

JUAN-CRUZ ALLI TURRILLAS

FUNDACIONES Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Prólogo de
Francisco González Navarro

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO DE FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO	9
INTRODUCCIÓN GENERAL	39
CAPÍTULO I. SOBRE LA EVOLUCIÓN Y CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DE LA FUNDACIÓN	45
I. IDEA GENERAL.....	45
II. LOS ANTECEDENTES Y ELEMENTOS ESTRUCTURADORES	46
1. La aparición de la figura desde Roma hasta el Cristianismo: su base jurídica y teleológica	46
A) Las bases conceptuales de la fundación en Roma.....	46
B) Algunos elementos relacionados. El Derecho germánico	49
C) Configuración del fin de la institución con el Cristianismo.....	51
D) La aparición de una figura embrionaria con elementos fundacionales	55
2. Las fundaciones desde la Edad Media hasta la Edad Moderna: su reconocimiento jurídico	56
A) Las figuras fundacionales que fraguan a partir de ese momento.....	56
a) Figuras fundacionales en la Edad Media.....	56
b) Las vinculaciones y amortizaciones, como efecto colateral.....	59
c) Dos figuras muy importantes en relación a la fundación: Mayorazgos y Capellanías.....	60
B) La evolución de las figuras en la ley y la doctrina.....	62
C) La cuestión ineludible de la «personalidad jurídica»	66
a) El nacimiento del concepto de «personalidad»	66
b) La «persona ficta» como primera solución válida y su evolución doctrinal.....	69
c) Evolución y superación del término «personalidad jurídica».....	71
d) Conclusión.....	73
III. DECANTACIÓN DE LA FUNDACIÓN DURANTE EL SIGLO XIX	76
1. Un apunte sobre la transformación social: el paso del Antiguo régimen al siglo XIX.....	76

	<u>Pág.</u>
2. Rasgos de la evolución conceptual de las fundaciones	80
3. Desvinculación y desamortización en el siglo XIX	82
A) Desvinculación y desamortización	82
B) Causas y doctrina de la desamortización	84
C) La desamortización y las fundaciones	88
D) Resultado y fin de la desamortización	91
4. Deficiencia y «fundaciones»: la configuración del «interés general»	95
5. La aparición del elemento definitorio final de la fundación en la intervención pública	98
A) El proceso «secularizador» de las fundaciones	98
B) Configuración de la intervención pública	100
C) La importante intervención pública del siglo XIX	101
a) Situación que se encontraron los liberales del siglo XIX	101
b) La disyuntiva del Estado	103
c) Del rechazo a la aceptación, pasando por la indiferencia	104
D) Solamente son posibles las fundaciones de interés público constituidas conforme a la ley	106
IV. RECAPITULACIÓN SOBRE LA HISTORIA DE LAS FUNDACIONES. UNA VISIÓN PÚBLICA	107
CAPÍTULO II. LA CONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO DE FUNDACIÓN	113
I. La configuración del concepto de fundación	113
1. Idea general	113
2. El concepto de fundación en la doctrina española	114
A) Los primeros pasos hacia la elaboración del concepto de fundación	114
B) La concepción de la fundación tras la Constitución española de 1978	118
C) Dos interesantes aportaciones doctrinales	121
3. La evolución del concepto legal	122
A) La fundación en la legislación del siglo XIX	122
B) La fundación en la legislación hasta la Constitución de 1978	125
C) La fundación en la Constitución de 1978	126
D) El vigente marco normativo sobre Fundaciones	128
4. Las aportaciones al concepto de fundación realizadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo	130
A) El reconocimiento de las fundaciones benéficas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo con anterioridad al Código Civil	130
B) Los contornos de la fundación según el Tribunal Supremo tras el Código Civil	132
a) La voluntad del fundador y el negocio fundacional	132
b) Pero no hay nada sin un patrimonio	133
c) La intervención del protectorado	134
d) La fundación está supeditada al fin público	135
5. La concepción del Tribunal Constitucional (Remisión)	136
II. OTRAS APORTACIONES DESDE PERSPECTIVAS NO JURÍDICAS	138

	Pág.
1. La búsqueda de un concepto omnicomprendivo.....	138
2. Una aproximación al por qué de las fundaciones.....	141
3. Las tendencias en el «sector no lucrativo».....	144
A) Un apunte sobre la Unión Europea.....	144
B) Los desafíos del presente para las fundaciones	146
III. LA «FEDERALIZACIÓN» DEL MODELO FUNDACIONAL.....	150
1. Aclaración previa.....	150
2. La cuestión competencial en materia de fundaciones	150
A) Títulos competenciales de la Constitución que inciden sobre las funda- ciones.....	150
B) Desarrollo y regulación por las Comunidades autónomas	152
C) El modelo resultante	154
a) ¿Cuál es la profundidad de la normativa básica estatal?	154
b) ¿Qué es básico en la Ley de fundaciones?	156
c) El pseudo-modelo resultante	157
D) Valoración crítica final.....	158
IV. LA CUESTIÓN DE LA LLAMADA «FUNDACIÓN-EMPRESA»	160
1. Idea preliminar	160
2. Fundación-empresa y empresa-fundación.....	162
3. La «fundación-empresa».....	165
A) Posiciones doctrinales y objeciones	165
B) Posibles respuestas a las objeciones planteadas	168
a) Actividad económica, empresa y fundación.....	168
b) La cuestión del «ánimo de lucro».....	170
c) Lucro, enriquecimiento y actividad fundacional	173
4. El debate sobre la naturaleza de las Cajas de Ahorro.....	176
A) Las Cajas de Ahorros y el TC o la búsqueda del «eslabón perdido»	178
B) La confusa naturaleza de las Cajas de Ahorro.....	181
a) La difícil búsqueda de un acomodo jurídico	181
b) ¿Fundación?.....	182
c) ¿Fundación-empresa?	185
C) En consecuencia, el régimen fundacional no parece el adecuado a su inconclusa naturaleza.....	187
5. Relaciones «fundación» y «empresa».....	189
A) La actividad empresarial de la fundación, en general	189
B) Empresarios y sociedades mercantiles que crean o colaboran con fun- daciones	191
C) Las actividades de la fundación-empresa y sus límites legales	192
6. En conclusión	196
A) ¿Existe legal o doctrinalmente la fundación-empresa?	196
B) Resolución de equívocos	196
C) Límites internos y externos a la fundación-empresa	198
D) ¿Es posible la existencia de fundaciones-empresa?	200
V. RECAPITULACIÓN SOBRE EL VIGENTE CONCEPTO DE FUNDA- CIÓN.....	204

	Pág.
CAPÍTULO III. LA DISYUNTIVA ONTOLÓGICA DE LA FUNDACIÓN	209
I. PLANTEAMIENTO GENERAL. EL NUEVO CONTEXTO SOCIAL DE LAS FUNDACIONES.....	209
II. LA PERMANENTE TENSIÓN «DIALÉCTICA» ENTRE PÚBLICO Y PRIVADO PRESENTE EN LA FUNDACIÓN	212
1. Las tensiones a las que se ha visto sometida la fundación.....	212
2. El debate sobre el carácter público o privado de las fundaciones.....	215
A) La visión publicista de las fundaciones.....	215
B) La visión civilista de las fundaciones. Los elementos sobre los que pivota el concepto de fundación	218
C) El aparente punto de encuentro de la organización	221
D) El fundamental entendimiento de la heteronomía fundacional.....	223
3. La conclusión: el fin público como determinante del ser fundacional....	225
III. DE LA IMPORTANTE Y DETERMINANTE INTERVENCIÓN PÚBLICA SOBRE LAS FUNDACIONES	228
1. La intervención pública, en general	228
A) Planteamiento general	228
B) Las formas de intervención pública sobre la fundación	229
C) La conclusión de todo ello: La independencia fundacional	233
2. El fin público o general y sus elementos definitorios.....	237
A) A qué nos referimos al hablar de «interés público o general».....	237
B) El fin público o general, en las fundaciones y en la Administración pública	240
a) Idea general. El art. 103.1 de la Constitución	240
b) El «interés público» y la actividad prestacional del Estado	244
c) Interés general y fines fundacionales.....	246
C) La perpetuidad del fin fundacional y de su patrimonio	252
a) Perpetuidad y permanencia del fin fundacional	252
b) La duración y estabilidad del patrimonio en relación con el fin	255
D) La Fundación y el servicio público	257
a) Planteamiento general	257
b) El servicio público. Un concepto «a-complejado».....	258
c) Las fundaciones y el servicio público ¿identificación, integración, asimilación?	264
d) Servicio público y fundaciones: conexiones y desconexiones	269
e) Conclusión: apartemos las fundaciones del debate del «servicio público»	274
3. La organización. La justificación orgánica de la intervención pública	278
A) La intervención pública sobre la fundación.....	278
B) La clarificación de la posición que ocupa el patronato sobre la fundación	280
a) La naturaleza jurídica del patronato	280
b) El patronato es un órgano necesario de la fundación	281
c) Pero el patronato no es la fundación.....	283
C) La responsabilidad de las fundaciones y de los patronos	285

	Pág.
a) La responsabilidad general de las fundaciones	285
b) La responsabilidad de los patronos ¿simple lealtad?.....	289
D) Las relaciones patronato-protectorado ¿Hacia un cambio de paradigma?	297
4. El patrimonio fundacional. La afectación de los bienes	300
A) Planteamiento general: cuestiones a resolver	300
B) Bienes de dominio público y bienes vinculados a un servicio público ...	301
C) La extensión a la fundación del carácter público propio de «servicio público»	304
a) Introducción.....	304
b) La prestación fundacional (en el pasado).....	305
c) Conclusión.....	306
D) Sobre el carácter de los bienes patrimoniales de la fundación como bienes «de dominio público».....	308
a) Las bases del planteamiento doctrinal.....	308
b) El carácter <i>demanial</i> de los bienes en la legislación histórica de fundaciones.....	309
E) Conclusion: El carácter servicial del patrimonio en la fundación actual.	310
IV. EL FIN PÚBLICO O GENERAL PROPIO DE LAS FUNDACIONES Y SUS CONSECUENCIAS.....	313
1. El carácter único y público del fin fundacional.....	313
2. Una prestación privada de «interés general».....	315
3. El patrimonio fundacional como un bien necesitado de una mejor protección jurídica.....	316
4. Los efectos sobre la reconfiguración de la organización fundacional	318
CAPÍTULO IV. BIOLOGÍA DE LA FUNDACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA	323
I. NACIMIENTO DE LA FUNDACIÓN Y LA INTERVENCIÓN PÚBLICA: EL REGISTRO Y LA PERSONALIDAD JURÍDICA.....	323
1. Del nacimiento y la personalidad, en general	323
2. La intervención pública durante el nacimiento de la fundación: el Registro y su relación con el Protectorado	326
A) El otorgamiento de la personalidad	326
B) Los diferentes sistemas de reconocimiento de la personalidad jurídica..	328
C) El sistema adoptado por la normativa vigente	331
a) Las características de nuestro modelo registral	331
b) Principios definidores del sistema español de registro de fundaciones.....	332
c) La naturaleza de la actividad fiscalizadora registral.....	334
d) Otras críticas sobre las inadecuaciones del modelo registral.....	337
3. La justificación del sistema de intervención pública.....	339
II. EL «NEGOCIO FUNDACIONAL» LAS IMPORTANTES CONSECUENCIAS DE LA PRESENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ÉL.....	342
1. Los caracteres generales del negocio fundacional	342
A) Idea general	342

	<u>Pág.</u>
B) Los caracteres del negocio jurídico fundacional	343
C) Síntesis de las características y superación por parte del art. 35 del Código Civil	347
2. De la revocabilidad y la retroactividad en el reconocimiento de las fundaciones.....	348
A) Las importantes consecuencias que se derivan de la revocabilidad y la retroactividad de las fundaciones durante su proceso constitutivo.....	348
B) Un negocio unilateral no recepticio.....	350
C) La retroactividad.....	352
D) La cuestión de las fundaciones en «proceso de formación» (art. 13 LF).....	353
a) Planteamiento	353
b) Una cuestión previa: a vueltas con el negocio fundacional y el valor de su registro	354
c) Fundación «en construcción» y otras figuras ¿análogas?.....	356
d) La fundación «en proceso de formación» no puede sostener las notas de irretroactividad e irrevocabilidad	360
E) ¿Revocable o irrevocable?	364
3. Conclusión ¿Estamos ante el negocio que se piensa?.....	366
A) La univocidad o unicidad del negocio fundacional.....	366
B) Bilateralidad del negocio fundacional	367
C) Sobre la receptividad del negocio fundacional.....	372
D) Consecuencias derivadas: irrevocabilidad y retroactividad.....	374
E) Otras consecuencias: solemnidad y tipicidad	378
III. LA EXTINCIÓN DE LA FUNDACIÓN Y LA COMPLEJA CUESTIÓN DE LA REVERSIÓN DE LOS BIENES	379
1. Identificación de conceptos y problemas	379
A) Aclaración conceptual. La tipología de la reversión.....	379
B) La reversión y sus problemas aparentes	381
2. Reversión «condicional» o no liquidatoria: realidad y soluciones.....	382
A) Cuestiones que plantea la «reversión condicional».....	382
B) Problemas y soluciones	385
C) En conclusión. Algunas cautelas adicionales	387
3. La extinción de la fundación, el destino de los bienes a ella vinculados y la reversión liquidatoria.....	389
A) La extinción fundacional: causas y formas legales	389
a) La extinción. Sus causas.....	389
b) La extinción por causas penales u otros ilícitos	390
c) Los sistemas de extinción.....	392
B) La extinción y sus consecuencias: los claroscuros legales	392
C) La extinción y reversión liquidatoria en la doctrina	395
4. Extinción y reversión. La visión pública: una fundación no es un «negocio cualquiera»	398
A) El presupuesto de la reversión de bienes: el fin público.....	398
B) El Código Civil se ha de interpretar a la luz de la Constitución y de la Ley de Fundaciones.....	400
C) La imposibilidad de la reversión por voluntad del fundador.....	401

	Pág.
IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIÓN FINAL	404
CAPÍTULO V. EL PROBLEMA CONCEPTUAL QUE PLANTEAN LAS «FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO»	409
I. CUESTIONES PREVIAS AL ANÁLISIS DEL FENÓMENO FUNDACIONAL PÚBLICO	409
1. Idea general	409
2. Fundaciones y huida del Derecho administrativo	413
3. Fundaciones públicas y servicio público (remisión).....	418
II. CUÁLES Y CÓMO SON LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO	422
1. ¿De qué estamos hablando exactamente?	422
A) Las figuras de tipo fundación «en mano pública».....	422
B) Régimen jurídico aplicable a los diversos subtipos señalados	425
C) Los siguientes pasos a realizar.....	426
2. Las fundaciones del sector público. El debate doctrinal	427
A) La doctrina y las fundaciones del sector público: posiciones sobre su naturaleza.....	427
B) Fundaciones públicas y Constitución	430
a) El art. 34 de la Constitución sobre las fundaciones.....	430
b) Las posiciones doctrinales sobre la constitucionalidad de las fun- daciones públicas.....	431
C) Problemas y cuestiones derivadas.....	434
III. QUÉ PUEDEN SER LAS LLAMADAS «FUNDACIONES DEL SECTOR PÚ- BLICO».....	435
1. Los criterios para considerar su régimen jurídico	435
2. La equívoca naturaleza jurídica de las «fundaciones del sector público».....	448
A) Planteamiento	448
B) ¿Son las fundaciones públicas verdaderas fundaciones?.....	448
C) ¿Serían, pues, acaso una fundación « <i>tertium genus</i> »	451
D) Un régimen, una naturaleza, una especie	453
3. Las «fundaciones públicas» son, por tanto, una « <i>contradictio in terminis</i> »....	456
IV. CONCLUSIÓN VALORATIVA.....	461
EPÍLOGO	467
BIBLIOGRAFÍA	473

PRÓLOGO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DE CÓMO EL AUTOR, AL PROPORCIONARME EL TEXTO COMPLETO DE SU LIBRO, MIENTRAS LA EDITORIAL ESTÁ TRABAJANDO EN SU COMPOSICIÓN, ME HA CONVERTIDO EN «ESE LECTOR ÚNICO Y EXCEPCIONAL QUE LO CONOCE CUANDO ESTÁ INÉDITO» Y DE CÓMO ÉL —SIN SABERLO—ME ESTABA IMPONIENDO UN DEBER DE LEER «CAPÍTULO TRAS CAPÍTULO, CON PACIENCIA Y ATENCIÓN» LA TOTALIDAD DEL MISMO.—III. LO QUE AL AUTOR DE ESTE LIBRO PARECE HABERLE MOTIVADO NO ES TANTO LLEGAR A CONOCER LA BIOLOGÍA DE ESA UNIDAD JURÍDICA QUE LLAMAMOS «FUNDACIÓN», CUANTO DELIMITAR LOS RESPECTIVOS CAMPOS DE INTERÉS DE LOS IUSPRIVATISTAS Y LOS IUSPUBLICISTAS.—1. Del sistema conceptual que el autor ha elaborado para hacer inteligible su exposición.—2. Del contenido esencial de los derechos, y de lo que hace que una creación intelectual sea la unidad jurídica fundación y no otra cosa.—A) Como el autor de este libro alude reiteradamente al «ser de la fundación», sin ilustrarnos acerca del significado que atribuye al vocablo ser, tan mínimo cuanto polisémico, está desplazando, implícitamente, la carga de la su averiguación al lector, el primero de los cuales —por orden cronológico— es el prologuista.—B) Lo que determina el ser (del latín *esse*; y también *modus essendi*) no es el fin, sino la estructura.—C) Según mi parecer, el significante «ser» aparece empleado en este libro con un significado esencial o predicativo.—D) El derecho de fundación, un principio rector de la vida política y social que es también un derecho fundamental.—IV. DE CÓMO LA COMPARACIÓN ENTRE LAS RESPECTIVAS POTESTADES DEL PATRONATO MIENTRAS LA «FUNDACIÓN (SE ENCUENTRA) EN PROCESO DE FORMACIÓN» Y LAS QUE OSTENTA UN «GOBIERNO EN FUNCIONES», PUEDE SER DE UTILIDAD PARA AVANZAR EN EL CONOCIMIENTO DE UNA U OTRA ORGANIZACIÓN.—V. DE LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS, EN GENERAL, Y DEL REGISTRO DE FUNDACIONES EN PARTICULAR.—VI. DE CÓMO HAY QUE ENTENDER LA COMPLITUD DE UN LIBRO CUANDO ÉSTE VERSA SOBRE UN TEMA INACABABLE, Y DE LA NECESIDAD DEL ESTUDIO DE LA MICROLOGÍA DEL SISTEMA COMO DESAFÍO DE UN PRESENTE QUE, POR ESTAR SIEMPRE CAMBIANDO, ES EN VERDAD INASIBLE.—1. De la fundación como concepto en marcha constante a través de la Historia.—A) De cómo el cambio histórico impone el cambio de los conceptos.—B) El Tribunal Supremo tiene dicho que el mandato legal (art. 31 del Código Civil) de adecuarse a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas «está conminando al intérprete a aprender a pensar con nociones en marcha incesante en el tiempo».—2. Boceto para la construcción de un «modelo para el análisis de las fundaciones a que se refiere la Ley 23/1982, de 16 de junio, del Patrimonio Nacional.—A) Un tema inacabable.—B) La disposición adicional 1.ª de la Ley de Fundaciones de 23 de diciembre.—C) El Consejo de Administración del Patrimonio Nacional.—D) Subconjuntos patrimoniales que integran el Patrimonio Nacional.—E) Protección jurídica cualificada de que gozan esos dos subconjuntos patrimoniales.—F) Palacios reales, edificios eclesiásticos y fundaciones denominadas Reales Patronatos.—G) Partiendo de este boceto, hay que construir el «modelo».—VII. FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

Varias son las razones que me han compelido a aceptar el ruego que me ha formulado el autor de este libro de que le hiciera un prólogo para el mismo. Una de ellas, científicamente irrelevante sin duda, pero que por lo inusual (no conozco ningún otro caso igual) puede incorporarse al catálogo de las anécdotas que esmaltan —perdóneseme el tópico— la pequeña historia de nuestra vida universitaria, es que la redacción de este prólogo me ofrecía la oportunidad de divulgar una peripecia profesional que he vivido personalmente, y que es la siguiente: mediando una distancia temporal de catorce años he dirigido la tesis doctoral tanto del padre como la del hijo, que es el autor del libro que estoy prologando. Ambas tesis obtuvieron la calificación cum laude, dándose además, la circunstancia, que andando el tiempo, y superando cada uno, como está mandado, los obstáculos inherentes a su respectivo cursus honorum, padre e hijo, han llegado a ser profesores titulares de Derecho administrativo, en Facultades de Derecho de la Universidad española.

Es el caso, en efecto, que en 31 de octubre de 1984, Juan Cruz ALLI ARANGUREN, padre del autor del libro que aquí voy a prologar, defendió en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra [Universidad de la Iglesia católica, y única Universidad existente, por entonces, en la Comunidad foral] una tesis doctoral que yo le había dirigido y cuyo título era «La Mancomunidad del Valle de Roncal», organización pública cuyo funcionamiento conocía muy bien el doctorando y sobre la que poseía una valiosa documentación por ser, desde tiempo atrás, asesor de la misma. Honorada con la calificación de cum laude, fue luego publicada por el Gobierno de Navarra (Pamplona, 1989, 452 pp.). Es así como tuve ocasión de empezar a conocer la realidad del Derecho foral navarro. Otras tesis sobre el Derecho público de esa Comunidad foral he dirigido después¹.

Catorce años más tarde, en 23 de enero de 1998, J.-C. ALLI TURRILLAS, hijo del doctor ALLI ARANGUREN, defendió, también en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, una tesis doctoral cuyo título era «La relación jurídica de militarización profesional y su correlativa de mando militar», y que obtuvo asimismo la calificación de cum laude, la segunda parte de esta tesis, con el título La profesión militar, ha sido editada (con prólogo de J. R. PARADA VÁZQUEZ), por el INAP, Madrid, 2000.

¹ Fueron estas otras cuatro:

C. HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Régimen jurídico administrativo de la Universidad del Valle de Salazar* (Tesis doctoral defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra el 28 de junio de 1985, calificada cum laude, editada por el Gobierno de Navarra, Pamplona, 1990, 479 pp.).

M. Á. LARRÁYOZ LEZÁUN, *La comunidad del Valle de Aézcoa* (Tesis doctoral defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra el 11 de mayo de 1986, calificada cum laude).

J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, *Fundamentos jurídicos del Amejoramiento del fuero: Derechos históricos y régimen foral de Navarra* (Tesis doctoral defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra el 24 de febrero de 1989, calificada cum laude, editada por el Gobierno de Navarra, Pamplona 1989, 558 pp., con prólogo de S. MUÑOZ MACHADO).

M. J. IZU BELLOSO, *La policía foral de Navarra* (Tesis doctoral defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra el 14 de junio de 1991, calificada cum laude, editada por el Gobierno de Navarra, Pamplona).

Profesores titulares de Derecho administrativo, tanto el padre como el hijo, el primero ingresó por oposición en la Universidad de Valladolid para pasar mediante concurso-oposición a la Universidad Pública de Navarra. El segundo, también por oposición, en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), cuyo departamento de Derecho administrativo dirigía entonces el citado profesor PARADA que es uno de los iuspublicistas que mejor conoce el tema de las fundaciones, cuya realidad ha vivido —y hasta padecido—. Ha sido él quien sugirió a su discípulo, que llevaba varios años trabajando con él, la idea de estudiar las fundaciones con visión de conjunto, encomienda cumplida con diligencia y docilidad encomiables, según prueba el libro que estoy prologando.

Para la elaboración de este prólogo el autor me entregó, durante la reunión que tuvimos en mi casa de Madrid a mediados del mes de julio de este año 2009, una caja conteniendo en soporte papel el texto (463 páginas transcritas en Book antigua 11) y la bibliografía (pp. 465-490).

Al aceptar redactar el prólogo me comprometí también a entregárselo en los primeros días de septiembre pues el libro se está componiendo ya, durante este verano, en la editorial Marcial Pons, la cual tiene el propósito de que esté pronto en las librerías. Y con esto quiero decir que el autor me ha entregado una obra inédita que sin perjuicio de las inevitables correcciones de erratas, adiciones —necesariamente mínimas— y cambios al corregir las galeradas, debo tener, a efectos de la construcción de este prólogo, por obra acabada.

II. DE CÓMO EL AUTOR, AL PROPORCIONARME EL TEXTO COMPLETO DE SU LIBRO, MIENTRAS LA EDITORIAL ESTÁ TRABAJANDO EN SU COMPOSICIÓN, ME HA CONVERTIDO EN «ESE LECTOR ÚNICO Y EXCEPCIONAL QUE LO CONOCE CUANDO ESTÁ INÉDITO» Y DE CÓMO ÉL —SIN SABERLO— ME ESTABA IMPONIENDO UN DEBER DE LEER «CAPÍTULO TRAS CAPÍTULO, CON PACIENCIA Y ATENCIÓN» LA TOTALIDAD DEL MISMO

El autor de este libro sabe —pues me lo ha oído decir más de una vez— que, con independencia del resultado que yo consiga obtener en cada intento, pongo siempre el mayor empeño en cuidar al máximo la forma y el fondo de cuando escribo. Entre otras razones porque entiendo que, cuando por propia iniciativa o a petición de alguien —como es aquí el caso— un profesor universitario se decide a exponer por escrito lo que piensa sobre un tema es porque éste ha llegado a interesarle hasta el punto de llevarle a creer que tiene algo que decir sobre el mismo. De modo y manera que ese profesor, para ser consecuente con tan exigente norma agendí, si tal circunstancia no se diera, preferible es que se calle.

Y con esto, también estoy diciendo que, puesto que he aceptado el ruego del autor, obligado me siento ya a explicar —y así lo haré más adelante— por qué y desde cuándo me ha interesado el tema que el autor ha estudiado en este libro.

Todo esto lo sabía ya el autor. Pero lo que el autor no sabía, y sabe también ahora, porque es algo que le transmití en la conversación que sostuve con él al aceptar escribir este prólogo, es que ese modo mío de vivir mi vocación profesoral se ha visto reforzado después por unos decires que figuran en el prólogo que el profesor PABÓN escribió para la segunda parte (dividida en dos tomos) de su monumental obra sobre Cambó. Un prólogo con el que ese profesor trató de justificar el hecho —que tanta extrañeza había provocado a muchos de sus lectores— «de que entre la publicación de la primera y la segunda parte de la obra pasaran más de tres lustros».

Yo había leído —estudiado, si he de expresarme con precisión— esos tres volúmenes incluso antes de que un nieto del famoso político catalán, Ignasi Guardans Cambó cumpliera con el ritual iniciático de defender su tesis doctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, ante un tribunal del que yo formaba parte como vocal; una tesis excelente, por cierto, calificada cum laude. Y al recordar ahora este hecho, y conociendo su trayectoria pública posterior, se me ocurre pensar que, posiblemente, aquel doctorando de entonces se sentía ya avocado hacia esa forma de realizarse como hombre que es el dedicarse a la política, un quehacer que hoy llena su vida profesional.

Pues bien, pese a que, como digo, yo no me había limitado a leer, sino que había estudiado el libro del profesor PABÓN, ha sido mucho después, buscando datos para un libro mío, cuando he tomado conciencia de esos decires del profesor PABÓN que me han confirmado en mi convicción de que el auténtico profesor universitario ha de convertir en práctica usadera el cuidar tanto el fondo como la forma de cuanto se escribe, y la de optar por callarse cuando nada mínimamente novedoso tenga que decir sobre el mismo, que es lo que suele ocurrir cuando con el saber convencional —el que se enseña en las aulas y se lee en los manuales al uso— le permite entender el mundo en que se mueve.

La página del profesor PABÓN que leí al autor de este libro que estoy prologando, aquel día en que nos reunimos a mediados de julio en Madrid, es precisamente la última página del prólogo que el famoso historiador consideró necesario escribir para la segunda parte de su Cambó, y lo que en ella se dice es esto:

«Como la mayoría de los que preparan un libro, necesité de ese lector, único y excepcional, que lo conoce cuando está inédito. Al comenzar la redacción —tarea última— de éste rogué a don Ramón de Abadal y de Vinyals que fuese ese primero e inexcusable conocedor del texto. Las razones de mi ruego no necesitan ser expuestas; y abarcan, desde el conocimiento vivo por el señor Abadal de la época narrada, hasta su criterio de gran historiador.

Don Ramón leyó, capítulo tras capítulo, con paciencia y atención, sin tener en menos tan modesta labor, en medio de sus muy importantes trabajos y por encima de alguna flaqueza de la salud. Sus consejos, concienzudos y precisos, fueron valiosísimos para mí.

No pretendo amparar, en el prestigio de tal nombre, esta obra; cuantos excesos y deficiencias no fueron enmendados y se aprecien en ella, son exclusivamente el resultado de las limitaciones del autor.

Quiero, tan sólo, rendir pública gratitud a don Ramón de Abadal, patriarca de la cultura catalana, por la gran bondad que me dispensó».

Salta a la vista —por más que no esté de más el destacarlo— que las razones que llevaron al profesor PABÓN a entregar a su admirado don Ramón y de Abadal el texto inédito de su libro Cambó, son muy distintas de las que han llevado al profesor ALLI TURRILLAS a entregarme el texto igualmente inédito del suyo para que se lo prologue.

El historiador PABÓN entregaba, sí, un libro inédito que, cuando luego se publicó, hizo el número quince de los suyos, pero que en ese momento era todavía un libro que estaba preparando. Y se lo entregaba así, en esa forma inacabada que tiene siempre la gestación de un pensar, a quien sabía poseedor de un «conocimiento vivo de la época narrada», porque «para narrar la vida pública de Cambó hay que hacer —decía también PABÓN— de una u otra manera, la historia de la Segunda república española»². Admirable acto de humildad de quien siendo ya un historia-

² «Y lo hice —seguida diciendo PABÓN— sabiendo que a ese breve periodo, existen las Memorias inéditas de cuatro Jefes de Gobierno: Alcalá Zamora, Martínez Barrio, Chaparrita y Portela Valladares».

De estas cuatro Memorias que cita el profesor Pabón sólo me consta que se haya editado la de Niceto Alcalá-Zamora y Torres, primer Presidente de la Segunda República Española, andaluz de nación (lo nacieron, efectivamente, en Priego de Córdoba en 1877 y murió en 18 de febrero de 1949 en la casa que habitó durante los años de su exilio definitivo en Argentina, en la calle de Las Heras 2004 de Buenos Aires).

J. GONZÁLEZ PÉREZ ha escrito una biografía —en modo alguno hagiográfica, pero transida de emoción— de aquel hombre cuyas convicciones republicanas declara compartir, y que para él ha sido, no sólo el primer Presidente de la Primera República Española, elegido como tal en las Cortes Constituyentes de 10 de diciembre de 1931, sino también el único constitucional pues fue destituido por el golpe de Estado que dio el Frente Popular en abril de 1936. Lo que resulta de la lectura de esa biografía (una de las que la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas viene editando sobre quienes a ella pertenecieron como miembros de número, Alcalá Zamora fue uno de ellos) es que «ha sido una de las figuras de nuestra Historia peor tratadas», y que «las actuales generaciones, que conocen quien fue Azaña, no tienen idea de quien tuvo una intervención decisiva en la implantación de aquel régimen [...]. Para la mayor parte de aquellos a los que queda el recuerdo, éste es el gran orador y el del brillante jurista. Y la imagen deformada de un político orgulloso, puntilloso y detallista, las más de las veces a través de anécdotas sarcásticas».

Y como para mí mismo, que desde luego nunca he participado del entusiasmo que muchos tiene hoy por Azaña —sin dejar de reconocer, eso sí, que con su dedicación a la política, se frustró para la literatura quien, Premio nacional de literatura, que lo fue en 1926, es autor de uno de los más hermosos libros escritos en español que he leído: El Jardín de los frailes— es ahora, después de leer ese trabajo de GONZÁLEZ PÉREZ, cuando creo conocer a ese «gran desconocido de aquella época» que fue el hombre por él biografiado, remito al lector a estas dos obras de nuestro también académico: J. GONZÁLEZ PÉREZ, Niceto Alcalá-Zamora. Perfil humano, editado por el Patronato municipal «Niceto Alcalá-Zamora y Torre», Gráficas Adarve, Priego (Córdoba). Y del mismo: «Niceto Alcalá-Zamora (1877-1949)», en la obra colectiva *Académicos vistos por Académicos. Seis políticos españoles*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

Y puesto que un sencillo inciso en el prólogo que el profesor PABÓN escribió para el segundo tomo de su Cambó, me ha dado pie para traer a primer plano a Niceto Alcalá-Zamora, en la nota que aquí estoy redactando para este prólogo que se me ha pedido, me ha parecido que no sería inoportuno —al contrario: del todo pertinente— recordar algunos problemas sobre los que el político catalán y el político andaluz contendieron dialécticamente en el Congreso de los Diputados. Por ejemplo estos dos: el relativo a la aprobación del proyecto de ley sobre mancomunidades provinciales, y el del doble lenguaje que emplean algunos políticos según hablen en Madrid o según hablen —permítaseme la metáfora de reciente aparición— en sus respectivos caladeros de votos. Y como antes me he servido del buen decir de Cambó, serán ahora las palabras, no menos precisas y elegantes de Alcalá Zamora, las que reproduciré.

Así, en el discurso que pronunció nuestro político cordobés para oponerse a la aprobación del citado proyecto de ley, manejó, entre otros argumentos obstativos, el siguiente:

«que la mancomunidad, comprometida por su prestigio y por su conveniencia a procurarse éxitos aparatosos en sus comienzos, a halagar y acallar todos los intereses para que ninguno proteste, se entregará al desorden de los

dor con auctoritas reconocida por todos en su comunidad científica e incluso fuera de ella, aceptaba con naturalidad que algo podía aprender todavía de don Ramón Abadal, tenido ya en vida como «patriarca de la cultura catalana», consciente

gastos, al exceso de la producción, al desenfreno del empréstito, y vendrá inevitablemente al cabo un desastre que ha de repercutir sobre las arcas del Estado».

Este discurso fue pronunciado el 28 de junio de 1912. Alcalá-Zamora había sido designado diputado a Cortes por el distrito de La Carolina en 1906. Ese discurso está considerado como uno de los más importantes de su carrera. Una referencia más amplia del mismo, tomo de las Memorias del político cordobés, puede encontrarla el lector en los trabajos de J. GONZÁLEZ PÉREZ citados en esta nota.

El encuentro dialéctico en que Alcalá-Zamora censura el uso del doble lenguaje lo recoge J. PÉREZ, *Historia de España*, Círculo de lectores (por cesión de Editorial Crítica), p. 541. Lo que Alcalá-Zamora, en una de esas intervenciones sarcásticas que de él se recuerdan, le espetó al excelente orador que era también el político barcelonés, jefe de la Lliga Regionalista consistió en advertirle que no se podía ser al mismo tiempo el Bolívar de Cataluña y el Bismarck de España, o lo que es lo mismo, que no se podía ser el fundador de una nación y el salvador de un viejo país.

Antes de poner punto final a la digresión que esta nota supone respecto del libro que estoy prologando, creo necesario añadir una explicación de por qué no puedo identificarme con la admiración que profesan a Azaña, encuadrándolo en el centro del espectro político, tantos españoles de nuestros días de uno y otro signo político, ilustres historiadores y respetabilísimos políticos profesionales, muchos de ellos (es público y notorio que algunos políticos, de primerísima fila, del Partido Popular vienen reivindicando la figura de Manuel Azaña).

A tal efecto, empezaré por transcribir unos párrafos de un trabajo que publicó hace años en la *Revista de Administración Pública* el profesor J. R. PARADA VÁZQUEZ («El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal», en la *RAP*, núm. 67 de enero-abril del año 1972, pp. 78-79) que, como digo en el texto de la Introducción a la que esta nota pertenece, ha sido maestro del autor de este libro que estoy prologando a partir del momento en que el recién investido doctor se incorporó como Ayudante al Departamento de Derecho administrativo de la UNED en su madrileña sede central, Departamento del que era Director ya entonces el citado profesor.

Para PARADA VÁZQUEZ, que —como inteligente e inquietante discípulo directo del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA— ha sabido extraer provechosas enseñanzas de la historia del Derecho administrativo español, en general, y del proceso contencioso-administrativo en particular durante los siglos XIX y XX recoge en este trabajo unas palabras que pronunció Azaña en relación con la Ley de Defensa de la República, palabras cuya lectura quizá puedan apagar los entusiasmos de su persona y su obra despiertan hoy día. El texto íntegro de esta Ley, según apareció en la *Gaceta de Madrid* del día 22 de octubre y se ratificó en la del 28, puede consultarlo el lector en Joaquín ARRARÁS, *Historia de la Segunda República Española*, Editora Nacional, Madrid, 1969, 4.ª edición, corregida y muy aumentada [sic], tomo 1.º, pp. 236-237, por nota. Sobre los sucesos de Casas Viejas, de que se habla más adelante, *cfr.*, además del tomo III, 3.ª ed., Madrid, 1970, pp. 81-89, de esta misma obra, con información gráfica, la narración de los mismos (incluyendo el informe de la Comisión Parlamentaria) día a día, desde el 12 de enero de 1933 al 11 de marzo de 1933, que hizo el diario *ABC* y que aparece reproducida en *Biblioteca de un Siglo*, Prensa Española, tomo 9, pp. 189-219. Véase ahora lo que decía PARADA en ese trabajo suyo:

«La II República fue inconsecuente con sus principios democráticos y no menos dura en el diseño de la represión administrativa que lo fue la Dictadura. Precisamente, una de las primeras leyes aprobadas en el Parlamento, incluso antes de la propia Constitución de 1931 (9 de diciembre), es la Ley de Defensa de la República de 21 de octubre de 1931, una ley que, más que para reprimir hechos concretos, apuntó a someter al desafecto político al nuevo régimen, como se desprende del discurso de presentación a las Cortes del presidente del Gobierno, lleno de injuriosa y despectiva causticidad contra los republicanos tibios:

«¿Quién tiene que temer de su aplicación? [preguntaba Azaña en su discurso, contestando a Royo-Villanova; y respondía] De ninguna manera la verdadera prensa, señor Royo-Villanova. Aquí no se habla de la prensa digna de ese nombre, la prensa que vive a la luz del día, dentro de las leyes y que respeta su decoro y el ajeno; pero a las hojas y pequeñas bellacadas clandestinas que andan circulando por toda España, llevando a todas partes el descrédito de la institución republicana y de sus hombres, y del Parlamento y de los diputados y de la obra legislativa, ¿acaso vamos a llamar prensa, a esos reptiles que circulan por la sombra, que van de mano en mano corriendo por los rincones de la Península y sembrando el descrédito o la burla o las malas pasiones? Eso no es prensa, señor Royo-Villanova; eso no es prensa, y contra ella vamos.

[...] ¿Quién más tiene que temer esta ley? El funcionario negligente y desafecto, el magistrado poco celoso en la aplicación de la ley, el libelista —que noblemente oculta su nombre para eludir la gloria de sus escritos—, el agitador de oficio, sin convicciones ni conciencia, que se complace en sabotear la paz y la justicia de la ley

como era asimismo PABÓN de que el libro que estaba preparando y sobre el que le solicitaba parecer, sin ser una biografía, tenía por hilo conductor el quehacer vocacional de uno de los más grandes artífices del catalanismo del siglo xx español.

republicana; los conspiradores de café, que creen tener montada una máquina infernal contra la República, porque, rodeados de media docena de monas epilépticas que por equivocación llevan el nombre de hombres, traen y llevan el instrumento de la destrucción, enredando, desacreditando, difundiendo la alarma y acabando por crear alrededor del régimen republicano esta situación de intranquilidad, de inquietud, de alarma, que, en definitiva, es un daño positivo, no para el vigor y la subsistencia del régimen, sino para su prosperidad, para los negocios, para todo el conjunto de la vida social, que sin este recurso, se enrarecería en torno a la República; y eso es todo, señores diputados».

Pero no es ésta la única ocasión en que Azaña entró en contradicción con las convicciones demócraticas de que hizo gala en otras intervenciones parlamentarias y, obviamente, en sus escritos de Memorias políticas que, como es uso generalizado, el autor escribe para justificarse ante el tribunal de la Historia. Uno de los ejemplos más llamativos de esto que estoy diciendo lo constituyen algunas de sus actuaciones y declaración en relación con los sucesos, nunca bien explicados, del 12 de enero de 1933, que tuvieron lugar en la humilde aldea gaditana de Casas Viejas, sucesos que provocaron la repulsa de sus propios compañeros de partido.

He aquí algunas referencias que, sobre la conmoción que los hechos de aquel día provocaron y de lo que siguió después, la expone J. PÉREZ en su *Historia de España*:

«En cuanto se conoció, la noticia causó una gran conmoción. En las Cortes, los mismos diputados de derechos que desde 1931 exigían que los levantamientos campesinos fueran reprimidos a sangre y fuego, interpellaron al Gobierno, viendo una oportunidad servida en bandeja para atacar a los republicanos de izquierda. Azaña cogido de sorpresa y mal informado, improvisó una torpe excusa, aludiendo a una conspiración internacional similar a la de la Mano Negra de finales del siglo xix. Habló de una marcha de braceros a Jerez, que no se había producido, y terminó su discurso con unas frases que no parecían salidas de la boca de un republicano de izquierdas: “no hubo más remedio que acabarlo, ¿De qué manera? De la única manera posible... En Casas Viejas no ha ocurrido nada más que lo que tenía que ocurrir”».

Y sigue diciendo unos párrafos más abajo el conocido hispanista francés:

«Los socialistas siguieron apoyando a Azaña, pero de mala gana. Parte de ellos empezaron a distanciarse del Gobierno y a adoptar posiciones cada vez más duras, Jiménez de Asúa, miembro de la Comisión de investigación, planteó la cuestión de fondo: «¿Cómo es posible que el Gobierno desconociese lo que tantas autoridades, tantos políticos, tantos periodistas, conocieron en realidad desde el primer momento?». El diputado, aún admitiendo la ignorancia, se resistía a liberar a los ministros de responsabilidad política, toda vez que el Gobierno no disponía de la información necesaria ni tenía autoridad suficiente sobre la Administración y la policía. Por último, el escándalo de Casas Viejas acabó de convencer a los anarquistas de que nada cabía esperar de la República».

Que Alcalá-Zamora fue destituido por un golpe de Estado parece difícil de refutar, como lo es también que la República Española del 14 de abril se hundió como consecuencia de un proceso de suicidio colectivo que venía preparándose tiempo atrás.

Lo primero resulta de las propias palabras del prestigioso hispanista francés, citado, nada sospechoso, como he dicho, de animadversión hacia Azaña (*Historia de España*, cit., p. 606, las cursivas son mías):

«La mayoría de las nuevas Cortes [salidas de las elecciones de febrero de 1936] inauguró su trabajo con un enorme error político que probablemente hizo inevitable la Guerra civil: la destitución del presidente de la República Alcalá-Zamora. La Constitución le facultaba para ello, pues preveía que después de dos disoluciones durante el mismo mandato presidencial la última asamblea elegida podía decidir si la segunda disolución era necesaria. Pero si las izquierdas habían recuperado el poder, ¿se debía precisamente a esa segunda disolución! Además, la actuación de Alcalá-Zamora había sido irreprochable. Había cerrado el paso con determinación a los extremistas de derechas, y después de octubre de 1934 había hecho lo posible por atenuar el rigor de la represión. Algunos de los condenados le debían la vida. Además, con su sola presencia en la Jefatura del Estado, Alcalá-Zamora era una garantía relativa para los moderados. Al destituirle la nueva mayoría dio muestra de sectarismo. (...) Azaña haciendo valer su prestigio, había podido evitar la destitución de Alcalá-Zamora. Los dos hombres no congeniaban. Pero esa no era una razón para comprometer el futuro del régimen».

Hablando de este gravísimo error de las nuevas Cortes republicanas (golpe de Estado es su denominación correcta), Alcalá-Zamora, en el prólogo de sus Memorias, dejó escrito que el régimen...

«(...) se derrumbaba, y que, como todos, moría del mal que nadie cura: la persistencia en la vía del suicidio. Tuve apariencias de protagonista mientras coincidía, y casi me identificaba con la voluntad del país; pero cambiada ésta, y deseoso a su vez de suicidarse el nuevo Estado, me aparté con la misma facilidad que me había encumbrado, creyendo también con razón que le estorbaba y no le sería para empresa de odio y enconos de discordia: me derribó la revolución, que había tenido la cautela de no anunciar, por si faltaba la ocasión y los medios; me habría derribado igualmente, de haberlos tenido al alcance, la reacción pregonera y frustrada, que con ruido esparció su intento».

El libro para el que el profesor ALLI TURRILLAS me pide un prólogo es también un libro inédito, pero no es un libro que esté preparando, sino un libro que ha entregado ya a la editorial que lo va a publicar y que lo tiene ya en prensa. Es, por tanto, el suyo un libro que el autor considera acabado. Y esto significa que la razón de pedirme un prólogo es distinta a la de esperar recibir consejo o allegar sugerencias. Y como el autor no me ha explicitado esa razón, ni yo he considerado oportuno preguntársela —son varias, según he dicho, las que, sin más me obligaron a aceptar su ruego— diré ahora cuál, de entre todas las que considero posibles, es la que creo que en él ha operado de manera más decisiva. Y no es tanto la de que estudió la carrera cuando yo era ya Director del Departamento de Derecho administrativo (que no existía cuando me incorporé a la Universidad de Navarra y que se creó a mi instancia), ni tampoco la de que fuera yo quien le «fiché» como ayudante en ese Departamento. Más bien creo que la causa verdaderamente determinante de su petición de que escribiera este prólogo se encuentra en el hecho de que fui yo quien redactó como ponente la Sentencia del TS de 10 de marzo de 2003, Sala 3.ª, Sección 6.ª, recurso de casación núm. 10189/1998. Una sentencia cuyo problema de fondo versaba sobre la adecuación a Derecho de la declaración de utilidad pública de las obras de ampliación del cementerio de la fundación privada Hospital de San Pablo y Santa Tecla, de Tarragona.

Asunto verdaderamente curioso por darse, entre otras, las siguientes circunstancias que resultan recogidas en dicha sentencia: se trataba del único cementerio existente en la localidad de Tarragona, constando asimismo en el expediente el agotamiento de los nichos construidos y de los espacios para construir nuevos nichos en el cementerio existente entonces (FJ 5.º, letras A. b); así era al menos en el momento del pleito, sin que nadie lo haya negado, y sin que ninguna noticia que desmienta esa realidad hubiera sido comunicada a la Sala por ninguna de las partes (FJ 4.º, letra C); todo ello sin perjuicio de que, mediante certificación municipal, se ha sabido que existía un Plan que preveía la ubicación de un nuevo cementerio de titularidad municipal en otra zona (FJ 3.º).

Sea o no cierto que es ésa la razón de que el profesor ALLI TURRILLAS me haya pedido que prologara su libro, lo que sí puedo afirmar sin dudar es que fue a partir de haber estudiado, debatido y redactado esa sentencia como ponente cuando empecé a interesarme por esa unidad jurídica que es la fundación. Porque una cosa es saber lo que sobre las fundaciones dice el art. 34 de la Constitución, al que, en virtud del art. 53.1 del mismo texto constitucional, por estar incluido en el Capítulo II del Título I, es aplicable la reserva de ley para la regulación del ejercicio de esos derechos y libertades, así como la exigencia del respeto a su contenido esencial, y todo ello sin olvidar lo que sobre el derecho de fundación dice —y decía antes de la Constitución— el art. 33 del Código Civil; y otra cosa bien distinta el tener que debatir en Sala sobre los problemas —verdaderamente interesantísimos— de una fundación como esa a la que me refiero, que es única, por su objeto, en nuestro ordenamiento jurídico, y quien sabe si también en el supraestatal europeo o incluso en el Derecho internacional.

III. LO QUE AL AUTOR DE ESTE LIBRO PARECE HABERLE MOTIVADO NO ES TANTO LLEGAR A CONOCER LA BIOLOGÍA DE ESA UNIDAD JURÍDICA QUE LLAMAMOS «FUNDACIÓN», CUANTO DELIMITAR LOS RESPECTIVOS CAMPOS DE INTERÉS DE LOS IUSPRIVATISTAS Y LOS IUSPUBLICISTAS

1. DEL SISTEMA CONCEPTUAL QUE EL AUTOR HA ELABORADO PARA HACER INTELIGIBLE SU EXPOSICIÓN

Buscando conseguir la mayor coherencia posible entre lo que he pregonado en la introducción y el resultado que aquí ofrezco, y manteniéndome fiel a las convicciones que he expuesto acerca de cómo los profesores universitarios que lo somos por vocación debemos atender esa silente llamada interior en que la vocación consiste, he leído los cinco capítulos de este libro. Aunque, presionado por la brevedad del tiempo de que he dispuesto para ello, sólo una lectura rápida he podido hacer de dos de esos capítulos y, eso sí, una ya más detenida de otros tres, que son el segundo, el tercero y el cuarto.

Al proceder así, a la par que dejo constancia de la profunda huella que, a través de la lectura del profesor PABÓN, ha dejado en mí el edificante ejemplo del trabajo en soledad —que en eso debe emplear la mayor parte del tiempo el profesor universitario— que ofreció don Ramón Abadal, he tratado de transmitir al autor del libro aquí prologado que entiendo que, vinculado como me siento por tan eximio ejemplo, con esa lectura, siquiera sea parcialmente incompleta del libro aquí prologado, a la par que me respetaba a mí mismo, he rendido un tributo de respeto al esfuerzo por él desplegado. Si además hubiera conseguido mostrarle nuevos senderos para un mejor conocimiento de esa unidad jurídica que es la fundación, miel sobre hojuelas.

En cualquier caso, siempre me quedará ese regusto íntimo que produce tener conciencia de que se está haciendo lo que uno ha venido a hacer al mundo, y que en el caso del intelectual no es otro que el de problematizar, el hacerse problema de todo.

Y lo primero que tengo que decir es que la expresión unidad jurídica que empleo en la rúbrica de este apartado no la utiliza el autor, que maneja siempre la, a estos efectos, menos precisa de «institución».

Hace años que vengo sosteniendo que por idénticas razones a las que han llevado a hablar de unidades lingüísticas, biológicas, matemáticas, musicales, etc. —y porque es así como en las respectivas ciencias se ha podido alcanzar una comprensión afinadísima de la realidad que constituye el dominio o, si se prefiere, el campo de interés de cada una de esas ciencias— así también, no sólo es posible, sino necesario manejar el concepto «unidad» para entender esa ciencia —conjunto de principios y reglas imbricadas en un sistema que es tanto como decir, «unidad de una pluralidad»— que es el Derecho.

Calificar de institución a la fundación es utilizar ese lenguaje inadecuado, por confundente, que es propio del pensar primerizo o primer pensar, en que se toman como idénticas realidades diferentes. Y como me consta que el autor lo

sabe —pues conocedor profundo, como es, de la Administración militar, conoce perfectamente que la llamada Institución militar tiene poco que ver con la fundación aquí estudiada a la que llama «institución»—, y conoce también lo que escrito tengo sobre estas cuestiones, me inclino a pensar que el empleo de esa terminología es resultado de una contaminación proveniente de que la preocupación que ha presidido la elaboración de este libro suyo —o, si se prefiere, el faro que orienta su análisis— es llegar a establecer una delimitación lo más precisa que sea posible de los respectivos ámbitos competenciales del Derecho civil y del Derecho público en relación con esa unidad jurídica que es la fundación. La lectura de los capítulos tercero y cuarto me lleva a entenderlo así.

Esa contaminación que parece haber habido se hace patente si se tiene en cuenta —y esto salta a la vista casi con la simple lectura del sumario de esos dos capítulos— que la tesis que sostiene el autor podría resumirse en estos términos:

En Derecho español, la perfección (esto es, el nacimiento jurídico —o, si prefiere: la producción plena de efectos jurídicos—) de una fundación tiene lugar mediante un negocio jurídico —el fundacional— que es bilateral porque es resultado de la concurrencia de las dos partes que en él intervienen:

- *Una parte privada, el fundador (o, en su caso, los causahabientes mortis causa, y los albaceas) que entrega el gobierno de la fundación al Patronato.*
- *Una parte pública: las Administraciones públicas que actúan a través de dos organizaciones no personificadas: el Registro de fundaciones, y el Protectorado.*

Pues bien, el negocio jurídico es hoy una unidad jurídica de teoría general del Derecho, pero cuya elaboración se debe a la civilística, mientras que, por regla general, no tiene acogida en los tratados y manuales de Derecho administrativos, algunos de cuyos autores la rechazan expresamente.

2. DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS, Y DE LO QUE HACE QUE UNA CREACIÓN INTELECTUAL SEA LA UNIDAD JURÍDICA FUNDACIÓN Y NO OTRA COSA

Un problema que me gustaría haber visto tratado en este libro frontalmente es el del contenido esencial del derecho de fundación. Porque tal y como ha sido abordado, lo que el autor llama el ser de la fundación —y, al hablar así se está expresando correctamente—, grave y decisivo problema cuya resolución viene, si se quiere de manera indirecta, imperativamente impuesta por el art. 53.1 de la Constitución, queda en el libro apenas rozado, se le trata «de costadillo», tangencialmente.

Cierto es que se trata de un concepto metajurídico —porque es filosofía pura— pero no es menos cierto que el concepto de ser, visto por su envés, es el concepto del contenido esencial de una realidad, tanto si se trata de una realidad física o material, perceptible, como si es una realidad espiritual o inmaterial perceptible por el sentido de la mente.

A) Como el autor de este libro alude reiteradamente al «ser de la fundación», sin ilustrarnos acerca del significado que atribuye al vocablo ser, tan mínimo cuanto polisémico, está desplazando, implícitamente, la carga de la su averiguación al lector, el primero de los cuales —por orden cronológico— es el prologuista

Cuando en 2004 apareció en las librerías el tomo I del Tratado de Derecho administrativo y Derecho público, de S. MUÑOZ MACHADO, escribí una reseña al mismo, que acabó publicándose como artículo en el núm. 122 de la REDA con el título de «Una renovación del sistema y de la dogmática del Derecho administrativo».

Presentaba yo entonces —y así lo decía en se trabajo mío— que nos hallábamos en la epifanía de una apasionante aventura intelectual. Porque lo que yo creía ver en ese Tratado —y no me equivocaba, como lo prueban los otros dos tomos que siguieron a aquel primero, y la publicación de esos tres, con actualización, en su caso, en Editorial Iustel, a los que seguirá la publicación de los que restan que, probablemente habrán de sumar, con los anteriores, un total de seis y no de cinco, como se anunciaba inicialmente— era que el propósito que animaba a quien en ese primer tomo asumía el compromiso de sacar adelante esa monumental obra de tal aliento aspiraba nada menos que a desvelar las claves para la comprensión de un nuevo sistema administrativo que estaba emergiendo en un mundo que estaba cambiando con movimiento acelerado. Y tan claramente veía yo esto que me atreví a afirmar esto: «Quiere MUÑOZ MACHADO llegar a hacer un Derecho administrativo que sea, en realidad de verdad, el que es».

Y como procuro siempre hacerme entender me ayudé una vez más de unos decires de ORTEGA acerca del ser, decires cuya exposición inicié con la transcripción literal de un elegante párrafo de nuestro filósofo en que nos advierte que es necesario tener presente que tan breve significante tiene dos significaciones completamente distintas. A continuación resumí de la forma más clara que me fue posible, los siguientes decires, procurando que no perdieran la frescura del original.

Esa transcripción literal y ese resumen, los voy a reproducir aquí de nuevo porque me van a servir para averiguar el significado que el autor del libro aquí prologado atribuye al vocablo ser.

Es el caso, en efecto, que:

«este terrible vocablo, de tan mínimo cuerpo y tan inagotable contenido, sobre el cual trabajan desde hace dos milenios y medio las mejores cabezas al modo que pedreros en una cantera infinita, siempre inagotable, posee como el tornasol dos significaciones radicalmente distintas pero que, sin cesar, se cambian ante nuestros ojos la una por la otra mareando nuestra comprensión de él».

Y es que no se está diciendo lo mismo cuando de una cosa se afirma que,

- *Es (significado existencial), que cuando decimos de esa misma cosa que.*
- *Es tal (significado esencial o predicativo).*

En el primer caso estamos diciendo que la cosa existe, que la cosa está siendo, que la cosa está deviniendo, verbo éste, devenir que describe mejor el sentido dinámico de este primer significado; distinto es, en cambio, lo que queremos expresar con el segundo significante, cuyo significado nos habla de la sustancia de la cosa, de su esencia, de los ingredientes que la hacen ser lo que es y no otra cosa, de los elementos que la constituyen y sin los cuales la cosa ya no sería lo que es.

Por evitar el hermetismo de que adolece el cultismo esencia, que es lenguaje de altanería, lenguaje de altos vuelos, ORTEGA nos propone sustituirlo por un vocablo más coloquial, más de andar por casa y, hasta si se quiere, más vulgar: consistencia.

Así pues, cuando decimos que queremos saber del ser de una cosa, podemos estar queriendo decir que queremos saber de su existencia, o que queremos saber de su consistencia, o también que queremos saber de ambos modos de ser.

Como ahora se verá, el profesor ALLI TURRILLAS en su libro, emplea el vocablo ser únicamente cuando se ocupa de los elementos o componentes de la fundación.

B) Lo que determina el ser (del latín *esse*; y también *modus essendi*) no es el fin, sino la estructura

Ocasiones hay en que el autor del libro al que estoy poniendo el prólogo utiliza expresiones como ésta: «Es el fin lo que determina la naturaleza de la fundación». De esta manera, y posiblemente sin tener conciencia de ello, está adoptando un paradigma —esto es: un modo de ver la realidad estudiada, que en su caso es la fundación— idéntico al que mayoritariamente adopta nuestra procesalística cuando analiza el problema de la naturaleza del proceso: «El proceso, como institución [sic] jurídica, se integra por una serie o sucesión de actos con una tendencia específica, ya sea ésta la actuación del Derecho objetivo, la actuación de los derechos subjetivos o la actuación de pretensiones».

Posiblemente ha sido J. GUASP —de quien tanto he aprendido como sabe todo aquel que me haya leído, siquiera en este punto discrepo de tan reputado procesalista—, quien expone tal visión. He aquí una de las formas que emplea para exponer su modo de resolver el problema de la naturaleza del proceso dentro del mundo del Derecho:

«No cabe duda de que tal investigación ha de orientarse en el sentido de que lo que precisa descubrir es la tendencia de los actos en que el proceso como institución jurídica consiste. En efecto, puesto que el proceso [...] está integrado por una sucesión de actos que se desenvuelven en el tiempo, lo que caracteriza a estos actos frente a los de otro proceso cualquiera, será su especial dirección, el quid peculiar y específico que van encaminados a obtener [...]»³.

³ J. GUASP, *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, I, 1943, p. 5.

*Véase ahora un resumen de la crítica que M. BALLBÉ PRUNÉ hizo de ese paradigma, al que califica de tradicional por ser, como he dicho, el mayoritariamente adoptado por nuestra procesalística*⁴.

«Frente al camino seguido por la doctrina dominante, no puede olvidarse que la dirección o tendencia de un ser está condicionada por su peculiar esencia. La estructura de un ente determina la posibilidad de la dirección, y que ésta sea una o varias: *operando sequitur esse et modus operandi, modus essendi* proclama el principio ontológico. Y a ello no es una excepción el proceso».

Y porque esto es así, aunque es cierto que,

«El proceso está integrado por una serie o sucesión de actos que se desenvuelven en el tiempo [...] lo que diferenciará específicamente a esos actos [...] será, decisivamente su estructura. No su dirección, porque no se olvide, la dirección es posible según su estructura —*operari sequitur esse*—; y que tal dirección pueda predicarse como especial de aquellos actos, de sólo tan estructura puede —*modus operandi sequitur modus essendi*—».

Acogiéndome a tan clara y elegante manera de poner de relieve las deficiencias de la doctrina tradicional, me atreví ya en alguna de mis ya lejanas aproximaciones a este problema, a verter al roman paladino el meollo de tan académicos decires añadiendo esto:

«Decir que la serie de actos que integran el proceso se configura como tal porque se dirige hacia un determinado fin es tanto como decir que la típica disposición del esqueleto de un cuadrúpedo viene determinada por su tendencia a andar a cuatro patas. Más bien lo correcto será decir que el cuadrúpedo tiende a andar a cuatro patas debido a su estructura ósea»⁵.

Siendo la cosa tan evidente, no puede extrañar que los procesalistas se vean forzados a introducir parciales correcciones al paradigma dominante. A ello se refiere Manuel BALLBÉ por nota que, yo sin embargo, porque es ejemplo de buen hacer dialéctico, voy a transcribir aquí como texto:

«Los mismos procesalistas, a otros fines que el de la determinación del concepto de proceso, no pueden por menos que reconocer que lo que caracteriza los actos, lo que determina la esencia de los que constituyen la institución jurídica del proceso es su estructura. Reconocimiento que, a su vez, condena la definición del proceso por su dirección, habida cuenta que tal modo de enunciar los conceptos sólo es admisible de no ser posible la definición esencial o perfecta».

Y como prueba de esas modulaciones —que para mi no son otra cosa que intentos de apuntalar el paradigma tradicional para asegurar su permanencia en relación con otros problemas, y con cita expresa de los Comentarios de J. GUASP— M. BALLBÉ introduce esta importante modulación al paradigma direccionista:

⁴ M. BALLBÉ [PRUNÉ], «La esencia del proceso (el proceso y la función administrativa)», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones (S. A.), Preciados 23 y 6 y Puerta del Sol, 12, julio-agosto 1947, especialmente pp. 25 y ss.

⁵ Así en mi comentario al art. 1.º de la Ley 30/1992, en la obra colectiva con J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y de procedimiento administrativo común*, 1.ª ed., Madrid, Civitas, 1997, p. 104.

«El análisis más detenido del concepto de acto procesal exige [...] la determinación de su estructura, esto es, la fijación de sus elementos: el sujeto de que proceden; el objeto sobre el que recaen y el *acaecimiento* o modificación de la realidad, actividad estricta en que consisten».

Habiendo llegado a este punto, me parece oportuno añadir que para la comprensión del problema de la naturaleza del proceso y su distinción del procedimiento (significantes cuyo significado desde el punto de vista jurídico es, obviamente, el que estoy analizando) es de la máxima utilidad el libro Derecho del mismo J. GUASP, editado en 1971 (impreso en Madrid por «Gráficas Hergón, S. L.», Miguel Servet, 15). Y en particular su segunda parte, en que trata de la «Naturaleza del Derecho», esto es: del ser del Derecho.

Y hay más. Porque para comprender lo que de revolucionario hay en la tesis del BALLBÉ PRUNÉ, no basta con saber que, como él sostiene, el proceso pueda dirigirse, no sólo a la actuación judicial, sino también a las demás funciones públicas; ni basta con saber que según él dato identificador de todo proceso es que el sujeto pasivo tiene derecho a participar en la formación de una serie de actos (cosa que no ocurre en lo que son simples procedimientos) mediante los que se fijan los datos conforme a los cuales en el ordenamiento jurídico de que se trate (español, francés, etc., actualmente vigente o existente en un pasado que hoy es ya historia) ha de ejercerse esa función pública (sea la judicial, la legislativa, la administrativa o política). Para saber qué naturaleza tiene el proceso así entendido es necesario tener muy presente que (p. 40 del citado trabajo),

«ontológicamente, el instrumento y la materia sobre la que actúa, pueden tener esencia distinta; pueden tenerla igual, pero no es ello necesario⁶. De ahí, por tanto, que [...] no deba identificarse, sin más, la naturaleza de los actos del proceso con la de la función a que sirvan».

Y concluía más adelante,

«Dado que nota consustancial a la función jurisdiccional es que *nemo iudex in causa sua*, según reconoce la misma doctrina procesal; y habida cuenta que los actos del proceso versan sobre relaciones de las que es sujeto, no ajeno, el órgano del que emanan, según también reconoce la doctrina procesal, de ahí se infiere, [...] que la naturaleza del proceso es administrativa y no jurisdiccional [...]. En verdad se ejerce función jurisdiccional, se juzga, en sentido estricto, al sentenciar sobre el fondo del asunto [...]. Pero no se ejerce jurisdicción al participar en la formación de la serie o sucesión de actos que fijan los datos a tenor de los cuales aquella función ha de ejercerse. Tampoco [...] al dictar una sentencia acerca de los presupuestos procesales, porque de esa relación es sujeto el órgano mismo que la dicta [...]. El proceso, en conclusión, como institución jurídica es, en sí, administrativa y no jurisdiccional; *los actos del proceso son actos administrativos y no jurisdiccionales*».

⁶ Lo habitual —añadía por nota— es, cabalmente, que el instrumento tenga esencia distinta que la materia sobre la que obra. Nuestro administrativista, siendo tan palmario el aserto, consideraba impertinente poner ningún ejemplo. Me permito, pese a ello, poner uno: piénsese en el cincel y el mármol.