

---

# Las conexiones –y desconexiones– de las fundaciones privadas con el Derecho público\*

## *Connections and Disconnections Between Private Foundations and Public Law*

RECIBIDO: 5 DE MARZO DE 2015 / ACEPTADO: 16 DE ABRIL DE 2015

---

**Juan-Cruz ALLI TURRILLAS**

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Facultad de Derecho. UNED (Madrid)  
juan-cruz.alli@der.uned.es

**Resumen:** La fundación es una institución jurídica en la que se encuentran la voluntad privada y la pública en la búsqueda del bien común, mediante la creación de una institución autónoma, sin ánimo de lucro con una aportación patrimonial duradera, supervisada por las autoridades y vinculada a tal fin general.

La presencia de ambas voluntades es lo que ha configurado históricamente esta figura, reconocida así en nuestro ordenamiento. Fruto de esa situación, aunque consolidada, se ha producido tensiones que, en los últimos tiempos, están llevando a una reformulación de las formas de intervención pública sobre su ser y su actuar.

En este artículo se revisa cómo surgió esta figura y en qué se parece a sus equivalentes en otros países culturalmente cercanos (Alemania, Francia, Inglaterra y los Estados Unidos) y cómo la han regulado. Finalmente se realiza un análisis crítico de la regulación vigente y se proponen ideas para su posible transformación.

**Palabras clave:** Fundaciones, Organizaciones no lucrativas, Régimen jurídico español y comparado.

**Abstract:** A foundation is a legal entity that incorporates both private and public purposes in pursuit of the common good; established as an autonomous, nonprofit organization to make a lasting patrimonial contribution, it is overseen by legal authorities and legally bound to the general public good.

Historically, the foundation has been framed by the combination of private and public purposes in an hybrid structure recognized as such in the legal system here. Given this background, and despite its consolidated status, a series of tensions have arisen in recent times prompting a reconsideration of appropriate modes of public intervention as regards a foundation's nature and functions.

This article reviews the emergence and development of the foundation as such; its similarities and differences to equivalent structures and their regulation in culturally-congruent countries (Germany, France, England and the United States). Finally, a critical analysis of the current regulation is offered, along with a set of proposals regarding its possible revision.

**Keywords:** Foundations, Nonprofit Organizations, Spanish Law, Comparative Law.

---

\* Este artículo, como la ponencia del que trae causa, presentada en el XI Simposio Internacional del Instituto Martín de Azpilcueta organizado por la Facultad de Derecho canónico de la Universidad de Navarra en noviembre de 2014, han sido elaborados bajo el auspicio del Proyecto DER 2013-48825-R, «Perspectivas y retos europeos en la regulación jurídica de las fundaciones y del mecenazgo: gobierno, control público, responsabilidad y fiscalidad» (2014-2016).

1. UNA RECONSIDERACIÓN CONCEPTUAL DE LAS FUNDACIONES «PRIVADAS»  
DESDE EL DERECHO PÚBLICO

1.1. *La construcción conceptual de la fundación: su definición*

Parece obvio y aceptable empezar por la definición de la «fundación». Pero, ¿es realmente tan obvio? ¿Existe realmente una definición de fundación comúnmente aceptada? Y si así es ¿qué definición?, ¿la que dice la Ley de fundaciones? En tal caso, ¿la Ley nacional o alguna de las que han sido aprobadas, con una fórmula u otra, por las Comunidades autónomas? ¿Acaso ante tales dificultades debemos acudir al concepto doctrinal más común?, ¿o irnos al que se acepta en el ámbito internacional?<sup>1</sup>

Como puede apreciarse esta primera premisa lógica se enfrenta inicialmente a una serie de cuestionamientos tan básicos como la posibilidad de que exista una sola concepción, y conceptualización, de qué sea una fundación. Y eso solo por referirnos a la denominación, pues largo habría que hablar de la propia identidad más esencial de la institución o, mejor dicho, de los componentes que la configuran. Es decir de cuál sea su alma (si es que puede hablarse en estos términos de una figura aparentemente inanimada en sentido humano).

Todo concepto, como condensación y abstracción de realidades mucho más ricas y profundas, nos permite la labor de analizar, de buscar los orígenes, excluir las circunstancias inocuas y encajar las necesarias, las que realmente adjetivan el sustantivo al que acompañan y ver en qué sentido lo hacen. En definitiva, nos posibilita recomponer las bases conceptuales de esta insondable institución jurídica que denominamos fundación<sup>2</sup>.

Puede convenirse que la fundación, tal y como está comúnmente aceptada en nuestro ordenamiento, es un patrimonio entregado de manera duradera y altruista para un fin de interés general por parte de un fundador y que, así constituida, se convierte en una institución jurídico-social dotada de personalidad jurídica<sup>3</sup>. Según quien proponga la definición es normal que subraye algunos elementos y excluya otros. En tal sentido podrá preguntarse, y no sin

<sup>1</sup> Todas estas preguntas, como veremos, subyacen en el nonato proyecto de Estatuto europeo de fundaciones que ha sido recientemente descartado de su tramitación final por la Comisión (2014): <http://www.fundaciones.org/es/legislativos>.

<sup>2</sup> De su riqueza es buena señal el reciente estudio español, por no irse más lejos, del sector: J. J. RUBIO GUERRERO et al., *El sector fundacional en España. Atributos fundamentales (2008-2012)*, 2º informe, AEF & IAEF, 2014 (puede descargarse en [www.fundaciones.org](http://www.fundaciones.org)).

<sup>3</sup> Esta afirmación considero que la firmarían, aún con matices menores, Lacruz Berdejo, De Castro, Díaz-Picazo.

razón, por qué faltan criterios que pueden estar más o menos aceptados. Por ejemplo, ¿por qué no señalar su carácter no lucrativo<sup>4</sup>? ¿Por qué duradero y no permanente? ¿Por qué altruista en vez de caritativo o filantrópico o de «interés general»? ¿Por qué no se recoge de algún modo su forma o estructura organizativa o de gobierno?<sup>5</sup>

Las notas señaladas en tal definición recogen, en mayor o menor medida, las demás notas que también suelen predicarse de la «fundación» como institución. E incluso las recogen de una mejor medida a si las incluyéramos como meros caracteres derivados. Esto es así por tres razones que nos llevan a este concepto y a través de las cuales también se explica por qué, aun aceptando que pueda proponerse otro concepto igual o incluso más válido, la definición propuesta es útil y por qué engloba otros aspectos hoy comúnmente admitidos como parte del concepto fundación. Conste, antes de pasar a ello, que este concepto es, en el fondo, el que ha sido aprobado, tras no pocas consideraciones, por la doctrina internacional más señera cuando se ha tenido que enfrentar a la necesidad de buscar la identidad común de los múltiples vocablos en lenguas europeas que acogen la institución «fundación»<sup>6</sup>.

La primera es que se trata de un concepto moderno, evolucionado y, sobre todo, abstraído por un proceso de decantación de las notas esenciales sobre otras añadidas; producido, además, a lo largo de, al menos, los siglos que vienen desde el final del Imperio romano hasta los códigos civiles europeos. Por eso no siempre la «fundación» podría haber sido definida tal y como ahora lo hacemos; es más, seguramente era imposible por cuanto existían muchos tipos de instituciones con elementos que hoy inspiran a la fundación, y que incluso se llamaban así, pero no eran *la* fundación<sup>7</sup>. Más aún, tampoco ha exis-

<sup>4</sup> En tal sentido me uno a las voces que lo excluyen como elemento identitario por ofrecer dudas sustanciales: primero de qué sea exactamente el ánimo de lucro; luego de cómo sea: si subjetiva o de reparto entre los patronos; u objetiva o beneficios para la institución. Puede verse, por todos: C. PAZARES, *Ánimo de lucro y concepto de sociedad (breves consideraciones acerca del artículo 2.2. LAIE)*, en *Derecho mercantil de la CEE. Estudios en homenaje al profesor José Girón Tena*, tomo III, Civitas, Madrid 1991.

<sup>5</sup> Sobre todo ello, puede verse: R. DURÁN RIVACOBIA, *El negocio jurídico fundacional*, Aranzadi, Pamplona 1996, *in toto*; y en *La voluntad del fundador*, en AA.VV., *Fundaciones. Problemas actuales y reforma legal*, Aranzadi, Pamplona 2011, 249-305.

<sup>6</sup> H. K. ANHEIER, *Foundations in Europe: a Comparative Perspective*, en A. SCHLÜTER – V. THEN – P. WALKENHORST (eds.), *Foundations in Europe*, Bertelsmann Foundation & CAF-Directory of Social Change, London 2001, 40.

<sup>7</sup> Esta afirmación debe aceptarse como algo muy claro a la vista, especialmente, de C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación como persona jurídica en la Codificación civil: de vinculación a persona (estudio de un proceso)*, Universidad de Barcelona, 1983, *in toto*.

tido, ni existe, una fundación idéntica en sus elementos y en su definición a la nuestra en otros países como Francia, Italia, Alemania, Inglaterra y los Estados Unidos. Lo cual no es óbice para señalar, también, que existen figuras más que equiparables en cuanto que tienen cierta alma común<sup>8</sup>.

Por ceñirnos al final del itinerario, la realidad es que el acento sobre el que poner el corazón definitorio ha cambiado mucho. Si hace unos años, en consonancia con el carácter civilístico que tuvo esta figura, el patrimonio, junto con el impulso dado por la liberalidad del fundador –y, con ello, su autonomía y la garantía a ésta– eran el epicentro definitorio, se fue pasando a una consideración más estructural: la necesidad de tener un reconocimiento público a través de un control patrimonial y del otorgamiento de la personalidad pública. Luego el énfasis se pondría en su identidad como organización en pro del interés general. Posteriormente de las exenciones fiscales por su fin de interés general<sup>9</sup>. Desde los años 90, al socaire de la construcción doctrinal, de origen socio-político, del «sector no-lucrativo» y de la protección fiscal que éste recibe, se ha puesto mucho acento en su identidad como «organizaciones no lucrativas basadas en (este caso) un patrimonio»<sup>10</sup>; formando parte de un sector más amplio que aunque no tiene –todavía; pero no parece que por mucho tiempo<sup>11</sup>– una clara identidad jurídica, se ha abierto paso con gran fuerza.

<sup>8</sup> De hecho, el Estatuto europeo de fundaciones ha tratado de buscar un cierto concepto de fundación para toda Europa. Para ello se basó en un informe que pone de relieve las diferencias conceptuales entre todos los países de la UE. Del estudio final se deriva, bajo mi punto de vista, que estamos ante una institución de esencia común, pero con grandes diferencias en su existencia, debido al peso histórico. Tal esencia común es la que ha permitido llegar al punto de presentar ese fallido estatuto común. *THE FEASIBILITY FULL REPORT FOR THE EU COMMISSION ON A EUROPEAN FOUNDATION STATUTE*, CSI-Heidelberg Universität-Max Planck Institute, 2009. EUROPEAN FOUNDATION CENTRE TASK FORCE, *Foundations in the European Union*, Brussels 2008 ([www.efc.eu](http://www.efc.eu)). J.-C. ALLI TURRILLAS, *Charities and Foundations in the U.S.A., England, Germany, France and Spain (differences and similarities in the governance, accountability and public control)*, Revista General de Derecho Público Comparado n° 12 (Julio 2014).

<sup>9</sup> Para ver tal itinerario en la legislación y la jurisprudencia, puede verse el señero estudio, de J. L. PIÑAR MAÑAS – A. REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Banco de Santander & Marcial Pons, Madrid 2001, *in toto*.

<sup>10</sup> Especialmente fuertes desde el inicio de los estudios realizados por la serie de estudios dirigida por ANHEIER y SALAMON denominada *Non profit studies* y comenzada en el año 1995. A partir de ahí ya no aparece en ningún libro otro término que no sea *Nonprofit*, como se puede ver en todos los citados (entre nosotros, aún existe un libro de 1998 cuyo título recoge la idea de tercer sector): <http://www.ccss.jhu.edu/index.php?section=content&view=9&sub=3>. Puede verse cierta crítica de todo ello en J. J. FISHMAN, *The Nonprofit Sector: Myths and Realities*, en *Pace Law Faculty Publications*, Paper 493 (2006) 303-305.

<sup>11</sup> Proyecto de ley del tercer sector y la acción social (enero 2015). A modo de estudio global: J. M. EMBID IRUJO, *La fundación como modelo para la colaboración público-privada*, en J. M. EMBID

Pues bien, aunque una especie jurídico-social no pueda ni deba confundirse con un género omniabarcante –el de las organizaciones (sociales) no lucrativas–, todo ello pone de relieve el empuje de la tendencia actual de valorar la economía social y la responsabilidad social corporativa, así como la importancia que ha ido cobrando del denominado «tercer sector» como fenómeno que constituye ya un paradigma interpretativo de primera categoría, que rompe, además, con la dicotomía público-privado y, por lo tanto, con las «fundaciones» –junto con otras instituciones– como unos entes *raros*, exclusivos y limitados que se «cuelan» (colaban) entre los intersticios de semejantes y tan grandes sectores<sup>12</sup>.

En segundo lugar, y en términos jurídicos más tangibles, la definición propuesta trata de recoger las notas de una compleja institución jurídica, peculiar por la conjunción de tres componentes que la configuran:

- Comprende un fin: caritativo, filantrópico o como queramos adjectivarlo según las motivaciones morales internas que tenga. Fin que, además, conlleva el carácter altruista y la liberalidad que supone: se dota un patrimonio, o incluso una simple idea con una finalidad que supera la propia intención y vida de la persona, física o jurídica, que lo impulsa<sup>13</sup>.

- Lo cual se hace dotando un patrimonio o buscando, hoy día que esto es mucho más volátil, los fondos adecuados para así hacerlo en donaciones, cuestaciones, operaciones o incluso contraprestaciones, con idea de que tal dotación-patrimonio sirva a tal interés general y lo haga de una manera vocacionalmente duradera, o perpetua si se prefiere.

- También de modo necesario nos encontramos a día de hoy con una «organización» que está formada por un gobierno fundacional –aquí llamado patronato– cuya finalidad es vicaria y servicial al fin propio de la fundación, a la intención del fundador y al patrimonio dotado. No puede decirse, en cambio, que sea o deba ser parte de la estructura del go-

---

IRUJO – A. EMPARANZA SOBEJANO (dirs.), *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, Marcial Pons, 2012, 27-70.

<sup>12</sup> Para todo ello, recientemente, F. CARPINTERO BENÍTEZ, *La crisis del Estado en la Edad postmoderna*, Aranzadi, Pamplona 2012, especialmente a partir de las páginas 200 a 280.

<sup>13</sup> A tal respecto, la duda que puede haber viene dada porque en algunos países subsisten fundaciones, con tal nombre, de finalidad y aprovechamiento privado. Pero, realmente, entre nosotros solo caben las fundaciones «de interés general» y esa es la nota que las ha configurado de modo completo. Aunque exista alguna voz discrepante, puede aceptarse esta afirmación como algo asentado en nuestro país; de modo global y por todos, F. DE CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, Civitas, Madrid 21991.

bierno fundacional, y menos aún de la propia fundación, la existencia de una estructura pública de control; en España llamada protectorado.

Estos tres componentes anteriores se unen a otro que subyace bajo todos ellos y que es la presencia de un fundador –antaño más bien una persona física o moral: el fundador Sr./Sra. o la Iglesia, o un monarca– hoy más bien una institución mercantil (o incluso una pública<sup>14</sup>). Pero tal elemento no debería entenderse como definitorio, puesto que ni objetiva ni subjetivamente puede considerarse al «fundador» como un elemento constitutivo de la fundación-institución, sino que lo es de su origen jurídico, moral y, así, del negocio jurídico que la origina<sup>15</sup>.

Veamos algunas notas adjetivas. La no-lucratividad, la exención o alivio fiscal de que una fundación, o los donantes, puedan tener por razón de tal fin de interés general, la mayor o menor discrecionalidad operativa del gobierno fundacional, la naturaleza vital y jurídica del fundador, la mayor o menor persistencia del fin y del patrimonio (así como su posible transformación), la propia estructura de gobierno fundacional y, por supuesto, los mecanismos de control público, son elementos derivados de todo lo anterior, pero no son componentes esencialmente constitutivos de la fundación. De tal manera que, desentrelazando conceptualmente el concepto de fundación que se ha decantado, nos encontramos con los tres (más uno) descritos; pero no con todos los posteriormente expuestos. El concepto ha acrisolado para que, ahora, lo podamos ver de esta manera; si bien con la necesidad de enmarcarlo hoy día en el más amplio de la «tercera sociedad».

De todo lo anterior deriva la tercera nota que quería destacar: la heteronomía fundacional. La fundación no es *un* o *el* patrimonio, no es *una* o *la* organización que la dirige, no es *el* fundador que la constituya (aunque lleve su nombre). La fundación es una entidad aparte de todos ellos, aunque necesitada de todos ellos para serlo así<sup>16</sup>. Tales elementos son vicarios a la institución

<sup>14</sup> Aspecto, el de las mal llamadas «fundaciones públicas» sobre el que no me voy a extender, aunque merezca una franca reprobación.

<sup>15</sup> Por todo lo cual no es, en absoluto, un factor inocuo o poco importante, pero tampoco es jurídicamente sustancial sino en cuanto induce una intención teleológica que debe tenerse en cuenta en la vida (operativa) de la fundación y su gobierno. Para ello y recientemente, a modo de reflexión sustancial, no tanto jurídica: J. GOMÁ LANZÓN, *Carta a las fundaciones españolas*, Pre-textos & Real Maestranza de Ronda, 2014, 23 y ss.

<sup>16</sup> Y por lo tanto en el ejercicio de su gobierno (por eso mismo heterónimo): Sobre la heteronomía del gobierno fundacional: U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, 1969, 67-68.

autónoma; institución que no puede ser sin ellos, aunque no es ninguno de ellos en particular. De ahí, también, que la fundación sea solo si esos elementos existen y están juntos: patrimonio, fin; y organización. Es un claro ejemplo de institución sistémica que es más que la mera suma de las partes que la componen.

Por todo ello, la fundación no puede confundirse con otras instituciones jurídicas, algunas muy señeras, en las que no existe tal trinomio estructural ni la nota de la heteronimia; y ello aunque se parezcan a la fundación o, más bien, al negocio constitutivo de la fundación: fideicomisos, *trusts*, fiducias, *donor-advise funds* anglosajones, *fonds de dotation* franceses, etc. No son organizaciones aunque haya patrimonio y dotación, incluso orientación caritativa y/o filantrópica. Tampoco sería una fundación una organización –como las asociaciones y otras estructuras también no-lucrativas, basadas en las personas que las forman o en su identidad no pública (ONGs)– que no esté fundamentada en esa relación de la institución con la dotación-patrimonio que, en alguna de sus fórmulas posibles, lo sostenga<sup>17</sup>. Todo lo cual, paradójicamente, nos devuelve al debate ya antiguo a través del cual las fundaciones se colaron en los códigos germánicos, el de las *Universitas rerum* y *universitas personarum*; que proviene del Derecho romano-canónico bajomedieval.

\* \* \*

Así las cosas, y para concluir, aunque en algunos países cercanos en términos culturales (sic) como Francia, Italia, Alemania, Inglaterra y Estados Unidos la «fundación» haya adoptado una forma propia derivada, como veremos, de su historia jurídico-política, en todos ellos existe tal institución con *esa* alma. Así lo señalan, buscando el conjunto de elementos que describiera todas estas instituciones, Daly y Anheier<sup>18</sup>:

- 1) Organizaciones *basadas en un patrimonio*, no en un conjunto de personas;

<sup>17</sup> Sobre la distinción de la fundación, desde su origen, con otras instituciones de Derecho civil, puede verse: J. J. LÓPEZ-JACOISTE, *La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones*, Revista de Derecho Privado 49 (1965); e I. NART, *La fundación*, Revista de Derecho Privado, tomo XXXV, n° 411 (junio 1951).

<sup>18</sup> H. K. ANHEIER, *Foundations in Europe: a Comparative Perspective*, en A. SCHLÜTER – V. THEN – P. WALKENHORST (eds.), *Foundations in Europe*, Bertelsmann Foundation & CAF-Directory of Social Change, London 2001, 40.

- 2) organizaciones *privadas*, por lo tanto separadas e independientes de otras posibles formas públicas;
- 3) son *estructuras auto-organizadas*, es decir, dotadas de algún tipo de órgano de dirección y gobierno;
- 4) no distribuyen beneficios con ánimo lucrativo (lucro subjetivo);
- 5) sirven a un interés general (*public benefit, for the public good*); y
- 6) tienen, bajo alguna forma jurídica, cierta identidad como tales.

Veamos, pues, a qué nos dirige esta conceptualización revisando, a continuación, algunos aspectos que están afectando a la regulación de las fundaciones en los tiempos más recientes. Pretendo hacer un análisis suficientemente divulgativo como para resultar claro en cuanto al ser y a los principales elementos caracterizadores y, a la vez, suficientemente profundo como para posibilitar un análisis dogmático de su futuro institucional.

### 1.2. *El elemento configurador que faltaba: la presencia pública y sus consecuencias*

La fundación hunde sus raíces en un complejo proceso histórico de una (proto) institución de origen tardo romano, acrisolada por la caridad cristiana que –junto con otras formas de armonización y vinculación de bienes durante la Edad media y moderna– evolucionó hasta una auténtica *implosión* ocurrida durante la Revolución francesa y el comienzo del siglo XIX. Situación que se produjo por una combinación, larvada al menos desde un siglo antes a la Revolución –y a las desamortizaciones de Mendizábal y Madoz–, de doctrinas fisiocráticas, ideas ilustradas anti-amortizatorias y las más o menos latentes o descaradas ideas anti-eclesiásticas y anti-nobiliarias. De tal manera que esa lucha contra la nobleza, la Iglesia –y sus servicios «públicos» educativos, asistenciales y sanitarios– y las meras amortizaciones en general, a la vez de ese su objetivo más directo, también dañaron, indirectamente, las obras y corporaciones de tipo «fundación» que derivaba de aquel con cualquier forma de fines, públicos o privados, destruyendo el tejido fundacional de países como Francia o España<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Por todos y en el entendimiento de que no podemos hacer un completo análisis histórico: F. TOMÁS Y VALIENTE, *Estudio previo*, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, ELE & Marcial Pons, Madrid 1995. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución, Fundaciones y sociedad civil*, RAP 122 (mayo-agosto 1990); y los citados estudios de MALUQUER DE MOTES y F. DE CASTRO.

Esto produjo, dicho sea también de modo simplificado, la configuración de la forma jurídica «fundación» en los códigos civiles europeos. El caso de Francia fue su total desaparición: el monopolio del interés general lo ostenta el Estado y solo concede, literalmente, su prestación privada *ad casum*, siempre bajo un estricto régimen concesional y, en todo caso, elimina del *Code* como estructuras dotadas de personalidad jurídica las figuras que supusieran una vinculación/amortización de bienes<sup>20</sup>. Lo mismo ocurre entre nosotros en el siglo XIX y, también a su manera, en muchos estados alemanes e italianos, especialmente los que fueron más herederos de la doctrina francesa construida en la Revolución y el Imperio napoleónico. En un contexto histórico también «revolucionario», con motivaciones y resultados más afines a nuestra situación de lo que pueda parecer, la reforma anglicana de Inglaterra de los siglos XVI y XVII produjeron la eclosión de la *charity* –su fundación– como una institución socio-jurídica pareja a la nuestra, como luego veremos<sup>21</sup>.

En todo caso, la fundación solo fue apareciendo en los códigos civiles u en otras normas de manera evolutiva y, en cierto sentido, subrepticia por mor de una paulatina relajación en las doctrinas anti-amortizatorias, y gracias a la progresiva aceptación de las otras *universitas* –las *personarum*– y por el hecho histórico, expresado de modo simplificado, de que las figuras tipo fundacional subsistentes se labraron un gran prestigio por hacer aquello que el Estado no llega; y hacerlo, además, de un modo mucho mejor (todo lo cual, en nuestro país, es tremendamente claro)<sup>22</sup>. De tal manera que la fundación acabó siendo recogida de manera tímida en nuestro Código civil de finales del siglo XIX y, sobre todo en normas administrativas anteriores y posteriores relativas a la cultura, la educación y la beneficencia («unificadas» en la Ley de 1994). Apareció también en el BGB alemán unificado y en el Código italiano, ambos ya

<sup>20</sup> M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Presses Universitaires de France (PUF), Paris 1980, 285 y ss.

<sup>21</sup> No es fácil aportar un libro único que exponga su historia. Por ser un hecho enmarcado en la política, la sociedad y las pugnas religiosas que comienzan con Enrique VIII y no tratarse de un fenómeno puramente jurídico –y, aunque lo fuera, hacerlo en un plano de *common law*; no codificado por lo tanto– trazar su historia como institución jurídica exige un análisis mucho más complejo y comprensivo: G. JONES, *History of the Law of Charity 1535-1827* (escrito en 1969), Cambridge University Press, Cambridge 2008. W. K. JORDAN, *Philanthropy in England, 1480-1660: A Study of the Changing Pattern of English Social Aspirations*, G. Allen & Unwin, London 1959.

<sup>22</sup> Me remito a los textos recogidos en la nota anterior.

entrado el siglo XX. Apareciendo en Francia –¡al fin!– en la ley de mecenazgo de 1987<sup>23</sup>.

En medio de todo ese proceso la fundación se forjará una identidad fuerte y propia en la que se combinan los factores tradicionales –patrimonio y fundador (con su voluntad altruista; es decir, que supera y sobrevive su mera existencia, incluso su propia *intentio*)– con otro factor que es el que consagrará su verdadera alma primigenia, el cual le permitirá la subsistencia: la caridad o estímulo filantrópico. De tal manera que la fundación actual se configura como un patrimonio dotado por un fundador para «*un fin de interés general*» (o para el «bien común», si se prefiere). Todas las notas características de la fundación se consolidan, configurando la institución jurídica que, al aparecer en la normativa, obtendrá finalmente una carta de naturaleza. Así, jurídica y socialmente se acaba aceptando que cualquier amortización de bienes, excluyéndolos del mercado, para fines privados debe quedar totalmente vedada; pero es permisible tal amortización si el fin que justifica la amortización, especialmente vigilada, es de interés general.

En todo este proceso siempre –y digo *siempre* en un sentido enterizo– ha existido una autoridad externa, superior, y frecuentemente pública, que no solo habrá permitido la existencia de estas instituciones, otorgándoles su existencia mediante un proceso de reconocimiento público y otorgamiento de la personalidad jurídica –así como regulando normativamente este conjunto de fines, etc.–, sino que, además, las somete a una supervisión más o menos constante<sup>24</sup>. Incluso en los largos periodos en los que la fiscalidad ventajosa todavía no había casado con la fundación –y, por lo tanto, no podemos justificar tal control público mediante la supervisión debida a la acomodación operativa de la fundación a su fin de interés general por que se le otorga tal subvención o alivio fiscal<sup>25</sup>–, las autoridades primero eclesiásticas y luego gubernativas, son

<sup>23</sup> E. ARCHAMBAULT, *France: from jacobin tradition to decentralisation*, en L. M. SALAMON – H. K. ANHEIER et al., *Global Civil Society: Dimensions of the Nonprofit Sector*, John Hopkins University Non profit sector series n° 12, Manchester University Press, New York 1999, 103-104. Para su régimen completo: E. BARON – X. DELSOL, *Les fondations reconnues d'utilité publique et d'entreprise*, Juris Assotiation, Paris 2004, *in toto*.

<sup>24</sup> Y si esto es fácil de trazar en las fundaciones de la Iglesia católica desde sus comienzos, o en las fundaciones benéficas británicas posteriores al siglo XVI, también en las fundaciones establecidas en América: J. J. FISHMAN, *The Faithless Fiduciary And the Elusive Quest for Nonprofit Accountability 1200-2005*, Carolina Academic Press, Durham (NC) 2007, *in toto*.

<sup>25</sup> Pues la fiscalidad progresiva y la fiscalidad como método subvencional de esta actividad filantrópica (supletoria o sustitutiva de los servicios públicos) o como «premio» por el bien prestado

las que realizan tal labor de vigilancia. Labor, por otro lado, que había existido aún antes de que se produjera el proceso anti-amortizatorio.

Otorgan, como digo, una personalidad jurídica; es decir, en el fondo permiten la existencia de una institución privada que realiza fines públicos porque así lo hace y, como tal, es buena para la comunidad. Además velan porque tal fin de interés general, caritativo o filantrópico al que está adscrito ese patrimonio ya desvinculado del fundador, sirve a ese fin y no a otro –más o menos loable o incluso fraudulento–; que la propia intención del fundador se mantiene, en lo que así deba ser, vigente y no se tergiversa; y que el servicio que presta, sobre todo cuando se trata de un servicio de los que irá denominándose «servicio público» (educativo, asistencial, sanitario, principalmente), se presta en unas condiciones adecuadas de seguridad, gratuidad, universalidad y, en la medida de lo posible, adecuada o buena realización.

Es decir, los poderes públicos, ya en el siglo XIX y XX, velan de manera particular para que esta institución sea la que debe ser. Cosa que no ocurre, al menos de un modo tan fuerte, por ejemplo, con las asociaciones, ni con las cooperativas, casi ni siquiera con las Cajas y pósitos, y otras formas mutuales. La presencia de una autoridad pública extrínseca ha marcado la existencia y subsistencia –el mero ser, incluso– de la fundación posible tanto entre nosotros desde el siglo XIX, como en Francia, Italia, Alemania, Inglaterra e, incluso –con muchos más matices– en el caso de los Estados Unidos. Esto, por más que una afirmación de este tenor pueda resultar aparentemente osada y exija unos matices que se pueden exponer aquí, es un hecho indiscutible.

Así sin perjuicio de que la institución de voluntad y origen privado existiera de antemano mediante la combinación de los tres factores antes señalados, la figura jurídica fundación nace cuando a esos tres elementos se une otra voluntad: la pública. La fundación es un ente jurídico regulado y autorizado –cuando estrictamente concedido mediante *octroi* o pase estatal; como ocurre en Francia; o mediante un *chart* regio supervisado por el Fiscal del Reino; como ocurre en Inglaterra– por la autoridad pública. Es este quien la pre-regula; le permite perpetuar la vinculación de bienes; le otorga la personalidad jurídica que le permite actuar; quien, por mor de la regulación, le obliga a

---

no es algo previsto hasta bien entrado el siglo XX, tanto en Europa –con la excepción de Inglaterra– como en los Estados Unidos. Por todos: E. BRODY – J. CORDES, *Tax Treatment of NPO: A Two Edged Sword*, en E. T. BORIS – E. STEUERLE, *Non Profit Organizations and Government. Collaboration and Conflict*, Urban Institute, 1999.

tener una estructura de gobierno determinada, servida por personas (a veces también sometidas a un control, y hechas especialmente responsables por ello); controla operativamente –e incluso autoriza– las actividades que realiza para que se acomoden a su fin propio, a la voluntad del fundador y a los límites sobre el uso de su patrimonio intangible y la dotación en sus diversas formas; le permite obtener un beneficio fiscal y a cambio la somete a un escrutinio de fines y operaciones; por no hablar, también, de los controles por razón de actividad (social, educativa, sanitaria, etc.), y de los controles laborales y de seguridad social. Y, aunque no constituya un criterio interno a la naturaleza de la institución, es también la autoridad pública quien, en el caso de encargarle la prestación de un servicio público, la somete a unos especiales escrutinios por esa suerte de patente de actividad pública que realiza<sup>26</sup>.

Todo ello –querámoslo o no; pareciéndonos mejor o peor– pone si no en tela de juicio sí, al menos, en solfa una pretendida visión de la fundación y del fundador como un ente originariamente omnímodo, dotado de una voluntad autónoma y soberana al que, luego, se le añade sobreimpreso lo público como un factor ajeno, petacho indebido e indigesto<sup>27</sup>. Así pues sin perjuicio de que una mayor autonomía es posible e incluso deseable, de que una mejor regulación sea necesaria, y de otros muchos factores, la realidad es que la fundación gira en torno al encuentro de la voluntad privada con la voluntad pública<sup>28</sup>.

La fundación que recoge nuestro Código civil y nuestra Constitución, al reconocer la validez de esta institución «solamente» para o a los «*finés de interés general*», la construye como una suerte de loable pacto –o de marco pactista, mejor dicho; un lugar «de pacificación»– entre lo público y lo privado, entre el Estado y los individuos, o entre el Estado y la sociedad; superando tanto las dicotomías economicistas entre mercado y Estado, como las socio-políticas entre público y privado<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Por todo ello: K. L. HOPT – THOMAS V. HIPPEL (eds.), *Comparative Corporate Governance of Non-profit Organizations*, Cambridge University Press, Cambridge (UK) 2010, en su conjunto.

<sup>27</sup> Visión que subyace en algunos estudios civiles cada vez más superados por la realidad antes expuesta. Curiosamente, los pioneros y profundos análisis sobre las fundaciones (De Castro, López-Jacoiste, Valero Agúndez) no abonan precisamente tal tesis de la autonomía omnímoda o soberana de la fundación; más bien señalan su naturaleza *mixta* o singular público-privada.

<sup>28</sup> Lo cual trae causa del mismo origen del negocio fundacional, donde se pone de manifiesto las afirmaciones globales expuestas en el párrafo de esta cita.

<sup>29</sup> M. A. CABRA DE LUNA, *Perspectivas de futuro*, en *Tratado de fundaciones*, tomo II, Bosch, Barcelona 2007, 1591. V. PÉREZ DÍAZ, *El retorno de la sociedad civil. Respuestas sociales a la transición política, la crisis económica y los cambios culturales de España 1975-1985*, IEE, Madrid 1987, 14. A. SÁEZ DE MIERA, *La sociedad necesaria*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1992, 47-49.

### 1.3. *La construcción moderna del concepto de fundación en una visión comparada*

Aunque, de modo general, en los países que estamos recorriendo la fundación tenga cierta identidad en su origen y alma existencial no obstante existe una profunda brecha entre dos modelos formados por los países europeos y los Estados Unidos –si bien dentro de los europeos debe hacerse una mención específica a Inglaterra, por razón básicamente del peculiar sistema del *common law*– en cuanto a su evolución y regulación exacta.

Los países de Código civil, con Francia de manera especialmente particular y por razones que sería difícil traer a colación de un modo suficientemente completo y satisfactorio, puede decirse que desde comienzos del siglo XIX, el Estado se convierte en el titular monopolístico del «interés general» y el *service publique* en criterio esencial del ser del Estado y la Administración. En su prestación, en gran medida, pero, sobre todo, en su misma demarcación<sup>30</sup>. En una sociedad hija de la Revolución en la que ese interés general basado en los principios de libertad, igualdad (y fraternidad) debe ser universal y en cierto sentido gratuito, solo el Estado puede prestarlo sin *vinculaciones* particulares más o menos claras o solapadas a otros intereses privados (máxime si estos huelen a doctrinas supuestamente preteridas). De tal manera que, en particular, las fundaciones fueron bien eliminadas por cuanto –se decía– suponían, como se dijo, una vinculación/amortización de bienes privadas, bien fueron vistas con gran recelo como una suerte de invasión por parte de sujetos privados en la determinación y en la prestación de bienes públicos y servicios públicos. La mera existencia de tales instituciones privadas –las fundaciones o las que les daban origen, como la Iglesia– constituyen «cuerpos intermedios» entre el (libre) individuo y el Estado que, a todas luces, deben ser al menos constreñidos, cuando no directamente eliminados o exterminados<sup>31</sup>. Sea como fuere y en todo caso, sus fundaciones solamente obtienen carta de existencia cuando son concedidas por el Estado mediante un complejo proceso de es-

<sup>30</sup> Por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*, en REDA 89 (enero-marzo 1996); y *Constitución, Fundaciones y sociedad civil*, cit., ambos en su totalidad.

<sup>31</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Rendré plus attractif le droit des fondations, Étude adoptée par la Section de l'Intérieur et la Section du rapport et des études du Conseil d'État siégeant en section réunies les 27-28 novembre 1996*, en *La documentation française*, Paris 1997, 7, entres otras. Debate que existió también en los Estados Unidos entre los jeffersonianos (jacobinos y confederales) y los madisonianos (liberales y federales); triunfando los segundos (véase, por todos, el texto de la nota n° 34).

tricta concesión pública otorgada por la Prefectura correspondiente con informe favorable del Consejo de Estado<sup>32</sup>.

Italia, España y algunos Estados alemanes han tenido versiones históricamente derivadas, con matices propios claro está, y jurídicamente hijastras de este modelo. Aunque, no obstante, la tendencia entre nosotros y en Alemania con la unificación, ha sido hacia un proceso de supervisión más leve; más bien de tipo autorizatorio, más en consonancia con su forma de Estado policía de corte prusiano. Una ley determina qué fines públicos son posibles y una autoridad pública *autoriza* de modo más o menos exigente, el funcionamiento y la actividad prestatoria. No puede decirse que se trate de un sistema meramente registral –aunque a veces lo aparente– y si así lo fuera estaría más próximo a un sistema registral constitutivo que meramente declarativo, por cuanto con el acto registral se realiza, mediante un acto administrativo (autorizatorio) de tracto sucesivo, la estricta evaluación del fin y, con ella, la *licencia final*<sup>33</sup>.

En una clara situación opuesta tendríamos a los Estados Unidos. Por muchas razones que no puedo tratar in extenso, su panorama social más vital fue, desde su origen y hasta su consolidación como país, muy distinto a aquellos de los que provenían los habitantes que lo construyeron<sup>34</sup>: enormes distancias, búsqueda de unas lejanas fronteras, autonomía de las agrupaciones locales que se iban formando, la lejanía de las autoridades públicas y/o ausencia de éstas y de prestaciones tipo «servicio público» por su parte, la propia ausencia de recelos anti-amortizatorios (¿por qué tendría que haberlos con una población escasa en medio de miles de kilómetros cuadrados?). Tales causas se unen a otras más sociales: el gusto por la autonomía privada, la apuesta decidida por la libertad religiosa, el recelo hacia «lo público» en el sentido de la autoridad pública como invasora de tales libertades, unida al respeto por «lo público» (*publicness*) en el sentido del sentir comunitario y asociativo –y profundamen-

<sup>32</sup> Solamente por la vía subrepticia de la libertad asociativa que se sustanció con la Ley de asociaciones de 1901, las fundaciones pudieron abrirse paso legal (sin perjuicio de algunas que nunca dejaron de existir por su propia fuerza): I. COMBES – D. LEMAISTRE, *Les Fondations et fonds de donation. Constitution, gestion, evolution*, Juris Editions, 2011, 36 y ss.

<sup>33</sup> Para los regímenes concretos véase los apartados correspondientes de J.-C. ALLI, *La fundación ¿una casa sin dueño? (gobierno, control público y responsabilidad de fundaciones en Inglaterra, EE.UU., Alemania y Francia)*, Iustel, 2012.

<sup>34</sup> Véase, a modo de resumen: P. D. HALL, *A Historical Overview of Philanthropy, Voluntary Associations, and Nonprofit Organizations in the United States 1600-2000*, en W. W. POWELL – R. STEINBERG (eds.), *The Nonprofit Sector. A Research Handbook*, Yale University Press, New Haven 2006, 36 y ss.

te democrático– sobre lo que «a todos interesa». Causas que van configurando la identidad existencial del país en un juego combinado de mutuo causa/efecto, en conjunción de difícil y compleja disección. Todo ello hace que «público y privado» sea algo natural y primigeniamente compartido entre autoridades y sociedad, tal y como Tocqueville nos mostró con detalle<sup>35</sup>.

El interés general, de un modo más o menos natural, es ahí algo *convivido* en su demarcación o determinación, su prestación y su supervisión por sujetos privados y sujetos públicos. Si aquí el monopolio del bien común y el interés general está en el Estado y solo secundaria –ni siquiera subsidiariamente (como será en Alemania)<sup>36</sup>– en el individuo o la sociedad, en cambio en Estados Unidos es el individuo –o las agrupaciones de estos (asociaciones, corporaciones diversas, fundaciones, iglesias, etc.)– quienes tienen tal monopolio, y es el Estado quien tiene que obtener un permiso más o menos expreso para intervenir o participar *sobre o en él*<sup>37</sup>. Las autoridades deberán pasar una suerte de test de idoneidad para apreciar si es pertinente tal intervención pública o si no resulta invasiva para las libertades individuales y colectivas. Se constituye, así, un modelo socio-político muy opuesto al francés en particular y al europeo en general<sup>38</sup>.

De ahí, pues, que su sistema fundacional sea un sistema enorme, abierto, variado y variable; muy vivo en definitiva. La intervención pública sobre su «constitución» es, en el fondo, sustantivamente registral (y meramente declarativa) por hablar en términos que nos resulten cercanos. Su *fundación* –debemos señalar, no obstante, que entre ellos la «fundación» no es un término ju-

<sup>35</sup> Apreciaciones condensadas que me parece se analizan convincentemente M. O'NEILL, *Non Profit Nation. A New Look at the Third America*, Jossey-Bass, San Francisco 2002 y en general los textos de P. D. HALL, como el citado arriba.

<sup>36</sup> En este país, de impronta estatal (federal) tan fuerte, el papel de las fundaciones se ve no tanto como primigenio –cual sería el caso de los EE.UU.– sino como colaborativo-cooperativo y basado en el principio de subsidiariedad estatal: E. PRILLER et al., «Global civil society. Dynamics of the non profit sector», en *The Third Sector in Germany*, CCSS, Baltimore 1999, 99-118 (<http://www.ccss.jhu.edu/pdfs/Publications/overview.pdf>).

<sup>37</sup> Me remito, nuevamente, a J.-C. ALLI, *La fundación ¿una casa sin dueño?...*, cit., 203-207: Puede verse, también, entre otros: A. ETZIONI, *The Untapped Potential of the Third Sector*, Business and Society Review 1 (1972), y en *La tercera vía hacia una buena sociedad. Propuestas desde el comunitarismo*, Trotta, Madrid 2001. También, F. FUKUYAMA, *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*, Free Press, New York 1995; B. R. SIEVERS, *Civil Society, Philanthropy and the Fate of Commons*, Tufts University Press, 2010. En cuanto a sus consecuencias desde una perspectiva histórica: D. ACEMOGLU – J. ROBINSON, *Why Nations Fail. The origins of power prosperity and poverty*, Crown Books, 2013.

<sup>38</sup> J. GOMÁ, *¿Es América el paraíso de las fundaciones?*, en *Carta a las fundaciones españolas*, cit., 67 y ss.

rídico estrictamente hablando<sup>39</sup>– es un ente vital que existe con independencia de qué opine la autoridad pública sobre él: sus fines, sus directores, sus operaciones, etc. (aunque todo ello varía algo según el Estado que se trate). De ahí surgirá, casi de modo natural, la exención fiscal. Curiosamente, su fundación tiene su molde jurídico en el sistema del *common law* y no tanto en el de los códigos de tipo europeo; aunque haya transcurrido por un camino peculiar que mezcla y evoluciona corrientes jurídico-políticas muy distintas<sup>40</sup>.

¿Quiere esto decir que las fundaciones en EE.UU. carecen, así, de control público? En absoluto. Aunque no estén concedidas ni autorizadas por los poderes públicos y aunque el control operativo de tipo sustantivo sobre el ser y el gobierno de la fundación sea muy leve o casi inexistente, para no inmiscuirse en la omnímoda libertad privada, la realidad es que desde comienzos del siglo XX y en especial desde la profunda reforma que a este respecto sufrió su código fiscal (*Internal Revenue Code*) en 1969, la intervención regulatoria basada en la fiscalidad –como contraposición a sus enormes beneficios impositivos– es muy poderosa. Siendo así que tal regulación se ha convertido en el vector modernizador y vertebrador del sector fundacional en EE.UU.<sup>41</sup>

¿Por qué he dejado a un lado, para examinar en tercer lugar, a Inglaterra? Desde el punto público-estatal en que nos hemos situado Inglaterra se asemeja más al sistema europeo-continental que al americano, aunque de Inglaterra provenga el molde jurídico americano. Pero, en realidad, Inglaterra es un mundo aparte ya desde antes de la construcción del *common law* entre los siglos XVII y XIX, que, por así decirlo, dará una naturaleza muy singular a todo este sistema regulatorio de las fundaciones<sup>42</sup>. Es el primer país que constituye la «fundación» como institución social y regula jurídicamente sus fines (en especial regula la «acción social o caritativa»); lo hace mediante la Ley de usos caritativos de 1601 (o Estatuto Elizabeth)<sup>43</sup>, que dio carta de na-

<sup>39</sup> M. MONTERO SIMÓ – J.-C. ALLI TURRILLAS, *Las «private foundations» en Estados Unidos: una categoría fiscal*, Anuario de Fundaciones, 2013, 135 y ss.

<sup>40</sup> J. D. HALL, *A Historical Overview of...*, cit., *in toto*.

<sup>41</sup> De manera muy completa: M. R. FREMONT-SMITH, *Governing Nonprofit Organizations. Federal and State Law and Regulation*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge 2004, *in toto*.

<sup>42</sup> Véase la nota n.º 21.

<sup>43</sup> En 1601 el término «uso» (*use*) es equivalente al término posterior «trust»; y ambos guardan una compleja relación identitaria con el fideicomiso romano, si bien manteniendo una identidad jurídica propia y diferenciada, fruto de las diferencias microscópicas y macroscópicas de la ruptura con el Imperio romano y el proceso codificadorio tardoimperial que produce una curiosa con-

turaliza a los *trusts* perpetuos con fines caritativos, tras los duros avatares –que adelantan en más de dos siglos lo que ocurrirá en la Revolución francesa y en casi tres siglos a nuestras desamortizaciones– de la Reforma anglicana, prodiga en recelos amortizatorios y expropiadora del patrimonio eclesiástico mediante el recurso a la prohibición de usos supersticiosos (*pa-pistas*)<sup>44</sup>. Este proceso, en resumida frase, produjo un clima que purgó su «fundación» de otros fines privados y la convierte en la institución que llega hasta nuestros días; se hizo necesario, además, la prestación social y pública que paliara la ausencia de tal rol benéfico, educativo y servicial por parte de la extinta Iglesia católico-romana.

He utilizado el término *fundación* aun cuando tal término no existe, jurídicamente hablando, en Inglaterra; ni siquiera el término que utilizan para referirse a ella, esto es la *charity*<sup>45</sup>, es un concepto, una institución, legal. En efecto, la *charity* es una institución moral o social que en puridad necesita de un vector jurídico que normalmente en Inglaterra será el *trust* –y ahora más bien la *Corporation*– con el fin de delimitar la responsabilidad jurídica de sus miembros de un modo u otro. Lo cual tiene su origen en que la *charity* no es una *persona ficta* como lo es nuestra fundación –o la francesa, alemana o italiana–, sino que es un mero ente social. Esto es así, resumidamente, porque la construcción teórica de la persona jurídica tampoco llegó en los complejos términos de construcción y abstracción que se realizan en Europa desde Sini-baldo Fieschi y la posterior pandectista alemana (Gierke, Savigny) o los revisionistas italianos (Ferrara)<sup>46</sup>. Allí la artificiosidad de esta construcción que

---

servación de figuras del Derecho romano arcaico, que se unirá a la posterior llegada de un Derecho romano-normando procesado (y canonizado), proceso que se mezclará con las influencias germanas variadas que habían, entretanto, llegado a Inglaterra, y todo ello, además, producido en una Isla –a-islada, por lo tanto– que con su peculiar historia somete a todas estas instituciones a una evolución profundamente singular. Algunas pistas en: S. MARTÍN SANTIESTEBAN, *El instituto del «trust» en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del «civil law»*, Thomson Aranzadi, 2005 y en el libro recogido en la siguiente nota.

<sup>44</sup> No podemos detenernos ni en la Historia de su reforma, ni en la interesantísima y atractiva historia de la imbricación entre el *trust* (el use), el *feoffe* y otras fórmulas derivadas del derecho común (sajón), el normando y el romano como instrumentos jurídicos que son factores consecuenciales y causales a un tiempo del peculiar fenómeno anti-amortizatorio eclesial, nobiliario y caritativo; su estudio completo en nuestro país –y, en general– está todavía por hacerse. Algunas aproximaciones pueden verse en: R. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN, *Itinera Fiduciae. Trust and Treuband in Historical Perspective*, Duncker & Humblot, Berlín 1998 y en el libro citado en la nota anterior.

<sup>45</sup> Cfr. J.-C. ALLI, *La fundación ¿una casa sin dueño?...*, cit., 71-75.

<sup>46</sup> J.-C. ALLI, *Fundaciones y Derecho administrativo*, cit., 66-73.

soslaya la responsabilidad personal está mal vista y solo se admite puntualmente *ex lege* algunas *legal* o *artificial persons* mucho más limitadas en sus efectos. En esto, como en otras cosas –el *trust* entre ellas– el *common law* difiere enormemente del sistema codificado común.

Pues bien, Inglaterra construirá desde el Estatuto Elizabeth un modelo aparte de prestación social público-privado de caridad, vigilado estrechamente por unos *Charity commissioners* y, posteriormente, consolidado por dos notables sentencias –casos *Durham Bishop* de 1805 y *Pemsel* de 1891– que lo protegen de la voracidad estatalizadora que, en cierta medida, también estaba ahí larvada. En todo caso durante el siglo XIX se acabará constituyendo un cuerpo estatutario –no derivado del *common law*, por tanto– de supervisores públicos independientes denominado *Charity Commission* que constituye la primera y más avanzada –y ahora más «correcta»– maquinaria de supervisión pública de fines –autoriza la creación de cada *charity*–, de sus operaciones, de su acomodo entre fines y actuaciones, etc. Lo hace de una manera muy amigable y colaborativa, más agencial que interventiva y fiscalizadora, pero lo hace<sup>47</sup>.

Si bien todo ello fue heredado por la cultura estadounidense allí por no producirse ni la Revolución religiosa –como la reforma protestante-anglicana o la Revolución francesa–, ni haber problemas de limitaciones de tierra (y vinculaciones de bienes) que estancan el comercio, ni tampoco en el fondo todo el proceso liberal anti-nobiliario y eclesiástico; y sí, en cambio, una clara necesidad social de auto-prestarse servicios públicos. Por eso la figura (*public*) *charity* transcurrirá por el camino peculiar antes expuesto durante el siglo XIX para convivir con la *private foundation* ya en el siglo XX<sup>48</sup>.

Todo lo expuesto, pese a lo borroso y amplio que sea, nos pone en una posición adecuada para apreciar, primero, que la fundación moderna tiene un alma común en muchos países; segundo, no es solo la institución civil o privada que aparenta ser, sino que es mucho o al menos algo más (o algo diferente); tercero, que ambos factores motivan la necesidad de reevaluar algunos aspectos del régimen de las fundaciones en torno a los aspectos capitales de la regulación vigente.

<sup>47</sup> J. WARBURTON, *Tudor on Charities*, Sweet & Maxwell, London 9th edition 2003.

<sup>48</sup> Más libre y peculiar, aunque no de un modo totalmente ajeno a la propia construcción de su peculiar forma de Estado: J. J. FISHMAN, *The faithless fiduciary...*, cit., *in toto*.

## 2. PANORAMA DE TAL INTERVENCIÓN PÚBLICA EN EL RÉGIMEN VIGENTE DE LAS FUNDACIONES EN ESPAÑA

### 2.1. ¿Un nuevo marco «conceptual» para las fundaciones? Sus efectos

Si bien el patrimonio yacente –origen estricto de los primeros visos de personalidad jurídica independiente<sup>49</sup>– dotado para una finalidad altruista –es decir, que supera la voluntad del causahabiente– fue el *arranque* de la institución proveniente del Derecho romano, la fundación, aún amplio sensu, no aparece hasta que se unan esa(s) realidad(es) a la *pia causa* o fin caritativo que aportará el cristianismo tardo-imperial y que la dota de un verdadero carácter trascendente<sup>50</sup>. Solo en tal momento se encuentran, de un lado, esa virtud tan romana de trascender la corta historia individual –*genializado* a través del Derecho mediante fideicomisos y fiducias– con, de otro lado, el deseo social –impulsado por el precepto moral de la caridad cristiana<sup>51</sup>– de atender, asistir, velar por determinadas necesidades sociales (educación, minusválidos, huérfanos, pobres, etc.).

Tales componentes se formalizaron jurídicamente con el Derecho canónico y en especial con toda la teoría de la *persona ficta*, para configurar instituciones tipo fundación en los siglos XIII-XIV. Pero estamos todavía en un periodo de confusión: existe una identidad difusa, unos fines públicos mezclados con fines privados; una legislación que, en gran medida, apoya esta institución, aunque permita soslayar las normas anti-vinculatorias y anti-amortizatorias de los Reyes<sup>52</sup>. Dicho de otra manera, existen los elementos constitutivos principales, las trazas y muchas figuras que las encarnan, pero no tenemos, todavía, la abstracción conceptual, ni siquiera la jurídica en un molde o modelo único. Tenemos, pues, una entidad –o incluso varias– pero no una identidad.

<sup>49</sup> La personalidad jurídica de la herencia yacente es el problema a partir del cual se empieza a analizar, bajo un texto de Florentino, la naturaleza de la «persona jurídica» en y desde el Derecho romano (sometido a gran discusión): F. FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, (1915), reed. por Comares, Colección Crítica del Derecho, Granada 2006, 16-32. J. M<sup>a</sup> BLANCH, *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho romano*, Dykinson & UIAM, 2007, 41 y ss. Á. D'ORS, *Derecho privado romano*, Eunsa, Pamplona 1986, epígrafes 480 a 482.

<sup>50</sup> Deja de ser una mera causa privada altruista (cuidar la tumba, mantener el sepulcro, dotar de un patrimonio para la educación y la atención de hijos): J. M<sup>a</sup> BLANCH, *Régimen jurídico...*, cit., 123-170.

<sup>51</sup> La acción benéfico-caritativa también está presente, de otros modos, en el judaísmo e incluso en el Islam; donde no encontrará ese impulso jurídico-formal (salvo en el caso del judaísmo en los EE.UU. del siglo XX): J. SALOMON, *Rambam's Ladder. A meditation on generosity and Why it is necessary to give*, Workman Pub, NY 2003, *in toto*.

<sup>52</sup> Cfr. J.-C. ALLI, *Fundaciones y Derecho administrativo*, cit., 76 y ss.

La aparición del factor «público» entre los componentes ya sustanciales y constitutivos de la fundación ha sufrido aún una más profunda evolución a partir de las décadas de los 70-80 del siglo XX. En tal momento, por ponerle una fecha más o menos concreta, cuando se configura el «tercer sector» como un modo de entender un ya consolidado conjunto de organizaciones otras que las puramente lucrativas y las estatales-públicas: ONGs, asociaciones, mutuas, cooperativas sociales, pósitos, fundaciones, etc. Durante muchos años se ha estudiado y buscado su identidad e incluso un nombre que comprendiera todo ello: sector no lucrativo, tercer sector, sector voluntario, tercer espacio, etc.<sup>53</sup> Sea como fuere y aunque no tenga, estrictamente, carta de naturaleza jurídica como tal, el hecho cierto es que se ha consolidado como un macro concepto dotado de una notable fuerza.

Esa fuerza se manifiesta en que tal constructor impulsó la creación de un sistema fiscal beneficioso para este conjunto institucional. El hecho de que el sector público se apoyara con frecuencia en este tipo de instituciones para realizar labores sociales, asistenciales, educativas, etc.; o de que estas, motu proprio así lo hicieran –pues ese fuera su origen; como es el caso palmario de la fundación– y la necesidad de los poderes públicos de llegar a más con medios limitados o incluso menguantes, favoreció que estas se apoyaran en tal conjunto institucional. Este factor, sin ser substancial, ha provocado que, con frecuencia, se confunda a la parte con el todo, a las fundaciones con el *tax-exempt sector*; produciéndose, así, problemas interpretativos y de búsqueda de la legitimidad socio-jurídica<sup>54</sup>.

Se han construido muchas y variadas teorías socio-económicas en la búsqueda de las razones por las cuales existe este sector<sup>55</sup>:

<sup>53</sup> Por todos, P. D. HALL, *Inventing the Nonprofit sector*, John Hopkins University Press, Baltimore 1992; O. ZUNZ, *Philanthropy in America. A History*, Princeton University Press, 2012, 232 y ss.

<sup>54</sup> Problemas, nuevamente, que no podemos tratar, pero se hallan magníficamente recogidos en: AA.VV., *The Legitimacy of Philanthropic Foundations: United States and European Perspectives*, Russell Sage Foundation, New York 2006. Pero que ya tuvieron un primer episodio durante la reforma fiscal de 1969 en EE.UU. que dio lugar a la magna distinción entre *Public charities* (fundaciones de base y operativas, más parecidas a las nuestras) y las *Private foundations* (fundaciones donantes de filántropos privados; fenómeno típicamente americano): F. F. HEIMANN (ed.), *The Future of Foundations*, Columbia University Press, New York 1973, *in toto*. En tal país las exenciones fiscales son mayores que en Europa; y su régimen fiscal es el verdaderamente substancial en cuanto al ser (jurídico) de la fundación: J. J. FISHMAN – S. SCHWARZ, *Nonprofit Organizations. Cases and Materials*, Foundation Press & Thomson-West, Washington 2011.

<sup>55</sup> Cfr. J.-C. ALLI, *La fundación ¿una casa sin dueño?...*, cit., 294-302.

– La teoría del fallo prestatario público y/o del sector lucrativo (Donati): el tercer sector acude a prestar un bien que el sector público-político no atiende por ser poco relevante en términos de votos; ni lo hace el sector mercantil por no resultar rentable en términos de lucratividad.

– La teoría del fallo de la contratación (Hansmann) según la cual el tercer sector acude a prestar actividades que no tienen una fácil evaluación en términos de demanda, pago y valoración del servicio por parte del consumidor, que exige valores más altruistas y más profundos (de ahí que prospere en determinados sectores: sanidad, educación, asistencia social, cultura); situación que hace que el sector lucrativo no la quiera prestar.

– Ben-Ner y Van Hoomissen proponen la «teoría de la oferta/demanda y del control del consumidor», que pone su acento no en la difícil evaluación económica por parte del consumidor, que demanda otros valores –como decía antes– sino en una evaluación económica realizada por un determinado emprendedor para acogerse mejor a una institución no-lucrativa a una lucrativa (o a impulsar una política pública)<sup>56</sup>.

– Las teorías economicistas sobre el «usuario gratuito» (*free raider*); el sector no lucrativo realiza actividades que someterían al sector lucrativo al abuso de usuarios libres que no lo pagaran, estirando el sistema hasta su ruptura; deben ser áreas para una economía subvencionada o gratuita, similares a las puramente «públicas».

– Salamon expone la idea del sector público y del lucrativo como sectores secundarios que en realidad han sido históricamente vicarios y subsidiarios de una primigenia prestación por parte de la propia sociedad de todos los bienes; de tal manera que cuando esta ha fallado, por múltiples razones, ha hecho a otros buscar negocio en su prestación (o prestarlo universalmente, caso del Estado)<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Así como las anteriores visiones tienen un componente de conclusión por análisis de resultados, esta se ha demostrado que es demasiado hipotética y los hechos conclusivos no la corroboran. No obstante, ha mostrado una gran importancia en el impulso de las denominadas *Low-for-profit Limited Liability Companies* (L3C) o compañías comerciales de fines sociales con baja lucratividad en el Reino Unido: R. R. KEATINGE, «LLC and Nonprofit Organizations-For-profits, Nonprofit, and Hybrids», en *Suffolk University Law Review*, n° 42 (2009) 553-558; y en Estados Unidos: R. LANG – E. C. MINNIGH, *The L3c, History, Basic Construct, and Legal Framework*, en *Symposium: Corporate Creativity: The Vermont L3C & Other Developments in Social Entrepreneurship*, en *Vermont Law Review*, n° 35 (Fall 2010); entre otros estudios.

<sup>57</sup> Es decir, da la vuelta a la teoría del fallo prestatario público/privado: R. HOOGLAND DE HOOG – L. M. SALAMON, *Purchase-of-Service Contracting*, en L. M. SALAMON (ed.), *The Tools of Government. A Guide to the New Governance*, Oxford University Press, 2002.

Boulding inserta el factor «economía del amor y del temor» como pulsiones humanas que van más allá de las concepciones económicas para explicar por qué el hombre actúa rompiendo las meras reglas del utilitarismo economicista. Todo lo cual queda muy corroborado con los datos sociales que aporta Brooks<sup>58</sup>. En realidad todas estas teorías explican parcialmente una potente realidad social e histórica (y de datos, por tanto), aunque pesa en exceso la realidad económica sobre algo que, como bien han visto Boulding, Sievers, Brooks y Fukuyama, constituye mucho más. Se trata de un espacio en el que prima la confianza (*trust*), la voluntariedad, el espíritu altruista, el deseo de mejora social. El último autor lo denomina, así, el «sector de la confianza»<sup>59</sup>.

De ahí que este sector, como se ha mostrado en los EE.UU., genera innovación social, pues no le importa asumir unos riesgos que ni el sector lucrativo ni el público quieren o pueden acometer. Produce innovación, impulsa nuevas ideas científicas, sociales, asistenciales, etc., en múltiples direcciones, no siempre adecuadas. Se ha destacado mucho su papel de asistencia social, pero frente a las críticas de que conserva el statu quo, la realidad es que ha impulsado nuevas formas de acometer los problemas sociales, no solo paliándolos, sino impulsando la acción social colectiva y la pública, dirigiendo fondos, generando círculos virtuosos de confianza. Lo mismo puede decirse de la sanidad, la educación, la cultura y el arte y otros sectores en los que ha estado muy presente<sup>60</sup>.

Por todo ello, precisamente, ese intangible llamado «confianza» es un valor quebradizo que sufre enormemente cuando alguna de las instituciones que lo forman o una parte del conjunto, rompe tal confianza abusando de ella<sup>61</sup>. Desde este punto de vista, y en lo que respecta al análisis que estamos haciendo, los poderes públicos han sido los principales valedores de esta confianza, por dos motivos encadenados. El primero porque se convirtieron en los vigilantes de la fundación como prestadora del fin de interés general, en el

<sup>58</sup> K. E. BOULDING, *La economía del amor y del temor*, Alianza Universidad, 1973. A. C. BROOKS, *Who Really Cares: The Surprising Truth About Compassionate Conservatism – America's Charity Divide, Who Gives, Who Doesn't, and Why It Matters*, Basic Books, Washington 2006.

<sup>59</sup> F. FUKUYAMA, *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*; y B. R. SIEVERS, *Civil Society, Philanthropy and the Fate of Commons*, ambos citados.

<sup>60</sup> J. L. FLEISHMAN, *The Foundation. A Great American Secret (How Private Wealth is Changing the World)*, Public Affairs, New York 2007; y O'NEILL, *Non profit Nation...*; y O. ZUNZ, *Philanthropy in America...*, ambos citados en su totalidad.

<sup>61</sup> El libro que mejor refleja estos aspectos puede ser: J. J. FISHMAN, *The faithless fiduciary...*, cit., *in toto*.

sentido ya expuesto. El segundo porque a cambio de los bienes públicos que presta le han ido dotando, como ya apuntara, de un conjunto de beneficios fiscales a modo de subvención; el goce de estos beneficios les otorga aún una posición más poderosa para la supervisión de las instituciones beneficiadas.

De tal manera que, para acabar, nos encontramos con que la aparición de este *nomen* social engloba aspectos muy interesantes –de interés creciente, además– que poco a poco han ido adquiriendo más valor jurídico. Así, a modo de resumen, Ware recoge los siguientes motivos para la participación supervisora de las autoridades según el ser y actuar del «tercer sector»<sup>62</sup>:

- 1) Que estas instituciones prestan el servicio general y universal que dicen que dan (y deben dar); ahí se sustenta su legitimidad y credibilidad.
- 2) Que se proteja a quienes dotan (fundadores) y donan dinero a estas instituciones.
- 3) Que se proteja su patrimonio, la dotación y la voluntad del fundador; de tal manera que se dirijan hacia y cómo está establecido (el fin concreto que tengan).
- 4) Que se ordene el servicio que realiza; especialmente si es un servicio público estricto sensu o se hace bajo algún régimen de concesión administrativa.
- 5) Que se proteja a sus trabajadores y voluntarios; así como a los usuarios por el servicio que prestan.
- 6) De modo especial si por la realización de todo ello reciben ayudas o subvenciones públicas (y el beneficio fiscal lo es de manera indirecta).
- 7) Que no se obtiene lucro privado (o lucro subjetivo) y que se cumplen las reglas en cuanto a los conflictos de intereses.
- 8) Que no se producen ventajas competitivas en bienes comerciales con estructuras mercantiles lucrativas o con otros sectores regulados (educación, sanidad).
- 9) Que no se utiliza esa posición privilegiada fiscal y socialmente para fines políticos-partidistas o, incluso para el *lobbying* (o cabildeo).
- 10) Finalmente, que cumplen los requisitos de transparencia de cuentas, actividades, resultados y servicios.

---

<sup>62</sup> A. WARE, *Between Nonprofit and State: Intermediate Organizations in Britain and the United States*, Princeton University Press, 1989, 200-203.

Añadiría un aspecto más global: la ausencia de un «interesado» o beneficiario único, identificable y organizado, traslada la cuestión del control de la prestación del fin (público) a la autoridad pública, como valedora de ese «interés común» (*public at a large*)<sup>63</sup>.

En fin, todo este cúmulo de «intervenciones» nos llevan, pues, a tener que evaluar el hecho de si estamos o no estamos ante un sector regulado, máxime cuando se ha sostenido que sí estamos ante una institución en la que el poder público participa en su más íntima naturaleza.

## 2.2. *La «administrativización» del régimen fundacional y algunas de sus (inaceptables) consecuencias*

De la lectura de las páginas anteriores pudiera inferirse una apuesta decidida por un profundo intervencionismo público sobre las fundaciones. Sin negar, como se ha expuesto, la pertinencia de cierto control público sobre las fundaciones y de apoyar este en razones profundas que están en el propio núcleo íntimo de la fundación, de su origen, constitución y desarrollo, esto no quiere decir lo primero. La fundación contiene en sí misma como si se tratara de un testigo histórico fosilizado –aunque es todo menos eso– o *es* –si se prefiere decirlo así– el epicentro del encuentro entre lo público y lo privado. En la medida en que la fundación es un ente público-privado en su misma naturaleza, tal hecho aborta el debate anterior y exige una suerte de búsqueda de un profundo equilibrio entre sus dos elementos constitutivos: el público y el privado; entre la autonomía y patrimonialización privada hecha por el fundador y su gobierno, y el interés público necesitado de una protección de la autoridad, máxime si obtiene un beneficio fiscal por ello<sup>64</sup>.

Pero lo que ha empezado a ocurrir es que se ha confundido esta suerte de encuentro público-privado con la necesidad de *administrativizar* no ya solo la

<sup>63</sup> Sobre todo ello, entre todos: J. W. NASON, *Foundation Trusteeship. Service in the Public Interest, The Foundation Centre*, NY 1989, 12-18.

<sup>64</sup> Ideas que se pueden apreciar, en toda su profundidad, en el *leading case* de la naturaleza jurídica de las charities en Estados Unidos (ajeno, en principio, al particular objetivo de definir las): el caso *Dartmouth College* (1819), analizado en: P. D. HALL, *Resolving Dilemmas of Democratic Governance. The Historical Development of Trusteeship in America 1636-1996*, en E. C. LAGEMANN, *Philanthropic Foundations*, Indiana University Press, Indianapolis 1999. M. D. MCGARVIE, *The Dartmouth College Case and the Legal Design of Civil Society*, en L. J. FRIEDMAN – M. D. MCGARVIE, *Charity, Philanthropy and Civility in American History*, Cambridge University Press, 2003, 91-106.

regulación externa, sino la propia vida íntima de la fundación. A la tendencia general de hiper-regulación y de exceso de intervención, se unen otros factores propios –como el fiscal, especialmente– o los propios escándalos del sector como «espoleta». La ausencia de una mayor fuerza auto-organizativa y auto-regulatoria del sector, de mayor presencia comunicativa social –sin perjuicio de los muchos esfuerzos realizados–, no han ayudado a equilibrar la balanza<sup>65</sup>.

Esta tendencia existe en todas partes. En Francia la intervención administrativa ha sido, históricamente, un grado siguiente al fuerte. En primer lugar por un poderoso escrutinio en cuanto al régimen de entrada realizado por el Consejo de Estado y la Prefectura correspondiente. En segundo, primero en el tiempo, por una regulación previa que determina en muy alta medida la forma de organizarse, la estructura y componentes del gobierno, las funciones, etc. En tercero por un potente régimen autorizador y supervisorio de su día a día (de muy diversos tipos y por muchas autoridades). En cuarto porque en su gobierno se insertaba un funcionario público como comisario interno (hoy mero observador con voz vinculante). En quinto porque incluso las pequeñas fundaciones cuya viabilidad podría peligrar si tuvieran que estar sometidas a todo lo anterior quedan «acogidas» por una macro-fundación paraguas (*foundations abritee*), que vela para que todo ello se cumpla y, así, tal fundación pueda existir<sup>66</sup>.

Inglaterra tiene un régimen no propiamente administrativo de control a través de la *Charity Commission*. Aunque se aproxima a la regulación de un modo muy colaborativo, sus poderes son extraordinarios. No obstante existen unos sistemas de revisión y recurso de sus decisiones, que pueden llegar hasta un tribunal especial de garantías (el *Charity Tribunal*). Su legislación ha delimitado muy bien las responsabilidades derivadas de la gran autonomía del gobierno fundacional que, en casos de graves problemas quedan sometidas a los tribunales ordinarios, pero no a la autoridad administrativa. Quieren evitar, precisamente, una excesiva gubernamentalización y fiscalización por Hacienda o Tesorería de su régimen.

<sup>65</sup> Sobre todo ello y recientemente, a modo de resumen de esta tendencia en los Estados Unidos, donde era un tanto desconocida: E. BRODY – J. TYLER, *How Public is Private Philanthropy? Separating Reality from Myth*, The Philanthropy Roundtable, 2012, *in toto*. Y para un análisis del panorama regulatorio: J.-C. ALLI TURRILLAS, *Origen, crisis jurídica y cambios en ciernes en la regulación del sector no lucrativo de tipo «fundacional» en los EE.UU.*, Revista Española del Tercer Sector (RETS) n° 21 (Mayo-Agosto 2012), 197-230.

<sup>66</sup> Para su completo régimen: J.-C. ALLI, *La fundación ¿una casa sin dueño?...*, cit., 585-591.

En Estados Unidos la competencia sustantiva de supervisión es estatal y la autoridad es la Fiscalía del Estado correspondiente (*State Attorney*). Debe sustanciar todo proceso de revisión de sus actividades, en su caso, a través de vías judiciales<sup>67</sup>. Por tal dispersión y situación, el *Internal Revenue Service* –la autoridad fiscal (impositiva)– se ha erigido en la verdadera autoridad de supervisión. Por ser federal y única, lo ha hecho de manera muy unívoca. Paradójicamente el poco deseo de invadir la autonomía fundacional ha sido el causante de esta fuerte intromisión fiscal extrínseca. El sistema puramente impositivo resultaba, por ello idóneo. Lo explico. Una vez establecido y precisamente por entenderse tan extrínseco y circunstancial –o sobre factores externos: exenciones y bonificaciones impositivas–, esta etiqueta la ha convertido en especialmente inquisitivo e intrusivo de toda la vida fundacional... aunque sea a los solos efectos fiscales<sup>68</sup>.

\* \* \*

Entre nosotros esta «administrativización» está teniendo importantes efectos. El primero sería la predilección hacia un régimen de autorización (previa) de actividades y operaciones, típica del funcionamiento administrativo; aunque en los últimos años se está dando un tanto la vuelta hacia un régimen de información a la autoridad y declaración responsable<sup>69</sup>. El segundo es la tendencia a trasladar este régimen a la autoridad fiscal por ser una autoridad que tiene medios, cierta *expertise* y capacidad unívoca e informativa para dominar la situación con cierta facilidad; sin incidir en la supuesta intimidad de la fundación. Un tercer efecto es la pérdida de autonomía del gobierno fundacional, que se ve mucho más vigilado (bien por una autoridad administrativa digamos común, bien por la fiscal), incluso proponiéndose sistemas de sanción administrativa. Finalmente, un cuarto, es una consecuencia colateral que nos aleja del tema estricto de este análisis: la utilización de la forma fundacional por las administraciones públicas para el mantenimiento de un sistema de

<sup>67</sup> Los procesos han sido pocos y contados, en términos generales: J.-C. ALLI TURRILLAS, *Origen, crisis jurídica y cambios...*, cit., 210-212.

<sup>68</sup> J. G. SIMON et al., *The Federal Tax Treatment of Charitable Organizations*, cit., 267 y ss.

<sup>69</sup> Merced a la tendencia hacia la información responsable y las certificaciones previas que ha impuesto la Directiva Bolkenstein (Directiva 123/2006/CE) de servicios en la UE y que, en este ámbito, es aún más necesaria por la naturaleza de la institución «fundación» y actividades que realiza. El único análisis que recoge esta necesaria buena tendencia es J. M. SALA ARQUER, *El nuevo Derecho público de las fundaciones privadas*, en *Fundaciones. Problemas actuales y reforma legal*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, 87-109.

prestación pública mediante *organismos autónomos* –que esto es lo que verdaderamente deberían ser– dotados, así, de una supuestamente mayor flexibilidad frente a los controles y normativa administrativa propia<sup>70</sup>.

Por tanto y para acabar, en todo caso la acumulación de estas formas de intervención administrativa puede hacer que, imprudentemente, se tienda a pensar que solamente por esta vía es posible el control de la fundación o, mejor dicho, de los componentes de la fundación –entre ellos su gobierno– hacia lo que esta debe ser y hacer. O, al menos, a pensar que solamente la vía administrativa sea la que esté bien articulada para el fin lógico que se pretende: la validación del papel de interés general que las fundaciones cumplen. Ambas ideas son peligrosas y están equivocadas.

### 2.3. *La constitucionalización del derecho de fundación y sus posibles consecuencias*

El nuestro es el único ordenamiento jurídico europeo que ha reconocido el derecho a la fundación como un derecho constitucional, orientador de la vida social y económica, atenuado en su protección jurídica más intensa, pero existente bajo un reconocimiento expreso y bastante poderoso. No es momento para explicar por qué está ahí situado; pero ahí está<sup>71</sup>. Más como ha ocurrido con numerosos preceptos y aspectos de la Constitución de 1978, contiene un valor apenas hilvanado que es el legislador posterior quien debe completar. En todo caso produjo una peculiaridad: un único tipo de fundación, aunque de contenido muy lábil y algo flexible.

Tanto Francia como Alemania –en diferente sentido– permiten fundaciones de diverso tipo, adjetivadas en su identidad y variadas en su regulación, según para qué se utilicen. De tal manera que el concepto fundación mantiene una identidad dogmática muy clara, pero permite formas diversas. En Italia, en cambio, el sistema es más similar al nuestro. Inglaterra no recoge un concepto de «fundación» –pero sí un único tipo de fundación: la *charity*<sup>72</sup>–

<sup>70</sup> Situación que se ha revelado falsa e ilusoria y de la que, por suerte –y para bien de la propia institución fundacional– se está dando la vuelta. Véase: J. GARCÍA-ANDRADE, *La restructuración del sector público fundacional*, en *Anuario de Fundaciones 2012*, Iustel, 2013, 19-56.

<sup>71</sup> J.-C. ALLI, *Fundaciones y Derecho administrativo*, cit., 122 y ss.

<sup>72</sup> No me refiero a las múltiples maneras de identificarlas por sus operaciones, origen del patrimonio, fines, etc.; en cuyo caso sí existen numerosas formas, sino en que su molde es único. Véase nota siguiente.

sino unos fines que justifican la acción caritativa bajo ciertas formas legales. Asimismo ocurre, con muchos matices que no pueden hacerse, en EE.UU. aunque ahí sí puede rastrearse una tipología muy variada y variables de «fundaciones»<sup>73</sup>.

Aquí, la regulación y, con ella, la definición de qué sea una fundación en términos jurídicos se produjo en un momento relativamente tardío: 1994. Manteniéndose vigente más o menos de manera idéntica en la Ley que reformó la anterior de 2002. Ambas normas se atreven a definir un modelo único de fundación, muy flexible en su regulación y términos, e incluso a señalar un amplio catálogo de fines de interés general que permiten su constitución. Ni el BGB alemán, ni el código civil italiano, ni las leyes francesas o británicas tienen esta doble caracterización que tiene la nuestra: forma y fines.

Pues bien, la ausencia durante tantos años –desde 1978 hasta 1994– de un concepto legal de fundación convivía con un concepto doctrinal más o menos aceptado y formalizado, de un modo u otro, a través de las distintas normas que sobrevivían<sup>74</sup>. En ese periodo y pese a no haber existido una gran conflictividad jurídica en el entorno de esta figura –o no haber llegado, al menos, hasta el TS o el TC–, este último tribunal tuvo ocasión de estudiar en varias ocasiones la fundación como figura jurídica, de modo indirecto. Lo cual fue importante por cuanto la Constitución señala que se reconoce el derecho de fundación «con arreglo a la ley», pero no determina cuál es su núcleo o naturaleza esencial. Me fijaré en las dos más señeras.

En la STC 49/1988 sobre la naturaleza de las Cajas de Ahorro trató de vislumbrar cuál era la naturaleza exacta de éstas: ¿son una fundación, un Banco de crédito, otra cosa? Haciendo unos juegos florales entre varias opciones y sin acabar de significarse claramente; y ni siquiera aclararnos qué son las Cajas de Ahorro, ni resultar convincente su argumentación final, ni tampoco aclararnos la existencia de las «fundaciones-empresa», señala que «este precepto se refiere *sin duda* al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que considera la fundación *como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general*». Lo cual nos dejó, dicho sea claramente, casi en el mismo sitio.

<sup>73</sup> Por razones de economía de notas y espacio, puede verse todo ello en los capítulos respectivos del libro *La fundación ¿una casa sin dueño?...*, que ha sido reiteradamente citado.

<sup>74</sup> Decreto 2930/1972 de fundaciones privadas; Decreto de 16 de marzo de 1961 sobre fundaciones laborales; Decreto e Instrucción de 14 de marzo de 1899 sobre *Fundaciones benéfico-asistenciales*, etc.

Mayor interés podría haber tenido la STC 341/2005 con motivo de la impugnación de varios artículos de la Ley madrileña de fundaciones, en la consideración de que pudieran alterar el núcleo esencial del ser fundacional y, así, contravenir la competencia estatal en regulación civil (e incluso en el principio de igualdad). Pues bien, el TC falló más bien a favor de la libertad regulatoria madrileña y, por lo tanto, consideró que la «garantía institucional» de la fundación y su núcleo esencial no se veía alterado por estas variables autonómicas, entre ellas este tan señero –y bajo mi punto de vista tan esencial–, como la reversibilidad de los bienes al fundador o sus herederos tras la extinción de la fundación. De tal manera que no sólo no ayuda a definir la fundación, sino que tampoco nos da pistas –más bien al contrario– sobre cuál sea su núcleo esencial<sup>75</sup>.

Nos quedamos, entonces, sin poder saber *ex lege* o *ex iudicio* hasta qué punto la autoridad pública puede intervenir en la fundación y puede actuar sobre su gobierno sin vulnerar su núcleo esencial. Si por lo tanto, el hecho en sí de que las sucesivas legislaciones hayan regulado y en el futuro pudiera desregular por ejemplo el actual marco sobre extinción y reversión de los bienes, sobre la autonomía en los cambios del patronato, las operaciones que este realice para cumplir el fin, la propia vinculación de los bienes resultantes de una fundación extinguida a la Administración, el valor de la perpetuidad/durabilidad, los propios límites a la voluntad del fundador. O incluso –lo cual es de sumo interés– cuál sea la autoridad pública que deba velar por todo lo que ha ido siendo expuesto: la autoridad administrativa o una de tipo agencia independiente; única o múltiple; en tal caso local, la autonómica o la estatal (proteccionados actuales de los ministerios); etc. Y dónde estaría adscrita, ¿quizá al poder legislativo en vez de al administrativo?

Sea como fuere, no parece soslayable el hecho de que esta figura haya estado regulada tradicionalmente por una normativa civil que recogía la esencia y el origen privado de la institución. Ni tampoco que su origen real sea y deba ser privado. Origen en el cual la dotación es fundamental, como es la voluntad del fundador y el respeto a ella, como también lo es que el gobierno de la fundación es el responsable de la fundación y que, aunque sea heterónimo, no puede ser sustituido ni intervenido sino por el juez, como tampoco puede extinguirse administrativamente. Y que, como fruto de todo ello, ese gobierno

---

<sup>75</sup> Cfr. J.-C. ALLI, *Fundaciones y Derecho administrativo*, cit., 150-160.

–como el fundador– deban cumplir una serie de requisitos de patrimonialización, perpetuidad, imposibilidad de extinción y reversión de bienes, y en el caso del patronato de obligaciones vicarias y respeto a su fin y la voluntad del fundador, etc.<sup>76</sup> Sin todo ello, la fundación sería otra cosa, pero no una fundación tal y como la conocemos.

### 3. CONCLUSIONES Y ¿CAMBIO DE PARADIGMA?

Llega pues el momento de intentar apreciar qué figura fundacional resulta de este conjunto de hilvanes expuestos. La gran duda es si, tras todo lo visto, estamos ante la institución que conocemos o ante otra nueva que ha evolucionado tanto que se ha hecho irreconocible. Si el choque tectónico entre lo público y lo privado han dañado la estructura o si, por el contrario, más bien la han reforzado otorgándole, precisamente, la forma adecuada. Vista la forma y la figura podremos decir qué tipo de ropajes, pues, no le convienen o por el contrario, cuáles le favorecen sin hacerle perder su identidad propia. Pues la fundación es una persona (jurídica) mayor de edad.

No debería pensarse en el conjunto de las fundaciones como en un «sector regulado». Los sectores regulados son los sectores de la economía y sociedad que por el objeto que prestan, normalmente algún tipo de servicio público, y su combinación con la (necesaria) prestación privada en el que se hacen, reciben una atención regulatoria específica sobre tal actividad y el modo en que se hace. No puede aceptarse esto para una institución jurídica civil, *liberada* tras un proceso de prohibición/limitación histórico –que ha sido apuntado–, que sirve como vector para que los patrimonios privados participen en el bien común y el interés general de modo altruista. Y lo hagan en todo cuan ancho es el bien común, lo cual incluye, indudablemente, sectores regulados de servicio público, pero también muchos otros que no son tales o que, al menos, son sectores de pura y libre concurrencia (y en muchas ocasiones, de no-rentabilidad económica). Esto no es óbice para necesitar una regulación, pero adecuada al ser y el fin de la institución que se pretende, sin buscar un exceso de intervención bajo títulos impropios bajo los que, además, cuando se analizan en detalle, no encaja.

La tentación administrativizadora conduce a ver a la fundación y a su gobierno o patronato como *menores* necesitados de apoyo. Dicho de otra mane-

<sup>76</sup> En todo ello –y revisando algunas de las posturas que he mantenido– me sitúo en la línea general que expone, con gran finura, J. M. SALA ARQUER, *El nuevo Derecho público...*, cit., 89-94.

ra, pensar en el o los órganos de control –el protectorado– como una suerte de patronato de respaldo. Es decir, en un sustitutivo que, en realidad –tal mentalidad puede seguir existiendo–, sería el verdadero valedor del «interés general»; en la medida en que es el poder del Estado el único y verdadero titular de tal «interés general». Esta concepción es doblemente perniciosa. Primero porque pone de relieve una concepción recalcitrantemente arcaica en cuanto a la participación social y vital en el bien común. Segundo porque aboca a las instituciones así reguladas a seguir viviendo en un periodo de minoría de edad, al no dejárseles desplegar su vida, que debería desarrollarse en un adecuado clima de autonomía que las haga crecer y madurar, aunque sea a base de ensayos de acierto/error<sup>77</sup>.

No debería ser así. Si hay un derecho constitucionalmente recogido a fundar debe existir un derecho a crear una fundación como una institución reconocible como tal. De otro modo sería más propio que el Estado regulara un sistema de subvención fiscal –que, desde luego, al menos calificable como paradójico y peculiar; cuando no absurdo– para que el donante/legatario privado entregara tal patrimonio a alguna emanación pública para que esta hiciera, con capa privada, una función ¡que realmente al poder público correspondería! A esto bien se le puede llamar impuestos y es lo que de hecho ocurre.

En este sentido y de manera ya conclusiva, pueden hacerse algunas propuestas sobre el régimen de la fundación y la supervisión pública, entre otros muchos que también serían pertinentes; ideas que se han perdido de vista en los recientes enfoques normativos para las fundaciones pero que resultan más adecuadas al fin y naturaleza propia de ambos:

1) La –actual y negligente– dispersión de autoridades supervisoras y su falta de experiencia-medios así como, en consecuencia, de unos criterios unívocos y más homogéneos, está siendo *encubierta* con la proyección de una norma interventora más poderosa. Pero en la medida en que falla lo primero, tal previsión solamente se convierte en nuevo instrumento para el ejercicio discrecional de potestades de castigo; convertidas, así, como denunciaba Nieto no en un lógico cierre de un sistema justo, sino en una pura amenaza arbitraria inicua<sup>78</sup>. Lo cual no mejora en sí misma el objetivo que se pretende.

<sup>77</sup> Prácticas públicas, por cierto, denunciadas tempranamente por M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, tomo I, 1850, Xunta de Galicia, 1995, ep. 36, 20.

<sup>78</sup> A. NIETO, *La «nueva» organización del desgobierno*, Ariel, 1996, en su contexto y en varios lugares.

En este clima, otra perpetua tentación es la de dotar al Fisco de tal poder único y unívoco. Sus ventajas de univocidad orgánica, simplicidad de fines (sic) y su propia *vis expansiva*, pueden ocultar otro profundo error de base, por varios motivos. El primero que no es una autoridad sustancialmente experta en «fundaciones»; que es una institución que va mucho más allá que la de ser un mecanismo-institución dotado de exenciones fiscales; o incluso que un vector de evasión fiscal<sup>79</sup>. Segundo porque es lógico que aplique el foco o haga pivotar su control a todo lo que tiene que ver con la no-lucratividad y la exención-impositiva. Tercero porque, incluso como autoridad administrativa, carece de la *expertise* y el conocimiento general en tantísimos otros campos del Derecho administrativo; áreas pertinentes al tratar tantas actividades sustantivas como las que hacen las fundaciones. La experiencia de Inglaterra o Francia en las cuales la legislación fiscal –que debe existir– queda atada al control sustantivo realizado por una autoridad *sustantiva* propia, es muy aleccionadora de cómo hacer las cosas bien. En cambio, el sistema de los Estados Unidos ha sido cada vez más criticado por basarse casi en exclusiva en los fines, reglamentaciones, criterios y metodologías propios de su autoridad fiscal: el *Internal Revenue Service* (IRS). Finalmente en cuarto lugar y en consecuencia de todo lo anterior, tal aproximación esquiva el análisis de la verdadera naturaleza de la fundación como un bien social a potenciar, pues lo ve solo como instrumento fiscal y evalúa su fin propio por el bien común en tal contexto<sup>80</sup>.

Este propósito de mejora se debe realizar mediante la creación –ya urgente– de un órgano público o autoridad de supervisión único. Además de profesional, experto, y de naturaleza menos interventora y más colaborativa, con independencia con respecto a la Administración pública, quizá residenciado a modo de autoridad autónoma tipo Consejo Nacional de regulación, y dependiente del Congreso/Senado. A él iría atado el necesario –y aún más urgente– sistema único de Registro nacional de fundaciones nacionales y autonómicas<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> Especialmente peligroso, además, si el sujeto regulador-supervisor es quien, como el Fisco, lo que hace habitualmente es ver expedientes administrativo-sancionadores por tal motivo. Cuestión también muy presente en los Estados Unidos: M. SIDEL, *The «federalization» problem and Non Profit Self-regulation*; y J. J. FISHMAN, *The federalization of NP regulation and its discontents*, ambos en *Kentucky Law Journal* 99 (2010/2011).

<sup>80</sup> Cuestión tratada, por todos: T. L. HELGE, *Policing the Good Guys: Regulation of the Charitable Sector Through a Federal Charity Oversight Board*, *Cornell Journal of Law & Public Policy*, vol. 19, n° 1 (2009) 103 y ss.

<sup>81</sup> R. DE LORENZO – J. L. PIÑAR – T. SANJURJO, *Reflexiones en torno a las fundaciones y propuestas de futuro*, en *Anuario de Fundaciones 2011*, Iustel, 2011, 61 y ss.

2) El sobre-control (previo) de las actividades de la fundación es la orientación típica de nuestras normas: autorizaciones para actuar, actividades supervisadas, obligación de informar, esperas a qué diga –y qué diga de manera discrecional por variado y variable– el protectorado (inexperto y superado).

Los mecanismos existentes en el Derecho anglosajón de control *ex post facto* de cómo ha actuado el patronato en cuanto al fin, la patrimonialización, la intención del fundador y los deberes de respeto a las normas, mediante la triple responsabilidad (o deberes fiduciarios): lealtad, obediencia y cuidado/prudencia, parece mucho más adecuada. Primero porque sitúa el peso al (buen) gobierno de la fundación que tiene una presunción de respetabilidad y responsabilidad en lo que debe hacer; de tal manera que aprende a hacerlo y lo hace. Segundo porque la supervisa el poder judicial si ha existido una ruptura (aunque este actúa a instancias del órgano «administrativo» supervisor).

3) Los poderes públicos –salvo excepciones, como Francia e Inglaterra (quizá no por mucho tiempo más)– han claudicado en realidad de hacer un verdadero control del fin –un verdadero control de entrada (*gatekeeper*)– de la fundación: es tal porque realmente tiene un fin de interés general, de tal manera que se debe valorar si estamos ante más bien ante asociaciones de interés «general», o más bien son fines «peregrinos» de interés difuso que, en realidad, y sobre todo si se combinan con la ausencia de un patrimonio, para crear, realmente, instituciones distintas a una auténtica fundación<sup>82</sup>. Cuando la etiqueta de entrada es tan lábil, la tentación posterior es o bien de un excesivo liberalismo o bien de una estricta supervisión de detalles circunstanciales. Ambas llevan a confusión.

Una autoridad única dotada de unos poderes adecuados –no mayores de los que ahora tiene; pero sí mejor delimitados– podría en combinación con lo expuesto en el anterior punto, realizar una supervisión mucho más colaborativa de la adecuación de las acciones y operaciones de la fundación a su fin propio de acuerdo, a la vista de los resultados, y no de un mero control previo de autorización de operaciones previo a su realización) favoreciendo un clima de auto-responsabilidad del patronato o gobierno fundacional y, así, de sus deberes fiduciarios.

<sup>82</sup> Claro que se puede pensar... ¿es permisible o aceptable –lo aceptaría, de hecho– que una sociedad moderna liberal y democrática general pueda realizar verdaderos controles sustantivos sobre estos fines? Se trata de un debate muy profundo –ahora lo que prima es un simple control negativo de (no in-) constitucionalidad–; un análisis de esta claudicación moderna y de sus consecuencias en general puede verse en M. SANDEL, *Democracy's discontent. America in search of a Public Philosophy*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge 1996, 3-120, entre otras.

4) Uno de los grandes temas pendientes en nuestro ordenamiento, de algún modo potenciado por la inexistencia de un control y un registro únicos, es la ausencia de mecanismos y sistemas de verdadera transparencia: formularios únicos, contabilidad abierta, publicación en la web propia y en otras oficiales, evaluaciones globales y abiertas, etc. Esto permite el control social del que, a día de hoy, carece nuestro sistema. Tal control es bueno para las propias fundaciones. Aunque la tendencia al oscurantismo sea, aparentemente, una opción muy aceptable, realmente *Sunlight is the best disinfectant!*

Unido a todo ello deberían incentivarse los códigos de auto-gobierno, el fomento de mecanismos de supervisión delegada por agencias privadas, mejores sistemas de comunicación de información entre autoridades, códigos éticos. Muchos países han optado por favorecer instituciones secundarias que promueven y registran buenas prácticas operativas, de gobierno, de actividades, de fiscalidad, de contabilidad, etc. de las fundaciones y les otorgan «estrellas» –o lo que sea– por ello. Aunque el sistema no debe basarse ni única ni principalmente en ello –se crean burbujas de auditorías y posibles transmisiones infecciosas–, es un sistema que refuerza a los buenos y separa a los malos. Además de crear sinergias de fines, actividades, motivaciones, sectores, etc., es algo que conviene al propio sector. Y desde luego lo hace, además, fuerte frente a las autoridades desbocadas.

\* \* \*

Un exceso de dogmatismo clasificatorio produce, a veces, un excesivo deseo de encasillamiento exacto y estricto de la intervención administrativa sobre la sociedad; esto es lo que puede verse aquí si se busca el título de intervención pública sobre las fundaciones en la teoría del servicio público regulado. La propuesta reciente, en el citado nonato proyecto de Ley de fundaciones, de introducir una suerte de código sancionador de pura supervisión administrativa sobre el actuar del gobierno fundacional se puede decir que recoge lo que de peor tiene toda la corriente expuesta<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> Es importante destacar que de entre los países con sistemas fundacionales más fuertes o más parecidos al nuestro, no existe nada semejante: el sistema punitivo es el judicial general. Lo cual no es óbice a los altos poderes de inspección que ejercen las autoridades francesas o la *Charity Commission* en Inglaterra, que, en todo caso, están sometidos a revisión judicial y deben llevar a procesos judiciales. O los poderes sancionadores de las autoridades fiscales americanas. Puede verse todo ello en los capítulos correspondientes de *La fundación ¿una casa sin dueño?*, citado.

Nuestra Constitución y el TC, aun sin hacerlo de una manera totalmente nítida, reconocen lo que el Tribunal Supremo sí ha estudiado profunda y convincentemente y no voy a volver a repetir íntegramente<sup>84</sup>. La fundación es una institución civil en pro del interés general, que así lo hace mediante diversos fines (de interés general) concretos, etc. Su transformación en una suerte de sector regulado con participación interna de las autoridades públicas atenta ya no de un modo natural sino incluso resultaría inconstitucional contra su esencia propia. Su identidad reconocible, en su complejo avatar histórico, la hace una institución de origen privado, multifuncional en cuanto a sus fines y operaciones, autónoma, que ha exigido un pacto de entrada entre la autoridad pública y tal voluntad privada patrimonializada.

Tal pacto entre lo privado y lo público constituye la esencia de esta figura, la que marca su conexión con este «nuevo» sector que es el sector no lucrativo o como prefiera llamarse, y si existe tal acuerdo y tal naturaleza es precisamente porque no es una institución pública (ni tampoco una institución privada-lucrativa en el sentido que se le ha dado a esta). La fundación no es «servicio público» ni objetiva ni subjetivamente hablando. Es otra cosa: una institución jurídica que históricamente ha galvanizado a la sociedad civil en el interés público y el bien común. De ahí que tenga, precisamente, su lugar en la Constitución como un derecho (fundamental, aunque carente de protección fuerte) de los individuos.

Pues bien, la combinación de todos estos factores –junto con muchos otros posibles de detalle o globales que habrá ocasión de examinar– hace innecesaria una aproximación administrativizadora en exceso para, en cambio, demandar una aproximación supervisora mucho más integrativa y global. De tal manera que respete más y mejor la (honorable) naturaleza propia de la fundación como la institución privada que existe en nuestros ordenamientos en cuanto a la participación privada en el bien común.

---

<sup>84</sup> Recogido en: J. L. PIÑAR – A. PÉREZ REAL, *Derecho de fundaciones y voluntad...*, cit., *in toto*.

## Bibliografía

- AA.VV., *The Feasibility full report for the EU Commission on a European Foundation Statute*, CSI-Heildeberg Universität-Max Planck Institute, 2009.
- AA.VV., *The Legitimacy of Philanthropic Foundations: United States and European Perspectives*, Russell Sage Foundation, New York 2006.
- ACEMOGLU, D. – ROBINSON, J., *Why Nations Fail. The origins of power prosperity and poverty*, Crown Books, 2013.
- ALLI TURRILLAS, J.-C., *Charities and Foundations in the U.S.A., England, Germany, France and Spain (differences and similarities in the governance, accountability and public control)*, Revista General de Derecho Público Comparado n° 12 (Julio 2014).
- , *Origen, crisis jurídica y cambios en ciernes en la regulación del sector no lucrativo de tipo «fundacional» en los EE.UU.*, Revista Española del Tercer Sector (RETS) n° 21 (Mayo-Agosto 2012).
- , *La fundación ¿una casa sin dueño? (gobierno, control público y responsabilidad de fundaciones en Inglaterra, EE.UU., Alemania y Francia)*, Iustel, 2012.
- , *Fundaciones y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 2010.
- ALLI TURRILLAS, J.-C. – MONTERO SIMÓ, M., *Las «private foundations» en Estados Unidos: una categoría fiscal*, en J. L. PIÑAR MAÑAS – S. MUÑOZ MACHADO (dirs.), *Anuario de Fundaciones 2013*, Iustel, Madrid 2014.
- ANHEIER, H. K., *Foundations in Europe: a Comparative Perspective*, en A. SCHLÜTER – V. THEN – P. WALKENHORST (eds.), *Foundations in Europe*, Bertelsmann Foundation & CAF-Directory of Social Change, London 2001.
- ARCHAMBAULT, F., *France: from jacobin tradition to decentralisation*, en L. M. SALAMON – H. K. ANHEIER et al., *Global Civil Society: Dimensions of the Non-profit Sector*, John Hopkins University Non profit sector series n° 12, Manchester University Press, New York 1999.
- BARON, E. – DELSOL, X., *Les fondations reconnues d'utilité publique et d'entreprise*, Juris Assotiation, Paris 2004.
- BLANCH, J. M<sup>a</sup>, *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho romano*, Dykinson & UIAM, 2007.
- BOULDING, K. E., *La economía del amor y del temor*, Alianza Universidad, 1973.
- BRODY, E. – CORDES, J., *Tax Treatment of NPO: A Two Edged Sword*, en E. T. BORIS – E. STEUERLE, *Non Profit Organizations and Government. Collaboration and Conflict*, Urban Institute, 1999.
- BRODY, E. – TYLER, J., *How Public is Private Philanthropy? Separating Reality from Myth*, The Philanthropy Roundtable, <sup>2</sup>2012.

- BROOKS, A. C., *Who Really Cares: The Surprising Truth About Compassionate Conservatism–America’s Charity Divide, Who Gives, Who Doesn’t, and Why It Matters*, Basic Books, Washington 2006.
- CABRA DE LUNA, M. A., *Perspectivas de futuro*, en *Tratado de fundaciones*, tomo II, Bosch, Barcelona 2007.
- CARPINTERO BENÍTEZ, F., *La crisis del Estado en la Edad postmoderna*, Aranzadi, 2012.
- CASTRO Y BRAVO, F. DE, *La persona jurídica*, Civitas, Madrid 1991.
- COLMEIRO, M., *Derecho administrativo español*, tomo I, 1850, Xunta de Galicia, 1995.
- COMBES, I. – LEMAISTRE, D., *Les Fondations et fonds de dotation. Constitution, gestion, evolution*, Juris Editions, 2011.
- CONSEIL D’ÉTAT, *Rendré plus attractif le droit des fondations, Étude adoptée par la Section de l’Intérieur et la Section du rapport et des études du Conseil d’État siégeant en section réunies les 27-28 novembre 1996*, en *La documentation française*, Paris 1997.
- D’ORS, Á., *Derecho privado romano*, Eunsa, Pamplona 1986.
- DURÁN RIVACOBIA, R., *El negocio jurídico fundacional*, Aranzadi, Pamplona 1996.
- , *La voluntad del fundador*, en AA.VV., *Fundaciones. Problemas actuales y reforma legal*, Aranzadi, 2011.
- EMBID IRUJO, J. M. – EMPARANZA SOBEJANO, A. (dirs.), *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, Marcial Pons, 2012.
- ETZIONI, A., *The Untapped Potential of the Third Sector*, en *Business and Society Review* 1 (1972), y en *La tercera vía hacia una buena sociedad. Propuestas desde el comunitarismo*, Trotta, Madrid 2001.
- EUROPEAN FOUNDATION CENTRE TASK FORCE, *Foundations in the European Union*, Brussels 2008 (www.efc.eu).
- FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, (1915), reed. por Comares, Colección Crítica del Derecho, Granada 2006.
- FISHMAN, J. J. – SCHWARZ, S., *Nonprofit Organizations. Cases and Materials*, Foundation Press & Thomson-West, Washington 2011.
- , *The Nonprofit Sector: Myths and Realities*, en *Pace Law Faculty Publications*, Paper 493 (2006).
- , *The Faithless Fiduciary And the Elusive Quest for Nonprofit Accountability 1200-2005*, Carolina Academic Press, Durham (NC) 2007.
- FLEISHMAN, J. L., *The Foundation. A Great American Secret (How Private Wealth is Changing the World)*, Public Affairs, New York 2007.

- FREMONT-SMITH, M. R., *Governing Nonprofit Organizations. Federal and State Law and Regulation*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge 2004.
- FUKUYAMA, F., *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*, Free Press, New York 1995.
- GARCÍA-ANDRADE, J., *La restructuración del sector público fundacional*, en *Anuario de Fundaciones 2012*, Iustel, 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Constitución, Fundaciones y sociedad civil*, RAP 122 (mayo-agosto 1990).
- , *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*, REDA 89 (enero-marzo 1996).
- GOMÁ LANZÓN, J., *Carta a las fundaciones españolas*, Pre-textos & Real Maestranza de Ronda, 2014.
- HALL, P. D., *A Historical Overview of Philanthropy, Voluntary Associations, and Nonprofit Organizations in the United States 1600-2000*, en W. W. POWELL – R. STEINBERG (eds.) *The Nonprofit Sector: A Research Handbook*, Yale University Press, New Haven 2006.
- , *Resolving Dilemmas of Democratic Governance. The Historical Development of Trusteeship in America 1636-1996*, en E. C. LAGEMANN, *Philanthropic Foundations*, Indiana University Press, Indianapolis 1999.
- , *Inventing the Nonprofit sector*, John Hopkins University Press, Baltimore 1992.
- HEIMANN, F. F. (ed.), *The Future of Foundations*, Columbia University Press, New York 1973.
- HELGE, T. L., *Policing the Good Guys: Regulation of the Charitable Sector Through a Federal Charity Oversight Board*, *Cornell Journal of Law & Public Policy*, vol. 19, n° 1 (2009).
- HELMHOLZ, R. – ZIMMERMANN, R., *Itinera Fiducia. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Duncker & Humblot, Berlín 1998.
- HOOGLAND DE HOOG, R. – SALAMON, L. M., *Purchase-of-Service Contracting*, en L. M. SALAMON (ed.), *The Tools of Government. A Guide to the New Governance*, Oxford University Press, 2002.
- HOPT, K. L. – VON HIPPEL, T. (eds.), *Comparative Corporate Governance of Non-profit Organizations*, Cambridge University Press, Cambridge (UK) 2010.
- JONES, G., *History of the Law of Charity 1535-1827* (1969), Cambridge University Press, Cambridge 2008.

- JORDAN, W. K., *Philanthropy in England, 1480-1660: A Study of the Changing Pattern of English Social Aspirations*, G. Allen & Unwin, London 1959.
- KEATINGE, R. R., *LLC and Nonprofit Organizations-For-profits, Nonprofit, and Hybrids*, Suffolk University Law Review, nº 42 (2009).
- LANG, R. – MINNIGH, E. C., *The L3c, History, Basic Construct, and Legal Framework*, en *Symposium: Corporate Creativity: The Vermont L3C & Other Developments in Social Entrepreneurship*, Vermont Law Review, nº 35 (Fall 2010).
- LÓPEZ-JACOISTE, J. J., *La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones*, Revista de Derecho Privado 49 (1965).
- LORENZO, R. DE – PIÑAR, J. L. – SANJURJO, T., *Reflexiones en torno a las fundaciones y propuestas de futuro*, en J. L. PIÑAR MAÑAS – S. MUÑOZ MACHADO (dirs.), *Anuario de Fundaciones 2011*, Iustel, 2011.
- MALUQUER DE MOTES, C., *La fundación como persona jurídica en la Codificación civil: de vinculación a persona (estudio de un proceso)*, Publicaciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona 1983.
- MARTÍN SANTIESTEBAN, S., *El instituto del «trust» en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del «civil law»*, Thomson Aranzadi, 2005.
- MCGARVIE, M. D., *The «Dartmouth College» Case and the Legal Design of Civil Society*, en L. J. FRIEDMAN – M. D. MCGARVIE, *Charity, Philanthropy and Civility in American History*, Cambridge University Press, 2003.
- NART, I., *La fundación*, Revista de Derecho Privado, tomo XXXV, nº 411 (junio 1951).
- NASON, J. W., *Foundation Trusteeship. Service in the Public Interest*, The Foundation Centre, NY 1989.
- NIETO, A., *La «nueva» organización del desgobierno*, Ariel, 1996.
- O'NEILL, M., *Non Profit Nation. A New Look at the Third America*, Jossey-Bass, San Francisco, 2002.
- PAZ-ARES, C., *Ánimo de lucro y concepto de sociedad (breves consideraciones acerca del artículo 2.2. LAIE)*, en *Derecho mercantil de la CEE. Estudios en homenaje al profesor José Girón Tena*, tomo III, Civitas, Madrid 1991.
- PÉREZ DÍAZ, V., *El retorno de la sociedad civil. Respuestas sociales a la transición política, la crisis económica y los cambios culturales de España 1975-1985*, IEE, Madrid 1987.
- PIÑAR MAÑAS, J. L. – REAL PÉREZ, A., *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Banco de Santander & Marcial Pons, Madrid 2001.

- POMEY, M., *Traité des fondations d'utilité publique*, Presses Universitaires de France (PUF), Paris 1980.
- PRILLER, E. et al., *Global civil society. Dynamics of the non profit sector*, en *The Third Sector in Germany*, CCSS, Baltimore 1999 (<http://www.ccss.jhu.edu/pdfs/Publications/overview.pdf>).
- RUBIO GUERRERO, J. J. – SOSVILLA RIVERO, S. – MÉNDEZ PICAZO, M<sup>a</sup> T., *El sector fundacional en España. Atributos fundamentales (2008-2012)*, 2º informe, Asociación Española de Fundaciones & Instituto de Análisis de Fundaciones, Madrid 2014.
- SÁEZ DE MIERA, A., *La sociedad necesaria*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1992.
- SALA ARQUER, J. M., *El nuevo Derecho público de las fundaciones privadas*, en *Fundaciones. Problemas actuales y reforma legal*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011.
- SALOMON, J., *Rambam's Ladder. A meditation on generosity and Why it is necessary to give*, Workman Pub, NY 2003.
- SANDEL, M., *Democracy's discontent. America in search of a Public Philosophy*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge 1996.
- SIDEL, M., *The «federalization» problem and Non Profit Self-regulation*, Kentucky Law Journal 99 (2010/2011).
- SIEVERS, B. R., *Civil Society, Philanthropy and the Fate of Commons*, Tufts University Press, 2010.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *Estudio previo*, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, ELE & Marcial Pons, Madrid 1995.
- VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, Valladolid 1969.
- WARBURTON, J., *Tudor on Charities*, Sweet & Maxwell, London 9th edition 2003.
- WARE, A., *Between Nonprofit and State: Intermediate Organizations in Britain and the United States*, Politi Press, 1989.