

Algunas reflexiones en torno a la naturaleza de las fundaciones como personas jurídicas

Some reflections on the nature of foundations as legal persons

por

MARTA PÉREZ ESCOLAR
*Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Valladolid*

RESUMEN: El conocido fenómeno de proliferación de las fundaciones en nuestro ámbito jurídico conduce a una reflexión importante sobre su naturaleza jurídica que enlaza directamente con la desconfianza social que ha generado la institución.

La concepción constitucional de este tipo de personas jurídicas (art. 34.1 CE) conlleva la existencia de un «núcleo esencial» caracterizador que se debe respetar tanto por el propio legislador (art. 53.1 CE) como por los actores implicados en el sector fundacional.

Sin embargo, en la práctica se ha producido una instrumentalización de las fundaciones motivada bien por la actuación del legislador, que ha dado lugar a una utilización excesiva de la forma jurídica fundacional mediante la creación de tipologías específicas de fundaciones que no se corresponden con dicho núcleo esencial caracterizador, o bien como consecuencia de la desnaturalización de los fines de interés general que deben satisfacer estos entes por determinados tipos de fundaciones.

Sobre esta base, se pretende realizar algunas reflexiones que pongan en evidencia tal instrumentalización que se ha producido de la persona jurídica tipo fundación y la consecuente confusión a propósito de su naturaleza desde la perspectiva de sus elementos básicos configuradores.

ABSTRACT: The well-known phenomenon of the proliferation of foundations in our legal field leads to an important reflection on their legal nature that is directly linked to the social mistrust that the institution has generated.

The constitutional conception of this type of legal persons (art. 34.1 CE) entails the existence of an essential characterizing core that must be respected both by the legislator himself (art. 53.1 CE) and by the actors involved in the founding sector.

However, in practice there has been an instrumentalization of foundations motivated either by the action of the legislator, which has led to an excessive use of the founding legal form through the creation of specific types of foundations that do not correspond to said nucleus essential characterizer, or as a consequence of the denaturing of the aims of general interest that these entities must satisfy for certain types of foundations.

On this base, it's intended to carry out some reflections that highlight such instrumentalization that has occurred of the foundation-type legal person and the consequent confusion regarding its nature from the perspective of its basic configuring elements.

PALABRAS CLAVE: Persona jurídica. Fundaciones. Naturaleza jurídica. Fines de interés general. Fundaciones creadas por el sector público. Fundaciones bancarias.

KEY WORDS: Legal person. Foundations. Legal nature. Purposes in the public interest. Foundations created by the public sector. Banking foundations.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA FUNDACIÓN COMO PERSONA JURÍDICA DE DERECHO PRIVADO Y LAS FUNDACIONES CREADAS POR EL SECTOR PÚBLICO.—III. LA FUNDACIÓN COMO PERSONA JURÍDICA DESTINADA A LA SATISFACCIÓN DE FINES DE INTERÉS GENERAL. TIPOLOGÍAS FUNDACIONALES Y DESNATURALIZACIÓN DE LA ESENCIA: 1. FINES DE INTERÉS GENERAL Y NÚCLEO ESENCIAL DEL DERECHO DE FUNDACIÓN. 2. ALGUNAS TIPOLOGÍAS FUNDACIONALES «DUDOSAS». 3. EL CASO PARTICULAR DE LAS FUNDACIONES BANCARIAS.—IV. CONCLUSIONES: LA FUNDACIÓN, REALIDAD

POLIVALENTE Y REALIDAD DESVIRTUADA.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. FUENTES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Como es sabido, las fundaciones constituyen una realidad jurídica multidisciplinar dado que en su regulación convergen diversas ramas del Derecho: partiendo de la dimensión constitucional que supone el reconocimiento del derecho a fundar en el artículo 34 de la Constitución española (en adelante, CE), la estructura de la fundación como persona jurídica de Derecho privado le corresponde al Derecho civil; ahora bien, a ello debemos sumar la convergencia de otras dos ramas jurídicas, el Derecho administrativo, consecuencia de la necesidad de control de la actividad de la fundación a través del Protectorado, y el Derecho mercantil, a raíz de la creciente y necesaria participación de la fundación en la actividad económica asumiendo el papel de empresaria.

Esta realidad multidisciplinar, de suyo complicada, puede haber favorecido indirectamente la situación actual de las fundaciones en nuestro ámbito jurídico, en el que su proliferación indiscriminada es un fenómeno cuyos detonantes no han estado siempre alineados con la naturaleza de la persona jurídica. Su fundamento constitucional, el artículo 34.1 CE, declara que *«se reconoce el derecho de fundación para la satisfacción de fines de interés general, con arreglo a la ley»*, lo cual se ha utilizado para dar cabida tanto a fundaciones cuyos fines de interés general están claramente desnaturalizados como a tipologías fundacionales que el propio legislador ha creado con poca concordancia con el denominado «núcleo esencial» configurador del derecho de fundación.

La consolidación legal de estas últimas tipologías, sometidas a regímenes específicos, parece haber llegado además a un punto de no retorno con relación al tema que nos planteamos, pues el surgimiento o consolidación de tales regímenes específicos (fundaciones creadas por el sector público, fundaciones bancarias) reafirman la posibilidad de apartarse, *«con arreglo a la ley»*, de la esencia de la persona jurídica fundacional, recogida por el precepto constitucional y, por tanto, constitutiva de su «núcleo esencial» que el legislador está obligado a respetar conforme al artículo 53.1 CE.

Al tiempo, la evolución del Derecho general de Fundaciones parece haberse paralizado tras el intento, fallido, de actualizar la Ley 50/2002, de 26 de noviembre, de Fundaciones (en adelante, LF), que representó el Anteproyecto de Ley de Fundaciones (en adelante, ALF), informado por el Consejo de Ministros el 29 de agosto de 2014 pero inmediatamente abandonado ante la oposición del sector fundacional a una de sus novedades más importantes,

que fue considerada de carácter intervencionista: el establecimiento de un régimen sancionador que pretendía paliar de alguna manera las conocidas irregularidades de algunas fundaciones y que contaba con el precedente legislativo de la Ley del Parlamento catalán 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública (en adelante, LPF¹).

El objetivo reformista plasmado en el ALF, que pretendía una modernización de las fundaciones que iba mucho más allá del establecimiento de dicho régimen sancionador², ha quedado en el olvido desde el año 2014, si bien, como ha puesto de manifiesto el profesor EMBID IRUJO, «*esa reforma, ..., era necesaria e, incluso, debería haberse producido antes*»³.

En esta situación, se pretende realizar algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de estas personas jurídicas con la finalidad de poner en evidencia la mayor o menor concordancia de algunos tipos de fundaciones con la realidad conceptual de las mismas, pues si su configuración básica como institución jurídica, que parte del artículo 34.1 CE, constituye el fundamento de su desarrollo y aplicación normativa, cualquier desviación de dicha configuración básica constituirá una desnaturalización de la institución difícilmente aceptable desde la óptica constitucional y, también, desde el ámbito del Derecho civil, al que pertenecen los elementos estructurales de la persona jurídica tipo fundación⁴.

Se trata como es evidente de una cuestión que va mucho más allá de lo meramente teórico, pues este tipo de instrumentalizaciones de las fundaciones son las que sirven de fundamento para la creación de un clima de desconfianza social que afecta de forma general a todas las fundaciones, muchas veces de forma injustificada⁵.

II. LA FUNDACIÓN COMO PERSONA JURÍDICA DE DERECHO PRIVADO Y LAS FUNDACIONES CREADAS POR EL SECTOR PÚBLICO

La caracterización de las fundaciones como personas jurídicas de Derecho privado constituye el punto de partida para entender la fundación como institución jurídica, pues implica ubicarlas en este ámbito del Derecho en cuanto personas jurídicas a través de las que no se ejercen potestades públicas. Esta connotación básica ha quedado sin embargo desdibujada en los últimos años o, más bien, confundida, como consecuencia de la proliferación de fundaciones creadas por el sector público, mal denominadas «fundaciones del sector público» o «fundaciones públicas».

Estas expresiones parecen significar que la titularidad de tales fundaciones corresponde al sector público, cuando tal sector público se limita a ser

el sujeto fundador de una persona jurídica que, como tal persona jurídica, es autónoma, independiente del sujeto fundador⁶. En relación con ello, la autonomía de la fundación como persona jurídica respecto al fundador conlleva la imposibilidad de que la administración pública fundadora ejerza potestades públicas a través de la fundación, que podrá servir para el desarrollo de políticas sociales pero no para el ejercicio de potestades públicas, las cuales corresponden a la administración pública competente y no a la fundación creada por ella.

Se trata de consideraciones intrínsecas a la naturaleza de la fundación como persona jurídica de Derecho privado que de forma muy clara se explican en los *Elementos de Derecho civil* del profesor LACRUZ BERDEJO dentro del epígrafe significativamente titulado «¿Fundaciones de Derecho público?», el cual por su enorme interés a nivel de clarificación conceptual nos permitimos reproducir en algunos de sus párrafos (LACRUZ BERDEJO / SANCHO REBULLIDA / LUNA SERRANO / DELGADO ECHEVERRÍA / RIVERO HERNÁNDEZ / RAMS ALBESA, 2010, 315-316):

«Todas las fundaciones deben perseguir fines de interés general, están sujetas a la vigilancia de la Administración pública y en su regulación se entrecruzan normas de Derecho público y de Derecho privado.

Pero todas son, necesariamente, personas de Derecho privado. (...). La fundación, por su propio concepto, es una persona privada de interés público (terminología del CC) o general (terminología de la Constitución y de la LF). (...).

Las Administraciones Públicas pueden crear fundaciones, pero no pueden ser titulares de una fundación, del mismo modo que una persona física o una sociedad anónima no pueden ser titulares de una fundación. He aquí por qué no puede haber «fundaciones públicas» en el sentido que se le suele dar a esa palabra, es decir, como tratándose de verdaderas fundaciones de las contempladas en el Código civil y en la LF: porque la fundación es su propio sujeto, y entonces no puede tener una ulterior connotación de pública o privada: es ella y nada más. (...).».

Por otro lado, la legislación específica aplicable a las fundaciones creadas por el sector público ha sido y es clara en este sentido de dejar constancia de que a través de ellas no se pueden ejercer potestades públicas, pues se trata de una consecuencia directa de la autonomía de la fundación como persona jurídica con respecto a la administración pública fundadora.

En concreto, el artículo 128.2 párrafo segundo Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), cuyos artículos 128 a 136 contienen el régimen especial «*de las fundaciones del sector público estatal*», dice que estas fundaciones «*únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades*

del sector público fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa. Las fundaciones no podrán ejercer potestades públicas». Con anterioridad, el artículo 46.1.a) LF, derogado por la disposición derogatoria única d) LRJSP, declaraba igualmente de forma expresa que este tipo de fundaciones no podían ejercer potestades públicas.

Hay que distinguir, por tanto, lo que supone el ejercicio de tales potestades o poderes de actuación de las Administraciones públicas con relación a los particulares, que solo corresponden a la administración pública fundadora, con respecto a los fines, materiales, que pertenezcan a las competencias de la misma, fines que sí son atribuibles a la fundación siempre que sean fines de interés social. Consecuencia de ello ha sido que las fundaciones creadas por el sector público se conviertan en una manifestación importante del fenómeno que se conoce como «huida del Derecho administrativo»⁷.

Esta «huida del Derecho administrativo» de las Administraciones públicas a través de las fundaciones supone, desde la perspectiva privatista, una clara desviación o desnaturalización de la esencia de la persona jurídica tipo fundación, manifestación de la autonomía privada para la satisfacción de fines de interés general que, sin duda, subyace en el artículo 34.1 CE. En palabras de DURÁN RIVACOBÁ (2011, 252), nos encontramos ante «un paladino ejemplo de la instrumentalización de la figura para el logro de formas de gestión más ágiles del sector público»⁸. Ahora bien, pese al reconocimiento legal de la capacidad fundadora de los entes públicos (art. 8.4 LF), y, como dijo de nuevo el profesor LACRUZ BERDEJO (2010, 316), «su naturaleza de Derecho privado parece indudable».

Pese a todo, se plantea el caso particular de las legalmente denominadas «*fundaciones públicas sanitarias*»: el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (en adelante, LMFAOS), que lleva por rúbrica «*fundaciones públicas sanitarias*», dice en su número 2 que tales fundaciones «*son organismos públicos, adscritos al Instituto Nacional de Salud*».

Sobre esta base y la que otorga su posterior desarrollo reglamentario, realizado por Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, la doctrina administrativista ha distinguido estas denominadas «*fundaciones públicas sanitarias*» de las «*fundaciones stricto sensu*» con la finalidad de dejar constancia de su completamente distinta naturaleza y configuración jurídica. Así, según SOCÍAS CAMACHO (2006, 177-178), las «*fundaciones públicas sanitarias*» del artículo 111 LMFAOS «*son la adaptación al ámbito sanitario de las entidades públicas empresariales previstas en la LOFAGE*», estando su catalogación como entes públicos instrumentales «*exenta de discusión*», lo cual no tiene nada que ver con la fundación «*stricto sensu*»⁹.

En este sentido, son muy acertadas las palabras de GÓMEZ-FERRER MORANT (2006, 18), cuando dice que lo que ha sucedido con este tipo de mal denominadas por la propia ley «*fundaciones públicas sanitarias*» es que «*el Ordenamiento ha acudido a utilizar una categoría conocida —la fundación— para acuñar un ente institucional distinto*» con respecto a los previstos para llevar a cabo la organización de la Administración General del Estado «*en vez de acudir a una nueva denominación no importada del derecho privado*». Efectivamente, la denominación jurídica, aunque obedezca a una motivación, no es irrelevante, pues «*difumina el sentido de las categorías jurídicas e introduce un desorden conceptual que no puede calificarse sino de negativo*»; «*llamar a cosas distintas por el mismo nombre tiene una explicación, pero introduce un factor de desorden en el sistema jurídico*», en definitiva, una disfunción jurídica.

A ello cabría añadir que tal utilización por el legislador del término «fundación» para configurar una realidad jurídica distinta atenta contra la garantía de instituto que se deriva del artículo 34 CE para el derecho de fundación, que determina la obligación de los poderes públicos de respetar sus características o contenido esencial (art. 53.1 CE). Desde la STC 11/1981, de 8 de abril, de la que fue Ponente Luis Díez-PICAZO, se entiende que el contenido esencial de los derechos fundamentales viene marcado por el elenco de «*facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo..., desnaturalizándose*» (Fundamento Jurídico 10)¹⁰. En este tipo de entes públicos sanitarios, ¿es reconocible el derecho de fundación del artículo 34 CE? Evidentemente, no, pudiéndose llegar incluso a cuestionar el reconocimiento legal de la capacidad para fundar de los entes públicos sobre la base de la misma garantía de instituto constitucional¹¹.

Finalmente, conviene recordar que este contenido esencial o nuclear del derecho de fundación que los poderes públicos tienen obligación de respetar es considerado legislación básica por parte del legislador, o, lo que es lo mismo, constitutivo de «*condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación reconocido en el artículo 34, en relación con el 53, de la Constitución*» y, por tanto, «*de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1.ª de la Constitución*», conforme al cual es competencia exclusiva del Estado «*la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos*».

Y, en concreto, el criterio del legislador estatal a propósito de qué es legislación básica en materia de fundaciones (disposición final primera.1 LF) comprende, entre otros, los artículos 2 (concepto de fundación), y 3.1, 2 y 3 (fines de interés general) LF¹², por lo que cualquier tipología fundacional debe responder a estos elementos básicos, conformadores del núcleo iden-

tificador de la persona jurídica tipo fundación y, por tanto, independientes de la circunstancia de quién sea el sujeto fundador, público o privado.

III. LA FUNDACIÓN COMO PERSONA JURÍDICA DESTINADA A LA SATISFACCIÓN DE FINES DE INTERÉS GENERAL. TIPOLOGÍAS FUNDACIONALES Y DESNATURALIZACIÓN DE LA ESENCIA

1. FINES DE INTERÉS GENERAL Y NÚCLEO ESENCIAL DEL DERECHO DE FUNDACIÓN

El destino de la persona jurídica tipo fundación a la satisfacción de fines de interés general constituye un requisito esencial de su configuración como institución que deriva del artículo 34.1 CE, conforme al que el derecho de fundación se reconoce «*para la satisfacción de fines de interés general*». Además, la voluntad del legislador constituyente no deja lugar a dudas a propósito de que el reconocimiento constitucional del derecho de fundación para la satisfacción de este tipo de fines lo es con carácter excluyente, es decir, sin posibilidad de que el legislador reconozca, a mayores, fundaciones para fines de interés privado, pues la introducción del requisito de los fines de interés general se hizo con la motivación, expresamente manifestada, de evitar las vinculaciones privadas de bienes¹³.

Con ello se continuó, como es sabido, con la tradición jurídica plasmada en el artículo 35.1.º del Código civil, sobre las fundaciones «*de interés público*», norma respecto de la que resultan sumamente ilustrativas a efectos de estas reflexiones las palabras del profesor Federico DE CASTRO referidas a que la utilización de la fundación para fines que no sean de interés social llevaría a una «*deformación*» del propio concepto de persona jurídica tipo fundación dada la no consideración de las realidades sociales subyacentes, y, como consecuencia de ello, a su crisis¹⁴.

En el mismo sentido, los *Elementos de Derecho Civil* del profesor José Luis LACRUZ BERDEJO (2010, 307) expresan que «*la finalidad es el nervio, la ley suprema de la fundación*». Y, a propósito del contenido esencial del derecho de fundación protegido por el artículo 53.1 CE se explica que forma parte del mismo, «*en primer lugar, la finalidad (de interés general) propuesta por el fundador a cuyo servicio se orienta la actividad del ente*», por lo que el legislador «*no puede variar un programa fundacional posible, lícito y de interés general*». Además, el reconocimiento constitucional de dicho derecho de fundación para fines de interés general «*con arreglo a la ley*» no puede entenderse en el sentido de que el legislador pueda regularlo a su arbitrio, pues en ese caso, efectivamente, «*el precepto sería ocioso*»; «*la*

Constitución pretende garantizar tal derecho precisamente frente al legislador ordinario» (2010, 314-315). Así lo corrobora, como hemos visto, la voluntad del legislador constituyente.

En definitiva, esta característica esencial del derecho de fundación, confirmada por STC 341/2005, de 21 de diciembre¹⁵, forma parte de ese denominado núcleo inmutable que el legislador no puede alterar por estar protegido constitucionalmente *ex* artículo 53.1 CE: la ley que regule el ejercicio del derecho «*en todo caso deberá respetar su contenido esencial*». Consecuentemente, el legislador español no ha alterado la naturaleza de las fundaciones como personas jurídicas al servicio de fines de interés general, en el sentido de fines socialmente relevantes, plasmándolo en este sentido en el artículo 3.1 LF¹⁶.

2. ALGUNAS TIPOLOGÍAS FUNDACIONALES «DUDOSAS»

La aplicación práctica de este aspecto básico del derecho de fundación plantea muchas dudas respecto al hecho de que determinadas tipologías fundacionales respondan realmente a los fines de interés general que forman parte del contenido esencial del derecho. Piénsese, por ejemplo, en las fundaciones creadas por empresas, en las que el objetivo de publicidad o *marketing* de la empresa fundadora puede ser más que evidente, con independencia de que sus estatutos recojan efectivamente como objetivos la consecución de fines sociales.

Algo parecido sucede con las fundaciones vinculadas a partidos políticos, cuyos estatutos presentan como común denominador la asunción del objetivo de contribuir al desarrollo de un determinado pensamiento político, para lo cual se realizan, entre otras, actividades de índole divulgativa del mismo (estudios, publicaciones, cursos, etc.)¹⁷. El desarrollo de un pensamiento político puede considerarse sin duda un fin de interés general siempre que sea de carácter democrático; de hecho, el artículo 3.1 LF contiene una enumeración ejemplificativa de fines de interés general que pueden perseguir las fundaciones en la que se incluye la «*promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos*» y el «*fomento de la tolerancia*»¹⁸.

Pero, ¿coinciden realmente en estos casos los objetivos estatutarios con el interés real hacia el que se encauza la actividad de la fundación? ¿No es posible que se produzca una utilización de dichos objetivos al servicio del partido político fundador? Habría que analizar, lógicamente, cada caso, si bien *a priori* es significativo que comúnmente se considere a estas fundaciones el «*think tank*» o «*fábrica de ideas*» de los partidos políticos¹⁹. Podría afirmarse desde luego que los fines de interés general que persiguen, que

así lo son considerados de forma teórica, en la práctica se convierten en objetivos propios del partido político fundador.

En definitiva, nos encontramos ante posibles desvirtuaciones o desnaturalizaciones de la forma jurídica fundacional con respecto a lo que constituye su esencia, derivada de la tradición jurídica (art. 35.1.º CC) y plasmada en la letra y espíritu del artículo 34.1 CE: la organización de un patrimonio para su destino a la satisfacción de fines de interés general o social, al que, con este objetivo, se dota de personalidad jurídica.

3. EL CASO PARTICULAR DE LAS FUNDACIONES BANCARIAS

El caso de las fundaciones bancarias plantea reflexiones semejantes en torno a la utilización de la forma jurídica fundacional para la satisfacción de fines que, seguramente, no son los propios de la institución o, en palabras del TC, no son aquellos a través de los que es «*recognoscible*» como tal. Se trata sin embargo de un caso muy particular, pues, al igual que las fundaciones creadas por el sector público, las fundaciones bancarias están sometidas a una legislación específica que les otorga cobertura legal, la que se deriva de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias (en adelante, LCAFB), de forma que la aplicación de la LF o, en su caso, normativa autonómica que sea de aplicación, solo se produce «*con carácter supletorio*» (art. 33 LCAFB).

La LCAFB creó la figura de la fundación bancaria con la finalidad de que estos nuevos entes asumieran la obra social de las antiguas cajas de ahorro, afectadas por la crisis financiera de los años precedentes (Preámbulo, I, LCAFB)²⁰. A estos efectos, el artículo 32.1 LCAFB configura a la fundación bancaria como aquella que mantiene una participación mínima de un 10 por ciento en una entidad de crédito, a la que se transfiere la actividad financiera de la caja de ahorros, o bien ejerce un determinado control sobre dicha entidad de crédito derivado de la posibilidad de nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración²¹. Y, sobre esta base, el artículo 32.2 LCAFB sigue diciendo que «*la fundación bancaria tendrá finalidad social y orientará su actividad principal a la atención y desarrollo de la obra social y a la adecuada gestión de su participación en una entidad de crédito*»²².

Ahora bien, ¿estos contornos jurídicos se corresponden realmente con la naturaleza de la fundación como persona jurídica? Como vemos, el legislador es claro a la hora de declarar el fin social de la fundación bancaria pero, al tiempo y en el mismo lugar, dice que su finalidad también se orientará «*a la adecuada gestión de su participación en una entidad de crédito*». Con ello resulta evidente que este segundo objetivo, principal y general, de la fundación bancaria, desnaturaliza su esencia como fundación. ¿Una

fundación puede tener como objetivo gestionar su participación accionarial en una sociedad?

Las fundaciones se dirigen a la satisfacción de fines sociales y, para ello, pueden realizar actividades económicas, de forma directa (art. 24.1 párrafo primero LF) o a través de la participación accionarial en sociedades no personalistas (art. 24.1 párrafo segundo, 2 y 3 LF)²³, pero el resultado de esta actividad económica debe ser necesariamente, por derivación conceptual, un instrumento para la realización del fin y no al contrario: la actividad económica, en este caso, la participación social en una entidad de crédito, no puede ser un fin en sí mismo de la fundación²⁴.

Como dice el profesor EMBID IRUJO (2019, 178-179), la gestión de la participación en la entidad de crédito se ha «*elevado*» a la categoría de actividad propia o principal de la fundación bancaria, lo cual, efectivamente, no parece que pueda considerarse una forma de cumplir sus fines sociales, que se realizará en su caso con los beneficios económicos de tal actividad y no con ella en sí misma considerada.

A mayores, la disposición adicional tercera LCAFB exonera a la fundación bancaria de competencia estatal de cumplir con el artículo 27 LF, norma fundamental para garantizar la esencia de la fundación que realiza actividades económicas pues, como es sabido, obliga a destinar un mínimo del 70 por 100 de las rentas e ingresos obtenidos por la fundación en cada ejercicio económico a la satisfacción de sus fines de interés general y el resto a incrementar la dotación o reservas del ente. La fundación bancaria, ¿cómo coordina entonces su naturaleza jurídica fundacional con el destino de sus rentas e ingresos si no tiene que cumplir con esta obligación o una semejante?²⁵

Por otro lado, la LCAGB dotó a este tipo de fundaciones de una legislación específica de carácter financiero que se justificó diciendo que «*es preciso que las fundaciones bancarias sean objeto de una regulación similar a la que el Estado ha dictado en relación con el resto de las entidades de crédito*» pues «*solo de esta manera se garantiza una adecuada ordenación del crédito en nuestro país*» (Preámbulo, II, LCAFB)²⁶.

Entendemos, por tanto, que se estableció un régimen jurídico de este carácter, financiero, para las fundaciones bancarias, con fundamento sobre todo en que su participación en una entidad de crédito supone que, cuando la participación es significativa o de control, ellas mismas son en la práctica la entidad de crédito: la gestión de la participación social supondrá, en definitiva, la gestión de la entidad de crédito. En este sentido, son muy significativas de nuevo las palabras de EMBID IRUJO (2019, 156, 180) cuando dice que la fundación bancaria «*no llega a ser, propiamente, una entidad de crédito*» dado que el ejercicio de las actividades propias del ámbito empresarial «*corresponde a la entidad (por regla general, una sociedad*

anónima bancaria) participada mayoritariamente por la fundación», pero la tenencia de una participación significativa en una entidad de crédito «la convierte en una singular especie de holding».

Ciertamente, la fundación bancaria no llega a ser una entidad de crédito, pero su naturaleza jurídica fundacional queda claramente desvirtuada, por mucho que la ubiquemos en la categoría de «fundación con empresa», como consecuencia de la integración legal de su actividad empresarial ni más ni menos que en el fin o actividad principal de la fundación. Habrá que valorar, especialmente en los casos de participaciones significativas, en qué medida la gestión de tales participaciones en la entidad de crédito afecta al fin social asumido por la fundación, si bien ya desde un punto de vista eminentemente teórico se puede afirmar que la configuración jurídica de la fundación bancaria no se corresponde con la naturaleza de la fundación como institución²⁷.

IV. CONCLUSIONES: LA FUNDACIÓN, REALIDAD POLIVALENTE Y REALIDAD DESVIRTUADA

I. La fundación se ha convertido en una institución polivalente, que es utilizada incluso por el propio legislador para servir a fines que poco tienen que ver con su configuración constitucional, con esos contornos jurídicos que el TC dice que hacen «*recognoscible*» el derecho de fundación, particularmente, su servicio a fines de interés general o social.

Puede afirmarse por ello que la fundación sirve para lo que servía y para mucho más, por ejemplo, para desarrollar políticas sociales que en principio corresponderían a la administración pública (fundaciones creadas por el sector público), como instrumento de *marketing* empresarial (fundaciones creadas por empresas) o de partidos políticos (fundaciones vinculadas a partidos políticos) e, incluso, como forma de gestionar participaciones accionariales en entidades de crédito (fundaciones bancarias). Y ello sin citar los casos de fundaciones vinculadas a ideologías políticas cuyos fines estatutarios, no democráticos, no tienen encaje de ningún tipo en los fines de interés general que marca el artículo 34.1 CE.

II. Existe, por tanto, una tipología fundacional bastante variada en la que se produce una clara desnaturalización o desvirtuación de la fundación como persona jurídica. En dicha tipología encontramos como común denominador una prevalencia de los intereses particulares del fundador (administración pública, empresas o partidos políticos) sobre los fines que por naturaleza corresponden a la fundación, fines de interés social y de carácter altruista.

Finalizamos citando de nuevo al profesor EMBID IRUJO (2018, [en línea]), gran especialista en Derecho de fundaciones, con unas palabras que

sintetizan a la perfección la situación de instrumentalización en la que se encuentra la persona jurídica tipo fundación: es conveniente dedicar una atención cuidadosa al Derecho de fundaciones «*con la finalidad principal, entre otras, de preservar su auténtica identidad jurídica, siempre en riesgo de deteriorarse por la atención preferente a otros objetivos*».

V. RESOLUCIONES CITADAS

- STC 11/1981, de 8 de abril. (BOE de 25 de abril de 1981).
- STC 341/2005, de 21 de diciembre. (BOE de 20 de enero de 2006).

VI. FUENTES

Trabajos Parlamentarios (1989). I. Constitución Española. Tomo II. Madrid: Cortes Generales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CASTRO Y BRAVO, F. de (1991). *La persona jurídica*. Madrid: Civitas.
- DURÁN RIVACOBA, R. (2011). La voluntad del fundador. En *Fundaciones, Problemas actuales y reforma legal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 249-314.
- EMBED IRUJO, J.M. (2014). El lugar de la fundación como persona jurídica en el Código Mercantil. *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 43, 35-53.
- (2017). La especialidad de la fundación bancaria. En Embid Irujo, J.M. / Miquel González, J.M. / Morales Moreno, A.M. (dir.), Arijá Soutullo, C. / Santos Morón, M.^ªJ. (coord.). *Estudios jurídicos, Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 333-353.
- (2018). ¿Tiempo de reforma en el Derecho de fundaciones?. *Commenda*, Grupo Investigador en Derecho de Sociedades [en línea], disponible en <https://www.commenda.es/rincon-de-commenda/tiempo-de-reforma-en-el-derecho-de-fundaciones/>, 7 de marzo de 2018.
- (2019). *Actividad económica en el mercado e interés general, Sobre el Derecho de fundaciones de nuestro tiempo*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (2006). Prólogo a la obra de SOCÍAS CAMACHO, J. M., *Fundaciones del sector público, En especial, el ámbito sanitario*. Madrid: *Universitat de les Illes Balears-Iustel*, 13-18.
- HORNERO MÉNDEZ, C. (2014). La disposición patrimonial sin autorización administrativa previa en las fundaciones (a propósito de una fundación sospechosa). En Muñoz Machado, S. / Piñar Mañas, J.L. (dir.). *Anuario de Derecho de Fundaciones 2013*. Madrid: Iustel, 279-320.

- LACRUZ BERDEJO, J.L. / SANCHO REBULLIDA, F. DE A. / LUNA SERRANO, A. / DELGADO ECHEVERRÍA, J. / RIVERO HERNÁNDEZ, F. / RAMS ALBESA, J. (2010). *Elementos de Derecho civil*. I. Parte General. Volumen Segundo. Personas. Madrid: Dykinson.
- LORENZO, R. DE / PIÑAR MAÑAS, J.L. / SANJURJO GONZÁLEZ, T. (2012). Reflexiones en torno a las fundaciones y propuestas de futuro. En Muñoz Machado, S. / Piñar Mañas, J.L. (dir.). *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*. Madrid: Iustel (61-85).
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1984). *Materiales para una Constitución, (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)*. Madrid: Akal.
- PÉREZ ESCOLAR, M. (2017). La necesaria renovación del Derecho de Fundaciones, ¿reforma o derogación de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre? *Anuario de Derecho Civil*, fascículo IV, 1423-1482.
- (2019). Fundaciones vinculadas a ideologías políticas y fines de interés general. *InDret* [en línea], núm. 3/2019, disponible en [http:// https://indret.com/fundaciones-vinculadas-a-ideologias-politicas-y-fines-de-interes-general](http://https://indret.com/fundaciones-vinculadas-a-ideologias-politicas-y-fines-de-interes-general), 1-26.
- PIÑAR MAÑAS, J.L. / REAL PÉREZ, A. (2000). *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*. Madrid: Marcial Pons.
- SALVADOR CODERCH, P. / SEUBA TORREBLANCA, J.C. (1998). Fundaciones, interés general y títulos de aportación. *Diario La Ley*, núm. 4467 y núm. 4468, 1844-1861.
- SOCIÁS CAMACHO, J.M. (2006). *Fundaciones del sector público, En especial, el ámbito sanitario*. Madrid: Universitat de les Illes Balears-Iustel.
- SOSA WAGNER, F. (2006). Prólogo al *Código de Fundaciones*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 13-15.

NOTAS

¹ Vid. PÉREZ ESCOLAR (2017), 1425-1426.

² Vid. PÉREZ ESCOLAR, (2017), 1427-1476.

³ Vid. EMBID IRUJO (2019), 20; de la misma obra, es muy interesante el epígrafe: «*La tradicional ausencia de un verdadero Derecho de las fundaciones (a modo de introducción)*», 25-29. Sobre la necesidad de reforma, también, EMBID IRUJO (2018), [en línea].

⁴ La configuración básica de la fundación como persona jurídica de Derecho privado y de carácter no lucrativo pertenece al ámbito del Derecho civil, por lo que queda bajo su órbita todo lo relativo a la estructura de la persona jurídica, particularmente, todo lo relacionado con su constitución, en la que es determinante la autonomía de la voluntad del fundador y el destino de los elementos patrimoniales a la satisfacción de fines de interés general. En relación con ello, la regulación de la modificación, fusión y extinción de la persona jurídica forma también parte de estos elementos estructurales de la fundación de carácter civil. Vid. disposición final primera.2 LF, con las normas a las que se atribuye el carácter de legislación civil, de aplicación general conforme al artículo 149.1.8.ª CE.

⁵ En este sentido, HORNERO MÉNDEZ (2014), ha hablado de «*la sospecha sobre las fundaciones*», 279-283, especialmente, 282-283.

⁶ Vid. artículo 8.4 LF, sobre la capacidad para fundar de las personas jurídico públicas.

⁷ Son muy descriptivas las palabras de SOSA WAGNER (2006), 16-17: «*la mórbida figura del XIX y de buena parte del XX, fortalecida inesperadamente por las necesidades del moderno tráfico jurídico, entra en el siglo XXI con la más envidiable lozanía y sometida a una transformación profunda al haberse convertido en otra forma más de gestionar los servicios públicos*», de forma que, «*con la moderna fundación no se produce una simple «huida» del derecho administrativo: más allá, todo permite pensar que se ha consumado un verdadero adulterio en la medida en que el legislador ha construido un cómodo lecho para que la Administración yacza en él, con la frecuencia que sus necesidades demanden, con el derecho privado, y todo ello ante la mirada impotente de su marido legítimo, el derecho administrativo, acaso serio y poco estimulante pero siempre fiel*».

⁸ En la misma línea, se ha considerado «*difícil de explicar*» que las administraciones públicas recurran a las fundaciones para el cumplimiento de sus fines [DE LORENZO / PIÑAR MAÑAS / SANJURJO GONZÁLEZ (2012), 62].

⁹ Vid. SOCÍAS CAMACHO (2006), 28 y sigs., 158 y sigs.

¹⁰ Cfr. BOE de 25 de abril de 1981.

¹¹ Vid. SOCÍAS CAMACHO (2006), 117 y sigs. Además, «*la Administración, ..., no necesita del derecho de fundación para participar en la vida cultural, social y económica, pues los entes públicos ya de por sí mismos cuentan con sus propios mecanismos de descentralización institucional y formas de gestión (entre los que no se halla la fundación) para llevar a cabo las tareas de interés general que el Derecho positivo les encomienda*» (120).

¹² A mayores, la disposición final primera.1 LF atribuye la consideración de legislación básica a los artículos 4 (adquisición de la personalidad jurídica), 14 (patronato como órgano de gobierno y representación), 31 (causas de extinción) y 34.1 (protectorado como órgano de control) LF. Véase también la disposición final primera.2.a) LF.

¹³ De ello queda constancia en el trámite de enmiendas de la Comisión Constitucional del Senado, en concreto, a raíz de las enmiendas formuladas por los senadores Iglesias Corral, Sainz de Varanda y Martín-Retortillo Baquer, en las que se alegó esta justificación. [MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, (1984), 183 y sigs.; también en *Trabajos Parlamentarios*, I, Constitución Española (1989), 3275 y sigs.]. El desarrollo de esta idea lo realizamos en PÉREZ ESCOLAR (2019), 5 y sigs.

Pese a ello, han admitido la posibilidad de que el legislador ordinario reconozca fundaciones para fines de interés particular, que quedarían al margen de la garantía constitucional (art. 53.1 CE), por no estar expresamente prohibidas, SALVADOR CODERCH / SEUBA TORREBLANCA (1998), 1844 y sigs.; PIÑAR MAÑAS / REAL PÉREZ (2000), 104 y 105.

¹⁴ Vid. CASTRO Y BRAVO (1991), 222 y sigs., especialmente, 229-230, 236 y sigs., 295 y sigs.

¹⁵ Ponente: Elisa PÉREZ VERA. Vid. Fundamentos Jurídicos 4 («*resulta esencial el interés público o social que ha de estar presente en todo ente fundacional*»), «*rasgo básico*» del que «*se deriva la exigencia de la intervención administrativa*») y 7 (el artículo 34.1 CE «*impone*» la finalidad de interés general «*como esencia de la naturaleza jurídica de la institución*»). (BOE de 20 de enero de 2006).

¹⁶ Vid. PÉREZ ESCOLAR (2019), 8 y sigs.

¹⁷ Realizamos un análisis de los estatutos de las principales fundaciones vinculadas a partidos políticos en PÉREZ ESCOLAR (2019), 13-14.

¹⁸ Vid. PÉREZ ESCOLAR (2019), 14 y sigs., con la consecuente argumentación para las fundaciones cuyos fines de carácter político no sean conformes con principios democráticos.

¹⁹ Vid. PÉREZ ESCOLAR (2019), 11-12, 14-15.

²⁰ Sobre el contexto económico detonante de su promulgación, Vid. EMBID IRUJO (2017), 333 y sigs.

²¹ Según el artículo 32.1 LCAFB, «se entenderá por fundación bancaria aquella que mantenga una participación en una entidad de crédito que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto de la entidad, o que le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración».

²² Vid. EMBID IRUJO (2019), 167 y sigs., con el análisis detallado de la delimitación conceptual de la fundación bancaria que resulta de los preceptos citados.

²³ Sobre la deseable consideración de la fundación como empresaria por parte del Derecho mercantil, son muy destacables las aportaciones del profesor EMBID IRUJO (2014), 35 y sigs.; más recientemente, (2019), 20 y sigs., especialmente, 37 y sigs., 48 y sigs., 54 y sigs., 74-75: «el Derecho de sociedades, entendido, de acuerdo con una consolidada doctrina, como un Derecho de organizaciones, ha prestado las técnicas y los medios intelectuales idóneos para hacer viable y eficaz el funcionamiento de las personas jurídicas en punto a su articulación interna con vistas a la más adecuada formación y ejecución de su específica voluntad» (22).

²⁴ Con carácter general, la participación de la fundación en sociedades puede dar lugar a conflictos de intereses con el fin de interés general asumido cuando dicha participación suponga la integración de la fundación en un grupo de sociedades. Sobre este tema, de implicaciones netamente mercantilistas, Vid. EMBID IRUJO (2019), 129 y sigs., especialmente, 140 y sigs.

²⁵ En este sentido, EMBID IRUJO (2019, 179) dice que «la fundación bancaria dispone de un amplísimo margen de maniobra en una materia verdaderamente sensible desde el punto de vista de una entidad fundacional. Hubiera sido no solo conveniente, sino también necesario, que el legislador precisara con mayor detalle el alcance de la norma, ya que, de lo contrario, podría llegar a entenderse que la fundación bancaria es del todo libre para decidir el destino de sus rentas e ingresos, lo cual no resulta congruente con su naturaleza ni con el contenido de su actividad principal».

²⁶ A mayor abundamiento: «La necesidad de establecer un régimen jurídico sistemático desde una perspectiva financiera para este tipo de entidades obedece a que la fundación bancaria será, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, un actor principal presente en gran parte de las entidades de crédito de nuestro país, algunas de ellas sistémicas; por lo tanto, se incrementa la posibilidad de que un funcionamiento inadecuado de estas entidades tengan consecuencias para la estabilidad del sistema financiero». Cfr. Preámbulo, II, LCAFB.

²⁷ Sobre la consolidación de la fundación bancaria como «auténtica fundación especial», una vez superado el contexto económico excepcional determinante de la promulgación de la LCAFB, Vid. EMBID IRUJO (2017), 335 y sigs., 338 y sigs., 352-353; (2019), 44-45, especialmente, 157 y sigs., sobre lo cual acertadamente concluye que esta «singularidad institucional» es «inexplicable» «sin la crisis económica», 186-187.

(Trabajo recibido el 16 de marzo de 2021 y aceptado
para su publicación el 7 de junio de 2021)