

# Las *Private Foundations* en EE.UU.: una categoría fiscal

*Marta Montero Simó*

Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario  
Universidad Loyola Andalucía

*Juan-Cruz Alli Turrillas*

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: I. QUÉ SON Y CÓMO SON LAS *PRIVATE FOUNDATIONS*: 1. *Introducción: clarificando el contenido*. 2. *La «Private Foundation» americana: cómo, cuándo y por qué surge*: A) El volumen de fundaciones privadas en los EE.UU. actuales. B) Su origen histórico y las condiciones en que se desarrollaron: a) El origen remoto comparado entre Inglaterra y el Continente. b) El origen y desarrollo inicial en los EE.UU. c) Nacimiento de la «fundación» americana moderna. C) La aparición conceptual de la «fundación privada». 3. *Concepto, naturaleza y clasificación de la fundación privada americana*: A) El concepto y la naturaleza de la fundación privada. B) Clasificación de fundaciones privadas. C) Las nuevas figuras filantrópicas derivadas de la responsabilidad social de las empresas.—II. LA REGULACIÓN FISCAL DE LAS *PRIVATE FOUNDATIONS*: 1. *Las Private Foundations como entidades fiscalmente exentas*. 2. *Las sanciones impuestas por incumplimiento de sus obligaciones mediante excise taxes*: A) *Excise taxes* impuestas por incumplimientos relativos a autocontratación. B) Requisitos relativos a la distribución de beneficios y *excise taxes* como medida disuasoria ante la no distribución del patrimonio de estas entidades. C) La *excise tax* impuesta por superar los límites de participación en otras entidades (*excess business holding*). D) Inversiones que ponen en riesgo a la *Private Foundation* (*jeopardizing investments*). E) La *excise tax* por incurrir en gastos prohibidos. 3. *Pérdida del estatus de Private Foundation*. 4. *Deducibilidad de las donaciones efectuadas a las Private Foundations*.—III. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

## I. Qué son y cómo son las *Private Foundations*

### 1. *Introducción: clarificando el contenido*<sup>1</sup>

Con frecuencia nos ocurre que tendemos a identificar lo que nominalmente se nos presenta de modo idéntico o al menos similar; es el efecto conocido, entre los traductores, como el de los «falsos hermanos»<sup>2</sup>.

Este es el caso del término que denomina «fundaciones» y en particular cuando éstas se adjetivan de «privadas». Así, al leer o escuchar el nombre inglés-americano *Private Foundation*, podemos pensar que están hablando, simple y llanamente, de nuestra «fundación» que indebidamente solemos calificar como «fundación privada», en gran medida en oposición al malhadado concepto «fundación pública» que hemos traído a nuestro ordenamiento de un modo equívoco e impropio<sup>3</sup>.

Pero la (nuestra) fundación *privada* —en esto nos detendremos— no es exactamente «privada»; como tampoco la (nuestra) fundación *pública* es, estrictamente, pública. El sentido de *público* como proveniente de los poderes públicos, es decir de la Administración pública: creada y/o dependiente de tales, no es aquí una cualidad de uso adecuado. Tal sentido, por otro lado, está muy alejado del que se deriva conceptualmente de la adjetivación como «público» que se otorga en los EE.UU.

En todo caso, la fundación, en sí misma, es en nuestro ordenamiento una institución única y en gran medida unívoca. De tal manera que esas calificaciones que damos nosotros como «pública» o como «privada», solamente confunden su estricta naturaleza. La fundación solamente debería quedar adjetivada —y no de un modo muy ajustado, jurídicamente hablando— como «privada» o como «pública» estrictamente por razón de la o las persona o

---

<sup>1</sup> Los autores quieren agradecer la oportunidad que nos ha brindado la Asociación Española de Fundaciones, especialmente en la persona de Dña. Isabel Peñalosa, al coordinador de la obra, D. José Luis Piñar y la Editorial Iustel para participar en esta publicación con el resultado de sus respectivas investigaciones. En el caso de Juan-Cruz Alli, se trata de en parte de los resultados obtenidos durante el año sabático concedido por la UNED del pasado curso académico 2012/2013 como *Visiting Professor* en *Fordham University Law School*.

<sup>2</sup> Advertencia preliminar: Hemos conservado, prácticamente en todos los casos, la denominación *Private Foundation* (y *Public Charity*) para referirnos a las «fundaciones» americanas que estamos estudiando; daremos cuenta de la razón de todo ello en los siguientes epígrafes. También hemos conservado las mayúsculas en todos estos términos (y en otros como *Trust*, *Corporation*, etc.) por seguir el criterio general de los estudios americanos al respecto.

<sup>3</sup> J.-C. ALLI TURRILLAS, *Fundaciones y Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2010, pp. 461-466.

personas jurídicas que la constituyen y por el régimen jurídico de creación o constitución-creación<sup>4</sup>.

En fin, estrictamente hablando una fundación es, por su propia naturaleza, una institución que no es propiamente ni pública ni privada. O, mejor dicho, es pública y privada a un tiempo. Constituye una institución que es un elemento de conexión entre ambos, digámoslo así, sectores: el público y el privado. Es, como se ha señalado, *una institución privada para un fin público*<sup>5</sup>. La fundación es, así, el principal vector jurídico —en nuestro caso el más consolidado históricamente— en el modernamente denominado «tercer sector» (también «sector no lucrativo» y «sector voluntario» en otros países). Ocurre que este sector, como se ha puesto de relieve, carece, en sí mismo de una naturaleza jurídica precisa, siendo, más bien, una denominación social y económica, no por ello exenta de interés en absoluto<sup>6</sup>.

Pues bien, volviendo a hilo conductor, el término *Private Foundation* americano suele, con frecuencia, llevar a varias confusiones:

La primera confusión, de más grueso trazo, podría ser que esta institución es la denominación única de la «fundación» americana en general; no habría más tipo que éste. Evidentemente, enseguida surge una gran duda: ¿por qué existe, entonces, todo el complejo «*Non Profit Sector*» (en adelante NPS) que las incluye y, en cierto sentido, las absorbe en un todo más complejo?

La segunda sería su posible semejanza a nuestra fundación (privada), antes descrita, en contraste con las «fundaciones públicas». Así pues la *Private Foundation* es la fundación privada americana equiparable a la nuestra; en tanto que la *Public Charity* —de la que luego hablaremos— sería el equivalente a nuestra «fundación pública». Adelanto que tal traducción conceptual es un profundo error, además por partida doble.

La tercera, más fina, es que estamos ante su forma prototípica y casi única, en la medida en que todas las demás formas derivarían de ésta. Dicho de modo teórico o conceptual la *Private Foundation* es «la» fundación americana por antonomasia (aunque existieran otras formas; lo cual, muchas veces, como efecto colateral de esta confusión, hace que ni se plantee).

---

<sup>4</sup> Para todo ello, J.-C. ALLI TURRILLAS, *Fundaciones y Derecho administrativo*, cit., *in toto*.

<sup>5</sup> Esta idea subyace en nuestra mejor dogmática sobre el tema, como por ejemplo en: U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, 1969, entre otros.

<sup>6</sup> J. L. PIÑAR MAÑAS, «Tercer Sector, sector público y fundaciones», en *Revista Española del Tercer Sector* núm. 1 (octubre-diciembre 2006), pp. 15-37.

Finalmente, una cuarta confusión, ya más limitada al ámbito jurídico, sería su aceptación —al ponerla en relación con la fundación española, o la *fundazione* italiana, o la *fondation* francesa, o la *stiftung* alemana— como una figura o institución con plena naturaleza jurídica (pues la nuestra lo es)<sup>7</sup>.

Adelantaré algo de manera breve, la fundación privada americana no es, estrictamente equiparable a la nuestra, pues no estamos hablando en los mismos términos conceptuales y jurídicos; aunque sí, en cierto sentido, metafísicos. Tampoco es su molde único, pues hay otros, como la *Public Charities*, entre otros. Ni siquiera es el prototipo, al menos histórico, de su «fundación». Ni tampoco es el más importante en términos numéricos. Finalmente, y estrictamente hablando, no se trata de institución jurídica digamos «completa».

No obstante todo ello, la *Private Foundation* se ha convertido, desde su aparición relativamente tardía, en el epitome del «mundo fundacional» americano. O, si se prefiere, es una suerte de prototipo —genotipo, incluso— de todas las demás formas de tipo fundacional (también en el extranjero). Lo cual es especialmente llamativo para ser una figura que aparece tardíamente y sobre la base de otras instituciones. Esto es así, apunto, porque ha recogido en sí la emergencia y desarrollo de lo que se denominara «caridad» y ahora altruismo, así como el nacimiento de una filantropía de amplio espectro y grandes cifras, acompañada de una construcción teórica, económica y social. Y todo ello dentro de un siglo, el xx, en el que EE.UU. se ha convertido en un Imperio, también en este ámbito. Aunque esto no hubiera sido posible sin una base anterior filantrópica e institucional «no lucrativa» muy poderosa.

\* \* \*

Pues bien, todas estas son las dudas y confusiones que vamos a tratar de resolver, en primer lugar y como paso previo a estudiar el régimen jurídico básico de la *Private Foundation* americana. Así, en primer lugar, el trabajo versará sobre todo esto que ha sido expuesto: si es o no es una institución única. Si, siéndolo o no siéndolo, es la institución prototípica de todas ellas. Si es un término jurídico o no. Y, finalmente, si es equiparable, y en qué forma, al nuestro.

He de advertir, no obstante, que esta posible confusión no se produce únicamente en nuestro país o en nuestro ordenamiento, sino que trasciende a él, pues se encuentran confusiones similares en otros lugares como Alema-

---

<sup>7</sup> J.-C. ALLI TURRILLAS, *La fundación, ¿una casa sin dueño? Gobierno, responsabilidad y control público de fundaciones en Inglaterra, EE.UU., Alemania y Francia*, Iustel, 2012, pp. 685-690.

nia, Francia e incluso en Inglaterra; como veremos brevemente<sup>8</sup>. Por eso será necesario hacer varias precisiones comparadas. En segundo lugar, como se ha advertido, este trabajo recorrerá los aspectos básicos y capitales de su régimen jurídico general o sustancial y de la compleja fiscalidad.

## 2. *La Private Foundation americana: cómo, cuándo y por qué surge*

### A) *El volumen de fundaciones privadas en los EE.UU. actuales*

Lo primero que llama la atención son las impresionantes cifras del conjunto del sistema fundacional americano, situadas a años luz, en términos absolutos y comparados, de las cifras del sector fundacional en cualquier país de Europa<sup>9</sup>.

Según los últimos datos disponibles en la página del *National Centre for Charitable Statistics (NCCS)*, *Urban Institute*, que hace digeribles los datos brutos del *Internal Revenue Service* (Autoridad fiscal federal, o IRS en adelante), existían en 2009 unas 120.810 «fundaciones privadas», según esta división de acuerdo con el montante de los bienes totales que tienen (2009)<sup>10</sup>:

Cifras que, no obstante, el Almanaque que publica, de manera ya más elaborada, tal instituto sobre datos más filtrados por Estados, años y registros del IRS, señala que el número de fundaciones privadas en EE.UU. es de 97.435 (y 956.738 *Public Charities*). Lo cual tiene sentido si no se computan las que llevan dos años sin realizar el F-990 en el IRS; sumándoles el crecimiento de estos tres años<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> De hecho, el Estatuto europeo de fundaciones ha tratado de unificar un cierto concepto de fundación para toda Europa. Para ello se basó en un informe que pone de relieve las diferencias conceptuales entre todos los países de la UE. Del estudio final se deriva, bajo mi punto de vista, que estamos ante una institución de esencia *común*, pero con grandes diferencias en su *existencia*, debido a la realidad histórica de la fundación en cada país. Tal esencia común es la que ha permitido llegar al punto de presentar un estatuto común. *The Feasibility full report for the EU Commission on a European Foundation Statute*, CSI-Heildeberg Universität-Max Planck Institute, 2009. European Foundation Centre Task Force, *Foundations in the European Union*, Brussels, 2008 ([www.efc.eu](http://www.efc.eu)). K. J. HOPT, W. RAINER WALZ, T. VON HIPPEL y V. THEN, *The European Foundation. A New Legal Approach*, Cambridge University Press, 2003.

<sup>9</sup> Por más, en este sentido, que el primer informe citado en la nota anterior lo quiera negar (en parte porque compara solamente las *Private Foundations*; sin incluir a las *Public Charities* como parte del conjunto «fundacional» (que no del *non profit sector*, en su conjunto): J.-C. ALLI TURRILLAS, *La fundación, ¿una casa sin dueño?...*, cit., pp. 687-690.

<sup>10</sup> Para un estudio más completo de todo el sector, en términos sociológicos y actuales: L. M. SALOMON, *The State of Non Profit America*, Brookings Institution Press, Washington DC, 2012.

<sup>11</sup> Se ha producido un decremento en el número de fundaciones privadas en este Registro por varios motivos: Primero porque desde 2009 el IRS está realizando un estudio de

Total Asset Level	Number	Number Filing With IRS in Past 2 Years	Total Revenue	Total Assets
1-Under \$1 mil	58,538	55,591	3,298,926,031	15,363,736,867
2-\$1-10 mil.	29,453	27,625	7,781,948,867	73,466,872,946
3-\$10-25 mil.	3,174	3,132	5,215,044,056	48,813,229,630
4-More than \$25 mil.	2,558	2,531	27,525,260,093	444,933,691,884
5-No 990-PF in past 2 years	27,087	0	0	0
<b>Total</b>	<b>120,810</b>	<b>88,879</b>	<b>43,821,179,047</b>	<b>582,577,531,327</b>

Fuente: IRS Business Master File 04/2010 (with modifications by the National Center for Charitable Statistics at the Urban Institute)

Tales datos son, de por sí, muy interesantes. Pero aún lo son más si los ponemos en relación con otros que los acompañan. Los cuales, además, nos ayudaran a las ulteriores aclaraciones conceptuales y jurídicas.

— El primero es que las *Private Foundations* se encuentran en el apartado 501(c)3 del Código fiscal (IRC) junto con las *Public Charities*. Todas ellas, en cifras de 2013, constituyen un conjunto de un millón seis mil organizaciones (excluimos otras que no son de tal tipo, que constituyen cerca de medio millón adicional). Por lo tanto, estas alrededor de cien mil instituciones tipo fundación privada constituirían en torno al 6-7% del total de las organizaciones no lucrativas exentas, en mayor o menor medida, de tributación ante la autoridad fiscal (el IRS). Tal cifra, no obstante, se ha incrementado en los últimos años de un modo notable, pues las *Private Foundations* han ido acrecentándose dentro de las cifras globales de entes no lucrativos. Lo cual nos interesa como dato a tener en cuenta para el tema de las deducciones fiscales.

— El segundo que las *Private Foundations* se clasifican, de acuerdo con el IRS, en dos tipos: las donantes y las operativas; estas últimas son relativamente pocas y se asemejan —luego trataremos de modo teórico todas estas

---

fundaciones registradas y actividad, para ir eliminado aquellas que han desaparecido, o dando de bajas aquellas que no cumplen con los tests que veremos. Segundo por el arreglo de 2008 del *Advance Ruling Process* y la eliminación del *Public Support Test* como primer paso, que hace que sea más fácil caer bajo el paraguas «*Public Charity*» que «*Private Foundation*» (antes era al contrario). Esto ha producido una reducción paulatina, que todavía no ha acabado. A. S. BLACKWOOD y K. L. ROEGER, *Applications for 501(c)3 Tax Exempt Status Declining: Recession or Rule Changing?*, Urban Institute, January 2013. [www.urbaninstitute.org](http://www.urbaninstitute.org)

cuestiones— a las *Public Charities*. Son, pues, un híbrido entre ambas, un camino intermedio que, de algún modo, recoge elementos de ambas. No obstante haremos algunas clarificaciones algo más abajo<sup>12</sup>:

	1998		2008		
<b>501(c)(3) Private Foundations</b>	70,480	6.1%	115,340	7.5%	63.6%
Private Grantmaking (Non-Operating) Foundations	67,625	5.8%	110,099	7.2%	62.8%
Private Operating Foundations	2,855	0.2%	5,241	0.3%	83.6%

El segmento de las fundaciones privadas mueve, como puede verse, una importante cantidad de dinero, tanto en términos del patrimonio y dotación que tiene, como del montante de dinero que destina a los fines y objetivos que promueve a través de los proyectos que apoya de otros tipos de fundaciones y organizaciones no lucrativas (o de los que ella misma preste en el caso de ser una fundación prestadora). Podría resumirse su posición, sin perjuicio de posteriores matizaciones, como un «canal» de dinero entre personas físicas o jurídicas y estructuras organizativas que prestan bienes públicos<sup>13</sup>.

## B) *Su origen histórico y las condiciones en que se desarrollaron*

### a) El origen remoto comparado entre Inglaterra y el Continente

Apuntado *grosso modo* el volumen general de las fundaciones privadas, parece preciso señalar cómo surgió este fenómeno peculiar, antes de llegar al momento en que esta figura se convierte en una institución particular y, así, acabar con su formalización jurídica, sustantiva y fiscal. A continuación se expondrá su régimen general y, finalmente, los aspectos fiscales más importantes y las novedades producidas.

Puede decirse que el concepto «fundación» es un eterno fantasma que ha vagado por el ordenamiento jurídico anglosajón, tanto con el término latino *fundatio* como con su traducción *foundation*. Este concepto ha circulado por

<sup>12</sup> <http://nccs.urban.org/statistics/>

<sup>13</sup> No en vano se han definido, de modo algo sardónico, como «*a large body of Money completely surrounded by people who want some*». D. MACDONALD, *The Ford Foundation: the Men and the Millions* (publicado originariamente en 1955), Transaction Publishers, reedición de 2011, p. 3.

caminos paralelos tanto al nuestro, como a otros que han ido apareciendo en las páginas precedentes y seguirán apareciendo en las que vengan. Curiosamente, la ausencia de una identidad jurídica «fundación» tan fuerte como la nuestra —pese a que su sector sea enormemente más fuerte en términos reales— ha derivado en conceptualizaciones vagas pero tremendamente poderosas, como toda la teorización del «sector no lucrativo».

Estrictamente, puede decirse que el término «fundación» quedó circunscrito a tres conjuntos de instituciones, relacionados con todo lo que estamos examinando pero no formando, cada uno, conceptos estrictos. El primero es ciertas instituciones históricas de carácter «caritativo» (*Eleemosynary Corporations*; equivalentes a nuestras *pías causas*). El segundo a las instituciones clásicas educativas de tipo universitario, normalmente tipo «consorcios público-privados», en particular algunas en Inglaterra (muchas veces llamadas *institutions*). Y, en tercero, a la mera acción de fundar o establecer algo en su sentido más operativo *fundatio percipiens* y *fundatio incipiens*. Ambos son términos romanos utilizados en la formación de las fundaciones antiguas previamente a la consolidación de figuras de origen germánico y sajón, como el *feoffe*, los *uses* y otras fórmulas de origen normando <sup>14</sup>.

En efecto, hubo *fundaciones* en la Inglaterra previa a su «desaparición» jurídico-política, y su conversión en la *Charity* bajo el *Common Law*, y por mor de la Reforma Anglicana, que tuvo efectos extraordinarios sobre este sector<sup>15</sup>. Algunas de tales fundaciones, creadas bajo Carta regia o eclesiástica, se mantuvieron y aún se mantienen: *Colleges*, Universidades, algunos Hospitales<sup>16</sup>. Pero aún estando en la base histórica de la *Charity*, las fundaciones en realidad se desgajaron de ésta nueva figura que, puede decirse, se constituye formalmente a partir del siglo xvii<sup>17</sup>. Si se prefiere, dicho de otra manera, los mismos o parecidos elementos básicos de filantropía, caridad, deseo de perdurar, ánimo no lucrativo, prestación de bienes de «interés general», que han dado lugar —no sin una profunda crisis durante la Ilustración y el siglo xix— a la *fundación* moderna en los países de régimen civil (Francia, España, Italia y, en cierta medida, Alemania), en Inglaterra se unieron y convergieron, por

<sup>14</sup> J. WARBURTON, *Tudor on Charities*, 9.<sup>a</sup> ed., Sweet & Maxwell, London, 2003, párrafos 10-068 y 10-069. Más en general para la evolución histórica, muy difusa. R. HELMHOLZ y R. ZIMMERMANN, *Itinera fiduciae. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, en especial los estudios de las pp. 111-171.

<sup>15</sup> Proceso explicado en J.-C. ALLI TURRILLAS, *La fundación, ¿una casa sin dueño?...*, cit., pp. 47-55.

<sup>16</sup> J. WARBURTON, *Tudor on Charities*, cit., párrafos 10-068 y 10-069.

<sup>17</sup> G. JONES, *History of the Law of Charity 1535-1827* (1969), Cambridge University Press, reimpression 2008, *in toto*.



caminos muy complejos —eclosionados tres siglos antes a la Revolución francesa durante la Reforma anglicana— en otra forma social paralela a nuestra *Fundación*, denominada *Charity*<sup>18</sup>.

Todas aquellas instituciones previas, cuyo estudio omitimos, se consolidaron tempranamente en una institución social e incluso política, pero no jurídica, llamada *Charity*. Tal institución era un patrimonio dotado de un fin de interés general, estrictamente caritativo, no religioso —pues es la Reforma anglicana la que les da carta de naturaleza «secular»—, dirigida por un «patronato» y autorizado-supervisado por la autoridad pública. Bajo tal régimen se soslayó la legislación anti-amortizatoria que también existía en Inglaterra<sup>19</sup>. Pero en sí misma la *Charity*, aunque ordenada por una norma tan temprana como el Estatuto Elizabeth de usos caritativos de 1601, carece de forma jurídica, siendo una institución social.

Precisamente por tal ausencia de abstracción en una figura jurídica única, el sistema anglosajón utilizó el «gran invento» que fue el *vector* jurídico del *Trust* para dotarla de vida jurídica —y, por lo tanto, su gobierno lo realizan los *trustees*—<sup>20</sup>, y posteriormente en el siglo XIX el de la *Corporation*. Es impresionante contemplar —pero se aleja de nuestro propósito— el itinerario vital del *Trust* y la *Charity* en Inglaterra, y cómo éste transcurre de modo paralelo, pero no coetáneo, con la *fundación* y la caridad-filantropía en el continente<sup>21</sup>.

En tanto tal institución se consolidó en una Inglaterra preocupada por la beneficencia, la educación y la prestación de determinados servicios sociales

<sup>18</sup> Para ello, G. JONES, *History of the Law of Charity 1535-1827*, cit., *in toto*.

<sup>19</sup> *Feoffes y uses*, instrumentos jurídicos muy antiguos de trazado histórico difícil, mezcla de instituciones normandas, germánicas y sajonas, influidas —en los diversos lugares, además, por los que habían ido pasando— por el Derecho romano, como fórmulas de proteger los bienes de la nobleza, su traslación y enajenación, y de algunas órdenes religiosas —los Franciscanos, por ejemplo, para evitar tener la posesión, prohibida por sus *Statuta*, de tener bienes— y soslayar las prohibiciones de amortización y perpetuidades (manos muertas) establecidas en el *Common Law*; encauzadas por la vía de los Tribunales de la *Chancery* (eclesiásticos, dicho sea grosso modo) y de la *Equity*, que se aliaron con la caridad para acabar dando lugar a la institución *Charity: Trust* caritativo con posibilidad de vincular perpetuamente bienes, una suerte de fiducia-fideicomiso anglosajón, similar a nuestra fundación, pero que es una peculiaridad del *Common Law (& Equity Law)*, protegido ya por los tribunales ordinarios y estatuido por Ley (*Elizabeth Act of Charitable Uses*, 1601).

<sup>20</sup> «*The greatest feat that men of our race (had) performed in the field of jurisprudence*», dirá F. W. Maitland (citado en R. HELMHOLZ y R. ZIMMERMANN, «Views of *Trust and Treuhand: An Introduction*», en *Itinera fiduciae...*, cit., p. 34 (nota 34). Figura incomprensible para Gierke y para los códigos continentales hasta tiempos muy recientes (*ibidem*, p. 27).

<sup>21</sup> A ello espero poderle dedicar un estudio más preciso en un breve tiempo, puede verse: R. HELMHOLZ y R. ZIMMERMANN, *Itinera fiduciae...*, cit., *in toto*.

a lo largo de los siglos xvii al xix, en la mayor parte de los países continentales existen aún multitud de instituciones que bajo tales elementos —un patrimonio destinado a un fin y gobernado heterónomamente por un patronato— encubren fines públicos y privados, por resumirlo de algún modo<sup>22</sup>. De ahí que en el siglo xix, en Francia, Italia, España y algunos Estados de Alemania se produzca una eclosión antiamortizatoria que acabe con la práctica desaparición de unas y otras durante el siglo xix. Hecho que ya había ocurrido en Inglaterra bajo el reinado de Enrique VIII y la legislación sobre «usos [*uses* en aquel momento es la forma jurídica primitiva que da lugar al *Trust*] caritativos» establecido por el Estatuto de la Reina Isabel I<sup>23</sup>.

También hubo otra importante diferencia con el Continente —muy unida a todo lo anterior—, la teorización de la «personalidad jurídica». Esta doctrina, desarrollada desde el Derecho romano, especialmente durante la tardía Edad media y eclosionada durante tal siglo durante codificación civil y la pandectística alemana<sup>24</sup>, permitió que, finalmente, se reconociera de un modo u otro una institución que condensa tales características, que repito, patrimonio *privado* dotado (por un fundador), para un fin de «interés general», gobernado por un «patronato» heterónimo y, en gran medida, supervisado por los poderes públicos de un modo u otro. Como tal goza de autonomía y, sobre todo, forma parte del conjunto de instituciones dotadas de «personalidad jurídica» propia y autónoma. Las fundaciones, como son parte de las *universitas rerum*, frente a las *universitas personarum* o asociaciones.

Aquí —en España, Francia, Italia y en cierta medida Alemania— al final del siglo xix y comienzos del siglo xx de un modo más o menos fuerte, apareció una institución cartesiana —«clara y distinta»— denominada «fundación» (*fondazione, fondation, stiftung, fundación*). En todos estos casos (re)nació durante el siglo xix y xx una institución jurídica a la vez que social y económica. Finalmente, de un modo mejor o peor, sucesivos códigos civiles las reconocieran o aceptarán tácitamente en todos estos lugares. En Francia, por

<sup>22</sup> Para entender, precisamente, tal situación: la heteronomía de la fundación en su ser histórico, debe leerse F. TOMÁS Y VALIENTE, «Estudio previo», en VV.AA., *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, ELE & Marcial Pons, 1995; y, de manera más extensa C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación como persona jurídica en la Codificación civil: de vinculación a persona (estudio de un proceso)*, Publicaciones de la Universidad de Barcelona, 1983, *in toto*.

<sup>23</sup> W. K. JORDAN, *Philanthropy in England 1480-1660. A study of the Changing Pattern of English Social Aspirations*, Allen & Unwind, 1959.

<sup>24</sup> S. PANIZO ORALLO, *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, EUNSA, Pamplona, 1975; y F. de CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, 2.ª edición, Civitas, Madrid, 1991, ambos en su totalidad.

su particular historia, no re-aparecerán legalmente de modo definitivo ¡hasta la Ley de Mecenazgo de 1987!<sup>25</sup>

Dado su pragmatismo, la ausencia de esa teorización tan fina sobre la «persona jurídica» de los ordenamientos anglosajones produjo —no obstante su solidez y gran entereza— una institución de tipo «fundacional» muy diferente a la nuestra. Es una institución social que necesita de diversas formas jurídicas para su existencia (*Trust, Corporation, Association*), u otras. No tiene, pues, personalidad jurídica propia; sino que ésta es, cuando existe —pues el *Trust* no la tiene— está mediada por esa otra forma jurídica. El lado más positivo de todo ello es que la responsabilidad se ciñe mucho mejor a las personas que las dirigen. De ahí el desarrollo tan notable y certero de los deberes fiduciarios de los *Charity boards* de *trustees* o de los directivos de la Corporación que se ha desarrollado en el ordenamiento inglés y americano<sup>26</sup>.

Podría, dado todo lo indicado, preguntarse lo siguiente ¿es que no existía con anterioridad a la codificación tal institución «fundacional»? No y sí. Esta institución es la formalización jurídica de una serie de elementos que provienen de la unión, tardía, de formas jurídicas del Derecho romano y de la caridad cristiana. Y esto aquí como allí. Con la decantación de los «usos privados» y el desprendimiento del lastre «amortizado» durante la larga marcha que viene desde la Revolución francesa —aunque con encontronazos larvados tiempo antes<sup>27</sup>— hacia su nacimiento contemporáneo, la figura se decanta y fragua la institución «fundación» tal y como hoy la conocemos, su nombre; su identidad jurídica; sus características principales; y, sobre todo, el fin de «interés general» al que está atada de manera muy clara entre nosotros. Por eso puede afirmarse que el concepto, con todo lo que lleva consigo, «fundación» y su naturaleza jurídica es un fruto tardío de final del siglo XIX y comienzos del XX<sup>28</sup>.

En Inglaterra, como apuntaba, por caminos distintos, tal decantación se había producido ya durante la reforma anglicana; lo cual unido a su muy

<sup>25</sup> Tal y como puede (no) verse en el estudio más completo sobre las fundaciones en Francia, comparándolas con otros países, hasta tiempos muy recientes M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, PUF, 1.ª ed., 1980.

<sup>26</sup> Y sobre lo cual el estudio más completo, además en términos comparados, es: HOPT, K. J. y T. V. HIPPEL (dirs.), *Comparative Corporate Governance of Non-profit Organizations*, Cambridge University Press, 2010; y la parte correspondiente de cada capítulo en J.-C. ALLI TURRILLAS, *La fundación, ¿una casa sin dueño?*, cit.

<sup>27</sup> J.-C. ALLI TURRILLAS, *Fundaciones y Derecho administrativo*, cit., pp. 76-94.

<sup>28</sup> C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación como persona jurídica en la Codificación civil...*, cit., *in toto*.

diferente régimen jurídico dió lugar a su peculiar forma «fundacional», la *Charity*. En todo caso en ambos lugares, también con formas muy distintas se consolidó, de un modo u otro, un progresivamente más intenso sistema de vigilancia público que ha sido fundamental para entender esta institución como un híbrido público-privado<sup>29</sup>.

b) El origen y desarrollo inicial en los EE.UU.

Los Estados Unidos recibieron herencias de prácticamente todas las tradiciones antes descritas; pero especialmente de la británica, si bien muy adaptada a su desarrollo histórico y geográfico<sup>30</sup>. Es decir, a ellos llega principalmente la *Charity*, el *Trust* caritativo —la forma británica de nuestra fundación—, con todo su estilo. También llegaron, de un modo no tan fuerte, las Leyes anti-amortizatorias<sup>31</sup>. No obstante, varios factores cruciales otorgan al modelo americano, desde el principio, unas características muy singulares.

El primero es la ausencia de poderes públicos y de una suerte de embrionario «Estado social» como el que se venía apuntando en Inglaterra desde el siglo XVIII. Tampoco se reprodujo el peculiar liberalismo que europeo del siglo XIX, que acaba en el modelo del *welfare state* del siglo XX.

El segundo, la manera en que se independizó y constituyó como País autónomo, lo cual unido a su tamaño, las distancias y la dispersión, tuvo varios efectos. De un lado un recelo hacia una excesivamente interventiva autoridad pública en asuntos que no fueran, digamos, «soberanos» —y aún en ellos—; de otro, a modo de envés, la necesidad de auto-prestarse comunitaria y autónomamente tales «servicios públicos» (educación, sanidad, beneficencia, etc.). Todo ello lo apreció con clarividencia Tocqueville en su famoso libro *La Democracia en América* y en lo que tanto tiene que ver las diversas olas religiosas e inmigratorias, muy marcadas por las comunidades primigenias,

«En el nombre de Dios, clamaron por: (1) el derecho de existir (2) el derecho a auto-organizarse (3) el derecho a cuidar de sus propios vecinos, y (4) el derecho

<sup>29</sup> J. J. FISHMAN, *The Faithless Fiduciary And the Elusive Quest for Nonprofit Accountability 1200-2005*, Carolina Academic Press, 2007, pp. 35-222.

<sup>30</sup> L. M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, Touchstone Books, Simon & Schuster, 2.<sup>a</sup> ed., 1985; y también puede verse su evolución general en G. A. BILLIAS, *Law and Authority in Colonial America*, Barre publishers, New York, 1965.

<sup>31</sup> P. D. HALL, *The Statute of Charitable uses and the English Origins of American Philanthropy*, en <http://www.hks.harvard.edu/fs/phall/01.%20Charitable%20uses.pdf>

*a establecer y defender sus ideas públicamente. Lo cual tuvo un decisivo impacto en la Historia Occidental»<sup>32</sup>.*

El Tercero, la importancia popular, social y constitucional del derecho a la libertad individual, en especial de expresión; la cual fuerza una importante libertad asociativa en defensa de tal libertad y de los derechos de prestación tal y como cada quien prefiera<sup>33</sup>. Esto está muy unido a un enorme libertad religiosa y multi-confesionalidad, debida a variedad de credos (y pese a un comienzo histórico no exento de problemas). Todo ello produjo un «muro de separación» en la intervención pública sobre la sociedad en general. Y que tal «no intervención» sea no tanto negativa como positiva; todo es aceptado y apoyado por la vía indirecta de la exención fiscal que implica una profunda y activa no-interferencia (pero no de la subvención, más bien colateral). Se entiende y acepta que de tales libertades, expresión, asociación y religión, deben estar apoyada por una gran libertad económica<sup>34</sup>. Lo cual quiere decir, a la postre, beneficios fiscales, no tasación de estas actividades<sup>35</sup>.

Todo ello dio lugar, junto con otros muchos factores que sería tedioso recoger a un imparable fenómeno que atravesó el siglo XIX con una gran fuerza y se consolidó en el siglo XX de un modo muy llamativo<sup>36</sup>. Jurídicamente la situación es, en cierto modo, muy similar a la británica. La «fundación» se convertirá, pues, tanto una institución jurídica, en un fenómeno socio-político. Las formas jurídicas son —frente a una más conservadora Gran

<sup>32</sup> M. STACKHOUSE, «Religion and the Social Space for Voluntary Institutions», en *Faith and Philanthropy in America* (R. Wuthnow & V. A. Hodgkinson), Jossey-Bass, San Francisco, 1990, p. 25.

<sup>33</sup> Y que F. FUKUYAMA señala, precisamente, como una de las bases del *Trust*, sustento importantísimo de la sociedad moderna occidental, *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*, Free Press, New York, 1995. Para, en particular, la base de libertad que tiene el sistema fundacional americano, puede verse D. M. SCHIZER, «Subsidizing Charitable Contributions: Incentives, Information, and the Private Pursuit of Public Goals», en *Tax Law Review* núm. 62 (2009), pp. 221 en adelante.

<sup>34</sup> Ideas derivadas de F. FUKUYAMA, *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*, cit., *in toto*; y B. R. SIEVERS, *Civil Society, Philanthropy and the Fate of Commons*, Tufts University Press, 2010.

<sup>35</sup> Esto explica la gran libertad fundacional, los beneficios fiscales que tuvo durante todo el siglo XIX —aún antes de que hubiera un verdadero sistema fiscal federal progresivo (que aparece en 1917)— y las tensiones y el rechazo que produjo, inicialmente, la gran reforma de 1969 (reforma, no obstante, que todos están de acuerdo que ha acabado fortaleciendo enormemente al sector) T. C. REEVES (ed.), *Foundations Under Fire*, Cornell University Press, Ithaca, 1970.

<sup>36</sup> Para la historia general O. ZUNZ, *Philanthropy in America: A History*, Princeton University Press, 2012. W. I. TRATTNER, *From Poor Law to Welfare State. A History of Welfare State in America*, The Free Press, 2.ª ed., 1979. K. D. MCCARTHY, *American Creed. Philanthropy and the Rise of Civil Society 1700-1865*, University of Chicago Press, 2003. Todos ellos en su totalidad.

Bretaña y por un inicial rechazo a sus formas (principalmente el *Trust*)<sup>37</sup>—: Sociedades Mercantiles tipo *Corporation*, otras formas sociales de tipo asociativo (aunque también el *Trust*)<sup>38</sup>. En todo caso se trata de formas jurídicas que permiten ceñir muy bien la responsabilidad del gobierno de la institución; cuestión siempre presente en el Derecho anglosajón para el cual la ficción jurídica «persona jurídica» es un sistema evasor de la responsabilidad personal.

Pese a la simplificación de lo expuesto, durante siglo XIX las «fundaciones» americanas también sufrieron sus más o menos pequeñas crisis de esencia y existencia. Pero en ningún momento son realmente puestas en duda como lo fueron entre nosotros desde la Enciclopedia hasta bien entrado el siglo XIX (por no decir más adelante). Sus «fundaciones» se convirtieron desde muy pronto en una parte esencial del entramado social, aunque su naturaleza no esté del todo clara al comienzo, son *charities*, *eleemosnary institutions*, a veces simplemente *Charitable Corporations*, *Charitable Trusts*, *Non Profit Organizations*, etc.<sup>39</sup>. No hay una figura única ni unívoca, ni en su nombre, ni en su naturaleza. Esto se debe, en gran medida, a la ausencia —en gran medida voluntaria; es decir, buscada o al menos conseguida merced a la historia jurídica del *Common Law*<sup>40</sup>— de un nivel de abstracción tan fuerte como el europeo-continental. Lo cual, por ejemplo, hace que no exista la teorización de la «persona jurídica» ni la «fundación» como ente jurídico concreto (a la vez que abstracción conceptual)<sup>41</sup>. No obstante el fenómeno es imparable en tamaño y prestaciones ya desde entrado el siglo XIX.

Esta «variedad» institucional ha tenido muchas consecuencias ancladas en los hechos descritos, la gran «libertad» formativa y constitutiva, en fines, formas, medios, la multiplicidad de instituciones, fines, fórmulas, etc., según el

<sup>37</sup> H. S. MILLER, *The Legal Foundations of American Philanthropy 1776-1844*, The State Historical Society of Wisconsin, Madison escrito en 1961, reeditado por the Hauser Center, Harvard University, 2006, pp. 10 y ss. P. D. HALL, «A Historical Overview of Philanthropy, Voluntary Associations, and Nonprofit Organizations in the United States 1600-2000», en *The Nonprofit Sector. A Research Handbook* (eds. W. W. POWELL y R. STEINBERG), 2.ª ed., Yale University Press, New Haven, 2006, pp. 36-37.

<sup>38</sup> J. J. FISHMAN, *The Faithless Fiduciary...*, cit., pp. 237-247.

<sup>39</sup> Véase, para entender tal construcción, especialmente H. S. MILLER, *The Legal Foundations of American Philanthropy 1776-1844*, cit., *in toto*.

<sup>40</sup> En general G. RADBACH, *El espíritu del Derecho inglés* (1946), Marcial Pons, 2000, especialmente los capítulos 1 y 2.

<sup>41</sup> Aunque sí existirá la *Artificial Person*, más parecida a nuestra figura original de la Persona Ficta, y siempre circunscrita a su uso por las *Corporations* de tipo mercantil (*Companies*); de hecho cuando otras instituciones así la utilizan, es por ósmosis con las figuras comerciales. F. de CASTRO, *La persona jurídica*, cit., pp. 137-260.

lugar geográfico y la religión de sus habitantes, etc. Pero ¿cuáles son sus causas, más ordenadamente que todo lo expuesto hasta ahora?

Una primera causa, muy simple e inmediata —la cual explica también su contraste con Inglaterra y, en cierto sentido, con los países de Código civil— es la historia de la formación territorial de los EE.UU., que fraguan en un modelo federal. El cual lleva a que cada Estado tenga su propio régimen jurídico civil (por ejemplo, las formas de *Trust*), de instituciones mercantiles y comerciales, o incluso su propia regulación de las actividades prestatorias, así como las distintas formas de control público<sup>42</sup>. En efecto, debido a la peculiar formación histórica del modelo federal de los EE.UU. durante la primera parte del siglo XIX, cada Estado —dentro de varios conjuntos de tendencias<sup>43</sup>— tuvo una aproximación diferente en su modo de regular e intervenir sobre este tipo de instituciones basadas en un patrimonio dotado para un fin caritativo-filantrópico. De hecho la Sentencia del Tribunal Supremo que dio carta de naturaleza a las *Charities* tuvo, precisamente, como causa una cuestión de poderes públicos de intervención precisamente al ventilar un asunto «competencial» entre un Estado o la Federación<sup>44</sup>.

Así, si nos fijamos en el primer aspecto señalado, se formaron tres grandes grupos de Estados con una regulación diferente hacia el fenómeno «no lucrativo». Un primer grupo con una regulación muy acogedora a cualquier forma y fin; otro segundo conjunto con un sistema que las acepta pero de un modo más regulado y supervisado por los poderes públicos en mayor o menor medida; y un tercer grupo de Estados que prácticamente las rechaza como una forma heredada del régimen colonial británico y basándose, a su vez, en la tendencia *ilustrada* a prohibir las manos muertas, las amortizaciones; muy en la línea francesa de combatir los «cuerpos intermedios»<sup>45</sup>.

Esta triple modelización estuvo muy atada, inicialmente, a la pugna entre las dos grandes tendencias sobre la organización general de los EE.UU. La primera sería un intervencionismo público de las autoridades locales sobre la sociedad, a modo jacobino, bajo un modelo territorial más bien confederal, propio del partido *jeffersoniano* o popular. La segunda sería el autonomismo individual, bajo un sistema territorial más federalista —y por lo tanto con unos mayores poderes de la Administración central— como tendencia pro-

<sup>42</sup> H. S. MILLER, *The Legal Foundations of American Philanthropy 1776-1844*, cit., pp. 10-12.

<sup>43</sup> P. D. HALL, «A Historical Overview of Philanthropy...», cit., p. 37 y ss.

<sup>44</sup> *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat.) 518, 636 (1819) <http://supreme.justia.com/us/17/518/case.html>. D. C. HAMMACK, *Making the Non Profit Sector in USA. A Reader*, Indiana University Press, Bloomington, 1998.

<sup>45</sup> P. D. HALL, «A Historical Overview of Philanthropy...», cit., pp. 36-37.



veniente de un liberalismo de la propiedad y los derechos individuales tipo lockiano, propio del partido *hamiltoniano*<sup>46</sup>.

Por otro lado todo ello también está conectado con las diferentes características de la filantropía regional según las comunidades sociales y religiosas que formaban parte propia de cada región o Estado. Así, por ejemplo, las zonas de influencia española, más «institucional» por ser más dependiente de las autoridades públicas y la Iglesia católica; frente a otras zonas más autonomistas y auto-prestatorias, más derivados de la ética «protestante», bajo las muy diversas caracterizaciones que allí tuvo<sup>47</sup>. Pese a que este debate es muy inicial, en cambio esta regulación se mantiene durante todo el siglo XIX y aún se aprecian sus consecuencias. Todo ello convergió con las fortísimas inmigraciones del último tercio del siglo XIX y la enorme expansión industrial y territorial, produciendo un modelo «no lucrativo» de una riqueza y extensión extraordinaria, que no es posible recorrer<sup>48</sup>.

Una segunda causa, mucho más precisa en términos legales que todo lo anteriormente expuesto, eclosiona gracias a un asunto derivado de la pugna Estados-federación. Se trata del Caso *Trustees of Dartmouth College vs Woodward* (1819). Si bien por ser tan temprano no representa todo lo antes apuntado sí sirvió de pauta posterior para su desarrollo, pues se convirtió en el paradigma sobre la naturaleza político-social de las «fundaciones» en EE.UU. Se trata de un momento crucial en la Historia de la fundación americana por varios motivos:

El primero es que dilucidaba la forma jurídica que *vectorizaba* el fin caritativo. La forma era un *Trust* que quería transformarse en una *Corporación*, en este caso caritativa. El fin caritativo era en este caso educativo; una de las cuatro cabezas de la *Charity* en la legislación británica<sup>49</sup>. Como tal corpora-

<sup>46</sup> G. S. WOOD, *The Creation of the American Republic 1776-1787* (escrito en 1969), University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1998, pp. 222 y ss. Con respecto a las *Charities* R. H. BREMNER, *American Philanthropy*, Colección *The Chicago History of American Civilization* (dir. D. J. Boorstin), University of Chicago press, 2.ª ed., 1988, pp. 40-71. P. D. HALL, «A Historical Overview...», cit., pp. 33-36.

<sup>47</sup> Para el modelo originario de tipo protestante, en relación con otras confesiones y sus aportaciones posteriores, puede verse, recientemente K. D. MCCARTHY, *American Creed. Philanthropy and the Rise of Civil Society 1700-1865*, cit., pp. 14-55. Para otros modelos, es importante M. J. OATES, *The Catholic Philanthropic Tradition in America*, Indiana University Press, Indianapolis, 1995.

<sup>48</sup> O. ZUNZ, *Philanthropy in America...*, y W. I. TRATTNER, *From Poor Law to Welfare State...*, cit.; ambos en su totalidad.

<sup>49</sup> «First, relief of the indigent; secondly, the advancement of learning; thirdly, the advancement of religion; and, fourthly, "which is themost difficult, the advancement of objects of general public utility": *Morice vs. Bishop of Durham*» (1805), 10 Vols. 522-531. Doctrina legal originada como



ción, pues, quedaría protegida por la responsabilidad limitada que le otorga su naturaleza como *artificial person*<sup>50</sup>. Lo cual, además, exigía un cambio contractual (cuestión de competencia federal, no estatal).

El segundo, político, es el que nos interesa a los efectos expuestos y al que se llega de modo casi agónico, cuando el proceso estaba prácticamente perdido. En este caso el intento por parte del gobierno del Estado de corte jeffersoniano —y por lo tanto más jacobino o *afrancesado*: mayor intervención pública y menos «cuerpos intermedios»— por obtener el control del *Trust* y de su gobierno, mediante una intervención soberana. Lo cual se entiende que es inaceptable, dirá el Tribunal, por las siguientes razones básicamente: primero porque en la regulación de los contratos corporativos —cuestión sobre la que estrictamente versaba el asunto, tal particular— la federación guarda una competencia propia que en este caso, según ellos, habían invadido las autoridades del Estado, dicho sea en nuestros términos<sup>51</sup>. Y segundo porque, de manera indirecta —pero recogiendo esa filosofía política de fondo que existía ya en EE.UU. y antes ha sido descrita— su Corte suprema señala, por la voz de este Juez, el profundo rechazo que le causa un excesivo intervencio-

---

un modo de concretar en cuatro «tipos» los ejemplos caritativos del preámbulo del Estatuto Elizabeth (1601) y consolidada definitivamente en las «Cuatro cabezas» de la caridad, del Caso Pemsel (1891): *Income Tax Special Purposes Commissioners vs. Pemsel*, 1891, A. C. 531-538.

<sup>50</sup> Lo cual le sirvió al Juez Marshall para sentar, *obiter dictum*, un cuerpo de doctrina fundamental precisamente sobre la naturaleza jurídica de la «corporación»: «*An intellectual body, created by law, composed of individuals united under a common name, the members of which succeed each other, so that the body continue always the same, notwithstanding the change of the individuals who compose it, and which, for certain purposes, is considered as a natural person*». Más adelante, refiriéndose en concreto a este tipo de corporación de fin caritativo, añade: «*A corporation is an artificial being, invisible, intangible and existing only in contemplation of law. Being the mere creature of law, it possesses only those properties which the charter of its creation confers upon it, either expressly or as incidental to its very existence. These are such as are supposed best calculated to effect the object for which it was created. Among the most important are immortality, and, if the expression may be allowed, individuality; properties by which a perpetual succession of many persons are considered as the same, and may act as a single individual. They enable a corporation to manage its own affairs, and to hold property without the perplexing intricacies, the hazardous and endless necessity, of perpetual conveyances for the purpose of transmitting it from hand to hand. It is chiefly for the purpose of clothing bodies of men, in succession, with these qualities, and capacities, that corporations were invented, and are in use. By these means, a perpetual succession of individuals are capable of acting for the promotion of the particular object, like one immortal being*». *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat.) 518, 636 (1819).

<sup>51</sup> Cuestión que, en particular, constituía el objeto de la *litis*. Para un estudio de todo el caso: M. D. MCGARVIE, «The Dartmouth College Case and the Legal Design of Civil Society», en L. J. FRIEDMAN y M. D. MCGARVIE, *Charity, Philanthropy and Civility in American History*, Cambridge University Press, 2003, pp. 105-106.

nismo del gobierno en las instituciones privadas que actúan en pro del bien general, como esta fundación<sup>52</sup>.

Esto supuso, a efectos políticos, sociales y jurídicos generales una suerte de temprano y sólido triunfo, uno más, del modelo *federal* hamiltoniano sobre el republicanismo *confederado* jeffersoniano<sup>53</sup>. Todo lo cual produjo, pues, un efecto colateral e indirecto muy interesante a nuestros efectos, será el poder federal el que, al cabo de muchos años, se acabe arrogando un poder regulatorio unificador sobre el fenómeno «no lucrativo». Y lo hará, lo ha hecho, por la única vía en que tiene una competencia realmente sustantiva, la fiscal. De ahí arranca, pues, la fuerza que actualmente tiene la legislación fiscal federal en materia, precisamente, de fines *caritativos*.

Lo cual muestra que, entre tanta variedad, el propio sistema, de manera digamos «natural» —cuanto de natural puede tener estas consideraciones sobre la intervención pública— haya producido una cierta unificación-identificación, muy tardía, por una vía singular cual es la legislación fiscal federal. Lo cual nos conduce al nacer de la fundación.

### c) Nacimiento de la «fundación» americana moderna

Tal y como he recogido, la «fundación» no es en los países derivados del *Common Law* una institución jurídica, estrictamente hablando. Las figuras jurídicas *stricto sensu* son otras, *Trusts* y corporaciones, principalmente. La «caridad» (*Charity*) es, pues, una intención, un fin, una institución vital de origen británico que, junto con ellos, forma una estructura social para fines caritativos, filantrópicos, altruistas. Para ello recaudan o reúnen fondos de diversos modos y maneras, hacen *fundraising*<sup>54</sup>. Pero no son, nominalmente, fundaciones en nuestro sentido.

<sup>52</sup> Esta es la doctrina más de fondo que subyace en todo el caso y permite sostener que estamos ante uno de los más importantes casos en la Jurisprudencia americana; pues se señala que la voluntad popular tiene otros muchos medios para manifestarse diferentes a los puramente electorales; que el interés público está en manos, también, de los sujetos privados, P. D. HALL, *A History of Nonprofit Boards in the United States of America*, Board Source e-book series, 2003: [http://www.boardsource.org/dl.asp?document\\_id=11](http://www.boardsource.org/dl.asp?document_id=11) (2010), p. 12.

<sup>53</sup> H. S. MILLER, *The Legal Foundations of American Philanthropy 1776-1844*, cit., pp. 21 y ss.

<sup>54</sup> La ausencia de tal abstracción —del mismo modo a como ocurre en Inglaterra— sobre la «fundación», ha imposibilitado un marco conceptual unívoco, claro y distinto. Por eso puede hablarse de una triple visión de la fundación: 1) la *fundación-acción*, que es el *fundraising* y la acción caritativa; 2) la *fundación-institución social*, bajo la cual situaríamos los diversos tipos de fundaciones que veremos; y 3) finalmente la *fundación-institución jurídica*, que no conocen salvo bajo el aspecto fiscal. B. R. HOPKINS, *The Tax Law of Charitable Giving*, 3.<sup>a</sup> ed., Wiley & Sons, New York, 2005, pp. 1-3.

De ahí, en definitiva, que surgiera con tanto peso y fuerza allí —y no aquí— toda la conceptualización doctrinal de las Organizaciones sin ánimo de lucro (*Non Profit Organizations*, en adelante NPOs); las cuales forman un complejo entramado que, históricamente, ha ido recogiendo entes muy diversos en su origen, fines, medios y naturaleza; si bien el nombre NPOs ha aparecido más o menos recientemente, en torno a los años 70 y 80 del siglo xx<sup>55</sup>.

A lo largo del siglo xix y xx, fueron apareciendo todo tipo de organizaciones, especialmente las *Public Charities*, normalmente organizaciones fundadas por corporaciones, comunidades diversas para prestar tales servicios de interés general. Ni tampoco existió —con gran fuerza— la, digamos, filantropía «privada». Una persona física o una familia, a veces una persona jurídica, que dota un fondo (*Endowment, Fund*) para uno o varios fines de interés general, determinados o no de antemano. A tal efecto instituye una organización que, usualmente, bajo la forma de un *Trust*, «gobierna» y dirige, habitualmente con presencia de algún tipo de representación de la propia familia, el destino de estos bienes, otras organizaciones caritativas o sociales de «interés general», proyectos públicos, otras fundaciones privadas, etc. En algunos casos tales fundaciones se embarcan ellas mismas en la realización de tales proyectos, aunque lo normal es que sean simplemente fundaciones donantes.

Tal acumulación de dinero en manos privadas tuvo varias «razones» para convertirse en EE.UU. en un nuevo punto de apoyo del sector «filantrópico». En primer lugar la ya fortísima y asentada tradición privada en pro del interés general. En segundo, base del anterior, la propia necesidad de prestar tantos bienes de interés general por parte del «sector privado»; unido a ello, como ya recogimos, el recelo hacia la intervención pública (y, por todo ello un sector público tímido, renuente y falto de identidad). En tercero, y también concatenado a todo lo anterior, un clima fiscal beneficioso: inicialmente por la ausencia de regulación; luego por una legislación que favorece las donaciones (y poco a poco la deducción por donación caritativa), el establecimiento y financiación de fundaciones, los *Trust* caritativos, etc.<sup>56</sup> Aun con sus

---

<sup>55</sup> Gracias, sobre todo, al esfuerzo del equipo de Lester M. Salamon con los estudios sobre el NPO Sector publicados entre los 80 y 90 por la John Hopkins University. Tal nombre, en todo caso, carece de una identidad jurídica estricta, J. J. FISHMAN, «The Nonprofit Sector: Myths and Realities», en *Pace Law Faculty Publications*, paper 493 (2006). Una visión reciente sobre el NPS, L. M. SALAMON, *The State of Non Profit America*, cit., pp. 3-15, de modo especial.

<sup>56</sup> La evolución básica puede verse en O. ZUNZ, *Philanthropy in America: A History*, cit., pp. 100 y ss.; E. BRODY y J. J. CORDES, «Tax Treatment of NPO: A Two Edged Sword», en E.

avatares, las líneas maestras del sistema fiscal vigente, con grandes modificaciones, se establecieron en 1916 (aunque la primera regulación del IRPF fue de 1894). Antes puede decirse que estas instituciones, y toda la filantropía en general, campaban en un ambiente más que proclive, con una regulación estatal de las figuras jurídicas más bien ligera y sectorial y, finalmente, con una legislación fiscal federal impulsora. Pero, debemos añadir, la legislación fiscal ni lo crea ni lo produce; sino que lo impulsa o refuerza porque la fuerza ya estaba ahí<sup>57</sup>.

Durante mucho tiempo, numerosas instituciones corporativas tipo Universidades, Hospitales, Iglesias, sistema educativo general, se habían nutrido de grandes fondos provenientes de estos patrimonios privados de tipo fundacional (puede verse en las aulas, laboratorios, etc. que están dedicadas a la familia de cuyo donativo-fundación provienen). Este fenómeno se hizo enorme en el período que transcurre durante finales del siglo XIX y comienzos del XX, cuando numerosas personas asentadas o llegadas a los EE.UU. se hacen ricas o muy ricas. Es el denominado filantropismo profesional de Sage, Carnegie, Rockefeller, Ford, Frick, y tantos otros<sup>58</sup>. Tendencia hoy seguida por Bill & Melinda Gates, Soros, W. Buffet, entre otros muchos<sup>59</sup>.

Por todo ello puede decirse que aunque la aparición de la «fundación privada» es relativamente moderna<sup>60</sup>, tal institución recoge, en sí, de un modo un tanto singular por las condiciones socioeconómicas en las que surge, el espíritu de las «antiguas» formas fundacionales, según las tradicionales actividades «caritativas» (*Charitable uses*) modificando su forma de ser y actuar. Así lo señala, en cierto modo HAMMACK, «*From their first appearance shortly after 1900, foundations have placed their most important roles as reinventors of the nonprofit sector, as reshapers of nonprofit institutions, as organizers of new nonprofit institutions*»<sup>61</sup>.

---

T. BORIS y E. STEUERLE, *Non Profit Organizations and Government. Collaboration and Conflict*, Urban Institute, 1999, pp. 143 y ss.

<sup>57</sup> J. L. FLEISHMAN, *The Foundation. A Great American Secret (How Private Wealth is Changing the World)*, Public Affairs, 2007, *in toto*.

<sup>58</sup> L. J. FRIEDMAN y M. D. MCGARVIE, *Charity, Philanthropy and Civility in American History*, cit., *in toto*. O. ZUNZ, *Philanthropy in America...*, cit., pp. 294 y ss.

<sup>59</sup> Para ello, puede verse M. BISHOP & M. GREEN, *Philanthrocapitalism. How Rich Can Save the World and Why We Should Let Them*, A y C. Black, London, 2008.

<sup>60</sup> W. A. NIELSEN, *The Big Foundations*, Columbia University press, New York, 1972, en su conjunto.

<sup>61</sup> D. C. HAMMACK, «Foundations in the American Polity 1900-1950», *Foundations in the American Polity 1900-1950*, en E. C. LAGEMANN, *Philanthropic Foundations*, Indiana University Press, Indianapolis, 1999, pp. 44-45. Y, más ampliamente J. L. FLEISHMAN, *The Foundation...*, cit., *in toto*.

Así pues, entrado el siglo XX este fenómeno de las fundaciones privadas instituidas por grandes «mecenas» pasa a ser de las corporaciones y *holdings* (filantropía corporativa), que en cierto modo inauguró Ford<sup>62</sup>; «the *business of benevolence*» lo denomina BREMNER<sup>63</sup>. Estas nuevas «fundaciones» se mueven desde su típica naturaleza originaria de «cuerpos voluntarios» hacia el de auténticas organizaciones profesionales<sup>64</sup>, que trasladan la «cultura de *management*» de la empresa matriz a su propia gestión, tanto en el funcionamiento hacia sus empleados, como hacia la sociedad en su conjunto como, última-mente, un activo más de su *marketing*<sup>65</sup>. Esto ha transformado las fundaciones desde unas instituciones dirigidas de forma *amateur*, como sería lo típico de las *Public Charities* —aunque cada vez en menor medida—, hacia una forma de funcionar mucho más profesional; creando el denominado *nonprofit management*, que se hizo fuerte en los años 80<sup>66</sup>.

Tal fue, y es, el impulso de estas «fundaciones privadas» que, como ense-ñada veremos en detalle, forzaron —y a su vez fueron forzadas por— varios cambios legislativos. Primero, en 1916, al ser aceptadas de modo pleno y quedar igual de aventajadas fiscalmente que las comúnmente aceptadas insti-tuciones caritativas operativas de tipo *Public Charity*, cosa que había ocurrido con la regulación del *First Income Tax* en 1894<sup>67</sup>. Segundo porque acabaron siendo reguladas de modo más ordenado y completo, en los años 50 y, sobre todo, en 1969.

Hasta la aparición del hoy omnipresente concepto «*Non Profit Organiza-tions*», el nombre que se dio al conjunto, comúnmente, aunque fuera por un

---

<sup>62</sup> T. KESSNER y A. ROSENBLUM, *American Philanthropy, the State and the Public Sector 1890-1970*, University of Indianapolis, 2000, pp. 19 y ss.

<sup>63</sup> R. H. BREMNER, *American Philanthropy*, cit., pp. 116 y ss.

<sup>64</sup> P. FRUMKIN, «Private Foundations as Public Institutions. Regulation, Professionalization, and the Redefinition of Organized Philanthropy», en E. C. LAGEMANN (ed.), *Philanthropic Foundations*, Indiana University Press, Indianapolis, 1999, pp. 69 y ss.

<sup>65</sup> M. E. PORTER y M. R. KRAMER, «The Competitive Advantage of Corporate Philan-thropy», en *Harvard Business Review* Vol. 12, núm. 80 (2002), pp. 69-89. A. ARGANDOÑA, «Economía de Mercado y responsabilidad social de la empresa», en *Papeles de Economía espa-ñola*, núm. 108 (2006), pp. 2-9. De ahí se progresivo crecimiento de la «sensibilidad social» de la empresa y de su compromiso con causas filantrópicas locales y globales, que ya es masiva *Volunteering in Cross-National Perspective: Evidence From 24 Countries*, L. M. SALAMON AND S. WOJCIECH SOKOLOWSKI (<http://www.jhu.edu/ccss/pubs/pdf/cnwp401.pdf>) y los números espe-ciales de la revista *The Economist* titulados *The Good Company* de 22 de enero de 2005) y *The Business of Giving* de 23 de febrero de 2006.

<sup>66</sup> S. R. BLOCK, «A History of the Discipline», en J. STEVE OTT (ed.), *The Nature of the Nonprofit Sector*, Westview, Bolding (Co.), 2001, pp. 105-109.

<sup>67</sup> P. D. HALL, «A Historical Overview of Philanthropy...», cit., pp. 31 y ss.

corto período de tiempo, fue el del sector «fundacional»<sup>68</sup>. De tal manera que pudo haberse convertido éste en el nombre jurídico-social que hoy existe entre nosotros; no fue así en Inglaterra, donde la total ausencia del nombre fundación derivó en que al conjunto siempre se le ha llamado, desde los años 60, *Voluntary Sector*.

Así en alguno de los relativamente pocos numerosos estudios que se elaboraron sobre este tema entre los años 50 y 70 —nada que ver con la gran cantidad actual— EMERSON ANDREWS recogió un concepto «fundación» como el macro-concepto de todo el conjunto (1956)<sup>69</sup>:

«Podemos definir la fundación como una organización no gubernativa, no lucrativa, cuyos fondos los tiene por sí misma, gobernada por sus propios directores o trustees, y establecida para mantener o realizar fines de tipo social, educativo, caritativo, religioso, u otras actividades que sirvan al bien común, principalmente realizando donativos a otras instituciones no lucrativas»<sup>70</sup>.

Luego, Waldemar A. NIELSEN realizó un pionero, y algo crítico, estudio sobre su desarrollo y sus modelos muy poderosos<sup>71</sup>. Durante ese período, tanto HEINMANN como REEVES, en sendos estudios conjuntos de ensayos sobre todo el sistema, defendieron el sistema, de manera especial a la *Private Foundation*, del clima de hostilidad que estaban sufriendo y que fraguó en la reforma del IRS de 1969<sup>72</sup>. Resultó aquella una época difícil, con embates políticos poderosos, no tanto por cuestiones financieras y fiscales, que también, sino por ese cierto clima de hostilidad político-social hacia este tipo de instituciones acusadas de ser un refugio fiscal de dinero de ricos, de «dirigismo» de proyectos, financiación ideologizada, de particularismos, y de sustracción de los controles fiscales públicos, con ventajas inaceptables de carácter fiscal<sup>73</sup>. Cualidades que en los años 60 y 70 se percibían peores a las características propias del modelo público, abierto, democrático y participativo,

<sup>68</sup> Y así (como puede verse en las fechas en que fueron escritos) E. EMERSON ANDREWS, *Philanthropic Foundations*, Rusell Sage Foundation, New York, 1956. W. A. NIELSEN, *The Big Foundations*, Columbia University press, New York, 1972. Recordemos que el anterior «gran» tratado sobre las fundaciones había sido, fijémosnos en su título A. G. WARNER, *American Charities. A Study in Philanthropy and Economics*, escrito en 1894, Transaction Publishers, New Brunswick, reimpresión de 1989.

<sup>69</sup> E. EMERSON ANDREWS, *Philanthropic Foundations*, cit., in toto.

<sup>70</sup> F. EMERSON ANDREWS, *Philanthropic Foundations*, cit., p. 11.

<sup>71</sup> W. A. NIELSEN, *The Big Foundations*, cit., 1972.

<sup>72</sup> T. C. REEVES (ed.), *Foundations Under Fire*, cit. F. F. HEIMANN (ed.), *The Future of Foundations*, Columbia University press, New York, 1973.

<sup>73</sup> Por todos, aunque la bibliografía es abundante S. U. RAYMOND, *The Future of Philanthropy. Economics, Ethics and Management*, Wiley & Sons, 2004, pp. 21-81.

universal y regular que sería propio del Estado social de corte europeo, donde todas estas prestaciones las realiza o al menos dirige el Estado<sup>74</sup>.

Pero es precisamente debido a esta poderosa regulación que sufren en 1969, por lo que se ha señalado, que las fundaciones americanas toman verdadera conciencia de sí mismas. Es ahí donde se establecen como el epitome moderno de la empresa caritativa filantrópica y, en consecuencia, asientan las bases del imparable crecimiento del fenómeno filantrópico fundacional —tanto en su versión *Private Foundation* como *public charity*— de los años 80 y 90 del siglo xx. Y donde, a pesar de todo ello, se han convertido, también, en un poderoso *lobby*<sup>75</sup>. De tal manera que este sector, a día de hoy, es parte del mapa de los EE.UU., su sistema económico privado, social y público no pueden entenderse sin todo este conjunto<sup>76</sup>.

Por lo tanto, puede señalarse como este preciso final de los años 60, comienzo de la década de los 70 como el parteaguas de la fundación americana. Ahora señalaremos cuál será la causa jurídica concreta de estos hechos, enlazando lo antes expuesto —la federalización del modelo «fundacional»— con este más conceptual; pues en tal momento nacerá ya, en términos jurídicos —aunque sean parciales— la «fundación privada».

### C) *La aparición conceptual de la «fundación privada»*

Descendemos, pues, desde las teorizaciones histórico conceptuales hacia el momento concreto en el que se produce un hecho que ha determinado el futuro jurídico del sector no lucrativo en los EE.UU., que acaba de ser apuntado.

A resultas del clima de recelo antes señalado, de las críticas hacia las fundaciones privadas, del atractivo del consolidado modelo social europeo, de un sector público fuerte en busca de más recursos y de otros factores políticos, el Congreso realizó una serie de investigaciones y encuestas sobre el conjunto del sector no lucrativo —entonces, insisto, todavía no nominado de tal manera—, fijándose especialmente en las *fundaciones privadas*. De las muchas

<sup>74</sup> Sobre aquel período F. F. HEIMANN (ed.), *The Future of Foundations*, cit., *in toto*. También J. J. FISHMAN, *The Faithless Fiduciary...*, cit., pp. 286-298. Algunos ecos pueden verse en J. ROELOFS, *Foundations and Public Policy (The Mask of Pluralism)*, State University of New York Press, 2003, *in toto*.

<sup>75</sup> Por todos, P. D. HALL, *Inventing the Nonprofit Sector and Other Essays on Philanthropy, Voluntarism and Nonprofit Organizations*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1992, pp. 87 y ss., 201-205.

<sup>76</sup> O. ZUNZ, *Philanthropy in America...*, cit., pp. 297 y ss. M. O'NEILL, *Non Profit Nation. A New Look at the Third America*, Jossey-Bass, San Francisco, 2002, *in toto*.



recomendaciones que se hicieron al Gobierno para legislar, las más importantes derivaron en la gran reforma del Código fiscal de 1969 relativa a las fundaciones<sup>77</sup>. Regulación que, con ligeras variaciones, sigue vigente.

Esta reforma es importante, en lo que ahora respecta, no tanto porque suponga una mejor o peor regulación fiscal de la imposición de las actividades, donativos, patrimonio y actividades de un determinado tipo de actividades sino por otros motivos más profundos.

El primero es la categorización que realiza de las fundaciones; en particular la definición de las «fundaciones privadas». Por primera vez estas instituciones sociales sin una forma jurídica concreta adquieren cierta carta de naturaleza jurídica. Se trata de una naturaleza jurídica singular pues es únicamente fiscal. Por lo que tales instituciones no dejarán de tener, luego, su veste jurídica; *Trust*, *Corporation*, *Association* o incluso otras, cuya regulación será de cada Estado (aunque se aprecia una progresiva homogeneización de los códigos legales de este tipo de formas entre todos los Estados)<sup>78</sup>.

El segundo efecto, en gran medida derivado del anterior, es que se ofrece una «definición» —a la que enseguida llegaré— de la «fundación privada». Aunque, como también veremos, se trata de una definición cuanto menos catalogaba como *sui generis*. Y que junto con tal definición y como parte casi inescindible a ella, viene un conjunto de condiciones, los fines u objetivos posibles —por ser fiscalmente beneficiados—; la adecuación, estática, de la organización a tal listado de fines; el posterior esfuerzo de la autoridad fiscal por examinar operativamente en el día a día de las actuaciones de la fundación, que cumplen con tal fin de interés general y todas las condiciones exigidas para mantener el *status* fiscal beneficioso.

---

<sup>77</sup> Así, el Congreso estudió en dos ocasiones el sistema «fundacional», en especial la filantropía privada. La primera fue la *Peterson Commission*, cuyos trabajos finalizaron en 1969 y que promovió la gran reforma del *Internal Revenue Code* (Código Tributario) de ese mismo año. La segunda en la *Filer Commission on Philanthropy and public Good* (1973-1974) que condujo a otra gran reforma del IRC en ese mismo ámbito. Para la historia E. L. BRILLIANT, *Private Charity & Public Inquiry: A History of the Filer & Peterson Commissions*, Indiana University Press, 2000, in toto. El contenido en G. N. SCRIVNER, «A Brief History of Tax Policy Changes Affecting Charitable Organizations», en J. STEVE OTT (ed.), *The Nature of the Nonprofit Sector*, Westview, Colorado, 2001, pp. 126 y ss. Un análisis más dogmático en P. D. HALL, *Inventing the Nonprofit Sector...*, cit., pp. 13 y ss.

<sup>78</sup> Para ello, J.-C. ALLI, *La fundación, ¿una casa sin dueño?...*, cit., pp. 232-243. De manera más reciente, también se propugna la extensión y uso de la *Limited Liability Company*, aunque surgen muchas más dudas en cuanto a su acomodo R. R. KEATINGE, «LLC and Nonprofit Organizations—For—profits, Nonprofit, and Hybrids», en *Suffolk University Law Review* núm. 42 (2009), pp. 553-585.



El tercero, concatenado con los anteriores, es un efecto indirecto en su causa pero notablemente importante en sus consecuencias: la «federalización» del modelo. En ausencia de una clara —o más bien unívoca— determinación definitoria por parte de la legislación de los Estados, la *vis atractiva* de un modelo centrado en la fiscalidad ha resultado determinante<sup>79</sup>. Esto, como vimos, tiene un origen remoto en el *Dartmouth Case* y la doctrina ahí asentada, pero ha sido a partir del momento señalado en los años 70 cuando se asienta. Todo aquello no tiene efectos solamente de tipo teórico —simplemente cómodo para los *scholars*— pues tenemos un nombre, una identidad, unívoca de «fundación privada» a todos los efectos, también para la regulación realizada por los Estados. Lo cual exige un comentario adicional.

La clave está en que la uniformización —cuando no unicidad— de un régimen jurídico en cuanto a los fines posibles, los objetivos mediatos e inmediatos, las operaciones, las actividades y el gobierno de la fundación, han convertido esta determinación del fin «de interés general» que marca el IRC en el *hecho clave* para su acogimiento como instituciones caritativas por parte de los Estados; y para su continuación (o no) a efectos de tal reconocimiento conforme al régimen fiscal federal. De modo y manera que la autoridad fiscal federal, aunque solamente actúa con efectos jurídicos en su propio ámbito, se ha convertido en el *pontifex maximus* entre la institución privada y la autoridad estatal<sup>80</sup>.

La omnipresencia de la «fundación» —social o jurídica— es la que ha dado al traste, en cierto sentido, la omnicompreensiva concepción teórica del NPS o NPO y ha permitido, finalmente, a algunos autores, volver a hablar, definir y conceptualizar las «fundaciones»<sup>81</sup>, como: 1) Organizaciones *basadas en un patrimonio*, no en un conjunto de personas (como pueden ser las asociaciones). 2) son *de carácter privado*, separadas e independientes de otras posibles formas públicas. 3) son *estructuras auto-organizadas*, es decir, dotadas de algún tipo de órgano de dirección y gobierno. 4) *no distribuyen beneficios* con ánimo lucrativo (lucro subjetivo). 5) *sirven a un interés general* (*public benefit, for*

<sup>79</sup> J. J. FISHMAN, «The Federalization of Non Profit Regulation and Its Discontents», en *Kentucky Law Journal* núm. 99 (2010-2011), pp. 799 y ss. M. SIDEL, «The “Federalization” Problem and Nonprofit Self-Regulation: Some Initial Thoughts», en *Kentucky Law Journal* núm. 99 (2010-2011).

<sup>80</sup> En especial, M. SIDEL, «The “Federalization” Problem...», cit., pp. 783 y ss.

<sup>81</sup> H. K. ANHEIER y S. DALY, «Philanthropic foundations in modern society», en *The Politics of Foundations. A Comparative Analysis*, Routledge, London, 2007, pp. 17-18 (postura que corrige sus propios estudios previos —1997— y que recoge más de diez años de estudios acumulados por estos autores en este ámbito de las fundaciones en perspectiva comparada).

*the public good*). 6) tiene, bajo alguna forma jurídica, *una identidad como «fundación»* y, así, cierta auto-percepción como tales.

Dicho lo cual parece preciso señalar qué definición propone el IRC, en su magna reforma de 1969 a las fundaciones privadas. Esta definición, con todo lo que trae consigo, nos permite su conceptualización exacta, su clasificación y diferenciación con otras figuras para, posteriormente, la explicación de algunos aspectos generales de su regulación. En una segunda parte, como ya se ha anunciado, se entrará al régimen fiscal completo que se deriva de ella. Como he advertido, todo resulta un tanto paradójico pues, como ahora veremos, no existe tal definición.

### 3. Concepto, naturaleza y clasificación de la fundación privada americana

#### A) El concepto y la naturaleza de la fundación privada

Estrictamente hablando, el concepto *Private Foundation* que apareció en la magna reforma del Código fiscal federal realizada en 1969 se realiza por contraste a la *Public Charity*. La paradoja, que anunciábamos, es que el IRC no la define —no parecía existir tal preocupación—, sino que, realmente, lo que hace el IRC es clasificarlas<sup>82</sup>. Lo que parece pretender el IRS es definir qué es una *Public Charity* y no tanto la *Private Foundation*. De tal manera que se sabe qué es esta última por deducción negativa. Además se hace todo ello dentro de un marco legislativo general, pues lo que interesaba era marcar un diferente objetivo fiscal para unas y otras, basado en la necesidad de «vigilar» más a las *Private Foundations* por el ya comentado recelo acumulado sobre los patrimonios privados de ricos para fines caritativos, por decirlo tal y como se veía; sometiéndolas, así, a unas limitaciones mayores en cuanto a las deducciones fiscales<sup>83</sup>.

Es decir, jurídica-fiscalmente las «fundaciones privadas» son, estrictamente, aquellas instituciones de tipo «fundacional» que al realizarse por el IRS el examen de una institución que solicita su aprobación y *status* fiscal, no cumplen una serie de tests que permitiría recogerlas como *Public Charities*. Son, pues, una *no-fundación pública* porque, por determinados criterios que veremos, no pueden —o no quieren— demostrar que cumplen las condiciones y no pasan los tests propios de una *Public Charity*<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> J. J. FISHMAN, «The Nonprofit Sector: Myths and Realities», cit., pp. 303-304.

<sup>83</sup> B. R. HOPKINS, *Non Profit Law Made Easy*, John Wiley & Sons, New Jersey, 2005, pp. 47-48.

<sup>84</sup> Para la definición y características de las *Public Charities* puede verse J. J. FISHMAN y S. SCHWARZ, *Nonprofit Organizations. Cases and Materials*, 4.ª ed., Foundation Press & Thomson-West, Washington, 2011, pp. 712-714, entre otras.

Por todo ello, dado que no existe una definición legal, HOPKINS las describe siguiendo el régimen jurídico, que estaría constituido por las siguientes notas:

1.º Es una institución exenta de impuestos, caritativa, educativa, científica o semejante (sometida, por ello a las reglas de este tipo de organizaciones caritativas).

2.º Está fundada habitualmente con fondos provenientes de una única fuente económica (individual, familiar o comercial).

3.º Cuyos beneficios provienen de un patrimonio-dotación inicial (y que, por lo tanto, se asemeja mucho a un «fideicomiso» permanente y vinculado a un fin concreto: *perpetual tendowment, fund*)<sup>85</sup>.

4.º Y que más que tener un programa propio de actividades, se dedica a hacer donativos a otras organizaciones (son «organizaciones donantes profesionales», dice BOULDING<sup>86</sup>).

La fundación privada sería, en primer lugar —pero sin que tampoco quede totalmente cerrado—, la institución que cumple la segunda característica en relación a las otras dos siguientes<sup>87</sup>. En cambio, las *Public Charities* no tendrían esas tres características de manera general. La primera es una característica *sui generis*, pues se trata de un hecho *ex post facto*, realizado por obra de la Ley.

Así, el IRC *delimita* la fundaciones privadas por la nota prácticamente esencial y única de que reciben su patrimonio, habitualmente, de una única o de un grupo pequeño de personas, físicas o jurídicas, pública o privada, y cuya función principal está constituida para «dar» dinero, no tanto para «actuar» (*giving rather than doing*). En tanto que la *Public Charity* está mejor definida por el propio IRC al asimilar sus fines y formas a la formulación inglesa proveniente del Estatuto de 1601. Su naturaleza, pues, está basada, principalmente, en el carácter prestacional directo, de naturaleza caritativa, con un objetivo universal, naturaleza no lucrativa y, con ello, a las restricciones a sus actividades de participación política y *lobby*, entre otras cosas<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> A. G. WARNER, en 1894 vinculaba la idea de *Charity* a la de *Endowment: American Charities...*, cit., pp. 363 y 389.

<sup>86</sup> K. E. BOULDING, *La economía del amor y del temor*, Alianza Universidad, 1973, p. 39.

<sup>87</sup> B. R. HOPKINS, *The Law of Tax-Exempt Organizations*, 8.ª ed., John Wiley & Sons, New Jersey, 2003, p. 274.

<sup>88</sup> M. O'NEILL, *Non Profit Nation...*, cit., pp. 5-6.

Como ya se ha señalado, una fundación privada tiene tal naturaleza (jurídica) en principio solamente a efectos de la legislación fiscal federal. La naturaleza jurídica *sustantiva* —es decir, el vector jurídico-formal que utilice de modo general; es decir para su operatividad jurídica general— será la que le otorgue la legislación del Estado en que se constituya, *Trust, Corporation, Incorporated Company, Association*, u otras<sup>89</sup>. Bien es cierto, como veremos, que la *vis atractiva* de la legislación fiscal federal hace que los Estados dependan de su clasificación de, al menos, cuatro modos principales.

El primero, en toda lógica, es que al tratarse de una legislación fiscal común para todo el país está teniendo una influencia enorme en términos de homologación general; de estandarización conceptual. El segundo, más concreto, porque los Estados utilizan la delimitación del fin que realizan y la naturaleza concreta —si *Public Charity* o *Private Foundation*— para, posteriormente, determinar la naturaleza caritativa de la organización y su posible clasificación a sus efectos, ahorrándose un esfuerzo que muchas veces no están capacitados orgánicamente de hacer. La tercera, detalle de la anterior, es que la determinación del fin caritativo que a través de los tests que realiza la autoridad fiscal, indudablemente complejos pero exhaustivos, sirven para que los Estados conozcan, de un modo cómodo y barato, ante qué tipo de fin concreto se encuentran y si, por tal motivo, es autorizable o no. Y en cuarto y derivado de los dos anteriores, porque para el control de su evolución se sustenta casi totalmente en el control fiscal que el IRS realiza de modo continuado para supervisar la fundación de que se trate<sup>90</sup>; así la autoridad estatal no se preocupa de crear estructuras propias<sup>91</sup>.

Es por todo ello que puede decirse que estamos ante una clasificación-definición ya casi totalmente aceptada por todos como fundante en la concep-

---

<sup>89</sup> Sobre ello, el estudio más completo es M. R. FREMONT-SMITH, *Governing Nonprofit Organizations. Federal and State Law and Regulation*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2004.

<sup>90</sup> El IRS actúa no tanto como *gatekeeper*, como policía ordinario de la vida de las fundaciones: A. A. DIRUSSO, *American Non Profit Law in Comparative Perspective*, Washington University Global Law Review núm. 39 (2011), 82.

<sup>91</sup> De hecho uno de los grandes debates sobre el control está en qué tipo de estructura de supervisión estatal sería necesario, toda vez que la autoridad a la que le corresponde el control sustantivo, en cada Estado, el *State Attorney*, se ha mostrado poco operativo. Las propuestas —en las que no nos detenemos más— basculan entre órganos ad hoc tipo *Charity Commission* británica o en reforzar algunos ya existentes, o crear estructuras de auto-regulación y control. No parece que ningún legislador lo esté considerando seriamente. Por todos: T. L. HELGE, «Policing the Good Guys: Regulation of the Charitable Sector Through a Federal Charity Oversight Board», en *Cornell Journal of Law and Public Policy*: <http://www.lawschool.cornell.edu/research/JLPP/upload/Helge.pdf>. J. J. FISHMAN, *The Faithless Fiduciary...*, cit., in fine.

tualización de las fundaciones en EE.UU. Ya solo con la boca pequeña se añade que es «solamente a efectos fiscales», máxime cuando ¿qué es más importante, allí como aquí, que los beneficios fiscales de la institución y de las donaciones que recibe? Más aún ¿acaso no se realiza un examen inicial y continuado de la vida, estructura y operaciones de la concreta institución precisamente para iniciar o mantener tal fin fiscal que, así, se convierte en el verdadero «ojo del huracán»?<sup>92</sup>. Recordemos, además, que incluso a efectos de cuantificación, así como de transparencia social —tan fundamental en los EE.UU.—¿Qué otra cosa ha tenido más importancia que los formularios F-990 que completan las fundaciones para saber todo sobre el sector, desde el número de solicitantes hasta las donaciones que aportan, reciben, realizan, operaciones, empleados, etc.

\* \* \*

Por todo lo expuesto puede entenderse la afirmación de FISHMAN & SCHWARZ de que en efecto ninguna norma da a las fundaciones en EE.UU. un significado legal concreto<sup>93</sup>. No solamente eso, sino que, señalan, ni las normas estatales ni federales las llaman así en muchas ocasiones. Por eso simplemente debemos dejarnos guiar por las características que establecen las diversas fundaciones posibles que veremos algo más abajo<sup>94</sup>.

Desde un punto de vista cartesiano, europeo, todas las anteriores definiciones-descripciones —pero especialmente la de qué sea una «fundación privada»— adolecen de una notable falta de precisión. Pero también es cierto que explica muy bien cómo su concepto de fundación no es algo cerrado, sino eminentemente práctico y que, por lo tanto, se produce por acumulación de cualidades; y estas solo cuando tienen efectos fiscales. Es bajo tal acumulación de caracteres cuando puede aparecer un sustrato jurídico que permita la identificación de qué sea una fundación. Así, la bisectriz entre qué sea una fundación pública y una fundación privada no está ni en el fin general —pues ambas lo tienen; ambas son *for the public good*<sup>95</sup>—; ni en su fin concreto —unas y otras sirven también a fines generales concretos—, sino

<sup>92</sup> Y de lo cual se ha quejado recientemente con gran tino y múltiples argumentos R. COLINVAUX, «Charity in the 21<sup>st</sup> Century: Trending Toward Decay», en *Florida Tax Review*, Vol. 11, tomo 1 (2011), pp. 4-69.

<sup>93</sup> J. J. FISHMAN y S. SCHWARZ, *Nonprofit Organizations*, cit., p. 710.

<sup>94</sup> J. J. FISHMAN y S. SCHWARZ, *Nonprofit Organizations...*, cit., pp. 754 y ss.

<sup>95</sup> *The Foundation is paradoxically, both private and public in its nature* (A. PIFER, en *Foundations Under Fire...*, cit., p. 54). T. C. REEVES (ed.), *Foundations Under Fire*, cit., p. 54. E. BRODY y J. TYLER, «Respecting Foundation and Charity Autonomy: How Public is Private Philanthropy?», en *Chicago-Kent Law Review* núm. 85 (2010), p. 574 y ss.;

en cuál sea su origen de iniciativa creativa, quién y cómo realice determinación de sus objetivos y qué haga con sus fondos<sup>96</sup>.

La razón última de todo ello puede situarse en el enorme respeto a la iniciativa privada en su origen, desarrollo y existencia; característica propia de toda la vida social americana. De tal manera que una posible línea definitiva para su catalogación es, apenas, la de sus fines concretos. Si éstos son dirigidos, de algún modo, por su fundador —persona física o jurídica—, es una *Private Foundation*. Pero si tal fin se *autonomiza* —y, por lo tanto, obliga a su gobierno a actuar conforme a él—, entonces estamos ante una *Public Charity*. Es decir, la nota de la heteronomía propia de (nuestra) fundación, no se da —o se da en un grado muy tenue— en la fundación privada; y sí se da —en mayor grado— en la fundación pública americana<sup>97</sup>.

La excesiva disponibilidad nominal que arriba se entrevé, unida a la irrupción del concepto socio-político que abogara SALOMON y otros autores —«sector no lucrativo»—, parece haber abocado el concepto «fundación» a deshacerse entre las manos. El concepto, pues, se nos aparece como una especie de quimera. Dice NIELSEN, sin ambages «*in the great jungle of American democracy and capitalism, there is not more strange or improbable creature than the Private Foundation*», porque la fundación contradice todos los principios del capitalismo, pero, pese a ello, existen, aunque sin unos perfiles cerrados<sup>98</sup>. PARRISH, entre otros, habla, sencillamente, de que una fundación es lo que todo el mundo piensa automáticamente que es una fundación; al igual que un colegio es una institución que enseña, una fundación es una institución que da dinero (*grant-making*)<sup>99</sup>. Para OLECK lo realmente importante es que *se establece un patrimonio* en torno a un fin que supera tal estructura<sup>100</sup>.

## B) *Clasificación de fundaciones privadas*

Además de que la fundación privada no es una entidad jurídica clara de modo sustantivo, tampoco fiscalmente es una figura única. La razón es que se trata de un concepto fiscal desarrollado en contraste con *Public Charity*. De tal manera que los lazos de proximidad entre ambos han producido una

<sup>96</sup> B. R. HOPKINS, *The Law of Tax-Exempt Organizations*, cit., pp. 273 y ss.

<sup>97</sup> J. J. LÓPEZ-JACOISTE, «La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 49 (1965), pp. 601-602.

<sup>98</sup> W. A. NIELSEN, *The Big Foundations*, cit., p. 4 y ss.

<sup>99</sup> T. PARRISH, «¿What is a Foundation?: The Foundation; A Special American Institution», en F. F. HEIMANN (ed.) *The Future of Foundations*, cit., p. 9.

<sup>100</sup> H. L. OLECK, *Nonprofit Corporations, Organizations, and Associations*, 4.<sup>a</sup> ed., Prentice-Hall Inc., 1980, p. 32.

cierta modelización pero también una mezcla de caracteres. No es ésta una clasificación estrictamente legal, como la que existe en Francia, ni tampoco tiene que ver con el vector jurídico que utilice una concreta fundación, sino con el *Endowment*, su origen y el tipo de operaciones que realiza. Es, pues, una clasificación doctrinal de origen fiscal que ayuda a poner orden en una materia tan compleja.

Otra cuestión es necesario señalar que no siempre el nombre indica qué es o qué no es una concreta institución. Si bien es habitual que instituciones denominadas *Trust*, *Endowment* o *Fund* sean, fiscalmente, «fundaciones privadas», en ocasiones ni siquiera aparece tal nombre. En otras ocasiones las fundaciones privadas son sustancialmente *Corporations* o *Companies* (que aparecen, pues, como Co. o como Inc.). Por supuesto todas aquellas figuras pueden ser, a efectos del IRS, *Public Charites*. E, incluso, en los más de los casos se trata de *Trusts* privados, no caritativos, o de corporaciones comerciales.

Recogeremos varios ensayos clasificatorios centrándonos en el que resulta más adecuado y claro.

— En primer lugar puede hacerse una clasificación de acuerdo con el origen del patrimonio o creación de la fundación privada. Siendo interesante, tal clasificación no es verdaderamente concluyente. Según esta clasificación hay<sup>101</sup>:

1.º *Fundaciones independientes*, son aquellas cuyo origen es normalmente individual o familiar. Constituyen el mayor número de fundaciones privadas en EE.UU. Es también el más variado y, por así decirlo, el arquetipo de fundación privada. Esto es así porque recogen la naturaleza variada, singular, original, flexible en sus fines, orientaciones y en el modo de tomar las decisiones. Normalmente el control del gobierno lo tiene la familia o la persona creadora del *Trust* correspondiente<sup>102</sup>.

2.º *Fundaciones corporativas* son aquellas cuyo origen creativo y patrimonial está en una corporación industrial o comercial que la utiliza para llevar a cabo sus actividades de «responsabilidad social» o caritativas en general, normalmente relacionadas con las comunidades de sus trabajadores y para fines educativos, sociales, culturales y asistenciales. Es importante destacar que

---

<sup>101</sup> Para más información J. J. FISHMAN y S. SCHWARZ, *Nonprofit Organizations...*, cit., pp. 706-707. B. R. HOPKINS, *Private Foundation Law Made Easy*, John Wiley & Sons, 2008, pp. 2 y ss.

<sup>102</sup> Para entender claramente este fenómeno, tan americano J. L. FLEISHMAN, *The Foundation...*, cit., pp. 1-33.



en EE.UU. no existe el concepto de fundación-empresa alemana, sino un complejo sistema de actividades comerciales/empresariales relacionadas o no relacionadas (*related business activities*) con el fin de la fundación<sup>103</sup>.

3.º *Fundaciones comunitarias (Community Foundations)*, se trata de fundaciones creadas por comunidades locales, de iniciativa popular (*grass-root*) o mixta público-privadas (*public-private partnetship*), con fondos provenientes de la propia comunidad, o de ayudas públicas, incluso con cuotas por prestación. Están normalmente relacionadas con la prestación de servicios públicos o de interés general en el seno de la comunidad en la que nacen. Suelen ser, habitualmente, *Public Charities* en su naturaleza fiscal; pero al llevar el nombre «fundación» —junto con las *Private Foundations*— y ser un «tipo» socialmente reconocido como tal, muchos autores las recogen en este otro lugar.

— Otra clasificación que se ha propuesto es menos interesante y hace referencia a la extensión del fin que realizan las fundaciones entre fundaciones de fin específico o fundaciones de fines generales (en todo caso fines de «interés general») <sup>104</sup>. No parece idóneo recorrerlas por no tener unos efectos jurídicos en modo alguno determinantes. Lo cual no quiere decir que no sea una clasificación importante por la relación que tiene con la legislación sustancial: en qué Estado y bajo qué figura jurídica se ha registrado, las posibilidades de operar fuera, sus actividades, donativos recibidos, etc.<sup>105</sup>.

— Mucho más concluyente es la clasificación, comúnmente aceptada, de las fundaciones privadas de acuerdo con un cúmulo de criterios sobre la naturaleza de su actuación, su organización, tipo de patrimonio, operaciones, etc. Esta clasificación es realmente importante, en el fondo, porque deriva de la naturaleza fiscal que le otorga el IRC.

1.º *Fundaciones privadas donantes (grantmaking Private Foundations)*, son aquellas que dedican su patrimonio o, mejor dicho, las rentas que produce su patrimonio, a dar dinero para que otras *Public Charities* o *institutions* (Universidades, colegios, hospitales, etc.) presten los servicios de interés general en los que están implicados. Puede decirse que este tipo de fundaciones constituyen el prototipo de «fundación» privada americana, especialmente cuando son, además, de origen familiar. Así son la gran mayoría.

2.º *Fundaciones privadas operativas (Private operating Foundations)*, aunque aún bajo el *status* de la fundación privada tienen unas mejores condiciones

<sup>103</sup> J. C. ALLI, *La fundación, ¿una casa sin dueño?...*, cit., pp. 229-230.

<sup>104</sup> B. CICONTE, *Fundraising Fundamentals*, Jones & Bartlett, 2005, pp. 199.

<sup>105</sup> J. J. FISHMAN y S. SCHWARZ, *Nonprofit Organizations...*, cit., pp. 707-708.



de exención fiscal por cuanto prestan servicios de interés general de un modo similar a cómo lo hacen las *Public Charities*. Así gozan de dos ventajas principales: las deducciones por donativos son idénticas a las segundas; y del requerimiento por distribución de la renta que tenga (y así, no tiene impuestos-sanción por el *net investment income*, y otros pagos menores por actividades; tal y como será explicado en detalle en la segunda parte de este estudio; al tratar sobre los tests que tiene que cumplir esta institución).

Para ser calificadas de tal modo, deben cumplir dos grupos de tests. El primero es obligatorio; en tanto que el segundo grupo es que, al menos, debe cumplir uno de ellos<sup>106</sup>.

— El *income test*, según el cual debe emplear al menos el 85% de su renta en operaciones (el resto lo puede emplear en donativos).

— Junto con el anterior y de modo alternativo entre ellos, debe cumplir, además, al menos uno de estos otros. El *assets test*, según el cual al menos el 65% de su patrimonio, determinado por un conjunto complejo de reglas, está vinculado a finalidades caritativas. El *endowment test*, que exige que regularmente emplee no menos de dos tercios de su *minimum investment return*. O el *support test*, que una parte sustancial de su apoyo lo reciba de los beneficiarios o, al menos, de cinco organizaciones no lucrativas no relacionadas con ella.

3.º *Fundaciones privadas para traslación de fondos (Conduit Private Foundations)*, se trata de un «híbrido» pues es una fundación privada que en determinadas circunstancias y para momentos concretos goza de un *status* similar al de las *Public Charities*. En particular para la deducción por donaciones; cosa que no ocurre con las fundaciones privadas de manera general. Para ello tiene que demostrar en un plazo delimitado al comienzo del año fiscal que ha realizado contribuciones iguales en un 100% a las recibidas, bajo una serie de estrictas condiciones sobre las recibidas y las donadas (origen, destino, condiciones organizativas, etc.).

4.º *Supporting Organizations* y las *Donative publicly supported organizations*, no se trata estrictamente de fundaciones privadas, puesto que son formas que operan y son consideradas fiscalmente como *Public Charities*. Normalmente realizan funciones de apoyo financiero o recepción de donativos para sustentar o soportar instituciones o fundaciones operativas (típico caso de Museos, Hospitales, Universidades y colegios). Aunque introducen elementos de confusión por su identidad parecida a las fundaciones privadas —patrimonio de

---

<sup>106</sup> Para todo ello B. R. HOPKINS, *Private Foundation Law Made Easy*, cit., pp. 8 y ss.

origen individual, carácter donante— o porque se iniciaron como fundaciones privadas, en realidad operan como fundaciones públicas; aunque no están recogidas en el mismo epígrafe del IRC que tales. De tal modo que no son, en modo alguno, fundaciones privadas. Para lo cual pasan una serie de estrictos tests que delimitan muy bien su naturaleza<sup>107</sup>.

Dos Instituciones peculiares; los *donor advise funds* y los *donor-directed funds* aunque tienen también un *status* fiscal singular que, en algún modo, los asemeja a las fundaciones y aunque por su naturaleza pueden parecerse a un *Endowment* o *Trust* para fines caritativos —origen de muchas fundaciones privadas— y pese a que muchos autores los estudian en sede de fundaciones privadas, no son ni sustantiva ni fiscalmente «fundaciones privadas». Realmente se trata de donativos caritativos con orientaciones específicas que, por eso, no pueden ser catalogadas ni substancial ni fiscalmente como fundaciones, tal y como hemos indicado<sup>108</sup>.

C) *La nuevas figuras filantrópicas derivadas de la responsabilidad social de las empresas*

Desde hace unos años se está produciendo cierta polémica doctrinal en torno a la aparición de ciertas figuras que, aparentemente, podían hacer sombra al sector no lucrativo en su conjunto y a las fundaciones en particular. Se trata, principalmente, de formas corporativas con lucro —denominado de «baja lucratividad» o, sería mejor decir, «de lucratividad controlada»— que prestan servicios de interés social. Estas serían sus caracteres más o menos identificables<sup>109</sup>.

—Son corporaciones mercantiles, lo que quiere decir que se establecen y actúan bajo principios de gobierno típicos de la empresa, lo cual les otorga una gran autonomía y libertad operativa.

—En cuanto tales, son entes que buscan obtener lucro, aunque éste puede ser menor del máximo posible, por estar anclado por una finalidad social.

---

<sup>107</sup> Ibidem, pp. 21-26.

<sup>108</sup> Ibidem, pp. 258-267.

<sup>109</sup> R. R. KEATINGE, «LLC and Nonprofit Organizations-For-profits, Nonprofit, and Hybrids», cit., pp. 570-583; y, sobre todo, el artículo que realiza una defensa más ardiente E. POSNER y A. MALANI, «The Case for For-Profit Charities», en *Virginia Law Review* núm. 93 (2007), pp. 2017 y ss.

—Tal finalidad social se engarza en la actual tendencia hacia la «responsabilidad social corporativa»<sup>110</sup>.

—A cambio de toda esa gran independencia de actuación, debida a la ausencia de los típicos controles públicos sobre las NPOs, tampoco gozan de las ventajas fiscales reservadas a este tipo de organizaciones «no lucrativas».

Se trataría, por todo eso, de una suerte de «cuarto sector» situado entre el sector lucrativo y el no-lucrativo; pues comparte elementos esenciales de ambos. Hay quien entiende que tal sector se ha ido abriendo paso últimamente de manera clara. Otros autores, en cambio, consideran que, en el fondo, suele tratarse de estructuras vinculadas a uno u otro sector que, si acaso, ocupan espacios intermedios no realmente diferentes. Prefiero considerar que dado que los tres sectores no son sistemas cerrados y definidos, tampoco existen instituciones puras (con excepciones)<sup>111</sup>.

Este fenómeno ha sido denominado en EE.UU. como el «*For-Profit Philanthropy model*» y en gran medida se consolidó legalmente con la creación por parte del Estado de Vermont en 2008 de la «*Low Profit Limited Liability Company*» (o L3C), empresa lucrativa para fines caritativos. La cual, a su vez, imita la *Community Interest Company* de la legislación británica (2005)<sup>112</sup>.

Como ha ocurrido en otros ámbitos sociales, la estructura concreta de este tipo que hizo saltar definitivamente el debate fue la creación por parte de la empresa Google Inc. de una filial establecida para fines filantrópicos denominada Google.org; *hermanastra* de Google foundation, que sí es una *Nonprofit Organization* típica. Google.org es una corporación de «baja lucratividad» (*Low-Profit Corporation*), constituida para la realización de fines social, pero utilizando estándares de gobierno típicos del tipo empresarial, y a la vez sin que pesen sobre ella todas las limitaciones mercantiles, salariales, de lobby,

---

<sup>110</sup> R. LANG y E. C. MINNIGH, «The L3C, History, Basic Construct, and Legal Framework», en «Symposium: Corporate Creativity: The Vermont L3C & Other Developments in Social Entrepreneurship», en *Vermont Law Review* núm. 35 (Fall 2010), pp. 15 y ss.

<sup>111</sup> Pues, además, también el propio sector no lucrativo —como el público— está continuamente revisando sus pretendidos elementos y estructuras típicas. Los entes no lucrativos buscan lucro mediante actividades comerciales, cobran por servicios; los entes públicos crean fundaciones y establecen empresas mixtas. Y un largo etc. L. H. MAYER, «The “independent” Sector: Fee-for-service Charity and the Limits of Autonomy», en *Vanderbilt Law Review* núm. 65 (Enero 2012), 51.

<sup>112</sup> J. J. FISHMAN, «Wrong Way Corrigan and Recent Developments in the NonProfit Landscape: A Need for New Legal Approaches», en *Fordham Law Review* núm. 76 (2006-2007), pp. 507 y ss.

etc. que recaen los entes no lucrativos<sup>113</sup>. A cambio de todo ello, obvio es decirlo, tal entidad no goza de un *status* fiscal preferente bajo el amparo del apartado 501 (c) (3) IRC para las instituciones que hemos visto; *Private Foundations* o *Public Charities*<sup>114</sup>.

La aparición de este tipo de estructuras aparentemente pone en un brete a los entes no lucrativos «tradicionales» por cuanto realiza lo mismo que tales, pero de un modo mucho más autónomo, ágil y libre. Es decir, sin los denominados «*Agency Costs*» o costes derivados de las estructuras burocráticas o no lucrativas en las que hay una mediación de personas y estructuras excesiva entre el dinero y el objetivo<sup>115</sup>.

Se trata, también, de una estructura atractiva —sobre todo si obtiene, a resultas de lo que veremos, un *status* fiscal beneficioso— para algunos negocios que, por diversas razones, están en un período de crisis identitario y de modelo económico. Tal es el caso, en particular, de dos sectores: El primero sería el de los Hospitales que no quieren ser entes no-lucrativos por los límites que tal *status* tiene, pero, a la vez, convertirse en entes totalmente lucrativos no les conviene por razones de identidad social y de fiscalidad<sup>116</sup>. El segundo es el de la prensa escrita —como el *New York Times*; periódico que, por cierto, ha puesto mucha atención en todo este debate— cuyo «modelo» está en una crisis evidente por una más que notable ausencia de lucratividad en tal negocio. Así, si lograra identificar su prestación como algo «altruista», y obtuviera beneficios fiscales por ello, su viabilidad podría quedar mejor encaminada<sup>117</sup>.

Evidentemente, como siempre ocurre, una vez se han asentado y conforme van mostrando su éxito en el modo de acometer los fines de interés

---

<sup>113</sup> D. B. REISER, «For-Profit Philanthropy», en *Fordham Law Review* núm. 77 (April 2009), pp. 2437 y ss.

<sup>114</sup> T. KELLEY, «Law and Choice of Entity on the Social Enterprise Frontier», en *Tulane Law Review* núm. 84 (December 2009), pp. 337 y ss.

<sup>115</sup> Que es una de las bases conceptuales sobre las que se asientan gran parte de las razones de existencia del sector no lucrativo y, ahora, sobre las cuales gravita su crítica, como veremos un poco más adelante. Tal tesis fue expuesta por H. HANSMANN, «The Role of Nonprofit Enterprise», en *The Yale Law Journal* Vol. 80, núm. 5 (1980). Desarrollada en R. ATKINSON, «Altruism in Nonprofit Organizations», en *Boston College Law Review* núm. 31 (May 1990), pp. 501-638.

<sup>116</sup> Es decir, saben que el carácter «no lucrativo» les otorga, por su naturaleza, un atractivo de la confianza, un *warm glow*. Sobre ello: U. RODRIGUES, «Entity & Identity», en *Emory Law Journal* núm. 60 (2011), 1271-1276.

<sup>117</sup> Por todos N. USHER y M. D. LAYSER, «The Quest to Save Journalism: A Legal Analysis of New Models for Newspapers From Nonprofit Tax Exempt Organizations to L3Cs», en *Utah Law Journal* 2010, pp. 1315 y ss.

general y una gran eficiencia en su gobierno, lo que ha ocurrido a continuación es que han empezado a demandar, poder acceder a los mismos beneficios fiscales que las NPOs. Basándose, principalmente, en que la teoría de los «Coste de agencia» (*Agency Cost*) señala que cuando hay lucro el control de quienes deben lucrarse de la eficiencia de la organización y las operaciones hace que esta tenga menores costes y sea más productiva; por lo que este modelo de «baja lucratividad» haría más atractivo el negocio en pro del interés general. Por eso, sería una elección del mercado más lógica. Y, por ello, debería quedar premiada por las autoridades mediante los mismos incentivos fiscales que tiene el sector no lucrativo<sup>118</sup>.

Dicho de otro modo, ¿por qué no (sería lícito) obtener lucro de la filantropía? ¿acaso el lucro no implica una mejor predisposición para hacer una gestión más efectiva? Si así es ¿no produce eso una mejor filantropía y más fondos para fines caritativos? ¿por qué no habría que dotarles, así, de unos beneficios fiscales adecuados al fin que prestan? Para PALLOTA, uno de sus adalides, la tradicional aplicación del concepto «no lucrativo» a este sector ha tenido como consecuencia un conjunto de limitaciones existenciales y operativas que han dañado su capacidad de emprender y, por lo tanto, de ser mejor y más eficaz, tanto en la obtención de beneficios como en la prestación de servicios<sup>119</sup>.

En definitiva, estamos así ante un modelo que resulta atractivo para aquellas personas o instituciones con capital y espíritu emprendedor que, en otras condiciones, establecerían una fundación privada. De este modo pueden continuar siendo «empresarios» pero volcando sus capacidades en una institución filantrópica o similar y mantener, además, la capacidad de lobby y financiación política que está negada de plano a las *Charities* y *Foundations*. Y, en tal sentido, que puede, borrar las fronteras entre unas y otras. Lo cual supone un reto doctrinal y legal (y fiscal).

Desde que surgió, recibió cierto apoyo doctrinal, que también ha reaccionado posteriormente ante los ataques<sup>120</sup>. Pero, también numerosas, fuertes

---

<sup>118</sup> Son sus principales defensores E. POSNER y A. MALANI, «The Case for For-Profit Charities», cit., pp. 2017 y ss.

<sup>119</sup> D. PALLOTA, *Uncharitable. How Restraints on Nonprofits Undermine their Potential*, Tufts University Press, Massachusetts, 2008.

<sup>120</sup> El artículo más beligerante es el citado de E. POSNER y MALANI. Posteriormente se reconocen algunas contra-críticas en T. KELLEY, «Law and Choice of Entity...», cit., pp. 338 y ss.; y, aunque el artículo es en sí mismo crítico J. R. HINES, J. R. HORWITZ y A. NICHOLS, «The Attack on Nonprofit Status: A Charitable Assessment», en *Michigan Law Review* núm. 108 (Mayo 2010), pp. 1179 y ss.

y muy profundas críticas<sup>121</sup>. Las cuestiones que sus críticos han planteado son múltiples y variadas. Veamos algunas: ¿es esencialmente compatible el ánimo de lucro —lucro *subjetivo*; es decir, aprovechamiento particular del beneficio obtenido— con el fin altruista o filantrópico (pues damos por supuesto que sí es aceptable, existencialmente, el ánimo de lucro *objetivo*, por y para la organización, para dotar de más recursos a la organización, pero sin reparto subjetivo de beneficios)? ¿Es realmente cierta la relación entre la lucratividad y la eficiencia negocial que señalan los defensores? Si es así ¿por qué los usuarios siguen prefiriendo, en casi todos los bienes de «interés general» que la prestación la siga haciendo una estructura no lucrativa, como señalan los contrarios a los anteriores?

Otra de las teorías más desarrolladas que se han argüido para explicar por qué existe el sector no lucrativo es la del fallo prestatorio público y privado. Según esta las NPOs prestan servicios que no prestarían las empresas privadas por no suponer una rentabilidad clara, hay que invertir mucho, arriesgar y, normalmente, no son actividades que puedan generar muchos recursos. El sector público-gubernativo no encuentra en ellas beneficios políticos y electorales; además generan efecto *free-rider*, el servicio prestado tiene un coste alto independientemente de cuántas personas los usen y sin que esto produzca ningún beneficio adicional (por ejemplo, una cadena de radio)<sup>122</sup>. ¿Es compatible esa eficiencia y espíritu lucrativo precisamente con la prestación altruista de bienes de interés general? ¿funcionaría una estructura lucrativa en estos fines, además, en comparación con el poco miedo que suelen tener las estructuras no lucrativas para innovar, emprender acciones atrevidas y, quizá, no rentables; en buscar nuevos modelos de investigación, experimentación, ensayos caritativos, etc.? Dado el concepto del «fallo prestatorio»: ¿es compatible la naturaleza empresarial con la confianza de los beneficiarios de prestaciones sociales recibidas por entes no lucrativos precisamente porque son ellos los que las prestan? ¿o, en consecuencia, incluso con la menor eficiencia en tales prestaciones «no lucrativas» que, por todo eso —por su no—búsqueda de beneficios y eficiencia—, se hacen más humanas?

Además de todas las teorías económicas apenas apuntadas (*Agency-cost*, fallo prestatorio público y privado; *free-riders*, etc.) existe, indudablemente, la necesidad social de recabar, ante tales bienes, algún tipo de subsidio o ayuda

---

<sup>121</sup> Por todos, B. GALLE, «Keep Charity Charitable», en *Texas Law Review* núm. 88 (2010), pp. 1213 y ss.; B. M. LEFF, «The Case Against For-Profit Charity», en *Seton Hall Law Review* núm. 42 (2012), pp. 820 y ss.; y D. B. REISER, «For-Profit Philanthropy», en *Fordham Law Review*, cit., *in toto*.

<sup>122</sup> B. M. LEFF, «The Case Against For-Profit Charity», cit., pp. 828-847.

pública (en forma de prestación pública del bien como en Europa; o en modo indirecto de subsidio por vía imposición leve para los entes no lucrativos). Aparte de las enormes razones sociales, históricas y geográficas que subyacen en la fortísima presencia del sector no lucrativo, especialmente en los EE.UU.<sup>123</sup>. ¿Cómo dar la vuelta a todo ello con una simple figura puntual, quizá hija de una época dorada de las finanzas de un determinado sector o, más en concreto, de una determinada empresa?

Fiscalmente también se han alegado muchas razones que justifican esta naturaleza y sistema propio de las NPOs; las organizaciones no lucrativas reciben un beneficio, mayor o menor, por razón del fin de interés general que realizan. Hasta ahí todo claro. Pero, en cierto sentido, como se ha recogido ¿por qué no aplicarlo también a los entes tipo L3C?, que es lo que nos estamos preguntado. Es a partir de aquí cuando surgen las dudas.

El Fisco ha llegado a este sistema de exención fiscal a lo largo de muchos años, con numerosos cambios legislativos y a lo largo de toda una evolución conceptual que no podemos recoger<sup>124</sup>. En todo ese proceso también el poder público tiene sus razones para estipular estos controles: abarata costes públicos, su sistema de control estandariza unos mecanismos que no podrían hacerse individualmente, etc. Como contrapartida a las ventajas se regularon una serie muy completa de controles, tests y limitaciones al gobierno, estructura, operaciones y funcionamiento de las NPOs, en particular de las fundaciones privadas, que son reflejo de un progresivo deseo de arreglar disfunciones de un sistema por el cual, determinadas actividades de interés general, y las ideas que las sustentan, quedan, en el fondo, subvencionadas de modo indirecto<sup>125</sup>.

Así la transparencia exigida —vía F-990 y otros mecanismos— sobre las actividades, gobierno y economía son consecuencia —y acaban siendo también causa— de la necesidad de dar confianza general al sistema. En cuanto a las limitaciones de actividades políticas, ¿sería aceptable —con todos los matices que deben hacerse— que organizaciones beneficiadas fiscalmente realicen actividades de lobby o presión sobre los poderes políticos y legislativos; o que se conviertan en organizaciones políticas? Sobre las limitaciones de actividades comerciales, pues supondría una gran ventaja competir en el

---

<sup>123</sup> Un resumen general en J. J. FISHMAN y S. SCHWARZ, *Nonprofit Organizations...*, cit., pp. 31 y ss.

<sup>124</sup> C. DOUGLAS DILLON, *Tax Impact on Philanthropy*, *Tax Institute of America*, Princeton, 1972. R. G. HOLCOMBE, *Writing Off Ideas. Taxation, Foundations & Philanthropy in America*, Transaction Pubs, New Brunswick, 2000, ambos en su totalidad.

<sup>125</sup> R. G. HOLCOMBE, *Writing Off Ideas...*, cit., p. 4.



terreno comercial con actividades exentas de tributación o con donativos que así lo están. Acerca de los controles en cuanto a sus fines, operaciones y gobierno: si todo ello debe estar vinculados a tal finalidad de interés general y, por ello, obtienen un beneficio fiscal ¿no es lógico que los controles sean mayores?<sup>126</sup> Máxime, en el caso de las fundaciones, cuando estamos ante un patrimonio vinculado *perpetuamente* a tal fin y, en gran medida, desvinculado del fundador ¿cómo no controlar mejor a su gobierno, *heterónimo* con respecto al fundador/es, y al patrimonio?<sup>127</sup> No digamos nada si tal organización realiza funciones de «interés general» de algún modo subsidiario o en régimen de prestación concedida, o con subvenciones públicas del Gobierno.

También debe tenerse en cuenta que el sector no lucrativo tiene un actor entre el fundador, el donante y el beneficiario —o, si fuera el caso, el empresario en vez de fundador— y este es el sector público. Este es un actor ineludible. Que tiene su interés y agenda. El es quien, al fin y a la postre, vela por el «interés general» que la fundación debe prestar. Todo ello genera un coste de agencia y otros factores económicos que se soluciona muy bien por dos vías: la fiscalización beneficiosa y, a cambio, mediante un conjunto de controles homogéneos y estandarizados<sup>128</sup>. Pero además, estos son sobre la distribución de beneficios y del interés privado (*non-distribution restraint*, y *private inurement*), que son cosas distintas. Si el NPS es una ecuación formada por tres premisas; fin público+no lucratividad y el añadido consecuentemente de la no tasación, la introducción del criterio de la lucratividad no sólo afecta al segundo, sino también al primero, al poder hacer privado un bien considerado como público; y por lo tanto debe afectar, inevitablemente al de la fiscalidad.

En definitiva, todo este conjunto regulatorio ha modelado unas instituciones de perfiles claros. Dicho de otro modo, si todo eso ocurre con las figuras consolidadas por la legislación como entes no lucrativos es por un conjunto muy poderoso de razones. Nada es casual en tal regulación; nada funciona como un «hilo suelto» sino que es parte de un entramado que interacciona hasta formar un sistema. No se pueden tomar unos elementos y no otros; van todos —o, al menos, casi todos— unidos.

---

<sup>126</sup> Para las razones R. G. HOLCOMBE, *Writing Off Ideas...*, cit., pp. 4-8. También: E. BRODY y J. TYLER, «Respecting Foundation and Charity Autonomy: How Public is Private Philanthropy?», cit., pp. 572-574. Para algunos impuestos, de manera especial E. BRODY (ed.), *Property-Tax Exemption For Charities. Mapping the Battlefield*, Urban Institute, Washington, 2002, *in toto*.

<sup>127</sup> Sobre todo ello: B. M. LEFF, «The Case Against For-Profit Charity», cit., pp. 854 y ss.

<sup>128</sup> B. M. LEFF, «The Case Against For-Profit Charity», cit., pp. 865 y ss.



Más lógico parecería, pues, dotar a las L3C, si acaso, de un régimen fiscal con diferencias sobre los entes totalmente lucrativos; pero a cambio, también, de ciertos controles. Mas son, precisamente, tales controles los que han querido evitar pues tales sistemas son parte del conjunto de supuestas «ineficiencias» que, según arguyen, hacen más eficientes, ágiles y capaces a las L3C que a las fundaciones tradicionales para prestar sus nuevos servicios de interés general. Es por eso que, realmente, la burbuja parece haberse pinchado para dar lugar a un régimen legal general y fiscal específicamente previsto para estas figuras. Casi diez Estados han seguido a Vermont; pero ha quedado como una opción más, idónea en algunos casos, pero no idéntica o sustitutiva, en términos reales o conceptuales, a las fundaciones y a los fiscalmente aceptado *Program-Related Investments* (PRIs), o actuaciones empresariales-comerciales de las fundaciones que éstas utilizan para obtener fondos útiles para su fin propio sin sufrir los *excise taxes* por ser consideradas «operaciones mercantiles no relacionadas» (*Unrelated Business Activities* o UBIT)<sup>129</sup>.

\* \* \*

La «fundación» tiene una *identidad* muy clara, aún dentro de un conjunto —el sector no lucrativo— de identidad más que difusa (jurídicamente casi ninguna). Por lo que una *entidad* como la L3C, por más que cobre gran realce y suponga una importante novedad, no puede hacer sombra a tal conjunto identificado jurídica e institucionalmente. *Entidad e identidad* no pueden, como señala RODRIGUES, dañarse mutuamente<sup>130</sup>.

Hay razones más profundas. La filantropía y la caridad son un resorte individual y social de carácter moral, con hondas raíces religiosas, históricas y sociales<sup>131</sup>. Aunque la lucratividad también lo sea, no puede hacer sombra a la primera, pues ambas se han proyectado histórica y socialmente en instituciones diversas, en ámbitos institucionales distintos y diferenciados<sup>132</sup>. Como todo en este mundo, la separación no es nítida y siempre va a ver áreas grises, tierras intermedias, instituciones que combinan ambas, al igual que las personas que las forman. Pero, por eso mismo, una no puede sustituir a la

<sup>129</sup> Sobre PRI y UBIT, B. R. HOPKINS, *Private Foundations Law...*, cit., pp. 167-172; y R. LANG & E. C. MINNIGH, «The L3c, History, Basic Construct, and Legal Framework», cit., pp. 1-2.

<sup>130</sup> La autora señala que no estamos ante cuestiones económicas, sino ante una cuestión de identidad esencial, las NPOs son organizaciones que se identifican, esencial y existencialmente, por el «interés social» y, por eso, no pueden quedar dañadas por entidades particulares: U. RODRIGUES, «Entity & Identity», en *Emory Law Journal*, cit., pp. 1312-1316.

<sup>131</sup> J. J. FISHMAN, «Wrong Way Corrigan...», cit., pp. 604-606.

<sup>132</sup> B. R. SIEVERS, *Civil Society, Philanthropy and the Fate of Commons*, cit., *in toto*.

otra; ambas son cualidades, e instituciones derivadas, nítidamente establecidas y forjadas<sup>133</sup>.

Además, la presencia tan fuerte de la «fundación», su regulación y su progresiva *federalización* conceptual ha producido una figura clara y distinta, muy nítida, de perfiles no acabados pero sí muy establecidos<sup>134</sup>. Acomodarse a ella exigiría cumplir con todos los pasos que la Ley fiscal federal establece (y las normas estatales sobre la sustantividad de la forma jurídica; no obstante han quedado cada vez más olvidados).

## II. La regulación Fiscal de las *Private Foundations*

### 1. *Las Private Foundations como entidades fiscalmente exentas*

Las *charities*, entre de la que se encuentran las *Private Foundations* constituyen la categoría más importante dentro del sector de las *Nonprofit organizations*. La constitución de esas entidades, se realiza bajo la supervisión de leyes estatales y la regulación de los requisitos que deben cumplir estas entidades para disfrutar de la exención en el *Federal Income Tax* se prevén en una ley federal<sup>135</sup>, el *Internal Revenue Code*.

Para poder disfrutar del estatus de entidad exenta, una *Private Foundation* tiene que cumplir los siguientes requisitos<sup>136</sup>:

1.º Tiene que adoptar la forma de *Nonprofit Corporation* o de *Community Chest, Fund Foundation*. A estos efectos, se considera a las *Unincorporated Associations* incluidas en el concepto de *Corporation* y a las *Charitable Trusts* incluidos en el concepto de «*Fund o Foundation*».

2.º Debe perseguir únicamente fines religiosos, benéficos, científicos, seguridad pública, literarios, educativos, de promoción de la competición deportiva amateur nacional o internacional y prevención contra malos tratos a niños o malos tratos a animales.

<sup>133</sup> A. WARE, *Between Profit and State. Intermediate Organisations in Britain and The United States*, Princeton University Press, New Jersey, 1989, pp. 3-25, entre otras.

<sup>134</sup> *Vid.* nota a pie en la página núm. 79.

<sup>135</sup> IRC Sección 501 (c) (3) establece que las entidades exentas deben cumplir los requisitos previstos en la Ley estatal previstos para *Corporation, Trusts* u otras entidades, así como los requisitos fiscales previstos por la norma fiscal federal. En relación con el análisis de estos requisitos véase M. MONTERO SIMÓ, «La regulación de las entidades sin fines lucrativos en Estados Unidos. Especial referencia a su tratamiento fiscal», *Crónica Tributaria*, núm. 135/2010, pp. 159 y ss.

<sup>136</sup> Estos requisitos, previstos en el IRC, se desarrollan en las *Treasure Regulations* 1.501 (c) (3)-1.

3.º El beneficio neto no puede destinarse de ninguna forma a los sujetos que mantienen algún tipo de relación o vinculación con la entidad.

4.º Una parte sustancial de las actividades que realiza, ella directamente o la entidad sin fin de lucro que financia, no puede consistir en actividades de *lobbying*.

5.º Tienen prohibido intervenir en campañas políticas en representación o mostrando oposición, a un candidato a cargo público.

6.º Para que la entidad pueda ser calificada como exenta, tiene que superar lo que la regulación reglamentaria, las denominadas *Treasure Regulations* se prevé como «*the Organizacional test*» y «*the operacional test*»<sup>137</sup>.

El test relativo a la organización (*Organizational test*) contempla los aspectos relacionados con los documentos constitutivos y que afectan a la organización y funcionamiento interno de la entidad (*trust instrument, articles of incorporation or association, charter*). En los documentos que rigen el gobierno de cada entidad tienen que reflejarse:

a) Los fines de la *Private Foundation*, los cuales deben constituir fines exentos según lo previsto en el IRC Sección 501 (c) (3). En esta sección se establece una lista de fines que pueden ser adoptados por las entidades exentas.

b) Las actividades a desarrollar, limitándose a aquéllas que fomentan los fines exentos. En el caso de realizar actividades económicas no relacionadas con los fines exentos estas deben ser «insustanciales».

c) Una cláusula que prohíba el «*private inurement*» y que limite el «*private benefit*».

d) Una «*dissolution clause*» o clausula en la que se prevea el destino de los bienes en caso de disolución de la *Private Foundation*. En ella debe establecerse que los activos de la entidad se destinarán exclusivamente a fines exentos y debe garantizar que en caso de disolución, el remanente será distribuido a una o más de las entidades exentas de la Sección 501 (c) (3) o al Gobierno federal o estatal.

e) Una cláusula prohibiendo la participación en campañas políticas.

---

<sup>137</sup> Según M. FREMONT-SMITH, el *Organizational test* tiene una doble virtualidad. Por una parte, constituye un elemento importante sobre el que basarse el IRS para denegar o revocar la exención y por otra, constituye un instrumento para los Estados al poder demandar a los miembros de los órganos de administración por incumplimiento de lo establecido en los documentos de gobierno de la organización. (*Governing non profit organizations...*, cit., p. 247).

f) Una cláusula relativa al *status* de *Private Foundation* y a las limitaciones legales de estas entidades.

Respecto al test relativo a las actividades u operaciones a realizar por la entidad (*operational test*) básicamente se centra en el hecho de que la organización debe realizar primaria o básicamente actividades directamente relacionadas con el fin exento [*Treasury Regulation* 1.501 (c) (3)-1 (c) (1)]. Se admite que una entidad realice actividades no relacionadas con el fin social, siempre que no sean sustanciales y el beneficio obtenido en dicha actividad, no está exento, constituye el hecho imponible del *Unrelated Business Income Tax*.

Las *Private Foundations* extranjeras también pueden ser reconocidas como entidades exentas. Con carácter general, una *Private Foundation* extranjera no estará exenta, salvo que el Convenio de doble Imposición que haya firmado su país de residencia con Estados Unidos, establezca otra cosa, por lo que experimentará una retención en los rendimientos que obtenga en Estados Unidos del 30%. En algunos convenios para evitar doble imposición firmados por Estados Unidos se reconoce recíprocamente el carácter de exentas de determinadas entidades sin fin de lucro<sup>138</sup>. Un ejemplo de ello es el Convenio con Canadá.

## **2. Las sanciones impuestas por incumplimiento de sus obligaciones mediante excise taxes**

El *Internal Revenue Code* en las secciones 4940 a 4945 regula las denominadas *excise taxes*, sanciones pecuniarias, impuestas en este caso a las *Private Foundations*, a sus directores y en algunos casos a los donantes e incluso a las autoridades administrativas, por distintos tipos de incumplimientos. En estos casos se utiliza el impuesto como sanción<sup>139</sup>.

En algunos supuestos, se prevé una sanción inicial, concediéndose al sujeto un plazo para que corrija, modifique o desista respecto a su incumplimiento y si éste no corrige la situación en el tiempo previsto, se impone una segunda sanción. En el supuesto en que persista el incumplimiento

---

<sup>138</sup> Véase la publication 515 (2013), Withholding of Tax on Nonresident Aliens and Foreign (http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p515.pdf) y publication 901 (04/2013), U.S. Tax Treaties. En ellas se interpreta la regulación del Internal Revenue Code relativa a tributación de no residentes en los supuestos en que exista o no exista convenio de doble imposición (http://www.irs.gov/publications/p901/index.html).

<sup>139</sup> Véase *Excise taxes as penalties* en http://www.irs.gov/irm/part4/irm\_04-024-009r.html

puede llegar a extinguirse la *Private Foundation* y confiscar el Gobierno sus activos.

Veamos distintas *excise taxes* impuestas a las *Private Foundations* como consecuencia de incumplimientos de distinta naturaleza.

A) *Excise taxes impuestas por incumplimientos relativos a autocontratación*

Una de las mayores críticas que han recibido históricamente la *Private Foundations* y que precisamente constituyó el detonante de su regulación en 1969, fue el hecho de que personas vinculadas a la entidad o familiares pudieran usar los recursos de la entidad en su beneficio propio, mediante la realización de contrataciones o negocios jurídicos que los beneficiaban, con independencia de que la entidad se viera o no perjudicada. La única sanción existente era la revocación del *status* de exenta de la fundación y la aplicación de las normas de valoración de operaciones vinculadas para entidades sin fin de lucro; ocurría que incluso aplicando a la operación la norma de valor de mercado, se podían ver beneficiados los sujetos vinculados. Por ello se decidió prohibir las transacciones económicas entre las *Private Foundations* y las denominadas *disqualified persons*, sujetos que por su vinculación directa o indirecta con la entidad podían atraer hacia sí beneficios. A estas operaciones se las calificó como supuestos de autocontratación (*self-dealing*). La prohibición se extendió a cualquiera de ellas, aunque no supusieran un perjuicio económico para la *Private Foundation*, al realizarse a valor de mercado.

Siguiendo a Hopkins y Blazek<sup>140</sup>, podemos definir una *disqualified person*, una persona que no puede realizar operaciones económicas con la *Private Foundation*, como aquella que mantiene una o más relaciones a nivel privado con la *Private Foundation*, sus *trustees* o sus fundadores. En concreto, pueden serlo<sup>141</sup>:

1.º Quienes realizan contribuciones económicas sustanciales, superiores a un 2% del total de las contribuciones<sup>142</sup>.

<sup>140</sup> B. R. HOPKINS y J. BLAZEK, *Private foundations*, John Wiley & Sons, 2013, pp. 137-147.

<sup>141</sup> Se regulan en las secciones 507 (2) (d) y 4946 del IRC y en las Treasury Regulations 53.4946-1 (a) y 1.507-6 (b) (1).

<sup>142</sup> Según el IRS «A *substantial contributor* includes any person who contributed or bequeathed a total amount of more than \$5,000 to the private foundation if the amount is more than two percent of the total contributions and bequests received by the foundation from its creation up through the close of the tax year of the foundation in which the contribution or bequest is received from that person. For a trust, a substantial contributor includes the creator of the trust. However, in no case does the term include a governmental unit».

2.º Los directores, gerentes o aquellas personas que ejerzan funciones de dirección de la fundación.

3.º Quienes tengan una participación superior al 20% de una entidad, sociedad, *partnership*, *trust*, etc., siempre que éstas realicen contribuciones económicas sustanciales en los términos que hemos señalado.

4.º Cualquier familiar de los tres tipos de sujetos señalados en los tres apartados anteriores.

5.º Una sociedad, *partnership* o *trust* en los que más de 35% sea detentado por quienes realizan contribuciones sustanciales, directores, gerentes, quienes tengan una participación superior a un 20% de una entidad que realice contribuciones económicas sustanciales o sus familiares.

6.º Una *Private Foundation* controlada directa o indirectamente por la misma persona que controla la *Private Foundation* en cuestión.

7.º Cargos públicos. Se trata de cargos pertenecientes tanto al poder legislativo, ejecutivo como judicial.

A estas entidades, además de estas prohibiciones específicas, se les aplica la prohibición de *private inurement* y la de *private benefit*, aplicables a todas las entidades exentas<sup>143</sup>. En estos casos la entidad pierde su condición de entidad exenta. En el supuesto en que un sujeto vinculado realice operaciones económicas con la *Private Foundation*, además de la pérdida del *status* de entidad exenta de la entidad, se sanciona al sujeto beneficiado.

La Sección 4941 (d)(1) del *Internal Revenue Code* identifica diferentes tipos de acuerdos o transacciones prohibidos, que son considerados como supuestos de autocontratación<sup>144</sup>:

1.º Las ventas y permutas realizadas entre las *Private Foundations* y personas vinculadas constituye siempre autocontratación, aunque la operación se realice por valor de mercado, incluso aunque la *Private Foundation* se beneficie porque reciba algo por precio inferior al de mercado. Las adquisiciones mediante las cuales quedan gravados bienes o derechos de la *Private Foundation*, si estas asumen una deuda o se constituye un derecho de hipoteca sobre sus bienes, son consideradas a efectos de autocontratación, igual que las ventas o permutas.

---

(Véase <http://www.irs.gov/Charities-&-Non-Profits/Private-Foundations/Substantial-Contributor-Private-Foundation>).

<sup>143</sup> Respecto a dichas prohibiciones, extensión, consecuencias de incumplimiento, véase M. MONTERO SIMÓ, «La regulación de las entidades sin fines lucrativos en Estados Unidos...», cit., pp. 161 y ss.

<sup>144</sup> Véase J. J. FISHMAN y S. SCHWARZ, *Non profit organizations*, cit., pp. 769 y ss.

- 2.º El arrendamiento entre un sujeto vinculado y una *Private Foundation*.
- 3.º Los préstamos, a excepción de que se trate de un préstamo sin intereses realizado por un sujeto vinculado a una *Private Foundation* para el desarrollo de los fines exentos.
- 4.º Suministro de bienes, servicios o instalaciones, excepto si la cesión es gratuita y para los fines exentos.
- 5.º El pago de compensaciones o reembolso de gastos a personas vinculadas, al menos que el pago no sea excesivo y dichas personas hayan incurrido en dichos gastos al prestar un «servicio razonable y necesario» para el desarrollo de los fines exentos.
- 6.º El uso o transferencia de activos o ingresos pertenecientes a una *Private Foundation* por parte de un sujeto vinculado.
- 7.º Cualquier pago que la *Private Foundation* realice a un funcionario del Gobierno, incluso aunque se trate de una cantidad razonable.

Respecto a la *excise tax* impuesta en el supuesto de autocontratación, existen dos niveles de sanción. En un primer nivel se sanciona al sujeto que realiza la operación con la *Private Foundation* (*self dealer*) e incluso en algunos casos se sanciona al directivo que «a sabiendas» representó a la fundación en la operación de autocontratación.

La sanción inicial es del 5% sobre la superior de las siguientes cantidades: el importe a valor de mercado de otro bien igual o similar transmitido por la entidad o el importe a valor de mercado de otro bien igual o similar adquirido por la entidad. Además la operación debe ser deshecha en la medida de lo posible. Si no se anula la operación, se aplica con carácter subsidiario una segunda sanción que consistirá en un 200% sobre la cantidad anteriormente mencionada; sanción que pagará el sujeto beneficiado por la autocontratación. A ello se une, una sanción del 50% impuesta al director de la fundación que se niegue a anular la operación.

B) *Requisitos relativos a la distribución de beneficios y excise taxes como medida disuasoria ante la no distribución del patrimonio de estas entidades*

Si bien con carácter general, se exige que las entidades sin fin de lucro destinen sus beneficios a los fines sociales, al menos en un cierto porcentaje y no acumulen beneficios y activos improductivos, en el caso de las *Private Foundations* existe una normativa específica (Sección 4942 del IRC) que obliga destinar porcentajes más altos.



En concreto, en cada ejercicio fiscal, tienen que destinar a sus fines sociales al menos un importe mínimo, el *minimum investment return*, más algunas cantidades adicionales, menos el impuesto pagado por la realización de actividades económicas no directamente relacionadas con el fin social (UBIT). El *minimum investment return* está constituido por el 5% del valor medio del ejercicio anterior de sus activos valorados en el valor de mercado, no afectos a los fines exentos, menos los gastos en los que se incurrió para su adquisición (Sección 4942 IRC). La diferencia entre activos afectos a fines exentos y no afectos es compleja<sup>145</sup> y determinante a la hora de calcular el importe mínimo que debe ser destinado a actividades o programas que supongan el desarrollo del fin social.

Los importes del ejercicio que excedan de ese 5% se podrán considerar a la hora de satisfacer el importe mínimo a destinarse en los siguientes ejercicios.

En el supuesto en que no cumpla con el porcentaje mínimo relativo al destino de sus ingresos, se le impone una *excise tax* igual al 15% de las cantidades no aplicadas. En el supuesto en que persista el incumplimiento, se aplica una segunda *excise tax* del 100% de la cantidad no distribuida.

Como segundo sistema de control, se prevé una doble *excise tax* sobre los rendimientos de las aportaciones recibidas. Si las cantidades destinadas a fines sociales durante el ejercicio fiscal exceden de la media de las aportaciones realizadas durante los cinco años anteriores más un 1%, la *Private Foundation* pagará un 1% de los rendimientos de las aportaciones recibidas. Si el porcentaje destinado es inferior a la media mencionada más un 1% pagará el doble, un 2% (Sección 4940 e IRC).

Según Sansing y Yetman, con las dos medidas citadas se consigue modificar el comportamiento de las *Private Foundations*. El sistema dual descrito no fue pensado para que modificara el comportamiento de las entidades, se pretendía que fuera neutral. Sin embargo, en primer lugar, induce a la fundación a incrementar sus distribuciones atendiendo a sus fines sociales para lograr aplicar el 1% y en segundo lugar, provoca que estas entidades no realicen altas distribuciones que les llevarían a tener que incrementar las distribuciones de los próximos cinco ejercicios para seguir aplicando el 1%. De manera que se ven inducidas a un pequeño incremento gradual en el tiem-

---

<sup>145</sup> B. R. HOPKINS, quien analiza los activos que integran ese *minimum investment return*, o mínimo rendimiento de la inversión, afirma que la típica inversión en valores, depósitos o rendimientos de capital inmobiliario se integran en ese concepto. (*Private Foundations*, cit., p. 236).

po. Concluyen que el mínimo que se les exige y el sistema de sanción dual juega un importante papel en el comportamiento de las *Private Foundations* en particular en aquellas que emplean pequeñas cantidades en la gestión profesional, no experimenta crecimiento y no reciben más donaciones<sup>146</sup>.

C) *La excise tax impuesta por superar los límites de participación en otras entidades (excess business holding)*

Es frecuente la práctica en virtud de la cual las *Charities*, incluidas las *Privates Foundations*, crean entidades con fin de lucro para realizar actividades económicas, que de ser realizadas por la *Charity* tributarían en el *Unrelated business income Tax* (UBIT) y podrían poner en peligro su calificación como entidades exentas. La *Charity* recibe rendimientos tales como intereses, cánones exentos y deducibles para la sociedad pagadora. Ante esta posibilidad la Sección 512 (b) (13) (A) Internal Revenue Code establece el gravamen de estos rendimientos en la matriz, en este caso la *Charity*, eventualmente *Private Foundation*, sometiéndolos al UBIT, en la medida en que no han sido gravados en la filial<sup>147</sup>.

Esta norma antielusión se aplica cuando la matriz supera determinada participación en la entidad participada. Si la participada es una *stock Corporation*, se considera que la *Nonprofit* ejerce «control» si posee más de un 50% (de forma directa o indirecta) de las acciones; si se trata de un *partnership* o de cualquier otro tipo de entidad se exige que tenga una participación en beneficios de más de un 50% (Sección 512 (b) (13) (D) (i) IRC).

La anterior norma antielusión opera para las *Private Foundations*. A ello se suma una limitación específica cuando la entidad es titular de participaciones de una *Business Enterprise*.

En la Sección 4943 IRC, se establece que una *Private Foundation* y sus donantes más importantes no pueden detentar, de forma conjunta, un participación superior de un 20% de las acciones en una *Corporation* o de un *partnership* que constituyan *business enterprises*.

La definición del concepto de *Business Enterprise* es clave para determinar el alcance de la limitación. Se trata de una entidad que desarrolla una acti-

---

<sup>146</sup> R. SANSING y R. YERMAN, «Governing Private Foundations Using the Tax Law», *Journal of Accounting and Economics*, núm. 41 (2006), pp. 381 y 384.

<sup>147</sup> Sobre la tributación en el UBIT por los rendimientos obtenidos por la entidad participada, puede consultarse M. MONTERO SIMÓ, «La fiscalidad de las *non profit organizations* en Estado Unidos: El disfrute del *status* de entidades exentas y la tributación de sus beneficios empresariales», *Documentos Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 25/2009, pp. 46-47.

vidad empresarial, de venta de bienes o prestación de servicios, no relacionada con los fines exentos de la entidad sin fin de lucro que la participa<sup>148</sup>.

La expresión *business enterprise* no incluye la actividad de la filial o la participada funcionalmente relacionada con los fines exentos<sup>149</sup> o la actividad realizada por entidades en las que al menos 95% de sus ingresos sean ingresos pasivos (dividendos, interés, rentas, royalties, etc.)<sup>150</sup>.

Podemos encontrarnos con *Private Foundations* con participaciones superiores al 50%, siempre y cuando la entidad participada no sea una *Business Enterprise*. En este caso, al igual que el resto de entidades, la *Private Foundation* tendrá que tributar por el UBIT en relación con los rendimientos pasivos, en los términos que hemos comentado anteriormente.

Sin embargo si se trata de un *Business Enterprise* la participación no podrá superar el 20%. En el supuesto en que tenga una participación superior, el incumplimiento de la norma sobre *excess business holding* dará lugar a la imposición de una *excise tax*, igual al 10% del valor total del exceso de la participación, tomándose como referencia el mayor exceso que la entidad haya tenido durante el ejercicio fiscal. En el supuesto en que se persista en el exceso y no se reduzca la participación en el plazo establecido, se exige una *excise tax* adicional del 200% sobre el mencionado exceso.

#### D) *Inversiones que ponen en riesgo a la Private Foundation* (jeopardizing investments)

En teoría los requisitos relativos a la limitación relativa a la participación en otras entidades que desarrollan actividades empresariales, que hemos comentado en el epígrafe anterior y la necesaria distribución o aplicación del beneficio a los fines exentos podrían a priori suponer un garantía de inversión razonable por parte de la *Private Foundation*. Sin embargo ante el riesgo de posibles pérdidas por inversiones excesivas arriesgadas y en definitiva ante el peligro de que puedan ponerse en peligro la consecución de los fines sociales, la Ley prevé limitaciones que tratan de evitar que estas entidades asuman excesivo riesgo en sus inversiones.

La Sección 4944 (a) IRC considera que se ha realizado una inversión arriesgada si los directores de la *Private Foundation* al realizar la inversión no

<sup>148</sup> *Treasury Regulation* 53.4943-10 (a)(1)

<sup>149</sup> En relación con los que se considera actividad empresarial funcionalmente relacionada con los fines exentos de la *Private Foundations*, puede consultarse B. R. HOPKINS, *Private foundations*, cit, pp. 289-291.

<sup>150</sup> IRC section 512 (b) (1) (2) (3) (5).

han actuado «con la diligencia y la prudencia con la que se debe realizar este tipo de actividad, según los hechos y circunstancias que se dieron en el momento en que se efectuó la inversión, para satisfacer las necesidades financieras para que la fundación lleve a cabo sus fines exentos».

La *excise tax* impuesta es un 5% sobre la cantidad invertida por la fundación que ponga en peligro los fines exentos en el ejercicio fiscal correspondiente. Junto a la sanción impuesta a la entidad, el Internal Revenue Code prevé una *excise tax* para los directivos que hayan actuado con dolo; sólo estarán exentos de la misma si el incumplimiento se debió a una causa razonable. El porcentaje en este caso es del 5% con un máximo de 5.000 dólares y en supuesto en que persista el incumplimiento la *excise tax* subsidiaria sigue siendo de 5% pero con el límite de 10.000 dólares.

Los directivos de la *Private Foundation* se verán exonerados de responsabilidad si aportan por escrito el informe de un asesor legal o financiero en el que se exponga la conveniencia de la inversión<sup>151</sup>.

La calificación de inversión excesivamente arriesgada, es un tanto subjetiva, requiere de una valoración cualitativa. El IRS en la *Treasury Regulation* 53.4944 considera algunas inversiones en particular, susceptibles a priori de ser calificadas como excesivamente arriesgadas y por lo tanto deberán ser objeto de especial escrutinio. Ello ocurre con las inversiones en futuros de materias primas, opciones, warrants, entre otras<sup>152</sup>.

#### E) *La excise tax por incurrir en gastos prohibidos*

En la Sección 4945 del Internal Revenue Code se sanciona a las *Private Foundations* que incurran en determinados gastos. En algunos casos, se trata de gastos expresamente prohibidos, sin embargo en otros casos, su prohibición dependerá de las circunstancias en que se den.

En el párrafo (d) de la Sección 4945 del Internal Revenue Code se establecen cinco categorías de gastos prohibidos:

1.º Propaganda y *lobbying*. En términos generales se prohíbe pagar a las bases que realizan *lobbying*. También se prohíbe influir en los procesos legis-

<sup>151</sup> Todos estos aspectos se regulan el *Treasury Regulation* 53.4944.

<sup>152</sup> B. R. HOPKINS hace referencia a los criterios que deben tenerse en cuenta por parte de los administradores a la hora de realizar inversiones. Plantea una serie de preguntas que deben ser respondidas por ellos antes de acometer la inversión, siguiendo a J. BLAZEK en su obra *Finanacial Planning for Nonprofit Organizations Made Easy*, John Wiley and Sons, 2008 (también en *Private foundations*, cit. p. 302).

lativos mediante cualquier tipo de comunicación con los miembros de los cuerpos legislativos o cualquier otro empleado del Gobierno que participe en el proceso legislativo. En la *Treasury Regulation* 4945, se prevén distintas excepciones. Por ejemplo los gastos relativos a un análisis, investigación o estudio, que no sea de partido. Otra excepción la constituyen los gastos incurridos para apoyar propuestas legislativas que puedan afectar a los derechos y obligaciones de la *Private Foundation*, como pueden ser el *status* de exenta, aplicabilidad de la deducción de donativos, etc.

2.º Elecciones y dirección de votos. El hecho de que una *Private Foundation* incurra en este tipo de gastos mediante los que trate de influir en un resultado electoral puede suponerle la pérdida del *status* de exenta con independencia de que sea penalizada mediante una *excise tax* al incurrir en un gasto prohibido.

3.º Ayudas concedidas a personas físicas. Para que dichos gastos se admitan y no generen una *excise tax* dichas ayudas o becas deben realizarse según el procedimiento aprobado previamente por la Hacienda Pública norteamericana (el *Internal Revenue Service*). En el supuesto de las becas deben cumplir alguno de los siguientes requisitos. Tiene que estar exenta en el Impuesto sobre la renta del preceptor que la emplea para estudiar en alguna institución. Constituye un premio o reconocimiento. Se concede para lograr determinado objetivo, realizar un informe o algo similar o desarrollar competencias o capacidades del destinatario [Sección 4945 (g) IRC].

4.º Ayudas concedidas a otras organizaciones. Para no incurrir en un *taxable expenditure* las *Private Foundations* tienen que justificar al *Internal Revenue Service* el destino de sus ayudas.

5.º Gastos en actividades que no contribuyen a la consecución de fines de interés general. Se trata de gastos en actividades que no contribuyen a los fines exentos. Quedan fuera de esta prohibición los pagos para realizar y gestionar las inversiones y los gastos por impuestos, así como otros.

Si la *Private Foundation* realiza alguno de los anteriores gastos prohibidos está sujeta inicialmente a una *excise tax* igual al 10% del importe del gasto. Los directivos de la entidad que, a sabiendas, estaban de acuerdo a que se incurriera en el gasto, están sujetos a una *excise tax* igual al 2,5% del gasto con el límite de 5.000 dólares. En el supuesto en que no se corrija el incumplimiento inicial, la sanción será del 100% para la *Private Foundation* y del 50% con el límite de 10.000 dólares para el directivo [Sección 4945 (a) (b) (c) IRC].

### 3. *Pérdida del status de Private Foundation*

La pérdida del status de *Private Foundation* se puede producir de forma voluntaria bien por disolución, bien por transformación y se puede producir de forma involuntaria, constituyendo la disolución una sanción, consecuencia de determinados incumplimientos.

Respecto a la pérdida involuntaria, el IRC establece lo que denomina una «*termination tax*», un impuesto por dicha pérdida igual a la menor de las siguientes cantidades: a) La suma del beneficio que le supuso a la fundación y a sus «*substantial contributor*»<sup>153</sup>, disfrutar de la exención en el impuesto sobre sociedades más los intereses correspondientes y b) El valor de los activos netos de la fundación [Sección 507 8(c) (d) IRC.

Para evitar la anterior situación las *Private Foundations* pueden voluntariamente modificar su *status* o extinguirse. La extinción se produce si transmite todos sus activos a una o más *Public Charities* previa comunicación al IRS.

También cabe que se transforme en *Public Charity* o *supporting organization*. En ambos casos deberá pagar el impuesto por extinción, la denominada «*termination tax*»<sup>154</sup>.

### 4. *Deducibilidad de las donaciones efectuadas a las Private Foundations*

La política fiscal relativa a las entidades sin fines lucrativos en EE.UU. se apoya en tres pilares: la exención de la que disfrutaban estas entidades en el Impuesto sobre Sociedades, la línea fronteriza que separa los rendimientos exentos de los rendimientos que grava el impuesto sobre los rendimientos empresariales no relacionados con su fin social (*Unrelated Business Income Tax*) y en tercer lugar, la existencia de un atractivo tratamiento fiscal para los sujetos que efectúen donaciones. Realmente, los donantes privados son quienes mantienen el sector por lo que, el ventajoso tratamiento fiscal de las donaciones, sobre todo para contribuyentes con elevada capacidad económica, actúan a modo de auténtico motor en el sector filantrópico en Estados Unidos.

Se ha admitido durante muchos años que en el Impuesto sobre la Renta, solamente debe ser gravada la renta disponible considerando como tal, la

<sup>153</sup> El concepto de *substantial contributor* lo hemos recogido en la nota a pie de página 142.

<sup>154</sup> En la *Revenue Rule* 2002-28, el IRS se pronuncia sobre la transferencia de todos los activos a otra *Private Foundation*, sin que ello implique que la *Private Foundation* que se extingue tenga que pagar la *termination tax*.

resultante de minorar los ingresos brutos, en los gastos y en las donaciones a *nonprofits*. El importe donado reduce la base imponible del donante, por lo que el impacto económico del incentivo fiscal para el donante dependerá del tipo marginal que le sea de aplicación.

No falta quien se cuestiona si realmente la transferencia de fondos públicos a entidades sin fines lucrativos vía incentivos fiscales, es un mecanismo democrático de asignación de recursos públicos, ya que en lugar de tomarse las decisiones de asignación mediante un proceso democrático se toman por los donantes<sup>155</sup>; no hay, por parte del Estado, una evaluación ni a priori ni a posteriori de las necesidades. Tampoco falta quien denuncia el hecho de que la deducción de los donativos solamente beneficie a los contribuyentes con mayor capacidad económica<sup>156</sup>. Precisamente el modelo norteamericano de Mecenazgo se apoya en los generosos beneficios fiscales concedidos a donaciones de elevado importe. Su objetivo es fomentar donaciones de elevada cuantía y no numerosas donaciones de escasa cuantía realizadas por contribuyentes con menor capacidad económica, aspecto éste que explicaremos posteriormente.

Para entender mejor las afirmaciones vertidas tenemos que acudir al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas norteamericano, en el que

---

<sup>155</sup> Alguna de las críticas apuntan al hecho de que los contribuyentes con mayor riqueza tienen un desproporcionado protagonismo en la distribución de recursos públicos. En 2008, los contribuyentes personas físicas, con ingresos superiores a 500.000 \$ (los cuales constituían menos del 1% de los contribuyentes) realizaron casi un 25% de las donaciones deducibles. Sin embargo dos terceras partes de los contribuyentes con ingresos por debajo de 50.000 \$, cuyos ingresos suponían el 20% del total de ingresos, realizaron el 20% del total de las donaciones. En 2006 los contribuyentes con ingresos superiores a 100.000\$ recibieron el 76% del importe total de la deducción por donaciones de 40.900 millones de dólares aunque ellos hicieron solamente el 57% de la donaciones («Sweetened Charity», *The Economist*, de 9 de junio de 2012) (<http://www.economist.com>).

<sup>156</sup> A. BLÁZQUEZ LIDOY realiza un análisis muy interesante, en «Los incentivos fiscales al mecenazgo en Estados Unidos ¿Qué podemos aprender con vistas a la reforma de la Ley 49/2002?», *Anuario de Fundaciones*, Iustel, 2013, bajo el epígrafe «justificación de una normativa fiscal sobre el mecenazgo en Estados Unidos». Por una parte, habla de las razones personales que llevan al donante a efectuar la donación; por otra, de los aspectos que justifican que la entidad sin ánimo de lucro sea financiada vía donaciones deducibles. Respecto a las razones que llevan al donante a efectuar la donación, creo que es importante diferenciar entre la motivación del donante (pura satisfacción, deseo de reconocimientos social, etc.) y la finalidad (dotar económicamente a una entidad sin fines lucrativos para que preste determinados servicios o provea de bienes) como indicaba en el profesor Daniel HALPERIN en el curso sobre *Nonprofit Organizations* en *Harvard Law School*. El primero de los aspectos queda dentro del ámbito personal del donante, es el segundo de los aspectos el que hay que considerar a la hora de determinar si la donación debe ser objeto de incentivo fiscal.



conviven dos sistemas de determinación de la base imponible. Se prevé una deducción global en la base imponible, *standard deduction*<sup>157</sup>, para contribuyentes con rentas inferiores y un sistema de deducciones desglosadas, *itemizer deductions* por el que optan los contribuyentes con mayor capacidad económica<sup>158</sup>. En el primer sistema, se determina de forma objetiva el gasto, a un tanto alzado y en el segundo, se atiende a la literalidad del gasto.

Solamente en el supuesto en que se aplique el sistema de *itemizer deductions*, puede deducirse el contribuyente en su base imponible el importe de las donaciones realizadas. En el supuesto en que se opte por el primer sistema es irrelevante el importe donado ya que el global de gastos y deducciones en base se calculan mediante un sistema objetivo de determinación.

A lo anterior, se une el hecho de que en el Impuesto sobre la Renta norteamericano se aplica una tarifa con tipos progresivos, por lo que el ahorro fiscal en cada caso será igual al importe donado por el tipo marginal aplicable, de esta forma, a mayor tipo de gravamen, mayor será el importe deducido<sup>159</sup>.

Si bien, los donativos a *Private Foundations* cuentan con una regulación más restrictiva que la relativa al resto de donaciones, no por ello dejan de comportar importantes ventajas fiscales, cuyo importe está directamente relacionado con el tipo de gravamen del donante en el Impuesto sobre la Renta y el valor de lo donado.

Como señala Blázquez Lidoy, el sistema de reducción en la base imponible incentiva más a aquellos contribuyentes que poseen más renta y por lo tanto, tributan a tipos marginales más altos, desincentivando a los que tienen rentas más bajas. En este caso cede la justicia ante razones de eficiencia; son los grandes contribuyentes los que pueden hacer importantes donativos<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup> Los importes de deducción estándar son, para matrimonios con declaración conjunta 6.000\$, para solteros o casados con declaración individual 3.000\$ y 4.400\$ para el cabeza de familia.

<sup>158</sup> Véase M. J. GRAETZ y D. H. SCHENK, *Federal Income Taxation. Principles and Policies*, Foundation Press, 2005, p. 423 y ss.

<sup>159</sup> W. D. ANDREWS pone de manifiesto como el problema está en la regulación del Impuesto sobre la renta sobre todo en el tratamiento de las plusvalías generadas con ocasión de la transmisión del bien («Personal Deductions in an ideal Income Tax», *Harvard Law Review*, núm. 86 (1972), pp. 309, 344-348, 356-358, 371-375).

<sup>160</sup> A. BLÁZQUEZ LIDOY, «Los incentivos Fiscales al mecenazgo en Estado Unidos...», cit., p. 205.

Las circunstancias varían si el donante es persona jurídica. En este caso se aplica el régimen de estimación directa para la determinación de la base imponible.<sup>161</sup>

Las donaciones deducibles son aquellas que se realizan a entidades «cualificadas», es decir entidades sin fin de lucro norteamericanas con derecho a disfrutar de la exención del Impuesto sobre Sociedades. Por ejemplo entidades como organizaciones políticas, asociaciones de abogados, club de campo y otros clubes sociales no son susceptibles de recibir deducciones con derecho a deducción.

El importe de la deducción y los límites a los que ésta se ve sometida varían en función de la entidad donataria y de la naturaleza del bien donado. Existen también diferencias entre las donaciones corrientes y las donaciones planificadas, entre las donaciones de dinero y donaciones de bienes, entre donaciones completas o donaciones parciales o donaciones a través de un *Trust*.

En relación con las donaciones realizadas por personas físicas que tributan bajo el sistema de deducciones específicas (*itemized deductions*) y por lo tanto, tienen derecho a incluir la deducción por donativos, y siguiendo la regulación prevista en la Sección 170 (b) IRC, el importe máximo a deducir por el donante en cada ejercicio fiscal, no puede superar determinado porcentaje que se aplica sobre su base imponible (*donor contribution base*)<sup>162</sup>. Los porcentajes aplicables a personas físicas en el Impuesto sobre la Renta son:

1.º El 50% de la base imponible para donaciones de dinero y de *ordinary income property* (bienes cuya transmisión generan ganancias de patrimonio de las denominadas por la Ley del Impuesto sobre Sociedades norteamericano, a corto plazo, es decir de menos de una año) a ciertas *Operating Foundations*.

---

<sup>161</sup> Respecto a la deducción por donativos en los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y Jurídicas, véase M. MONTERO SIMÓ, «Los beneficios fiscales de las donaciones a entidades sin fin de lucro en Estados Unidos», *CIRIEC*, pendiente de publicación.

<sup>162</sup> En el supuesto en que el donante sea una persona física, el límite se aplica sobre el «*adjusted gross income*», que salvando las diferencias existentes entre los elementos de liquidación del Impuesto sobre la Renta norteamericano y el español, podríamos equipararlo al concepto de base imponible previsto en nuestra Ley General Tributaria. Se trata del resultado de restar a los rendimientos íntegros, los gastos. Con posterioridad y para calcular el *taxable income* que vendría a ser la base liquidable se restan las deducciones (bien la *deduction standard* o bien cada una de las deducciones específicas aplicables si el contribuyente ha optado por el sistema de *itemized deductions*. Junto con la limitación específica que estamos comentando relativa a la deducción por donativos, existen límites conjuntos que afectan a una serie de deducciones entre las que se incluye ésta.

Quedan fuera de este porcentaje la mayoría de las *Private Foundations* [Sección 170 (b)(1)(A) IRC].

2.º El 30% de la base imponible para donaciones de dinero y de *ordinary income property* realizadas a *Private Foundations* [Sección 170 (b)(1)(B)(i) IRC].

3.º El 20% de la base imponible para donaciones de bienes que generan ganancias de patrimonio de cualquier naturaleza, realizadas a *Private Foundations* [Sección 170 (b)(1)(D)(i) IRC].

En el supuesto en que no pueda deducirse el importe total correspondiente al ejercicio, podrá ser deducido en los cinco ejercicios siguientes.

1.º Si el donante es una persona jurídica, el límite que opera en el Impuesto sobre Sociedades es el 10% de los resultados antes de impuestos.

2.º En relación con la determinación del importe deducido, en términos generales, cuando se dona un bien a una entidad sin fin de lucro, el importe de la deducción es el valor de mercado del bien donado, esta circunstancia realmente es muy ventajosa para el donante. Para que se aplique esta norma tienen que darse una serie de circunstancias; dependerá de la naturaleza del bien donado, la clasificación fiscal del donante y el uso que la entidad donataria haga del bien donado.

3.º El valor de mercado del bien donado se ve reducido si la donación del bien genera ganancias de patrimonio en sede del donante y el donatario es una *Private Foundation*. El importe deducible en este caso será igual al valor de mercado del bien donado menos la ganancia de patrimonio a largo plazo que se hubiera obtenido si el bien donado hubiese sido vendido a valor de mercado. Esta norma prevista en la Sección 170 (e) (1) (B) (ii) IRC.

4.º Esta norma se aplica con independencia de que el donante sea persona física o jurídica y con carácter previo a la aplicación del límite sobre la base imponible que hemos descrito anteriormente.

5.º Constituye una excepción a la anterior reducción, la denominada norma de las acciones cualificadas revalorizadas. En el supuesto en que se realice una donación de este tipo de acciones, el importe deducible será el valor de mercado, no experimentando dicho valor ninguna reducción<sup>163</sup>.

Se considera una acción cualificada revalorizada aquella para la que está disponible a la fecha de la donación, su cotización en mercados secundarios

---

<sup>163</sup> Sección 170 (e) (5) (A) IRC.

oficiales y constituya una *capital gain property*, es decir, que haya permanecido en el patrimonio del donante al menos un año<sup>164</sup>.

Finalmente, debemos mencionar otros dos supuestos en los que procede realizar una reducción a la deducción, que no solamente afectan a las *Private Foundations*. Se trata de las donaciones de *ordinary income* a cualquier entidad sin fin de lucro; en este caso el donante debe reducir el importe de la deducción en la ganancia que ha obtenido.

El segundo de los supuestos afecta a la donación de bienes que hayan permanecido a partir de un año en el patrimonio del donante y se califiquen de *long term property*. En este caso, el donante deberá reducir la deducción en el importe de la ganancia que se hubiera obtenido si se hubiese vendido el bien, siempre y cuando la entidad donataria no haya vinculado el uso de dicho bien a la consecución de sus fines exentos.

Tal y como dijimos anteriormente, existen voces críticas al tratamiento que reciben las donaciones en el Impuesto sobre la Renta. Dichas críticas se incluyen en una crítica más global, la relativa a la regresividad del propio Impuesto sobre la Renta, aspecto que se trata de modificar. En concreto, el Presidente Obama ha incluido una propuesta en el Presupuesto para 2014<sup>165</sup> mediante las que pretende:

Limitar las deducciones en el sistema de *itemized deductions*, incluida la deducción por donativos para contribuyentes con rentas por encima de 250.000 dólares en declaraciones conjuntas o 200.000 dólares en declaraciones individuales.

Propone de nuevo limitar a un 28% el importe de lo deducible. Se trata del quinto Presupuesto consecutivo en el que el Presidente Obama ha propuesto limitar la deducción por donativos sin éxito.

Implementar la denominada *Buffett Rule*<sup>166</sup>, principio en virtud del cual se pretende establecer un tipo de gravamen efectivo mínimo del 30% para contribuyentes con ingresos superiores a 1 millón de dólares.

No sabemos si finalmente prosperarán las mencionadas propuestas de reformas legislativas, pero de en todo caso, pone de manifiesto la existencia de grandes ventajas fiscales para los sujetos con altos niveles de renta, deriva-

---

<sup>164</sup> La calificación de acción cualificada revaloriza no es pacífica. Al respecto, véase B. R. HOPKINS, «*Private foundations...*», cit., pp. 586-588.

<sup>165</sup> [http://www.independentsector.org/presidents\\_budget](http://www.independentsector.org/presidents_budget)

<sup>166</sup> Recibe este nombre por el hecho de que el millonario Warren BUFFETT tribute a un tipo efectivo de gravamen inferior que el de su secretaria.

das de un sistema tributario regresivo, del que participa la deducción por donativos.

Respecto a las donaciones de americanos a entidades sin fin de lucro extranjeras, Estados Unidos ha previsto en los convenios para evitar la doble imposición con Canadá, México e Israel que, siempre y cuando el residente americano obtenga rentas en esos países tendrá derecho a una deducción en la base imponible del Impuesto americano. El límite al que se ve sometido la deducción se calculará sobre los rendimientos obtenidos en cualquiera de estos países<sup>167</sup>.

### III. Conclusiones

1.º Estrictamente hablando, no existe la «fundación» en EE.UU. como una institución jurídica, sino que estamos ante una institución social re-creada por el ordenamiento fiscal, sobre todo a partir de 1969. En tal momento se creo la *Private foundation* en oposición con otra institución no lucrativa, de naturaleza también tipo «fundación», fiscalmente exenta, que es la *Public Charity*.

Como todas las divisiones tiene consecuencias positivas y negativas. Entre las buenas estaría que ha permitido a las *Public Charities* alejarse de los problemas de legitimidad que han tenido las fundaciones privadas. Entre los efectos negativos es haber creado, en el fondo, una división, además de orden puramente fiscal, donde no existía ni existe en la legislación sustantiva.

Una y otra son equivalentes a lo que aquí se denomina «fundación», pero en ninguno de ambos casos estamos hablando de una única figura jurídica, por cuanto ambas utilizan, como vector jurídico, otras formas: el *Trust*, la *Corporation*, más raramente la *Company* y la *Association* y, ocasionalmente la *Limited Liability Company* (LLC).

2.º La regulación fiscal de la *Private Foundation* se ha caracterizado por establecer un conjunto de mecanismos públicos muy poderosos de control del fin, las actividades, el gobierno y la actuación en general de éstas; frente a la regulación más laxa de las *Public Charities*. Estas últimas, supuestamente, están controladas sobre todo por los usuarios-beneficiarios y los donantes. Es decir, es la sociedad es quien controla, más o menos formalmente, su actuación mediante su aceptación y financiación de la prestación que realizan; en tan-

---

<sup>167</sup> Aparece una referencia a los tres convenios para la evitar la doble imposición en la *Publication of Department of Treasury about Charitable deductions*. Para declaraciones de 2012.

to que las *Private Foundations* al ser un patrimonio particular hacia un fin público, no tendrían tal control informal.

No obstante, la mayor y mejor regulación y control que se ha producido sobre las fundaciones privadas está siendo cada vez más demandada para que se establezca también sobre las *Public Charities*. De tal manera que esa aparente menor categoría que tuvieron las fundaciones privadas por mor de sus menores exenciones fiscales y mayor control se ha visto, ahora, como una posible fuente de ventajas para las segundas; toda vez que el las *Private Foundations* se identificaron, asentaron y fortalecieron en sobremanera gracias precisamente a tal regulación

Este sistema ha generado que el peso de la regulación y control ha pasado —y aún pasaría más de sustanciarse lo que acaba de ser expuesto— desde el supuesto control estatal vía Fiscal General de cada Estado, propio de las instituciones caritativas, hacia el control federal-fiscal de las fundaciones. El modelo regulatorio en EE.UU., dirá FISHMAN, de la *caridad estatal* a las *fundaciones federales*, diciéndolo de modo simplificado<sup>168</sup>.

3.º Todo lo cual no es óbice a que la forma *Private Foundation* como categoría fiscal, unida a la (leve) regulación de las formas jurídicas (*Trust*, *Corporation*, etc.) y su menor control por parte de los Estados de una gran autonomía de estructura, gobierno, fines, actividades y vida en general a los posibles fundadores.

Esa gran tradición histórica, unida a esta libertad organizativa y a una fiscalidad muy beneficiosa, tanto en términos de impuestos de las fundaciones como de las donaciones caritativas a ellas dirigidas, ha producido un sector fundacional enormemente fuerte y poderoso, tanto en términos absolutos como comparados.

4.º Aunque han surgido formas empresariales con fines sociales, tipo L3C y otras, que aparentemente hacen sombra al modelo no lucrativo, las específicas características de este modelo y de las formas que le dan vida, así como la regulación fiscal, hace que no sea posible, ni deseable, ni menos aún acomodable, la traslación de las exenciones fiscales a las primeras.

---

<sup>168</sup> Aunque hay que añadir que nunca, dirán BRODY y TYLER, existió la «public» *Charity*. Utilizar esta denominación, añaden, introduce elementos de distorsión. El hecho de que reciba una exención fiscal ¿hace público ese dinero eximido de impuestos? Dicho de otro modo ¿produce la subvención la idea de que es un dinero público? ¿Convierte esto a la *Public Charity* en un algo público (en sentido de gubernativo)? (E. BRODY y J. TYLER, «Respecting Foundation and Charity Autonomy:...?», cit., pp. 572-574).

Esto es así en gran medida porque el «interés general», unido a la no-lucratividad de las fundaciones, constituyen un binomio que pone en el tapete necesariamente a los poderes públicos como garantes de tales fines y, en consecuencia, como rectores de los principios de control fiscal. Si tal alivio fiscal no se produce entonces no estamos hablando de lo mismo puesto que su identidad radical es totalmente distinta.

5.º Las *Privates Foundations* constituyen un vehículo de planificación fiscal para los donantes. Mantienen el control del patrimonio que destinan a esta entidad, decidiendo su destino, obtienen grandes ventajas fiscales en su tributación sobre la Renta al poder deducir las donaciones realizadas y además crean un entidad titular de un patrimonio cuyo rendimientos quedan exentos de tributación, con excepción de los rendimientos no relacionados con el fin social que tributan en el *Unrelated Business Income Tax*.

6.º El mencionado control está limitado por la ley, mediante la cual se pretende evitar la utilización fraudulenta de estas entidades como mero instrumento de ahorro fiscal, pervirtiendo la causa que justifica la existencia de esta figura: el destino de un patrimonio a la consecución de fines de interés general.

7.º La regulación de las limitaciones establecidas por la norma fiscal es muy compleja. Por una parte, para poder disfrutar del *status* de entidades exentas en el Impuesto sobre Sociedades tienen que cumplir los requisitos exigidos a cualquier *Charity*, más los requisitos específicos exigidos a ellas, entre los que destacan las prohibiciones sancionadas mediante *excise taxes*.

Por otra parte, la realización de conductas prohibidas conlleva una penalización del sujeto o ente responsable, que puede ser la propia entidad o sujetos vinculados a ella. Incluso en algunos casos esa penalización se extiende a gobernantes públicos, miembros de órganos legislativos y del Poder Judicial. Tratando de cerrar el círculo de normas antielusión, se sanciona a la entidad, se sanciona a los que la dirigen y se sanciona a quien obtiene un beneficio privado mediatizando la *Private Foundation*.

8.º Las limitaciones y prohibiciones cuyo incumplimiento da lugar a una sanción, vía *excise tax*, afectan y por consiguiente condicionan:

- El destino de sus rendimientos y de sus activos.
- La naturaleza de sus inversiones.
- Los sujetos con quienes realizan operaciones con contenido económico.
- Su participación en otras entidades.



— La naturaleza de sus rendimientos.

La norma fiscal se erige en configuradora de este tipo de entidades por la vía de la limitación.

9.º Las *Private Foundations* cuentan con una prohibición específica de autocontratación o contratación con sujetos vinculados, para lo que el *Internal Revenue Code* entra a definir quién es una *disqualified person*. En paralelo se les aplica la doctrina de *private inurement* y la de *private benefit*, las cuales cierran el círculo de transacciones económicas que beneficien a terceros, al margen de los fines de interés general de la entidad.

10.º La deducción por donativos dinerarios en Estados Unidos, sobre todo cuando la donación es realizada por una persona física cuenta con un tratamiento fiscal muy favorable, ya que el donante puede deducir de su base imponible el 100% del importe donado, lo que implica que el incentivo fiscal que obtenga, a idéntico importe donado, será mayor cuanto mayor sea el tipo de gravamen al que tributa. Si bien el importe que se deduce en la base imponible cuenta con un límite, hay que destacar que el límite puede llegar a ser el 50% de su base imponible, por lo que es previsible que en muchos casos este límite no se supere y se deduzca la totalidad del importe o valor del bien donado.

11.º Existe una corriente de autores crítica con la generosa regulación de la deducción por incentivos. En concreto apuntan la regresividad de la deducción por donativos, aspecto que afecta tanto a las *Private Foundations* como al resto de *Charities*. Tal y como se regula la deducción, favorece a los grandes donantes, no de forma proporcional a la donación efectuada sino de forma progresiva. Se produce un incremento progresivo del beneficio fiscal a medida que aumenta el importe de la donación.

12.º Si comparamos los incentivos fiscales al Mecenazgo previstos en España con los incentivos fiscales previstos en Estados Unidos, encontramos importantes diferencias. Algunas justificadas por las diferencias relativas a la configuración del Impuesto sobre la Renta en cada uno de los países; otras, directamente relacionadas con la existencia de dos modelos de fomento de las entidades sin fines lucrativos distintos.

En España al prever la Ley 49/2002, de incentivos fiscales a las entidades sin fines lucrativos deducciones en la cuota, los porcentajes para el cálculo son fijos con independencia del tipo de gravamen del contribuyente; el importe de la deducción es proporcional a la donación y no se incrementa de forma progresiva a medida que aumenta el tipo de gravamen del donante. Por otra parte, el límite con el que contamos en España mediante el cual el

importe de la deducción no puede exceder del 10% de la base imponible tanto en el Impuesto sobre Sociedades como en el Impuesto sobre la Renta no opera exactamente igual que el límite que establece el Impuesto sobre la Renta en Estados Unidos. El límite máximo del 50% que hemos comentado solamente es posible para *Private Operating Foundations*, opera para determinar el importe de deducción en base, es decir, podría darse el caso en que el contribuyente ahorrara el 50% de su base imponible por tipo de gravamen. En España el límite opera de forma distinta, el máximo ahorro, no puede superar el 10% de su base imponible.

En Estados Unidos, en el supuesto en que el contribuyente tenga un tipo de gravamen superior al 20% y tenga derecho al límite del 50% de la base imponible, la deducción será superior al 10% de su base imponible.

\* \* \*

Parece claro que las fundaciones necesitan reinventarse una y otra vez; como así ha ocurrido en la Historia tanto allí como aquí. Si esto es así para todas las instituciones de ese país tan activo, aún está cobrando relieve ante el progresivo «nuevo» recelo hacia las fundaciones, sus fines, su dinero, la deducción por donativos, y el hecho de que exista poco auto-control de su gobierno, su gasto, sus propósitos, la calidad de su servicio. Los beneficiarios carecen de control sobre sus actividades y uso de los fondos, y así un largo etcétera de pequeños o no tan pequeños problemas acumulados<sup>169</sup>. Esta «nueva» crisis de legitimidad también ha derivado en un fuerte debate sobre la necesidad de unos nuevos mecanismos públicos de control<sup>170</sup>. Es por esto que todo parece indicar que se va a producir un nuevo proceso de revisión de su *status*, si bien el conjunto constituye un lobby que ha hecho que, hasta la fecha, todas estas reformas no hayan prosperado en demasiados cambios<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> Para todo ello, recientemente, ha puesto el dedo en la llaga K. STERN, *With Charity For All: Why Charities Are Falling and a Better Way to Give*, Doubleday, 2013, *in toto*.

<sup>170</sup> Por todos, J. J. FISHMAN, *The Faithless Fiduciary...*, cit., pp. 307 y ss. L. SUGIN, «Resisting the Corporalization of Non Profit Governance: Transforming Obedience into Fidelity», en *Fordham Law Review* núm. 76 (2010), 1-30. Recogiendo muchos otros artículos de hace varios años (puesto que ahora mismo el debate está algo más parado). J.-C. ALLI, *La fundación, ¿Una casa sin dueño?*, cit., pp. 421-430.

<sup>171</sup> J.-C. ALLI TURRILLAS, «Origen, crisis jurídica y cambios en ciernes en la regulación del sector no lucrativo de tipo “fundacional” en los EE.UU.», en *Revista Española del Tercer Sector (RETS)*, núm. 21 Mayo-Agosto 2012.

**Bibliografía**<sup>172</sup>

- ALLI TURRILLAS, J.-C., *Fundaciones y Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2010.
- *La fundación, ¿una casa sin dueño? (Gobierno, responsabilidad y control público de fundaciones en Inglaterra, USA, Alemania y Francia)*, Iustel, 2012.
- «Origen, crisis jurídica y cambios en ciernes en la regulación del sector no lucrativo de tipo “fundacional” en los EE.UU.», en *Revista Española del Tercer Sector (RETS)*, núm. 21 Mayo-Agosto 2012.
- ANDREWS, W. D., «Personal Deductions in an ideal Income Tax», *Harvard Law Review*, núm. 86 (1972).
- ANHEIER, H. K. y DALY, S., «Philanthropic foundations in modern society», en *The Politics of Foundations. A Comparative Analysis*, Routledge, London, 2007.
- ATKINSON, R., «Altruism in Nonprofit Organizations», en *Boston College Law Review* núm. 31 (May 1990).
- BILLIAS, G. A., *Law and Authority in Colonial America*, Barre publishers, New York, 1965.
- BISHOP, M. y GREEN, M., *Philanthrocapitalism. How Rich Can Save the World and Why We Should Let Them*, A & C. Black, London, 2008.
- BLACKWOOD, A. S. y ROEGER, K. L., *Applications for 501(c)3 Tax Exempt Status Declining: Recession or Rule Changing?*, Urban Institute, January 2013. [www.urbaninstitute.org](http://www.urbaninstitute.org)
- BLAZEK, J., *Finanancial Planing for Nonprofit Organizations Made Easy*, John Wiley and Sons, 2008.
- BLÁZQUEZ LIDOY, A., «Los incentivos fiscales al mecenazgo en Estados Unidos ¿Qué podemos aprender con vistas a la reforma de la Ley 49/2002?», *Anuario de Fundaciones*, Iustel, 2013.
- BLOCK, S. R., «A History of the Discipline», en J. STEVE OTT (ed.), *The Nature of the Nonprofit Sector*, Westview, Bolding (Co.), 2001.
- BOULDING, K. E., *La economía del amor y del temor*, Alianza Universidad, 1973.
- BREMNER, R. H., *American Philanthropy*, Colección *The Chicago History of American Civilization* (dir. D. J. BOORSTIN), University of Chicago press, 2.ª ed., 1988.
- BRILLIANT, E. L., *Private Charity & Public Inquiry: A History of the Filer & Peterson Commissions*, Indiana University Press, 2000.
- BRODY, E. (ed.), *Property-Tax Exemption For Charities. Mapping the Battlefield*, Urban Institute, Washington, 2002.
- BRODY, E. y CORDES, J. J., «Tax Treatment of NPO: A Two Edged Sword», en E. T. BORIS y E. STEUERLE, *Non Profit Organizations and Government. Collaboration and Conflict*, Urban Institute, 1999.

---

<sup>172</sup> Para fuentes utilizadas y páginas de los artículos citados deben consultarse las notas a pie de la página correspondiente.

- BRODY, E. & J. TYLER, «Respecting Foundation and Charity Autonomy: How Public is Private Philanthropy?» en *Chicago-Kent Law Review* núm. 85 (2010).
- CASTRO Y BRAVO, F. de, *La persona jurídica*, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 1991.
- CICONTE, B., *Fundraising Fundamentals*, Jones & Bartlett, 2005.
- COLINVAUX, R., «Charity in the 21<sup>st</sup> Century: Trending Toward Decay», en *Florida Tax Review*, Vol. 11, núm. 1 (2011).
- DIRUSSO, A. A., *American Non Profit Law in Comparative Perspective*, Washington University Global Law Review núm. 39 (2011).
- DOUGLAS DILLON, C., *Tax Impact on Philanthropy*, Tax Institute of America, Princeton, 1972.
- EMERSON ANDREWS, E. *Philanthropic Foundations*, Rusell Sage Foundation, New York, 1956.
- EUROPEAN FOUNDATION CENTRE TASK FORCE, *Foundations in the European Union*, Brussels, 2008 ([www.efc.eu](http://www.efc.eu)).
- FISHMAN, J. J., *The Faithless Fiduciary And the Elusive Quest for Nonprofit Accountability 1200-2005*, Carolina Academic Press, 2007.
- «The Federalization of Non Profit Regulation and Its Discontents», en *Kentucky Law Journal* núm. 99 (2010-2011).
- «The Nonprofit Sector: Myths and Realities» en *Pace Law Faculty Publications*, paper 493 (2006).
- «Wrong Way Corrigan and Recent Developments in the NonProfit Landscape: A Need for New Legal Approaches», en *Fordham Law Review* núm. 76 (2006-2007).
- FISHMAN, J. J. y SCHWARZ, S., *Nonprofit Organizations. Cases and Materials*, 3.<sup>a</sup> ed., Foundation Press & Thomson-West, Washington, 2011.
- FLEISHMAN, J. L., *The Foundation. A Great American Secret (How Private Wealth is Changing the World)*, Public Affairs, 2007.
- FREMONT-SMITH, M. R., *Governing Nonprofit Organizations. Federal and State Law and Regulation*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2004.
- FRIEDMAN, L. M., *A History of American Law*, Touchstone Books, Simon & Schuster, 2.<sup>a</sup> ed., 1985.
- FRUMKIN, P., «Private Foundations as Public Institutions. Regulation, Professionalization, and the Redefinition of Organized Philanthropy», en LAGEMANN, E. C. (ed.), *Philanthropic Foundations*, Indiana University Press, Indianapolis, 1999.
- FUKUYAMA F., *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*, Free Press, New York, 1995.
- GALLE, B., «Keep Charity Charitable», en *Texas Law Review* núm. 88 (2010).
- GRAETZ, M. J. y SCHENK, D. H., *Federal Income Taxation. Principles and Polices*, Foundation Press, 2005.

- HALL, P. D., *Inventing the Nonprofit Sector and Other Essays on Philanthropy, Voluntarism and Nonprofit Organizations*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1992.
- «A Historical Overview of Philanthropy, Voluntary Associations, and Nonprofit Organizations in the United States 1600–2000», en *The Nonprofit Sector. A Research Handbook* (eds. W. W. POWELL y R. STEINBERG), 2.ª ed., Yale University Press, New Haven, 2006.
- *The Statute of Charitable uses and the English Origins of American Philanthropy*, en <http://www.hks.harvard.edu/fs/phall/01.%20Charitable%20uses.pdf> (2010).
- HAMMACK, D. C., «Foundations in the American Polity 1900–1950», en LAGEMANN, E. C., *Philanthropic Foundations*, Indiana University Press, Indianapolis, 1999.
- *Making the Non Profit Sector in USA. A Reader*, Indiana University Press, Bloomington, 1998.
- HANSMANN, H., «The Role of Nonprofit Enterprise», en *The Yale Law Journal*, Vol. 80, núm. 5 (1980).
- HEIMANN, F. F. (ed.), *The Future of Foundations*, Columbia University press, New York, 1973.
- HELGE, T. L., «Policing the Good Guys: Regulation of the Charitable Sector Through a Federal Charity Oversight Board», en *Cornell Journal of Law and Public Policy*: <http://www.lawschool.cornell.edu/research/JLPP/upload/Helge.pdf>.
- HELMHOLZ, R. y ZIMMERMANN, R., *Itinera fiduciae. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.
- HINES, J. R., HORWITZ, D. y NICHOLS, A., «The Attack on Nonprofit Status: A Charitable Assessment», en *Michigan Law Review* núm. 108 (Mayo 2010).
- HOLCOMBE, R. G., *Writing Off Ideas. Taxation, Foundations & Philanthropy in America*, Transaction Pubs, New Brunswick, 2000.
- HOPKINS, B. R., *Non Profit Law Made Easy*, John Wiley & Sons, New Jersey, 2005.
- *Private Foundation Law Made Easy*, John Wiley & Sons, New Jersey, 2008.
- *The Law of Tax-Exempt Organizations*, 8.ª ed., John Wiley & Sons, New Jersey, 2003.
- *The Tax Law of Charitable Giving*, 3.ª ed., Wiley & Sons, New York, 2005.
- HOPKINS, B. R., y BLAZEK, J., *Private foundations*, John Wiley & Sons, New Jersey, 2013.
- HOPT, K. J. y HIPPEL, T. V. (dirs.), *Comparative Corporate Governance of Non-profit Organizations*, Cambridge University Press, 2010.
- HOPT, K. J., RAINER WALZ, W., VON HIPPEL, T. y THEN, V., *The European Foundation. A New Legal Approach*, Cambridge University Press, 2003.
- IRS, *Excise taxes as penalties* ([http://www.irs.gov/irm/part4/irm\\_04-024-009r.html](http://www.irs.gov/irm/part4/irm_04-024-009r.html)).
- Publication 515 (2013), Withholding of Tax on Nonresident Aliens and Foreign (<http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p515.pdf>).

- Publication 901 (04/2013), U.S. Tax Treaties. (<http://www.irs.gov/publications/p901/index.html>).
- JONES, G., *History of the Law of Charity 1535-1827* (1969), Cambridge University Press, reimpresión 2008.
- JORDAN, W. K., *Philanthropy in England 1480-1660. A study of the Changing Pattern of English Social Aspirations*, Allen & Unwind, 1959.
- KEATINGE, R. R., «LLC and Nonprofit Organizations-For-profits, Nonprofit, and Hybrids», en *Suffolk University Law Review* núm. 42 (2009).
- KELLEY, T., «Law and Choice of Entity on the Social Enterprise Frontier», en *Tulane Law Review* núm. 84 (December 2009).
- KESSNER, T. y ROSENBLUM, A., *American Philanthropy, the State and the Public Sector 1890-1970*, University of Indianapolis, 2000.
- LANG, R. y MINNIGH, E. C. «The L3C, History, Basic Construct, and Legal Framework», en «Symposium: Corporate Creativity: The Vermont L3C & Other Developments in Social Entrepreneurship», en *Vermont Law Review* núm. 35 (2010).
- LEFF, B. M., «The Case Against For-Profit Charity», en *Seton Hall Law Review* núm. 42 (2012).
- LÓPEZ-JACOISTE, J. J., «La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones» en *Revista de Derecho Privado* núm. 49 (1965).
- MACDONALD, D., *The Ford Foundation: the Men and the Millions* (publicado originalmente en 1955), Transaction Publishers (reedición 2011).
- MALUQUER DE MOTES, C., *La fundación como persona jurídica en la Codificación civil: de vinculación a persona (estudio de un proceso)*, Publicaciones de la Universidad de Barcelona, 1983.
- MAYER, L. H., «The “independent” Sector: Fee-for-service Charity and the Limits of Autonomy», en *Vanderbilt Law Review* núm. 65 (Enero 2012).
- MCCARTHY, K. D., *American Creed. Philanthropy and the Rise of Civil Society 1700-1865*, University of Chicago Press, 2003.
- MCGARVIE, M. D., «The *Dartmouth College* Case and the Legal Design of Civil Society», en L. J. FRIEDMAN y M. D. MCGARVIE, *Charity, Philanthropy and Civility in American History*, Cambridge University Press, 2003.
- MILLER, M. S., *The Legal Foundations of American Philanthropy 1776-1844*, The State Historical Society of Wisconsin, Madison (escrito en 1961), reeditado por The Hauser Center, Harvard University, 2006.
- MONTERO SIMÓ, M., «La fiscalidad de las *non profit organizations* en Estado Unidos: El disfrute del estatus de entidades exentas y la tributación de sus beneficios empresariales», *Documentos Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 25 (2009).
- «La regulación de las entidades sin fines lucrativos en Estados Unidos. Especial referencia a su tratamiento fiscal», *Crónica Tributaria*, núm 135 (2010).

- NEILL, M. O., *Non Profit Nation. A New Look at the Third America*, Jossey-Bass, San Francisco, 2002.
- NIELSEN, W. A., *The Big Foundations*, Columbia University Press, New York, 1972.
- OATES, M. J., *The Catholic Philanthropic Tradition in America*, Indiana University Press, Indianapolis, 1995.
- OLECK, H. L., *Nonprofit Corporations, Organizations, and Associations*, 4.<sup>a</sup> ed., Prentice-Hall Inc., 1980.
- PALLOTA, D., *Uncharitable. How Restraints on Nonprofits Undermine their Potencial*, Tufts University Press, Massachusetts, 2008.
- PANIZO ORALLO, S., *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, EUNSA, Pamplona, 1975.
- PIÑAR MAÑAS, J. L., «Tercer Sector, sector público y fundaciones», en *Revista Española del Tercer Sector* núm. 1 (octubre-diciembre 2006).
- POMEY, M., *Traité des fondations d'utilité publique*, PUF, 1.<sup>a</sup> ed., 1980.
- PORTER, M. E. y KRAMER, M. R., «The Competitive Advantage of Corporate Philanthropy», en *Harvard Business Review* Vol. 12, núm. 80 (2002).
- POSNER, E. y MALANI, A., «The Case for For-Profit Charities», en *Virginia Law Review* núm. 93 (2007).
- RADBUCH, G., *El espíritu del Derecho inglés* (escrito en 1946), Marcial Pons, 2000.
- RAYMOND, S. U., *The Future of Philanthropy. Economics, Ethics and Managment*, Wiley & Sons, 2004.
- REEVES, T. C. (ed.), *Foundations Under Fire*, Cornell University Press, Ithaca, 1970.
- REISER, D. R., «For-Profit Philanthropy», en *Fordham Law Review* núm. 77 (2009).
- RODRIGUES, U., «Entity & Identity», en *Emory Law Journal* núm. 60 (2011).
- ROELOFS, J., *Foundations and Public Policy (The Mask of Pluralism)*, State University of New York Press, 2003.
- SALOMON, L. M., *The State of Non Profit America*, Brookings Institution Press, Washington DC, 2012.
- SANSING, R. y YERMAN, R., «Governing Private Foundations Using the Tax Law», *Journal of Accounting and Economics*, núm. 41 (2006).
- SCHIZER, D. M., «Subsidizing Charitable Contributions: Incentives, Information, and the Private Pursuit of Public Goals», en *Tax Law Review* núm. 62 (2009).
- SCRIVNER, G. N., «A Brief History of Tax Policy Changes Affecting Charitable Organizations», en J. STEVE OTT (ed.), *The Nature of the Nonprofit Sector*, Westview, Colorado, 2001.
- SIDEL, M., «The “Federalization” Problem and Nonprofit Self-Regulation: Some Initial Thoughts», en *Kentucky Law Journal* núm. 99 (2010-2011).
- SIEVERS, B. R., *Civil Society, Philanthropy and the Fate of Commons*, Tufts University Press, 2010.



- STACKHOUSE, M., «Religion and the Social Space for Voluntary Institutions», en *Faith and Philanthropy in America* (R. Wuthnow & V. A. Hodgkinson), Jossey-Bass, San Francisco, 1990.
- STERN, K., *With Charity For All: Why Charities Are Falling and a Better Way to Give*, Doubleday, 2013.
- SUGIN, L., «Resisting the Corporalization of Non Profit Governance: Transforming Obedience into Fidelity», en *Fordham Law Review* núm. 76 (2010).
- THE ECONOMIST, «Sweetened Charity», *The Economist*, de 9 de junio de 2012 (<http://www.economist.com>).
- THE FEASIBILITY FULL REPORT FOR THE EU COMMISSION ON A EUROPEAN FOUNDATION STATUTE, CSI-Heildeberg Universität-Max Planck Institute, 2009.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio previo», en VV.AA., *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, ELE & Marcial Pons, 1995.
- TRATTNER, W. I., *From Poor Law to Welfare State. A History of Welfare State in America*, The Free Press, 2.ª ed., 1979.
- USHER, N. & M. D. LAYSER, «The Quest to Save Journalism: A Legal Analysis of New Models for Newspapers From Nonprofit Tax Exempt Organizations to L3Cs», en *Utah Law Journal*, 2010.
- VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, 1969.
- WARBURTON, J., *Tudor on Charities*, 9.ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2003.
- WARE, A., *Between Profit and State. Intermediate Organisations in Britain and The United States*, Princeton University Press, New Jersey, 1989.
- WARNER, A. G., *American Charities. A Study in Philanthropy and Economics* (escrito en 1894), Transaction Publishers, New Brunswick (reimpresión 1989).
- WOOD, G. S., *The Creation of the American Republic 1776-1787* (escrito en 1969), University of North Carolina Press, Chapell Hill, 1998.
- ZUNZ, O., *Philanthropy in America: A History*, Princeton University Press, 2012.