta, igualmente, a que la actividad señalada como objetivo a la fundación sea puramente filantrópica en el sentido de no perseguir la ganancia, tema cuya consideración excede los límites de este breve escrito.

6. EL «CONTENIDO ESENCIAL»

El artículo 53 de la Constitución acota, incluso frente al poder legislativo, el «contenido esencial» de los derechos y libertades fundamentales. Por tanto, el «contenido esencial» del derecho de fundación y la fundación misma se hallan protegidos frente al legislador, que no podría atentar contra este núcleo irreductible, pues de otro modo, es decir, si se dejase al Parlamento la configuración de la fundación, se podrían poner a ésta tales exigencias que vaciasen el derecho de sustancia.

¿Cuál es ese «contenido esencial»?

En un somero repaso de los elementos de la figura jurídica en estudio, podríamos llegar a las siguientes conclusiones:

a) Pertenece a la esencia de la fundación, en primer lugar, y sobre todo, la «finalidad de interés general» a que acabo de aludir, finalidad propuesta por el fundador y sirviendo de cauce a la acción del ente, que el legislador debe respetar.

El legislador puede exigir a la fundación el mantenimiento de la acción propuesta; organizar la vigilancia de su cumplimiento, e incluso dar normas para su readaptación cuando tal finalidad haya quedado obsoleta o sea de imposible realización; pero no puede variar una finalidad que siga siendo posible, lícita y de interés general, ni prohibir su realización.

Esta finalidad puede ser, y normalmente será, de duración indefinida, y entonces tal dato de la «duración» pertenece asimismo al contenido esencial: el ente persiste y no podría ser extinguido por la ley, ni ésta podría predisponer condiciones para su extinción, mientras perduren la finalidad lícita y altruista y los medios materiales que hacen posible su cumplimiento.

Reconocida la intangibilidad de los objetivos fundacionales lícitos, que no puede variar arbitrariamente el legislador, surge una ulterior cuestión: ¿puede el legislador prohibir genéricamente la realización de un determinado objetivo por cualquier persona privada, natural o jurídica, o condicionar su cumplimiento de tal modo que resulte imposible para un ente de naturaleza fundacional?

El problema excede de los límites de este escrito, para entrar en los del Derecho constitucional general. Supongo que habría que distinguir entre finalidades ideales y económicas, ya que unas y otras tienen un tratamiento específico distinto en la Constitución. En las finalidades ideales la intervención del Estado, cuando se lo permita su relativa neutralidad, no podrá impedir la actividad de los ciudadanos, y sólo condicionarla en lo que requieran los clásicos límites del orden público y la moral corriente.

Distinto es el caso de las actividades económicas, que el Estado puede condicionar a todos los ciudadanos en el marco de la economía social de mercado y la libertad de empresa. Sí parece indudable que el Estado no podría limitar la actividad económica de las fundaciones más que la de cualquier otra persona natural o jurídica.

b) También pertenece al contenido esencial de la fundación la dotación, contra cuya atribución (que ulteriormente habrá de conservar su integridad económica) no podría dictar normas el legislador.

c) Contenido esencial de la fundación es, por supuesto, la personalidad jurídica. 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. Ninguna norma podría negar esta realidad, esta «entidad» de algo totalmente inmaterial pero rigurosamente jurídico.

d) Más difícil es decidir si es parte del contenido esencial de la fundación la forma de aplicación de los medios a los fines y, en definitiva, la organización. Es ese un punto delicado, y muy proporcionado a distinciones el tema de la delimitación del núcleo constitucionalmente sustraído al arbitrio del legislador: parece que debe entrar en él, en lo más sustancial, la voluntad del funda-

dor relativa al modo de organización y funcionamiento del ente.

A la luz de estas ideas es indudable, en cambio, la posibilidad de que el legislador introduzca modificaciones en la organización de una fundación, precisamente para mantener el intento primitivo. Y en cualquier caso, lo decisivo para juzgar de la ineficacia de cualesquiera modificaciones introducidas por ley, frente al artículo 34 de la Constitución (en relación con el 53), será el hecho de que infrinjan, o no, una voluntad manifestada por el fundador en el acto fundacional expresa o implícitamente como consustancial con la fundación. A falta de esa infracción parece improbable que entre dentro del «contenido esencial» el derecho de fundación la facultad de ordenar la organización del ente, es decir, cuando tal organización no sea consustancial con su finalidad. El hecho de que son muchas las fundaciones que se ordenan sin explicitar su modo de gestión hace pensar que, como regla general, ésta es la solución válida.

7. LA RESERVA DE LEY

El tenor del artículo 34, reconociendo «el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley» obliga a explicar el significado del último período, «con arreglo a la ley», pues si se entendiera en el sentido de que el legislador está autorizado para regular a su arbitrio el derecho de fundación, el precepto sería ocioso. La Constitución pretende garantizar tal derecho precisamente frente al legislador ordinario.

En el primitivo artículo 22 aprobado por el Congreso, el párrafo correspondiente se limitaba a reconocer «el derecho de fundación con arreglo a la ley» pensando probablemente en una ley que limitase las fundaciones a las de «interés público»; el Senado introdujo —con acierto— la frase «para fines de interés general», explicitando una precisión que estaba en la mente de todos, con la ya comentada finalidad de eliminar de modo expreso del ámbito constitucionalmente protegido a las fundaciones familiares. Sin duda éstas —según la doctrina dominante y exacta— vienen ya rechazadas por el Derecho del Código civil, pero convenía que la Constitución no proporcionase argumentos para resucitar una vieja controversia.

Mas, alcanzado este propósito, la conservación del inciso «con arreglo a la ley» no representa una redundancia: al contrario, sigue teniendo el significado de que, frente a la incondicionalidad de las asociaciones con finalidad lícita, en cambio a la fundación le puede exigir el legislador el cumplimiento de razonables requisitos, siempre respetando su «contenido esencial» según el concepto que de aquella figura jurídica tuviera la opinión común en el año 1978. En cambio, no autoriza la Constitución al legislador para dejar al ente vacío de contenido dando carta blanca al Par-

lamento para imponer arbitrariamente a cada fundación existente o constituyendo los requisitos y condiciones que tenga a bien.

En otras palabras: si todo el régimen de la fundación fuera del dominio de la ley, sería inútil reconocer el derecho de fundación: ya se encargaría el legislador de amortizarlo o bien de ponerle tales dificultades que no pudiera ejercitarse. Podría, por ejemplo, para impedir la creación de fundaciones benéficas y caritativas, reducir las finalidades posibles a la edición de libros populares y la restauración de palacios antiguos, o bien exigir una dotación inasequible a los fundadores.

Que no era esa la mente del legislador constituyente lo prueban las explicaciones de Alzaga Villamil en la Comisión del Congreso: para él lo que puede «establecer la legislación ordinaria, para evitar que se produzcan excesos que se pueden producir en las fundaciones como se pueden producir en las asociaciones, y en general, en cualquier tipo de persona jurídica», son «los efectos que se deben reconocer a una fundación, los tratamientos jurídico-fiscales que se le pueden conceder, el marco de derechos y obligaciones de control por las autoridades de las fundaciones, etcétera». Pero, en cambio, no significa la expresión «con arreglo a la ley», «que este derecho deba simplemente ser dejado a la posibilidad de que el legislador ordinario tenga a bien admitirlo, reconocerlo, o no admitirlo».

El período «con arreglo a la ley», en suma, no deroga la intangibilidad, por el legislador, del «contenido esencial» de las fundaciones, si bien modaliza la acción de aquél en el sentido de permitirle una influencia sobre esta clase de personas jurídicas mayor que en las asociaciones: tanto condicionando su fundación y funcionamiento como facultando a la Administración para controlar éste y aun encargárselo. Lo que el legislador constitucional ha querido decir no se desvía de la figura ordinaria de la fundación, sometida a mayores requisitos y vigilancia que la asociación. En particular, se ha omitido en el artículo 344 para las fundaciones, deliberadamente, un apartado como el número 3 del artículo 22 que ordena llenar ciertas formalidades administrativas de creación de las asociaciones —la inscripción— advirtiendo que ello es «a los solos efectos de publicidad», y, por tanto, sin condicionar su existencia y autonomía que son independientes del cumplimiento de tales ceremonias. En las fundaciones, por el contrario, la ley puede condicionar su reconocimiento —puede, no tiene por qué hacerlo necesariamente— al cumplimiento de ciertas diligencias: la inscripción en el Registro y, antecedentemente, la clasificación, o tramitación equivalente. Entiendo, así, que la ley puede poner condiciones al «derecho de fundación», y tal es el significado de las últimas palabras del artículo 34; pero no puede, adicionalmente, incidir en el «contenido esencial» del ente fundado.

La reserva de ley del artículo 53 acaso resulta atenuada por esta expresión «con arreglo a la ley» del artículo 34, en cuanto que tal expresión da entrada a disposiciones de rango inferior

para disciplinar aspectos secundarios de la fundación. También ahora, como antes de promulgarse la Constitución, la Administración podrá disciplinar los aspectos procedimentales, organizativos y de control de las fundaciones, o bien ejercer la tutela sobre ellas, y, finalmente, en un aspecto externo, regular los campos de actividad de las mismas (la «beneficencia», la educación, etc.), campos en cuya extensión podrá poner condiciones razonables a cualquiera (también a la asociación o a la persona física) que pretenda ejercer allí su actividad.

8. GARANTIAS JURISDICCIONALES Y FUNDACIONES ILICITAS

a) La remisión del artículo 34 al 22-4 implica una limitación considerable en la intervención de la Administración en las fundaciones: sólo los jueces pueden disolverlas o suspender sus actividades, y no el poder ejecutivo. El requisito de que la resolución judicial sea *motivada* es obvio: en realidad todas las resoluciones judiciales a nivel de sentencia habrán de ser motivadas —art. 120-3 de la Constitución—, y no veo cómo el pronunciamiento judicial que ordena la disolución o suspensión de una fundación podría adoptar la forma de providencia o de auto.

Que las fundaciones, en adelante, no puedan ser disueltas por la Administración ni suspendidas en sus actividades, recorta notablemente la práctica actual del protectorado. Frente a las medidas más drásticas, tales como declarar disuelto el ente, o disolverlo, o suspender su actividad, la fundación no sólo está bajo la protección de la ley, sino también bajo la del poder judicial frente a la Administración. Esta es su tutora, pero, igual que el representante legal de un menor o incapacitado, tiene sus facultades limitadas en cuanto a las decisiones más importantes, aquí las de disolver o suspender. Acaso, igualmente, aquéllas que equivalen a una disolución o suspensión, o que la lleven consigo: es actualmente discutible si, no consintiéndolo los respectivos patronatos (allanamiento), podría el protectorado estatal o comunitario ordenar la fusión de varias fundaciones imposibilitadas individualmente de desarrollar su objeto.

b) A su vez, la referencia al artículo 22-2 contiene una limitación evidente (la presencia de fines o medios delictivos) al derecho de fundación. Quiere decir que una fundación no puede, según su propio Estatuto fundacional, perseguir fines tipificados como delito (por ejemplo, fundación para el fomento de la eutanasia), ya que entonces su establecimiento es un acto contra ley y el supuesto ente carece de personalidad: no alcanza ninguna capacidad jurídica. Dígase lo mismo si los Estatutos ordenan o facilitan el empleo de medios delictivos (fundación en favor de la tercera edad cuyas reglas le prescriban facilitar venenos indolores a los ancianos enfermos crónicos que lo soliciten). Cuando una

fundación, de hecho y sin reflejo en los Estatutos, persigue fines o utiliza medios delictivos, no es, exactamente, ilegal, sino que obra contra la ley, lo cual podrá ser motivo suficiente para que, por aplicación del apartado 4, la disuelvan los tribunales, o bien, simplemente, para que se pase a los tribunales el tanto de culpa de sus administradores y los sustituya por otros el Protectorado.

También será aquí 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).

