

REFLEXIONES SOBRE LAS PROPUESTAS CONCEPTUALES DE LA NUEVA LEY DE FUNDACIONES

JOSÉ MANUEL ROMERO MORENO*

I. LA OPORTUNIDAD DE UNA LEY DE FUNDACIONES Y LA NECESIDAD DE UN ANÁLISIS DE SUS NÚCLEOS CONCEPTUALES

1. Después de una larga gestación, llena de incidencias jurídico políticas y económicas ha aparecido la *nueva Ley de Fundaciones*, en medio de una generalizada opinión sobre su necesidad. Un síntoma radical de esa necesidad la constituye la doble previsión de este desarrollo normativo: el Código Civil de 1899 y la Constitución de 1978 ¹.

De esta accidentada elaboración no parece equivocado deducir que se han planteado importantes *problemas de fondo y forma que han dificultado la formulación* de la Ley.

Hay una primera impresión de que las discusiones en torno a los proyectos legislativos se han centrado inicialmente en las diferencias de criterio en torno a los apoyos fiscales a este tipo de instituciones, y *la suposición* largo tiempo mantenida de que es *ese apoyo fiscal el tema fundamental* de la Ley.

* Profesor Titular de Filosofía del Derecho (Universidad Complutense de Madrid).

¹ Las referencias bibliográficas a este tema son abundantísimas. Cfr. como resumen los trabajos del CENTRO DE FUNDACIONES, nos. 2, 6, y 10 de la Colección Temas de Fundaciones; el libro de BADENES GASSET, *Las Fundaciones en el Derecho Privado*, Librería Bosch, Barcelona 1986; PIÑAR MAÑAS, «Las Fundaciones y la Constitución Española», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, Editorial Cívitas, Madrid 1991; DE LORENZO GARCÍA, *El nuevo Derecho de Fundaciones*, Marcial Pons, Madrid 1993.

Sea cual sea la ocasión o el tema inicial de discusión sobre las Fundaciones, antes o después aparece que la preocupación subyacente en la que desemboca toda reflexión es la fiscal ². Aun en este momento, puede decirse que el apoyo político del Gobierno a la posición de sus aliados políticos (Convergencia i Unió) sobre los incentivos fiscales a este tipo de instituciones y actividades es la causa de desbloqueo de la promulgación de la Ley.

Así comprobamos que en cualquier momento en el que se han planteado discusiones sobre la constitución de la personalidad jurídica de las Fundaciones o su régimen de patrimonial o mercantil (obtención de lucro), la cuestión de su liberalización o restricción, tales cuestiones acaban resolviéndose en atención a los beneficios fiscales otorgados o solicitados.

Ocurrió de este modo en la discusión del artículo 34 de la Constitución, en la que bajo las diferencias de criterio sobre la calificación de las Fundaciones como «vinculaciones», se estaban planteando la diferente concepción de los beneficios fiscales ³.

2. Ante este estado real de planteamiento de las cuestiones en torno a las Fundaciones es necesario afirmar que la *justificación de la ley de Fundaciones no puede ser sólo la consagración de su estatuto fiscal*. Merece la pena analizar cuál debe ser tal estatuto, pero debe constituir una llamada de atención que incluso en los momentos anteriores a la existencia de la nueva Ley, en el que el sistema jurídico fiscal aplicable era tachado de cicatero y estrecho, no dejó de observarse que el aumento del número de Fundaciones adquirió un ritmo creciente en progresión casi geométrica ⁴.

Las Fundaciones son *instrumentos* institucionales que la *sociedad española* estima *convenientes*, no sólo y no fundamentalmente por sus ventajas fiscales, sino por su *utilidad general*.

Ahora que está publicada la Ley y se ha *establecido* un régimen fiscal favorable, pero también, y de un modo más que aceptable *su régimen general*, podemos enfrentarnos con *cuestiones y reflexiones conceptuales y de fundamento*, que deben constituir una de las áreas habituales de la tarea de los que nos consideramos «Filósofos del Derecho», esto es, «reflexionadores y analizadores» de las raíces no sólo ideológicas, sino también técnicas de los sistemas jurídicos, especialmente cuando las cuestiones son multidisciplinares, como en el caso presente.

² Cfr. especialmente Actas de las Reuniones sobre el futuro de las Fundaciones en las mismas publicaciones del CENTRO DE FUNDACIONES.

³ Cfr. PIÑAR MAÑAS, pág. 1312

⁴ Puede comprobarse este crecimiento en los sucesivos Directorios de Fundaciones Españolas, publicados por el CENTRO DE FUNDACIONES, cuya última edición manejada por mí es la de 1986.

A estos argumentos se une la existencia de una legislación autonómica creciente sobre las Fundaciones, cuya competencia se ha atribuido a determinadas autonomías. Es necesaria una *Ley que contenga las Bases del ejercicio de este derecho fundamental*, y que además, y en la totalidad de sus prescripciones, no sólo las básicas, sea aplicable a aquellas Comunidades que no tengan atribuida la competencia. De este modo se evitaría una carencia especialmente significativa para las Comunidades autónomas sin competencia en la materia, cuando otras Comunidades ya se han dotado de tal regulación legal ⁵.

Todas estas razones y circunstancias de carácter jurídico positivo propician y arguyen en favor de esa *racionalización e integración conceptual* que preste apoyo y fundamento a los diferentes regímenes normativos de las Fundaciones, en su actual y dinámico crecimiento.

3. La racionalización tiene varios alcances.

En primer lugar, la elaboración de una disciplina conceptual necesaria ante un fenómeno que tiene un elemento común (la institución fundacional), y diversas variantes (las determinaciones de los diferentes intereses perseguidos) que suponen la necesidad del establecimiento de un *núcleo conceptual de aquello que es común a cualquier régimen normativo de la institución fundacional*, y una ordenación integrada de las diversidades, alguna de las cuales, incluso, no han recibido carta de naturaleza en nuestro sistema jurídico: *la Fundación que persiga intereses lícitos, pero no generales*.

Como consecuencia deductiva y analítica del propósito anterior, se plantea, *en segundo lugar*, la necesidad de establecer *las líneas fundamentales de la Institución fundacional, como fórmula puramente jurídica*. La importancia de esta figura trasciende conceptual y prácticamente su estricta *conexión actual con el interés benéfico o altruista*. Es necesario replantear la justificación y explicaciones subyacentes en torno a la adopción o rechazo del uso no benéfico de las fórmulas fundacionales ⁶.

En tercer lugar, y asimismo como derivación de lo dicho anteriormente, una vez fijado el interés general como única justificación conceptual de nuestro sistema jurídico fundacional, debe regularse y depurarse la *articulación de los intereses generales*, justificadores de la actual presencia de la Fundaciones en el

⁵ Sobre esta cuestión versa el volumen 4 de la Colección Temas de Fundaciones del CENTRO DE FUNDACIONES. Asimismo PIÑAR MAÑAS, pág. 1.329 y ss.

⁶ En el trabajo de PIÑAR se reconoce la vinculación universalmente admitida de Fundación-beneficencia, se afirma su contingencia, pero no se analiza este carácter, pág. 1.306. Se encuentra aquí todo el amplio campo de la figura del «trust», con el que es necesario lidiar, desde nuestra entrada en la Unión Europea. Cfr. la sucinta, partidista pero esclarecedora referencia de DE LORENZO a la legislación europea en la materia, *op. cit.*, págs. 411 y s.

sistema jurídico, con el nacimiento y sobre todo con el *funcionamiento y estatuto* de protección de estas instituciones. La regulación legal, que ha tomado en consideración esta relación Fundación-Interés General y ha tratado de organizar su articulación y eventualmente la falta de tal conexión, *no ha llevado adelante este propósito sino de forma limitada*.

Los elementos nucleares del concepto de Fundación en la nueva Ley

Podemos afirmar que, frente a los temores expresados en su día ⁷ el criterio que ha presidido la elaboración de la Ley no se ha limitado «a una consagración legislativa de las Fundaciones, una sucinta declaración sobre el mínimo indispensable de organización, y el establecimiento de una estatuto de privilegios y exenciones fiscales».

En el deseo de afrontar «una reflexión más amplia sobre los problemas que suscita en el momento actual esta realidad fundacional», la Ley ha tratado de determinar los *elementos esenciales de la institución fundacional*, y se expresa de modo explícito en su Exposición de Motivos.

El resultado de este propósito ha sido definir cuatro que son:

- *el capital*
- *el fin*
- *el interés general*
- *la organización*

En este trabajo se va a prescindir, por el momento, iniciar el análisis de estos elementos por el que figura en la Ley como principal (y así se afirma orgullosamente en la Exposición de Motivos), que es *la organización*. Más abajo se expondrán las razones directas que abonan la crítica a esta posición doctrinal de la Ley ⁸. En este trabajo, la principal crítica a esta orientación la constituye la consideración primordial que se otorga a los demás elementos constitutivos de la Institución fundacional que se han mencionado.

El resumen de los puntos siguientes de este trabajo va a ser:

- a) *la significación central que tiene para las Fundaciones la vinculación de «capital» y «finalidad»;*

⁷ En la Revista «Economistas» Madrid 1990.

⁸ El organicismo es una técnica de explicación conceptual demasiado usada en Derecho Administrativo, y complica más que soluciona. La necesidad de organización es indudable en las Fundaciones, como se argumentará más abajo, pero esta es una necesidad instrumental no esencial.

b) *el análisis diferenciado del concepto de interés general.*

El análisis pormenorizado de estos elementos no se deriva de un prurito de disección intelectual, sino de una preocupación *teórica y práctica por obtener de la «forma jurídica Fundación» sus mayores virtualidades.*

II. LA VIRTUALIDAD DE LA FORMA JURÍDICA FUNDACIÓN

1. Hemos de recordar que la característica fundamental de las Fundaciones como Institución Jurídica es la de la *adscripción estable y voluntaria de un capital a una finalidad determinada*. La Historia y la experiencia actual nos enseñan que esta vinculación puede servir a finalidades muy diversas e incluso contradictorias. Se admite con toda claridad la posibilidad de la existencia de fines o intereses «generales» o «particulares», «lícitos» o «ilícitos», a los que pueda servir esta Institución.

Precisamente es esta posibilidad empírica la que determina la necesidad de demarcar normativamente aquellos fines que se prohíben (los ilícitos), que se toleran sin proteger (los lícitos privados), o que se fomentan y protegen (los lícitos generales) por la Ley o los conceptos jurídicos dogmáticos.

Hemos de poner de manifiesto que existe en nuestra doctrina jurídica una cierta orientación restrictiva que limita el concepto mismo de Fundación a la figura institucional conectada con el interés general. El peso específico de la inicial orientación que supuso el trabajo sobre las Fundaciones que en 1953 publicó Castro y Bravo ha constituido un cierto lastre en este sentido. Hemos de recordar, para librarnos de este limitador precedente, que el propio Castro mantuvo mucho más tarde (en sus trabajos sobre la cuestión de 1972) una posición coincidente con lo que aquí ahora se mantiene, por mucho que su más brillante discípulo (Díez Picazo) no haya reconocido este cambio de opinión del maestro Castro⁹.

Resulta así que la característica denotadora de la Fundación es la adscripción de un patrimonio a un fin, y que tiene una segunda nota: no existe subjetividad titular de tal patrimonio que no sea la propia de la personalidad jurídica unitaria que constituye la Institución.

⁹ Se suele citar únicamente el trabajo de CASTRO, «Sobre la pretendida validez de las Fundaciones familiares» *Anuario de Derecho Civil* 1953, frente a la posición de CARDENAS o LÓPEZ JACOISTE, pero no el relativo cambio de opinión que se hace más flexible en los *Temas de Derecho Civil* de 1972, tal y como se contiene en la recopilación sobre escritos en torno a *La persona jurídica*, publicada por la Editorial Cívitas

La doctrina de las personas jurídicas distingue entre «universitates personarum» y las «universitates rerum». Entre estas últimas, en las que el elemento definidor de la ficción jurídica personificadora es un patrimonio, se encuentran las Fundaciones. La delineación de este tipo de «universitates bonorum» se ha aplicado, por vía de ampliación o de simetría y congruencia, a la figura de las Sociedades de carácter capitalista. En éstas, es también el capital y no las personas que constituyen, lo que define la persona jurídica.

Existe por ello una cierta aproximación entre Fundaciones y Sociedades de carácter capitalista que es conveniente considerar, y así lo haremos en este trabajo, desde diferentes perspectivas ¹⁰.

2. En principio, subrayemos que aun existe una diferencia en la estructura interna de estas dos instituciones (ambas consideradas ya como tipos en la vida jurídica moderna) y es que en la Sociedad capitalista aun mantienen una significación nada desdeñable los titulares singulares de cada una de las partes en que se divide el capital o el patrimonio. En las Fundaciones, ello no es así: el patrimonio adquiere una autonomía y se constituye en entidad independiente, carente de estructura de titularidad interna. Los componentes personales de las Fundaciones son o administradores o beneficiarios, pero no existen dueños.

Esta cualidad diferencial supone ya una primera y esencial ventaja de las Fundaciones sobre cualquier otra forma de personificación jurídica patrimonial, para determinados supuestos de hecho, cada vez más frecuentes, y que probablemente jamás se habrían presentado con anterioridad en el mundo de las realidades económicas. Constituye una experiencia muy común la presencia de grandes masas de capital, en la que es muy poco significativa su atribución a una persona física.

En nuestro tiempo, es cada vez más frecuente la subsistencia de grandes capitales cuya pura titularidad engendra obligaciones difícilmente soportables. Se acude entonces a la ficción jurídica de ocultar la titularidad subjetiva de tal porción de capital con el artificio de una nueva ficción: otra sociedad capitalista

¹⁰ El hilo conductor que hemos elegido para esta reflexión es la obra del admirado Profesor José GIRÓN TENA, y en especial su *Derecho de Sociedades*. Tomo I, GT Madrid, 1976. La relación y vinculación entre Fundación y Sociedad capitalista ha sido objeto de estudio sistemático –preferentemente dogmático– al abordarse la cuestión de la Fundación-Empresa, de la que ha sido pionero en nuestro país Urbano VALERO, con su tesis doctoral *La Fundación como forma de Empresa*, Valladolid 1969. Esta orientación plantea los problemas de la posible actuación mercantil de las Fundaciones. Este trabajo como se verá más adelante *trata de avanzar un paso más*. La presente analítica tiene objeto y método diferente, aunque sea subsidiario de aquel importante esfuerzo doctrinal. Cuando se habla de Fundación-Empresa se incurre en una de las tentaciones de subordinación a lo societario que tratamos de evitar. En todo caso el esfuerzo trata de establecer relaciones conceptuales y reflexivas.

que es puramente tenedora de bienes y se convierte en cobertura de una titularidad de persona física.

¿No resultaría conveniente para tales casos la posibilidad de desvinculación o ausencia de sujetos con titularidad dominical y con las cargas y gravámenes que ello supone, para determinadas situaciones? Es evidente que, ya en estos momentos, hay una articulación legítima y puramente funcional de grandes masas de acciones de grandes entidades que se atribuyen a Fundaciones con el propósito de descargar patrimonios personales de activos cuya utilidad marginal es nula o negativa. Tenemos ejemplos evidentes de grandes empresas privadas, constituidas como sociedades anónimas, cuyo fundamental paquete de acciones es ostentado por Fundaciones, incluso a iniciativa de quienes fueron los iniciadores o propietarios casi en exclusiva de tales acciones ¹¹.

La realidad es que una adecuada regulación y fomento de la utilización de la institución de las Fundaciones, o si se quiere de un modo más genérico, de la «forma Fundacional», en tales supuestos dotaría de transparencia y racionalidad a lo que actualmente se hace por vía cuasi accidental, en los supuestos de hecho en los que se hace necesaria la *articulación de una gran masa patrimonial cuya titularidad pueda suscitar problemas por ser fragmentada, o producir cargas y obligaciones no proporcionadas para su eventual titular individual*.

3. La naturaleza y la estructura funcional esencial de las Fundaciones presentan en estos momentos otras facetas de gran utilidad para las situaciones de hecho a las que venimos refiriéndonos.

Nos referimos a las características de la ausencia de lucro y estabilidad o perdurabilidad. Estas dos características tienen aparentemente una relación unívoca y específica con el interés general, que se predica conceptualmente de las Fundaciones. En efecto, parece que el interés general excluye el aprovechamiento individual y egoísta, y por tanto el lucro. La estabilidad aparece también inicialmente vinculada al aseguramiento de la persecución de fin general, no susceptible de manipulación o amenaza por voluntades que pudieran torcer esa trascendencia del fin perseguido.

Pues bien, es posible descubrir en la misma forma jurídica Fundación, con exclusión precisiva del interés que persiga, datos funcionales que revelan también las raíces de estas características. Es evidente, que la ausencia de lucro y la estabilidad adquieren en este caso un aspecto instrumental, más que trascendental, pero perfectamente ajustados a las necesidades de aquellas situaciones señaladas, y constituyen respuestas a problemas planteados en otros personificaciones de patrimonios separados: las sociedades capitalistas.

¹¹ Es conocido y reconocido el caso de El Corte Inglés y la Fundación Ramón Areces.

Es evidente que una de las dificultades más señaladas de Empresas que tienen atribuídas la realización de determinadas actividades o el cumplimiento de objetos, cuya significación o importancia factual, simbólica o social se justifica por sí sola, o cuyos rendimientos marginales, una vez cumplidos los objetos institucionalmente vinculados, soportan la pesada carga de verse apartados del cumplimiento de aquellas finalidades, al tener que destinar en parte a la satisfacción de retribuciones al capital, porque no existe otra forma de constitución que el modelo de sociedad capitalista.

La ausencia de lucro es, en la propia formalidad dogmático-jurídica de las Fundaciones, no sólo una posible demostración del altruísmo de su finalidad, sino la connatural carencia de retribución del capital, precisamente porque este carece de interesados propietarios, sean estos uno o muchos.

El mismo tipo de reflexión podría hacerse del carácter de estabilidad propio de la figura conceptual de personalización jurídica que conocemos bajo este nombre. La pretensión de duración indefinida, la rigidez en los mecanismos de disolución, la garantía de perdurabilidad en los modos de delinarse los órganos de administración y representación de estas figuras ofrecen incentivos de utilización de estas formas jurídicas, cuando se presentan situaciones congruentes con las que hemos descrito más arriba.

Tales situaciones, en las que se *realizan actividades o se cumplen objetos, cuya significación o importancia factual, simbólica o social se justifican por sí solas y más allá de la generación de beneficios a favor del capital empleado en tales realizaciones*, se encuentran generalmente vinculadas con necesidades primarias o fundamentales de la sociedad.

Uno tiene derecho a preguntarse si no se ha producido una gigantesca equivocación en la formalización de las personalidades jurídicas en los casos de despliegue de grandes recursos para la satisfacción de necesidades a que pueden atender, p.e.: los Entes públicos, o simplemente los Entes de gestión colectiva (para evitar la inevitable discusión sobre el intervencionismo estatal) respecto de la energía, financiación, preservación del medio ambiente, información, etc.. o la actividad cooperativa, o las instituciones no especialmente altruista, pero destinadas a satisfacciones de carácter espiritual, aunque este no sean primarias ¹².

Los arquetipos utilizados para la delineación de las personalidades jurídicas en esos casos han sido los de las Sociedades Capitalistas, y en especial las Anónimas, con las disfuncionalidades que son perfectamente conocidas. Parece que existe al menos una alternativa plausible y es la utilización de la forma

¹² El fenómeno de las Sociedades públicas, en las que se ha llegado a dotar de forma mercantil a una de las potestades tradicionales de la Soberanía, como es la acuñación de moneda, convirtiendo a la Fábrica Nacional de la Moneda y Timbre en una Sociedad Anónima.

Fundación. Esta funcionalidad, que abre sugerencias que son imposibles de agotar aquí, descubre que el categorema jurídico Fundación tiene hondura y calado suficiente para enfrentarnos con su propia especificidad, desvinculada del interés al que sirva.

4. Lo que se descubre, en todo caso, es que *simple y específicamente la forma Fundación supone*, por sus caracteres de desvinculación de la subjetividad interesada y particularista, la estabilidad, la racionalidad de la supremacía del objeto sobre la aleatoriedad de la decisión y la participación fragmentada, *incluso con abstracción del interés general que libre y voluntariamente se haya querido perseguir*, una serie de *ventajas derivadas de su propia entidad y naturaleza*, que la hacen *merecedora de una protección del sistema jurídico, económico y fiscal del Estado*.

Ante estas consideraciones, aparecen perspectivas diferentes sobre la consideración que puedan merecer las Fundaciones que se conocen como de «interés particular».

Se excluye de toda consideración normativa a las *Fundaciones de interés particular*, esto es aquellas Fundaciones cuya actividad es subvenir necesidades de personas particulares. Creemos que *no es impertinente la discusión de su eventual posibilidad como instrumento jurídico*. Es evidente que en el caso de que se admitieran, como frutos de la pura autonomía de la voluntad, carecerían de la cobertura normativa en lo que respecta al reconocimiento de su personalidad, o a su reconocimiento como derecho subjetivo protegido por la Constitución. Pero, ¿puede mantenerse seriamente que un sistema jurídico que admite las sociedades mercantiles por acciones sin socios, sin acciones y sin fines mercantiles, no pueda admitir las Fundaciones de interés privado, como instrumento con el que la autonomía de la voluntad quiere asegurar el cumplimiento de necesidades particulares lícitas? ¹³.

Las notas conceptuales de la Fundación como «forma jurídica» y la ampliación del «uso» de dicha forma institucional

1. El análisis de la funcionalidad de la «forma Fundación» parte de una evidencia: *toda Fundación supone un capital*.

¹³ La exposición de PIÑAR sobre las consideraciones y reflexiones sobre el interés público o privado en la discusión constitucional no es contraria a la posibilidad de un «tertium genus» de Fundaciones *necesario según demuestra la práctica*, y que evite los anatemas de los civilistas y los constitucionalistas.

El exacto alcance de esta inicial (y a primera vista simplista) contestación se ha tratado de revisar en otro lugar, poniéndolo en relación con un hecho negativo fácilmente verificable, como es la incapacidad de la forma Sociedad para responder a determinados supuestos «capitalistas». Como ya se ha indicado en el estudio anterior, hay una cierta proclividad a utilizar la forma Sociedad cuando se trata de dar «forma o personificación» a un centro de actividades definido fundamentalmente por la existencia de un capital en numerario o en especie destinados a la realización de un fin.

Naturalmente existe una razón en virtud de la que es explicable incurrir en el error de tratar de encajar a todo trance tales supuestos en esta última forma jurídica: la «formula societaria» y en especial la anónima. Esta es la forma jurídica más desarrollada y que mejor dotada de previsiones y soluciones se encuentra ante la necesidad de articular un capital.

Se produce de esta manera una especie de «colonización» del concepto sociedad anónima que se emplea para todos los casos de capitalismo (sea este grande o pequeño), e incluso esta auténtica «plaga» societaria anónima ha llegado (al menos hasta la última reforma) a invadir los sistemas de formalización de cualquier personalidad jurídica, incluso en los casos en los que cabría pensar en una asociación. Recordemos que en tiempos no muy lejanos las dificultades legislativo-políticas de constitución de asociaciones llevó a esta hipertrofia del uso de la sociedad anónima con fines políticos.

Manteniéndonos ahora, sin embargo, en el estricto campo del análisis de las personificaciones «capitalistas» volvemos a insistir en la utilidad de plantearse la «forma Fundación», ante situaciones en las que de un modo forzado y a la postre ineficaz o desnaturalizado se aplican las previsiones de la Sociedad Capitalista. Confirmamos que es ésta precisamente la circunstancia que la aproxima a la Fundación: en esta segunda también es decisivamente relevante la presencia de un capital.

Destacamos, así pues, este elemento de proximidad, no coincidente con otras formas de personificación jurídica como serían las Asociaciones o las Corporaciones, en las que lo decisivo es la existencia de un colectivo de personas, dinamizados por un interés general o particular, y generados por disposición de la norma jurídica o de la autonomía de la voluntad.

En este esfuerzo de precisión conceptual y de depuración de los «usos y aplicaciones» de tales conceptos, habría de señalarse esta especificidad diferencial, para evitar también el «uso» jurídico de la forma fundacional para supuestos asociativos (por equivocadas creencias de que son las Fundaciones las únicas entidades dotadas de privilegios fiscales), al igual que ocurrió en otros tiempos con el uso desviado de la forma societaria para encubrir asociaciones no autorizadas.

2. Una segunda nota especificadora de la Fundación es la *vinculación del capital a un fin*.

Se conecta habitualmente esta nota con una restricción conceptual ya comentada. Es la que implica biunívocamente Fundación e interés general. Merece la pena continuar el libre análisis de esta vinculación para establecer su alcance, que puede ser menos intrínseca de lo que a primera vista puede parecer.

Vuelve aquí a aparecer la relación de la Fundación con la Sociedad capitalista, precisamente porque también en este segundo caso la determinación del objeto finalístico de la Sociedad determina cualitativamente su propia pertinencia y naturaleza. No es ocioso recordar en este momento las ideas al respecto de Girón Tena ¹⁴, y la importancia que otorgaba al fin u objeto como determinante de las formas asociativas o societarias en el Derecho español.

Junto a esta intuición fundamental, hemos de recordar también la cuidada distinción realizada por el mismo autor de lo que es el «fin específico» y «el objeto material» de la Sociedad ¹⁵. Se comprende que la Sociedad como fenómeno comunitario tiene una intrínseca dinámica: es el «fin específico societario» frente a la que se puede diferenciar la actividad humana, económica o social concreta en la que se despliega su actividad.

Cualquier reflexión que verse sobre los «usos» de la forma Fundación, y especialmente aquellas que defiendan la ampliación de tales usos deben estar precedidas de las consideraciones sobre la significación relativa de estos dos conceptos: fin y capital. A ello se dedican las siguientes líneas.

A. La determinación del fin

Cobra aquí su valor la distinción formulada por Girón que se acaba de reproducir. La dinamización esencial de toda Sociedad (Sociedad en sentido genérico) no viene especialmente determinada por la actividad (industria, comercio, financiación, servicio, explotación agrícola u otras), que constituya (paradójicamente) lo que la Ley llama su «objeto social» y a lo que se atribuye una gran relevancia. Precisamente porque este tipo de actividad u objeto puede ser desempeñado por entidades individuales no societarias (fundamentalmente por personas físicas individuales), como lo demuestran continuamente determinaciones normativas más avanzadas que hablan de Empresas.

¹⁴ *Op. cit.*, págs. 11 y ss. y las propias exposiciones orales de clase del citado Profesor.

¹⁵ *Op. cit.*, págs. 202 y ss.

Hay un «plus» finalístico en las sociedades que es necesario deducir de la observación de su naturaleza institucional o dogmática, y que puede diferir en unos sistemas jurídicos u otros. El propio Girón ha examinado este tema con detención ¹⁶. Ahora podemos dejar sentado que para los sistemas jurídicos continentales, el «fin» societario mercantil es la obtención de lucro.

Aunque en este último inciso se ha hecho una significativa restricción adjetivando el sustantivo sociedad (hablamos de sociedades mercantiles), cabe pensar también que las demás formas de sociedad participan, por una cierta analogía, de esta «finalidad». Es bien cierto que ante esta restricción, el mismo autor que estamos glosando se inclina por considerar paralelamente otras descripciones del «fin societario».

Lo que interesa ahora a nuestro fin no es polemizar sobre esta cuestión, sino tratar de aplicar los elementos indiscutidos de esta distinción conceptual, que en el caso de las Fundaciones como «forma jurídica genérica» (recordemos que el análisis de Girón es sobre tal «forma societaria genérica») puede ser de una gran fecundidad.

En efecto, podemos distinguir en la forma Fundación una tensión finalística a la que se ordena la existencia de la potencialidad de la institución de un capital. Esta finalidad es (como en el caso de las Sociedades) anterior a la actividad concreta a que vaya a dedicarse la Fundación. Esta última es la actividad de «interés general», definida por los sistemas jurídicos.

La correspondencia con el fenómeno societario, que contribuiría a su distinción mutua abogaría por asumir como finalidad de las Fundaciones la *ausencia de lucro*, frente a la que hemos predicado de las «sociedades» en modo genérico: la persecución de tal lucro.

Ante una fórmula de estas características se suscita una doble y contradictoria consideración. En primer lugar surge un reproche inmediato, la fórmula señalada es demasiado negativa para justificar dinamización específica de ninguna clase. Junto a ello, la consideración de que algo decisivo para la forma Fundación es tal «ausencia de lucro», cuando en todas las disciplinas normativas de tal fenómeno, sin excepción, la idea Fundación (que puede estar vinculada a un interés general o incluso conceptualmente a un interés particular: recordemos la salvación del alma personal en el caso de las Fundaciones históricas), se establece de modo inequívoco la exigencia de la *inexistencia de ánimo de lucro*.

Como en todos los casos de contradicciones dialécticas, puede pensarse en una armonización superadora. Probablemente a ello puede servir el descubrimiento de lo que positivamente significa la *ausencia de lucro*. Ayudemos nuestra

¹⁶ *Op. cit.*, págs. 31 y ss.

reflexión con las pautas que nos proporciona un análisis más detenido «a sensu contrario» de lo que pueda significar la «búsqueda de tal lucro».

La reflexión de Girón sobre el significado del lucro en los fenómenos societarios ha llegado a establecer que bajo esta expresión se esconde una circunstancia más radical y más dinámica: se constata que en todo fenómeno societario se produce *una disposición en virtud de la cual el interés de los socios se corporativiza y se consolida en la búsqueda del crecimiento del capital*. El capital adquiere de esta forma una especie de relevancia y significación central como motor, acicate y resultado del esfuerzo puesto en común. Esta realidad, seguimos en la reflexión de Girón, hace que se aprecie una evidente aproximación en las «finalidades» intrínsecas de todos los fenómenos societarios: que son la integración del esfuerzo y el interés de los socios que se materializa en una cierta realidad material común, propia de la personalidad societaria ¹⁷.

Esta materialización de la integración del esfuerzo se patentiza en la mayoría de las sociedades mercantiles (comanditaria simple, comanditaria por acciones, limitada o anónima) en el capital, que es la «hipóstasis» del interés y como tal, el *capital adquiere la propia significatividad de fin intrínseco de la sociedad*. Cuando nosotros hablamos de ánimo de lucro como constitutivo intrínseco de la sociedad mercantil, estamos diciendo –de modo más explícito– que es el capital el centro y núcleo significativo de la institución a cuya conservación y aumento se han de subordinar todos los demás elementos.

Es evidente que la actividad concreta en la que despliega su acción la Sociedad, aquella que constituye su objeto social –según hemos definido más arriba– ha de subordinarse al desarrollo, aumento y expansión del capital. Esta jerarquización entre el objeto de la acción social al capital es la que define a esta forma institucional.

Ahora podemos descubrir, qué contenido semántico positivo debe encerrar la expresión *ausencia de lucro*: que la relación jerárquica existente en las Fundaciones entre capital (necesario para su existencia) y la actividad objeto de la acción de la institución (objeto de la Fundación) debe ser precisamente inverso al descubierto de la Sociedad. Aquí es el capital el que se pone al servicio de la actividad fundacional.

Como se ve, tanto en la Sociedad como en la Fundación existe una tensión y una dinámica finalista, con dos polos de interacción coincidentes: capital y actividad. Lo que ocurre es que esta la dirección de esta tensión y dinamicidad es precisamente opuesta. *Tensión y subordinación dinámica de la actividad hacia el capital, en la Sociedad; tensión y subordinación del capital hacia la actividad, en la Fundación*.

¹⁷ *Op. cit.*, págs. 31 y ss.

Esta peculiar característica que determina en las Fundaciones la subordinación del capital a la actividad, al fin material de la acción fundacional, es lo que dota a estas Instituciones de un interés específico de carácter general. A ello dedicamos la siguiente reflexión.

B. La cuestión del «interés general» de la Fundación: anticipo de su análisis extenso posterior

La expresión «interés general» en su relación con la «forma Fundación» es a todas luces equívoca. El significado más obvio de la expresión es que las Fundaciones tienen como objeto de su acción actividades de carácter altruista: benéfico, educacional, cultural en sus diversos sentidos.

Lo que se ha planteado anteriormente y ahora se subraya y explicita es que *también se puede decir que existe un «interés de carácter general» no solo en las actividades que se puedan perseguir por las Fundaciones, sino en que la forma Fundación exista*. O si se quiere de una manera más matizada que en determinados casos resulta de «interés general» la existencia de las Fundaciones, y así puede ser previsto por el sistema jurídico. El sistema jurídico reconocería para determinados casos la conveniencia de la existencia de las Fundaciones, de modo paralelo a como en algunos supuestos, el sistema jurídico exige o aconseja la formalización societaria para el desempeño de determinadas actividades: Bancos, Seguros, concesiones, actividades de carácter público, entre otras.

Esta previsión no existe en nuestro sistema legislativo. Ni siquiera para el desempeño de actividades de carácter altruista, no lucrativo y de interés general de carácter cultural, educativo o benéfico se exige o fomenta la «forma Fundación». Así una de las características más discutidas de la nueva ley de Fundaciones se centra en la falta de atención específica a estas Instituciones que, de alguna manera, se equiparan, e incluso se desfavorecen respecto de las actividades de este carácter realizadas por las Asociaciones o las mismas Sociedades o Empresas.

Independientemente de que en otro lugar se haga más concreta referencia a este tema, bueno es señalar ahora que esta deficiencia da ocasión de reiterar el análisis que descubra el interés general que puede tener la utilización jurídica de la «forma Fundación» en determinados supuestos.

La determinación de tales supuestos puede y debe ser realizada en atención a cuanto se acaba de reflexionar al hablar de la determinación de los fines intrínsecos. Con una mayor capacidad de generalización que el que utiliza el sistema jurídico para prever la necesidad de la forma societaria, a no ser que consideremos que una previsión de ese tipo es la que se contenía en la prevención de que sólo la actividad de lucro era la que calificaba la pertenencia de las formas asociativas o societarias.

Tratando de realizar esta determinación, parece que nos quedaríamos demasiado cortos si exigiramos tal forma para la realización de actividades de carácter altruista. No sería ocioso exigirlo así, p.e.: en caso de determinadas actividades que para ser desarrolladas de modo serio exigieran un capital importante. Hay exigencias de racionalidad, independencia, transparencia, presencia del interés público que solo pueden ser articuladas con esta forma en actividades de auténtico interés general.

Merece la pena dar un paso más: teniendo en cuenta, lo que ya se ha expuesto, se puede afirmar que la utilización de la «forma Fundación» sería especialmente adecuada en aquellos supuestos en los que la *significación, relevancia o importancia de carácter fáctico, simbólico o social de la actividad a realizar supongan una primacía absoluta sobre los medios materiales instrumentales (el capital por muy grande que sea éste) y una justificación autosuficiente, sin necesidad de motivarse en la generación de beneficios.*

Se trata de situaciones en las que se produzca la expresada tensión subordinante de la actividad sobre el capital, en las que la ausencia de lucro no es una imposición o determinación voluntarista, sino una derivación natural del estado de cosas que se produce en tales situaciones.

En esta definición caben perfectamente las actividades altruistas habitualmente vinculadas, en la práctica y sistemática jurídicas vigentes, a las Fundaciones. Sin embargo, cabrían aquí también actividades humanas o sociales, incluso de carácter económico, vinculadas con necesidades primarias o fundamentales del hombre (por supuesto) pero también de la Sociedad: hemos señalado en otro lugar áreas en las que resultaría pertinente la articulación fundacional de la realización de actividades necesitadas de grandes capitales para fines de producción energética, protección del medio ambiente, información etc.

También hemos hecho referencia a supuestos estrictamente económicos en los que la retribución a los tenedores del capital supone una carga casi insostenible, o supuestos en los que los capitales son de tal cuantía que su mantenimiento y eventual aumento ha perdido incentivo para un sujeto determinado etc... En esos supuestos, que habrían de ser objeto de un análisis de especificación muy cuidadosa, podría establecerse que la «forma» de personificación más adecuada sería la «fundacional».

Lo que importa dejar establecido es que la primacía del fin sobre el capital constituye el «interés general específico» de la Fundación; que este interés se manifiesta en situaciones muy diversas, no sólo (pero también) en las actividades de altruismo; que puede comprender situaciones de interés económico, cuya definición y determinación se establecería con arreglo a estos criterios.

C. La titularidad impersonal del capital

Es esta una característica especial de las Fundaciones: el hecho de que la titularidad del capital no refleje en modo alguno la dualidad de planos que se originan en las Sociedades patrimoniales, no sólo estrictamente capitalistas, como ya se ha indicado. En estas formas societarias, el capital aparece en una doble relación, por un lado con la propia sociedad, y por otro con una pluralidad de titulares, a los que corresponden en proporciones o participaciones ideales tal capital y patrimonio.

Esto es así incluso en los casos de unificación de todas las participaciones en una sola mano. En estos casos, la duplicidad de planos se sigue planteando: el único socio es titular de todas las participaciones de un capital, no del capital, que es de la Sociedad.

Llevando el razonamiento hasta el final podría decirse que las relaciones o *vinculaciones del capital* son de carácter *constitutivo* respecto de la *persona jurídica societaria*; y de carácter *atributivo*, respecto de los *socios tenedores de acciones*. Los socios no son titulares del capital del modo inmediato que lo es la Sociedad. Podría decirse que detrás de la ficción jurídica que supone la Sociedad, ésta no es la titular estricta y últimamente fáctica del capital, ni del patrimonio, sino que dichos capitales y patrimonio *constituyen la Sociedad*, a través de la cual los socios y partícipes ejercen su titularidad dominical.

Si ponemos en relación esta vinculación con los análisis realizados en el apartado anterior, hechos de la mano de Girón Tena, nos encontramos con que es precisamente este segundo nivel de relación (capital-socios) el que establece la dinamicidad de la forma global societaria. La vinculación del capital con los socios es, en primer lugar, la reproducción de la dinámica que significa la *puesta en común o el esfuerzo integrador* que constituye la especificidad de la forma Sociedad; y por otro lado, tal vinculación justifica la aparición y la necesidad de tal forma institucional.

En la fundación ocurre algo tan diferente. Incluso se puede pensar que no existe ese doble plano o nivel de vinculación relacional del capital. Existe sin duda alguna el primer nivel mencionado: relación capital-forma institucional globalizadora, esto es, capital-Fundación, de modo homólogo al que se daba entre capital y Sociedad.

Es evidente que éste es un nivel *constitutivo*, pero al tiempo observamos que el *atributivo* (si es que se da de modo independiente) se establece también entre el capital y la forma Fundación. No hay aquí efectivamente mediación de partícipes. Ello supone que nos podamos cuestionar en qué sede se plantea la dinamicidad de la Fundación. Al no existir el segundo nivel de vinculación, podríamos pensar que faltaba la representación de la dinámica fundacional.

En realidad, y anticipando una reflexión posterior, ésta es la última razón de los aspectos negativos de las vinculaciones del Antiguo Régimen socio-económico: que en aquel momento no se articulaba en las «vinculaciones» un segundo plano dinámico. Tal segundo nivel se quedaba simplemente en la limitada y rígida relación forma-Institución, planteándose además de un modo extraordinariamente rígido.

En el fenómeno moderno de Fundación, la realidad es otra. La dinamicidad aparece de modo indudable en el segundo y necesario plano, en el que se establece la *vinculación capital-finalidad*. Podría pensarse que entre los dos segundos planos expresados en los diferentes casos de Sociedad y Fundación existe una falta de homología formal. En efecto, la relación es en el primer supuesto entre cosa (capital) y persona (socio), mientras que en la Fundación es de cosa-abstracción¹⁸.

Esto no es así: existe tal homología entre el supuesto societario y el supuesto fundacional, puesto que en ambos casos se da en realidad una vinculación dinámica de capital-interés. El interés es el común de los socios (interés-interno) en las Sociedades; mientras que el interés determinado por los fundadores (interés-exterior) es el que establece ese segundo plano en las Fundaciones.

Esta distinción no es un simple formulismo o un prurito de conceptualización, contiene significaciones y consecuencias, que por cierto han sido objeto de un tratamiento habitual en las distinciones que hace la Ciencia del Derecho Administrativo entre «entes corporativos» y «entes institucionales». Los administrativistas colocan en la órbita de los «corporativos» a la Sociedad; mientras que la Fundación se mueve en la constelación de lo «institucional».

Como vemos estas reflexiones se refuerzan con la que acabamos de realizar, despegando en nuestro análisis desde el Derecho Mercantil.

¿Qué consecuencias y orientaciones pueden deducirse de todo lo anterior?

a) En primer lugar, que existen formas de capitalismo dinámico sin intermediación de personas, cuya *formalización natural debe inspirarse en los requerimientos y condiciones naturales de las Fundaciones*.

Hemos de subrayar que tales formas deben ser precisamente aquellas, en las que *o bien originariamente, o bien, con carácter derivado*, se produce esta desaparición de la pluralidad intermediadora.

b) En segundo lugar, que los supuestos de hecho, a los que las anteriores consideraciones cuadran de una forma especialmente adecuada, son aquellos en

¹⁸ Iniciamos aquí una reflexión que trata de enfrentarse con el tema de la vinculación con una nueva perspectiva. Luego este análisis se detendrá un poco más.

los que además se produce una ventaja con la *falta de necesidad de la retribución del capital*, por razón del dominio y supremacía del interés objetivo, específico y externo de la Institución, que para nada se puede comparar con el interés interno, inespecífico y sometido a la disposición subjetiva de las Sociedades capitalistas.

Estas situaciones son las que hemos descrito como situaciones de fines de gran fuerza social, simbólica o incluso económica.

De los dos primeros tipos de fines existen ejemplos muy evidentes: son los grandes fines de constitución de la sociedad y de sus medios de subsistencia; o los de la cultura en un sentido muy amplio. Los segundos son más difíciles de precisar, podríamos concretarlos en aquellos supuestos en los que la utilidad marginal que podría suponer la existencia de beneficios no supone un aliciente económico de relevancia. En estos casos, la existencia de beneficios sería más negativa que positiva.

En todo caso, como conclusión de cuanto se acaba de exponer podemos dejar sentada la idea o tesis de que el *criterio de ampliación del uso de la «forma Fundación» viene determinado por la presencia de situaciones de hecho en los que la importancia de los fines se impone y domina sobre el capital a ellos vinculado.*

El análisis realizado, de carácter positivo sobre las ventajas de la «forma Fundación», debe completarse con una consideración y reflexión sobre los aspectos negativos o las desventajas que se suelen suscitar en el examen de la forma Fundación ampliada a supuestos diferentes de los habituales.

El problema de las disfuncionalidades del uso extensivo de la «forma Fundación»: las vinculaciones y la unificación de los sujetos económicos

El carácter conceptual de estas reflexiones nos permite considerar los elementos negativos, que se han solido aducir por los tratamientos de las Fundaciones en pro de su disciplina restrictiva y reducirlas a dos fundamentales: la primera de carácter histórico, referida a la prevención que suscita cualquier forma de «vinculación», desde la filosofía liberal del Nuevo Régimen; la segunda de ellas es de carácter más futurista y se centra en las disfuncionalidades que podría suscitar la «unificación forzada de los sujetos económicos» en virtud de la legislación promotora del uso economicista de la forma Fundación¹⁹.

¹⁹ Aunque las reservas formuladas al tiempo de redactarse nuestra Constitución se referían más bien al primero de los temas, es la consideración del segundo («la concentración de los sujetos del capital») la que puede realmente suscitar prevenciones. Lo contrario sería caer en un cierto «arcaísmo» al que se refiere, aunque no en este sentido, MORELL.

A. El problema de las «vinculaciones»

Cualquier análisis jurídico de las Fundaciones llega en algún momento a un tópico: el peligro de que la regulación de esta figura institucional renueve los «males» de las vinculaciones, que se consideran ampliamente superadas con el advenimiento del Nuevo Régimen liberal y democrático. Hay una peculiar «mala conciencia» de que la admisión normativa (y en el caso de nuestro sistema jurídico, la consagración constitucional) de las Fundaciones supone una cierta concesión al Antiguo Régimen.

No vamos a reproducir aquí las consideraciones histórico-económicas que han tratado de establecer con un cierto equilibrio las ventajas y los inconvenientes que tuvo en su época la compleja operación de la desamortización, y que muestran para la mayoría de los científicos un saldo negativo.

Sin embargo, la crítica generalizada a cualquier fenómeno de organización capitalista cuya formalización suponga una destinación o «vinculación» indisponible carecería de justificación, como ocurre en el caso de las críticas no matizadas de cualquier tipo de organización de intereses supraindividuales.

Recordemos que uno de los dogmas del liberalismo era la abolición de toda forma de gremialismo o representación corporativa de los intereses de los grupos como contrario a la supremacía del individuo. Ese dogma central de la filosofía liberal ha debido ser matizado y flexibilizado históricamente hasta admitir con plenitud de significación: los sindicatos, los Colegios profesionales, los partidos políticos, las asociaciones, etc...

La Fundación como fenómeno jurídico suponía en el Antiguo Régimen un elemento retardatorio. Lo importante es *ahora tratar de purificar a tal Institución de los elementos que constituyeron la razón de su agresividad social*, como en su tiempo ocurrió con los entes colectivos que se han señalado más arriba. Habremos de cuidar que nuestro análisis histórico-conceptual depure, en este caso como en el de la práctica individualista militante, lo que realmente se oponía al avance social, y mantenga lo válido de modo permanente.

Hemos anticipado de algún modo que la fundamental causa de esclerosis de las «vinculaciones» del Antiguo Régimen se debía a que ese fenómeno de fijación de la relación se establecía no entre capital y finalidad, sino entre capital y sujeto. Incluso se puede decir que en determinados casos, *la perdurabilidad del propio capital se convertía en un fin-en-sí*, con lo que los efectos nocivos del fenómeno alcanzaban niveles irreparables.

La legislación liberal que trata de evitar los negativos efectos de las «vinculaciones», no se dirige específicamente a procurar su desaparición, sino que de modo correcto trata de destacar y discriminar estas realidades «intermedias»,

distinguiéndolas *por su finalidad*. La supervivencia de la forma Fundación se hace posible cuando la reflexión legislativa liberal descubre bajo la selvática realidad de las vinculaciones, mayorazgos, manos muertas, etc., una razón única que justifique la fecundidad de alguno de los especímenes de vinculación, que es precisamente la vinculación capital-fin. En consecuencia se dispone a preservar legislativamente los supuestos en que se manifieste esta vinculación dinámica entre capital y finalidad.

La opción adoptada supone necesariamente garantizar la fijeza y estabilidad de los fines a los que se vincula el capital, de modo que no quepa *en ningún caso la subjetivización de esa vinculación*. La esperanza del correcto funcionamiento de la Institución supone su fijación *objetiva* en la permanencia de los fines, que es la que atribuye dinamismo a la figura. Precisamente frente a la fijación *subjetiva* existente hasta el momento, que dotaba al capital vinculado de una estéril esclerosis.

El problema estriba en que, por un lado, se hace necesaria una cuidadosa *selección de fines dotados de dinamismo*, y que, por otro lado, el Estado liberal carece de instrumentos normativos para llevar a cabo esa selección. Se opta, en razón de esa relativa incapacidad, por la *vinculación a fines del carácter más genérico y más «puro»* que puedan existir: tales son los de beneficencia. Es la beneficencia pública la única finalidad admitida en la Filosofía política liberal como justificación de las Fundaciones.

La paulatina ampliación de la forma Fundación a otros fines de carácter general: cultural, educativo, artístico (que han aprobado su encaje y correcta articulación) pueden hacer pensar (y así ocurre en otros sistemas jurídicos menos desconfiados hacia la Institución fundacional que el español)²⁰ en su utilización en fines de carácter general no específicamente altruistas o culturales, como pueden ser los económicos. En estos casos el criterio de selección de la forma (es necesario recordar que la Fundación *no sirve para todo*) es la significatividad, estabilidad y preponderancia del fin perseguido sobre los instrumentos materiales (capital) puestos de manifiesto en su consecución.

Esa es en definitiva la raíz material e institucional del interés objetivo de la forma Fundación como se ha venido reiterando en estas líneas, y que resulta confirmada con la resumidísima revisión histórica de sus reproches desde la óptica de la Filosofía política de la modernidad.

²⁰ Así ocurre como es sabido con el sistema alemán o suizo, y bajo formas especiales en el sistema anglosajón. Cfr. DE LORENZO, loc. cit.

B. Los efectos negativos de la unificación de los sujetos económicos

La generalización del uso de las Fundaciones que se defiende en este y en otros trabajos, supone la utilidad y beneficio general que entraña esta generalización, y por consiguiente la peculiar y específica protección administrativa de la que son acreedoras estas formas organizativas.

Ello incluye la obligación de fomento y protección por parte del Estado en las diferentes formas que el sistema jurídico tiene establecida para el fomento y promoción de determinadas actividades o formas de organización: como son de carácter fiscal, subvencional, financiero, etc..

Esta actitud administrativa de fomento puede hacer temer que los *agentes económicos*, especialmente los *más poderosos*, intenten instrumentalizar la «forma Fundación» con el objeto exclusivo de cubrir los requisitos extrínsecos, y gozar con ello de *privilegios económicos*, y de ese modo acabar convirtiendo el área económica en un *espacio de artificial unificación de los sujetos actuantes*, y por consiguiente con disfuncionalidades oligopolísticas de difícil resolución.

La consideración de estas disfuncionalidades debe, sin embargo, tener en cuenta los siguientes extremos:

1. La disfuncionalidad se limita muy sensiblemente si se mantiene limitado el uso económico de la «forma Fundación» a aquellos supuestos definidos con anterioridad por la relevancia recíproca entre capital y finalidad.

2. Una segunda consideración que podría ser objeto de más amplia reflexión en otro lugar es la inevitable unificación de los sujetos económicos que se está produciendo de modo inexorable entre sujetos no fundacionales.

3. En todo caso, es precisamente la forma Fundación la que conceptual, natural e institucionalmente mejor dotada está para responder a esta dificultad. La «generalidad» de la óptica en la que se mueve su regulación que admite un connatural «control público» (no necesariamente estatal) hace posible la corrección de las disfuncionalidades acusadas.

4. Conceptualmente se puede añadir además que desde el punto de vista jurídico se juzgan necesarias y congruentes medidas complementarias de aquellos análisis y comportamientos ordenadores recomendados por las leyes económicas. Desde ese punto de vista se sugerirían dos fundamentales:

a) La congruencia del control público del interés o finalidad perseguida en el uso económico de la forma Fundación. La razón de esta intervención pública se deriva de la constatación de dos elementos presentes en los fines que justifican el uso indicado:

a) Es necesario dotar de estabilidad y objetividad al interés que justifica la vinculación. No se puede dejar a la voluntad de los dirigentes de la forma Fundación la posibilidad de alterar los fines o la articulación entre el capital y los fines. Esto no puede hacerse sino mediante un órgano externo y público (que no quiere decir en todo caso estatal) que verifique sin particularismos esos extremos.

a2) No hay interés o finalidad congruente con el uso de la forma Fundación que defendemos que no esté teñida esencialmente de generalidad en su propia esencia. No se trata de reducir el «interés general» al altruísmo, o incluso no permitir el uso defendido a ciertas formas de «interés particular». Lo que se afirma es que existen intereses generales de carácter económico dignos de esta forma institucional: es evidente la legitimación de la representación de lo público en la gestión y control de la vinculación capital-interés en estos casos. Pero lo es también, en el caso de determinados usos en favor de «intereses particulares», que en todo caso deberán ser «no singulares» y de sectores o actividades de gran significación social. Es este último título, la significación del fin, el que justifica también su control social público.

b) La previsión jurídico-económica de que el respeto y el fomento de la capitalización sea proporcional y congruente con el fin o el interés perseguido. Esa exigencia es doble:

b1) Por un lado, la necesaria exigencia de que la provisión de capital de las Fundaciones sea proporcional con las actividades que pretenden desarrollar. No es posible ni aceptable, desde un punto de vista conceptual, p.eje.: concebir Fundaciones sin capital y que se nutran de subvenciones periódicas; o con un capital claramente incapaz de atender las exigencias reales que pueden imponer los objetos o finalidades perseguidas por la Fundación.

b2) Por otro, que la previsión normativa respecto de la autofinanciación o capitalización sea congruente con la finalidad pretendida. No es posible ni deseable establecer un baremo único de destino de los frutos del capital a la actividad concreta o a la propia capitalización, si no se atiende a lo que en cada caso exija la actividad y la coyuntura que está presente.

Es necesario en todo caso subrayar la necesidad de una investigación económica y un análisis de los modelos más adecuados que integren este nuevo uso.

III. LA VINCULACIÓN NORMATIVA ENTRE FUNDACIÓN E INTERÉS GENERAL

1. Podemos afirmar que no sólo la actual regulación legislativa, sino cualquier modelo de los propuestos con anterioridad a su consagración normativa

por las entidades fundacionales o por centros de apoyo de tales instituciones o los que hasta el momento han propuesto las fuerzas políticas no han profundizado en esta reflexión *prescinden en absoluto de las consideraciones que acabamos de formular*. En todos los modelos legislativos que aparecen existe una referencia al interés general, pero que es lacónica y casi ritual.

A esta consideración, o mejor *a las consecuencias de esta falta de adecuada consideración en el modelo normativo a la vinculación Fundación-Interés General* se dedican las páginas siguientes de este trabajo.

Hemos de constatar que en la misma Ley que ha dado ocasión a este análisis, la mención del interés general se contiene en los dos primeros artículos de la norma, que tienen un carácter definidor y conceptual. Después no vuelven a aparecer en ningún otro momento relevante.

La concreción de la sumisión a este interés general se determina en casi todos los textos analizados, en la indeterminación de los beneficiarios. Subrayamos que incluso conceptualmente se admite que esta indeterminación puede ser genérica o específica. Esto es, se admite que la generalidad del interés no se desvirtúa aunque se señale en la finalidad un sector social específico, aunque dentro de él siempre sea necesaria la indeterminación de la singularidad.

El interés como definidor de la Fundación no ejerce ninguna otra función de definición de las Fundaciones, si no es la puramente taxonómica, ni siquiera de modo específico en el control de las Fundaciones por el Protectorado ²¹.

La idea es que el interés general se define temporal e institucionalmente una sola vez y para siempre, y mientras dure la Fundación, se estima que sigue vigente tal interés general.

2. La relación entre Fundación e Interés General es históricamente muy reciente.

Los elementos fuertemente institucionales de las «Fundaciones» romanas se vieron muy afectados por la inspiración religiosa cristiana. En efecto, la doctrina de la necesidad y la eficacia de los sufragios por el alma de los muertos planteaba la exigencia de un sistema que no dejara en las manos y en la voluntad de los supervivientes la realización de tales sufragios. Así se instituyeron los legados, las condiciones hereditarias o incluso las herencias en «favor de la propia alma», en las que aún cabía la intervención de la voluntad y diligencia de los sobrevivientes. Es obvio, que la forma Fundación ofrecía con mayor seguridad

²¹ Ver en este sentido los preceptos sobre la finalidad, funciones y competencias del protectorado de las Fundaciones.

un instrumento para la consecución de estos fines, que son esencialmente individualistas, aunque se estimen espirituales ²².

El siguiente paso, que contribuirá a la delineación de las Fundaciones modernas, es la consideración de que no sólo aprovechan para la salvación del alma los sufragios rituales, sino también las obras de caridad. La institucionalización de estas obras de caridad supone la ventaja añadida de que la pervivencia de beneficiarios supondrá la pervivencia de la institución y de la intención. Esta creación de un colectivo interesado en la eficacia de la Institución refuerza la propia Institución y los fines soteriológicos pretendidos.

El paso siguiente será la secularización de los intereses religiosos, la conversión de la «charitas» salvadora en altruísmo e interés general y tal interés general definido como aquel cuya persecución, fomento y protección corresponde al Poder público (Interés general=Interés público). *Resulta de todo ello evidente la aleatoriedad, accidentalidad y ambigüedad de la relación Fundación - Interés general a lo largo de la Historia.*

3. Una reflexión sobre las Fundaciones que se cuestiona esta relación significa plantear con toda crudeza la implicación de los diferentes modelos de organización de la Sociedad en el establecimiento y determinación del esquema normativo de esta Institución.

En un momento como el presente, en el que parece que la controversia y las confrontaciones ideológicas sobre los modelos sociales y políticos han desaparecido por absorción y desaparición del modelo más colectivista, puede parecer anacrónico un planteamiento de esta especie.

La realidad, sin embargo, enseña que en estos momentos es cuando pueden llevarse a cabo determinados análisis con una cierta libertad intelectual. Sin prejuicios y sin la sumisión a mitos, cabe replantearse cuestiones que sepan extraer la mayor rentabilidad social y operativa de instituciones que hemos podido heredar lastradas con adherencias del pasado, y que tras su depuración analítica puedan servir para las nuevas necesidades.

El intento de esta reflexión se centrará a partir de ahora en tratar de establecer una análisis diferenciado entre los términos de la relación cuya vinculación conceptual se nos ha aparecido tan problemática, tanto en su realidad histórica como en la experiencia contemporánea.

Este análisis tiene esta doble finalidad:

²² Me remito en resumen a los antecedentes históricos de los libros ya citados de BADENES y DE LORENZO.

— Confirmar la intuición establecida desde el comienzo de este trabajo, en el sentido de arbitrar una *doctrina diferenciada de los tipos de interés general que deben merecer una protección* por parte de la sociedad y del poder político.

— Establecer las *líneas fundamentales de articulación entre las Fundaciones y los «intereses generales»*, definidos del modo señalado, reflexionando críticamente sobre los modelos normativos existentes en estos momentos en nuestro país.

La concepción diferencial del interés general

1. Así como la conclusión que se sugería más arriba abogaba por una flexibilización, ampliación y generalización del modelo Fundación protegido por la legislación y la acción de la Administración, la tesis del presente apartado es sin duda la justificación de un tratamiento diferencial y restrictivo de las acciones o instituciones «orientadas al interés general», en razón de la mayor o menor generalidad, fundamentalidad y necesidad del «interés» perseguido.

En este punto, partimos de una evidencia: no tiene la misma significación social y no merece el mismo respeto y apoyo público la acción en favor de la tercera edad, de los sectores sociales marginados, las grandes enfermedades incurables, o la atención sanitaria inmediata en casos límites, que una Institución destinada a albergar obras de arte adquiridas, alquiladas o prestadas para su contemplación pública. Es evidente que interés general es el perseguido por un Asilo, una Institución dedicada a la rehabilitación de delincuentes, un centro de investigación sobre el SIDA, o una entidad como la Cruz Roja; y general es el interés de la Fundación Thyssen-Bornemisza. Pero entre esos tipos de interés hay una señalada diferencia.

El sucinto análisis histórico nos ha descubierto una clara equivocidad en el contenido de la expresión «interés general». La Fundaciones por la salvación del alma son claramente de interés singular. La relación con el interés general se ha producido derivadamente, puesto que la salvación del alma, para un cristiano, se consigue con sufragios religiosos y con «obras pías». Ambas actividades, encargadas en sus casos a las Fundaciones para el aprovechamiento individual del alma del fundador, son, para aquella mentalidad cultural, valiosas en sí y con efecto benéfico para la «comunidad de los santos» (en el caso de los sufragios), o de los concretos menesterosos (en el caso de las «obras pías»), y por tanto de la Sociedad. Son actividades de interés general.

Lo que descubrimos en todo ello es la existencia de una duplicidad de interés general existente en las Fundaciones: el interés del que se decide a constituir una Fundación y el interés que tiene la actividad realizada por tal

Fundación. Esa duplicidad se mantiene en muchos de los tratamientos del concepto de Fundación, sin que se manifieste la preocupación de distinguirlos ²³.

La realidad es que ambos aspectos se ponen de manifiesto bajo apelaciones diferentes. En efecto, cuando los autores se refieren al «interés general» o al «interés público», señalando que la Fundación debe tener una actividad filantrópica, espiritual o cultural están denotando la segunda de las significaciones distinguidas. Cuando, por el contrario, hablan tanto de que la Fundación no puede tener finalidad lucrativa, como de que los beneficiarios de su actividad no deben estar previamente determinados, se está haciendo referencia a la primera de las significaciones ²⁴.

2. Podría decirse que esta distinción es puramente académica o conceptual, pero no es así.

En primer lugar, porque es cierto que la discusión y profundización en las diferentes «ideas» o ideologías sobre las Fundaciones ya se está planteando (y con creciente virulencia) en torno a los tres temas que, como hemos visto, están vinculados con la definición del «interés»: actividad propia de la Fundación, remuneración de los servicios y los administradores, y destinatarios de la actividad fundacional.

En segundo lugar, porque el estatuto y, sobre todo, la articulación congruente con cada época histórica y cultural de la «forma» Fundación con cada tipo de interés no es homogénea.

Como se ha visto, la «forma Fundación» en su versión más estrictamente religiosa acepta un interés particular e incluso individual (la salvación de la propia alma) y una actividad asimismo particular cuyo beneficiario puede ser definido previamente (la celebración de sufragios por el sacerdote o comunidad definidos), sin hacer referencia al lucro, pero sin rechazarlo: hay Fundaciones constituidas por bienes productivos o figuras jurídicas esencialmente lucrativas, como son los censos o los foros. Como recordamos, lo que importaba para esa mentalidad era la perdurabilidad del mandato fundacional.

La versión secularizada, liberal y romántica de las Fundaciones exige ausencia de lucro, actividad específicamente filantrópica y voluntad constitutiva que no determine los beneficiarios.

²³ Esta distinción se concreta en que los primeros intereses son más intrínsecos y los segundos más extrínsecos. No he visto en la bibliografía consultada ningún apunte de esta distinción.

²⁴ Así las discusiones entre autores sobre la definición de «interés general» suele tener este origen. Cfr. PIÑAR, pág. 1323.

Esta versión se matiza posteriormente con la intervención del Estado destinada (según la más estricta doctrina revolucionaria liberal) a proteger y garantizar la voluntad fundacional: a proteger la perdurabilidad. Un paso más en esta evolución, es la *asunción por parte del Estado del control de la filantropía y generalidad del interés perseguido, y su fomento por medio de la concesión de incentivos fiscales.*

La virtualidad y rentabilidad de la «forma Fundación» para determinados supuestos de hecho, ya planteados y que en este trabajo se defienden como generalizables serviría para perfilar una posible *estructura fundacional, en la que los elementos significativos no fueran el altruísmo y la filantropía, sino la duración, la generalidad y la autonomización de un capital no necesitado de retribución, sino de simple mantenimiento.*

3. Es evidente que cualquier forma de altruísmo y filantropía (estrictamente benéfica o más ampliamente cultural) supone el cumplimiento de un interés general. Lo que afirmamos es que no hay implicación biunívoca entre la «forma Fundación» y tal interés. De hecho, el altruísmo y la filantropía se pueden perseguir por medio de otras figuras jurídicas. El Estado puede y debe proteger a cuantos persiguen este «interés general», sean o no Fundaciones y dotarles de los beneficios que estime oportunos dentro de las finalidades políticas que tenga planteadas en su orientación y programas políticos. Así está contemplado en el Título II de la Ley.

Lo que afirmamos también es que la Fundación como tal figura jurídica ofrece hoy en día, por su propia naturaleza histórica, una serie de ventajas que suponen un interés para la generalidad de la sociedad, y que es conveniente proteger cualquier forma de Fundación que suponga y contenga estos mínimos instrumentales (duración, estabilidad, capitalización sin lastres remuneratorios, conexión con actividades valiosas en sí, aunque sean lucrativas), que todo ello es «interés general» y que también merecería la protección del Estado.

Esta no es la situación real y práctica presente. Sin apartarnos de la finalidad de este trabajo, que es la reflexión sobre modelos posibles de regulación fundacional, podemos esbozar las líneas de orientación de tal regulación, de modo que todas las reflexiones que se acaban de formular puedan ser aprovechadas en la mayor medida posible.

IV. EL NUEVO HORIZONTE DE LAS FUNDACIONES: CONSIDERACIONES EN EL UMBRAL DE LA LEGALIDAD Y LA UTOPIÍA

A. *Posible protección del interés particular*

Aunque aceptemos «de lege lata» el acotamiento del objeto a las Fundaciones para interés general, el problema que inmediatamente se plantea es que la

frontera entre los intereses particulares y los generales en cuanto al aprovechamiento de las obras, los rendimientos y las actividades (aunque sean de satisfacción de necesidades primarias o espirituales) está muy claro en las Fundaciones promovidas por personas físicas, pero no ocurre así en las promovidas por personas jurídicas.

De hecho, el límite, en el caso primero, está en que los beneficiarios no vengan predeterminados por ninguna otra razón que pueda significar vinculación próxima o remota con el o los fundadores. Así no podrían ser objeto de esta regulación de cobertura en cuanto a la personalidad y el reconocimiento como derecho constitucional la Fundación educativa destinada a facilitar los estudios a los parientes de los fundadores.

Lo que ocurre es que una Fundación educativa constituída por una persona jurídica para dotar de enseñanza o becas de enseñanza a todos los empleados o familiares de los mismos vinculados con la Fundadora, tiene perfecta aceptación normativa.

Hay, según se ve, problemas en la definición del «interés general» de las Fundaciones como indeterminación de beneficiarios que se plantea con toda agudeza en casos comparativamente iguales, pero que reciben trato desigual. Estas situaciones problemáticas no son las únicas. Se agudizan si se combina esta definición del interés general con indeterminación de beneficiarios con la vinculación a actividades que por su propia naturaleza exigen tal indeterminación.

En la actividad de promoción y propaganda se exige que el destinatario sea el más amplio posible y que la prestación del servicio o la actividad sea gratuita. Tanto más eficaz será la acción de propaganda cuanto más «espiritual», «cultural» y «desprendida» sea la actividad que dará testimonio del patrocinio. Esta actividad como propia de una Fundación tiene una cobertura plena en los modelos al uso, pero no se oculta que en ello existe también una disfuncionalidad en la articulación de la concepción del «interés general».

Aún podríamos seguir concretando ejemplos de disfuncionalidades de este tipo, como lo son la utilización de la forma Fundación de modo temporal o la sumisión a los fines y propósitos cambiantes de los fundadores personas físicas, mientras sobreviven, o constantemente, en el caso de personas jurídicas.

B. Profundización en el «interés general» que supone la simple existencia y utilización de la forma Fundación

a. El interés general como categoría cierta

El probable origen de estas mistificaciones funcionales es la inicial equivocidad del concepto «interés general», que acaba concretándose, de una manera

muy parcial, como indeterminación de beneficiarios. La solución no es volver a reducir «interés general» a la actividad benéfica o puramente altruista. Ese remedio no es eficaz, y no es riguroso. No es eficaz porque es extrínseco; y no es riguroso, porque existen en la propia naturaleza de las Fundaciones unos elementos de tendencia natural a la satisfacción de objetivos e intereses de generalidad que son los que hay que profundizar, depurar y consolidar.

Ya hemos esbozado a lo largo de este trabajo algunos que nos parecen más significativos: la perdurabilidad, la autonomía, la subordinación objetiva y no subjetiva de un patrimonio, la articulación de la supremacía teleológica de las actividades y objetos. Es evidente que su análisis no puede ser agotado en este momento, ni tampoco el de la articulación efectiva de estas condiciones estructurales de generalidad con los consecuencias de significación asimismo generalizada (la indeterminación de los beneficiarios, ahora sí, como resultado, no como requisito formal incompleto). Todo ello merece posterior atención para una correcta configuración y aprovechamiento de esta Institución.

b. La necesaria jerarquización de intereses

Una vez que se ha destacado el contenido del «interés general» que la propia naturaleza de la «forma fundación» tiene para determinadas necesidades que plantea la sociedad actual, podemos propugnar que el sistema jurídico proteja y fomente este tipo de Fundaciones en las que se subraye tales aspectos de servicio generalizado; podemos y debemos subrayar en el análisis de las propuestas y modelos normativos que existen aquellas modificaciones que se juzguen necesarias para satisfacer estas exigencias; y, por último, y es lo que hacemos a continuación, tratar de evaluar aquel «interés general» extrínseco de los objetos filantrópicos, culturales, educativos o espirituales a los que en el momento presente se vincula la protección estatal.

El régimen normativo de tales intereses no puede ser otro que el de su jerarquización en relación con aquellas necesidades que se estimen más necesarias de solución y menos atendidas. La definición corresponderá al Poder Legislativo-Gobierno-Administración (en sus diversos escalones), de acuerdo con los proyectos de organización social que los ciudadanos hayan elegido. Es aquí donde evidentemente se van a plantear las discrepancias y opciones políticas de una forma perfectamente legítima. Habrá ideologías que estimen que la educación prima sobre la atención sanitaria o la acción cultural y de fomento del ocio, incluso que se deba fomentar en unos casos unas iniciativas, y en otros casos otras.

La legitimación de esta jerarquización y tratamiento diferenciado a unos «intereses» respecto de otros se justificaría en el dominio y responsabilidad del Estado en la administración de los recursos y el reparto de las cargas fiscales. Es muy probable que en todo caso, haya unos mínimos de orientación que

supongan siempre una mayor protección de las acciones asistenciales de aquellas necesidades sociales primarias, graves o insuficientemente atendidas.

En todo caso, la regulación normativa de esa jerarquización y distinción no será, como se ha venido diciendo, exclusiva de la acción fundacional, sino referida a cualquier acción asistencial, o de patronazgo, e incluso de mecenazgo.

C. Otros elementos de presencia garantizada normativamente

Según lo expuesto en este trabajo estos elementos deben ser al menos el patrimonio, la estabilidad y su garantía, la finalidad general, y la organización. Vamos a hacer referencia casi programática a cada uno de ellos, en las cuestiones que pueden aparecer más urgentes. Es necesario advertir nuevamente que de cada uno de los temas que se expondrán cabe, y es probablemente necesario, un desarrollo más detenido, e incluso monográfico, que ahora sólo es posible enunciar.

a. La suficiencia del capital

Uno de los temas que mayor cambio debería experimentar en una concepción mínimamente adaptada de las Fundaciones es el de la dotación y el patrimonio.

No parece coherente con la estructura y funcionalidad de la «forma Fundación» las dotaciones iniciales

— claramente insuficientes para el cumplimiento estable de los fines señalados, consistentes en prestaciones periódicas sometidas a la discrecionalidad de la decisión de los promotores o a la estacionalidad de presupuestos periódicos [se subraya especialmente el caso de las Fundaciones constituidas por entes públicos sometidos a presupuestos anuales],

— constituidas por patrimonios exclusivamente inmovilizados o de difícil realización.

b. La organización ²⁵

La previsión normativa de la organización de las Fundaciones debe enfrentarse con dos cuestiones de una cierta urgencia.

²⁵ La localización de este tema como subespecie o subapartado da idea de lo poco acertada que juzgamos la importancia que a la nota de «organicidad» se concede por la Ley. Tanto

La primera es la prevención de que los fines a perseguir determinen la amplitud y complejidad de la organización exigida. Es claramente insuficiente el marco general, en el que sólo se establece como fijo un inarticulado Patronato, y se prevé la eventualidad de algún órgano gestor, entregada su determinación al libre albedrío de la Fundación. Nuevamente es necesario llamar la atención de la primacía de la actividad o el fin para determinar la magnitud de los órganos de gobierno y administración. Es más, puede estimarse que la eficacia de la Fundación es la articulación de grandes recursos con actividades cuyo campo de destinatarios debe ser muy amplio. Ello supone una cierta complejidad o una gran tecnificación en su gestión, que debe ser exigido en el marco normativo.

Unido a ello, se encuentra otro problema que puede ser prosaico, pero que es ciertamente un importante obstáculo para el cumplimiento de los requerimientos a que acabamos de hacer referencia. Es el de la retribución de los gestores. Se impone en este tema una renovación de los criterios legales, para pasar de la simple desconfianza y negativa, a un criterio más matizado, en el que la importancia de los recursos administrados pueda justificar sin duda la congruente retribución que exige la entrega a esta tarea administrativa y de gestión.

La importancia de los recursos manejados, la complicación de su gestión y sobre todo la generalidad del doble interés que se persigue exige el establecimiento de mecanismos de control contable y presupuestario, por medio de instrumentos ampliamente acreditados como son los sistemas contables específicos obligatorios, la generalización de las auditorías externas y la previsión de posibles casos en los que se promueva especialmente sistemas de evaluación de gestión.

c. La publicidad

La publicidad es una exigencia y una garantía de la generalidad. Si el interés general está, como hemos dicho, doblemente presente en las Fundaciones protegidas por el ordenamiento sólo es posible otorgar la cobertura y protección normativa a aquellas entidades cuya existencia tenga plenitud de publicidad. La claridad de este razonamiento justifica una mayor argumentación en favor de que la personalidad de las Fundaciones sólo pueda ser atribuida cuando estas hayan accedido a un Registro público de reconocimiento.

Generalmente se juzga que este requisito supondría la sumisión a la aprobación administrativa y esa es la objeción que suele hacerse a la exigencia de la

más cuanto que la norma no se cuida de garantizar la suficiencia de tal organización en relación con los fondos manejados o las finalidades perseguidas.

inscripción para la obtención de la personalidad jurídica independiente de la Fundación. La respuesta está en que dicho Registro debe ser reglado y no discrecional, pero también que la simple voluntad constitutiva sin el cumplimiento de determinados requisitos, perfectamente delimitados y solo reprochables en vía jurisdiccional, repugnaría al carácter esencialmente público de la Institución. Dentro de la doctrina general de la personalidad jurídica, esta no sería una disciplina excepcional. Más bien, el supuesto contrario, esto es, la atribución de personalidad jurídica independiente a un colectivo se subordina a la existencia bien definida de sus componentes, y a la ilimitación de sus responsabilidades en todo caso. En cualquier caso de limitación, la publicidad es necesaria. Una Fundación supone la creación de una frontera de responsabilidad en los límites del capital afectado y ello exige publicidad.

d. Otras llamadas de atención

Se ha reservado para el final el tratamiento de tres características que hemos venido predicando como esencialmente intrínsecas a las Fundaciones desde el estricto punto de vista institucional. Son la *esencial ilimitación en su duración*²⁶, la *radical autonomía* y la *necesidad de un régimen especial de garantías*. Resumiremos las exigencias que estas características imponen en un marco de regulación normativa, y cuyo tratamiento y discusión por extenso se manifiesta aún más urgente.

En un esfuerzo de condensación se diría que estas tres características encierran sus exigencias en la absoluta precisión de que una vez creada la Fundación se corten con toda radicalidad todos los posibles vínculos y relaciones con cualquier forma de discrecionalidad dispositiva de la persona física o jurídica promotora o fundadora.

Una Fundación y el ámbito de dinámica social que desencadena no puede someterse a la eventualidad de su posible desaparición, por muy justificada que pueda aparecer. Lo que es necesario arbitrar (y a ello se ha hecho referencia más arriba) es que la dotación patrimonial, la previsión organizativa y la articulación de los intereses a los que sirve la Fundación tengan una conformación que la hagan perdurable.

Una Fundación no puede subordinar su funcionamiento y gobierno a una voluntad heterónoma. Resulta contrario al «interés general» que hemos definido

²⁶ Es evidente la discutibilidad de la facilidad de extinción de las fundaciones en el nuevo régimen normativo, que descuida incluso la necesidad de retornar las cantidades bonificadas por el apoyo fiscal.

como intrínseco el que la Fundación se subordine en los programas a realizar, o en las actividades a desarrollar, o en los recursos a emplear a otra voluntad que la hipostasiada en los órganos estatutarios.

Una Fundación no puede reconocer en sus previsiones estatutarias otro control que el mantenimiento de sus características institucionales, y la articulación de los fines que se ha marcado. No puede atribuir en tales previsiones ese control a órganos vinculados con sus promotores o fundadores (o a los órganos que controlan tales promotores o fundadores) sino a la entidad a la que la sociedad haya atribuido esa específica misión.

8. Señalemos finalmente la evidente necesidad de establecer un marco genérico de regulación de las Fundaciones y la conveniencia de prevenir en ese marco la habilitación al Poder ejecutivo para configurar los subsistemas de especial protección a aquellas actividades o realizaciones, que estimen necesario proteger a la vista de que sepan traducir o interpretar de lo que en cada momento demande la sensibilidad social.