

SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CAJAS DE AHORRO

LUIS DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN*

El tema que aquí se aborda, ha tenido siempre unos perfiles sobremanera borrosos. Fue el tema central de discusión con motivo de la STC 49/1988 y comoquiera que el autor de estas líneas formuló, en su momento, un voto particular frente a aquella sentencia, las actuales reflexiones bien podrían calificarse como *apostillas* tardías a tal voto particular, muchas veces citado por los autores y nunca seguramente bien entendido, aunque ello haya de imputarse a que se mantuvo dentro de una cierta ambigüedad. Como no han cambiado tanto las cosas y lo que he llamado perfiles borrosos, borrosos continúan siendo, no será impertinente volver a plantear el problema de la naturaleza jurídica de las cajas.

Todos estaremos de acuerdo en que deben adscribirse al ámbito de lo que ahora se llama, con frecuencia, entidades sin fines de lucro, aunque tampoco ésta sea una expresión que tenga un significado claro o inequívoco. Es probable que su origen, en el lenguaje legislativo, se encuentre en el derecho penal, donde de antiguo se utiliza para describir algunos tipos delictivos. En el lenguaje legislativo civil donde la expresión goza de menos solera, las cosas son más complicadas. Ciertamente *lucro* significa ganancia, provecho o utilidad de naturaleza económica y, por tanto, actuar con ánimo de lucro equivale a actuar con la finalidad de enriquecerse. No es, sin embargo, claro qué requisitos deben darse para poder decir de una actividad que persigue ese tipo de utilidad económica. Y ello resulta especialmente difícil cuando se trata de personas jurídicas, respecto de las cuales hay que distinguir entre los fines del ente colectivo y los fines de sus miembros. *Prima facie*, el ánimo de lucro parece próximo a las ideas de liberalidad y beneficencia. Además, cabe inmediatamente entender que carecer de ánimo de lucro no significa necesariamente que la entidad deba llevar a cabo todas sus actividades de forma gratuita o, cuando me-

* Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

nos a precio de coste, sino que las ganancias que eventualmente obtenga, no puedan distribuirse entre los miembros o asociados, deban permanecer en el patrimonio de la entidad misma o, en su caso, destinarse a fines supraindividuales. En este sentido, la falta de ánimo de lucro impide que los miembros o asociados utilicen una entidad como instrumento para su enriquecimiento personal, pero no que la entidad misma obtenga ganancias económicas. Dicho de otro manera, en el primer sentido la exclusión del ánimo de lucro es una regla relativa a las relaciones, que dentro de su giro o tráfico, la entidad entabla con terceros; en el segundo sentido es una regla organizativa que incide sobre las relaciones entre la entidad y sus miembros, sus órganos o sus gestores. En un sentido similar, algunos autores, como Francesco GALGANO, hablan de un *lucro objetivo* y un *lucro subjetivo* según se trate de designar la búsqueda de la ganancia o el reparto de la misma.

Sea de ello lo que fuere, también tendremos que llegar a la conclusión de que no son sociedades ni civiles ni mercantiles, porque no hay en ellas socios, ni aportaciones sociales. Del mismo modo, por lo menos en línea de principio, tampoco pertenecen a la persona jurídica de tipo asociación.

Sebastián MARTÍN-RETORTILLO que resumió con mucha claridad sus ideas al respecto, expuestas anteriormente en su *Derecho administrativo económico* (Madrid, 1991), al redactar el artículo de la *Enciclopedia Jurídica Civitas* hizo las siguientes puntualizaciones:

1º. Las Cajas de Ahorro son entidades de crédito expresamente sujetas a la disciplina de la Ley 3/1994 de 14 de abril.

2º. Las Cajas de Ahorro mantienen una forma jurídica fundacional, en la medida en que institucionalmente patrimonio y bienes se ordenan para la consecución de específicos fines de interés general.

Según este autor, las afirmaciones de la STC 49/1988 en sentido contrario parecen más bien dirigidas a eludir la aplicación, con todas sus consecuencias, del artículo 34 de la Constitución. La propia sentencia señaló que *sin negar que las Cajas tengan un cierto carácter fundacional o puedan calificarse dogmáticamente de fundaciones a los efectos de encajarlas en una de las figuras jurídicas reconocidas por nuestro Derecho, lo cierto es que son, en todo caso, fundaciones de carácter muy peculiar, en que domina su condición de entidades de crédito, que es lo que les da su fisonomía actual*. En este punto, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO acusaba al voto al que apostillo, de no acertar a discernir la capital diferencia entre la personalidad institucional de las Cajas y las operaciones.

3°. Controvertido ha sido si se pueden o no calificar como empresas mercantiles, si bien para el autor, con el que en este punto hay evidentemente que coincidir, la naturaleza jurídico-mercantil de las funciones que desempeñan, revela inequívocamente tal caracterización.

Sebastián MARTÍN-RETORTILLO era categórico en el sentido de que la Cajas deben considerarse como entes de naturaleza jurídico-privada. Aunque la STC 49/1988 las calificó como *entes de carácter social*, es ésta una categoría imprecisa, sólo referible a las finalidades que las Cajas persiguen. La calificación como entidades privadas no debe deducirse del carácter público o privado del fundador o fundadores, sino de las actividades que ellas mismas desempeñen y del régimen jurídico a que están sometidas.

Hay, por consiguiente, dos puntos que parecen cruciales: el carácter público o privado de las Cajas y su general consideración como fundaciones. Ello nos permite, sin más preámbulos, recordar la STC 49/1988 de 22 de marzo. Resolvía esta sentencia tres recursos de inconstitucionalidad formulados respectivamente por cincuenta y cuatro diputados de la antigua Alianza Popular, por la Generalidad de Cataluña y por la Junta de Galicia. No me referiré a la larga discusión sobre las competencias de las Comunidades Autónomas en la materia y sobre el largo debate en torno a lo que son, en la Constitución, bases y legislación básica.

El recurso de inconstitucionalidad de los diputados de la Alianza Popular, aparte otras razones ligadas con las anteriormente dichas, tenía dos básicos fundamentos:

1°. La Ley era inconstitucional por violación del art. 34 de la Constitución, ya que no respeta el contenido esencial del derecho de fundación. Según los recurrentes, las Cajas tienen el carácter de entidades privadas cualquiera que sea su origen y, además, deben ser consideradas como fundaciones. Se sigue de ello que, con independencia de que se regule la actividad económica de las Cajas, la intervención del Estado no procede en su organización y funcionamiento más que para velar para que se cumpla la finalidad del fundador. En el mismo sentido, se insiste en que las fundaciones, en cuanto formaciones sociales autónomas, gozan de autonomía orgánica según *las reglas de su institución*, que corresponde ejercer, en primer lugar, al fundador y luego a los órganos fundacionales con intervención del Protectorado.

2°. El segundo punto estaba constituido por la alegación de violación del art. 38 de la Constitución: el así llamado derecho a la libertad de empresa. Las Cajas, aparte de su naturaleza fundacional, participan de los caracteres, objeto

y condiciones de la empresa, sin que exista contradicción entre el carácter fundacional y el carácter empresarial, porque la figura de la *fundación-empresa* es bien conocida. Se sigue de ello que poseen la libertad organizativa y de gobierno que necesitan para competir con las demás empresas en el marco de una economía de mercado. Era esta libertad la que había quedado anulada por la Ley impugnada.

Es verdad que los recurrentes reconocían que una serie de disposiciones reglamentarias habían ido socavando ya, en el régimen político anterior y en la fase de transición, lo que llamaban la *posición autónoma de las Cajas*. Citaban entre otras el Decreto 17 de octubre de 1947, el de 26 de marzo de 1964, el de 3 de abril de 1975 y, sobre todo, el Real Decreto 2290/1977, de 27 de agosto que había roto ya con la autonomía estatutaria y regulado con todo detalle el gobierno de las Cajas.

En lo que concierne a los temas que a nosotros nos ocupan ahora, hay que decir que el TC, que estimó en algunos puntos los recursos, sin embargo rechazó las argumentaciones centrales.

Entresaco de los resúmenes que acompañan a la jurisprudencia constitucional los siguientes párrafos:

1°. Se reitera la doctrina anterior del Tribunal según la cual las Cajas, sea cual sea su origen, son entes de carácter social, sin que sea necesario a los efectos del presente recurso una definición más precisa sobre esta cuestión.

2°. El reconocimiento del derecho de fundación figura en el texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia (art. 33). Ello permite entender que aquel derecho es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados.

3°. La transformación sufrida por las Cajas no permite considerarlas hoy como fundaciones en el sentido que la doctrina generalmente admitida, y, con ella, el art. 34 de la Constitución, da a este concepto.

4°. No cabe afirmar que la creación actual de Cajas constituya el ejercicio del derecho de fundación reconocido en el art. 34 de la Norma suprema. Lo que se cree, será una Entidad de crédito sometida a una severa reglamentación, no sólo para su autorización, sino para sus fines y actuación y en el que el fondo do-

tacional, aun siendo como se ha dicho; considerable, formará sólo una parte de sus recursos, que habrán de nutrirse en el futuro de depósitos de terceros.

5º. Sin negar que las Cajas tengan un cierto carácter fundacional o puedan calificarse dogmáticamente de fundaciones a los efectos de encajarlas en una de las figuras jurídicas reconocidas por nuestro Derecho, lo cierto es que son, en todo caso, fundaciones de carácter muy peculiar en que domina su condición de entidades de crédito, que es lo que les da su fisonomía actual. No es, por ello, contrario a la libertad de empresa (art. 38 C.E.) que los Poderes Públicos, a quienes corresponde velar por el interés general, establezcan con mayor o menor precisión la composición de los órganos rectores de las Cajas.

El voto particular disenta de la fundamentación que la sentencia había ofrecido por considerarla insuficiente. Los fundamentos jurídicos de la sentencia no profundizan —se decía— en los problemas que los motivos del recurso planteaban. El referido voto particular no aceptaba con carácter general la idea de que todas las cajas de ahorro, habidas y por haber, fueran fundaciones bien que de naturaleza *sui generis*. Lo serían las que lo hubieran sido siempre y no lo serían las que originariamente no hubieran tenido ese carácter. Naturalmente, las que hubiesen sido inicialmente fundaciones, no habían dejado de serlo. Considerar a todas las cajas como fundaciones se oponía a la experiencia, fácilmente comprobable, de que siempre han existido cajas de ahorro creadas por las administraciones públicas.

El segundo tema del disenso se encontraba en lo que rápidamente se puede llamar la *expropiación de la gestión*. Desde los libros de John GALBRAITH de los años sesenta, era conocida la distinción entre la *tecnestructura* y el *capital*, de manera que apoderarse de la primera es también apoderarse de la segunda. Mi opinión es que por la vía de la traslación de los poderes de gestión se estaban municipalizando estas entidades de crédito.

El tercer punto de disenso atañía al artículo 38 de la Constitución y a la libertad de empresa. En mi opinión no podía limitarse la libertad de empresa a las *organizaciones que tienen una finalidad de lucro*. Mi opinión era y sigue siendo que no hay razón para no extenderla a los agentes económicos de carácter privado y que empresa en el sentido del artículo 38 de la Constitución, es toda organización estable de capital y trabajo que ejerce habitual y profesionalmente una actividad de carácter económico en una economía de mercado.

Para tratar de aclarar, si es que es posible, las cuestiones centrales, tal vez convenga de algún modo retrotraer la investigación. He comenzado la mía por el *Diccionario de la Administración Española* de don Marcelo MARTÍNEZ

ALCUBILLA en la tercera edición que es de 1879. Curiosamente, el tratamiento no está en la letra C (Cajas de Ahorros), sino en la letra M (Montes de Piedad). Puede allí leerse un introito que es una loa de las Cajas de Ahorros:

Las Cajas de Ahorros, de origen muy reciente –se decía–, han hecho, según un notable escritor francés, un poderoso llamamiento al espíritu de orden, de economía, de previsión, y han enseñado al trabajador que le es posible adquirir un capital y el bienestar de su familia con sólo su propósito y habituarse a una moderada y prudente economía.

En Francia cuenta poco más de medio siglo la benéfica institución de las Cajas de Ahorros, habiéndose creado la primera en París en 1818. En Inglaterra no es tampoco mucho más antigua, y sólo en Berna (Suiza) existía ya en 1787 un establecimiento análogo. En España, se fundó la primera Caja de Ahorros en 1838, dando desde los primeros momentos los más felices resultados, y hoy las hay establecidas en algunas ciudades importantes y pueblos fabriles, siendo lamentable que no se hayan establecido ya en todas las cabezas de partido y ni siguiera en todas las capitales de provincia, como se ordenó por el R. D. de 29 de junio de 1853, dando con ello las autoridades provinciales y las municipales que no atienden a este servicio una prueba de su indisciplinable indolencia, o de que no han sabido comprender la importancia de tan benéfica institución ni su sencillo mecanismo.

El grandioso pensamiento de las Cajas de Ahorros tan perfectamente definido por Mr. LAFERRIERE y por otros notables escritores, no deben perderlo de vista nuestras autoridades municipales, es moralizar al pueblo estimulándolo a una vida morigerada y laboriosa. Por su medio se facilita a los obreros, a los modestos industriales, a los criados domésticos, a los militares, a las clases todas menos acomodadas, la formación sucesiva de un capital; se les aseguran recursos en momentos de necesidad; se les aparta de la miseria y de la indigencia, y se les constituye por grados en la condición de propietarios.

Todo el fácil mecanismo de una Caja de Ahorros consiste en recibir y hacer productivas las economías de las clases laboriosas, empleando los capitales impuestos y los intereses que devenguen en las operaciones del Monte de Piedad con el que están hermanadas, y acumulando al fin de cada año los réditos devengados al capital, para que rindan a su vez nuevos réditos a favor de los imponentes.

En el mismo artículo se nos dice que a finales de 1866 existían en España dieciséis Cajas de Ahorro, cuatro en la provincia de Barcelona (en la capital, en Sabadell, Manresa y Mataró); dos en Cádiz, en la capital y en Jerez; dos en Valencia, en la capital y en Murviedro y una en cada una de las localidades de Vitoria, Valladolid, Sevilla, Burgos, Bilbao, Málaga, Valencia y Gerona. Por la misma época se conocían catorce Montes de Piedad, que no parecen haber coincidido necesariamente con las Cajas.

La primera regulación se operó por un Decreto de 29 de junio de 1853. En esta disposición se decía que en el futuro se debían establecer Cajas de Ahorros en todas las capitales de provincia en las que no las hubiera y con sucursales en aquellos pueblos en que a juicio de los gobernadores y ayuntamientos pudiera ser conveniente.

Naturalmente, este decreto no definía la naturaleza jurídica de las Cajas, ni tampoco lo que podríamos llamar los gastos de lanzamiento. Regulaba, en cambio, en el artículo 10 la administración.

Decía así el artículo 10: *Estos establecimientos serán dirigidos y administrados por una Junta de gobierno presidida por el gobernador de la provincia en las capitales y por el alcalde en los demás pueblos. Se compondrá dicha Junta de seis a diez y ocho vocales, según lo exijan las necesidades del servicio, y se renovarán periódicamente en la forma que determinen los reglamentos. El nombramiento y renovación de los vocales de las Cajas de Ahorros de capital se hará por el Gobierno, a propuesta interna de la misma Junta, elevada por conducto del gobernador; el de los vocales de las Juntas de sucursal se hará por el gobernador respectivo en la misma forma. Para constituir las Juntas que de nuevo se establezcan se harán las propuestas por los gobernadores y los ayuntamientos respectivamente. Será individuo nato de unas y otras el cura párroco más antiguo que hubiere en la población.*

Terminaba esta disposición señalando que los cargos eran honoríficos y gratuitos.

Aparecen después, en el *Diccionario de Alcubilla*, los Estatutos del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Madrid, aprobados por un Decreto del Presidente de Gobierno de la República y Ministro de la Gobernación, don Francisco Pí y Margall. El consejo se componía de treinta vocales nombrados por Decreto Ministerial de Gobernación, dos terceras partes a propuesta interna del Consejo y la tercera parte restante por designación (libre) del Ministro.

Mi siguiente paso es algo tan elemental como el *Diccionario de Aranzadi*.

En él, se pueden encontrar algunos hitos importantes.

a) El primero es la Ley de 29 de junio de 1880. En ella se vuelve a decir que el Gobierno de Su Majestad promoverá por cuantos medios estén a su alcance la instalación de Cajas de Ahorro y Montes de Piedad en las capitales y poblaciones más importantes donde no existan. Examinando y aprobando, según proceda, los estatutos y reglamentos de cada institución, ínterin no aconsejen la práctica y el estudio de asunto una organización uniforme o general para estos importantes servicios.

De ello se desprenden dos cosas que parecen importantes: la primera es que las Cajas eran promovidas por medios al alcance del Gobierno de Su Majestad, de manera que por lo menos una porción muy importante de las Cajas tienen que haber sido de creación pública. La segunda es que se reservaba al gobierno examinar y aprobar los estatutos y los reglamentos.

Pero en esta misma Ley de 29 de junio de 1880 aparece un artículo tercero que no puede ser pasado por alto. Reza así:

Las Cajas de Ahorro y Monte de Piedad establecidos y que se establezcan con autorización competente, serán considerados como instituciones de beneficencia y están bajo el protectorado del Gobierno y de sus Autoridades delegadas.

Lo cual también significa algunas cosas, como son la utilización de una terminología que en 1880 no parece muy depurada: instituciones de beneficencia; que se establecían con autorización y se habla expresamente de un protectorado, expresión, que, no es fácil separar de las fundaciones.

El legislador, por esos mismos años, favoreció a las Cajas y a los Montes eximiéndoles de la obligación del uso del papel sellado y del pago de contribución de utilidades y les otorgó algunos otros privilegios.

b) Hay, después, dos decretos que tomaron el nombre de *Estatutos para las Cajas generales de Ahorro Popular*, que, no obstante encontrarse dictados bajo regímenes políticos disímiles, guardan entre sí un evidente parentesco. Me refiero al Decreto-Ley de 21 de noviembre de 1929 y el Decreto de 14 de marzo de 1933.

Las Cajas se definen entonces como instituciones de Patronato oficial o privado, exentas de lucro mercantil, no dependientes de ninguna otra empresa, regidas por Juntas o Consejos de actuación gratuita y dedicadas a la administración de depósitos de ahorro de primer grado, con el propósito de invertir los

productos, si los tuvieran, después de descontados los gastos generales, en constituir reservas, sanear el activo, estimular a los imponentes y realizar obras sociales y benéficas.

En la misma norma reglamentaria antes aludida se les reconocía capacidad de obrar y se les situaba como *elementos auxiliares del Ministerio de Trabajo y Previsión social* a quien se atribuía la llamada *asistencia protectora*, para cuya efectividad el Ministerio utilizaba (no se sabe muy bien si como órganos suyos) la llamada Junta consultiva y la Confederación Española de Cajas de Ahorro.

La Ley de 6 de febrero de 1943 colocó a las Cajas bajo la dependencia del Ministerio de Hacienda en su actuación como establecimientos de crédito y ordenó que siguieran bajo la dependencia del Ministerio de Trabajo las actividades sociales, benéficas y de previsión.

c) Finalmente, hay que citar aquí, por lo que se refiere a la administración el Decreto de 3 de abril de 1975, que reguló los Consejos de Administración u órganos equivalentes, estableciendo, básicamente, el nombramiento de acuerdo con los estatutos, aunque introduciendo dos consejeros de la organización sindical, de los cuales uno procedía de una terna formulada por la Comisión permanente del Consejo provincial de empresarios y otro procedía del Consejo provincial de trabajadores y técnicos. No obstante este Decreto se cuidaba de señalar que los nombramientos habían de ser comunicados al Ministerio de Hacienda para su *aprobación discrecional*, aunque si transcurriera un plazo de seis meses de silencio administrativo los nombramientos se entendían ratificados.

Con los datos que ya poseemos, podemos volver al problema, de algún modo central, de la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorro. La tesis de que son siempre fundaciones había sido sostenida, según vimos al principio, por Sebastián MARTÍN-RETORTILLO y es también la de la mayor parte de los autores que se han ocupado con algún detenimiento de ese tema. Federico ROS PÉREZ (*Las Cajas de Ahorros en España: Evolución y Régimen Jurídico*, Murcia 1996) se inclina por esta tesis aunque reconociendo la atipicidad de estos entes. Las Cajas, dice este autor (op. cit. p. 171) se asemejan a las fundaciones, pero nunca han respondido al modelo de la fundación tradicional. Son fundaciones muy *atípicas*, cuyas peculiaridades ya puestas de manifiesto en el Preámbulo de 1933 excluyen la aplicación a las mismas de las normas que regulan las fundaciones. Y ARAGÓN REYES, GARCÍA VILLAVARDE y SANTAMARÍA PASTOR (*El Régimen Jurídico de las Cajas de Ahorros*, Madrid 1991, p. 91) dicen que la caracterización de las Cajas como fundaciones

surge de la contemplación de los fines benéfico-sociales de las mismas y, en relación con ellos, de la estructura organizativa clásica y el sistema de control propio de los entes institucionales y tiene una sólida fundamentación en el régimen de creación previsto en el Decreto de 3 de julio de 1975. A los efectos pretendidos no es preciso un examen detallado del mismo, dicen los autores citados. Por el contrario, basta con la enunciación de sus líneas maestras. El legislador parte de la necesidad de que existan unos promotores, permitiendo tanto la iniciativa privada como la pública. A estos promotores se les exige la afectación de unos bienes que quedan vinculados al cumplimiento de los fines de la caja que se pretende fundar. De lo que se trata con ello es de posibilitar, mediante la disposición de unos medios adecuados, la realización de una actividad financiera, con cuyos resultados se realicen los fines benéfico-sociales propuestos. El paso siguiente es la solicitud de su aprobación al Ministerio de Economía y Hacienda, a través del Banco de España. Aprobada la Caja, se procede a su inscripción en el Registro especial, con lo que adquiere la personalidad jurídica. Por todo ello, no es extraño que una buena parte de la doctrina española que se ocupa del tema se haya inclinado por el reconocimiento del carácter fundacional de las Cajas de Ahorros.

Los autores citados señalan que comparten la misma opinión, además de los ya referidos: Ángel SÁNCHEZ BLANCO (*RDM* 1981, p. 299) SÁNCHEZ CALERO, José Eugenio SORIANO, Francisco SOSA WAGNER y Ramón MARTÍN MATEO.

No me parece muy claro que esta conceptualización pueda deducirse, sin más, del Decreto de 3 de julio de 1975, prescindiendo del carácter reglamentario de dicha disposición.

Probablemente la cuestión radica en que nos hemos sentido siempre demasiado apegados a la rígida bipartición que distingue entre personas jurídicas de tipo asociación y de tipo fundación o, dicho de otro modo, *universitates personarum* frente a *universitates rerum*. Como decía Federico DE CASTRO (*Temas de Derecho Civil*, Madrid 1972), para establecer esta distinción se tiene en cuenta que el substrato del ente en el primer tipo está constituido por un grupo de personas y en el segundo se encuentra en un patrimonio destinado a un fin, aunque advirtiéndose que la diversidad de su origen histórico, su distinta trascendencia social y su diferente construcción técnica hacen que la distinción se utilice como un diseño básico de modelos.

El problema tiene además, hoy, tras la puesta en vigor de la Ley 30/1994 de 24 de noviembre, algunos matices que conviene no perder de vista. En este

sentido parece digno de ser recordado aquí el artículo 10 que al hablar de la *dotación* dice lo siguiente:

1º. 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.

2º. La aportación de la dotación podrá hacerse de forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso inicial será al menos del 25 por 100, debiendo hacerse efectivo el resto en un plazo no superior a cinco años contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la fundación.

Tendrán, asimismo, la consideración legal de dotación los bienes y derechos que durante la existencia de la Fundación se afecten por el fundador o el Patronato, con carácter permanente, a los bienes fundacionales.

3º. Si la dotación consistiera en dinero su cuantía se fijará en pesetas. Las aportaciones no dinerarias se cuantificarán en igual forma y se especificarán los criterios de valoración utilizados. En uno y otro caso se acreditará ante el notario actuante la realidad de las aportaciones.

4º. Se podrá considerar como dotación el compromiso de aportaciones de terceros siempre que estuvieran garantizadas. En ningún caso se podrá considerar como dotación el mero propósito de recaudar donativos.

Porque la verdad es que cuando hemos hablado de *universitates rerum* o de patrimonios afectados a un fin, siempre hemos pensado en *universitates* o patrimonios previamente existentes respecto de los cuales la afectación se producía, pues lógicamente no se hacía referencia al patrimonio de la fundación, que, como en toda persona jurídica, tiene necesariamente que existir. Las cosas aparecen ahora más claras si no se olvida que las dotaciones pueden ser dinerarias, sin que existan cantidades mínimas, y, además, que caben fundaciones con pluralidad de fundadores, de suerte que, como se ha visto, en algunos casos fundación y asociación terminan siendo más estructuras jurídico-formales que entes determinados por su substrato. Si se prescinde de ello, en la ley sólo queda la idea de organizaciones constituidas sin ánimo de lucro, criterio éste de la organización que no puede servir para llevar a cabo una distinción real. Por ello, al final, la categoría de la *universitas rerum* parece abarcar todas las personas jurídicas sin substrato corporativo. El problema es entonces saber si toda persona jurídico/*universitas rerum* es necesariamente una fundación.

Llegados a este punto, que es seguramente el *punctum crucis* de esta investigación, si es que existe alguna, el hilo puede retomarse por sitios muy di-

ferentes. Acudiré a la siempre reconocida autoridad de Francesco FERRARA (*Teoría de las personas jurídicas*, Madrid 1929, p. 660). FERRARA se sitúa entre los críticos de la sencilla distinción entre *universitas personarum* y *universitas rerum*. El patrimonio no tiene importancia sólo para las fundaciones, sino también para las corporaciones como medio para la consecución de sus fines. En todo caso, el patrimonio es objeto y no sujeto de derechos. La fundación no puede considerarse como un patrimonio subjetivado, porque se llega al absurdo de confundir el ser con el haber. Y entre las muchas objeciones que pueden oponerse, bastará recordar que una fundación puede nacer y existir aun antes de estar dotada.

La consecuencia de esta dirección teórica era la superación de la distinción entre corporaciones y fundaciones, consecuencia que había sido sacada de DEMELIUS, según recuerda FERRARA. ¿Por qué, preguntaba este autor, ha de personificarse aquí el patrimonio y allí la pluralidad de personas, cuando el patrimonio como medio material para la consecución del fin tiene la misma función en los dos casos? Digamos más bien que se personifica siempre el patrimonio, tanto si éste sirve a una colectividad de personas, como si se ordena a la consecución de un fin de utilidad común. Y BRINZ, por su parte, no había renunciado a la distinción, pero había tratado de referirla a otro elemento, a saber, a la intensidad de la pertenencia del patrimonio: una cosa puede pertenecer a un fin con un diverso grado de vinculación; o de modo que deba permanecer ligada al fin no sólo en su valor, sino también en su individualidad y, por tanto, será inalienable, *extra commercium*, como las *res publicae*, *divini iuris*, que es la forma más intensa de pertenencia; o de modo que la cosa sea sí enajenable en sí, pero no el valor del capital, porque sólo las rentas están destinadas al fin. Tal es el caso de la fundación. Hay, por último, un patrimonio libre y no vinculado, el patrimonio corporativo.

Mas estos caracteres —piensa FERRARA— no son constantes, porque hay por un lado corporaciones en que el patrimonio no es libremente enajenable a voluntad de los socios, como, por ejemplo, las corporaciones públicas; y, por otra parte, nada excluye que el fundador deje libertad a los administradores para enajenar una parte del patrimonio de la fundación, cuando ello sea indispensable para su mantenimiento. Por otro lado, al reducir así la diferencia se corre el peligro de confundir, o por lo menos de no llegar a distinguir, las verdaderas fundaciones y otros patrimonios que tampoco son enajenables (ejemplo, los fideicomisos).

Análoga en ciertos aspectos es la distinción por la que se inclinaba BEKKER: el patrimonio de la fundación se separa completamente del patrimonio

del fundador, mientras que en las corporaciones los miembros pueden tener derechos de cuota sobre el patrimonio corporativo; de modo que el patrimonio de la corporación ciertamente por el lado formal, es autónomo, pero materialmente se fracciona y se encuentra en el patrimonio de los asociados (sociedad por acciones).

Para resolver el problema, FERRARA se apoyaba en GIERKE. La doctrina —dice— ha recibido de él un nuevo y fresco soplo de vida. GIERKE penetra en el meollo de la cuestión, volviendo su perspicaz mirada a la composición interior de los entes colectivos, y, sobre todo, ensancha la investigación, como fruto de sus estudios históricos. En GIERKE no encontramos la antítesis entre corporación y fundación, sino entre corporación e institución. Se remonta al concepto general de la personalidad institucional, sin limitarse a aquella filiación especial con caracteres contingentes, cual es la fundación. Corporaciones e instituciones, dice FERRARA, son personalidades colectivas. Pero subsiste entre ellas una aguda antítesis, porque la corporación trae su origen de la colectividad que en ella vive, mientras que la persona institucional proviene de una única voluntad solitaria que, o se pone a sí misma como persona, o infunde en otro cuerpo colectivo un trozo de sí misma. Por eso, al lado de las corporaciones deben ponerse las instituciones, como segunda especie de unidades colectivas sociales; en unas tenemos una voluntad colectiva que nace de sí misma; en otras una voluntad implantada del exterior, del fundador que provoca y domina su vida: allí una voluntad inmanente, aquí una voluntad trascendente.

Sin embargo, la voluntad del fundador no es el sujeto, sino la voluntad incorporada a un ente colectivo institucional, creado por ella y dotado de patrimonio. La voluntad del fundador no se agota en el acto de fundación, sino que quiere, para un futuro indeterminado, vincular otras voluntades y hacer de ellas sus órganos ejecutivos. Quiere sobrevivir encarnada como núcleo de una nueva personalidad. Las fundaciones son una forma especial de instituciones, la forma perteneciente al derecho privado, y pueden designarse como las personalidades institucionales privadas.

Así pues, FERRARA, preocupado sobre todo por encontrar un molde teórico útil tanto para las personas jurídicas de Derecho Público como para las de Derecho Privado, prefiere utilizar el concepto de institución. En su opinión, históricamente las fundaciones no son más que una especie de las instituciones; dentro del concepto amplio de institución en el derecho canónico que abrazaba todos los establecimientos eclesiásticos y laicos, hasta la Iglesia universal y el Imperio, entraban también las fundaciones autónomas, esto es, los

cuerpos creados por una voluntad privada para la consecución de un fin de beneficencia o de utilidad común. Si la doctrina privatista ha considerado durante largo tiempo suficiente para sus indagaciones el operar con el concepto de fundación, ello no quiere decir que el concepto de institución se haya eclipsado o que, repuesto en su honor por nuevas aplicaciones publicistas, haya cambiado de naturaleza.

Ahora bien, entre institución y fundación hay relaciones de filiación: la primera es el género, la otra la especie, pero una y otra están fundadas por una voluntad superior y conservan idéntica estructura, sólo que las fundaciones representan las instituciones privadas. Así, la antítesis entre institución y fundación se delinea de este modo: las instituciones pertenecen al derecho público, las fundaciones al derecho privado; las fundaciones no son más que *instituciones privadas*.

Finalmente destacaré que en la idea de FERRARA los tipos que la vida presenta no se dan puros y que hay muchas personas jurídicas en que se producen pasos de uno a otro tipo. Precisamente en relación con ello menciona curiosamente las Cajas de Ahorro y en la página 680 del libro citado recoge el siguiente significativo párrafo:

Las incertidumbres y los pasos entre el tipo corporativo y el institucional encuentran un ejemplo interesante en nuestra vida jurídica, en las Cajas de ahorro. Éstas son de diverso origen y se encuentran en diversos estadios de desarrollo. Como normalmente surgen como corporaciones altruistas de un número limitado de ciudadanos, que las crean, dotándoles de un patrimonio inicial, con el tiempo se transforman en institutos autónomos que en recuerdo de su fundación son regidas y administradas por el grupo de los ex socios fundadores o por quien ocupó su puesto; otras veces pierden la marca corporativa y se convierten en instituciones puras. Formas del primer tipo fueron las Cajas de ahorro de Bolonia y de Roma, en las que una sociedad de cien personas estableció y dirigió gratuitamente la Caja. Cada socio era poseedor de una acción, personal intransferible, infructífera, que fue desembolsada enteramente y cuyo importe total constituye el fondo inicial de dotación del ente. Del mismo tipo eran –según FERRARA– las Cajas de ahorro de Florencia, Ancona y Forlí, y el mismo origen tuvieron las de Ravenna y Arezzo. Luego el fondo primitivo de dotación fue reembolsado y las cajas, ricas ya con su patrimonio propio, fueron reconocidas como cuerpos morales. Sin embargo, su administración se desarrolla a base de una sociedad en cuyo seno son elegidos los cargos administra-

tivos. En cambio las Cajas de ahorro de Turín y Padua, debidas a fundaciones de entes públicos, no tienen elemento alguno corporativo y son puras instituciones de beneficencia y de crédito.

Curiosa me resulta también la referencia que Federico DE CASTRO (op. cit. p. 93) hace a los *establecimientos*, que aparecieron en la Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849, donde se separan precisamente los establecimientos públicos y los particulares. Y tendría que recordar asimismo como en el Código Civil la referencia a los establecimientos se repite constantemente, sin que nunca hayamos conseguido explicárnosla muy bien. Es verdad que en los artículos 35-39 se mencionan corporaciones, asociaciones y fundaciones, de manera que si las dos primeras especies tienen bases corporativas, la segunda especie quedaría ocupada sólo por las fundaciones. Sin embargo los *establecimientos* reaparecen sin cesar. En el artículo 745, al regular la capacidad sucesoria el código sólo menciona corporaciones o asociaciones, pero en el artículo 746 menciona junto con las iglesias, cabildos, diputaciones, los *establecimientos de hospitalidad, beneficencia e instrucción pública*. Y no será necesario recordar que una expresión similar se encuentra en el artículo 994, en sede de aceptación de la herencia, aunque esta vez referida a *establecimientos públicos oficiales*, como algo distinto de asociaciones y corporaciones mencionadas justamente en el artículo anterior.

La idea expuesta en las líneas anteriores coincide substancialmente con lo que en un momento expuso José Ramón PARADA en el volumen primero de su *Manual de Derecho Administrativo* (Madrid, 1986, pp. 177 y ss.).

Parece llegada la hora de intentar alguna recapitulación. El somero estudio que he tratado de hacer, parece poner de manifiesto que han existido en nuestro país muchas Cajas de ahorro de creación pública, señaladamente por obra de municipios y diputaciones provinciales y nada abona la idea de que en su constitución se siguieran los esquemas de las fundaciones.

Puede señalarse también que es una tradición muy antigua la que finalmente plasmó en el Decreto Ley de 1977 y en las leyes posteriores, al atribuir potestades a las administraciones públicas para designar los miembros de las juntas de las Cajas y, en general, para influir por esta vía en su administración.

Si la figura técnica de la fundación agota todas las personas jurídicas del tipo *universitas rerum* o si, al lado de ella existen otras, que *grosso modo* pueden llamarse *establecimientos*, que es la tesis central de este trabajo, no hace otra cosa, según espero, que tratar de abrir sobre ello algún debate.