

E) DERECHO PATRIMONIAL

LÓPEZ NIETO, F.: *Manual de Fundaciones*, Bayer Hnos., S.A., Barcelona, 1996, 518 pp.

I

Cualquier modificación legislativa y más cuando incide en materias de especial alcance e importancia suele venir acompañada de un importante esfuerzo doctrinal por desentrañar y explicar las claves de la nueva regulación. Esto es, precisamente, lo que ha ocurrido con la Ley 30/1994, de Fundaciones y de Incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, cuya aprobación fue precedida y ha ido seguida por una ya larga serie de monografías entre las que cabe citar el *Manual de Fundaciones* del que es autor Francisco López-Nieto.

La fundación es una de esas figuras jurídicas que, como las corporaciones públicas o las asociaciones, han pasado por épocas de crisis, incluso de persecución y, sin embargo, han demostrado una especial vigorosidad para sobrevivir de forma casi milagrosa a todos esos avatares hasta llegar, incluso, a ser consagradas por la propia norma constitucional en la que han encontrado su garantía de futuro. No obstante, también con las fundaciones se ha hecho realidad la máxima de que cada institución es el producto de su historia y las fundaciones son hoy tributarias de épocas pasadas, como da fe el debate constituyente donde se puso de manifiesto, de un lado, el interés por recuperar e incluso estimular esta figura, pues se consideraba «uno de los mecanismos por los cuales la generosidad y los fines altruistas que pueden mover a las personas físicas permiten trasladar un patrimonio que está al servicio de fines particulares, de intereses particulares, a favor del interés público de los intereses generales» (Alzaga), y, de otro, la preocupación por establecer determinadas cautelas que impidieran resucitar la antigua figura de las manos muertas afectadas a fines de interés particular. Fundaciones sí, decía el senador L. Martín Retortillo, pero con la cautela, la exigencia, la condición *sine qua non* de que siempre que sean de interés público y con el consiguiente control público.

Es precisamente el equilibrio entre ambos extremos lo que llevó finalmente a incluir el derecho de fundación entre los derechos subjetivos que consagra la Constitución, no así entre los derechos fundamentales de protección reforzada a los que corresponde entre otros la libertad de asociación. El derecho de fundación para fines de interés general se trata, en definitiva, de un derecho de libre disposición de la propiedad para dar cumplimiento a su función social que interesa fomentar desde el Estado social y de Derecho como una forma

de garantizar la solidaridad e interrelación social entre los individuos y de atribuir a entes de carácter social no público el cumplimiento de fines de relevancia constitucional o de interés general (STC 18/1984). En resumen, como señala García de Enterría (*Constitución, fundaciones y sociedad civil*, Revista de Administración Pública, 122/1990), el derecho de fundación no puede concebirse en modo alguno ya más como una excepción rigurosamente administrada respecto de una prohibición general, sino que el derecho de fundación por el mero hecho de su inclusión en el catálogo de los derechos fundamentales ha pasado hoy a ser la regla general y no la excepción de una prohibición.

II

Más que un verdadero «manual» en el sentido clásico del término, como parece sugerir su título, el trabajo objeto de esta recensión contiene un comentario completo, simple y sistemático de la legislación de fundaciones y, en especial, de la Ley 30/1994, de Fundaciones e Incentivos fiscales a la participación privada antes citada. Ello facilita un primer y rápido acercamiento al derecho de fundaciones, propósito al que contribuye la inclusión en forma de apéndices de los documentos más usuales como, por ejemplo, los modelos de estatutos, o el escrito de solicitud de inscripción, etcétera, y de los textos legales y reglamentarios tanto estatales como autonómicos. En definitiva, se trata de un trabajo fundamentalmente expositivo, en el que su autor, a lo largo de catorce capítulos, da cuenta de forma aséptica y con un propósito eminentemente práctico de las cuestiones jurídicas fundamentales del actual derecho de fundaciones.

Comienza el libro con dos capítulos introductorios. En el primero de ellos se da cuenta de forma muy escueta del origen histórico de esta figura jurídica, de su reconocimiento en el texto constitucional, de las diferentes disciplinas del ordenamiento que afectan o regulan su existencia (civil, administrativo y tributario) y finalmente, también de forma brevísima, se anticipan las líneas generales de su posible evolución futura.

En un segundo capítulo López-Nieto intenta esbozar el concepto de fundación, sus clases y los criterios de distinción entre ésta y figuras más o menos afines. Como una clase de fundación hace alusión el autor a las fundaciones públicas, concepto en el que se mezclan los establecimientos públicos personificados u organismos autónomos, la fundación pública del servicio u organismo autónomo local y las fundaciones de patronato municipal. Pero lo cierto es que esas fundaciones públicas a las que hace referencia nada tienen que ver con la figura de la fundación privada a la que, sin embargo, la Administración ha comenzado a recurrir para realizar actividades, o prestar determi-

dados servicios como la asistencia sanitaria hospitalaria a los que está obligada como consecuencia de la consagración constitucional del Estado Social. Es clásica en el Derecho administrativo la clasificación de las personas jurídico-públicas en torno a las categorías de la fundación y la corporación, distinción que hace referencia al elemento patrimonial necesario en el caso de las fundaciones o al personal como es el caso de las Corporaciones locales o las Corporaciones de Derecho público. Esta noción de fundación pública no implica, o mejor dicho, no implicaba un mismo régimen jurídico para las fundaciones públicas y las privadas pues las primeras no eran otra cosa que «establecimientos públicos» con un régimen jurídico específico de Derecho público que nada tenía que ver con la regulación o el régimen de las fundaciones privadas reconocidas en el Código Civil. La cuestión fundamental no es, pues, la distinción entre esas fundaciones públicas con las privadas, en torno a las que no cabe ninguna confusión sino por el contrario, la de si es posible la creación por las Administraciones Públicas de fundaciones privadas, esto es con el mismo régimen que las fundaciones creadas por los particulares, posibilidad que ha sido expresamente reconocida por la Ley de Fundaciones (art. 6) al reconocer capacidad para fundar tanto a las personas físicas como a las jurídicas sean estas últimas públicas o privadas.

Otra clase de fundaciones a las que López-Nieto se refiere son las fundaciones religiosas que a lo largo de la historia han tenido un especial protagonismo, pues no en vano la construcción de la fundación como persona jurídica distinta de su fundador tuvo su origen en el Derecho canónico para ser posteriormente a lo largo de muchos siglos alentada por la filosofía cristiana. No obstante, se hace necesario distinguir las fundaciones religiosas de otras entidades sujetas a la Ley orgánica de Libertad religiosa, distinción que este autor basa no en el carácter religioso de su fundador sino en los fines que cumplen, de forma que sólo las entidades con fines eminentemente religiosos quedarían excluidas de la Ley 30/1994, mientras que aquellas otras con fines benéficos o asistenciales entrarían de lleno en el ámbito de aplicación de la Ley de fundaciones y quedarían por lo tanto sujetas al protectorado correspondiente.

Escasos problemas suscita la distinción que también se aborda en este capítulo entre la fundación y otras figuras más o menos próximas como las asociaciones y las sociedades. En todo caso hay que tener en cuenta con relación a estas últimas que la falta de ánimo de lucro que se utiliza como elemento definitorio de la fundación no impide el desempeño por ésta de actividades lucrativas siempre y cuando los beneficios obtenidos con dicha actividad queden afectados al cumplimiento de los fines fundacionales. Es la conocida fórmula de la fundación empresa que la Ley ha consagrado definitivamente y que

encuentra un ejemplo inmejorable en las Cajas de Ahorros a las que se ha referido ya en varias ocasiones el propio Tribunal Constitucional.

III

A partir de los dos capítulos introductorios puede decirse que la sistemática del manual se adapta perfectamente a la sistemática legal. Un tercer capítulo está dedicado al estudio de la génesis de las fundaciones: el acto fundacional y dotacional, su formalización mediante la correspondiente escritura de constitución y la inscripción en el registro de fundaciones que será objeto de desarrollo en el capítulo sexto. En efecto, la Ley ha optado por un sistema de inscripción constitutiva que no suscita al autor reparo alguno respecto a su constitucionalidad en tanto en cuanto la Constitución reconoce un derecho de configuración legal y no establece, como ocurre con las asociaciones, cautela alguna sobre la naturaleza constitutiva de la inscripción en el registro administrativo, inscripción de la que deriva el reconocimiento de la personalidad jurídica y consiguientemente la capacidad de obrar. Por ello, en la medida en que no basta la voluntad del fundador de adscribir determinados bienes a uno de los fines estipulados en la ley sino que es necesario además el concurso de la Administración, es necesario analizar con detalle en qué consiste esa intervención administrativa y cuales son sus límites, temática que se aborda en el capítulo sexto. Es de señalar que la inscripción en el registro administrativo no es un acto concesional sino más bien una autorización en tanto en cuanto no se trata de una potestad discrecional sino reglada. En otras palabras, la Administración no podrá denegar la inscripción salvo en aquellos casos en los que la fundación para la que ha solicitado la inscripción no reúna los requisitos legalmente tasados. Se trata, en definitiva, de una actividad administrativa de limitación o control y los actos dictados en su ejercicio, aunque versan sobre un derecho privado directamente relacionado con el derecho de propiedad, son actos administrativos recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Tras una somera exposición de la normativa vigente en materia de fundaciones (capítulo cuarto), López Nieto analiza en el capítulo quinto, bajo el título genérico de «distribución de competencias», cuestiones tan dispares como la distribución de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas, los órganos administrativos con competencia en esta materia y la dualidad jurisdiccional. En relación al primer aspecto citado, la distribución de competencias el autor se limita a las competencias de ejecución, lo que él denomina «de los órganos administrativos», aunque conviene señalar que la disposición final primera de la Ley 30/1994, establece la directa aplicación en

todo el territorio nacional de muchos de sus preceptos bien a partir de la competencia del Estado que consagra el artículo 149.1.1 de la Constitución para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes, título que paradójicamente ha sido escasamente invocado por la legislación estatal, bien en la competencia estatal en materia de legislación civil (aunque en este caso sólo tendrá carácter supletorio en las Comunidades que no tengan competencia en materia de derecho civil foral o especial), bien en la competencia del Estado sobre legislación procesal, o bien, finalmente, a partir de la competencia estatal sobre hacienda general y deuda del Estado. En segundo lugar, entre los órganos administrativos con competencia en materia de fundaciones, se señalan el Ministerio de Economía y Hacienda, el Consejo Superior de Fundaciones que es un órgano de carácter consultivo, el protectorado y los registros estatal y autonómicos de fundaciones. Finalmente, en este mismo capítulo se aborda la dualidad jurisdiccional que provoca la intervención administrativa en lo que no es sino un derecho «privado» en opinión del autor. Se trata, sin embargo, de un derecho privado especialmente intervenido por el poder público, intervención que se manifiesta desde su nacimiento hasta su muerte –téngase en cuenta que el acuerdo del Patronato declarando la extinción de la fundación cuando concurren las causas legalmente previstas debe ser ratificado por el Protectorado y su falta exige necesariamente la intervención judicial– y a lo largo de toda la vida de la fundación como se analiza de forma detallada en los capítulos séptimo con relación a las actuaciones que requieren inscripción registral y duodécimo en materia de autorizaciones y comunicaciones al Protectorado.

El capítulo octavo del manual está dedicado al estudio de los Estatutos que a diferencia de los de otras personas jurídicas aparecen determinados por el fundador, pues la fundación, dice el autor, no tiene plena capacidad para autorregular su organización y su funcionamiento como la tienen las sociedades y asociaciones que pueden modificar la regla estatutaria cuando sus miembros o socios lo estimen conveniente. No debe esta afirmación interpretarse, sin embargo, en el sentido de admitir una cierta inmutabilidad de la voluntad del fundador plasmada en los Estatutos, pues si bien es verdad que en las fundaciones no hay socios ni miembros titulares de la soberanía, también lo es que legalmente se reconoce a su órgano de gobierno, el Patronato –cuyo funcionamiento, composición y facultades se analizan en el capítulo noveno–, vigilado de cerca, eso sí, por el Protectorado, la modificación de las determinaciones estatutarias incluso en contra de la prohibición expresa del fundador cuando concurren causas tan amplias como que la modificación resulte conveniente al interés de la fundación o que las circunstancias que presidieron su

constitución hayan variado de tal manera que ésta no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a sus estatutos.

Como señala García de Enterría, la idea de un patrimonio estático es hoy incompatible con las concepciones económicas más elementales que postulan la idea de patrimonios dinámicos que son hoy los únicos capaces de subsistir en una vida económica como la actual, compleja y sumamente vivaz. De ahí que junto al elemento patrimonial imprescindible en toda fundación a cuyo análisis está dedicado el capítulo décimo del libro se haga un especial hincapié en el aspecto «dinámico» que supone el ejercicio por las fundaciones de actividades mercantiles e industriales y su régimen económico.

Concluye el manual con dos capítulos destinados al régimen tributario de las fundaciones de un lado, y de los incentivos y mecenazgo de otro. Ciertamente es que como advierte el autor, este último aspecto no puede considerarse en sentido estricto parte del estudio del derecho de fundación, sin embargo guarda con él una estrechísima relación que, como ha señalado Sáenz de Miera («Las fundaciones como instituciones sociales. El mecenazgo», en el libro *Presente y Futuro de las Fundaciones*, Madrid 1990), está cada vez más presente en la opinión pública.

De lo expuesto bien puede concluirse que esta obra, sin grandes preocupaciones dogmáticas, constituye un trabajo especialmente útil tanto para una primera aproximación al derecho de fundaciones como para la resolución de simples problemas de carácter práctico.

SILVIA DEL SAZ

PETSCHEN VERDAGUER, SANTIAGO: *Europa, Iglesia y patrimonio cultural. Textos Internacionales*, B.A.C., Madrid, 1996, 338 pp.

El célebre adagio de Montaigne: «Ciencia sin conciencia no es más que la renuncia del alma», bien podría ayudarnos a enfocar esta obra del profesor Santiago Petschen, titular de Relaciones Internacionales en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid.

Partiendo de las ponencias surgidas con ocasión de las Jornadas celebradas anualmente en El Escorial del Secretariado Internacional de la Comisión Episcopal para el Patrimonio Cultural, el autor ha seleccionado treinta y siete documentos internacionales de diversa índole (declaraciones, reconocimientos, resoluciones y tratados), si bien todos ellos referidos al patrimonio cultural europeo como expresión del «alma de Europa».

Sucede que ni a la Iglesia ni a la sociedad les es hoy indiferente el tratamiento jurídico de los bienes culturales, razón por la cual la Iglesia ha querido