

MIGUEL ÁNGEL CABRA DE LUNA: *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio. Enfoque económico, sociológico y jurídico*, Madrid: Escuela Libre Editorial, 1998.

Bajo el título «El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio. Enfoque económico, sociológico y jurídico», Miguel Ángel Cabra de Luna realiza un amplio y extenso estudio del denominado tercer sector. Entendiendo éste como aquél que se integra con las organizaciones privadas que, sin ánimo de lucro, persiguen fines de interés general.

En la introducción de la obra, el propio autor enuncia los contenidos de la misma, así como la metodología y el plan de trabajo empleados. De modo que la lectura de dicha introducción sería la mejor recomendación que se pudiese realizar de este libro. Pero como desde nuestro humilde punto de vista, la presente obra resulta de un gran interés, aprovecho la plataforma de nuestra revista para intentar dar fiel noticia del libro, con el deseo de que esta recomendación invite a su lectura y estudio.

Como preliminar, es de interés destacar que, en la referida introducción, Miguel Ángel Cabra de Luna expone las motivaciones últimas que le animaron a realizar la obra. Son éstas, la experiencia profesional en las fundaciones, tanto del sector público como del privado, la atracción hacia el sector no lucrativo y las actividades de interés general y la vocación investigadora y de reflexión como contribución personal a la sociedad.

A lo largo de la presente recomendación nos detendremos en los contenidos del libro de índole constitucional, dada la naturaleza de nuestra revista.

La obra investiga el Tercer Sector, donde se incluyen las fundaciones, delimitando sus funciones en la sociedad actual, su composición, así como su estado de situación en España y a nivel internacional. Se profundiza sobre la configuración del derecho a fundar y sus implicaciones, así como su regulación en el Derecho comparado. Se

estudia críticamente la legislación española sobre las fundaciones. Finalmente se elabora una propuesta abierta de balance social aplicable a las fundaciones y un análisis prospectivo del sector, identificando tendencias y perspectivas de futuro.

Como cuestión previa al análisis de las fundaciones como instituciones del Tercer Sector en España, se profundiza en el fenómeno del Estado de Bienestar y su actual mutación en la sociedad del bienestar, con las correspondientes consecuencias.

Actualmente nadie sostiene que la actividad estatal debe llegar a todas las áreas sociales, considerándose que tal universalidad en la actuación del Estado no es ni positiva ni conveniente.

Esta vocación de omnipresencia estatal correría el riesgo de una excesiva burocratización e ineficacia de los aparatos de la Administración, se toparía con la carencia de recursos suficientes para satisfacer unas demandas cada vez más crecientes y caería en el error de abandonar a la responsabilidad pública, acciones que son objeto de la responsabilidad individual.

Un posible medio para solventar los problemas derivados de esta crisis del Estado de Bienestar, podría ser acercar la sociedad a sí misma. La alternativa a la crisis del Estado-providencia sólo tiene sentido si se inscribe en un triple movimiento que consista en reducir la demanda de Estado, reintegrar la solidaridad a la sociedad y producir una mayor transparencia social.

En razón de la naturaleza de las nuevas necesidades sociales y de las nuevas aspiraciones de la sociedad postindustrial contemporánea, es necesario buscar nuevas relaciones entre la acción de los poderes públicos y la acción privada, elaborar nuevos instrumentos de protección social y de bienestar, y reforzar las responsabilidades de cada uno respecto a él mismo y a

los demás. Es en este sentido como *el advenimiento de la sociedad de bienestar es a la vez inevitable y deseable*.

El bienestar —bienes y servicios que satisfacen necesidades básicas y proporcionan protección social— deriva de una multitud de fuentes: el Estado, el mercado (incluyendo a la empresa), organizaciones de voluntariado y filantrópicas y el entramado de relaciones (incluyendo a la familia).

El gran reto que tiene la sociedad del bienestar es saber articular los tres escenarios citados (Estado, Mercado, Tercer Sector) al mismo tiempo, y aquí es donde juegan un importante papel las energías solidarias de los ciudadanos, pues será preciso satisfacer las necesidades básicas que aseguran la dignidad de la persona, pero también será necesario profundizar en la libertad y autonomía de los grupos e instituciones sociales que producen y gestionan el bienestar social.

La referida articulación es de enorme importancia, tanto en el sistema de asignación de recursos para hacer frente a las demandas sociales dentro del Estado de Bienestar como en la vertebración social, en la interpretación e integración sociales, y en definitiva en el progreso de la sociedad civil y la consolidación de la sociedad pluralista.

El tercer sector, como conjunto de entidades no lucrativas o de carácter solidario, viene a complementar cuando no a sustituir a las actividades de interés general llevadas a cabo, con distinta suerte, con anterioridad por el Estado, según el grado de desarrollo económico y de modernización de cada país.

La motivación del tercer sector es el cambio con fines de interés general y descubre en el servicio la esencia de la vida y la razón de ser. *El elemento diferencial de este sector es, por excelencia, la misión: lo primario es lo social como compromiso, como fin fundacional y lo secundario lo económico.*

Como parte integrante del tercer sector destacan *las fundaciones* en cuanto

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

Con los anteriores presupuestos se llega al *concepto del Tercer Sector*, como aquel constituido por las organizaciones privadas de carácter voluntario y sin ánimo de lucro que, surgidas de la libre iniciativa ciudadana y regidas de forma autónoma, buscan responsablemente mediante el desarrollo de actividades de interés general (misión), conseguir un incremento de los niveles de calidad de vida a través de un progreso social solidario, en cooperación con otras instancias públicas o privadas, beneficiándose, en su caso, de un tratamiento fiscal específico, derivado del reconocimiento de su labor altruista.

Al analizar el rol de las entidades no lucrativas en las sociedades occidentales se recogen opiniones que mantienen que las organizaciones no gubernamentales son hoy los verdaderos movimientos sociales de este fin de siglo, lo único que dinamiza algunas energías juveniles, y algo que los partidos políticos deberían saber aprovechar si no quieren verse relegados a la obsolescencia más absoluta y lamentable.

Parece lógico que actualmente sea necesaria en gran medida esa tendencia del ciudadano a organizar él mismo y a crear asociaciones y entidades no lucrativas, como las fundaciones, para defender sus intereses legítimos. Realmente constituye un desafío a la democracia parlamentaria, pero al mismo tiempo un elemento total y absolutamente necesario, vital y complementario en nuestras sociedades democráticas europeas.

Vuelta la vista a nuestra nación, se comprueba que el tercer Sector en España ha surgido con retraso. Lo que tiene fácil explicación, dada la pobreza del tejido social existente en nuestro país, y que la aparición y consolidación del Tercer Sector van ligadas al desarrollo económico y social.

Hoy día, existe en nuestro país un Tercer Sector, diverso y multiforme, observando a partir de la promulgación de la *Constitución del año 1978* un desarrollo progresivo y dinámico del sector.

De otro lado, y refiriéndonos ya a la acción pública en relación con las asociaciones, la necesidad de fomentar y potenciar el tejido social ha aconsejado a los gobiernos a realizar una política de promoción de las asociaciones mediante medidas de carácter legislativo y económico. Así la reciente *Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General* ha establecido, respecto a las asociaciones reconocidas de utilidad pública, una serie de beneficios y exenciones que han revalorizado tal calificación, que últimamente tenía más importancia honorífica que real.

Si importantes son las medidas legales, mayor repercusión tienen las relacionadas con el tema económico y cuya expresión más emblemática es *la subvención*. Se debe avanzar en pos de la actuación de las potestades regladas en la concesión de subvenciones y de la correlativa limitación de la discrecionalidad, evitando los riesgos que implica que la Administración sustituya la mencionada discrecionalidad, inherente a la subvención, por arbitrariedad, convirtiendo la técnica subvencional en un instrumento de naturaleza graciable que podía fomentar la desigualdad.

La alternativa deseable a la subvención, por parte de las asociaciones, es *el concierto*, que ofrece mayor estabilidad en los ingresos y consecuentemente da seguridad y continuidad a los servicios prestados por las mismas. En cualquier caso no debe olvidarse la verdadera finalidad de estos instrumentos, pues mientras la subvención tiene intencionalidad de promoción y fomento (creación de infraestructuras y servicios o aplicación de nuevas tecnologías), el concierto debe garantizar los servicios a los que el ciudadano tiene derecho y el Estado no imparte con sus propios medios. Por consiguiente, procede

utilizar ambas técnicas aplicándolas correctamente y haciendo ver a las asociaciones que la suscripción de conciertos exige competitividad, calidad y libre mercado, en igual medida que se le presupone a las sociedades mercantiles que actúan en el ámbito del Bienestar Social.

A nivel internacional, constatamos que la primera estructura fundamental para el tercer sector, está determinada por los países organizados bajo el Derecho administrativo y los que están bajo el Derecho Común (Common Law). En países regidos por el «Rule of Law» (Derecho común) se consolidan más fácilmente las organizaciones no lucrativas, frente a los países de «Régimen administrativo» (continentales de Europa), donde la tipología institucional del Tercer Sector suele estar regulada legalmente y en múltiples ocasiones es necesario un reconocimiento público previo para comenzar a actuar.

Algunas naciones como Francia, Alemania, Italia y España tienen un tejido social con fuertes conexiones con sus respectivos Estados, lo que produce una fuerte interdependencia Estado-Tercer Sector.

En países de Derecho Común, tales como Gran Bretaña, Estados Unidos y Australia, el sector no lucrativo se basa en el voluntariado y las organizaciones son más competitivas. La Administración apoya al campo social, desarrollando la prestación de servicios a través de organizaciones no lucrativas.

En los antiguos países socialistas (Países del Este) el gobierno es oficialmente el único sector y los grupos voluntarios, si es que existen, han estado y en gran parte continúan controlados por aquél.

En los países en desarrollo, las organizaciones no gubernamentales indígenas son las que pueden presentar un mejor historial en cuanto a la prestación de los servicios sociales, el desarrollo comunitario y la ayuda, así como en la actuación como defensores de los pobres. En muchos países es una realidad el hecho de que las organizaciones no lucrativas son más efi-

cientes y equitativas en la prestación de servicios a favor de los grupos más desfavorecidos de la sociedad, pues los programas de subvenciones gubernamentales apoyan a los grupos acomodados del respectivo país.

Desde una perspectiva comparada y en general *para todo el Sector a nivel mundial se llega a las siguientes conclusiones:*

1. Público y privado en esta materia es una dicotomía y más privatización no significa necesariamente menos publicación y viceversa.

2. Las organizaciones integrantes del Tercer Sector están interesadas en la prestación de servicios, así como en la realización de actividades de mediación.

3. Los modelos nacionales de estructuración del Tercer Sector se configuran más por las funciones de integración sociopolítica que por criterios de eficiencia económica.

4. La tipología de la regulación del Tercer Sector por los poderes públicos influye en la orientación del mismo.

A modo de recapitulación de lo expuesto hasta ahora, se puede decir que la creación de tejido social, la promoción de los derechos humanos, el altruismo, la solidaridad, la responsabilidad social, la educación y la cooperación para un desarrollo socio-económico sostenible han de tener unas miras más altas que las meramente acomodaticias de los intereses del Estado o particulares. Lo que los nuevos movimientos plantean al orden político de las democracias occidentales surge del interior de éstas. No se trata de un ataque revolucionario contra el sistema, sino de la reivindicación de que las democracias se transformen y se adapten. El reto procede de individuos y de nuevos grupos sociales que reclaman de las democracias que se abran a la vida política a un conjunto de intereses más diversos y más vinculados a los ciudadanos.

La aparición de los conceptos de Estado social y Estado del Bienestar, parecía presagiar una crisis de las fundaciones. Sin

embargo, la realidad ha confirmado lo contrario. En el seno de la sociedad ha surgido con fuerza la denominada solidaridad voluntaria. Esta solidaridad ha encontrado su ámbito de desarrollo en el llamado Tercer Sector y concretamente en las fundaciones. Los poderes públicos han llegado a ser conscientes de que ellos solos no pueden asumir todas las necesidades sociales, siendo necesario la interacción Estado-Sociedad para realizar los fines de interés general.

Esta irrupción moderna de las fundaciones ha tenido su reflejo en nuestra *Constitución de 1978*, donde se ha incluido el derecho a fundar.

En efecto, el artículo 34 de la Constitución declara «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 de artículo 22».

El derecho a fundar se encuentra dentro del Título I «De los derechos y deberes fundamentales», Capítulo II «Derechos y libertades», sección 2.<sup>a</sup> «De los derechos y deberes de los ciudadanos».

El hecho de que el legislador constituyente incluyera el derecho a fundar dentro del texto constitucional ha tenido una enorme importancia, rompiendo con una tradición histórico legislativa.

El contenido del artículo 34 fue un texto profundamente discutido y meditado. En el Congreso se discutió sobre la necesidad de incluir en el texto constitucional el derecho de fundación. La tramitación en el Senado tuvo como consecuencias la ubicación definitiva del artículo 34 dentro del texto legal y la reforma de su texto, así como la agregación del concepto de interés general, expresión ésta que sustituyó a la de «interés público» procedente del artículo 35 del Código Civil. Sustitución acertada que delimita claramente el objeto o fin posible de la fundación, ampliando su configuración, ensanchándolo socialmente y sustrayéndolo del ámbito

estatalizante. Finalmente, Congreso de los Diputados y Senado procedieron a la aprobación definitiva del derecho de fundación en la línea prefijada por el Senado.

La profundización en la *naturaleza jurídica del derecho de fundación*, ayudará a la ulterior determinación del «contenido esencial», aquel que el legislador deberá de tener en cuenta como núcleo indisponible.

Según el autor, el derecho de fundación, reconocido en la Constitución, es un derecho constitucional. No es un derecho fundamental de los de especial protección reconocida por el artículo 53.2, 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 es un «derecho de los ciudadanos» como lo cataloga el título de la Sección Segunda como derecho fundamental ampliamente entendido, en el sentido de que le es de aplicación el artículo 53.1 (vinculación a los poderes públicos, reserva de ley que ha de respetar su contenido esencial, en conexión con el artículo 86, que regula el Decreto-Ley y recurso de inconstitucionalidad).

Una vez sentado que la naturaleza jurídica del derecho de fundación está conformada como un derecho fundamental, hay que recordar 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 (S. 49/1988 de 22 de marzo).

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 aquél que los que la propia Constitución establece en su artículo 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 instrumental; 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.

A la luz de la Constitución, se puede decir que el derecho de fundación es una de las expresiones de la función social que la propiedad privada posee dentro de su concepto jurídico.

En el punto donde convergen 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 la libre disposición del propietario sobre sus bienes, pero, al mismo tiempo, también es 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.

Según se ha dicho, el derecho de fundación quedó definitivamente integrado en el artículo 34, incluido dentro de los denominados «Derechos y deberes de los ciudadanos».

La ubicación del derecho de fundación en la sección segunda del Título I, capítulo II, hace que le sea aplicable el artículo 53 de la propia Constitución. Este artículo exige el desarrollo del contenido del derecho de fundación a través de ley. Es decir, da cabida a que el legislador desarrolle su contenido; al objeto de que dichos derechos puedan ser ejercitados y asimismo poder exigir su protección ante los Tribunales.

Se puede concluir que el desarrollo legislativo del derecho de fundación, viene exigido tanto por el artículo 53 ya aludido, como por el propio artículo 34 del texto constitucional, que hace una remisión en favor de la ley y efectuando además la

reserva legislativa para la regulación y desarrollo del derecho de fundación.

El desarrollo del contenido constitucional del artículo 34 deberá hacerse por medio de ley ordinaria. Lo que deviene necesario dada la ubicación sistemática dentro del texto constitucional y lo establecido en los artículos 53.1 y 81.

La reserva de ley en los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho de fundación, significa, también, que el legislador deberá respetar, en todo caso, el contenido esencial del derecho, o lo que es lo mismo su núcleo esencial, indisponible para el legislador.

De esta manera, se hace imprescindible determinar el *contenido esencial del derecho de fundación* 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.

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

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

El artículo 34 de la Constitución se refiere, sin duda, al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas, que considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador a un fin de interés general.

Como integrantes del contenido esencial del derecho, podemos enunciar las siguientes características:

El derecho a fundar implica el de creación de una persona jurídica.

El fin de la fundación ha de ser de interés general, lo cual no excluye la idea del beneficio patrimonial, pero sí la del lucro como fin real de la fundación.

La Constitución no delimita cuáles serán los fines de interés general, por lo que su determinación queda a la voluntad de 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.

Las fundaciones deberán ser estimuladas desde la legislación, dado que cumplan 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.

Supuesto todo lo anterior, el legislador debe respetar en principio la voluntad organizativa del fundador.

Además, como parte integrante del núcleo esencial del derecho de fundación, puede identificarse la presencia de la acción pública del Protectorado.

El *concepto de interés general* tiene una trascendencia y unas consecuencias.

El interés general, aplicado a las actividades de los particulares, no sólo puede coadyuvar a los fines públicos, sino también y en base al principio de subsidiariedad, suplir la actividad de las Administraciones.

Esta concepción deviene fundamental para comprender en sus justos términos el derecho de fundación hoy.

En conclusión se pueden 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.

Por todo lo dicho, se puede afirmar que el concepto de interés general es un *concepto jurídico indeterminado*.

En definitiva, no es interés general aquello que las Cortes considere que es de interés general, sino que es interés general aquello que la Cortes consideran como tal, siempre que ello haya sido deducido como concepto jurídico a extraer del sistema constitucional.

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

a) Son fines de interés general todos aquellos bienes, valores, derechos o instituciones constitucionalmente consagrados o de relevancia constitucional. 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.

b) Además lo son todos los bienes, valores o derechos reconocidos por el bloque de la constitucionalidad.

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.

Para concluir, 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.

Es en este marco donde están encuadradas las actividades fundacionales como manifestación de la interacción entre Estado y sociedad civil. La configuración del Estado como social de Derecho viene, así, a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado de modo exclusivo y excluyente, sino que se armoniza en una acción mutua Estado- sociedad.

Al poner en relación el artículo 34 de la Constitución y la constitución de las fundaciones se plantea el problema de la *adquisición de la personalidad jurídica* por parte de estas entidades.

A la vista de los artículos 34 y 53 de la Constitución, ya no sería posible que una disposición de rango inferior a la ley dispusiera los requisitos y sistemas de constitución de una fundación apoyándose para ello en la falta de regulación que efectúa el Código Civil.

Lo único que la Constitución no admite es que la constitución de la fundación dependa de un acto discrecional de la Administración, sino en todo caso reglado.

La regulación establecida en la Ley 30/94 de 24 de noviembre, de Fundaciones y a la luz del artículo 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.

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 de la Constitución), 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.

La Constitución también tiene relevancia en cuanto al nuevo papel que la Administración desempeña en las fundaciones a medio del *Protectorado*.

De esta manera, el 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, como son la garantía de legalidad, el cumplimiento de fines de interés general, la rendición de cuentas y el ejercicio provisional de las funciones del Patronato, si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo.

Es decir, el Protectorado se concreta 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 capitidismuinidas, hoy afortunadamente en regresión, en todo caso sometidas al control judicial.

El apartado 2 del artículo 34 de la Constitución establece que regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 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 visto con anterioridad. En suma, nos encontramos ante una manifestación de la delimitación negativa del contenido esencial del derecho de fundación.

El artículo 22.2 de la Constitución ha de interpretarse en sus justos y estrictos términos. La expresión «que persigan fines tipificados como delitos», significa que su finalidad fundacional sea ésta, y por tanto no hay que confundir objeto social con las posibles actuaciones delictivas de sus patronos, por ejemplo. La utilización de medios tipificados como delitos, representa 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 por 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 medios de forma esporádica. Por último

respecto de la concreción del término delito, como es lógico, no caben interpretaciones generalistas.

En cuanto a la disolución de las fundaciones y suspensión de sus actividades, el artículo 22.4 de la Constitución dice que las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.

Este artículo debe interpretarse como una garantía del derecho de fundación, no como un precepto que traslada obligatoriamente a los jueces un trabajo innecesario. Opera, por tanto, como una garantía frente a la actividad administrativa.

La protección constitucional del derecho de fundación no se agota en sí misma, sino que también hace referencia al resto de derechos fundamentales que afectan a las fundaciones, cuya vida y permanencia quedan garantizadas. Por todo ello es necesario tener en cuenta el haz de derechos fundamentales que inciden directamente en la institución objeto de estudio.

Las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales en todas las hipótesis en que la instrumentalización del derecho a la libertad no aparezca o sea incompatible con la naturaleza y especialidad de fines del ente colectivo.

En relación al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución, es de señalar que la ley 30/94 de 24 de noviembre, no establece entre las funciones del Protectorado la de la exigencia previa administrativa para litigar. La fundación está conformada por la voluntad de su fundador, que como persona física tiene plena capacidad de obrar para efectuar tanto la constitución de una persona jurídica, como la libertad para interponer cuantas acciones legales considere necesarias para la vida fundacional, pudiendo incluso reclamar la protección jurisdiccional frente a actos del Protectorado que no considere legítimos.

En relación al derecho a la igualdad ante la Ley, reconocido en el artículo 14 de la Constitución, la ley 30/94 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 artículo 6, a que las fundaciones puedan ser constituidas por personas físicas, jurídicas privadas o públicas, apoyándose para tal fin en el citado artículo 14 de la Constitución.

Finalmente, existen otros derechos fundamentales directamente relacionados con los modos de actuación de las fundaciones y sus fines fundacionales. La Constitución no efectúa una clasificación de los fines que pueden ser calificados de interés general para la sociedad, 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. Interacción ésta que es el campo donde las fundaciones tienen principalmente su ámbito de actuación.

En cuanto a *las fundaciones en el derecho comparado*, hay que tener en cuenta que el reconocimiento de la fundación como una entidad independiente, se basa, primero, en la aceptación del valor jurídico de la separación de bienes no destinados a fines propios, y, segundo, en ciertos aspectos de la libertad de asociación que es una figura comúnmente recogida en las Constituciones de los países europeos y en la Declaración de Derechos Humanos y la Convención de Roma, como un derecho y prerrogativa humana. Sin embargo, la fundación no goza de ese estatus, salvo en el Derecho español, tal y como se ha visto.

La obra también hace un estudio y análisis crítico de los modelos de regulación fundacional existentes en el ámbito continental (Alemania, Suiza, Italia, Francia, Suecia y Países Bajos), así como en el Reino Unido y Estados Unidos. Se lleva a cabo una interrelación de los regímenes jurídicos continentales en base a los elementos esenciales de la fundación y de su dimensión evolutiva.

Asimismo el libro recoge unos comentarios sobre el non nato Estatuto de la Fundación Europea, remontándose a finales de 1991, cuando la Comisión Europea presentó un proyecto de Reglamento sobre el «Estatuto de la Fundación y la Asociación Europea». Como elemento negativo a tener en cuenta hay que hacer mención a que pese a las diversas Directivas en materia de sociedades mercantiles, la Comisión no ha sido capaz de sacar adelante un Reglamento sobre la Sociedad Europea. De otro lado, la existencia de una legislación muy diversificada, según los países, en materia de fundaciones y asociaciones, dificulta la armonización legislativa en este sector. Recientemente, junio de 1997, la Comisión Europea ha adoptado, a iniciativa del Comisario responsable de la DG XXIII, una «Comunicación sobre Organizaciones de voluntarios, asociaciones y fundaciones» que sugiere la adopción de medidas específicas, nacionales y europeas, para favorecer el desarrollo de este sector.

El estudio de la *Ley 30/94*, comienza por su artículo 1, donde se recoge el concepto de fundación, estableciendo la siguiente definición: «Organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general».

La necesidad que la fundación tiene de gestionar de forma autónoma el patrimonio afectado a un fin de interés general, trae como consecuencia, la atribución de personalidad jurídica propia e independiente al patrimonio fundacional o, lo que es lo mismo, la configuración de la fundación como un patrimonio con personalidad jurídica.

Así lo expresa el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 22 de marzo de 1988: «la fundación supone una persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general».

La fundación supone también vinculación de bienes para fines de interés general,

pero entendiendo la vinculación no en el sentido tradicional de prohibición perpetua de enajenar los bienes de mayorazgos, obras pías y fideicomisos, sino en el sentido de «vinculación global» que recogía el artículo 16 de la Ley General de Beneficiencia de 1849, y que supone que el patrimonio de las fundaciones ha de estar siempre afecto a fines de interés general y nunca puede dejar de estarlo, y si caduca o se extingue un fin concreto de interés general a cargo de la fundación, habrá que buscar otro fin para afectar los bienes fundacionales al mismo, sin posibilidad de reversión de los bienes fundacionales al fundador o sus descendientes en caso de extinción de la fundación.

La dimensión de la fundación, como organización del tipo de la persona jurídica, no se recoge en la definición legal del artículo 1 de la Ley 30/94, pero se refleja en la definición formulada por el Tribunal Constitucional, ya citada, y en el texto de la Ley 30/94, con lo que se corrobora su carácter de pieza esencial.

En la Ley 30/94, se reconoce para el Estado una función meramente subsidiaria respecto del sector no lucrativo. Esta subsidiaridad estatal quiere ser instrumento para llevar a la práctica el protagonismo que se quiere dar a la sociedad civil, para alcanzar el objetivo de la sociedad del bienestar, a modo de contrapunto del Estado de bienestar, pero sin la pretensión de anularlo o excluirlo, sino simplemente de compartir con él la gestión del bienestar social.

*La solidaridad social* encuentra su expresión máxima, como principio democrático, en la Constitución de 1978, que la recoge para presidir el nuevo ámbito de convivencia que la propia Constitución comporta. No sólo en su artículo 1: «España se constituye como Estado social y democrático de Derecho», sino también en otros preceptos constitucionales, de los que cabe citar, aparte del fundamental artículo 41, los artículos 2, 9.2, 22, 33 y 34, entre otros.

El principio de solidaridad social, según la idea expuesta, ya se manifieste a través de

actividades asistenciales, con la connotación de obligatoriedad propia de las funciones del Estado en ese campo, ya se manifieste a través de actuaciones de carácter puramente voluntario a cargo de particulares, tiene su expresión, en la doble vertiente pública y privada expresada, en el texto básico de la Constitución de 1978, siendo de mencionar no sólo el precepto general del artículo 1 ya citado, sino también y sobre todo, el fundamental y específico del artículo 41 de la Constitución, orientado al aspecto público y obligatorio del principio de solidaridad según el cual «los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social, para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres».

Debe añadirse, para completar la visión general del principio de solidaridad en la Constitución, el importantísimo aspecto de las posibilidades de actuación del mismo a través de la voluntad privada o voluntad de los particulares que, por razones altruistas o espíritu de liberalidad, afectan bienes privativos a fines de interés general, y asumen con ellos el papel de coadyuvantes del Estado para el cumplimiento de sus fines propios en el campo de atención a las necesidades ajenas, según recoge la Ley de Fundaciones vigente, en su Preámbulo.

La cobertura normativa en la Constitución, para esta variante voluntaria del principio de solidaridad social, aparece en el precepto básico del artículo 33 (reconocimiento del derecho de propiedad y a la herencia, y de la función social de la propiedad); en los preceptos más concretos que posibilitan prestaciones personales voluntarias en beneficio comunitario (arts. 30 y 9.2 como reflejo de la idea de voluntariado en la Constitución); en el precepto que posibilita la creación de asociaciones para fines asistenciales (art. 22); pero sobre todo en el precepto fundamental del artículo 34, al plasmar como derecho fundamental de la persona «el derecho de fundación

para fines de interés general», que puede considerarse como paradigma o ejemplo máximo de la solidaridad social voluntaria.

Como conclusión, puede decirse que la actividad a cargo de fundaciones para cumplimiento de sus fines propios, fines de interés general, y la fundación misma, responden básicamente a la idea de solidaridad, pero no entendida como simple virtud, que dejaría la satisfacción de las necesidades de importantes colectivos a la discrecionalidad de los individuos, sino como valor superior del ordenamiento jurídico y compromiso colectivo, capaz de imponer obligaciones positivas frente a los individuos integrantes de grupos marginados o desatendidos (los llamados grupos diferenciados), cuya posibilidad de exigencia de las prestaciones que precisan tienen su encuadre en el marco de los llamados derechos sociales.

Publicada la Constitución y sancionada *la libertad de empresa* en su artículo 38, no parece que pueda predicarse el principio de exclusión de las fundaciones de ese derecho constitucional. Teniendo en cuenta que la fundación, por su calidad de persona, está bajo el amparo de la Constitución en ese campo, y que le son aplicables en principio los mismos derechos que a las personas físicas, a las que, como miembros de la comunidad jurídica han de estar equiparadas.

En el marco de la libertad de empresa a que se refiere el artículo 38 de la Constitución, cabe no sólo la posibilidad de titularidad directa de una fundación sobre una empresa mercantil, sino también la posibilidad de concurrencia de una fundación con otras personas físicas o jurídicas para la constitución de una sociedad mercantil o participar en ella con un propósito claro y determinado: la búsqueda y reparto de una ganancia entre los socios (lucro común partible).

La Ley 30/94 supone el desarrollo del mandato constitucional que recoge el artículo 34 de la Constitución, al plasmar como fundamental un derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la Ley,

con la implícita consecuencia de adaptar al marco constitucional las numerosas normas hasta ese momento vigentes, tarea que por sí sola hace digno de alabanza el resultado obtenido y que la nueva ley representa.

Con la nueva ley se ha venido a unificar el régimen jurídico aplicable a las fundaciones de competencia estatal, y según las pautas de descentralización política y de atribución de competencias a las Comunidades Autónomas establecidas en la propia Constitución, a introducir un criterio también relativamente unificador en este ámbito, por la vía de las normas básicas que la Ley 30/94 contiene, expresamente designadas con este carácter, y que son de aplicación general, limitando una pluralidad normativa confusa, por razón de las Autonomías, en el campo de las fundaciones.

El sector no lucrativo, del que son piezas básicas las fundaciones, constituye un sistema homogéneo presidido por el principio de solidaridad voluntaria, que debe ser regulado mediante ley formal que abarque o comprenda los supuestos que lo integran, sin olvidar el fundamental aspecto de un estatuto fiscal propio, inspirado en el principio de exención tributaria y adaptado a las directrices de la Unión Europea sobre armonización fiscal.

Se estima urgente para el sector no lucrativo un amplio proceso de potenciación, que le haga apto para el desempeño eficaz de la función social que se le reserva como expresión del protagonismo que hoy se quiere dar a la sociedad civil y una normativa integral y moderna con armonización, en su caso, en el contexto de la Unión Europea, y que abarque todos los elementos o supuestos que integran el sector no lucrativo, destacándose la figura de la fundación, como pieza básica o más significativa del sector, dado su claro valor ejemplar en el mismo.

También se hace necesaria una especial atención al aspecto tributario del sector no lucrativo, cuya peculiar problemática deberá resolverse a través de una legislación fiscal estimuladora y partiendo de la

premisa de que nuestro régimen fiscal en la materia es de los menos favorables en el Derecho comparado.

La potenciación del sector podrá asimismo conseguirse por la vía de la cooperación entre organizaciones, según los criterios generales sobre vinculación de empresas (fusión de fundaciones, agrupaciones de interés económico, vinculación de empresas mercantiles a efectos de mecenazgo, etc.).

La obra analiza las competencias que las distintas Comunidades Autónomas han asumido en materia de fundaciones, el alcance y los límites de esas competencias y, por otro lado, realiza un estudio comparativo de las diferentes Leyes autonómicas que se han promulgado para regular el ejercicio del derecho de fundación, así como el análisis del impacto de la Ley estatal, Ley 30/94, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, en el ámbito autonómico. Asimismo analiza las opciones de política legislativa en esta materia, en manos de las Comunidades Autónomas que hasta el presente momento no hayan ejercido la citada potestad.

Como verdadero derecho fundamental, pese a no ser de los especialmente protegidos, el de fundación queda incluido entre aquéllas cuyas condiciones básicas

igualitarias pueden ser reguladas por el Estado (art. 149-1-1.ª CE).

De acuerdo con estas pautas, todas las Comunidades Autónomas se encuentran ya habilitadas constitucionalmente para asumir competencias tanto legislativas como ejecutivas o reglamentarias en materia de fundaciones, sin que a este respecto, hoy día quepa ninguna diferencia entre Comunidades de primer grado, o de autonomía plena, y de segundo grado, o de autonomía menos plena, habilitación que ha permitido que todas las Comunidades Autónomas tengan atribuida la competencia exclusiva en materia de fundaciones.

En definitiva y a modo de conclusión, como decíamos al principio de esta recensión, la obra de Miguel Angel Cabra de Luna, es un estudio extenso y exhaustivo sobre el Tercer Sector en general y las fundaciones en particular, lo que le hace desde, nuestra modesta opinión, un libro de lectura y de consulta para todo aquel que se quiera acercar con rigor a este nuevo sector, cada vez más pujante en nuestra sociedad.

JUAN DE DIEGO ARIAS

*Profesor Asociado*

*de Derecho Constitucional*

*Departamento de Derecho Político.*

UNED

PEDRO GONZÁLEZ-TREVIJANO/CAYETANO NUÑEZ RIVERO: *El Estado Autonómico. Principios, organización y competencias*, Madrid: Editorial Universitas, S.A., 1998.

Tal vez sea el título VIII de la Constitución española uno de sus contenidos que reportan un mayor interés a la hora de abordar el estudio de la misma. La reestructuración territorial del Estado español y la creación de la España de las Autonomías constituye, sin duda alguna, una de las más importantes innovaciones introducidas por

el constituyente en nuestro sistema político actual.

Lejos quedaba esa España del siglo XV en la que el Rey era el soberano de diversos reinos. Se podría afirmar, sin caer por ello en error, que España, en aquella época, más que un Estado constituía una Unión Real de Estados, cuyo única vinculación