

DR 07 37

Sin entrar a investigar los posibles designios fundacionales en los derechos del Antiguo Oriente, debe afirmarse que el origen de la fundación en el mundo romano es en cierto modo doble. Por un lado, hay una tradición greco-helenística de fundaciones hechas a favor de templos, generalmente en relación con el derecho de asilo tan extendido en el mundo oriental. Por otro lado, la raíz predominantemente romana de la fundación está en el derecho sepulcral.

En cierto modo, el nacimiento de las fundaciones en el suelo romano se debe a un hecho social, la elevación de una burguesía celosa de la continuidad del linaje que los nobles aseguraban por su propia tradición nobiliaria. Este celo de continuidad está centrado principalmente en el aseguramiento del recuerdo después de la muerte. Hacia la misma época en que se multiplican las fundaciones funerarias, aparecen también otras fundaciones de fin asistencial, pero sin relación con el sepulcro, que consisten en la adquisición de fincas rentables al fin de determinadas distribuciones entre los necesitados.

Así vemos que en el derecho propiamente romano las fundaciones siempre con fin asistencial se realizan a través de la adquisición de bienes a una familia o a un municipio, que se hacen fiduciarios. La personalidad autónoma no se insinúa hasta la época justiniana. El derecho romano de justiniano nos presenta a las fundaciones como establecimientos destinados a fines piadosos o benéficos, pie cause, en dependencia de la autoridad eclesiástica.

Son monasterios, hospitales, asilos de ancianos y de huérfanos u otros centros asistenciales. Algunas fundaciones no son más que una parte del patrimonio de la Iglesia, ya que el patrimonio de la Iglesia es considerado como patrimonio de los pobres y necesitados. Pero hay otras fundaciones que, siguiendo bajo la administración directa o indirecta del obispo, se consideran como independientes de la Iglesia, y de ahí que en estos casos se pueda hablar de personalidad jurídica propiamente dicha, e incluso si se quiere, de patrimonio destinado a un fin.

De todos modos, aún en estos casos, la fundación sigue considerándose como perteneciente a la Iglesia. De ahí que se apliquen los privilegios dados al patrimonio de la Iglesia, y que al menos en parte se debían al propósito de favorecer la asistencia social. El derecho germánico no reconoció personalidad jurídica independiente a las fundaciones.

La titularidad de los bienes parece conferida ya al señor territorial, ya al santo patrón de la Iglesia, por lo que están bajo la administración común del patrimonio eclesiástico, sin autonomía propia. La personalidad de la fundación se consolidó en definitiva en el seno de la doctrina canónica. La Iglesia, como *corpus mysticum*, tiene una personalidad plena, la cual se aplica a sí misma a las iglesias particulares y a sus institutos benéficos y centros asistenciales.

El hospital, la casa santa, alcanzan así una consideración de sujetos jurídicos diferenciados y autónomos. El santo no aparece como titular, sino sólo como protector, de forma que el

patrimonio corresponde al sujeto autónomo creado. Declarada la personalidad en el orden canónico, la fundación es reconocida en términos generales como sujeto autónomo.

Pero en el declive del siglo XIV se produce un giro en su concepción que contribuirá a conferirle su definitivo carácter de institución propia del estricto derecho civil. La institución se hace secular y se aplica a fines profanos. En el planteamiento canónico, la personalidad de las fundaciones descansaba más o menos explícitamente en la congregación religiosa que desplegaba la actividad benéfica en el respectivo asilo u hospital.

Pero a partir de entonces aparece como realidad independiente, sin conexión necesaria con una actividad colectiva de índole religiosa. Durante los siglos XVII y XVIII, se intensifica en Francia e Inglaterra la lucha contra las llamadas manos muertas, con graves consecuencias para la vida de las fundaciones. Ya en 1666, Luis XIV había dictado cierta ordenanza que imponía la necesidad de obtener la patente regia para la creación de colegios, monasterios u hospicios.

Un decreto de 1749, elaborado por el canciller Daguesó, prohibió toda fundación testamentaria, permitiéndose únicamente las constituidas por actos intervivos previo a obtención de la patente requerida por la ordenanza de 1666. Este ataque a las fundaciones en el orden legislativo era expresión de las corrientes imperantes en las doctrinas económicas y en la filosofía jurídica. Entre los economistas, la invectiva más fuerte contra las fundaciones fue lanzada por Turgot en su artículo incluido bajo la voz fundación en la enciclopedia de Diderot y d'Alembert.

En el orden político se propugnaba la eliminación de todo ente u organismo intermedio entre el individuo y el Estado como premisa para lograr la espontánea expresión de la voluntad popular. La ideología dominante sentaba la base del naciente liberalismo que en el orden jurídico habría de hacer del derecho subjetivo el quicio de todos los desenvolvimientos. La verdad es que estas corrientes ofrecieron un ímpetu histórico configurador superior a la resistencia que pudieron oponer las anquilosadas estructuras del antiguo régimen.

En España, concretamente, esta orientación se aplicó mediante la legislación desvinculadora y desamortizadora. Aparte de otras disposiciones anteriores en que se manifestaba ya la tendencia, la ley de 27 de septiembre de 1820 prohibió todo mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra, pía o vinculación de cualquier clase. Este radical criterio fue templado en la ley de 20 de junio de 1849 que confirió reconocimiento a los establecimientos privados de beneficencia en forma de fundaciones y organizó el patronato del gobierno respecto de las mismas.

La ley desamortizadora de 1 de mayo de 1855 significó un nuevo ataque al declarar en venta los bienes de las manos muertas, pero mediante el convenio con la Santa Sede de 1859 se respetó su derecho de propiedad a cambio de obligarles a permutar bienes por títulos o inscripciones intransferibles de la deuda consolidada del Estado. Con todo, en el orden doctrinal la institución fue salvada, merced a los profundos estudios de que fue objeto por los

juristas alemanes. Heise, en 1808, esbozaba la división de las personas jurídicas en fundaciones y asociaciones o corporaciones.

Los autores posteriores llevaron a cabo la construcción técnica de la figura que plasmaría con contornos precisos en el Código Civil Alemán. Paralelamente a este sostenido esfuerzo de la dogmática jurídica por construir la figura y el perfil institucional de la fundación, durante la segunda mitad del siglo XIX nuevos hechos y circunstancias económicas vendrían a imponer un cambio de rumbo, capaz de contribuir favorablemente a la renovación y desarrollo de los designios fundacionales. En Francia la fundación privada no está reconocida como persona autónoma.

Las inquietudes de Turgot, el temor de la mano muerta y el pensamiento atomístico de la Revolución son cosas pasadas, pero no existe un verdadero ordenamiento de las fundaciones privadas. Los designios fundacionales se obtienen a través de la donación monormal. La fundación solo puede alcanzar la consideración de persona jurídica en concepto de establecimiento de utilidad pública mediante acuerdo del Consejo de Estado, cuyo decreto no es un mero reconocimiento, sino de efectiva creación.

En Alemania el Código Civil Alemán ofrece una regulación acertada de las fundaciones a las cuales confiere personalidad independiente en el parágrafo 80. En Italia el código vigente en su artículo 14 configura las fundaciones con personalidad autónoma, la cual se origina por el negocio de fundación y nace mediante el reconocimiento por el Estado. En Inglaterra la fundación ha florecido bajo la forma jurídica del truce conocida en la estructura de esta figura.

Implica una titularidad fiduciaria a favor de una persona sobre un acoso o patrimonio cuyo disfrute corresponde a uno o más destinatarios. Las fundaciones han sido definidas en los Estados Unidos como organizaciones privadas, no lucrativas, dotadas de un patrimonio y establecidas para mantener, impulsar o ayudar a actividades sociales, educativas, de caridad o cualquier otra similar que sirva de algún modo al bienestar colectivo. Mediante ellas ingentes sumas de dinero se ascriben a la satisfacción de necesidades generales o de ámbito extenso en concepto de liberalidades estrictamente privadas.

Su difusión, en parte estimulada por la legislación fiscal, es reflejo de una naciente conciencia social entre los propietarios de grandes fortunas. Las fundaciones americanas, tal como se presentan en la realidad jurídica, son un producto típico del siglo XX. Característica de la fundación americana es la concepción activa y dinámica de su patrimonio.

En este sentido representa el polo opuesto a la antigua mano muerta. Ha sido contrapuesta a sí misma la donación en sentido estricto. La liberalidad en la fundación se presenta con capacidad natural para afrontar cometidos amplísimos.

En España, el artículo 35 del Código Civil incluye entre las personas jurídicas a las fundaciones de interés público reconocidas por la ley. El requisito de perseguir un interés público constituye un rasgo que el derecho positivo eleva a la condición de inexcusable para conferir personalidad

a la fundación. Su contenido debe estimarse equivalente al de interés social.

Esta remisión al interés público contenida en el Código Civil sirve para alumbrar el problema de quién sea el verdadero destinatario de la fundación. En la fundación existe un acto de liberalidad, pero importa subrayar ya desde ahora quién es su efectivo beneficiario. El artículo 35 en su lacónica referencia al interés público indica que se trata de beneficiar a la sociedad como tal.

La asignación patrimonial a favor de la persona moral naciente a la sazón es puramente instrumental respecto del beneficio en definitiva otorgado a la sociedad. El requisito del interés público exigido por el artículo 35 del Código Civil para que la fundación pueda tener personalidad jurídica parece constituir simplemente en esto, que el beneficio a reportar tenga efectivamente un destinatario popular o relativamente popular, esto es, personalmente indeterminado. En efecto, la indicación del interés público conduce hasta un destinatario colectivo, mejor dicho, identificado con la sociedad.

Pero la expresión jurídica adecuada de tal destino social está paradójicamente en la indeterminación del destinatario individual. Interés público es el compatible por cualquiera o por un amplio círculo de personas, lo cual supone destinatarios indeterminados o al menos relativamente indeterminados. Íntimamente relacionado con la referencia al interés público contenida en el artículo 35 del Código Civil se encuentra el problema de la validez de las fundaciones familiares.

Cárdenas se inclina por la permisión de estas fundaciones familiares. La opinión contraria ha sido sustentada por de Castro. Las leyes desvinculadoras nos dicen veran terminantemente y del modo más general las vinculaciones y las prohibiciones de disponer.

Una sola excepción se hace y es en favor de las fundaciones benéficas fundadas y dirigidas por particulares. Más esto es porque en ellas se atiende a los intereses colectivos, a los intereses públicos. Y tales leyes no fueron derogadas por el Código Civil, sino que han establecido un régimen todavía más severo.

Los artículos 640, 781 y 785 números 2 y 3 del Código Civil prohíben no una especial forma de vinculación, sino cualquier fórmula mediante la que se pretenda alcanzar el resultado de una vinculación. Efectivamente, no puede menos de reconocerse que la fundación en sentido sucesivo y cerrado carácter familiar implica consecuencias similares a las del fideicomiso. Por consiguiente, serán de aplicación las limitaciones establecidas por el artículo 781 del Código Civil.

Con López-Hacuíste creemos que el problema debe aislarse de toda comparación puna o entidad objetiva del designio benéfico, así como de cualquier consideración basada en la posible supremacía del interés público. Insistimos en que el criterio discriminador radica en la determinación o indeterminación de los destinatarios. En la nueva Constitución Española no se utiliza el concepto de interés público, sino de interés social, lo que parece venir a confirmar

nuestra tesis.

En el tema de la fundación está implicada también la problemática de las fundaciones con fines ilícitos. Cuando la fundación se constituye con propósito de eludir el cumplimiento de las normas imperativas de cualquier naturaleza, civiles, mercantiles o fiscales, se hace preciso levantar el velo de su personalidad jurídica. La nueva Constitución Española solo reconoce el derecho de fundación para fines de interés general.

En su artículo 34 dispone. Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la ley. Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados segundo y cuarto del artículo 22.

En virtud de la aplicación del precitado artículo 22 de la nueva Constitución Española, las fundaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos son ilegales. Las fundaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. Es decir, la nueva Constitución Española pretende acentuar el criterio del interés general como elemento definidor de las fundaciones.