

ALGUNAS ACOTACIONES AL CONCEPTO FORMAL DE FUNDACION EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

Por
JORGE GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LAS FUNDACIONES EN SENTIDO CONSTITUCIONAL: CONCEPTO FORMAL Y MATERIAL: 1. *Las fundaciones como entidades y servicios benéficos protegidos por el artículo 34 de la Constitución.* 2. *De la fundación como sinónimo de beneficencia a la reducción civilista.* 3. *La fundación en la Constitución española.* 4. *Referencia al actual concepto civil de fundación y recapitulación.*—III. ALGUNAS ACOTACIONES DERIVADAS DE LA SUPERACIÓN DEL CONCEPTO FORMAL DE FUNDACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: 1. *La garantía del artículo 34 de la Constitución en una economía de mercado.* 2. *Los conceptos formal y material de fundación en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.* 3. *Consideración crítica del protectorado administrativo: la adopción del concepto formal de fundación y la paulatina reducción de la supervisión administrativa sobre la beneficencia.* 4. *La utilización por la Administración pública de formas fundacionales civiles.*

I. PLANTEAMIENTO

El tercer sector constituye hoy un lugar común con el que se designa una determinada manifestación de la iniciativa privada, caracterizada por operar bajo los criterios de la solidaridad social —se ha convertido en la versión contemporánea de la beneficencia decimonónica—. Esta creciente realidad viene siendo objeto de una intensa actividad legislativa, por lo demás tan fragmentaria que no llega a resultar vertebrada de acuerdo con unos principios medianamente definidos que permitan ofrecer una unidad conceptual (1). Antes al contrario, en las normas dispersas que regulan lo que podemos denominar como *beneficencia* (2) no es posible encontrar unos criterios

(1) Véanse a este respecto, entre otras, las leyes estatales: Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General; Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado; Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo.

(2) Las expresiones tercer sector, altruismo o filantropía son las más extendidas modernamente para nominar la tradicional beneficencia. Sin embargo, en este trabajo emplearé el término beneficencia para aludir a todas ellas, pues, aunque se encuentre en desuso, entiendo que ayudará a evitar algunas de las numerosas confusiones terminológicas que en esta materia vienen teniendo lugar y a las que me referiré reiteradamente. En todo caso, debe tenerse en cuenta que con el término de beneficencia no sólo se designa la asistencia social, sino en general la consecución de cualesquiera fines de interés general a iniciativa de los privados, como los culturales, educativos, etc. (sobre el alcance de estos fines, véase el art. 2 de la Ley 30/1994).

coherentes que den respuesta a los principales asuntos que esta materia plantea al Derecho, tales como: las dificultades para hallar una línea diferencial bien definida entre la beneficencia y una de sus principales manifestaciones, que son las fundaciones de Derecho civil; la forma en que aquélla puede incardinarse en una economía de mercado; el reparto competencial sobre la materia en el Estado autonómico; o la diversa intervención que sobre ella corresponde a los poderes públicos.

Precisamente, ante estas últimas cuestiones, el presente trabajo persigue dos propósitos. El primero de ellos consiste en señalar que el cambiante concepto de *fundación* empleado por el artículo 34 de la Constitución ha traído una fabulosa confusión, provocada fundamentalmente por la interpretación *formal* que se ha hecho del precepto constitucional, cuando lo cierto es que el sentido constitucional del derecho de fundación presenta un contenido eminentemente *material*. Esto es, en este trabajo se defiende que el texto constitucional no ampara las fundaciones en su acepción más extendida, que es la civilista o formal, sino que, en un sentido material y más amplio, la garantía constitucional se extiende a la beneficencia en general.

El segundo de los propósitos es traer algunas reflexiones sobre las consecuencias que se derivan de la consideración material del derecho constitucional de fundación en determinadas parcelas del Derecho administrativo. Y, aunque esta interpretación se enriquecería con un estudio pormenorizado de todas las implicaciones que se manifiestan en la realidad jurídica fundacional, la extensión de este trabajo obliga tanto a acotar el análisis a sólo cuatro de aquellas parcelas de la realidad jurídica —el mercado, la distribución territorial de competencias, el protectorado y las fundaciones de las Administraciones públicas— como a estudiar únicamente aquellos problemas para los que se puede ofrecer una solución divergente, según que se adopte el concepto formal o material de fundación. En este sentido, el concepto material de fundación permitirá explicar cuestiones como la asunción en los Estatutos de Autonomía de competencias exclusivas sobre instituciones como las fundaciones (3), cuyo núcleo ha sido siempre considerado una materia claramente civil y, en consecuencia, habría de sostenerse la competencia estatal sobre ella (*ex art. 149.1.8 de la Constitución*). O la doctrina del Tribunal Constitucional —sentencia 49/1988— que califica a las cajas de ahorros como entidades de naturaleza fundacional, pero distintas de las fundaciones amparadas por el artículo 34 constitucional. O el desigual y poco justificado régimen de intervención administrativa sobre unas y

(3) Véase la nota 56.

otras entidades benéficas, según que sean fundaciones o asociaciones (4). Y, finalmente, la cohesión de la capacidad de autoorganización de la Administración pública (y de organización de ésta por la Ley) cuando emplea instrumentalmente fundaciones de Derecho civil, con algunas de las reglas que definen el régimen de estas entidades privadas, como es la exigencia de una resolución judicial para disolver fundaciones (art. 22.4 de la Constitución), o como es el ejercicio del protectorado por una Administración pública que puede ser diferente de aquella que se sirve de la fundación.

II. LAS FUNDACIONES EN SENTIDO CONSTITUCIONAL: CONCEPTO FORMAL Y MATERIAL

1. *Las fundaciones como entidades y servicios benéficos protegidos por el artículo 34 de la Constitución*

Con las finalidades expresadas, es preciso tratar de acotar el alcance que tiene el artículo 34 del texto constitucional en la materia objeto de este trabajo. Y no es posible entender la razón por la que la Constitución de 1978 luce un derecho tan singular como el de fundación, en comparación con otros ordenamientos vigentes en la época de su aprobación, sin volver la mirada a los sucesos que en el siglo XIX estuvieron a punto de terminar con las *fundaciones*. Como ha señalado el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, el artículo 34 de la Constitución es una respuesta al fenómeno desamortizador y, principalmente, desvinculador que hace casi dos siglos prácticamente extinguió las fundaciones en España (5). Análisis histórico, por lo demás, compartido entre los autores, y, así, el profesor TOMÁS Y VALIENTE afirmaba que «*las fundaciones fueron casi barridas del mapa del Dere-*

(4) En nuestro Derecho, a diferencia de otros como el británico, se da la paradoja de que dos organizaciones altruistas que persigan iguales fines de interés general, realicen iguales actividades, se financien por igual con millonarias subvenciones y donaciones solicitadas públicamente y en masa para causas nobles, reciban el trabajo no retribuido de miles de voluntarios y disfruten de igual tratamiento fiscal, estarán sometidas a un régimen de intervención pública diametralmente opuesto, según que una de ellas revista una forma jurídica asociativa y la otra fundacional. Así, las fundaciones de Derecho civil son personas jurídicas sujetas a la intervención y tutela constante de las Administraciones públicas; mientras que las asociaciones, considerando el más intervencionista de los supuestos legales —las asociaciones que han recibido la declaración de utilidad pública—, únicamente deberán depositar sus cuentas e informar a la Administración pública (arts. 32 y ss. de la Ley 30/1994 para las fundaciones, y disposición adicional decimotercera del mismo texto legal para las asociaciones).

(5) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Constitución, fundaciones y sociedad civil», en *Las fundaciones y la sociedad civil*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 24.

cho vigente como consecuencia de la legislación desamortizadora y desvinculadora» (6).

Se trata de un artículo, el 34 de la Constitución, cuya inteligencia apela directamente a un proceso histórico del que trae causa y al que, por lo tanto, necesariamente habrá que remitirse. No sin antes anteponer la precisión de que no interesa aquí el proceso desvinculador y de constricción de las *fundaciones* en sí, que ya ha sido detalladamente estudiado (7), sino, más propiamente, la delimitación de *qué* entidades fueron objeto de la desvinculación, cuáles fueron esas instituciones que recibieron el nombre de *fundaciones* hasta que el Código civil fue promulgado y sobre las que se aplicaron las restrictivas normas de hace dos siglos. Entendido que el artículo 34 de la Constitución de 1978 constituye una respuesta del máximo rango normativo para evitar la repetición de unos sucesos históricos que se consideraron muy perjudiciales para la sociedad española, se hace imprescindible conocer la realidad que se designaba bajo el término *fundaciones* en el siglo XIX, pues es a ella a la que la Constitución dispensa su protección jurídica.

Cabe anticipar ya que durante el siglo XIX el término *fundaciones* no designaba únicamente el concepto civilista y formal acuñado posteriormente. Por el contrario, el vocablo *fundaciones* comprendía el conjunto de las manifestaciones de la caridad y de la beneficencia: fundaciones eran, propiamente, las también denominadas manos muertas, y con tales designaciones aparecen en los textos legales que las suprimieron, primero, y trataron de rescatar, después, cuando fue evidente el vacío que en la instrucción y la asistencia social produjeron las medidas desvinculadoras. Este era el juicio de Alonso Martínez sobre la correcta interpretación de la Ley desvinculadora de 1820: *«nadie podrá hacer una fundación perpetua, nadie puede ligar ninguna clase de bienes ni derecho con un vínculo perpetuo que impida su enajenación. Si en adelante es necesario crear un hospital, un establecimiento de instrucción pública, de beneficencia, el gobierno supremo de la nación, que es el regulador de las necesidades públicas, procederá a ello en la medida conveniente con los recur-*

(6) F. TOMÁS Y VALIENTE, «Estudio previo» a la obra *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de incentivos fiscales*, Marcial Pons-Escuela Libre Editorial, Madrid, 1995, pág. xxii. En igual sentido, F. GARRIDO FALLA, «Comentario al artículo 34 CE», en la obra colectiva, dirigida por él, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, págs. 704-717.

(7) En general, véanse las obras de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Constitución...», cit.; F. TOMÁS Y VALIENTE, «Estudio previo», cit., y del mismo autor, *El marco político de la desamortización en España*, Ariel, Barcelona, 1983; C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (estudio de un proceso)*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1988; R. DE LORENZO, *El nuevo Derecho de fundaciones*, Marcial Pons/F. Once, Madrid, 1993.

... sos generales del Estado, con todo lo que constituye la fortuna pública, pero ningún particular, ningún ciudadano español podrá por un acto inter vivos o mortis causa, prohibir directa o indirectamente la enajenación de ningunos bienes o derechos, establecer una fundación, crear una mano muerta» (8).

Los liberales del XIX previeron que la supresión de las fundaciones podría ocasionar una grave desatención de los más necesitados. De aquí que el artículo 321.5 y 6 de la Constitución gaditana encomendara a los ayuntamientos *«cuidar de todas las escuelas de primeras letras y de los demás establecimientos que se paguen con fondos del común»* y, también, *«cuidar de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia, bajo las reglas que se prescriban»*. Posteriormente, la Ley de Beneficencia de 23 de enero de 1822 dispuso: *«quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualesquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juro, foros o de cualquier otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora a la clase de absolutamente libres»* (art. 1), si bien el artículo 15 concretaba aquellas entidades benéficas que, aunque podían subsistir, para seguir prestando sus servicios lo harían sometidas a fuertes restricciones: *«las iglesias, monasterios, conventos, o cualesquiera comunidades eclesiásticas, así seculares como regulares, los hospitales, hospicios, casas de misericordia y de enseñanza, las cofradías, hermandades, encomiendas y cualesquiera otros establecimientos permanentes, sean eclesiásticos o laicales, conocidos por el nombre de manos muertas, no pueden desde ahora en adelante adquirir bienes algunos raíces o inmuebles en provincia alguna de la monarquía»*.

Son preceptos que aún no emplean el término fundaciones, pero que los autores no dudan en calificar como tales: GARCÍA DE ENTERRÍA afirma que *«aunque no se citan expresis verbis, es patente que la prohibición incluye las Fundaciones, aludidas por una serie de términos equivalentes en el uso jurídico de la época»* (9); para TOMÁS Y VALIENTE, *«éste es el punto máximo de desconfianza en la legislación liberal española a propósito de las fundaciones asistenciales»* (10); y MALUQUER DE MOTES considera que *«en conclusión, se advierte como principios: ... la utilización, tanto por la legislación como por los diputados, de la expresión fundación como sinónimo de cualquier disposición de carácter sucesorio de tipo dispositivo, y su distanciamiento respecto al significado que ostenta actualmente»* (11).

(8) Tomo la cita de C. MALUQUER DE MOTES, *Notas en torno a las fundaciones y los establecimientos en el Código civil*, «Revista de Derecho Privado», mayo 1979, pág. 479.

(9) «Constitución...», cit., pág. 26.

(10) «Estudio previo», cit., pág. xviii.

(11) *Notas...*, cit., pág. 465.

La reacción a la supresión citada de prácticamente toda clase de vinculaciones se recogió de manera más acabada en la Ley General de Beneficencia de 1849. Esta norma, huyendo de las relaciones casuísticas anteriores, abraza algunas cláusulas amplias y generaliza el término *establecimiento de beneficencia* (arts. 1, 2 y 3), que en el futuro se empleará como sinónimo de fundación y designa propiamente a todas las entidades por su actividad benéfica, cualquiera que fuera su estructura interna (asociativa o institucional), y así, al regular los establecimientos de beneficencia particular prevé que su «*dirección y administración esté confiada a corporaciones autorizadas por el Gobierno para este efecto, o a patronos designados por el fundador*» (art. 1).

A partir de la última Ley de Beneficencia comienza a extenderse la designación de toda la panoplia de entes benéficos con el término indistinto de establecimiento benéfico o fundación —términos sinónimos, por tanto— (12). Así, el artículo 97 de la Ley Moyano, de 9 de septiembre de 1857, considera que «*son escuelas públicas de primera enseñanza las que se sostienen en todo o parte con fondos públicos, obras pías u otras fundaciones destinadas al efecto*». El artículo 43 del Reglamento General de Beneficencia (Real Decreto de 14 de mayo de 1852), al regular determinadas funciones estadísticas de las juntas de beneficencia, ya se refiere a «*las fundaciones, origen y vicisitudes de los establecimientos, bienes y rentas que han tenido o conservan*». En diversos lugares del Real Decreto de 27 de abril de 1875 se encuentra la asimilación terminológica citada: la exposición de motivos emplea indistintamente los términos beneficencia particular y fundaciones; el artículo 4 dispone que «*las instituciones particulares no perderán este carácter por recibir alguna subvención ... siempre que aquélla fuere voluntaria y no indispensable para la subsistencia de las fundaciones*»; para el artículo 5, «*las instituciones de beneficencia son establecimientos o asociaciones permanentes, destinadas a la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas, como Casas de Maternidad, Escuelas, Colegios, Hospitales, Pósitos, Montes de Piedad, Cajas de Ahorros y otros análogos, o fundaciones sin aquel carácter de permanencia*»; o, por no prolongar la relación: «*los representantes legítimos de las instituciones particulares de beneficencia a título de fundación o de ley*» (art. 32).

(12) Ya en alguna norma muy anterior se había empleado el término fundación como sinónimo de establecimiento; así, en un Decreto de 19 de septiembre de 1798, referido a «*hospitales, hospicios, casas de misericordia y reclusión y de expósitos, cofradías, obras pías y patronatos de legos, poniéndose los productos de estas ventas (...) pertenecientes a estos establecimientos y fundaciones*» (J. R. PARADA, *Las fundaciones desde el Derecho público*, «Boletín de la Facultad de Derecho», UNED, núm. 4, Madrid, 1993, pág. 140), o el RD de 21 de agosto de 1795 que impone una carga económica a «*toda fundación piadosa que no esté inmediatamente bajo mi soberana protección*», que cita F. DE CASTRO, *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 98.

La idea nuclear que quiero trasladar es que el término *fundación* no designa en el siglo XIX a la institución civil en el sentido formal que ha tenido más tarde, durante el siglo XX, en cuanto *universitas bonorum* que se contrapone a la *universitas personarum*; sino que, empleado inicialmente como el acto de erigir una determinada entidad benéfica, termina por designar a todas éstas.

Resumen con precisión la anterior idea algunos autores de la época, entre los que cabe señalar a HERNÁNDEZ IGLESIAS (13), quien formula una interesante clasificación de la beneficencia, distinguiendo instituciones, asociaciones y servicios, que forman parte del género fundación: «*Si en la fundación domina el carácter real, si estudiándolo se descubre un conjunto de bienes dedicados a fines benéficos ..., existe una institución. Si, por el contrario, resulta en la fundación el carácter personal, si la constituye una agrupación más o menos numerosa de individuos congregados con un fin común ..., aparece la asociación. Si, finalmente, sólo se ve un mal social y un procedimiento empleado para prevenirlo, atenuarlo (...) se trata de un servicio*».

En definitiva, la realidad que prácticamente fue prohibida en la primera mitad del siglo XIX y posteriormente sólo admitida como excepción a las reglas desvinculadoras y fuertemente intervenida fue este conjunto de entidades y prestaciones que comprendía asociaciones o instituciones, establecimientos o meros servicios, según cuál fuera su estructura interna o permanencia, respectivamente, mas en todo caso pertenecientes al género *fundaciones*. Las mismas a las que se refería TOMÁS Y VALIENTE cuando estimaba que, a partir de la Ley de Beneficencia de 1849, las fundaciones comienzan a abrirse paso «*por vía de excepcionalidad ... por unos caminos legislativos retorcidos, estrechos y especiales que vienen a sustituir las iniciales prohibiciones*» (14). Y es a aquellas prohibiciones de principios de siglo, a estas estrecheces y excepciones impuestas desde 1849, al vacío en la instrucción y en la asistencia social que provocó la legislación del siglo XIX, a los que quiere dar respuesta el artículo 34 de la Constitución de 1978. Pues, como ha reiterado la doctrina (15), lo que busca el citado precepto es amparar el conjunto de *entidades* que fueron objeto de las reglas desvinculadoras, ya sean instituciones, asociaciones o meros servicios sin carácter de permanencia.

A pesar de que existe consenso entre la doctrina acerca de la voluntad del constituyente de 1978 de proteger el abigarrado conjunto de formas de beneficencia que habían sido perseguidas en el XIX y

(13) F. HERNÁNDEZ IGLESIAS, *La beneficencia en España*, Madrid, 1879, pág. 16.

(14) «Estudio previo», cit., pág. xviii.

(15) Véanse las notas 5 y 6.

acerca del alcance que entonces tenía el término *fundaciones*, el artículo 34 de la Constitución ha propiciado una interpretación *civilista*, o si se prefiere formal, del concepto *fundación*, que no comprende en toda su extensión a la fundación en sentido material que el constituyente trató de garantizar, en cuanto categoría más amplia —la beneficencia—. Este equívoco sin duda se ha derivado del empleo por la Norma Fundamental del vocablo fundación (16).

Expondré a continuación, en sus trazos más generales, el tránsito desde el concepto material de fundación al formal; es decir, desde el género (organización benéfica) a la especie (patrimonio benéfico afectado a un fin que tiene reconocida la personalidad jurídica), en cuanto ayuda a comprender la confusión terminológica que el equívoco término fundación ha traído (17).

2. *De la fundación como sinónimo de beneficencia a la reducción civilista*

a) *La confusión sobre el vocablo fundación.* En la interpretación restrictiva y mayoritariamente sostenida del artículo 34 de la Constitución —en cuanto garante de la figura fundacional formal del artículo 35 del Código civil y no como reconocimiento de la beneficencia— han concurrido diversas causas. La principal de ellas no es otra que la súbita reducción del concepto fundación al incorporarse al Código civil, y de ella nos ocupamos seguidamente. Pero no le han sido ajenas otras dos: tanto las traducciones más o menos libres, principalmente, de la lengua alemana; como el uso indebido que de la voz fundación se ha hecho en el siglo xx para describir realidades muy anteriores y no equiparables al sentido actual de esta palabra.

Las traducciones que se han hecho de las obras de autores extranjeros sobre la personalidad jurídica no han dejado de contribuir a la confusión propiciada por el propio término *fundación*. En general, las referencias a los textos de HEISE o de SAVIGNY —a quienes no se duda en considerar padres intelectuales de la distinción entre corporaciones (asociaciones) y *fundaciones* en el sentido formal y civil actual— se resuelven con gran desenvolvimiento recurriendo a la voz *fundación*, incluso si los textos originales contenían conceptos algo diferentes. Así, los términos *Einrichtung*, *Anstalt*, *Sachgesamtheit*,

(16) También ha contribuido a esta confusión el hecho de que en los textos preparatorios de la Constitución española luciesen juntos bajo el mismo precepto los derechos de asociación y de fundación. Véase la bibliografía citada *infra*, notas 18 y 36.

(17) Véanse, en el siguiente epígrafe, el proceso de incorporación de la fundación al Código civil y los comentarios de los autores a este texto legal.

Treuhand o *Stiftung* acostumbran a traducirse genéricamente por *fundación*, ignorando o manejando como sinónimos de ésta los conceptos más exactos de institución u organización, establecimiento, conjunto de bienes o fideicomiso (18).

Por otra parte, han alimentado el desconcierto terminológico aquellos estudios históricos que, empleando el vocablo fundación en su acepción civil y formal, proyectan a épocas muy pretéritas la presencia jurídica de tal figura —cuando en realidad no nació como tal construcción dogmática hasta el siglo XIX— y con el referido término no pretenden sino designar herencias yacentes, legados submodo, cargas, obras pías, hospicios, hospitales y toda la sucesión de establecimientos benéficos y vinculaciones que existieron hasta la promulgación de las normas desvinculadoras y del Código civil (19).

b) *La construcción dogmática de la fundación como persona jurídica oponible a la asociación.* El resultado de una y otra de las opera-

(18) En sentido inverso, la falta del término fundación en algunos ordenamientos comparados ha llevado en ocasiones a afirmar que no existía una regulación sobre las fundaciones en Derechos como el holandés o el belga (J. F. MERINO MERCHÁN y J. L. PALMA FERNÁNDEZ, en un brillante comentario al artículo 34, en la obra *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigida por O. ALZAGA, tomo III, Edersa, Madrid, pág. 553). Pero lo cierto es que la legislación belga regula las fundaciones, bajo el término tradicional de *établissement d'utilité publique* o *instelling van openbaar nut*, en la Ley de 27 de junio de 1921, y la fundación, *stichting*, encuentra una regulación acabada en los artículos 285 a 304 del Código civil holandés.

(19) La distinción formal entre fundaciones y asociaciones acostumbra a hacerse aplicando la dogmática contemporánea a realidades que no fueron objeto de esta clasificación en el momento de su vigencia histórica. Ha alimentado esta imprecisión metodológica el uso de los términos latinos para formular la distinción entre las fundaciones y las asociaciones en sentido formal (*universitates rerum* y *universitates personarum*), que, por la lengua en que se designan, parecen retrotraer a épocas muy anteriores la categorización. Sin embargo, el resultado que arroja la consulta de las fuentes es que esta distinción (a pesar de emplearse el latín para formularla) no la manejaron los canonistas clásicos (incluso aquellos a quienes se quiere atribuir la distinción entre ambas personas jurídicas, como a SINIBALDO DE FIESCHI —durante su pontificado tomó el nombre de INOCENCIO IV—), sino que tan sólo empleaban, entre otros, los términos de *collegia*, *universitas*, *loca pia* o *corpora*, para designar lo que hoy conocemos como personas jurídicas. FEENSTRA subraya que «les juristes de l'époque de Justinien n'ont même jamais cherché à justifier ou même à expliquer pourquoi on applique aux établissements de bien faisance la même forme juridique qu'aux collèges ou aux églises» (*L'Histoire des fondations*, «Revue d'Histoire du Droit», vol. XXIV, 1956, pág. 385); y FERRARA señalaba cómo fue un sector de la doctrina alemana del siglo XIX el que, tratando de hallar las diferencias entre las asociaciones y las fundaciones, «pone en antítesis la *universitas personarum* a la *universitas honorum*» (sic) (*Teoría de las personas jurídicas*, Reus, 1929, pág. 659). Véanse, con tal propósito, las opiniones, no siempre coincidentes, de J. J. RUBIO RODRIGUEZ, *Fuentes sobre las fundaciones en el Derecho común europeo y en los juristas clásicos*, Universidad de Córdoba, en esta ciudad, 1999; de S. BUENO SALINAS, *La noción de persona jurídica en el derecho canónico*, Herder, Barcelona, 1985; así como de R. BENEYTO BERENGUER, *Fundaciones Sociales de la Iglesia Católica. Conflicto Iglesia-Estado*, Edicep, Valencia, 1996; del profesor DE CASTRO, *La persona...*, cit., págs. 146 y ss.; y del propio FERRARA, en relación con las denominaciones que a lo largo de la historia recibieron lo que hoy conocemos como personas jurídicas, *Teoría...*, cit., págs. 11-16.

ciones que acabo de referir es que no pocas veces ha acabado por pensarse que la persona jurídica fundación, con sus trazos fundamentales actuales —en cuanto oponible como categoría formal y de construcción doctrinal a la asociación—, arrastra una larga historia de siglos. Cuando lo cierto es que, como enseña FERRARA, el Derecho romano no conoció la fundación, sino sólo algunos entes colectivos —*universitates, collegia*—; y que el concepto de *instituto* surge con el Derecho canónico, que, por designar una categoría más amplia, no se corresponde con el de fundación civil. Así, el instituto se definió como el establecimiento creado y ordenado desde fuera por una voluntad superior para la consecución de un fin «y el Derecho canónico aplica y difunde este concepto a todas las personas jurídicas, aun a base corporativa» (20). En este sentido, conviene no olvidar que la obra de SAVIGNY fue determinante en la categorización de la fundación frente a las instituciones de base corporativa (21).

En relación con esta evolución, señalaba DE CASTRO que, en el momento de formarse la teoría moderna sobre la personalidad jurídica en el siglo XIX, la doctrina consideró como tal «a aquella entidad que tenía vida independiente, una cierta permanencia y que además por su interés público merecía el privilegio de la personalidad. Conforme a ello, se consideraba persona jurídica, tipo fundación, sólo a los establecimientos piadosos y de común utilidad» (22); esto es, no se caracterizaban por ser *universitates rerum* oponibles a las *universitates*

(20) F. FERRARA, *Teoría...*, cit., pág. 656.

(21) En relación con el proceso reduccionista desde las distintas entidades y formas benéficas decimonónicas hasta las del artículo 35 del Código civil, a las que a continuación nos referiremos, no se olvide que sus orígenes intelectuales se encuentran en la obra de SAVIGNY y que éste, en la elaboración de su *Sistema*, prescindió de la literatura contemporánea y acudió directamente a las fuentes del Derecho romano, cuyo carácter fragmentario le facilitó una considerable libertad interpretativa. No debió de ser ajeno a este proceso reduccionista el famoso pleito alemán *Städte*, que puso de manifiesto la confusión que con relación al régimen jurídico de las entidades benéficas existía a principios del siglo XIX en Alemania. SAVIGNY, si bien pertenecía en aquella época al colegio asesor de la Universidad de Berlín, al parecer no participó en la elaboración del dictamen que en este asunto fue solicitado de aquel órgano, aunque posteriormente abordó la cuestión en su *Sistema* (A. RICHTER, «Itinera fiduciae», en *Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Duncker & Humboldt, Berlín, pág. 431).

Así, en punto a la contraposición entre corporación y fundación, manifestaba R. FEENSTRA que «jamais avant cette époque (el principio del siglo XIX) on n'a considéré les fondations comme une seconde catégorie de personnes juridiques à côté des corporations» (R. FEENSTRA, *L'Histoire des fondations*, cit., pág. 385). Proceso reduccionista que se encontraba notoriamente avanzado por los discípulos de SAVIGNY cuando el Código civil español fue aprobado. Así se desprende, por otra parte, del tratamiento que dispensaron éstos a algunos matices señalados por SAVIGNY, quien reconocía que en determinados supuestos, como en el caso de las universidades, no podían ser realmente bien distinguidas las corporaciones de las fundaciones (*Sistema del Derecho romano actual*, tomo II, Madrid, 1879, pág. 64). Por el contrario, para los discípulos del civilista alemán, la distinción entre asociaciones y fundación se hizo axiomática (A. RICHTER, «Itinera...», cit., pág. 439).

(22) F. DE CASTRO, *La persona...*, cit., pág. 86.

personarum. Previamente, FERRARA había advertido, en este orden de ideas, que en aquel momento «*la fundación no era más que una aplicación del concepto más amplio y general de instituto [como aportación del Derecho canónico, a cuyo contenido amplio ya me he referido] y, por consiguiente, era capaz de mayor desarrollo y potencia para señorear otros numerosos institutos..., pero la doctrina no siguió esta vía*» (23). En concreto, la doctrina alemana abandonó la concepción de fundación que comprendía todo tipo de entidades benéficas en favor de una formalista, que terminaría por ser trasladada a los Códigos, por la que se considera fundación a cualquier complejo de bienes o *patrimonio destinado a un fin*, oponible a la asociación, y sea o no benéfico (24). El tránsito de la fundación *benéfica* o *material* a la *formal* fue, en todo caso, una novedad restringida en un primer momento a un determinado sector de la doctrina alemana.

c) *La tardía asunción de la personalidad jurídica en el Derecho español*. Ahora únicamente interesa señalar el itinerario que sigue el término fundación entre la doctrina hasta incorporarse al Código civil español, pues aquel camino muestra la reducción súbita que experimentó la voz *fundación* al concluir el siglo XIX y que, al no haber sido suficientemente ponderada, se ha proyectado en una interpretación formalista, y por lo mismo restrictiva, del artículo 34 constitucional.

En este sentido, téngase en cuenta que la inclusión del concepto de persona jurídica a nuestro ordenamiento es tardía, al igual que la categorización reduccionista de las personas jurídicas a que acabo de referirme. Desde que HEISE incluyera por primera vez, en 1816, lo que se han denominado fundaciones en sentido laxo entre las personas jurídicas (25), y SAVIGNY formulara la distinción más depurada y formal entre fundación y corporación (26), aún debió pasar un tiempo largo antes de que las fundaciones adquirieran en nuestro Derecho el contenido civilista con que hoy las conocemos. Sin embargo, mientras se producían estas transformaciones en la dogmática sobre las personas jurídicas, en el Derecho español el término fundación

(23) *Teoría...*, cit., pág. 658.

(24) F. DE CASTRO, *La persona...*, cit., pág. 87.

(25) FERRARA, *Teoría...*, cit., pág. 657, y DE CASTRO, *La persona...*, cit., pág. 174.

(26) F. SAVIGNY, *Sistema...*, cit., págs. 63-65. En relación con el desplazamiento desde el criterio *benéfico* de fundación al formal al que tanto contribuyó SAVIGNY, puede recordarse que éste inicialmente había limitado los fines a que podía atender una fundación al ejercicio de la religión, la educación, la beneficencia, etc. (*ibidem*, pág. 82), pero, como indica algún autor alemán, «*los objetivos de una organización —ya fuera ésta benéfica o dedicada al comercio— no tienen ninguna relevancia para el sistema de Derecho privado*» (A. RICHTER, «*Itinera...*», cit., pág. 439). Lo relevante sería, por tanto, la categorización de formas jurídicas, siendo secundaria su actividad material —benéfica o no—.

aún no había adquirido la caracterización formal con que hoy lo conocemos y seguía siendo sinónimo de las manifestaciones de la beneficencia, ya fueran meros servicios o entidades de base corporativa o institucional, tal y como se indicó en el epígrafe anterior. Tampoco los legisladores habían asumido aún la concepción reductora de la fundación y seguían empleándola como sinónimo de establecimiento. Así se desprende, por otra parte, de los proyectos de Código civil, que no recogían la categorización reduccionista de la doctrina alemana, sino una más amplia que reflejaba la realidad social española de su tiempo. En este sentido, el artículo 33 del proyecto de 1851 contenía una clasificación que atendía al anterior criterio: «*las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la ley, se consideran personas morales para el ejercicio de los derechos civiles*», esto es, bajo el término establecimiento se pretendía otorgar personalidad jurídica a una plural realidad de entidades benéficas sin prejuzgar una estructura civil determinada (27); el proyecto de artículo 17 de 1869 disponía que «*la ley reconoce como personas jurídicas, y, por consiguiente con capacidad civil, al Estado, a las provincias, al municipio y demás corporaciones, establecimientos y asociaciones*». Incluso el artículo 27 del último anteproyecto de Código mantenía tal denominación (28). MALUQUER DE MOTES refleja con plasticidad cómo va reduciéndose el concepto de fundación contraponiendo lo que empezaba a considerarse aquella (institución civil contemporánea) (29) frente al sentido tradicional (establecimiento benéfico).

Finalmente, el artículo 35 del Código civil se separó de los proyectos que habían jalonado el siglo y redujo súbitamente (30) la panoplia de entidades benéficas (establecimientos en los proyectos) a una distinción entre tres formas jurídicas: corporaciones, asociaciones y

(27) El proyecto no podía emplear el término fundación, sino el de establecimiento, en cuanto organización benéfica de todo tipo, pues, como ya se indicó en el epígrafe anterior, la fundación comprendía tanto los establecimientos como los meros servicios de beneficencia y los proyectos de Código analizados se proponían precisamente delimitar las personas jurídicas —morales— de aquellos servicios que no se consideraban sujetos de Derecho. En todo caso, los proyectos de Código civil muestran que hasta el final del siglo no fue recibida la doctrina de la fundación civil como figura con perfil propio y diferenciado de la asociación, con independencia de su actividad benéfica o no.

(28) Tomo las referencias a los proyectos de C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación...*, cit., págs. 131, 205 y 209.

(29) «*La fundación consiste sólo "en la formación de un patrimonio o conjunto de bienes destinado al cumplimiento de uno o varios fines especiales"; ... así, la creación de un Hospital por un Ayuntamiento o cualquier otra entidad, aunque no lo parezca, no constituye una auténtica fundación, sino un servicio público de beneficencia*», *Ibidem*, pág. 226.

(30) El anteproyecto, artículo 26, seguía clasificando las personas jurídicas en establecimientos, corporaciones y asociaciones. Para la incorporación del término fundación al artículo 35 del Código civil resultó decisiva la celebración del Congreso jurídico español de 1886, así como la intervención de SILVELA distinguiendo entre «*la asociación, la corporación y la fundación*». C. MALUQUER DE MOTES, *Notas...*, cit., pág. 489.

fundaciones de interés público (31). Debe advertirse que la publicación del Código civil no trajo la inmediata categorización de las fundaciones en el sentido civil actual, pues los autores, acostumbrados a otorgar una acepción más amplia al término fundación, aún tardarían en asumir sus nuevos perfiles. Y es que el Código se limitaba a enunciar una clasificación de personas jurídicas construida doctrinalmente, que no podía ser encontrada en la legislación de la época, de la que no existía precedente alguno al respecto y que se presentaba en el nuevo texto sin definición. MALUQUER DE MOTES se refiere a esta circunstancia: «*la doctrina de la época no está de acuerdo sobre el carácter completo o no que hace el código de la persona jurídica*» (32). Y algún comentarista del Código civil (FALCÓN) pasa de largo los artículos relativos a las personas jurídicas, limitándose a anotar a pie de página que los indicados preceptos «*carecen de precedente alguno en nuestras leyes históricas*» (33). Tardaría así en asentarse y caracterizarse el nuevo concepto formal de fundación que abraza el Código civil y en dividirse el tradicional concepto material y amplio de beneficencia en distintas formas jurídicas: entre la fundación y la asociación del artículo 35 —cuando existía establecimiento— y la carga benéfica del artículo 788 —cuando se trataba de un mero servicio—. En palabras de TOMÁS Y VALIENTE, «*juristas y tribunales habrán de buscar durante el siglo que media entre el Código y la Constitución de 1978 otros elementos complementarios para añadir, extrayéndolos a veces del propio Código por medio de una interpretación sistemática, al lacónico y sólo incipiente régimen de las fundaciones contenido en un Código civil a estos efectos tardío e insuficiente*» (34).

De este modo se fraguó en la doctrina y en el ordenamiento el tránsito desde el concepto decimonónico de fundación a uno más estrecho y restringido, que comenzaría a manejarse a partir de la aprobación del Código civil español: patrimonio dotado de personalidad jurídica y afectado al cumplimiento de un fin, oponible a la noción de asociación. Al conservarse la identidad del significante para desig-

(31) El Código civil establece un concepto formal de fundación y así lo asumen sus comentaristas. Véanse, por todos, los comentarios a los artículos 35 y siguientes de A. DE COSSÍO, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. ALBALADEJO), tomo I, Revista de Derecho Privado, 1978, págs. 831 y ss.; J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil Español*, tomo I, Ed. Reus, Madrid, 1914, págs. 205 y ss.; y los comentarios a los artículos 35 y siguientes de J. CAFFARENA, en *Comentario al Código Civil*, tomo I (dir. PAZ-ARES), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 235 y ss. Sobre el artículo 35 del Código civil, en relación con las potestades de intervención administrativa, puede consultarse el trabajo del profesor R. GÓMEZ-FERRER, *Aspectos de la nueva regulación de las fundaciones culturales privadas*, núm. 70 de esta REVISTA, 1973, págs. 377-390.

(32) *La fundación...*, cit., pág. 227.

(33) *Ibidem*, pág. 228.

(34) «Estudio preliminar», cit., págs. xxii y xxiii.

nar diferentes realidades históricas, la confusión fue inevitable. Lo que hace necesario matizar en todo momento a qué concepto de fundación se quiere aludir al emplear esta voz: a la entidad benéfica del siglo XIX o a la posterior *universitas rerum*.

3. *La fundación en la Constitución española*

Las categorizaciones formales que construyó la doctrina alemana y muy posteriormente introdujo con plenitud el Código civil supusieron un notable avance en el Derecho; sin embargo, la escasa atención que se ha prestado a la evolución del concepto decimonónico de *fundación* al analizar el artículo 34 de la Constitución ha determinado una interpretación indebidamente restrictiva de la norma constitucional que le hace perder buena parte de su contenido y sentido.

Ya en la tramitación constitucional de 1978, como quiera que el Código civil había traído el concepto formal de fundación a nuestro Derecho (35), desligándolo en gran medida de su sentido material originario, en cuanto beneficencia, los constituyentes incorporaron al artículo 34 la certera exigencia del interés general —promovida por el senador Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO— (36). El artículo 34 del Texto Fundamental se dictó para garantizar las *fundaciones* en su dimensión histórica, esto es, aquel conjunto de entidades y servicios de beneficencia que hasta que se aprobó el Código civil estuvieron a punto de desaparecer de nuestro Derecho, como ha expresado reiteradamente la doctrina, dejando un gran vacío en la asistencia social y la instrucción. El sentido que inicialmente manejaron los constituyentes, que seguramente fuera el civilista, no impide que el precepto tenga un alcance mayor enderezado a garantizar y evitar la eventual abolición o restricción severa no de una determinada forma jurídica, sino de la beneficencia.

El miedo que late en el artículo 34 de la Carta Magna no es, evidentemente, que en ausencia de la beneficencia o de las manifestaciones altruistas dejen de atenderse los intereses generales, como ocurrió en el siglo XIX —pues siempre lo harán las Administraciones públicas en un Estado social—, sino precisamente que el legislador pueda reservar en exclusiva aquella actividad a los poderes públicos, proscribiendo en esta materia la iniciativa de los particulares. Esto

(35) El Código civil no asumió en todas sus consecuencias el concepto formal de fundación, pues no admite que ésta pueda perseguir cualquier finalidad, sino que, por el contrario, la norma requiere siempre la presencia de un interés público.

(36) «Diario de Sesiones del Senado», núm. 43, de 24 de agosto, y L. MARTÍN-RETORTILLO, *Materiales para una Constitución*, Akal, Madrid, 1984, pág. 189.

es, el sentido último del artículo 34 constitucional contiene una prohibición de que el Estado monopolice la consecución del interés general, pues la garantía de la beneficencia o actividad altruista no supone otra cosa que permitir que la iniciativa privada también participe en el servicio al interés general (37).

Además de la exigencia de que la beneficencia obedezca a una iniciativa privada, aún cabe añadir algunas notas al concepto constitucional de fundación. Desde una perspectiva positiva, el derecho de fundación así considerado, en su sentido histórico y material, ampara todas las manifestaciones de la beneficencia; y en sentido negativo, excluye del ámbito de su protección las meras formas jurídicas que no realicen una actividad materialmente benéfica, incluso si fueran fundacionales en su acepción civil. Así, es sabido que en otros ordenamientos, como son los casos del alemán o del suizo, son admitidas las denominadas fundaciones familiares, esto es, fundaciones no benéficas, sino de mera administración patrimonial. Pues bien, aunque el Derecho positivo español actualmente no admite estas entidades, de existir en el futuro, no quedarían amparadas por la garantía del artículo 34, ya que carecerían del supuesto de hecho determinante de su aplicación: el carácter benéfico o altruista. Esta afirmación es igualmente válida para muchas de las fundaciones instrumentales de las Administraciones públicas, fundaciones en sentido formal y sin contenido benéfico alguno, que ya existen en nuestro ordenamiento y que no quedan amparadas por el artículo 34 de la Carta Magna ni vinculadas por sus remisiones al artículo 22 del mismo texto. Lo que es especialmente relevante, como tendremos ocasión de analizar posteriormente con mayor detalle, en relación con los procedimientos precisos para su disolución.

Este sentido negativo de la dimensión material del artículo 34 de la Constitución, en cuanto que excluye cualquier mera forma fundacional que no pueda ser calificada como benéfica, se puso de manifiesto con ocasión de la sentencia 49/1988 del Tribunal Constitucional. Entonces, cuando el Tribunal debió pronunciarse sobre la eventual aplicación del precepto citado a las cajas de ahorros (38), pudo

(37) La libertad de consecución del interés general por la iniciativa privada consiste, propiamente, en un derecho constitucional distinto al recogido en el artículo 23 de la Carta Magna para la participación política.

(38) El Tribunal maneja el concepto civilista de fundación, «*persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general... pocas dudas puede haber de que ese es el concepto de fundación a que se refiere el artículo 34 de la Constitución*», y liga la ubicación sistemática del derecho a fundar con la garantía del derecho de propiedad, del que el primero sería «*una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes*» (fundamento jurídico 5). El voto particular consideró fundaciones a las cajas de ahorros.

constatarse la insuficiencia del concepto formal o civilista de la fundación para comprender el alcance del artículo 34 de la Carta Magna. Efectivamente, el Tribunal afirma que originariamente las cajas de ahorros «*se configuran como establecimientos de beneficencia*», pero «*que la transformación sufrida por las Cajas no permite considerarlas hoy como fundaciones en el sentido ... (d)el artículo 34 de la Constitución*» (39). Esto es, de la sentencia se desprende que la interpretación del precepto llama a la beneficencia, mas la referencia al término fundación —considerado en su acepción civilista, que es la única que maneja el Tribunal— se alza como una barrera infranqueable. Como quiera que el Tribunal no maneja el concepto histórico y material de la fundación, sino que hace una interpretación civilista del derecho garantizado constitucionalmente, la sentencia resulta algo contradictoria (40), pues el Tribunal se ve obligado a afirmar la naturaleza fundacional de las cajas de ahorros (41), mas al mismo tiempo, y a pesar de esta calificación, estima que aquéllas no quedan sujetas al citado artículo constitucional.

Si, por el contrario, se atiende al contenido material aquí defendido del artículo 34 de la Constitución, se desvanece la aparente incoherencia que transmite la sentencia citada. Así se comprende que las cajas de ahorros no puedan acogerse al derecho constitucional de fundación, como tal derecho de la beneficencia, aunque formalmente el Tribunal las considere fundaciones que atienden fines de interés general a través de su obra social; dado que estas entidades se han transformado en auténticas empresas, cuya función social es ancilar respecto de su giro principal. Esto explica también que, considerada «*la llamada fundación-empresa*», al Tribunal le «*resultaría discutible en qué medida tal concepto encajaría en el de fundación protegida por el artículo 34 de la Constitución*» (fundamento jurídico 6), precisamente porque, aunque formalmente fundación, no es materialmente beneficencia, que es lo que, en definitiva, ampara el artículo 34 (42).

(39) Fundamento jurídico 6. Sobre el origen y carácter de las cajas de ahorros, véase S. MARTÍN-RETORTILLO, *Crédito, banca y cajas de ahorro. Aspectos jurídico-administrativos*, Tecnos, Madrid, 1975, págs. 364-382.

(40) Así se puso de manifiesto en el voto particular.

(41) «*El razonamiento sería el siguiente: puesto que el artículo 35 del Código Civil clasifica las personas jurídicas en corporaciones, asociaciones y fundaciones, y dado que las Cajas no son ni corporaciones ni asociaciones, sólo es posible encuadrarlo en la categoría de las fundaciones, a las que se asemejarían por el hecho de que no consiste en una unión de personas, que en cierto modo aparecen como los propietarios de sus bienes, sino de una organización de los bienes mismo como ocurre en las fundaciones de tipo tradicional. Esta aplicación de una categoría jurídica a un supuesto distinto para el que fue pensada es posible, siempre que no se extraigan de ella consecuencias abusivas y se la considere sólo como un medio de resolver un problema dogmático, cual sería en este caso la naturaleza jurídica de las Cajas*» (fundamento jurídico 8).

(42) En relación con la fundación empresa, el trabajo de Urbano VALERO AGÚNDEZ si-

4. *Referencia al actual concepto civil de fundación y recapitulación*

a) *Concepto actual.* Finalmente, apuntadas las líneas generales de la evolución que ha experimentado el concepto *fundación* en el Derecho español, se hace preciso destacar que éste viene presentando una nueva transformación en los últimos años. Si, como hemos expuesto, durante el siglo XIX bajo tal término se denominó a las manifestaciones de la beneficencia y desde que se aprobó el Código civil español la voz fundación designaba a un patrimonio adscrito a un fin, regido por la voluntad de su fundador y dotado de personalidad jurídica, de unos años a esta parte, de manera más acusada desde la aprobación de la Ley de Fundaciones de 1994, los elementos definitorios de la fundación en su acepción civil han quedado sustituidos por otros diferentes (43). Estos pueden resumirse en los siguientes:

—La mayor parte de las fundaciones españolas se constituye sin apenas patrimonio, como acredita la mera consulta a los registros de fundaciones, al permitir la práctica jurídica su creación con un patrimonio mínimo de aproximadamente un millón de pesetas, no obstante exigir la Ley una dotación «*adecuada y suficiente*» para su constitución (art. 10 de la Ley 30/1994). Así, la verdadera transformación en la concepción de estas entidades se ha referido al origen y administración del patrimonio: tras la Ley de 1994 son más las fundaciones que no llegan a acumular un patrimonio, pero que obtienen sus recursos económicos de contratos de donación, de subvenciones o de la realización por ellas mismas de actividades económicas, ingresando y gastando de forma casi simultánea.

— Asimismo, debe subrayarse la enervación de la fuerza de la voluntad del fundador. La autonomía de la voluntad de quien constituye una fundación no podía conservar la intensidad del anterior modelo en el actual, toda vez que el principal soporte para el respeto a aquélla lo constituía el desprendimiento patrimonial desinteresado del fundador. Por tal motivo, una vez que se admite que la financiación de la fundación no provenga del fundador, la voluntad de éste ha perdido parte de su fuerza. Y su testigo lo ha recogido la pujante

gue constituyendo un referente entre nosotros: *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, en esta ciudad, 1969.

(43) Sobre la vigencia del concepto de fundación, véase mi ponencia «Técnicas de control y de integración administrativa de las nuevas fundaciones de gestión sanitaria», presentada en el XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo (Universidad de Salamanca, 9 y 10 de octubre de 2000), en la que desarrollo en extenso las ideas esquematizadas en este epígrafe.

intervención administrativa, que la ha desplazado en buena medida. A pesar de que aún se encuentran algunos preceptos en la Ley reguladora de las fundaciones que hacen referencia a su respeto, lo cierto es que la impronta de la intervención administrativa recorre hoy la figura de la fundación.

Las anteriores líneas sirven para poner de manifiesto que los elementos que tradicionalmente se habían empleado para distinguir a las fundaciones de otras personas jurídicas, el patrimonio y la voluntad del fundador, han dejado de cumplir aquella función y, por ello, se hace preciso buscar otras características diferenciales. Todo ello unido a que las fundaciones pueden contar con patronatos muy numerosos y las asociaciones con escasos asociados, lo que hace poco operativa la invocación al predominio de los elementos reales sobre los personales como soporte de la clasificación.

Intuitivamente resulta evidente la distancia que existe entre las personificaciones jurídicas de base corporativa y las de base institucional, mas la imposibilidad de acudir al patrimonio como elemento caracterizador y la dificultad de seguir erigiendo la voluntad formulada extra muros como auténtica ley de la persona jurídica constituyen un escollo para articular aquellas diferencias (44). A nuestro juicio, las nuevas fundaciones se distinguen de otras formas de personificación jurídica, fundamentalmente, por la ausencia de miembros en su organización interna, entendiéndose por miembros aquellos que se integran en la organización con potestades propiamente soberanas, esto es, que son definitivas y no precisan de aprobación o ratificación ulterior, tales como: la facultad de aprobar la gestión del órgano de gobierno de la entidad; la de aprobar las cuentas anuales; la de decidir la reforma de los estatutos; la extinción de la entidad, etc. En las fundaciones, ningún órgano ostenta tales facultades plenamente, pues los patronos no llegan a convertirse en miembros de la fundación, no pueden decidir en última instancia sobre ninguno de los extremos antes señalados. Lo que también pone de manifiesto que no basta invocar la voluntad del fundador como elemento identificador, pues ésta tampoco suple aquella carencia de soberanía en el patronato. Digámoslo ya, hoy esta decisión última está residenciada

(44) La definición de fundación que proporciona el artículo 1.1 de la Ley de Fundaciones es igualmente insuficiente («son fundaciones las 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»), pues otras muchas personas jurídicas son organizaciones constituidas sin ánimo de lucro y afectan su patrimonio al cumplimiento del interés general por voluntad de sus fundadores —es el caso de las asociaciones declaradas de utilidad pública.

en los poderes públicos: es el protectorado administrativo el que autoriza o ratifica los actos soberanos de las fundaciones (véanse los siguientes artículos de la Ley de Fundaciones al respecto: el 23.4, en relación con la aprobación de las cuentas; el 27, para la modificación de los estatutos; el 28, para la fusión de fundaciones; el 30, en relación con la extinción) (45).

b) *Recapitulación.* Por el momento, pueden recogerse aquí algunas conclusiones a modo de recapitulación de cuanto hasta ahora he expuesto. La primera es que cuando se maneja el término *fundación* se hace preciso especificar qué se quiere indicar con él, ya que pueden distinguirse, cuando menos, tres conceptos: el que se empleó en el XIX y que es el contenido en el artículo 34 de la Constitución española; el que ha señoreado nuestro Derecho civil entre la publicación del Código y la aprobación de la Ley de Fundaciones de 1994; y, finalmente, el que admite esta reciente norma. La segunda de las conclusiones es que estas dos últimas acepciones del término *fundación* no llenan por entero el artículo 34 de la Constitución, que tiene un contenido más amplio, como expondré en la segunda parte de este trabajo. Aún puede sostenerse una tercera afirmación, y es que tanto el concepto de *fundación* codificado como el recogido en la Ley de 1994 no bastan por sí solos para que les resulte aplicable el artículo 34 de la Constitución, sino que precisan estar acompañados de otros elementos adicionales a los que forman parte de su definición: en relación al Código, hemos visto cómo el Tribunal Constitucional no otorgó la protección del artículo 34 de la Constitución a las cajas de ahorros —a pesar de haberlas categorizado formalmente como fundaciones del artículo 35 del Código civil—, debido a que no eran entidades benéficas, sino empresas; y en cuanto al concepto de *fundación* de la Ley de 1994, en las siguientes páginas expondré cómo las fundaciones constituidas por las Administraciones públicas al amparo de esa Ley tampoco quedan incluidas en el precepto constitucional citado, puesto que el derecho constitucional a la beneficencia no sólo exige la consecución de fines de interés general —requisito que cumplen estas fundaciones de promoción pública—, sino que además debe provenir de la iniciativa de los privados.

(45) Es precisamente este elemento, la ausencia de miembros en el sentido indicado, el que se viene empleando en el Derecho holandés para definir a las fundaciones. Así, el artículo 285 del Código civil holandés define la fundación como aquella «*persona jurídica constituida por una declaración de voluntad, que carece de miembros y cuyo objeto es la consecución de una finalidad establecida en sus estatutos empleando un patrimonio aportado a tal efecto*».

III. ALGUNAS ACOTACIONES DERIVADAS DE LA SUPERACIÓN DEL CONCEPTO FORMAL DE FUNDACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La adopción del concepto material de fundación en la Constitución española tiene muy importantes consecuencias jurídicas. Sin embargo, casi todas ellas desbordan el alcance de este trabajo, que, necesariamente, habrá de quedar limitado a dejar apuntadas las implicaciones más notables que tal interpretación tiene en cuatro aspectos de la realidad jurídica. Concretamente se analizan: la beneficencia en relación con el mercado, el reparto territorial de competencias de la materia fundacional, la supervisión administrativa de las fundaciones, y las fundaciones de iniciativa pública. Aspectos cuyo único denominador común es que resultan notablemente alterados al abandonar en su análisis la perspectiva formal del derecho de fundación y adoptar la material aquí propugnada.

1. *La garantía del artículo 34 de la Constitución en una economía de mercado*

No es mi propósito adentrarme en un terreno tan resbaladizo como es el relativo al *contenido esencial* del artículo 34 de la Constitución. Aunque sí resulta aconsejable formular algunas acotaciones sobre el alcance que tal garantía constitucional puede tener en la vida económica.

a) *La beneficencia como conjunto de actuaciones económicas que se separan de las reglas del mercado.* Las líneas previas han tratado de argumentar por qué el precepto constitucional de referencia no contiene una garantía formal en favor de una determinada institución civil, la fundación, tal y como se había venido interpretando hasta ahora, sino que al amparar el conjunto de las manifestaciones de la beneficencia abre el haz de su protección a la panoplia extensa de las formas altruistas actuales (46). Pues bien, en relación con esa pluralidad que es el objeto del artículo 34 importa formular dos precisiones: la primera de ellas se refiere a la imposibilidad de relacionar aquí de manera exhaustiva las múltiples manifestaciones que presenta la beneficencia garantizada constitucionalmente atendien-

(46) Léase el término *benéficas* en la acepción que le dimos al comienzo de este artículo, como sinónimo de *altruistas*, lo que comprende la consecución de cualesquiera fines de interés general por la iniciativa privada.

do a sus formas o a sus precisos perfiles jurídicos. La segunda, que *aquella comprende, al igual que sucedía en la regulación decimonónica*, tanto personificaciones jurídicas —establecimientos— como servicios o actividades; así, un repaso a las normas dictadas sobre la materia muestra que la regulación sobre la beneficencia se extiende desde las fundaciones civiles, reguladas en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre; a la cooperación al desarrollo de la Ley 23/1998, de 7 de julio, que viene a juridificar un conjunto de entidades, cualquiera que sea su forma jurídica, sobre las que apoyar la ejecución de tal cooperación (47); al voluntariado, prestación personal de carácter altruista, regulada en la Ley 6/1996, de 15 de enero; pasando por sus correspondientes normas autonómicas (48); hasta las asociaciones calificadas de utilidad pública del artículo 4 de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre.

El criterio propio de delimitación de estas representaciones de la beneficencia no es, como se observa, su forma jurídica, sino su ámbito material. Esto es, se caracterizan por su giro de carácter altruista en la medida en que, constituyendo todas ellas actuaciones de los privados por las que atienden fines de interés general, se separan de las estrictas reglas del mercado. Ni la ordenación civil patrimonial general ni la mercantil acogen esta forma de actuar regida por otros principios que resultan distantes a aquellas ordenaciones.

En este orden de ideas cabe considerar que así como el artículo 38 es el soporte fundamental que la libertad de empresa encuentra en la Constitución, el artículo 34 lo es para la beneficencia. Ninguna de ellas viene a garantizar una determinada forma jurídica en sus respectivos ámbitos, sino precisamente esto último, un actuar caracterizado por lo que la Constitución denomina el *marco*: que es el mercado para los operadores que actúan amparados por el artículo

(47) Son las denominadas organizaciones no gubernamentales —antes término exclusivamente coloquial, hoy ya tipificado en los artículos 31 y siguientes de la norma citada—, auténtico trasunto de la beneficencia o fundaciones en su acepción decimonónica o constitucional.

(48) Además de la Ley estatal ya citada, se encuentran: la Ley 25/1991, de 31 de diciembre, por la que se crea el Instituto Catalán del Voluntariado; la Ley 9/1992, de 7 de octubre, del Voluntariado Social de la Comunidad Autónoma de Aragón; la Ley 3/2000, de 22 de diciembre, del Voluntariado en Galicia; el Decreto 45/1994, de 19 de mayo, del Voluntariado Social en Andalucía; la Ley 3/1994, del Voluntariado Social en la Comunidad de Madrid; el Decreto 12/1995, de 19 de enero, del Voluntariado de Castilla y León; la Ley 4/1995, de 16 de marzo, del Voluntariado en Castilla-La Mancha; la Ley foral 2/1998, de 27 de marzo, del Voluntariado en la Comunidad de Navarra; la Ley 1/1998, de 5 de febrero, del Voluntariado en Extremadura; la Ley 7/1998, de 6 de mayo, del Voluntariado en La Rioja; la Ley 3/1998, de 18 de mayo, del Voluntariado en las Islas Baleares; la Ley 17/1998, de 25 de junio, del Voluntariado en el País Vasco; y la Ley 4/1998, de 15 de mayo, del Voluntariado en Canarias.

38 y la beneficencia para los del artículo 34. Puede, por tanto, afirmarse que el artículo 34 de la Constitución española reconoce y protege el derecho de los privados a que en su actuación en el tráfico jurídico se separen de las reglas del mercado y lo hagan bajo los criterios del altruismo.

b) *El de fundación es un derecho de configuración legal.* La comparación entre ambos preceptos —34 y 38— resulta útil a efectos dialécticos con la finalidad de acotar el ámbito propio de la beneficencia. Sin embargo, no obstante la identidad de garantías formales de las que disfrutaban los dos artículos por su ubicación sistemática con relación al artículo 53 de la Constitución, no son comparables en su respectivo alcance. Y ello porque la Constitución asume con naturalidad y protege el mercado como una forma de actuar de los privados que los poderes públicos pueden restringir con menor margen del que tienen en la beneficencia (49). Así, la Constitución española toma como premisa una economía de mercado que podrá ser limitada «de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación», o precisamente en aseguramiento de la propia libertad de empresa, como ocurre con la regulación de la competencia (50). Por el contrario, la garantía constitucional de la beneficencia conceptualmente llama con carácter previo a los principios no altruistas de la ordenación jurídica general de la economía (derecho de propiedad y de libertad de empresa) para erigirse en una excepción a ellos; la de la beneficencia es propiamente una regulación que se separa de aquellos principios, que son los ordinarios y generales de la ordenación económica. Por tal motivo, los poderes públicos tienen un gran margen de discrecionalidad en la ordenación y eventual restricción de la beneficencia, pues «se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley», lo que contrasta con las potestades, considerablemente más limitadas, que ostentan para restringir la libertad de empresa.

En definitiva, cabe afirmar, en primer lugar, que la beneficencia es un derecho de configuración legal y, en segundo, que consiste esencialmente en una actuación económica de los privados que se separa de las reglas del mercado.

(49) Sobre la delimitación de la libertad de empresa, véase el libro de S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho administrativo económico*, volumen primero, La Ley, Madrid, 1988, págs. 84 y ss., y, en general, A. MENÉNDEZ, *Constitución, Sistema económico y Derecho mercantil*, Madrid, 1982.

(50) Sentencias del Tribunal Constitucional 88/1986, de 1 de julio, fundamento jurídico cuarto, y 225/1993, fundamento jurídico tercero.

c) *La regulación europea de la economía limita el derecho constitucional de fundación.* Esta última faceta —la beneficencia como excepción al tráfico mercantil— ha cobrado gran importancia en los últimos tiempos por razón de la evolución acontecida en la regulación de la economía, singularmente en lo que al Derecho de la competencia se refiere. Ya que aunque el artículo 34 de la Constitución permite que el legislador pueda conformar la beneficencia con mayor o menor alcance, esto no impide que aquel precepto sirva como un soporte firme a la constitucionalidad de aquel obrar benéfico que se separa de las reglas de la libre competencia. Así, por ejemplo, conductas cada día más extendidas que no serían admisibles entre operadores mercantiles, como la fijación de precios por debajo de su coste (el art. 24 de la Ley 30/1994 limita la libre fijación de los precios por las fundaciones en defensa de sus beneficiarios), los precios subvencionados, la discriminación en el cobro de los precios por unas mismas prestaciones en función de la situación personal o social de los destinatarios, la cesión gratuita de inmuebles por las Administraciones públicas (51) o el disfrute de un determinado tratamiento tributario privilegiado —en definitiva, el *favor foundationis* a que se refería el profesor L. MARTÍN-RETORTILLO (52)—, encuentran un sólido respaldo constitucional, en virtud de la garantía del artículo 34, cuando son realizadas por operadores altruistas —que también son operadores del mercado.

Sin embargo, la perspectiva varía considerablemente al analizar, junto al Derecho interno, la regulación económica europea —aunque esta última también viene a confirmar el alcance que sobre la regulación económica española tiene, a mi juicio, la garantía del artículo 34 de la Constitución—. Es sabido, en este sentido, que la construcción jurídica europea tiene un contenido principalmente económico al que se endereza la mayoría de sus regulaciones (art. 2 del Tratado de la Comunidad Europea) y que, si bien ampara la actividad de ciertos servicios públicos (53) (art. 16 del Tratado) y tiende a abrir su contenido a la regulación social, no contiene un precepto semejante al artículo 34 de nuestra Constitución que proteja la actuación altruista

(51) Sobre el tratamiento jurídico de favor de las entidades sin ánimo de lucro, véanse, como muestra: el artículo 74 de la Ley de Patrimonio del Estado; el artículo 79 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local; el artículo 109 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (todos ellos en relación con la cesión gratuita de inmuebles a aquellas entidades); el artículo 956 del Código civil, y el Decreto 2091/1971, de 13 de agosto, sobre el destino de una parte de las herencias *ab intestato* a favor de las mismas entidades.

(52) *Cuestiones de competencia: el inequívoco sentido de permanencia de las fundaciones*, núm. 89 de esta REVISTA, 1979, pág. 327.

(53) Véase sobre esta cuestión S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado. Los fundamentos*, volumen primero, Civitas, Madrid, 1998, págs. 156-167.

de los operadores privados al margen o, incluso, en contra de las reglas del mercado. Esta ausencia de respaldo jurídico se traduce en que los operadores privados de carácter altruista —al no estar reconocidos como tales en el Derecho europeo, sino que son considerados genéricamente operadores mercantiles (54)— deban acomodar, en todo caso, su actividad a la ordenación europea del mercado, incluso si esta última está presidida por reglas y principios ajenos a la beneficencia (55). Es igualmente representativa de los intereses jurídicamente protegidos en el ámbito de la Unión Europea la regulación del derecho de establecimiento, que excluye de manera expresa a las entidades sin ánimo de lucro del ámbito de su protección (art. 48 del Tratado).

Pueden extraerse dos consecuencias relevantes para el objeto que nos ocupa a partir del régimen jurídico europeo de la beneficencia —mejor sería decir, de su ausencia—. En primer término, la importancia que tiene un artículo como el 34 de la Constitución española en el diseño de los principios básicos de la ordenación jurídica de la economía para evitar que las manifestaciones de la beneficencia sean barridas por la regulación del mercado; en segundo lugar, que la preeminencia del Derecho europeo sobre el interno impide, en gran medida, que la garantía constitucional del artículo 34 despliegue todo su potencial jurídico, toda vez que debe respetar las regulaciones económicas europeas, de suerte que el ordenamiento interno no podrá otorgar privilegios que puedan situar en una posición de ventaja a las entidades benéficas que actúen en el mercado. Sirva como ejemplo de este último estado de cosas la reciente reforma de la legislación sobre contratación administrativa: la disposición adicional octava de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas permite a los órganos de contratación señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro cuya finalidad tenga relación directa con el objeto del contrato. Pues bien, aunque la citada ventaja encontraría un soporte en el artículo 34 de la Constitución, incluso si pugna con las estrictas

(54) «Se aplica plenamente el Derecho de la competencia a las fundaciones, cuando desarrollan actividades económicas» (auto del presidente del Tribunal de Primera Instancia de Justicia Europeo de 4 de junio de 1996); tomo la cita de S. MUÑOZ MACHADO, cit., pág. 167.

(55) En este sentido, para la Sentencia Beentjes del Tribunal de Justicia Europeo, de 20 de septiembre de 1988, la condición de emplear parados de larga duración como criterio de adjudicación contractual debe figurar en el anuncio o pliego, pero no podrá ser utilizada como criterio de selección, sino solamente en cuanto cláusula que debe observar el adjudicatario escogido en virtud de otros criterios

reglas del mercado, ha debido atemperarse para acomodarla a la ordenación europea del mercado, haciendo tal cláusula operativa «*siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación*». Se observa de esta manera que la incorporación española a la Comunidad Europea ha supuesto un considerable recorte al potencial jurídico que encerraba el artículo 34 de nuestra Carta Magna, pudiendo afirmarse que, si bien las entidades benéficas que quedan bajo su protección podrán actuar bajo criterios distintos de los del mercado, las disposiciones europeas sobre la libre competencia les impiden colocarse en una posición de ventaja sobre los operadores de ese mercado.

2. *Los conceptos formal y material de fundación en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*

Uno de los efectos que se han derivado de interpretar el artículo 34 de la Constitución como una garantía para la institución civil fundacional ha sido la, a su vez indebida, interpretación de que los Estatutos de Autonomía reservaban en exclusiva a las Comunidades Autónomas la regulación de las fundaciones en su sentido civil (56). De esta pretendida competencia ha resultado una abundante regulación sobre estas instituciones que combina por igual los aspectos civiles y administrativos (57).

(56) En Cantabria, el artículo 24.29 del Estatuto de Autonomía, según la redacción dada por la LO 11/1998, de 30 de diciembre; en Castilla y León, el artículo 32.27 del Estatuto de Autonomía, según la redacción dada por la LO 4/1999, de 8 de enero; en el País Vasco, el artículo 10.13 del Estatuto de Autonomía; en Madrid, el artículo 26.1.26 del Estatuto de Autonomía, según la redacción dada por la LO 5/1998, de 7 de julio; en La Rioja, el artículo 8.1.34 del Estatuto de Autonomía, según la redacción dada por la LO 2/1999, de 7 de enero; en Castilla-La Mancha, el artículo 31.1.25 del Estatuto de Autonomía, según la redacción dada por la LO 3/1997, de 3 de julio; en las Islas Baleares, el artículo 10.29 del Estatuto de Autonomía, según la redacción dada por la LO 3/1999, de 8 de enero; en la Región de Murcia, el artículo 10.1.26 del Estatuto de Autonomía, según la redacción dada por la LO 1/1998, de 15 de junio; en Asturias, el artículo 10.1.30 del Estatuto de Autonomía, según la redacción dada por la LO 1/1999, de 5 de enero; en Aragón, el artículo 35.1.27 del Estatuto de Autonomía, según la redacción dada por la LO 5/1996, de 30 de diciembre; en Extremadura, el artículo 7.1.26 del Estatuto de Autonomía, según la redacción dada por la LO 8/1994, de 24 de marzo; en Galicia, el artículo 27.26 del Estatuto de Autonomía; en Navarra, el artículo 44.20 de la Ley de Reintegración y Amejoramiento; en Cataluña, el artículo 9.24 del Estatuto de Autonomía; en Andalucía, el artículo 13.25 del Estatuto de Autonomía; en la Comunidad Valenciana, el artículo 31.23 del Estatuto de Autonomía; en Canarias, el artículo 30.7 del Estatuto de Autonomía, según la redacción dada por la LO 4/1996, de 30 de diciembre.

(57) Regulan las fundaciones en sentido civil las siguientes leyes autonómicas: Ley 1/1982, de 23 de marzo, de fundaciones privadas de Cataluña; Ley 7/1985, de 22 de junio, de régimen de las fundaciones de interés gallego; Ley 2/1998, de 6 de abril, de fundaciones canarias; Leyes 42-47 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra; Ley 12/1994, de

Las Comunidades Autónomas que han disciplinado las fundaciones mediante normas autonómicas con rango de ley no han limitado su alcance a los aspectos administrativos. Antes al contrario, la referida interpretación de la Constitución y de los Estatutos permitió que diversas Comunidades Autónomas, incluso careciendo en algunos casos de Derecho civil propio sobre estas cuestiones, entrasen a regular abiertamente las fundaciones civiles antes y después de que el legislador estatal actualizase su ordenación. Este, por su parte, dictó una Ley, la 30/1994, que se percibe temerosa de las competencias que a las Comunidades pudieran corresponder. Así, no sólo son ciertamente pocos los preceptos que en la ley estatal se declaran dictados al amparo de las competencias civiles que la Constitución reserva al Estado, sino que también se prevé la existencia de dos tipos de persona jurídica fundacional: las fundaciones de competencia estatal y las de competencia autonómica, según dónde desarrollen principalmente sus actividades (58), dato que sirve como punto de conexión con el ordenamiento estatal y los autonómicos.

La posibilidad de que existan personas jurídicas esencialmente civiles, como las fundaciones del artículo 35 del Código civil, de carácter autonómico o estatal y de que estas instituciones civiles sean objeto de una detallada regulación por las normas autonómicas tiene, ciertamente, mal acomodo en las previsiones el artículo 149.1.8 de la Constitución —incluso desde una laxitud interpretativa—, que, en general, atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación civil. Más aún, en relación con las fundaciones civiles la reserva de la legislación civil es invocable por el Estado respecto de todas las Comunidades, tengan o no Derecho civil propio, en un aspecto tan fundamental como es la constitución de estas entidades. Efectivamente, la mayor parte de los países europeos (59), entre ellos España, sigue un sistema administrativo de concesión de la personalidad jurídica para las fundaciones. De suerte que, como dispone el artículo 3 de la Ley 30/1994, «*las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones*» y «*sólo las entidades*

17 de junio, de fundaciones del País Vasco; Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid; y la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de fundaciones de la Comunidad Valenciana. En general, sobre las especialidades autonómicas en materia de fundaciones civiles puede consultarse el estudio de J. M. ROMERO MORENO, «Las especialidades forales y autonómicas en el régimen jurídico civil de las fundaciones», en *Derechos civiles de España*, Aranzadi, 2000, págs. 5395 y ss.

(58) Entre otras normas, véanse los artículos 2.º.f) de la Ley orgánica 9/1992, de 22 de diciembre, y 1 del Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero.

(59) Además de España, siguen el sistema de concesión pública de la personalidad jurídica, entre otros: Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo y Portugal.

inscritas en el Registro al que se refiere el apartado anterior, podrán utilizar la denominación de Fundación» (60). Esto es, se trata de un registro de personas jurídicas, de carácter constitutivo y, por lo mismo y según las previsiones constitucionales (art. 149.1.8), de competencia estatal (61). Sin embargo, la desafortunada interpretación que se ha hecho de la atribución de la competencia sobre fundaciones a las Comunidades Autónomas ha traído una pluralidad de registros estatales y autonómicos de fundaciones, todos ellos de carácter constitutivo de la personalidad jurídica (62).

Quizá quepa conciliar las antinomias que presentan las regulaciones autonómicas y la estatal si se interpretan siguiendo el argumento defendido en este estudio. Esto es, a la luz de los mismos antecedentes de los que trae causa el artículo 34 de la Constitución. Abundando en esta línea, los preceptos estatutarios no descentralizan territorialmente la competencia sobre una materia netamente civil, lo que sería contrario a la Constitución, sino que hacen lo propio sobre la materia de la beneficencia en general. De suerte que, respetando las competencias que al Estado corresponden *ex* artículo 149.1.8 de la Constitución, las Comunidades Autónomas ostentan la competencia exclusiva en la beneficencia: sobre el contenido de la intervención administrativa, sobre su fomento, sobre las manifestaciones que puede presentar (meros servicios sin personificación, actividad de particulares, etc.), sobre la protección jurídica de los beneficiarios de la beneficencia, alcance de la legitimación para proteger sus intereses o derechos, etc., e incluso sobre las fundaciones sectoriales, respetando el género civil regulado por el Estado (63); mas no

(60) La adquisición de la personalidad jurídica de las fundaciones y los problemas que plantea la distribución de competencias sobre los registros ya los he tratado con mayor extensión en otro lugar, al que me remito: J. GARCÍA-ANDRADE, *La fundación: un estudio jurídico*, Elde, Madrid, 1997, págs. 327 y ss.

(61) Véase el fundamento jurídico segundo de la sentencia 71/1983 del Tribunal Constitucional; octavo de la sentencia 72/1983, de 27 de julio; o el fundamento jurídico tercero de la sentencia 283/1993, de 30 de septiembre. En este orden de ideas, no cabe extender a los registros de fundaciones la interpretación que sobre los registros de asociaciones ha hecho el Tribunal Constitucional, pues, a diferencia de los primeros, estos últimos no tienen carácter constitutivo.

(62) La multiplicación de estos registros ha venido acompañada de los efectos perniciosos que la Constitución presumiblemente trata de evitar al reservar su competencia en exclusiva al Estado, esto es, una notable inseguridad jurídica en relación con las fundaciones civiles. De suerte que el ciudadano que quiera hacer valer sus derechos ante cualquiera de estas entidades difícilmente sabrá a qué registro dirigirse para localizarla y, si esto último lograra, podrá verse obligado a adentrarse en una tortuosa senda indagatoria entre las distintas fundaciones que pueden compartir una misma denominación, a causa de la descoordinación que existe entre aquellos registros de fundaciones.

(63) La distinción entre las personas jurídicas *in genere* y las sectoriales se contiene en diversas sentencias del Tribunal Constitucional sobre asociaciones (67/1985, 157/1992 y 173/1998), si bien en la decisión del Alto Tribunal ha estado más presente la delimitación de la reserva de ley orgánica que el contenido civil del derecho de asociación.

sobre las fundaciones en sentido civil, y menos en lo que al registro se refiere, que competen al Estado.

3. *Consideración crítica del protectorado administrativo: la adopción del concepto formal de fundación y la paulatina reducción de la supervisión administrativa sobre la beneficencia*

a) *La progresiva formalización del protectorado.* La intervención administrativa sobre las fundaciones civiles se proyecta de manera principal a través de la figura administrativa tradicional de los protectorados, a los que se encomienda la supervisión sobre aquéllas. Y esta función de protectorado, articulada de una u otra forma, acompaña a las fundaciones en los distintos ordenamientos: ya sea ejercida por la propia Administración pública, como en el caso español, del que nos ocuparemos; ya por los tribunales de justicia, como en el caso holandés, por tomar uno de los ordenamientos jurídicos considerados más liberales en esta materia (64). Se trata, por tanto, de una intervención pública sobre unas entidades que se estima necesaria en los distintos ordenamientos y que resulta exorbitante con respecto a la practicada sobre los demás privados.

Los orígenes no son claros, aunque, en lo que ahora importa (65), no fue ajena la citada intervención administrativa a la desconfianza de los poderes públicos hacia las *manos muertas*, así como a la consideración de que el servicio al interés general era el campo propio de la Administración pública, de donde se derivaba una fuerte disciplina administrativa para los privados que asumieran tales cometidos (66). Se trataba, por lo tanto, de un protectorado sobre la beneficencia en general, y no sobre las formas jurídicas fundacionales civiles en particular. Andando el tiempo, cada uno de los fundamentos para la intervención irá cobrando un perfil propio (67): con relación

(64) Artículos 294 y siguientes del Código civil holandés.

(65) Sobre los protectorados en el Derecho comparado, véase W. VAN VEEN, «Supervision of foundations in Europe», en *Foundations in Europe*, de próxima publicación en Bertelsmann, Gütersloh (Alemania).

(66) Algunas de las obligaciones legales cuya comprobación asumía el protectorado eran las referidas más directamente al cumplimiento de los fines públicos de la beneficencia: «ningún establecimiento de beneficencia puede excusarse de recibir a pobre alguno o menesteroso de la clase a que se halle destinado» (art. 8 del Reglamento de 14 de mayo de 1852); véase, al respecto, M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, tomo primero, 1850, pág. 459.

(67) F. SAINZ MORENO ha considerado, con relación a las dos funciones principales del protectorado, que «quizá el tema central de la ordenación jurídica de las Fundaciones privadas sea el de determinar el valor que respectivamente tienen a lo largo de su existencia la voluntad del testador y el interés público». *Fundaciones benéficas: algunas consideraciones sobre la intervención del protectorado y la voluntad del fundador*, «REDA», núm. 23, 1979, pág. 651.

al primero, la inicial desconfianza hacia todas las manos muertas se contrae más tarde casi totalmente a las fundaciones civiles, y se centra la actividad del protectorado en la necesidad de garantizar la voluntad del fundador; por el contrario, con relación al segundo de los fundamentos, el propósito de que la Administración garantice el interés público a que sirven las entidades benéficas permanece con mayor o menor intensidad cualquiera que sea la forma jurídica que aquéllas revistan, y de este modo, la Instrucción de 1899, al regular las funciones del protectorado, parte de que el carácter benéfico de las entidades justifica la intervención de éste, mas distingue su intensidad, según la forma jurídica que revistan (68).

Son, por otra parte, la garantía de la voluntad del fundador y del interés general los dos criterios que ha manejado en alguna ocasión el Tribunal Constitucional al referirse al protectorado como «*la acción administrativa para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman*» (69).

b) *La justificación actual del protectorado en la estructura interna de las fundaciones.* El proceso ya indicado por el que se lamina el concepto general de beneficencia hasta reducirlo a una sola de sus manifestaciones —las fundaciones en sentido civil— ha hecho también mella en la institución administrativa del protectorado, alterándolo en uno de sus aspectos nucleares. Aquél ha abandonado prácticamente la garantía del interés general, que había sido uno de los fundamentos de su existencia, para terminar por justificar la intervención administrativa en la estructura interna y formal de la fundación. Este orillamiento de la defensa del interés general ha determinado el estrechamiento del ámbito de aplicación del protectorado, contrayéndose ahora a las fundaciones civiles y descuidando de manera muy criticable la supervisión de las restantes formas de la beneficencia (70).

(68) Artículo 1: (en) «*las instituciones de beneficencia comprenderá las facultades necesarias para lograr que sea cumplida la voluntad de los fundadores en lo que interese a colectividades indeterminadas*». Artículo 2: «*En las herencias y legados benéficos que no impliquen obligaciones permanentes, la acción del protectorado cesará con el cumplimiento probado de la voluntad del testador*». Artículo 3: «*En las asociaciones benéficas, creadas y reglamentadas por la libre voluntad de los mismos asociados, y sostenidas exclusivamente con las cuotas obligatorias de éstos o con bienes de su libre disposición ... el protectorado no tendrá otra misión que velar por la Higiene y por la Moral pública*». En igual sentido, el artículo 137 de la Ley 14/1970, General de Educación, comprendía, en lo que al protectorado se refiere, «*las fundaciones y asociaciones de carácter docente y cultural*».

(69) Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1988, ya citada, y también la sentencia 164/1990.

(70) L. MORELL afirmaba, en este sentido, que «*el protectorado, en materia de beneficencia, está realmente gravitando sobre la idea de asegurar el cumplimiento escrupuloso de la voluntad del fundador, más que sobre la de asegurar el mejor cumplimiento de los fines de interés público que las entidades benéficas asumen*». (Notas sobre el arcaísmo del Derecho de las fundaciones benéficas, «REDA», núm. 17, 1978, pág. 152.)

Conviene detenerse en esta cuestión, pues ayuda a comprender algunas de las paradojas más censurables de la intervención administrativa sobre la beneficencia en España. La causa inmediata de que exista actualmente una Administración supervisora sobre las fundaciones civiles, que no se da sobre otras entidades altruistas, reside en la conformación monista de su estructura interna. Las personas jurídicas de base asociativa contienen al menos dos órganos diferenciados, asamblea de socios y órgano de gobierno o administración, de suerte que el primero de ellos, que reúne las funciones soberanas —aprobación de cuentas, nombramiento y remoción de los administradores, modificación de estatutos, extinción, etc.—, supervisa al órgano de gobierno. Por el contrario, las fundaciones civiles carecen de miembros que puedan formar una asamblea, de manera que el único órgano de la fundación, el patronato, reúne la casi totalidad de las funciones, tanto las esenciales para el destino de la entidad como las de mero gobierno. Pues bien, el actual régimen jurídico español hace descansar el fundamento del protectorado precisamente en suplir la ausencia de ese segundo órgano de *vigilancia y aprobación* en el seno de las fundaciones. Así, el protectorado interviene en la supervisión de las cuentas, la modificación de estatutos, la extinción y, en general, en los restantes actos que serían de *soberanía* en una entidad asociativa o de relevancia para la entidad (71). Por el contrario, en las asociaciones declaradas de utilidad pública, no obstante la igual importancia de los fines que persiguen, el Derecho confía la vigilancia sobre el órgano de gobierno de las asociaciones a su asamblea.

Lo cierto y más criticable del régimen administrativo actual es que, cualquiera que sea la forma jurídica que revistan unas y otras entidades benéficas, estén o no supervisadas administrativamente, la legislación española es absolutamente permisiva en lo que se refiere a la petición pública de donaciones, recepción del trabajo voluntario, o el reconocimiento del *favor iuris* a las entidades que carezcan de ánimo de lucro (72). Son cientos de miles de millones los que administran estas entidades (73), que cada vez asumen más funciones que les son encomendadas por los poderes públicos, y la falta de una regulación general de la materia ha desembocado en una ausencia

(71) Artículos 23, 27, 30 o 19 de la Ley 30/1994, respectivamente.

(72) Véanse las notas 51 y 52.

(73) Según los datos que arroja el informe dirigido por J. I. RUIZ DE OLABUÉNAGA, *El sector no lucrativo en España*, FUNDACIÓN BBV (tomo la información de la ponencia presentada por el autor en la jornada «Tercer sector, fundaciones y actividad empresarial», organizada por la FUNDACIÓN PROFESOR MANUEL BROSETA), los gastos del sector no lucrativo en España suponen el 4 por 100 del producto interior bruto y ascienden a 2,8 billones de pesetas.

práctica de control público sobre todas las entidades benéficas distintas de las fundaciones civiles. Sin embargo, la confianza legítima de los terceros y el cumplimiento de fines de interés general exigirían recuperar el concepto material del protectorado, al amparo del artículo 34 de la Constitución, para fundamentar la intervención administrativa en la garantía del interés general y no tanto en la estructura interna y formal de las entidades privadas, extendiendo la supervisión a todas las entidades y servicios que quieran operar en el tráfico jurídico bajo el calificativo de benéficos (74).

Al proceso apuntado se ha sumado el temor reverencial que despierta el artículo 22 de la Constitución en relación con la intervención administrativa sobre las asociaciones declaradas de utilidad pública. Cuando lo cierto es que, de seguirse la interpretación aquí propugnada del artículo 34 de la Carta Magna, también permitiría la intervención pública sobre las asociaciones altruistas (75). Recuérdese

(74) Buena prueba de que el ejercicio del protectorado por la Administración pública sigue siendo preciso sobre las entidades de la beneficencia para amparar los intereses generales a que se deben se encuentra en las principales organizaciones altruistas españolas. Cuando éstas han adquirido un gran volumen, el ordenamiento las ha sometido a la supervisión de un protectorado *ad hoc*. Incluso si las entidades tenían una estructura asociativa que, en principio y siguiendo los principios generales ahora vigentes en la legislación española, permitiría una vigilancia interna a sus propios miembros. En este sentido, la Cruz Roja queda sometida a la supervisión del Estado a través de un Consejo de Protección (arts. 8 y 9 del Real Decreto 415/1996, de 1 de marzo, según redacción dada por el Real Decreto 2219/1996, de 11 de octubre); por su parte, la Organización Nacional de Ciegos Españoles está sometida al protectorado del Estado (art. 8 del Real Decreto 358/1991, de 15 de marzo, según redacción dada por el Real Decreto 1200/1999, de 9 de julio).

(75) Esta cuestión está estrechamente ligada a la interpretación que se otorgue al artículo 34 de la Constitución, pues si se siguiera un criterio formal y civilista del precepto habría de considerarse que a una asociación sólo resultarían aplicables las regulaciones y el amparo constitucional del artículo 22, ya realice una actividad benéfica o no, mas en ningún caso quedaría sujeta a las disposiciones del artículo 34, que estaría reservado a las fundaciones en sentido formal. Sin embargo, lo cierto es que los artículos 22 y 34 se aplican cumulativamente a las asociaciones que además sean benéficas. En otras palabras, siempre que en otros lugares de la Carta Magna se regule el contenido material de determinadas asociaciones, éste será complemento de la garantía de libertad que dispensa el artículo 22. Por lo que si se acepta, como propugno, que el artículo 34 otorga una protección a la fundación en sentido *material*, resultará que el derecho a constituir o participar en una asociación estará garantizado por el artículo 22 de la Constitución y si, además, esta asociación es benéfica le será igualmente aplicable, por razón de la materia, el artículo 34. Esto es, el contenido material del artículo 34 de la Constitución se aplica a todas las entidades que quieran operar como benéficas; incluso si se trata de asociaciones. La articulación sistemática expuesta es, por otra parte, la misma que se observa en el derecho de asociación en relación con otros preceptos constitucionales; así, a los partidos políticos, sindicatos de trabajadores y organizaciones empresariales, asociaciones profesionales de jueces, magistrados y fiscales y a las comunidades, confesiones religiosas y asociaciones benéficas se aplican las disposiciones del artículo 22 de la Constitución en cuanto que asociaciones y, además, las específicas que por razón de la materia dispone la Constitución en los artículos 6, 7, 127.1, 16 y 34, respectivamente (sobre estas modalidades asociativas, véanse las págs. 176 y ss. de *Asociaciones y Constitución*, G. FERNÁNDEZ FARRERES, Civitas, Madrid, 1987).

Los efectos jurídicos que se derivan de una u otra interpretación son evidentemente muy divergentes: si se entiende que los artículos 22 y 34 garantizan sendas formas jurídi-

se en este sentido que, tradicionalmente, el ejercicio del protectorado rebajaba su intensidad sobre las asociaciones benéficas y el control se confiaba a sus órganos democráticos *únicamente* en el caso de que fueran «*sostenidas exclusivamente con las cuotas obligatorias*» de los asociados (art. 8 del Real Decreto e Instrucción de 27 de abril de 1875); en otro caso, la financiación ajena abría la intervención plena del protectorado (76).

El modelo de protectorado que juzgamos más coherente no sólo fue tradicional en nuestro Derecho, sino que se conserva en el Derecho comparado, concretamente en el británico (77). Donde el órgano parangonable al protectorado, *Charity Commissioners*, ejerce su tutela sobre *todas* las entidades que reciban el calificativo de *charitable*,

cas, a las asociaciones únicamente resultará de aplicación el artículo 22, incluso si son benéficas, y las potestades de intervención de los poderes públicos sobre ellas, ya sea por la vía administrativa, ya por la legislativa, se encontrarán ciertamente limitadas [registro a los meros efectos de publicidad, etc. (véase sobre esta cuestión el trabajo citado del profesor G. FERNÁNDEZ FARRERES, y la interpretación que propone de las potestades de intervención administrativa en punto a la inscripción registral de las asociaciones, págs. 120-129)]. Por el contrario, conforme a la interpretación que aquí se sostiene, el derecho de asociación y las garantías que le son propias quedan plenamente cubiertos en su ejercicio por el artículo 22, pero si la asociación quiere, adicionalmente, ser calificada como benéfica (hoy de utilidad pública: Real Decreto 1786/1996, de 19 de julio, sobre procedimientos relativos a asociaciones de utilidad pública) habrá de someterse también a la aplicación del artículo 34 de la Carta Magna, que permite mayores potestades de intervención a los poderes públicos, dado que el Derecho regulador de la beneficencia es en gran medida de conformación legal: «*se reconoce el derecho de fundación..., con arreglo a la ley*». [El profesor MORELL ya había observado la «paradoja» de que en la legislación existente en 1978 «*las asociaciones benéficas (se situasen) en una más dura condición jurídico-administrativa que las demás manifestaciones de la libertad de asociación*» (Notas..., cit., pág. 151).] Así, las garantías del artículo 22 pueden verse moduladas por las propias disposiciones de la Constitución al traer la aplicación del artículo 34 a las asociaciones benéficas, en las que el centro de la protección jurídica bascula desde la protección de los socios, que libremente deciden asumir una actividad altruista más intervenida, hasta la defensa de los beneficiarios y terceros.

(76) La clasificación tradicional de la beneficencia comprendía bajo su concepto tanto a las fundaciones en sentido civil como a las asociaciones benéficas y, por lo mismo, a todas ellas alcanzaba la intervención administrativa. Así se desprende, por ejemplo, del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, sobre reorganización de servicios de la beneficencia particular e instrucción para el ejercicio del protectorado del gobierno (posterior al Código civil), que al delimitar el ámbito de su aplicación definía las «*instituciones de beneficencia como los establecimientos o asociaciones permanentes destinados a la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas, como Escuelas, Colegios, Hospitales, Casas de Maternidad, Hospicios, Asilos, Manicomios, Pósitos, Montes de Piedad, Cajas de Ahorros y otros análogos, y las fundaciones sin aquel carácter de permanencia, aunque con destino semejante, conocidas comúnmente con los nombres de Patronatos, Memorias, Legados, Obras y Causas pías*». En el mismo sentido, el artículo 137 de la Ley 14/1970, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa, y el Reglamento de las fundaciones culturales privadas y entidades análogas de los servicios administrativos encargados del protectorado sobre las mismas (Decreto 2930/1972, de 21 de julio) comprendían «*las fundaciones y asociaciones de carácter docente y cultural*».

(77) Dentro del Reino Unido, Escocia cuenta con un Derecho formalmente diferenciado sobre la beneficencia, cuyas distinciones son mínimas a los actuales efectos, lo que permite que nos refiramos al Derecho británico.

cualquiera que sea su forma jurídica —fideicomisos, asociaciones, sociedades mercantiles que limitan sus estatutos para actuar como entidades benéficas—; esto es, en el citado sistema, el elemento determinante del control sobre las entidades sin ánimo de lucro no es la estructura interna de la entidad, que resulta indiferente, sino la consecución de un fin que ha recibido la calificación de interés general, *charitable*, lo que justifica la intervención de los poderes públicos para proteger el seguimiento de ese fin, la buena administración de los fondos a él destinados, la confianza legítima de los terceros, etc (78).

4. *La utilización por la Administración pública de formas fundacionales civiles*

a) *Fundaciones colaboradoras de la Administración y fundaciones en mano pública.* La beneficencia fue antecedente, cuando no embrión, de los actuales servicios sociales del Estado (79). No obstante, consolidados éstos, aparece plenamente diferenciada como el conjunto de instrumentos jurídicos que el ordenamiento pone a disposición de los particulares para que participen en la consecución del interés general (80). Sin embargo, en la medida en que la Administración pública se relaciona actualmente con las entidades benéficas y se sirve de la figura fundacional para prestar determinados servicios de interés general, aquella delimitación entre lo público y lo privado parece haberse difuminado como consecuencia del equívoco que nos viene ocupando en este artículo: la equiparación de los conceptos civil y material de fundación. Así, se hace preciso escindir y analizar críticamente el régimen jurídico que resulta aplicable a la Administración cuando se relaciona con las entidades benéficas, por una parte, y, por otra, el régimen jurídico-administrativo al que queda sujeta la Administración cuando constituye formas jurídicas fundacionales civiles que de ella dependen para alcanzar sus fines. Ambas cuestiones se abordan seguidamente.

(78) Sección 1 de la *Charities Act* de 1993.

(79) Sobre esta cuestión, véase el estudio del profesor F. GARRIDO FALLA, «La acción administrativa sobre la beneficencia privada, y en especial sobre las fundaciones de este carácter», en *Centenario de la Ley del Notariado*, vol. IV, Ed. Reus, Madrid, 1963, págs. 343-348.

(80) El profesor GÓMEZ-FERRER ya se había referido en 1973 a la falta de definición del concepto de beneficencia por su ley reguladora, entonces vigente (*Aspectos...*, cit., pág. 385). Extremo que habrá de resultar más dificultoso ahora que ha desaparecido cualquier norma ordenadora de la beneficencia y sobre la que, a consecuencia de las importantes transformaciones sociales, no es posible seguir aplicando las reglas contenidas en los reglamentos de 1899 o 1972, que manejaba entonces GÓMEZ-FERRER para delimitarla.

En primer lugar, la Administración viene apoyándose, cada vez con mayor frecuencia, en las organizaciones altruistas en general —no sólo fundaciones civiles— para prestar indirectamente una serie de servicios que se caracterizan por su intensidad y calidad, frente a los generales de las Administraciones públicas (81), o por el alcance limitado de sus eventuales beneficiarios (82). La financiación pública de estos servicios se articula de diversas formas que pasan desde la compartición por el Estado del monopolio en el juego (83); por las numerosísimas subvenciones anuales distribuidas para prestar servicios culturales (84), asistenciales o de ayuda al desarrollo (85), por citar los más extendidos y más cuantiosamente dotados; por la incorporación de cláusulas de preferencia en la adjudicación de determinados contratos de la Administración, como ya quedó indicado; hasta incluso la renuncia por el Tesoro a la recaudación de las propias organizaciones altruistas y de sus financiadores (86). La Administración pública habrá de adecuar, sin duda, su actuar a las exigencias de esta forma de prestación de los servicios públicos —relativamente nueva tanto por su extensión como por el tipo de servicio prestado—, garantizando no sólo la efectividad en el destino del gasto y la rigurosa llevanza de los fondos, sino también la igualdad de condiciones de acceso de los ciudadanos a aquellos servicios —máxime cuando pueden quedar limitados a un cupo de éstos— o, incluso, en su caso, la continuidad de los mismos servicios. Este conjunto de garantías constituye uno de los campos que en el futuro inmediato resultarán más fecundos para la acción

(81) Véase la extensa relación de servicios que la Organización Nacional de Ciegos Españoles presta a sus afiliados (art. 2 del Real Decreto 358/1991).

(82) Un ejemplo de cupos en los beneficiarios puede encontrarse en el emergente y muy lucrativo sector de la asistencia geriátrica, financiada por las Administraciones públicas a través de subvenciones y contratos de gestión de servicios.

(83) Así, por ejemplo, las disposiciones adicionales decimotercera y decimocuarta de la Ley 13/2000, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2001, disponen el destino de los beneficios obtenidos de sendos sorteos especiales de la Lotería Nacional a favor de la Cruz Roja Española y de la Asociación Española contra el Cáncer.

(84) Véase, por ejemplo, la Resolución del Ministerio de Educación y Cultura de 31 de octubre de 2000, de la Dirección General de Cooperación y Comunicación Cultural, por la que se convocan determinadas ayudas correspondientes al año 2001 («BOE» 16 de noviembre de 2000).

(85) La disposición adicional vigesimasegunda de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000, destina durante los años 2000, 2001 y 2002 el 0,5239 por 100 de la cuota íntegra del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a subvencionar actividades de interés social; sin que los importes anuales puedan superar la cantidad de 22.000 millones de pesetas ni ser inferiores a 19.000 millones de pesetas.

(86) Este es el espíritu que subyace en el régimen tributario de *los incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general* (título II de la Ley 30/1994 y correspondientes normas forales ya citadas).

de los protectorados. Con todo, no es la perspectiva que ahora más importa, por lo que habrá de quedar meramente indicada.

Conviene detenerse, eso sí, en la utilización instrumental que, con distintos fines, viene haciéndose de las fundaciones civiles por parte de las Administraciones públicas: allegar fondos, flexibilizar la prestación de servicios, etc. Son éstas las denominadas fundaciones en mano o titularidad pública (tal y como las denomina el artículo único de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del sistema nacional de salud) (87), constituidas al amparo del artículo 6.1 de la Ley 30/1994. Los aspectos más relevantes de esta huida del Derecho administrativo o las acotaciones sobre las acepciones de la privatización han sido estudiados últimamente y en detalle por el profesor S. MARTÍN-RETORTILLO (88), cuyos trabajos constituyen remisión obligada. Interesa en este momento delimitar, por tanto, otra faceta referida al alcance que la interpretación formal o material del artículo 34 de la Constitución tiene para este tipo de formas fundacionales en mano pública.

b) *Inaplicabilidad del artículo 34 de la Constitución a las fundaciones en mano pública.* Del criterio que se maneje en relación con el artículo constitucional mencionado resultarán consecuencias de muy distinta entidad. Por una parte, si se considerase el precepto citado como una garantía formal en favor de las fundaciones civiles, habría de estimarse, por la remisión que el mismo contiene al artículo 22.4 de la propia Constitución, que las fundaciones en mano pública «sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada». De donde se derivaría una severa limitación a las facultades de autoorganización de los servicios administrativos —así, por ejemplo, algunas fundaciones creadas por

(87) Algunos autores se han mostrado muy críticos ante la posibilidad de que la Administración pueda llegar a ser titular de una fundación. Así, M. VAQUER, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 49; L. MORELL OCAÑA y A. RUIZ OJEDA, «La técnica fundacional como instrumento de gestión administrativa en el Derecho público», en *Manual de fundaciones*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 260 y 261; o J. L. PIÑAR, *Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones*, «REDA», núm. 97, enero-marzo de 1998, págs. 59 y 60. Sin embargo, el reciente Auto del Tribunal Constitucional número 206, de 28 de julio de 1999, afirma respecto de una de estas fundaciones que «si bien formalmente persona jurídico-privada, puede equipararse en realidad a un Ente público con capital y fines también públicos que actúan en el tráfico jurídico utilizando sólo de manera instrumental la veste fundacional». Estos argumentos los expuse más ampliamente en el trabajo citado en la nota 43.

(88) *Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo*, núm. 140 de esta REVISTA, mayo-agosto 1996, y *Reflexiones sobre las privatizaciones*, núm. 144 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1997. Véase también E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, tomo primero, séptima edición, Civitas, Madrid, 1995, págs. 390 y ss.

una ley formal, como es el caso de la Escuela de Organización Industrial (89), no podrían ser disueltas o reincorporadas a la organización general de la Administración, ni tan siquiera, por otra norma de igual rango (90)—, además de determinar la inconstitucionalidad de numerosos preceptos reguladores de estas entidades (91).

Las consecuencias son bien distintas al manejar la perspectiva histórica del artículo 34 y entender que éste no garantiza las meras formas jurídicas fundacionales civiles —como ya se dijo, el Tribunal Constitucional no lo aplicó a la forma fundacional de la caja de ahorros por considerarla una empresa—, sino únicamente las manifestaciones de la beneficencia o del altruismo, en cuanto expresión de la atención de los intereses generales por parte de los particulares. Efectivamente, dado que el mandato constitucional citado únicamente es aplicable a la beneficencia y que las fundaciones en mano pública, a cuyo través organiza la Administración sus servicios, son meros instrumentos con forma fundacional, sin contenido benéfico alguno, no se dan los presupuestos de aplicación del artículo 34 de la Constitución; pues no estamos en presencia de privados que voluntariamente atienden fines de interés general —lo que equivaldría al ejercicio de la beneficencia—, sino del sector público en la consecución de los fines que sirve y actuando mediante personificaciones privadas meramente instrumentales, así calificadas por el Tribunal Constitucional (92). Y es que no cabe deducir la existencia de una actividad benéfica de la sola presencia de una forma jurídica fundacional. Por lo tanto, las fundaciones de titularidad pública quedan fuera del alcance del artículo 34 de la Constitución y de sus remisiones —en lo que más importa de la necesidad de la intervención judicial para disolver la fundación— al no formar parte de la beneficencia, sino del sector público; ya que la mera presencia de una persona jurídica fundacional no

(89) El artículo 154.2 de la Ley 13/1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, transforma el organismo autónomo Escuela de Organización Industrial en fundación.

(90) Esta es la interpretación que sostiene el profesor PIÑAR: «En mi opinión, ni siquiera una Ley sería suficiente para suprimir una Fundación de este tipo (no sería aplicable por analogía el art. 64 de la LOFAGE). Y ello porque el artículo 34 de la Constitución, según la remisión que contiene al 22.4, impone que las fundaciones sólo puedan ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada». *Fundaciones constituidas por entidades públicas...*, cit., pág. 55.

(91) La Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Junta de Galicia puede disponer la extinción de las fundaciones por ella constituidas a través del patronato que domina en estas entidades. Véanse los siguientes artículos de los Estatutos: 21 de la Fundación Instituto Gallego de Oftalmología; 20 de la Fundación Pública Centro de Transfusión de Galicia; 21 de la Fundación Pública Escuela Gallega de Administración Pública; 19 de la Fundación Foro Permanente Gallego e Iberoamericano de la Salud; 21 de la Fundación Pública Virgen de la Junqueira; 21 de la Fundación Pública Hospital de la Barbanza; o 22 de la Fundación Hospital de Verín.

(92) Auto de 28 de julio de 1999, ya citado.

apela necesariamente al precepto constitucional citado, sino que será preciso que adicionalmente a la forma jurídica concurren los presupuestos materiales que permiten calificar de altruista —y no de pública— una determinada organización (93).

c) *Injustificada duplicidad de controles administrativos sobre las fundaciones en mano pública.* La confusión entre los conceptos material y formal de fundación se ha proyectado también en la ordenación del control administrativo sobre las fundaciones de la Administración pública. Así, puede afirmarse que las normas reguladoras de las fundaciones en mano pública han aceptado la figura del protectorado sobre sus fundaciones de manera acrítica, como si se tratase de entidades benéficas y no de meros apéndices instrumentales de la Administración. El esquema, que se ha reproducido en los diversos ministerios y consejerías que han constituido fundaciones privadas para la gestión y administración de algunos de sus servicios, ha consistido en que la propia Administración fundadora asuma el ejercicio del protectorado sobre la fundación, incluso en aquellos casos en que la Administración de referencia no venía desempeñando tales funciones con respecto a otras fundaciones privadas (94).

No se escapa que ninguna de las razones manejadas para la intervención del protectorado administrativo general —la estructura interna de las fundaciones y su carácter benéfico— se justifica en el caso de las fundaciones privadas en mano pública. De una parte y con relación a la primera de las causas, aquellas fundaciones, en cuanto sector público, ya están sometidas a estrictos controles y a la dependencia directa de la Administración fundadora en sus funciones soberanas, al igual que el resto de las Administraciones públicas (95), de suerte que el patronato de las fundaciones en mano pública está más intervenido y controlado por la aplicación del régimen administrativo general del sector público que el patronato de una fundación privada; siendo, por tanto, redundante la aplicación de la figura del protectorado, que nada aporta. De otra parte, considerado el protec-

(93) Esta solución parecen propugnar los profesores MORELL OCAÑA y RUIZ OJEDA, para quienes, en relación con estas formas jurídicas, «la fundación es considerada como una (...) potestad organizatoria mediante cuyo ejercicio se puede modificar o extinguir una fundación» («La técnica...», cit., pág. 242).

(94) Así, la Escuela de Organización Industrial (véase la nota 89) o, últimamente, la Fundación Hospital de Calahorra (Resolución del Ministerio de Sanidad y Consumo de 11 de abril de 2000 —«BOE» de 26 de abril—), cuyo protectorado se reserva este último Ministerio.

(95) Los artículos 123 y siguientes de la Ley General Presupuestaria someten las fundaciones de la Administración General del Estado a la auditoría de la Intervención General del Estado (art. 129.1) y al control del Tribunal de Cuentas (art. 130). En igual sentido, la Ley gallega 10/1996, de 5 de noviembre, somete a las fundaciones gallegas en mano pública —las definidas en el art. 1.b)— a la auditoría de la Intervención General de la Comunidad Autónoma y al control del Consejo de Cuentas de Galicia (arts. 11 y 12).

torado en su función genuina (la que se maneja en el Derecho británico o en el Derecho español anterior), como supervisión de la beneficencia, se da la paradoja de que las fundaciones de titularidad pública no son sino meros apéndices instrumentales de la Administración (recuérdese la doctrina del Tribunal Constitucional ya citada) que no cabe categorizar entre las entidades altruistas que deben quedar sometidas a la supervisión administrativa del protectorado.

En estas condiciones, la aplicación formal del protectorado por la sola presencia de la forma jurídica civil fundacional ha de resultar necesariamente infundada (96), sin que pueda considerarse justificable su presencia para constituir una garantía adicional de transparencia y buena administración de las fundaciones en mano pública. Ya que, de una parte, el doble control de la Administración, en cuanto fundadora y en cuanto protectorado —también casi siempre en cuanto patronato—, rara vez tendrá eficacia cuando estas funciones estén reunidas en la misma Administración; y, de otra, lo cierto es que la presencia de los protectorados sobre las fundaciones en mano pública incorpora trabas innecesarias que sólo vienen a dificultar la agilidad y flexibilidad que busca la Administración al acudir a estas fórmulas organizativas de sus servicios. Las disfunciones no terminan en las señaladas, pues, como enseña la experiencia, la presencia de estos protectorados reiterativos puede constituir una ruptura en el frágil equilibrio de la distribución de competencias. Así, admitida la utilización de fundaciones privadas en mano pública por las distintas Administraciones para la gestión de algunos de sus servicios (art. 6 de la Ley 30/1994), la presencia del protectorado del Estado o de la Comunidad Autónoma respectiva sobre las fundaciones constituidas y dependientes, por ejemplo, de las universidades puede adular la autonomía que la Constitución española les reconoce (97). Otro tanto ocurre con las corporaciones locales, que no pueden ejercer el protectorado sobre sus propias fundaciones, abriendo de esta manera la entrada a la Administración de la Comunidad Autónoma en un ámbito que en principio no le corresponde.

* * *

Para concluir conviene destacar que el carácter anfibológico del término fundación y su constante mutación en los últimos doscientos

(96) Nuestras críticas no alcanzan a la función de registro.

(97) Véase, aunque refiere sus críticas a otro aspecto de determinada fundación que aloja una universidad pública, el interesante trabajo de S. DEL SAZ, *Las fundaciones en el ámbito universitario*, «Autonomías, Revista Catalana de Derecho Público», núm. 23, junio 1998, págs. 29 a 52.

tos años exigían indagar sobre su concreto significado en el artículo 34 de la Constitución. Este análisis arroja como resultado que el precepto constitucional tiene un contenido sensiblemente más amplio del que hasta ahora se le había atribuido, y que la asunción de este concepto material y profundo de fundación que propugno trasciende en mucho la mera reflexión teórica o lingüística. Antes bien, pone de manifiesto la necesidad de interpretar bajo este nuevo enfoque constitucional —cuando no de revisar— la ordenación no sólo de las entidades benéficas, sino también de las actividades de este género desprovistas de personalidad jurídica; su relación con el mercado; la distribución territorial de la competencia sobre la materia; las potestades de intervención administrativa en el sector, y la organización administrativa de las fundaciones de iniciativa pública.

JURISPRUDENCIA

