

Area temática: Institucionalidad, marco legal del Tercer Sector.

“La Fundación como estructura legal adoptada por las ONG”

Por Susy Inés Bello Knoll

FUNDACION-CONDITIO IURIS-ESTRUCTURA

RESUMEN: El concepto de fundación es coincidente en su esquema básico en todas las latitudes a pesar de la diversa evolución que ha tenido a través de los siglos y podría decirse que “las fundaciones consisten en la afectación perpetua de un grupo de bienes a un fin de interés general”. Las ONG en la mayoría de los países se constituyen bajo la forma jurídica de una fundación. Los elementos nucleares de la figura son, al menos, un patrimonio adscrito o vinculado, la finalidad de interés general y la consecuente ausencia de ánimo de lucro, la voluntad del fundador o fundadores y la personalidad jurídica.

ABSTRACT: The definition of Foundation is similar all around the world even the difference of the concept evolution along the centuries. Foundation is perpetual affectation of goods to a purpose of general interest. Many times ONG operate as a foundation. Conditio iuris are: a founder without economic interest, founder will, purpose of general interest, linked heritage, juridical personality.

1. La Fundación

Recurriendo a un diccionario jurídico encontraremos seguramente una definición de fundación similar a la siguiente: “Fundación: creación de un establecimiento de interés público o utilidad social, mediante una donación o legado (ejemplo: fundación de un hospital o un asilo); y también la adjudicación a una persona moral de fondos afectados a una obra de interés general o piadoso (fundación de una cama de hospital, fundación de premios, fundación de misas)”¹. La idea nos lleva, sin duda, a pensar inmediatamente en las Organizaciones No gubernamentales.

El concepto de fundación es coincidente en su esquema básico en todas las latitudes a pesar de la diversa evolución que ha tenido a través de los siglos² y se sintetiza en la expresión del civilista francés CARBONNIER que enseñaba que “las fundaciones

¹ “Vocabulario jurídico”, dirección de HENRI CAPITANT, traducción castellana de Aquiles Horacio Guaglianone, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, sexta edición, 1979.

² PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 88/89.

consisten en la afectación perpetua de un grupo de bienes a un fin de interés general”³. En cada jurisdicción nacional, conforme a la experiencia, las ideas sociales preponderantes y la evolución normativa, se va plasmando en la legislación particular el instituto fundacional con mayores o menores aditamentos y con elevada, media o nula complejidad estructural.

Como el Derecho Romano está en el origen de distintos Derechos Privados, esto permite encontrar en todos ellos una mayor o menor inclusión de esta figura conforme ese pensamiento jurídico. En verdad, este Derecho Romano, luego de su recepción en Europa, junto con el Derecho canónico pasa a ser Derecho común y mantiene la referencia a este instituto. Más tarde con el surgimiento de los Estados modernos y la soberanía nacional aparecen los distintos códigos y derechos nacionales que representan en esencia el Derecho tal como hoy lo conocemos pero que no implican una derogación de la figura de la fundación sino su reafirmación en respuesta a las exigencias de la globalización.

En el siglo XIV, la fundación era estudiada, en general, como una institución propia del Derecho Civil aunque sabemos que durante la Edad Media no existía una distinción tajante entre Derecho Público y Derecho Privado y que incluso el poder público se asentaba en títulos e instituciones similares a la de los sujetos privados. Incluso en Roma la distinción entre *ius publicum* y *ius privatum* fue carente de valor en la época visigoda y durante los cinco primeros siglos de la Reconquista y recién alcanzó el mayor significado en el sistema jurídico en los siglos XVI y XVII⁴. Esta falta de distinción se justificaba en el uso que hacían los particulares de estas figuras con fines diversos tanto de interés personal como de interés general. Así las distintas legislaciones del mundo en sus orígenes no contemplaban estas “particulares personas jurídicas” ni con la nominación ni con la especificidad de nuestros tiempos y poco aportaban la doctrina y la jurisprudencia, que expresa o implícitamente, consideraban las fundaciones dentro de un área confusa donde coexistían el Derecho Civil con el Administrativo⁵.

En el siglo XIX la expresión fundación era utilizada para nuclear a todas las entidades benéficas sin precisión alguna sobre las diferencias sustanciales que las mismas podían tener⁶, pero durante el siglo XX la fundación como tal nuevamente se ha desarrollado como institución del Derecho Civil en sentido formal y en su seno ha sido definida.

³ CARBONNIER, Jean, “Derecho Civil”, Tomo I, Parte General, Volumen I, Parágrafo 97, pág. 443 mencionado por CARRANZA, Jorge A. en “Las fundaciones en el derecho privado”, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 9.

⁴ REBOLLO PUIG, Manuel, “Derecho de la Administración Pública y Derecho Administrativo”, Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, número 2, 2000, pág. 244.

⁵ CARRANZA, Jorge A., “Las fundaciones en el derecho privado”, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 1.

⁶ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge. “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española”, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo–agosto, 2001, pág. 113.

Es así que dos frentes son los que enmarcan el Derecho de Fundaciones: el Derecho Público y el Derecho Privado⁷. Aquí, “el Derecho Público tiene que aportar y hacer posible básicamente lo que, valiéndonos de la expresión de VILLAR PALASÍ, podríamos denominar como una tutela integrativa de las fundaciones con influencia dominante de la Administración”⁸. La intervención del Derecho Público no hace al cambio de definición de la fundación sino sólo a su regulación legal como instituto jurídico.

Instituir o fundar es el acto por el cual un fundador afecta un conjunto de medios materiales y personales a la gestión de una finalidad por éste propuesta, finalidad que remite a un interés⁹. El acto de fundar supone simplemente la afectación de un patrimonio a una finalidad¹⁰. Pero no a cualquier finalidad, como podremos ver. El orden teleológico del ente será esencial y su razón de ser. Para lograr el cumplimiento del objetivo fundacional se requiere una organización al servicio de ello. Se reconoce fácticamente que no es posible alcanzar las metas establecidas si no se logran un orden y armonía razonables en la utilización de los medios a disposición. El Derecho en este caso ha provisto siempre el marco formal para obtener ese orden y así lo han entendido las Organizaciones No Gubernamentales (en adelante ONG) constituyéndose en la mayoría de los países bajo la forma jurídica de una fundación.

En la fundación la estructura organizativa se manifiesta jurídicamente como una persona ideal. Por ello, se concluye que la fundación es una organización dotada de personalidad al servicio de un fin¹¹, sea que el reconocimiento de esa personalidad se produzca en el acto fundacional o más tarde, con intervención necesaria o no del Estado, dándole o no carácter constitutivo a su intervención. La determinación de la naturaleza jurídica de este instituto, como de otros, tiene, por sobre todo, la finalidad práctica de indicar el régimen que le es aplicable y la jurisdicción competente en caso de conflicto¹².

2. Las conditio iuris

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en Prólogo de PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 11.

⁸ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público “en, RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 266.

⁹ SOCÍAS CAMACHO, Joana M., “Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario”, Iustel, 2006, pág. 77.

¹⁰ BOSCH CARRERA, Antoni en Capítulo 1, “Antecedentes históricos” del “Tratado de Fundaciones” dirigido por BENEYTO PÉREZ, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 1.

¹¹ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 75.

¹² MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, “Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales”, Fundació Carles Pi I Sunyer d’Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 2005, pág. 12.

Así, el concepto de este instituto nos lleva a determinar las *conditio iuris* de la figura, que a nuestro criterio serían, en el análisis de este concepto básico, las siguientes:

- a) Un acto de voluntad
- b) Un patrimonio y la afectación perpetua de ese patrimonio
- c) Un fin de interés general
- d) Una estructura y forma jurídica

Ninguno de los componentes enunciados son exclusivos del concepto de fundación pero hacen esencialmente al mismo. Podríamos indicar además otros elementos que integran el concepto tales como, el sujeto que es titular del patrimonio y produce la afectación, es decir el fundador; el plazo, y, por fin, indicar que la afectación se debe realizar conforme a legislación vigente. Estos elementos suman al perfeccionamiento de la noción jurídica de fundación y se manifiestan de un modo u otro en algún momento en la vida de la misma. El sustrato de las fundaciones es una organización por lo que éste también pasa a ser uno de sus elementos integrantes¹³. Sin duda, como dijimos, el centro vital de la existencia de la fundación gira alrededor de la idea de un patrimonio asignado a un fin determinado, conforme a la definición brindada.

Desarrollamos las *conditio iuris* enunciadas que nos ayudarán a comprender ese carácter esencial del que hablamos y que hace que sean imprescindibles para la configuración de la fundación.

2.a. Un acto de voluntad

La fundación se crea por un acto de voluntad del fundador y esta voluntad, para algunos, es la piedra fundamental del concepto mismo de fundación¹⁴. El fundador puede ser uno o varios pero la declaración de voluntad es una sola¹⁵. El límite básico a esa voluntad, a nuestro criterio, es el cumplimiento de la ley. Es decir, dentro de lo establecido por el legislador para el ejercicio del derecho de fundar, el o los fundadores podrán disponer sobre la estructura, los fines y la metodología operativa que tendrá esta persona jurídica sin olvidar que dentro de esos parámetros se encuentra siempre involucrado el respeto a la moral y las buenas costumbres¹⁶.

¹³ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 249.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en Prólogo de PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons. 2000, pág. 11.

¹⁵ BOQUERA OLIVER, José María en OLAVARIA IGLESIA, Jesús, Coordinador, “Comentarios a la Ley de Fundaciones” Tinent lo blanch, Valencia, 2008, Capítulo XI, “Fundaciones del sector público estatal”, pág. 1005.

¹⁶ Artículo 11 apartado 2 Ley española 50/2002: “2. Toda disposición de los Estatutos de la fundación o manifestación de la voluntad del fundador que sea contraria a la Ley se tendrá por no puesta, salvo que afecte a la validez constitutiva de aquella”.

En principio, “la fundación es una persona jurídica que se sustrae una vez constituida a la voluntad de sus representantes, de sus beneficiarios, así como de su propio fundador”¹⁷. Por ello la expresión del acto de voluntad que funda define la personalidad distinta y la independiza de los sujetos de derecho fundantes que se vincularán como terceros con la fundación a partir de la suscripción de su constitución. Esto no significa que no puedan conservar los fundadores una tremenda influencia a posteriori porque así también la legislación lo permite. Muchas veces la opción por la figura de la fundación en el caso de las ONG supone la posibilidad de reservar alguna prerrogativa como puede ser el nombramiento de los miembros del Consejo de Administración regente de los destinos fundacionales. En fin, las condiciones para el funcionamiento de una fundación están fijadas en su estatuto y de allí surgen las reglas generales que marcan su dinámica. En la fundación, entonces, existe “una voluntad previa que impone a los órganos del ente la decisión sobre el modo de ser y la trayectoria futura del mismo”¹⁸ y este no es un dato menor para tener en cuenta en las ONG. Esa voluntad es de tal magnitud que produce la creación de una persona jurídica distinta del fundador y sustrae de su patrimonio un bien o grupo de bienes que quedan adscriptos en forma permanente a la realización de fines de interés general. La diferencia con otros institutos similares es que, como dijéramos, la voluntad de quien instituye o crea la persona jurídica se convierte en la “ley suprema de la fundación”¹⁹.

A veces puede haber diversidad entre lo que el fundador entiende como fin común a que se destina la fundación y lo que la Administración Pública entiende en un momento histórico determinado que debe aceptar como necesidades a satisfacer. Por ello, en general, en los distintos países, la Administración Pública evalúa la importancia social efectiva, comprueba la existencia real de las necesidades y otorga validez al mecanismo de satisfacción implementado por el o los fundadores tanto en el acto fundacional autorizando el funcionamiento de la fundación y validando sus estatutos como en la actividad posterior de la entidad cuidando que se mantenga el criterio inicial establecido.

2.b. Un patrimonio y la afectación perpetua de ese patrimonio

La voluntad fundadora no es una simple manifestación de deseo sino una acción indubitable donde, además, el mismo fundador realiza la atribución patrimonial y, lo hace, bajo un marco legal adecuado. La dotación, respecto del fundador, conforme Federico DE CASTRO, es un negocio de causa gratuita donde se produce el empobrecimiento de su patrimonio sin contraprestación económica pero totalmente

¹⁷ CAFFARENA, en DE LORENZO, CABRA et. al., 1990, p. 47 indicado por VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, nota al pie N° 18. pág. 72.

¹⁸ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 245.

¹⁹ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 18 y 99.

distinta a la donación por su conexión sustantiva con el fin para el que la entidad fue fundada²⁰.

A nuestro criterio todo fundador debe realizar su aporte económico al momento de constitución y en el caso de ser más de uno el número de fundadores, cada uno de ellos debe hacerlo con independencia de que su aporte sea menor, mayor o igual que el aporte realizado por el resto de los cofundadores. Es imposible crear una persona jurídica fundación sin transferencia a la misma de bienes o derechos que resultarán su patrimonio inicial. De otro modo sería casi imposible el cumplimiento de los fines fijados. Asimismo es necesario cumplir con todos los requisitos jurídicos que esta transmisión dominial supone. En el caso de que la atribución patrimonial suponga la transmisión de derechos reales, será pertinente el cumplimiento de las formalidades exigidas y las inscripciones en los Registros que corresponda según cada jurisdicción.

La idea de crear un patrimonio de destino o de afectación aparece como predominante en el acto fundacional para el fundante²¹. Este patrimonio está constituido por la dotación del fundador en el momento de fundar y es por ello que esta dotación debe “ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales”²². Esto es, se hace necesario que la fundación subsista al momento de la constitución y cumpla con su vocación de permanencia social. Esta nota de permanencia está presente en los bienes ya que los mismos, luego de la desaparición de la persona jurídica, en todas las legislaciones, deben seguir vinculados a un fin de interés general y transmitidos a un sujeto cuyo objeto sea precisamente éste²³.

La fundación podría financiarse, luego de su institución formal, con aportaciones de terceros y subvenciones de los poderes públicos sumados o no a los aportes posteriores que realicen si así lo disponen, los fundadores. Efectivamente así se financian las ONG en general.

La Administración se reserva el derecho de otorgar la autorización para funcionar o la constitución de una fundación cuando la dotación de la misma sea suficiente²⁴, es decir, luego de analizar la posibilidad real de que el patrimonio asignado sea el óptimo para el

²⁰ DE CASTRO BRAVO, Federico, “La persona jurídica”, Editorial Civitas S.A., Madrid, Reimpresión de la segunda edición de 1984, 1991 pág. 297.

²¹ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 226.

²² Artículo 10 Ley española 30/1994 mencionado por VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”. Marcial Pons, 1999, pág. 82.

²³ MORELL OCAÑA, Luis, “Notas sobre el arcaísmo del Derecho de las fundaciones benéficas”, Revista Española de Derecho Administrativo, número 17, abril/junio 1978, pág. 154.

²⁴ “La dotación, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales”, conforme el artículo 12 Ley española 50/2002 de 26 de diciembre.

cumplimiento del fin para el que fue creada. Es clave, entonces, el vínculo que se produce entre la dotación patrimonial y la tutela administrativa para fiscalizar la correcta y posible aplicación de aquélla al cumplimiento del objeto fundacional²⁵. Es así porque el Estado es árbitro y protector de la satisfacción del interés general y en ese carácter tiene la información y potestad necesarias como para no permitir que se autorice la existencia de una fundación necesariamente creada para fenecer al poco tiempo por imposibilidad económica de continuidad.

2.c. Un interés general

Deben concurrir en la fundación, como elemento esencial, presupuestos materiales que permitan calificar el fin de la fundación como altruista²⁶. El elemento finalista es el interés general, que armoniza con el subjetivo ya mencionado aquí como voluntad de fundar y el objetivo relacionado con el patrimonio que acabamos de desarrollar²⁷. Se ha realizado tanto por la doctrina la importancia del fin fundacional que se ha articulado la existencia y estructura de la fundación en torno a él²⁸ elevando el rango de valor del mismo por sobre los otros elementos. Este principio constitutivo marca teleológicamente la voluntad del fundador y además condiciona la posibilidad de la afectación de los bienes²⁹. No puede ser otro el destino del patrimonio y tampoco puede manipularse su cumplimiento durante la vida misma de la fundación.

En España, por mandato constitucional se puede fundar para cualquier fin, siempre que sea de interés general, que es la única exigencia del artículo 34 de la Constitución Española que instituye el derecho constitucional de fundar³⁰.

La Ley española 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones enuncia en su artículo 3 apartado 1 que “las fundaciones deberán perseguir fines de interés general, como pueden ser entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de

²⁵ PALMA FERNÁNDEZ, José Luis, Capítulo Segundo: “El Registro de Fundaciones: inscripción y dinámica registral” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 53.

²⁶ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge. “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española”, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo-agosto, 2001, pág. 143.

²⁷ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”, Marcial Pons, 1999, pág. 70.

²⁸ LÓPEZ JACOISTE mencionado por PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, nota 15, pág. 34.

²⁹ RUÍZ OJEDA, Alberto, “Las fundaciones privadas como colaboradores de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundaciones. Un comentario con ocasión de la nueva ley de fundaciones”, Revista Española de Derecho Administrativo, número 93, enero-marzo 1997, pág. 32.

³⁰ La Constitución Española y la Constitución Peruana reconocen específicamente este derecho.

promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico”. Esta enunciación no es menor y por ello la tomamos como ejemplo. Entendemos que ha tratado de ser inclusiva de las necesidades de la sociedad española que se entienden no suficientemente cubiertas por el Estado ya que la normativa civil está habilitando en especial a los particulares para constituir fundaciones con los objetos descritos por la ley. Esta enunciación es útil para analizar los objetivos planteados por las distintas Organizaciones No Gubernamentales y admitir la posibilidad de que las mismas se constituyan jurídicamente como fundaciones en el marco de lo permitido por cada legislación nacional. El Derecho no puede anular la posibilidad de la expresión humana cuando persigue fines que interesan a toda la sociedad³¹ pero debe contextualizarlos en cada momento histórico a través de la legislación específica y eso es lo que ha sucedido en la instancia indicada al aprobar el Poder Legislativo la normativa de Fundaciones en España y así ha sido en el resto de los países.

Fundar supone, además, para nosotros, el derecho de participación garantizado en toda Constitución de un Estado de Derecho. Durante millones de años nuestra especie ha vivido en grupos pequeños que compartían éxitos y fracasos cotidianos. Allí, la cooperación explícita o directa era la única clase de participación que podía tener lugar³² y era la determinante de las decisiones comunitarias. El elemento crucial que ha permitido la prosperidad de las naciones ha sido la interacción entre los individuos dentro de una sociedad organizada. En ese entorno participativo siempre se logran consensos y se encuentran irreconciliables disensos pero con ellos inexorablemente se produce el progreso social y la promoción de los miembros de una comunidad. Esta resulta ser la esencia de las ONG.

2.d. Una estructura y forma jurídica

En particular, los elementos nucleares de la figura son, al menos, como hemos visto: un patrimonio adscrito o vinculado, la finalidad de interés general y la consecuente ausencia de ánimo de lucro, la voluntad del fundador o fundadores y la personalidad jurídica. Por ello, se debe otorgar, desde la legislación, la forma jurídica más adecuada, la organización apropiada³³ y los medios suficientes que garanticen tanto el cumplimiento de la voluntad del fundador como la real consecución del fin propuesto en su constitución³⁴.

³¹ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 50.

³² BLOCK, Walter; BARNETT, William II, “Rejoinder to Critics of Laissez-Faire Capitalism”, *Journal of Corporate Citizen*, No. 23, Autumn 2006, USA.

³³ DE CASTRO BRAVO, Federico, “La persona jurídica”, Editorial Civitas S.A., Madrid, Reimpresión de la segunda edición de 1984, 1991 pág. 297.

³⁴ PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”, Marcial Pons, 2000, pág. 37/38.

La gran mayoría de los países europeos gozan de un sistema administrativo de concesión de la personalidad jurídica para las fundaciones que marca una determinada estructura legal a la que deben ajustarse bajo pena de no serles otorgada la personalidad diferencial con respecto a sus fundadores. Tienen este sistema de concesión pública de la personalidad jurídica, además de España³⁵, entre otros: Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo y Portugal³⁶. Es decir, la mayoría de los países de Europa continental con raíces jurídicas románicas, que son las que dieron origen a las personas jurídicas como entidades distintas de sus creadores y con posibilidad legal de vida independiente, exigen intervención del Estado para validar el nacimiento de esta nueva persona³⁷.

Esta subordinación de la personalidad jurídica a la inscripción registral es la confirmación del importante desplazamiento de la normativa civil al fuero administrativo precisamente en el momento del nacimiento a la vida jurídica de la institución fundacional³⁸. Aquí el Estado cumple, como dijimos, su función de tutela social de las organizaciones que se personifican en función de lo permitido por la ley.

BADENES GASSET señala que para que el fin fundacional sea realizado de un modo duradero hace falta necesariamente una organización³⁹. La realidad impone que sólo se pueden alcanzar eficazmente los objetivos planteados si se aplican principios de ordenamiento estructural establecidos previamente que faciliten la ejecución y el control. Por ello destacamos la importancia de la redacción de un estatuto fundacional completo y homogéneo.

3. Incidencia social de las Fundaciones

No cabe ninguna duda que las fundaciones hacen a la formación y mantenimiento de la paz social y tienen una relevante incidencia en la sociedad⁴⁰. En cuestiones que hacen al bienestar general la influencia y el protagonismo de las fundaciones es creciente. Hoy

³⁵ Artículo 4 apartado 1 Ley española 50/2002: “1. Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones”.

³⁶ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge, “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española”, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo-agosto, 2001, Nota al pie Nº 59, pág. 132.

³⁷ De igual modo en América latina la concesión estatal de personalidad es mayoritaria en su legislación. Así lo disponen el artículo 33 del Código Civil argentino y el artículo 3 de la ley uruguaya 17.163 del año 1999.

³⁸ PALMA FERNÁNDEZ, José Luis, Capítulo Segundo: “El Registro de Fundaciones: inscripción y dinámica registral en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 55.

³⁹ Mencionado por CROVI, Luis Daniel, “Fundaciones, régimen jurídico y actuación empresarial”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 39 según BADANES GASSET, Ramón, “Las fundaciones de derecho privado”, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1986, páginas 57 y 68.

⁴⁰ Diario Tribuna de Salamanca, “Torre de Clavero. El Colegio de Abogados constituye una fundación”, martes 16 de octubre de 2007, pág.15.

los ciudadanos se dedican a la asistencia y participación en las más variadas entidades sin fines de lucro y ONG sean estas asociaciones civiles o fundaciones. Las fundaciones siempre han participado, en mayor o menor medida, en lo se ha dado en llamar la actividad social del Estado⁴¹. Algunas veces por ausencia o insuficiencia del mismo y otras en coordinación con él. La fundación resulta además propicia cuando se desea consolidar la real colaboración entre sujetos públicos y privados⁴².

Los niveles de desarrollo económico y la densidad demográfica, la historia, las tradiciones locales y la influencia religiosa en determinados ámbitos socio-culturales, son todos factores a tener en cuenta para medir el impacto de las fundaciones en el contexto social. Las fundaciones tienen mucho que ver con la sensibilidad de los ciudadanos hacia el bien común y el ansia de progreso igualitario e inclusivo. En estos momentos la lucha por la subsistencia se vuelve feroz para los desplazados del mercado laboral e incluso de la beneficencia pública y son las entidades privadas, las ONG, las que vienen a completar ese espacio vacío. Si no existieran estas organizaciones desinteresadas el clima de convivencia sería más violento e insoportable particularmente en las ciudades y sus periferias donde generalmente se aglutinan los individuos económica y socialmente desplazados de la sociedad que carecen de asistencia sanitaria, educación, vivienda, trabajo, acceso a la justicia y, en fin, de oportunidades de salida de esa situación y promoción social. Hay que tener en cuenta que la noción de necesidad se amplía cuando se alteran los estándares de vida y ahora hay que desarrollar una actividad protectora ante el riesgo de indigencia⁴³ y exclusión.

La sociedad civil ha sido capaz de generar un entramado institucional a través de las Fundaciones que es soporte de actividades de promoción social que el Estado no puede sustituir de ninguna forma⁴⁴. Recordemos que en la España del siglo XIX se intentó anular el poder social de las mismas con las leyes desamortizadoras y ante la patética realidad de la imposibilidad de atender los reclamos de la comunidad se debió hacer marcha atrás en tan importante decisión. Esta es la mejor prueba histórica de la incidencia social de las Fundaciones que sigue siendo tan importante hoy, en los albores del siglo XXI en medio de una crisis económica mundial, como ayer cuando se intentó erradicarlas de la faz de la tierra española sin mucho éxito.

Bibliografía

⁴¹ RUÍZ OJEDA, Alberto, “Las fundaciones privadas como colaboradores de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundaciones. Un comentario con ocasión de la nueva ley de fundaciones”, Revista Española de Derecho Administrativo, número 93, enero-marzo 1997, pág. 39.

⁴² RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Administraciones Públicas y Derecho privado”, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 160.

⁴³ MORELL OCAÑA, Luis, “Notas sobre el arcaísmo del Derecho de las fundaciones benéficas”, Revista Española de Derecho Administrativo, número 17, abril/junio 1978, pág. 160.

⁴⁴ RUÍZ OJEDA, Alberto, “Las fundaciones privadas como colaboradores de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundaciones. Un comentario con ocasión de la nueva ley de fundaciones”, Revista Española de Derecho Administrativo, número 93, enero-marzo 1997, pág.48.

BADANES GASSET, Ramón (1986). Las fundaciones de derecho privado. Bosch, Barcelona.

BLOCK, Walter; BARNETT, William II (Autumn 2006). Rejoinder to Critics of Laissez-Faire Capitalism. *Journal of Corporate Citizen*, 23.

BOQUERA OLIVER, José María (2008) Fundaciones del sector público estatal. En OLAVARIA IGLESIA, Jesús, *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Tirant lo blanch, Valencia.

BOSCH CARRERA, Antoni (2007). Antecedentes históricos. En BENEYTO PÉREZ, *Tratado de Fundaciones*, Editorial Bosch, Barcelona.

CABRA DE LUNA, Miguel Angel (2000). La dimensión económica de las fundaciones españolas de competencia estatal: una aproximación. *Economistas*, Colegio de Madrid, 83, 98.

CAPITANT, Henri (1979). *Vocabulario jurídico*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina.

CARRANZA, Jorge (1977). *Las fundaciones en el derecho privado*. Depalma, Buenos Aires.

CROVI, Luis Daniel (2008). *Fundaciones, régimen jurídico y actuación empresarial*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.

DE CASTRO BRAVO, Federico (1991). *La persona jurídica*. Editorial Civitas S.A., Madrid.

Diario Tribuna de Salamanca (2007, 16 de octubre). Torre de Clavero. El Colegio de Abogados constituye una fundación.

GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge (mayo-agosto 2001). Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española. *Revista de Administración Pública*, 155, 125.

GONZÁLEZ CUETO (2003). *Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002 de 26 de diciembre*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc (2005). *Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales*. Fundació Carles Pi I Sunyer d'Estudis Autònomic i Locals, Barcelona.

MORELL OCAÑA, Luis (abril/junio 1978). Notas sobre el arcaísmo del Derecho de las fundaciones benéficas. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 17, 154.

MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto (1999). La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público. En, RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), *Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica*, Civitas Ediciones, Madrid, 266.

PALMA FERNÁNDEZ, José Luis (1999). El Registro de Fundaciones: inscripción y dinámica registral. En RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica, Civitas Ediciones, Madrid, 53.

PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia (2000). Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador. Marcial Pons.

REBOLLO PUIG, Manuel (2000). Derecho de la Administración Pública y Derecho Administrativo. Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 2, 244.

RIVERO ORTEGA, Ricardo (1998). Administraciones Públicas y Derecho privado. Marcial Pons, Madrid.

RIVERO ORTEGA, Ricardo (2007). Derecho administrativo económico. Marcial Pons, Madrid.

RUÍZ OJEDA, Alberto (enero-marzo 1997). Las fundaciones privadas como colaboradores de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundaciones. Un comentario con ocasión de la nueva ley de fundaciones. Revista Española de Derecho Administrativo, 93, 32.

SOCÍAS CAMACHO, Joana M. (2006). Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario. Iustel.

VAQUER CABALLERÍA, Marcos (1999). Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios. Marcial Pons.