

## LAS FUNDACIONES DESDE EL DERECHO PÚBLICO

JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La publicación de las fundaciones en el antiguo régimen.*—III. *Los establecimientos de beneficencia particular como organismos públicos.*—IV. *El régimen jurídico público de las fundaciones.*—V. *Liberalización económica y presión fiscal.*—VI. *El derecho de fundación como ejercicio privado de funciones públicas y posibilidades que de ello se derivan.*

### I. INTRODUCCIÓN

Al igual que la gente que saluda a su familia y amigos cuando tiene la oportunidad de acceder a la radio o la televisión, quiero comenzar este ciclo de conferencias que organiza la Universidad Nacional de Educación a Distancia, recordando a los dos grandes fundadores que ha habido en mi vida.

En primer lugar, a don Pedro González de Mendoza, hijo del Marqués de Santillana, Cardenal Arzobispo de Toledo que, en 1484, fundó el Colegio Mayor de Santa Cruz en la Universidad de Valladolid, para

«alabanza y gloria de Dios omnipotente, y de la Beatísima Virgen, su Madre, y para bien universal de los hombres, pero sobre todo de aquellos que aunque dotados de ingenio y ansiosos de saber las buenas artes, no pueden consagrarse al cultivo de las letras ni salir adelante en su empeño por su pobre condición y escasos medios de fortuna, y a cuyas dotes espirituales se opone la pobreza de su casa; para estos especialmente hemos fundado y edificado este

---

\* Catedrático de Derecho Administrativo.

nuestro Colegio, que ha de ser amparo de escolares pobres en esta noble ciudad de Valladolid, junto a nuestra iglesia mayor, y la hemos ennoblecido con el nombre de la Santa Cruz, que es el título de nuestro cardenalato».

Casi cinco siglos después, yo tuve el inmenso privilegio de obtener una beca en el Colegio Mayor de Santa Cruz, lo que me permitió vivir en el hermoso edificio renacentista que terminara de edificar Mendoza en 1492. Allí cursé mis estudios de licenciatura y doctorado y allí nació mi pasión universitaria, mi único patrimonio; circunstancias éstas que me ligan con una impagable deuda de gratitud con el Cardenal, deuda de la que en este momento hago acto de público reconocimiento a la vez que ruego a Dios por el eterno descanso de su alma, como pidió que hicieran sus colegiales.

Quiero recordar también a un fundador de nuestros días: Alfonso Martín Escudero, creador de la institución que lleva su nombre, fundación de la que soy uno de sus patronos por designación testamentaria, y a la que dotó con una inmensa fortuna conseguida en sus actividades empresariales en España y el Brasil. No fue precisamente Alfonso Martín Escudero un hombre de formación renacentista, pródiga en latines, manejo de las armas y juegos de corte, sino un auténtico «self made man», un hombre sin estudios, que se hizo a sí mismo en la brega diaria de la empresa y los negocios, que pasó para salir adelante por los más duros, humildes y comprometidos trabajos, pero que como los grandes Cardenales del Renacimiento tenía la misma preocupación por la formación de los hombres en la excelencia. Recuerdo que en una ocasión me confió que uno de sus proyectos a través de la fundación era crear una escuela para presidentes del Gobierno. Murió sin poderlo hacer, pero yo les prometo a ustedes que si Dios me da vida y consigo hacerme algún día con el control del Patronato de la Fundación Alfonso Martín Escudero —lo que no será nada fácil—, llevaré la voluntad del fundador hasta sus últimas consecuencias, y esta pobre España, esta España nuestra, contará con esa escuela en la que formar dirigentes capaces de cubrir con dignidad y solvencia las plazas de presidentes de Gobierno de la nación, pero también los puestos de *lendakaris* y demás presidentes autonómicos, que buena falta les hace a todos ellos.

Pero, en fin, dejemos, como diría mi maestro de Derecho penal Don Juan del Rosal, la ladera fáctica de la asignatura de las fundaciones y apliquémonos a teorizar desde el derecho que le es aplicable.

Y en ese plano de la teoría jurídica quisiera comenzar anticipando la tesis de que las fundaciones, en cuanto organizaciones que gestionan un patrimonio afectado a intereses generales o públicos, no son, como sostienen notarios, privatistas e ilustres administrativistas, entes privados sujetos a una anormal y axfisiente intervención administrativa, sino, por el contrario, entes públicos que simplemente tienen un origen privado y que, por consiguiente, constituyen

un supuesto de lo que en Derecho administrativo consideramos como un ejercicio privado de funciones públicas.

Esto es exactamente lo que yo siento cuando ejerzo mis funciones y responsabilidades de patrono en la fundación Martín Escudero. Soy, un particular que voluntariamente se ha responsabilizado de tareas colectivas, ni más ni menos que un ejerciente privado de funciones públicas y por ello no muy distinto de un concejal de los antiguos ayuntamientos; y me he referido a los antiguos cargos municipales porque hasta hace dos décadas sólo percibían emolumentos los alcaldes de Madrid y Barcelona y desde ese tiempo acá se han incorporado a las nóminas públicas todos los alcaldes y concejales de los cerca de nueve mil ayuntamientos españoles, con un terrible coste que no es este el momento de lamentar, porque lo único que me interesa ahora resaltar y decirles a ustedes es que, como patrono de una fundación cultural, me considero, me siento igual que un concejal de cultura, pero sin sueldo.

Un organismo u organización es pública y se distingue de la privada básicamente por el criterio de la afectación, igual, exactamente igual que los bienes de dominio público se distinguen de los bienes privados por su afectación a un uso o servicio público. Por el criterio de la afectación distinguimos los bienes públicos de los privados y así calificamos de públicas a las aguas, a las minas o a la zona marítimo-terrestre, a las carreteras y caminos. Cuando esos bienes se desafectan de aquella finalidad general o pública consideramos que no son ya públicos, sino privados.

Calificar algo de público no es degradante, porque a una finalidad pública están afectadas incluso las personas o una familia, y recibir así el máximo de los honores, el de la realeza. La más exacta definición de la corona es justamente a través del criterio de la afectación de una familia, la familia real, a una función pública: la de ejercer de por vida y por los siglos de los siglos la jefatura del Estado. Por eso decimos que el Rey es de todos, que nos importa y que tenemos derecho incluso de opinar sobre su vida privada, y que podemos y debemos dar, a través de nuestros representantes, el consentimiento para los matrimonios reales como establece el artículo 57.4 de la Constitución.

No de otra manera que a través del criterio de la afectación a una finalidad pública o privada se delimitaron en el Derecho Romano las fronteras entre el Derecho público y el privado. En las Instituciones de Justiniano se define el Derecho público de esa forma: «*ius publicum est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*», lo que en romano paladino significa que es privado lo que afecta a la utilidad singular, la de cada cual, y público lo que está afectado a la utilidad de todos.

Si las fundaciones están afectadas a la utilidad general, al bien de todos —y nunca jamás en nuestros días, aunque si históricamente, a la utilidad de

una familia o un particular—, es porque son organizaciones u organismos públicos.

Con esta calificación no pretendemos, ¡Dios nos libre!, llevar la contraria a la idea de la sociedad necesaria, que postula el retroceso del Estado y mayor protagonismo social, ideas que tan brillantemente han defendido, entre otros, Pérez Díaz y Antonio Sáez de Miera. Todo lo contrario: ampliando la nómina de organismos públicos, pero de origen social, financiados con dinero privado y gestionados por patronos o «concejales sin sueldo», estamos haciendo retroceder al Estado como organización burocrática. La potenciación del ejercicio privado de funciones públicas, como es el caso de las fundaciones, es justamente la vía más adecuada para desburocratizar la vida moderna, sin desatender los objetivos sociales y comunitarios que demanda la solidaridad.

Todo lo contrario justamente de lo que se hace cuando se someten los entes públicos territoriales (Estado, Comunidades Autónomas y Entes locales) al Derecho privado, es decir, cuando se disfrazan de lagarteranas, de sociedades anónimas o de entes públicos sujetos al Derecho privado para el ejercicio de funciones publicas, según fórmulas previstas en el artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria, y todo ello para utilizar los dineros públicos como propietarios irresponsables, que no se juegan su dinero, sin el control propio del Derecho público. Como se comprende, esto no es desestatalizar, no es privatizar, no es reducir el Estado, porque no se vende ni se traspasa nada al sector privado; esto es sencillamente un gran carnaval, es un baile de máscaras en el que se manejan los dineros del presupuesto, los dineros públicos, como el dueño de un cortijo maneja su finca: con total discrecionalidad e irresponsabilidad, porque al fin y al cabo se dispara con dinero de todos, con pólvora del rey, pero sin que esté detrás el ojo de éste ni el control de sus fiscales, que es lo que se persigue y lo que ocurre cuando los entes públicos abandonan el Derecho Público por el Derecho privado.

Pero volvamos a las fundaciones. Intentemos mostrar que realmente han sido organismos públicos de origen privado y que esta fórmula es la más conveniente para resolver los dos grandes problemas que hoy día tienen planteados: la sujeción de su actividad al impuesto de sociedades y la tan pesada y asfixiante como a veces inútil intervención que el protectorado ejerce sobre ellas. Sólo ciertamente desde esa consideración de organismos públicos será posible defender constitucionalmente la exención impositiva y sólo desde esa caracterización se entenderá la sustitución del protectorado burocrático-funcionario por fórmulas de autocontrol en el que participen las fundaciones corporativamente organizadas. Ninguna de estas graves cuestiones se resolverá si mantenemos a las fundaciones en la permanente dialéctica entre lo privado y lo público; todo lo más que se conseguirá es que las fundaciones se desgarran aun más en esa tensión aparentemente irreconciliable entre su origen particular y su destino colectivo. Por ello merece la pena que intentemos salir de esa ten-

sión y lidiar esos dos toros, el del gravamen fiscal y del control burocrático de las fundaciones, en esta otra plaza del Derecho público.

Ciertamente las grandes fundaciones, es decir, las fundaciones propiamente dignas de este nombre, aquellas que implican la una dotación patrimonial de importancia y la creación de una organización permanente al servicio de fines de interés general, y que gestionaban establecimientos de beneficencia docentes y culturales, funcionaron ya como organismos públicos en su creación y praxis en el antiguo régimen. Esta publicación, casi estatalización, llega al máximo rigor con la Ley de Beneficencia de 1849 y legislación decimonónica, porque sencillamente se suprimen las fundaciones privadas y no se contemplan más que las públicas en favor de personas indeterminadas; el estatalismo se atempera con la Ley General de Educación y el Reglamento de 1972 y, en fin, la Constitución de 1978, al reconocer el derecho de fundación, no está haciendo otra cosa que permitir el ejercicio privado de funciones públicas a través del derecho a la participación en la vida pública que se reconoce en los artículos 9 y 23; porque ciertamente no es ni adecuado, ni conveniente, tratar las fundaciones como una materia de Derecho privado.

El derecho a fundar es, por el contrario, un Derecho público a participar en el ejercicio las funciones públicas, creando organizaciones afectadas al interés general, participación que tiene dos titulares ejercientes: el titular que concibe y diseña y además dota a la fundación, y los patronos que de forma desinteresada la sostienen con su trabajo y con la asunción de la consiguiente responsabilidad; un derecho a participar en el ejercicio de funciones públicas que está abierto a todos los ciudadanos a través de esos dos roles de fundador y de patrono; un derecho, sin embargo, que no pertenece a la vanguardia de los derechos humanos, al grupo de los especialmente protegidos que son los aludidos en el artículo 53 de la Constitución.

Lo dicho tiene además una confirmación en la historia jurídica de las fundaciones.

## II. LA PUBLIFICACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN EL ANTIGUO RÉGIMEN

En el Antiguo Régimen el carácter público de las fundaciones en sentido propio, es decir, las que dan origen a establecimientos asistenciales en favor de personas indeterminadas, no las vinculaciones familiares u otros géneros menores de vinculación de bienes, es indiscutible, si consideramos el caso de algunas que pasan por ser las fundaciones más representativas como las Universidades y los Colegios Mayores y los Hospitales Reales.

La naturaleza de organismos o establecimientos públicos de las Universidades, al menos las grandes Universidades castellanas, Salamanca, Valladolid y Alcalá, se manifiesta ya en su creación que requiere un acto o licencia real y la bula pontificia para la enseñanza de la teología. Público es el régimen de su funcionamiento, la elección de cargos, la disciplina que a través del fuero privilegiado se someten los miembros de la comunidad universitaria, el régimen de sus bienes y el control al que les sujeta el Consejo de Castilla.

Aunque con un menor grado de publicación, los Colegios Mayores son, «ab initio», establecimientos públicos benéficos docentes, diríamos ahora, fundados por los grandes prelados y cardenales y que nacieron de actos de poder público, bulas pontificias y permisos reales. Así se creó el Colegio de San Clemente de los Españoles de Bolonia, fundado en el siglo XIII por el Cardenal Gil de Albornoz, y así surgieron a su semejanza los seis grandes Colegios Mayores castellanos: San Bartolomé de Salamanca y Santa Cruz de Valladolid fundados en el siglo XV; y en el siglo XVI el de San Ildefonso de Alcalá, y los de San Salvador o de Oviedo, el del Arzobispo Fonseca y el de Cuenca en Salamanca<sup>1</sup>.

Pues bien, estas fundaciones, cuyo origen con aportación de bienes privados y rentas civiles y eclesiásticas, pero mediante concesión real y pontificia, revelarán de inmediato su naturaleza pública en el mismo acto fundacional donde se les dota de privilegios exorbitantes del derecho común entre los que destaca la exención de todo tipo de impuestos. Su naturaleza de organismos públicos se revela asimismo a través de la constante intervención real en su gobierno que se institucionaliza en el siglo XVI mediante la constitución de una Junta de Colegios Mayores en el Consejo de Castilla, que constituye, a la par que el primer antecedente de un protectorado administrativo, un ejemplo de autoadministración fundacional ¿¿¿FALTA ORIGINAL??? forma aun cuando no fuese más que por estas solas consideraciones, se miraría siempre como muy importantes y sería muy aplaudida la enajenación de dichas fincas en manos activas y contribuyentes».

Este proceso desamortizador se plasma en los cuatro decretos firmados por Carlos IV el 19 de septiembre de 1798. El primer decreto se refiere a las fundaciones laicales y a las Fundaciones eclesiásticas, pero con diferente criterio para unas y otras. Con referencia a las primeras, el Real Decreto ordena la enajenación de «todos los bienes raíces pertenecientes a hospitales, hospicios, casas de misericordia, de reclusión y de expósitos, cofradías, obras pías y patronatos de

---

<sup>1</sup> Como es sabido, los colegiales mayores castellanos, como grupo, a pesar de su exiguo número, pues las becas no pasarían nunca entre todos los Colegios de unas ciento cincuenta, protagonizarían la más formidables aventuras de poder que jamás fundaciones no secretas llevarían a cabo en la historia de España. El poder e importancia de estas fundaciones a través de la influencia de los colegiales en los Consejos Reales es tal en el siglo XVIII, que la reforma borbónica de la Universidad se hace precisamente contra la casta colegial y en parte también el proceso de centralización de la nueva administración que suponen los intendentes y las secretarías de despacho es una forma de marginar el poder de los Consejos en manos de los colegiados mayores.

legos, poniéndose los productos de estas ventas, así como los capitales de los censos que se redimiesen, pertenecientes a estos establecimientos y fundaciones, en mi Real Caja de Amortización». Por lo que se refiere a las fundaciones eclesiásticas, el Real Decreto se limita a invitar a los prelados para que enajenasen los bienes «correspondientes a capellanías colativas y otras fundaciones eclesiásticas, poniendo su producto en la Caja de Amortización». Otros dos decretos regulaban la venta de bienes de la extinguida Compañía de Jesús y de los Colegios Mayores. El cuarto Decreto se refiere a los poseedores de mayorazgos, vínculos y otros títulos en los que se suceda por el orden que se observa en los mayorazgos de España, concediendo a tales poseedores la facultad de enajenar sus propiedades raíces con tal que impusieran el valor líquido en la Caja de amortización, bien entendido que la venta no lesionaba a los dueños, el clero y la nobleza, por cuanto la venta atendía al mismo tiempo a los dos importantes objetos, de «conservarse íntegras las vinculaciones y con ellas el lustre de las familias a las que pertenecen y restituirse las haciendas al cultivo de propietarios activos virtuosos». Al subir al Trono, Fernando VII no varió el rumbo de su padre y no paró la desamortización. Tampoco las Cortes de Cádiz se hicieron eco de la petición formulada por Reguera Valdelomar, que pretendía que las Cortes decretasen la nulidad de las enajenaciones de bienes de obras pías, hospitales y otros cuerpos eclesiásticos, deshaciendo los efectos del Real Decreto de 1798<sup>2</sup>.

Esta apropiación de los Borbones y sus ilustrados ministros de las grandes fundaciones docentes de la España Imperial demuestra hasta qué punto no había consideración alguna sobre su presunto carácter de entidades privadas y hasta qué extremo el informe Turgot y las ideas de la enciclopedia estaban siendo aplicadas en España por su Majestad Católica, sobre todo cuando sirven a su voracidad recaudatoria. Los reyes se consideran en cualquier caso dueños y patronos de cualquier fundación no familiar ni estrictamente eclesiástica.

### III. LOS ESTABLECIMIENTOS DE BENEFICENCIA PARTICULAR COMO ORGANISMOS PÚBLICOS

Los liberales, como antes los ilustrados e enciclopedistas, rechazaron las fundaciones realmente privadas que sirvieran fines generales, pues no admitían

---

<sup>2</sup> Dice DE LORENZO GARCÍA, Rafael, *El nuevo derecho de fundaciones*, Once-M. Pons 1993, que fenómeno desamortizador en el Antiguo Régimen, dejando aparte algunas disposiciones timidamente desamortizadoras de Carlos III, que tuvieron escasa eficacia, viene representado por la que ha llamado Richard Herr («Hacia el derrumbe del Antiguo Régimen: crisis fiscal y desamortización bajo Carlos IV», *Moneda y Crédito*, septiembre de 1971), la primera gran desamortización de la historia de España, y que tuvo lugar durante el reinado de Carlos IV y bajo la dirección de Godoy, mediante las disposiciones que se comentan en el texto.

más que el Estado de una parte y sector privado de otra, pero con libre circulación de bienes y en régimen de libre competencia. En este rígido esquema no tienen sitio las fundaciones, fomentadoras de la «sopa de los conventos», lo que ahora llamaríamos los parados que, además, no quieren trabajar; como tampoco la tienen las asociaciones o corporaciones de carácter particular, prohibidas y penalizadas desde la Revolución francesa por la Ley Le Chapelier, haciéndose cargo el Estado de toda la labor asistencial y educativa que antes estaba en manos de las fundaciones y de la iglesia.

Es en ese clima, rigurosamente antifundacional, donde la legislación muestra que las fundaciones se conciben únicamente como algo propio del sector público y no como organismos privados. Lo mismo, exactamente igual, que ocurrió en materia de corporaciones y asociaciones que la Ley Le Chapelier prohibió bajo sanción penal en 1791 lo que llevó a admitir únicamente la creación de corporaciones públicas, como es el caso de las Cámaras de Comercio, creadas por Napoleón en 1803, dándose como establecimientos públicos.

Pues bien, nótese, en primer lugar, que la Ley de 11 de octubre de 1820, dispuso la disolución de cualquiera fundaciones privadas<sup>3</sup>. Pero a la vez que dispuso la disolución de las fundaciones existentes, la Ley de 1820 es una prohibición formal de volver a constituir estas entidades como entes privados: «nadie —decía— podrá en lo sucesivo, aunque sea por vía de mejora ni por otro título ni pretexto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía ni vinculación alguna sobre ninguna clase de bienes, ni prohibir directa o indirectamente su enajenación. Tampoco podrá nadie vincular acciones o sobre bancos u otros fondos extranjeros».

Prohibidas las fundaciones privadas, resulta que la fundación sólo puede nacer al amparo de la Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849, que distingue dos tipos de establecimientos de beneficencia, los de propiedad del Estado y sufragados con cargo a sus presupuestos y «los particulares si cumplieren con el objeto de la fundación, que se costeen exclusivamente con fondos propios, donados o legados por los particulares, cuya dirección y administración esté

---

<sup>3</sup> En consecuencia, suprimió los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualesquiera otra específica, de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros o de cualquiera otra naturaleza, los cuales se restituyen ahora a la clase de absolutamente libres. Hay una apropiación de estos bienes, que se declaran libres para los patronos de sangre, los patronos que son de la familia del fundador; y cuando no hay patronos de sangre, hay una conversión de estos bienes en bienes nacionales y su puesta en subasta pública. Se ha afirmado que en base a este precepto se produce incluso la extinción de las Universidades, y por supuesto las obras pías, especialmente tuteladas por la iglesia, todos los patronatos, todas las fundaciones que operaban como vinculaciones de bienes, patrimonios afectos a una finalidad, regidos por unos patronatos, todos esto desaparece, en la enorme sima histórica que abre este precepto.

confiada a Corporaciones autorizadas por el Gobierno para este efecto, o por patronos designados por el fundador».

Esta calificación de las fundaciones-establecimientos como establecimiento particular no significaba otra cosa que se trataba de un establecimiento no estatal, pero no que fuera un ente jurídico privado y dueño de su actividad y destino. La propia Ley, y en función de la afectación común a una utilidad pública que comparten por igual los establecimientos estatales y los particulares, establece el mismo régimen de inspección y visitas para los públicos como para los particulares, un poder sólo justificado por una relación muy cercana a la subordinación jerárquica, porque está fundado en la «autoridad omnímoda de los representantes del Gobierno, sobre todo cuanto tenga relación con examinar el estado económico del establecimiento, la regularidad de su administración y el cumplimiento de las obligaciones a que por su reglamento se haya consagrado»; asimismo, unos y otros establecimientos se sujetan al mismo régimen de presupuestos y cuentas y, en fin, es el mismo el régimen de supresión, agregación, o segregación de sus rentas en todo o en parte, régimen que se aplica a los públicos y los particulares cuyo objeto haya caducado o no pueda llenarse cumplidamente por la disminución de sus rentas.

Si a esta absoluta identidad de rasgos entre los establecimientos de beneficencia públicos y las fundaciones de beneficencia particular agregamos el dato de que posteriormente se impone la obligación de sustitución de los bienes físicos, incluida la casa del fundador, del dinero incluso que constituye la dotación fundacional, por láminas intransferibles del Estado, tendremos el cuadro completo y definitivo de un organismo público, ya que esa conversión equivalía a expropiarlas de sus bienes y a incluirlas en nómina, a crear un dependencia perpetua de los presupuestos públicos como si la fundación fuera uno más de los establecimientos públicos o de los órganos administrativos que tiene asignada su correspondiente consignación anual en los presupuestos generales del Estado. Las fundaciones fueron económicamente «laminadas» en el sentido más peyorativo de esta expresión.

Asimismo, se determina la gratuidad de los cargos a fin de evitar por esta vía nuevas vinculaciones, finalidad a la que obedece asimismo la prohibición de que las prestaciones se establezcan en favor de colectivos determinados.

Sobre la base de todos estos rasgos es natural que al clasificar las personas jurídicas el Código civil de 1889 contemple, de una parte, las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público, y, de otra, las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales; es decir, que no existen para el Código civil las fundaciones privadas y que las de interés público se alinean con las corporaciones, las cuales constituyen un género netamente público, la Administración territorial o corporativa. Hay que decir que este precepto no puede comprenderse desde el Derecho privado, sino desde el Derecho público y en concreto desde la filosofía anticorporativa que, como antes diji-

mos, se plasma en la Ley Le Chapelier de 17 de marzo de 1791 y en la legislación contra las fundaciones que inicia la Ley francesa de 1749, así como en sus correspondientes traducciones españolas. Estas normas que impiden o prohíben la asociación y la fundación particular todavía están vigentes en Francia cuando se aprueba nuestro Código civil, pues la ley francesa reguladora del derecho de asociación es de 1901. El Código civil, pues, no hace otra cosa que reflejar una idea capital del sistema jurídico francés de la época: que no caben más corporaciones asociaciones o fundaciones que las propiamente públicas.

#### IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO PÚBLICO DE LAS FUNDACIONES

Todavía hay otros rasgos que con posterioridad van a hacer perfectamente asimilable la actividad de las fundaciones a los entes públicos asistenciales.

Se trata, en primer lugar, de que su actividad de servicio o prestación se rige por la misma regla que aquéllos, la de la gratuidad o, en todo caso, que no es posible el ánimo de lucro.

En segundo lugar, es notable que las prestaciones de las fundaciones hayan de ser otorgadas, no con la discrecionalidad que los privados otorgan sus favores a otros particulares, sino con arreglo a criterios de justicia de la misma manera que se dispensa la actividad prestacional de los servicios públicos que se atribuye a los administrados no discrecionalmente, sino a través de reglas predeterminadas, bien en función de la ecuanimidad, el mérito, la capacidad o la necesidad de los beneficiarios o según el régimen de cola, es decir, el orden de las solicitudes.

En tercer lugar, en las fundaciones concurre el rasgo público inequívoco de sujeción cuasi-jerárquica al protectorado y que se manifiesta en las facultades que éste pretende y ejerce sobre los patronos a los que se permite destituir como si de funcionarios se tratara. ¿Acaso se permitiría que la Administración se atribuyera esta misma facultad sobre los miembros de un Consejo de administración de una sociedad anónima o de una asociación?

#### V. EL DERECHO DE FUNDACIÓN COMO EJERCICIO PRIVADO DE FUNCIONES PÚBLICAS Y POSIBILIDADES QUE DE ELLO SE DERIVAN

Sobre todos estos rasgos públicos inequívocos, la Ley General de Educación y el Reglamento de 1972 iniciaron una significativa liberalización en la admi-

nistración del patrimonio de las fundaciones y en su actividad, liberalización que compensará inmediatamente esa cesión de libertad con una carga formidable: la sujeción de la fundación al sistema tributario general y en particular al impuesto de sociedades. Lo ganado por lo servido.

Las fundaciones, en definitiva —y salvo las que se liberan de la intervención a través de las «cláusulas de a fe y con ciencia» y mediante la irrevocabilidad de la fundación si interviene el protectorado, cláusulas cuya validez acabó reconociendo la jurisprudencia y el propio Reglamento de 1972—, siguen ahora, como siempre, excesivamente controladas y económicamente asfixiadas, en proceso de descapitalización. El impuesto ha sustituido a la antigua obligación de convertir los bienes en láminas intransferibles de la deuda, situación a la que nos ha llegado esa infernal dialéctica de oposición entre lo privado, el origen o acto fundacional, y lo público, la afectación de la fundación a fines de interés general.

De esta situación no nos sacan los proyectos de ley de fundaciones y de mecenazgo que insisten en esa visión contrapuesta de lo público y lo privado y que perfeccionan más o menos, que simplemente ponen al día, las viejas técnicas de control administrativo y de asfixia fiscal.

Pues bien, de aquí sólo es posible librarse mediante un planteamiento que afirme el carácter público de las fundaciones desde sus rasgos estructurales claramente públicos, como queda dicho y desde un nuevo posicionamiento en el sistema constitucional.

Porque lo importante y decisivo no es que el artículo 34 de la Constitución reconozca el derecho de fundación, lo importante es que este derecho tiene en el derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos, que reconocen los artículos 9 y 23, un título legitimante para estar por derecho propio en el campo de lo público y recibir en consecuencia un trato distinto, radicalmente diverso, de las personas privadas.

Porque merece la pena recordar que los títulos legitimantes para el ejercicio de funciones y servicios públicos son, además de la elección, el mérito y la capacidad, así como la participación ciudadana directa en los asuntos públicos, todos ellos, insisto, modos, o formas, o maneras democráticas de estar en lo público con absoluta y plena legitimación constitucional. Así, el poder judicial, como el funcionariado, no se legitiman en el sistema electivo; pero, sin embargo, es tan constitucionalmente legítima y democrática la actuación de un juez como la de los diputados o senadores que se alojan en el poder legislativo o que sirven al ejecutivo, tan constitucionalmente legítima como la actividad pública de los alcaldes y concejales; y lo mismo puede decirse de los funcionarios que no están en el Estado como invitados incómodos a los que se tolera por la clase política o a los que se puede desplazar a capricho, sino que han entrado en aquél por la ancha puerta constitucional del principio del mérito y la capacidad

para el ejercicio de funciones públicas que como derecho fundamental proclama el artículo 23 de la Constitución.

Insisto, por ello, en que las fundaciones tienen el máximo «status» político no desde el artículo 34, no desde el Derecho privado, sino desde el Derecho público, desde ese Derecho público subjetivo que establece el artículo 9 de la Constitución, de exigir de los poderes públicos que faciliten la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Y esto no es sólo un principio constitucional, sino un derecho fundamental que el artículo 23 sitúa al mismo nivel que la participación de los ciudadanos a través del cauce del sistema electivo y de la vía del mérito y la capacidad: «los ciudadanos —dice este precepto— tienen derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones o cargos públicos».

Pues bien, la participación en las tareas públicas tiene diversas manifestaciones: orgánicas unas, como la participación de particulares o representantes de intereses colectivos en órganos colegiados públicos o administrativos, comisiones mixtas, etc., procedimentales (trámites de información pública, de audiencia a interesados, etc.), y esa participación de los ciudadanos en las tareas y funciones públicas llega hasta el reconocimiento de un poder normativo directo a los grupos sociales, al margen del sistema parlamentario, como ilustra el ejemplo de los convenios sindicales, verdaderas fuentes del derecho creadas por los representantes sindicales y empresariales, al margen del sistema de representación política y del monopolio por éste de la función legislativa.

En todo caso, ese derecho a la participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos tiene su manifestación más señera, más integral y completa, en la posibilidad de crear organismos de interés general. Como dice el artículo 34: «Se reconoce la fundación para fines de interés general, lo que habilita a fundadores y patronos para llevar a cabo directamente, libremente tareas de interés público sin pagar el peaje de articular su actividad en los organigramas del Estado».

Esta nueva perspectiva permite cuestionar la articulación burocrática del sistema de protectorado, concebido como una acción de limitación o de policía del Estado sobre entes privados

Si las fundaciones son entes públicas creadas por los particulares, como es el caso también de los Colegios profesionales y de las Cámaras Oficiales, el Estado debe hacerles no una menor, sino una mayor confianza, y buscar alternativas al viejo protectorado, inspiradas en la más clásica noción de la actividad de policía o limitación.

Una primera alternativa puede ser la de utilizar el modelo de administración corporativa, constituyéndose al efecto una o varias corporaciones de fundaciones. La corporación pública es ante todo una técnica de autodisciplina, que sirve de alternativa a la actividad de policía directa desde el Estado, como ilustra el modelo del colegio profesional. Esto permitiría desburocratizar, liberar a las Administraciones públicas de la responsabilidad directa sobre el protectorado, que se ejercería por las propias fundaciones en régimen de autoadministración y sin coste directo sobre los presupuestos, reduciendo el control del Estado a un segundo nivel, a una alta inspección sobre esta corporación de fundaciones.

Si no se estimare así, al menos habría que postular la modificación del protectorado actual, que podría ser desempeñado a través de la fórmula orgánica de las Administraciones independientes. Esta modificación permitiría dulcificar la rigidez burocrática actual, dotándola de mayor independencia con la incorporación a los órganos rectores del protectorado de personas de reconocido prestigio en el ámbito del mecenazgo, técnica ésta de incorporar instancias y representaciones sociales a las tareas públicas que ya estaba en la vieja Ley de 1849, que configuró las Juntas de Beneficencia.

Pero no todo ha de ser aflojar la supuesta actual disciplina y el control sobre las fundaciones. Éstas son una pieza delicada porque suponen la administración de bienes por terceras personas sobre las que debe recaer la misma desconfianza que es justo y lícito expresar sobre los que manejan fondos públicos. Por ello hay que reforzar en otros frentes la protección y control de las fundaciones frente a sus gestores, que ahora se concreta en una técnica de corto alcance, la de responsabilidad civil de éstos. Esto es muy poca cosa, pues hay que tener en cuenta que los poderes del protectorado de poco sirven, son inútiles, porque no tienen una potestad sancionadora sobre aquellos gestores y va a perder, si sigue adelante el Proyecto de Ley que ha decaído por disolución de las Cortes en mayo de 1993, y ya lo ha perdido en las leyes autonómicas, el poder de destitución de los patronos. Por ello se impone completar estos mecanismos defensivos del patrimonio fundacional frente a sus gestores desde la consideración de los bienes fundacionales en cuanto afectos a una utilidad pública como bienes públicos, y desde aquí organizar una protección penal y reforzar la civil permitiendo la legitimación procesal de los beneficiarios, entre otras medidas. Desde el Derecho privado la fundación es únicamente un patrimonio sin dueño gestionado «ad eternum» por unos fiduciarios a los que no se puede fiscalizar adecuadamente.

Desde esa instalación de las fundaciones en el Derecho público se puede también dar una respuesta más coherente al problema fiscal. Porque si las fundaciones son organismos públicos, deja ya de tener sentido, y no como una excepción en favor de un contribuyente privado, la imposición fiscal. Si las fundaciones son organismos públicos o establecimientos públicos se refuerza la dialéctica defensiva frente al impuesto, pues han de ser tratadas igual, exacta-

mente igual que los entes que forman parte de la administración corporativa, como las cámaras oficiales o los colegios profesionales o las federaciones deportivas. ¿Y por qué no igual también que los ayuntamientos o los organismos autónomos que cumplen funciones asistenciales de naturaleza similar?

La exención fiscal plena no significa, sin embargo, que las fundaciones puedan impunemente caer en la competencia desleal, llevando la exención fiscal al ejercicio de las actividades lucrativas industriales o comerciales que de forma empresarial la fundación acometa y tengan o no relación con la actividad fundacional. Pero este deslinde de campos entre actividades exentas y actividades sujetas a imposición ya no es ningún problema, porque está hecha ya para para los entes públicos en el que es posible distinguir y separar su actividad asistencial, primero; de la gestión ordinaria de su patrimonio; en segundo término, y de aquellas otras actividades industriales o comerciales susceptibles de una actividad empresarial, en tercer lugar. Sólo estas últimas, y para evitar la competencia desleal a otras empresas del mismo sector, deberían ser fiscalmente sujetas.

Esta separación de actividades y el acomodo organizativo con distintas fórmulas y regímenes jurídicos es ni más ni menos que la fórmula que siguen los entes públicos, cuando acometen actividades comerciales e industriales. A este efecto, el ordenamiento jurídico a descubierto la fórmula de la sociedad anónima de un sólo socio, privilegio que deberían utilizar las fundaciones cuando su actividad revistiera un carácter netamente empresarial, lo que permitiría justificar la inmunidad al impuesto, como ocurre con las demás administraciones, de los restantes bienes, incluido, por supuesto, sus rendimientos y plusvalías. Mejor aún, la cuota que por el impuesto de sociedades deberían pagar estas sociedades instrumentales de las fundaciones debería estar exenta en cuanto fuera a engrosar la dotación que la fundación invierte en sus actividades de interés general.

Pero más que dar recetas concretas para el proceso legislativo en que estamos inmersos y que debe reconducirse para tratar a las fundaciones de forma más acorde con los derechos constitucionales, interesa, para terminar, insistir en que es un problema filosófico o de concepción el más urgente a resolver y que la solución la veo en esa línea de alojar en el campo de lo público a las fundaciones, alejando su filantropía congénita de la lógica implacable del mercado y su derecho, que es el Derecho privado, el del ánimo de lucro y la utilidad de los particulares, con el que tiene poco o nada que ver, pero que, de otra parte, la conducen a la rigidez del control político-burocrático y a ser víctima de la rapacidad fiscal del Estado.

Conviene pues asentar las fundaciones en un nuevo y más amable territorio: el de ese Derecho público donde la sociedad por sí misma afronta la responsabilidad de tareas colectivas y en donde ya está ahora mismo ubicada la Administración corporativa, con sus Colegios Profesionales, Cámaras oficiales, Federaciones deportivas, la ONCE, etc., o en el terreno profesional, en que ese

Derecho público no estatal-burocrático se manifiesta en la categoría de las profesiones oficiales, entre las que sobresale la notarial, categoría equidistante de la profesión liberal y de la funcional; o en materia de bienes, como ilustra el ejemplo de los bienes comunales y ahora los histórico-artísticos, nueva categoría de los bienes públicos, tan alejados del régimen jurídico de los bienes privados como de la estricta disciplina de los bienes de dominio público, etc.

Justamente en ese terreno del Derecho público de lo colectivo, que no es el puro y duro Derecho público estatal-burocrático, sino el Derecho público de lo social y participativo deben, a mi juicio, situarse hoy las fundaciones, y desde esa nueva posición estratégica podrán conseguir el trato justo y eficaz que necesitan para desempeñar su trascendental labor avanzando en el diseño de nuevos modos de relación entre la sociedad y el Estado; hacer más sociedad y menos Estado, construir un mundo en el que estén juntos la vitalidad y la energía que produce el ánimo de lucro y la solidaridad que aportan las fundaciones y que cura las heridas del fiero combate de la lucha libre del mercado: se trata de alcanzar una conciliación urgente entre ambos motores del alma humana, y llegar así a una nueva armonía social.