

BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**

Libros

ALLI TURRILLAS, Juan Cruz: *La fundación ¿una casa sin dueño? (Gobierno, responsabilidad y control público de fundaciones en Inglaterra, EE.UU., Alemania y Francia)*, ed. Iustel, Madrid, 2012, 735 pp

El profesor Alli Turrillas, especialista en fundaciones, aborda en este libro el Derecho comparado en los cuatro países que pudieran considerarse los más paradigmáticos en ese ámbito. Presenta por ello el estudio un interés especial: la posible comparación, en esta materia, del Derecho anglosajón con el derecho continental.

El autor confiesa en la «Introducción» que lo que empezó siendo un análisis sectorial sobre gobierno y control de las fundaciones le llevó (como era de esperar en un estudio serio y fundamentado) a un estudio completo, partiendo del concepto de fundación en cada uno de los ordenamientos estudiados.

1. Inglaterra. En ese país no existe la fundación como figura jurídica, pero sí como institución social. Crear una fundación es dotar económico-patrimonialmente un fin caritativo. La fundación ha sufrido una evolución muy peculiar. En Inglaterra la fundación es la *charity*.

No existe la abstracción conceptual «persona jurídica» salvo en el campo mercantil, en el que existe una figura semejante, la *artificial person*, que es una versión modernizada de la *persona ficta* medieval, que está siempre bajo el control del «levantamiento del velo».

No existe un concepto de *charity*, que es algo creado por y para la acción. Su simplicidad produce un modelo más complejo que el nuestro, pues, al no existir la abstracción conceptual, las lagunas tratan de evitarse mediante negocios muy detallistas y una legislación muy específica. La *charity* no es propiamente una institución jurídica, sino una finalidad que se sirve de formas jurídicas distintas como el *trust* o la *corporation*.

Después de un profundo estudio de la evolución histórica de la *charity*, el autor aborda el tema de su ordenamiento. Dejando de un lado los de Irlanda del Norte y Escocia, muy influidos –sobre todo el último– por el Derecho continental, rige en Inglaterra y Gales la *Charities Act* cuya última versión es de 2006. La legislación fiscal produce escasa incidencia en la figura, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos.

Existe en la *charity* un fuerte criterio de utilidad pública, la cual surge, desde su origen histórico, como una excepción autorizada al régimen anti-amortizatorio, con un fuerte control público.

Los tipos de *charities* son: el *trust*, que, en esencia es una fiducia sobre un conjunto de bienes a favor de un tercero, basado en la confianza, cuya concurrencia es esencial, y en la plena asunción de responsabilidad por el *trustee*, que carece de personalidad jurídica; la *Unincorporated (Charitable) association*, que es una asociación de personas unidas para una finalidad caritativa, con una gestión normalmente participativa y no basadas en un gran patrimonio inicial, que también carece de personalidad jurídica, por lo que responden los socios; la *Charitable Corporation*, con personalidad jurídica, sometida a control sobre su fin benéfico y la *Charitable Incorporated Organization (CIO)*, creada por la reforma de 2006, que es una fórmula dotada de personalidad independiente, con mayores requerimientos contables y exigencias financieras, pero sin tener una doble dependencia como una compañía comercial, y cuyo desarrollo todavía es pronto para que pueda ser apreciado.

En cuanto al gobierno, el *trust* se gobierna, con grandes poderes, por los *trustees*, que, de modo general, ejercen sus funciones con carácter gratuito; la *CIO* tiene un órgano de supervisión general (especie de asamblea) y un órgano de dirección; la *Unincorporated association* se rige por una asamblea general, un colegio de administradores y unos *trustees*, que son los depositarios del patrimonio, ya que este debe estar separado de la asociación.

El control de todas estas figuras lo lleva a cabo la *Charity Commission*, que pasó de ser un órgano delegado judicial a ser independiente, pero con poderes cuasi-judiciales. Dentro de su estructura existe un Registro, el cual no solo califica si se dan los requisitos necesarios para la existencia de la *charity*, sino que sigue fiscalizando el cumplimiento de tales fines durante el funcionamiento de la misma. Sus decisiones son recurribles en vía de alzada, con apelación a la *High Court*.

2. Estados Unidos. Como se ha dicho, el ciudadano norteamericano nace y desarrolla su vida rodeado de organizaciones sin ánimo de lucro, sean fundaciones de interés particular (aunque siempre con un cierto matiz de servir al bien general) o público. Se parte de un principio contrario al de nuestro Derecho o el francés: cualquier forma privada de perseguir el interés general tiene una presunción de validez, existiendo una general desconfianza en la intervención pública. El gran desarrollo de la figura parece ser, según autores prestigiosos, el *humus* en el que ha crecido la democracia norteamericana y deriva de la importancia en este país de la sociedad civil.

En esencia, la fundación (utilizando el término con cierta licencia) en USA es una institución exenta de impuestos, cuyos beneficios provienen de un patrimonio inicial que, más que tener un programa propio de actividades, se dedica a hacer donativos a otras instituciones. El régimen jurídico interno de la figura es bastante indiferente a la ley, a la que lo que más interesa es qué hace y cómo lo hace.

Después de abordar las formas y tipos de fundaciones públicas y privadas, las cifras del fenómeno fundacional y la historia de las fundaciones, el autor aborda el tema de su gobierno. Partiendo de la distinta legislación según cada Estado, existe un órgano de gobierno que se podría equiparar a nuestro Patronato, compuesto solo por personas físicas, y no jurídicas. Existe un control estatal sobre las actividades y sobre las personas que gobiernan, aunque el control paulatinamente se está «federalizando», atribuyéndose al

control federal potestad sancionadora. Termina el autor este estudio con el examen pormenorizado de la responsabilidad de las fundaciones.

3. Alemania. Dice el autor que, por paradójico que pueda parecer, existen similitudes entre la regulación alemana y la norteamericana en esta materia. Como primera característica que debe resaltarse es que sí existe la fundación como institución jurídico-civil de un modo semejante al nuestro, si bien con perfiles más amplios. El BGB dice que las fundaciones son *personas legales autónomas, dotadas de un patrimonio afectado a un fin perpetuo (más bien, según la doctrina, de carácter estable), establecido por sus estatutos según lo señalado por el fundador, y reconocidas por un acto de gobierno*.

Como vemos, el fin filantrópico no se establece en la legislación civil, sino solo en la fiscal, para otorgar los correspondientes beneficios fiscales, si bien un sector de la doctrina minoritario, pero influyente, entiende que debe darse tal fin para que exista la fundación. Se caracterizan por los siguientes elementos definitorios: 1) se basan en un patrimonio; 2) son privadas, separadas de formas públicas; 3) son estructuras auto-organizadas; 4) no distribuyen beneficios con ánimo lucrativo; 5) sirven a un interés general, y 6) tienen auto-percepción e identidad como tal fundación.

Sin perjuicio de que existan discusiones doctrinales, las fundaciones para fines familiares contravienen la legislación anti manos-muertas. Se admite la fundación-empresa, si bien con gran rigurosidad, para evitar el fraude fiscal.

Después de entrar en las cifras y la historia del fenómeno fundacional, así como la fiscalidad, aborda el autor el gobierno de las fundaciones después de las reformas 2000-2002. El § 86.2.II del BGB únicamente establece como necesario la existencia de un órgano que podríamos llamar Patronato, aunque pueden crearse otros, como de vigilancia o asesoramiento, y con ciertas particularidades en el caso de fundación-empresa, en la que existe la Asamblea General.

El sistema es abierto y tolerante, como reacción a los desmanes del Tercer Reich, aunque parece tender hacia formas más afinadas de intervención. Existe un control de los *Länder* en la autorización y registro; concurrencia de control estatal y federal en el fin institucional, y control federal sobre la finalidad fundacional.

4. Francia. Si en todos los países el concepto de fundación deriva en gran parte de su Historia, mucho más en Francia, donde la Revolución francesa trajo consigo consecuencias realmente importantes: el primero, fue la lucha contra los «cuerpos intermedios»; y también contra las vinculaciones de bienes. Estas consecuencias, que tienen su reflejo en el *Code* se han extendido a otros países como España e Italia.

En el *Code* no existe la fundación. El único resquicio por donde la fundación se «cuela» en el Código Civil es su vinculación a los establecimientos públicos o privados de beneficencia. La aceptación moderna de la fundación viene de un proceso de paulatina aceptación por parte del poder público, de la concurrencia privada en busca del interés general. Ello trae como consecuencia la necesidad de una declaración de interés público de la que pende el otorgamiento de la personalidad jurídica. Por ello, la fundación vive a imagen y semejanza de la asociación, pero fundamentada en un patrimonio en lugar de en un grupo de personas. La Ley de 1987, sobre desarrollo del mecenazgo, permite la existencia de la fundación, y la ley de 4 de julio de 1990 la acepta y la regula de forma bastante completa.

Existe un concepto claro de qué es la fundación. Dicha institución está vinculada no solo al «interés general» sino también a la «utilidad pública» (que no son conceptos idénticos), y, por tanto, a la declaración de interés público, que ha

sido un valladar casi infranqueable para las fundaciones. La ausencia en Francia de tejido fundacional deriva, además, de causas históricas (la lucha contra las manos muertas) políticas (el jacobinismo estatalista), sociales y culturales (la desaparición de un modelo de sociedad civil) y jurídicas (la existencia de normas sucesorias que dificultan los legados y herencias a las fundaciones).

Como en los apartados anteriores, después de describir los tipos de fundaciones, el autor entra en el estudio de los datos numéricos del fenómeno fundacional y de la historia del mismo, resaltando cómo la fundación ha subsistido a pesar de un régimen jurídico hostil.

En cuanto al gobierno de las fundaciones, su regulación es minuciosa. En primer lugar, cabe resaltar la necesidad de un reconocimiento administrativo de la utilidad pública de la fundación; en segundo, el sistema de supervisión especial para las fundaciones que, por ser menores, podrían escapar del control.

El gobierno de las fundaciones reconocidas de utilidad pública, que sirve de pauta a las demás se compone de un Consejo de Administración, órgano necesario y supremo y un Buró permanente, de creación automática *ex lege* que es una especie de miniconsejo delegado de aquel. A partir de 2003, desaparece este órgano, que es sustituido por un Directorio formado por cinco personas y un consejo de vigilancia. Las fundaciones-empresa tienen un Consejo de Administración, las fundaciones no autónomas tienen una mayor autonomía en su composición; los fondos de dotación tienen un Consejo de Administración, y las demás tienen similitudes con las anteriores.

El control de la fundación se lleva a cabo de la siguiente forma: autorización, con el control del fin y el otorgamiento de la personalidad jurídica, y el examen de patrimonio y organización; y luego, continuadamente, supervisión de la actuación, además de otros controles. No existe propiamente un Registro de fundaciones, pero corresponde al Ministerio del interior llevar el cómputo de todas ellas.

5. Se cierra la obra con unas conclusiones en las que el autor expone una visión de conjunto, así como de su idea de que no debe existir más regulación ni más estructuras sino mayor libertad con responsabilidad, pasando por un control pequeño pero riguroso, una unicidad mayor de criterios que vienen exigidos por el mecenazgo y los beneficiarios de las fundaciones.

El libro es importante. Ineludible su lectura y estudio para todo aquel que quiera profundizar en la figura. Especialmente son de resaltar dos aspectos muy característicos: el estudio pormenorizado de la evolución histórica de la fundación, que si es útil en cualquier institución jurídica, resulta totalmente imprescindible en esta, tan dependiente de la evolución de las ideas políticas y de quién tiene el poder en cada momento. El segundo aspecto es la introducción de datos sobre la importancia del fenómeno en cada país examinado.

Precede al libro un importante prólogo escrito por James J. Fishman, Professor of Law en la Pace University School of Law, White Plains N.Y. y autor de relevantes trabajos sobre la materia como *The Faithless Fiduciary And the Elusive Quest for Nonprofit Accountability 1200-2005, Nonprofit Organizations. Cases and Material*, «The Political Use of Private Benevolence: The Statute of Charitable Uses», «The Nonprofit Sector: Myths and Realities», y. «Charitable Accountability and Reform in Nineteenth-Century England: The Case of the Charity Commission. Y concluye el libro con una amplia bibliografía.

José POVEDA DÍAZ
Registrador de la Propiedad