



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO Y DE LA EMPRESA
ÁREA DE DERECHO CIVIL

EL PATRIMONIO FUNDACIONAL: APORTACIÓN Y CONTROL DE GESTIÓN

Tesis presentada por
Juan Andrés Varas Braun

Director Prof. Dr. D. Jorge Caffarena Laporta
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Carlos III de Madrid

Madrid, noviembre de 2001



TU
184

A mis padres
A mis tres mujeres

Tesis elaborada por el
Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales Juan Andrés Varas Braun,
bajo la dirección del Catedrático de
Derecho Civil Prof. Dr. D. Jorge
Caffarena Laporta, depositada en el
Departamento de Derecho Privado
y de la Empresa de la Universidad
Carlos III de Madrid, con fecha 20
de noviembre de 2001, para la
obtención del Grado de Doctor en
Derecho.

ÍNDICE	7
NOTAS PRELIMINARES	13
INTRODUCCIÓN: FUNDACIÓN Y PATRIMONIO.....	21
LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA NACIONALES	21
FUNDACIÓN Y PATRIMONIO EN EL ENTORNO EUROPEO	31
FUNDACIÓN Y PATRIMONIO EN LA DISCIPLINA DE LAS COMUNIDADES	37
Las competencias autonómicas sobre el patrimonio fundacional	37
El concepto de fundación en las legislaciones autonómicas	42
LA IDEA DEL PATRIMONIO FUNDACIONAL.....	46
PARTE I LA APORTACIÓN INICIAL DEL PATRIMONIO.....	51
CAPÍTULO 1. CUESTIONES GENERALES.....	51
1.1. <i>Concepto y naturaleza jurídica de la dotación</i>	51
1.2. <i>Irrevocabilidad del negocio jurídico fundacional</i>	59
1.2.1. Planteamiento de la cuestión.....	59
1.2.2. Derecho comparado	61
1.2.3. Derecho nacional	66
1.2.3.1 Revocabilidad del negocio fundacional <i>mortis causa</i>	66
1.2.3.2. Revocabilidad del negocio fundacional <i>inter vivos</i>	67
1.2.4. Algunas notas del derecho autonómico	71
1.3. <i>La traslación patrimonial</i>	73
1.3.1. Derecho comparado	74
1.3.2. La discusión doctrinal.....	77
1.3.3. La relevancia práctica de la disputa	81
1.3.4. Examen del debate.....	82
1.3.4.1. La cuestión sobre la naturaleza del patrimonio pre fundacional	83
1.3.4.2. La protección del interés de los acreedores del fundador	84
1.3.4.3. Traslación patrimonial y otros extremos inconexos	86
1.3.4.4. A modo de conclusión	87
1.3.5. El problema en el derecho autonómico.....	88
CAPÍTULO 2. LA REGULACIÓN DE LA DOTACIÓN PATRIMONIAL.....	94
2.1. <i>Bienes susceptibles de integrar la dotación</i>	94
2.1.1. La superación del proceso desvinculador	94
2.1.2. La situación nacional	100
2.1.3. Las normas autonómicas.....	106
2.2. <i>Títulos de aportación</i>	108
2.2.1. La admisión de títulos diversos de la propiedad plena.....	108
2.2.2. ¿Una puerta para la reversión de los bienes dotacionales?.....	111

2.3. Identificación y valoración de la dotación.....	117
2.3.1. La cuestión en la Ley 30/1994	117
2.3.2. Derecho autonómico	121
2.4. Criterios de magnitud de la dotación.....	124
2.4.1. Los criterios de magnitud mínima: suficiencia y adecuación.....	125
2.4.1.1. La suficiencia dotacional	125
2.4.1.1.1. La opción legislativa.....	125
2.4.1.1.2. El entorno europeo.....	126
2.4.1.1.3. La doctrina española.....	136
2.4.1.1.4. El juicio de suficiencia.....	138
2.4.1.1.5. El panorama territorial.....	141
2.4.1.2. Adecuación de la dotación	146
2.4.1.3. Insuficiencia e inadecuación: Consecuencias jurídicas.....	150
2.4.2. Los criterios de magnitud máxima y la revocabilidad del exceso	162
2.4.2.1. Consideraciones generales.....	162
2.4.2.2. Derecho comparado	164
2.4.2.3. Constitución de la fundación <i>inter vivos</i>	168
2.4.2.3.1. Limitación general.....	168
2.4.2.3.2. La razonable subsistencia futura del fundador.....	169
2.4.2.3.3. La protección del interés de los acreedores.....	169
2.4.2.3.4. La supervivencia y la superveniencia de hijos.....	171
2.4.2.3.5. La ingratitud del donatario.....	175
2.4.2.3.6. El incumplimiento de cargas.....	177
2.4.2.4. Fundación <i>mortis causa</i> y protección de las legítimas.....	179
2.5. Formas de aportación y aumento de la dotación.....	180
2.5.1. Mecanismos alternativos de aportación.....	181
2.5.1.1. La dotación sucesiva.....	181
2.5.1.2. Compromiso de aportación por terceros	190
2.5.1.3. La interdicción de las fundaciones exclusivamente recaudatorias	196
2.5.1.4. La posibilidad de aportación inicial por terceros no fundadores.....	199
2.5.2. Mecanismos legales de aumento dotacional.....	200
2.5.2.1. Afectación posterior de bienes.....	201
2.5.2.2. Aumento automático <i>ex Art. 25</i>	205
2.6. Integridad de la dotación.....	206
2.6.1. Derecho comparado	206
2.6.2. Derecho estatal.....	207
2.6.2. Perspectiva autonómica.....	209
CAPÍTULO 3. DOTACIÓN Y PATRIMONIO	211
3.1. Planteamiento del problema	211
3.2. El estado de la cuestión en la doctrina	212
3.3. Algunas conclusiones de <i>lege lata</i> y otras de <i>lege ferenda</i>	222
PARTE II. EL CONTROL DE LA GESTIÓN PATRIMONIAL.....	229
CAPÍTULO 1. GENERALIDADES	231
1.1. Administración y disposición del patrimonio.....	231
1.1.1. El principio general en el entorno europeo.....	231
1.1.2. El reiterativo Derecho estatal	238
1.1.3. Derecho autonómico	240
1.2. Principios rectores de la gestión.....	242

1.2.1. El principio teleológico.....	244
1.2.2. El principio de información suficiente.....	247
1.2.3. El principio de imparcialidad y no discriminación	250
CAPÍTULO 2. OBLIGACIONES FORMALES PERIÓDICAS	253
2.1. <i>Constancia de titularidad de bienes y derechos</i>	253
2.1.1. El exceso del Derecho estatal	253
2.1.2. Las regulaciones autonómicas	256
2.2. <i>Obligaciones contables y de información básica</i>	257
2.2.1. Derecho Comparado	257
2.2.1.1. Alemania	257
2.2.1.2. Italia.....	259
2.2.1.3. Francia.....	260
2.2.1.4. Inglaterra	262
2.2.1.5. Otros ordenamientos.....	264
2.2.2. Las obligaciones formales en el Derecho nacional	268
2.2.3. La normativa autonómica	273
CAPÍTULO 3. ENAJENACIÓN Y GRAVAMEN DE BIENES	280
3.1. <i>Introducción</i>	280
3.2. <i>Derecho comparado</i>	281
3.2.1. República Federal de Alemania	281
3.2.2. Inglaterra.....	287
3.2.3. Italia.....	289
3.2.4. Francia	291
3.2.5. Otros ordenamientos.....	292
3.3. <i>Derecho nacional</i>	298
3.3.1. Actos sometidos a autorización previa del Protectorado.....	298
3.3.1.1. Problemas de interpretación	299
3.3.1.1.1. Las enajenaciones a título gratuito	299
3.3.1.1.2. Autorización respecto de bienes muebles.....	305
3.3.1.1.3. Bienes que integran la dotación.....	306
3.3.1.1.4. Vinculación directa al fin fundacional.....	307
3.3.1.1.5. El cálculo del veinte por cien	310
3.3.1.1.6. La “enajenación y gravamen” del dinero.....	311
3.3.1.2. El procedimiento de autorización	313
3.3.1.2.1. Enajenación de inmuebles	314
3.3.1.2.2. Gravamen de bienes inmuebles	317
3.3.1.2.3. Enajenación y gravamen de establecimientos mercantiles o industriales	318
3.3.1.2.4. Enajenación y gravamen de bienes muebles	319
3.3.1.2.5. Enajenación y gravamen de valores	319
3.3.1.2.6. Enajenación y gravamen de participaciones mayoritarias	320
3.3.1.2.7. Transacciones y compromisos en árbitros de equidad.....	321
3.3.1.2.8. Autorizaciones anuales para contratar.....	321
3.3.1.3. La revocación del acto autorizatorio.....	323
3.3.1.4. La ausencia de la preceptiva autorización	324
3.3.1.4.1. Generalidades.....	324
3.3.1.4.2. La tesis de la validez y plena eficacia del negocio	327
3.3.1.4.3. Las posibilidades clásicas de ineficacia negocial	331
3.3.1.4.4. Algunas soluciones alternativas	337
3.3.2. Actos con régimen de comunicación inmediata.....	341

3.3.3. Actos sometidos a régimen de constancia registral adicional.....	346
3.3.4. El residuo de libre disposición	346
3.4. <i>Las soluciones autonómicas</i>	348
3.5. <i>Una aproximación valorativa</i>	353
CAPÍTULO 4. ADQUISICIÓN DE BIENES	360
4.1. <i>Derecho comparado</i>	360
4.1.1. Alemania.....	360
4.1.2. Italia	362
4.1.3. Francia	365
4.1.4. Inglaterra y Gales.....	368
4.1.5. Otros ordenamientos	371
4.2. <i>Derecho nacional</i>	373
4.2.1. Adquisición de herencias y donaciones.....	375
4.2.1.1. La aceptación de herencias	375
4.2.1.1.1. La regulación legal y sus consecuencias.....	375
4.2.1.1.2. Las regulaciones autonómicas	377
4.2.1.2. La aceptación de legados y donaciones.....	379
4.2.1.2.1. Regulación estatal.....	379
4.2.1.2.2. Regulaciones autonómicas.....	386
4.2.1.3. La repudiación de herencias y legados.....	387
4.2.1.3.1. Regulación estatal.....	387
4.2.1.3.2. Regulación autonómica	389
4.2.2. Adquisición de participaciones en sociedades.....	390
4.2.2.1. La participación en sociedades personalistas	390
4.2.2.2. La participación en sociedades no personalistas	395
4.2.2.3. Las regulaciones autonómicas	398
4.2.3. La percepción de ingresos por las actividades fundacionales.....	401
4.2.3.1. El mandato legal permisivo.....	401
4.2.3.2. Los límites legales	403
4.2.3.3. La normativa autonómica.....	407
CAPÍTULO 5. DESTINO DE RENTAS E INGRESOS	410
5.1. <i>Preliminar</i>	410
5.2. <i>La base de cálculo</i>	418
5.3. <i>Plazo y destino a fines</i>	421
5.4. <i>Los gastos de administración</i>	421
5.5. <i>Las normativas autonómicas</i>	423
CAPÍTULO 6. AUTOCONTRATACIÓN Y CONFLICTO DE INTERESES.....	428
6.1. <i>Preliminar</i>	428
6.2. <i>Derecho comparado</i>	429
6.3. <i>El conflicto de intereses en el Derecho nacional</i>	432
6.3.1. La Ley de Fundaciones y su Reglamento.....	432
6.3.1.2. El mecanismo del artículo 26.....	433
6.3.1.2.1. Ámbito de aplicación.....	433
6.3.1.2.2. El procedimiento de autorización	437
6.3.1.2.3. El problema de la sanción. Remisión.....	439
6.3.1.2.4. La validación retroactiva	441
6.3.1.3. Perspectiva crítica	442
6.3.2. El conflicto de intereses en las leyes autonómicas	446

CAPÍTULO 7. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.....	447
7.1. Planteamiento de la cuestión	447
7.2. El estado de la cuestión en la doctrina	449
7.3. La respuesta de los Tribunales	454
7.4. Algún comentario a modo de conclusión.....	460
CONSIDERACIONES FINALES.....	463
BIBLIOGRAFÍA	475

Notas preliminares

Intentaré, en estas notas preliminares, explicar algunos extremos de orden metodológico que me parecen relevantes a la hora de encarar y de explicar la elaboración de una tesis. Trataré de hacer explícitos seis puntos relativos a ella. Son ellos el objeto de estudio, la perspectiva desde la cual se abordará ese objeto de estudio, el o los problemas principales que se intentará tratar, la metodología que servirá de guía para el trabajo, la oportunidad del mismo, y finalmente, el itinerario por el que éste discurrirá.

La tesis que aquí se presenta tiene por propósito el análisis de la normativa jurídica privada que regula el patrimonio de las fundaciones en el Derecho español, en lo que respecta a su aportación por parte del fundador, y a los controles públicos de su gestión por parte del patronato. Procediendo por exclusión sectorial, pues, omitiré el conjunto de la disciplina fiscal relacionada con el tema, y apenas de soslayo haré alguna referencia al Derecho Administrativo. También por exclusión, ahora de carácter material, queda fuera de los límites de este trabajo la cuestión del patrimonio al momento de la extinción de la fundación.

Ahora bien, con la mira de trazar una frontera que acote aún más el objeto de estudio, y que permita una razonable profundidad analítica, es preciso abordarlo sólo desde una cierta perspectiva. No todos los aspectos patrimoniales de Derecho Privado relativos al aporte del patrimonio de la fundación y al control de su gestión serán aquí tratados, sino únicamente aquellos que puedan incluirse dentro de las facetas objetivas del patrimonio. En otros términos, se acometerá el estudio desde una perspectiva real u objetiva que permita prescindir de la consideración de los elementos personales, formales y teleológicos vinculados, sea por el negocio jurídico fundacional sea por la normativa de control, con el patrimonio.

Respecto de la metodología con la que he procurado abordar el estudio, hay que expresar que el análisis que se realizará tiene un carácter fundamentalmente dogmático, y ese carácter condicionará en importante medida el método y el contenido del trabajo. En efecto, éste parte del texto legal vigente, y evita su explicación en una sede diversa a la puramente normativa, sea ésta histórica, económica o sociológica (perspectivas que, por otra parte, han sido suficientemente abordadas, y con lucidez, por varios autores). Por otra parte, el hecho de presentarse aquí un trabajo de carácter dogmático determina también el alcance de la literatura jurídica utilizada. Se ha

intentado, en la medida de lo posible, restringir ésta a aquella producida con posterioridad a la vigencia de la actual Ley de Fundaciones, y dentro de esta producción, he intentado ser lo más exhaustivo posible. Sin embargo, en un determinado sentido, este intento no puede llevarse a cabo si se pretende un cierto rigor metodológico, ya que existen obras previas a la ley vigente que no resultan prescindibles, y siguen siendo referencia obligada para quienes se ocupen del Derecho de fundaciones en España.

Asimismo, elegir una perspectiva dogmática delimita el método y el ámbito del análisis de los ordenamientos fundacionales comparados, porque obliga a trabajar con los textos legales respectivos, y no sólo con referencias doctrinales. He preferido, en este trabajo, omitir una descripción general –por fuerza muy básica e incompleta– de las disciplinas fundacionales comparadas, y abordarlas, en cambio, fragmentaria pero más acabadamente, a propósito de cada tema específico del Derecho nacional que se trate. Esta decisión supone, para efectuar un estudio con alguna rigurosidad, realizar un proceso de selección de los ordenamientos con los que se va a trabajar. En esta fase de decisión, he optado por criterios de proximidad sistémica, política y geográfica. Así, he trabajado sólo con los ordenamientos fundacionales de la Europa continental “occidental”. Esto es, he dejado fuera los Derechos de los Estados que, hasta fines del pasado siglo, se encontraban detrás del “muro de Berlín”. Por otra parte, he excluido parcialmente a aquellos cuyo estudio, por pertenecer a culturas jurídicas por completo diversas, serviría como complemento cultural pero no como referencia comparativa de utilidad. Me refiero, evidentemente a los casos del Reino Unido y de Irlanda. En efecto, los esquemas teóricos que subyacen a aquello que desde nuestra perspectiva continental pudiéramos equiparar con una fundación (un *charitable trust*), son tan radicalmente diversos e intelectualmente extraños que su análisis comparativo sería necesariamente de una elementalidad aplastante, o de una confusión abrumadora. En ambos casos, perfectamente inútil. Sin perjuicio de ello, una vez que la entidad está constituida y operando, los mecanismos diseñados para su control sí que pueden ser objeto de un análisis comparativo de algún provecho. Por ello, en la Segunda Parte del trabajo, que aborda el control de la gestión patrimonial, sí he incluido algunas referencias a la legislación del Reino Unido (en verdad, de Inglaterra y Gales, ya que Escocia e Irlanda del Norte tienen una normativa diversa o parcialmente diversa, a la que no haré referencia) y de la República de Irlanda. Parece pertinente aclarar aquí que la pretensión expositiva del autor, respecto de las disciplinas fundacionales extranjeras, se limita a la estricta descripción. Esto es, tanto por razones de espacio, cuanto de disponibilidad bibliográfica, cuanto de interés efectivo para la dogmática española, no

debe esperarse –en lo tocante a esos ordenamientos– una postura crítica o prescriptiva, postura que, evidentemente, sí se adopta en relación al Derecho nacional.

El tema escogido resulta relevante porque la existencia de un patrimonio inicialmente afectado a la persecución de un fin de interés general constituye, ya que no el substrato de las fundaciones, sí –con claridad– su aspecto más característico. Por ello, la regulación de la gestión de ese patrimonio singulariza a un orden jurídico en relación al fenómeno fundacional, y refleja su toma de posición frente a él. Además, el sector normativo relativo al manejo del patrimonio es, con certeza, el que con mayor fuerza incide en la marcha normal de las fundaciones. Sólo para ilustrarlo con algunos ejemplos, la determinación del destino de las rentas, la adquisición y enajenación de bienes, la participación en sociedades, el manejo de la cartera de valores, son todos aspectos que poseen un indudable impacto en la cotidianidad fundacional.

Justamente por eso, y en relación con la oportunidad de un trabajo como el que aquí se presenta (aunque perfectamente consciente de que su juzgamiento cabal jamás incumbe del todo al autor), hay que decir que el presente no parece un mal momento para profundizar el estudio del patrimonio de las fundaciones. En primer lugar, porque la literatura especializada, con todo y ser muy abundante respecto del patrimonio inicial o dotación de la fundación (esto es, del patrimonio como requisito del negocio fundacional) resulta mucho menos pródiga en lo que se refiere a la regulación de la gestión de ese patrimonio durante la existencia de la fundación. En segundo término, porque esa literatura refleja la existencia de muy poca unanimidad doctrinal respecto del tema, y la consideración de la ley resulta muy dispar entre quienes lo han abordado. El texto legal ha producido en su entorno una suerte de ebullición doctrinal que no acaba de calmarse. En tercer lugar, el Gobierno (comenzando a cumplir, algo tardíamente, una promesa que hiciera –como oposición– al aprobarse la actual Ley de Fundaciones) estudia un anteproyecto de reforma, y una visión específica de los problemas de la actual regulación, así como de la forma cómo se han resuelto cuestiones equivalentes en otros ordenamientos europeos puede resultar de alguna utilidad. Desafortunadamente, el estado actual del mencionado anteproyecto (en fase preliminar de discusión al interior del Gobierno) impide referirse específicamente a él en el transcurso de la tesis.

Pues bien, en relación con el objeto de estudio así delimitado, y con la guía metodológica indicada, intentaré hacerme cargo de los principales problemas que presenta, a su respecto, la normativa fundacional española, sea por defecto (esto es,

porque falte una regulación que debiera existir), sea por exceso (es decir, porque existe más regulación de la que debiera haber), sea puramente interpretativa (esto es, porque la forma lingüística adoptada por el autor de la norma resulta equívoca o ambigua). De esta manera, la delimitación del ámbito material y del método de trabajo determinan también el hilo conductor del trabajo.

Con tal propósito se transitará por la siguiente senda:

El trabajo se dividirá en dos Partes: la primera destinada al estudio de la dotación y la segunda, al control de la gestión patrimonial, precedidas de una Introducción y sucedidas por unas Consideraciones Finales. La Introducción del trabajo tiene por objeto revisar algunas cuestiones generales en torno a la noción de patrimonio, y su integración en el concepto de fundación.

La Primera Parte de la tesis se dedicará a examinar la aportación inicial del patrimonio fundacional. En ella, me detendré inicialmente (Capítulo 1) en algunas cuestiones generales –no reguladas legalmente– que dicen relación con la dotación y respecto de las que existe actualmente una importante controversia. Me refiero a los temas de la irrevocabilidad del negocio jurídico fundacional y del desplazamiento patrimonial. El resto de los extremos que conforman lo que se viene denominando “concepto y naturaleza jurídica de la dotación” será objeto de un análisis mucho más sintético. El Capítulo 2 aborda directamente los puntos regulados por la Ley de Fundaciones, con detención menor en los aspectos pacíficos, y mayor en los controvertibles. Se revisan los temas de la capacidad jurídica de las fundaciones (mirado desde la perspectiva objetiva, de los bienes susceptibles de integrar la dotación), de los títulos a los cuales puede aportarse la dotación, de la identificación y valoración de ésta; y con mucho mayor amplitud, la cuestión de los criterios de magnitud de la dotación, tanto de mínimos (suficiencia y adecuación), cuanto de máximos y la posibilidad de revocar el exceso. Luego, se revisan las formas de aportación y de aumento de la dotación, para concluir con algunas conclusiones preliminares sobre el juego del binomio dotación – patrimonio.

La Segunda Parte se destinará a abordar la regulación legal que determina el sistema de control de la gestión del patrimonio fundacional. El primer capítulo se dedicará al análisis de cuestiones de carácter general: la titularidad de la administración del patrimonio, y los principios que deben inspirar la gestión patrimonial de la fundación. A partir del segundo se entrará derechamente al análisis

de las normas que regulan de modo específico aspectos concretos de la gestión del patrimonio, comenzando por las obligaciones formales periódicas o de base que incumben a los gestores. Incluiré dentro de ellas, en primer lugar, la espinosa cuestión relativa a la constancia de titularidad de los bienes y derechos que integran el patrimonio fundacional, y su inscripción en el Registro de Fundaciones, exigida por la Ley; y en segundo término, los deberes de carácter formal en el plano presupuestario, contable, y de información sobre actividades.

Capítulos sucesivos se destinan luego al estudio de la enajenación y gravamen de los bienes fundacionales –con particular atención al el régimen de autorizaciones previas consagrado por la Ley, así como los numerosos problemas interpretativos que ese régimen plantea– y al análisis de las normas que regulan la adquisición de bienes y derechos, con detención especial en la adquisición de bienes a título gratuito, en la adquisición de participaciones en sociedades mercantiles, y en el fenómeno de la percepción de ingresos como contraprestación por las actividades fundacionales. El segundo de estos temas, esto es, el referido a la adquisición de participaciones industriales, se halla vinculado al ejercicio, por parte de la fundación, de actividades empresariales (y su expresión más paradigmática, la llamada fundación–empresa). Con todo, ese ejercicio directo quedará fuera de los márgenes de este trabajo, porque constituye un tema autónomo cuyo tratamiento serio debería ser objeto de otra tesis. En cambio, el ejercicio meramente indirecto de esas actividades, esto es, la tenencia de participaciones societarias, será abordado en este trabajo, pero únicamente en cuanto la adquisición o la enajenación de esas participaciones supone una alteración patrimonial, y no en cuanto a la significación –enorme– que esa posibilidad abre para las fundaciones.

Los últimos capítulos estarán dedicados a analizar la regulación legal del destino de las rentas e ingresos de la fundación, al fenómeno de la autocontratación, y al estudio de la responsabilidad patrimonial de las fundaciones, respectivamente. Los tres tópicos se relacionan estrechamente con la gestión patrimonial, aunque no se encuentren dentro del núcleo de las normas que la regulan. El primero, porque condiciona teleológicamente el manejo del conjunto del patrimonio; el segundo, porque la contratación con conflicto de intereses es una modalidad que puede presentarse respecto de cualesquiera de las hipótesis de manejo patrimonial estricto, y el tercero, porque supone la necesaria consecuencia del manejo patrimonial realizado por los gestores patrimoniales, y puede determinar una disminución efectiva de los activos de la fundación.

Finalizaré la tesis con unas breves ideas recapitulatorias, reunidas bajo el poco original rótulo de “Consideraciones Finales” (pobre sustituto del aún menos original epígrafe de “Conclusiones”). En ellas volveré sobre las cuestiones principales respecto del Derecho estatal de fundaciones que han constituido problemas a lo largo de la tesis, exponiendo breves conclusiones respecto de cada uno de ellos.



Algunos extremos de carácter formal. En primer término, y aunque su empleo extensivo resulte frecuente en países como España o Alemania (y no sólo en la literatura técnica; también en la vida cotidiana), omitiré en la tesis el uso de siglas y abreviaturas de uso infrecuente, lo que excusa *eo ipso* la existencia de un índice de abreviaturas.

En segundo lugar, y a efectos de permitir una lectura liviana, evitando una reiteración excesiva de datos de escasa utilidad, pero al mismo tiempo, favorecer al máximo una consulta precisa y exacta de las fuentes bibliográficas, facilitando su contraste, he utilizado en este trabajo un sistema simplificado de referencias y fuentes. Cada vez que se cita a un autor, se le identifica por sus dos apellidos, cuando estén disponibles; y la obra a la que se hace referencia se cita por su título, en cursivas si se trata de un libro, y en letra normal entrecomillada si se trata de un artículo en una publicación periódica, o una parte de una obra colectiva. La referencia se completa, evidentemente, con el número de página correspondiente. Todos los restantes datos disponibles sobre la obra se encuentran en la Bibliografía de la página 475, que se ordena alfabéticamente. Con idéntico objeto de facilitar el contraste, la Bibliografía contiene solamente las obras citadas en el texto, y no las demás obras consultadas pero no citadas.

Al propio tiempo, he intentado evitar, salvo para referencias bibliográficas contiguas o muy próximas, el uso –académicamente convencional y elegante, pero algo incómodo para el lector– de las locuciones latinas *op. cit.* y *loc. cit.*, de modo de obviar la necesidad de buscar en una página distinta a aquella que se está leyendo la última referencia a una determinada obra del autor citado. Para las referencias comparativas, he utilizado indistintamente el español “véase” y la abreviatura latina *vid.*, y he omitido deliberadamente el uso de *coferas* o su abreviación *cfr.*

Respecto de las referencias en lengua extranjera: Para las citas doctrinales, he preferido omitir la cita en el idioma original y realizar la traducción al castellano, traducción de la que el autor de este trabajo resulta, por tanto, íntegramente responsable. Para las citas legislativas, en el texto principal realizaré en castellano el comentario o la traducción o el extracto de la parte relevante de la disposición, pero incluiré a pie de página la transcripción legal en su idioma original, o en uno de ellos, en el caso de Estados multilingües, y encabezada con la indicación del Estado que la dicta, seguida del tipo de norma de que se trate, salvo cuando el título de la norma sea claramente indicativo del Estado que la origina (como el *Codice Civile Italiano*, por ejemplo). Aunque siempre transcribo –a efectos de permitir el contraste a quien domine el idioma respectivo– el texto en su idioma original, las traducciones del nuevo Código Civil neerlandés se han realizado sobre la base de la traducción alemana de NIEPER y WESTERDIJK (NIEPER, F., and WESTERDIJK, A.S.: *Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch. Buch 2 Juristische Personen*, Series of Legislation in Translation, N.º 4, Kluwer, The Hague, London, 1995). Las del Código Civil helénico, sobre la traducción francesa de MAMOPOULOS (MAMOPOULOS, PIERRE: *Code Civil Hellénique*, Serie Publications de l'Institut Hellénique de Droit International et Etranger; Nº10. 2e ed., mise à jour par Mitsa Tsitseklis-Souriadakis, S. Sakoulas, Athènes, 1981). El resto son traducciones o comentarios directos, de los que, nuevamente, resulta el autor responsable.

En el caso español, las citas de normas autonómicas se iniciarán con el nombre de la Autonomía autora de la disposición (para abreviar, no transcribiré el nombre completo de la Comunidad Autónoma, sino únicamente su denominación corriente. Así, la Comunidad Foral de Navarra se abreviará sólo con Navarra) y se realizarán siempre en la versión en lengua castellana; todo ello sin significar en modo alguno una falta del debido respeto al Estado de las Autonomías.

Introducción: Fundación y patrimonio

La jurisprudencia y la doctrina nacionales

La jurisprudencia nacional resulta desde antiguo muy consistente en la exigencia de un patrimonio inicialmente afectado a un fin de interés general para reconocer la existencia de una institución fundacional. En efecto, la idea de que “(...) la dotación, (es) requisito esencial, sea cual fuere su naturaleza jurídica, para la existencia de la Fundación (...)”¹ respalda una jurisprudencia unánime. Llevando esta doctrina hasta su extremo, el Tribunal Supremo ha rechazado que pueda admitirse una fundación cuya única dotación consista en subvenciones anuales procedentes de otra entidad: “(...) es claro que el capital con que (la fundación) dice contar no está materializado en una cantidad fija, disponible en todo momento, sino que carece de actualidad y solamente supone un derecho de crédito y como tal aleatorio, no concreto, y en consecuencia, sin reunir los requisitos exigidos para la normal subsistencia en el futuro de la institución y su tutela por los organismos correspondientes (...)”² Véase también esta muestra: “Sabido es que las Fundaciones son entidades de la clase de personas jurídico-morales, creadas por una o varias personas físicas, aportando bienes patrimoniales para cumplimiento de fines de interés general y público.”³ Recientemente, una sentencia retoma un antiguo concepto de la institución fundacional para hacer aplicable a una entidad la nueva Ley de Fundaciones. “(...) el sustrato de la persona jurídica que constituye «la Fundación Hospital Asilo Nuestra Señora del Rosario», está integrado por un patrimonio adscrito a un fin; no es una base personal sino real, una «universitas rerum», propia de una fundación, no de una asociación, y desde su inicio, pues como consta (...), dicha Fundación «tiene su origen en la donación que a este fin consta en el testamento de don Vicente L. P., otorgado el 16 de junio de 1919 ante el Notario de Medina de Pomar don Teodoro R. R.», siendo clasificada como de beneficencia particular por Orden de 18 de mayo de 1934 del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión, y habiéndose regido por un Patronato, órgano propio de una Fundación, de manera que la aplicación de las normas

¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1983. Considerando Sexto. Ponente Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso.

² Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1972. Considerando Tercero. Ponente Excmo. Sr. D. Isidro Pérez Frade.

³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Málaga, Andalucía, Sala de lo Social, de 5 de diciembre de 1995, núm. 1231/1995. Recurso de Suplicación. Rollo núm. 55/1995. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Jacinto Maqueda Abreu.

concernientes a este tipo de persona jurídica es incuestionable y pertinente.”⁴ La doctrina del propio Tribunal Constitucional, sentada a propósito de la discusión sobre la naturaleza de las Cajas de Ahorro, respalda nítidamente esta idea de fundación: “el (...) art. 34 de la Constitución (...) se refiere sin duda al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera. Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman.”^{5/6}

⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 17 de marzo de 1999. Fundamento Quinto. Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Sancho Fraile.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 49/1988, de 22 de marzo. Fundamento Quinto. Ponente don Ángel Latorre Segura. En contra de esta idea, y postulando un concepto material de fundación (que comprenda a toda actividad de beneficencia realizada por iniciativa particular) como base para la correcta interpretación del artículo 34, se ha manifestado recientemente GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la Constitución Española”. El autor sostiene que “el sentido último del artículo 34 constitucional contiene una prohibición de que el Estado monopolice la consecución del interés general, pues la garantía de la beneficencia o actividad altruista no supone otra cosa que permitir que la iniciativa privada también participe en el servicio al interés general.” (*Op. cit.*, p. 121)

⁶ A propósito también de esta mención incidental de la consagración constitucional del derecho de fundación, se he dicho a menudo que esta inclusión constitucional resulta completamente novedosa – al menos en el panorama constitucional europeo. Es cierto que, estrictamente bajo la forma de un derecho constitucional, nuestra Constitución es innovadora, pero no es menos cierto que existen al menos dos ordenamientos constitucionales que mencionan a las fundaciones de un modo que supone un derecho de fundar. Son la Constitución alemana (1949), cuyo artículo 140 deja salva la vigencia del artículo 138 de la Constitución de Weimar de 1919, que garantiza la propiedad y los otros derechos de las asociaciones sin fin lucrativo, y de las fundaciones y otros patrimonios (*Grundgesetz vom 23. Mai 1949. Art. 140. “Die Bestimmungen der Artikel 138 und 141 der deutschen Verfassung vom 11. August 1919 sind Bestandteil dieses Grundgesetzes”*. Weimarer Verfassung vom 11. August 1919. Art. 138 “(1) Die auf Gesetz, Vertrag oder besonderen Rechtstiteln beruhenden Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften werden durch die Landesgesetzgebung abgelöst. Die Grundsätze hierfür stellt das Reich auf. (2) Des Eigentum und andere Rechte der Religionsgesellschaften und religiösen Vereine an ihren für Kultus-, Unterrichts- und Wohltätigkeitszwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und sonstiger Vermögen werden gewährleistet”) y la Constitución griega, que en su Parte Final, Provisiones Especiales, contiene el artículo 109, específicamente destinado a prohibir la alteración de la voluntad testamentaria cuando se dirige al fines de interés general (beneficio público) o contiene provisiones a favor del Estado (Ap. 1º). Excepcionalmente, el apartado 2º permite, cuando una decisión judicial certifica que resulta imposible por cualquier causa llevar a efecto la voluntad del testador, en su totalidad o en su mayor parte, utilizar los bienes para un propósito equivalente, con la mira de incrementar el beneficio. (Το Συντάγμα Της Ελλάδας. Άρθρο 109. 1. “Δεν επιτρέπεται η μεταβολή του

Ahora bien, que se reconozca que el patrimonio constituye un elemento que se encuentra en la base conceptual de la noción técnico jurídica de la fundación es una cosa (y tampoco este reconocimiento es generalizado, como revisaré); pero el modo cómo el concepto del patrimonio se integra en la idea fundacional no resulta ni mucho menos unánime en los autores que se han referido al tema. La definición legal de la fundación como una “organización constituida sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tiene afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”⁷, desplaza más que ligeramente el centro de gravedad del fenómeno fundacional desde la idea de un patrimonio personalizado, como en las concepciones más clásicas, hasta la idea de organización,⁸ y por lo tanto, ha colaborado a asentar la brecha.⁹

Sólo a modo de enumeración introductoria que ejemplifique las divergencias, CAFFARENA LAPORTA indicaba, antes de la vigencia de la actual Ley de Fundaciones, que la fundación es la persona jurídica que nace cuando se destina un conjunto de bienes a la realización de un fin de interés general, y que se caracteriza, frente a las asociaciones, por poseer un substrato patrimonial.¹⁰ Asimismo con anterioridad a la Ley, CAPILLA RONCERO definía a la fundación como “una persona jurídica consistente

περιεχομένου ή των όρων διαθήκης, κωδικέλλου ή δωρεάς, ως προς τις διατάξεις τους υπέρ του Δημοσίου ή υπέρ κοινωφελούς σκοπού. 2. Κατ' εξαίρεση επιτρέπεται η επωφελέστερη αξιοποίηση ή διάθεση, για τον ίδιο ή άλλο κοινωφελή σκοπό, εκείνου που καταλήφθηκε ή δωρήθηκε, στην περιοχή που καθόρισε ο δωρητής ή ο διαθέτης ή στην ευρύτερή της περιφέρεια, όταν βεβαιωθεί με δικαστική απόφαση ότι η θέληση του διαθέτη ή του δωρητή δεν μπορεί να πραγματοποιηθεί, για ποιονδήποτε λόγο, καθόλου ή κατά το μεγαλύτερο μέρος του περιεχομένου της, καθώς και αν μπορεί να ικανοποιηθεί πληρέστερα με τη μεταβολή της εκμετάλλευσης, όπως νόμος ορίζει”).

⁷ Ley 30/1994, de 24 de Noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General. Art. 1º. La antedicha Ley fue publicada en el Boletín Oficial del Estado 282/1994, de 25-11-1994. Ref. 1994/26004. Páginas 36146 a 36164; en lo sucesivo, simplemente “la Ley”, “la Ley de Fundaciones” “la ley 30/94” o “la ley estatal”. Asimismo, cualquier mención a un artículo, sin más especificación, debe entenderse realizada a este texto legal.

⁸ Con algún detalle sobre este cambio en la definición, *vid.*, por todos, DURÁN RIVACOBA: *El negocio jurídico fundacional*, p. 57 y ss. En el sentido contrario, esto es, sosteniendo que la Ley no innova mayormente respecto del concepto de Fundación, VATTIER FUENZALIDA: “Concepto, Constitución y Dotación de la Fundación”, p. 72: “La ley no ha sido demasiado innovadora ya que no se aparta de la idea básica del patrimonio adscrito o destinado por el fundador a la satisfacción de un fin altruista (...)”

⁹ Un segundo elemento que tiende a introducir alguna confusión es el relativo a la dualidad «negocio jurídico fundacional – fundación». En efecto, se suelen mezclar las ideas relativas al patrimonio –la dotación– como elemento esencial del negocio jurídico que da vida a la fundación, y las relativas al patrimonio como elemento esencial de la fundación ya constituida. Intentaré en las líneas que siguen mantener ambos campos semánticos nítidamente diferenciados.

en un patrimonio destinado establemente a un fin de interés general.”¹¹ PIÑAR MAÑAS, en la misma línea, sostenía que “las fundaciones deben ser consideradas como conjuntos de bienes destinados a fines en esencia no lucrativos. Estas son, creo, las notas que deben caracterizarlas.”¹²

El mismo PIÑAR MAÑAS, comentando ahora el artículo 1 de la Ley, y luego de concordar con el acento que ésta pone en el aspecto organizacional de la fundación, y con el cambio que ese nuevo énfasis supone, destaca sin embargo que “el patrimonio y la voluntad de lo que la Ley llama «creadores» (el o los fundadores) son, no hace falta resaltarlo, absolutamente capitales en la fundación. Ya antes dije que sin patrimonio no hay fundación.”¹³ DE PRADA GONZÁLEZ, aún reconociendo que la consideración del patrimonio como esencial en la fundación no es pacífica en la doctrina, afirma que “es indudable que para la explicación de la fundación es imprescindible acudir a este concepto y que en ella el substrato objetivo, o *universitas bonorum*, ha sido tradicionalmente utilizado para la comprensión del fenómeno.”¹⁴ CARRANCHO HERRERO, luego de revisar una serie de definiciones doctrinales en el ámbito hispano, concluye que “la existencia de patrimonio destinado a un fin es nota característica en todas ellas”¹⁵.

En un punto extremo de esta posición “patrimonialista”, y criticando el concepto del artículo 1 de la Ley, ROGEL VIDE ha expresado que “en mi opinión, la definición es desafortunada y muy poco esclarecedora de las singularidades de las fundaciones, pues pone en demasía el acento sobre un elemento hasta cierto punto accidental de la misma y común con otras personas jurídicas, cual es la organización,

¹⁰ CAFFARENA LAPORTA: “Voz «Fundación»”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 3199. Aunque la obra está publicada después de la entrada en vigor de la Ley de Fundaciones, el texto que cito está escrito con anterioridad.

¹¹ CAPILLA RONCERO: “Comentario a los arts. 35 a 39 del Código Civil”, p. 898. La misma idea se halla en *La persona jurídica: Funciones y disfunciones*, p. 80, donde sostiene que en el caso de las fundaciones “(...) el sustrato de la personificación es el conjunto de elementos patrimoniales destinados a un fin de interés general (...)”. Con igual vigor, y con posterioridad a la publicación de la Ley 30/1994 LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil*, sostiene que “la fundación es un patrimonio adscrito a un fin” (p. 384), o “una personificación de un patrimonio establemente adscrito a un fin de carácter general” (p. 379).

¹² PIÑAR MAÑAS: “Las fundaciones y la Constitución Española”, p. 1306.

¹³ PIÑAR MAÑAS: “Comentario a los artículos 1 a 5”, p. 12. En la misma línea, SERRA RODRÍGUEZ sostuvo que “la exigencia de patrimonio es una consecuencia ineludible del propio concepto de fundación implícito en el Código Civil. Por tanto, no se podrá constituir una fundación sin patrimonio, sin una dotación inicial, ni podrá subsistir una fundación que carezca absolutamente de él.” (SERRA RODRÍGUEZ: *Las Fundaciones: Elementos esenciales y constitución*, p. 44).

¹⁴ DE PRADA GONZÁLEZ: “Patrimonios adscritos a fines”, p. 165.

¹⁵ CARRANCHO HERRERO: *La Constitución de Fundaciones*, p. 45.

dejando de lado lo esencial de las fundaciones para toda la doctrina, que es el conjunto de bienes destinado a un fin de modo permanente.”¹⁶

En la trinchera contraria, CASTÁN TOBEÑAS ha sostenido que “las fundaciones o instituciones (*universitas bonorum*) tienen como elemento característico una organización dirigida a un fin determinado.”¹⁷ Y luego; “la cuestión de cuál sea el *substratum* de las fundaciones ha sido muy discutida (...) La doctrina más reciente parece volver al punto de partida, y estimando que hay diferencia sustancial entre asociaciones y fundaciones considera (con Ferrara) como elemento esencial de estas últimas, que les da su individualidad propia, la obra o fin concreto para cuyo servicio la institución es creada. Al decir de Eneccerus, el portador de la personalidad jurídica en las fundaciones no es la pluralidad de personas, ni tampoco el patrimonio (que es objeto y no sujeto de derecho, y que puede incluso faltar temporalmente), sino sólo la organización misma, en virtud de la cual se realiza un determinado fin permanente con la mediación de fuerzas humanas.”¹⁸

LACRUZ BERDEJO pone el acento en el fin, definiendo a la fundación como “una finalidad en acción, con medios y organización propios”¹⁹, pero agregando acto seguido que “en esencia, la fundación consiste en un conjunto de bienes vinculados, en beneficio de un colectivo indeterminado, a una finalidad altruista y de interés general.”²⁰ En el mismo sentido de enfatizar el fin como elemento caracterizador y la organización como substrato, y con un pintoresco símil ferroviario, GOMEZA VILLA: “(...) el elemento patrimonial pierde protagonismo a favor del elemento organización, verdadero motor de la fundación, que la dinamiza y mueve hacia el fin fundacional determinado por el fundador. Y así resulta que es el fin fundacional determinado por el fundador el elemento caracterizador de la fundación; son las vías marcadas por el fundador sobre las que habrá de discurrir el tren de la fundación; el tren, el patrimonio, se mueve con la locomotora de la organización hacia el fin, bien con su propia energía, bien con la del tendido que engancha, pero es la organización la que arrastra y empuja el patrimonio al cumplimiento del fin fundacional, permitiendo sólo y en muy determinadas circunstancias el cambio de vías.”²¹

¹⁶ ROGEL VIDE: *Derecho de la Persona*, p. 113.

¹⁷ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil*, p. 439.

¹⁸ *Id.*, p. 440.

¹⁹ LACRUZ BERDEJO *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, I, 2º, p. 292.

²⁰ *Id.*, p. 294.

Una variación entre las posiciones que niegan al patrimonio un papel preponderante en la conceptualización del fenómeno fundacional se aprecia en un trabajo reciente de GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ. Sostiene el autor que, dada la actual facilidad con la que se constituyen fundaciones prácticamente sin patrimonio, añadida a la dificultad de seguir considerando la voluntad del fundador como la auténtica ley de la fundación (tanto por la dependencia financiera de terceros cuanto por la soberanía que sobre la fundación ejerce el Protectorado), ni el primer elemento ni la segunda sirven para caracterizar a las fundaciones. El autor reserva ese papel “a la ausencia de miembros en su organización interna, entendiendo por miembros aquellos que se integran en la organización con potestades propiamente soberanas, esto es, que son definitivas y que no precisan de aprobación o ratificación ulterior (...)”²²

Autores como ALBALADEJO GARCÍA intentan el camino de cortar el nudo gordiano en vez de intentar deshacerlo, sosteniendo respecto del ser social o substrato al que se otorga personalidad que “en esta cuestión puramente conceptual, mi opinión es que el ente ideal lo constituye la obra, que consiste en, sirviéndose de los bienes adscritos, perseguir un fin, mediante la adecuada organización humana”²³ caracterizando así a la “obra” como la suma de fin, bienes y organización. Sigue así este autor la línea insinuada hace ya tiempo por LÓPEZ JACOISTE, que sostenía, argumentando la naturaleza unitaria del negocio jurídico fundacional, que “fijación de un fin, afectación de un patrimonio al servicio del mismo, organización personificada para su realización sucesiva, son los elementos que han quedado enlazados a través del juego de la causa. Sobre esta base es posible calificar la naturaleza del negocio jurídico fundacional.”²⁴ En idéntica línea se inscriben las palabras de MORILLO GONZÁLEZ: “Considerar que lo que constituye la esencia de la fundación es ser una organización, es decir poco, pues, en sentido amplio, toda persona jurídica es indudablemente una organización. Por otra parte, si se hace recaer el peso de la fundación sobre la organización, puede parecer que resulta posible que exista una organización como una realidad jurídica separada de su patrimonio, y esto no es así. (...) Por otra parte, no se puede negar que el patrimonio fundacional es un elemento necesario en toda fundación, sin el cual ésta no puede existir, pero no es suficiente. La fundación no se puede entender simplemente como una masa de bienes. El patrimonio (...) no es por sí

²¹ GOMEZA VILLA: “Comparación de la Ley de Fundaciones del País Vasco con la ley 30/1994”, p. 297.

²² GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la Constitución Española”, p. 124.

²³ ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho Civil*, I, Volumen Primero, p. 409.

²⁴ LÓPEZ JACOISTE: “La Fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones”, p. 597.

mismo la persona. Finalmente, no podemos olvidar que el fin fundacional constituye la causa en la que tiene su origen la fundación. Aunque también es cierto que no se debe confundir la razón por la que se crea una entidad con esta misma.”²⁵

La discusión acerca del substrato de las fundaciones, y la consecuente polémica acerca de su definición conceptual, que se arrastra por muy prolongado tiempo y que desde luego no pretendo aquí describir integralmente, sino apenas esbozar, se basa en gran medida –a mi juicio– en una relativa confusión entre dos cuestiones que son diversas y que no tienen necesidad de mezclarse. Una cuestión es lo que deba entenderse por substrato o elemento sustancial, y otra muy distinta lo que deba significar un elemento característico, específico, diferencial o definitorio.²⁶

A su turno, y ya se trate de elementos materiales o formales, tanto un componente sustancial como un carácter diferencial pueden erigirse en exigencias legales imperativas, esto es, como requisitos legales de existencia, del negocio jurídico fundacional. Así ocurre con el patrimonio, que, a fuer de constituir el carácter definitorio del fenómeno fundacional, es requerido por el Derecho (y con unas determinadas características, además) para proceder al reconocimiento o concesión –según el ordenamiento de que se trate– de la personalidad jurídica. Así, la existencia de un patrimonio inicial o dotación es, en la ley nacional, un requisito legal esencial del negocio jurídico fundacional, sin el cual el reconocimiento jurídico no puede producirse. En virtud de lo dispuesto por el artículo 8 c), “la escritura de constitución de una fundación deberá contener, al menos, los siguientes extremos: (...) c) La dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación.” Al desarrollo de este requisito se destina íntegramente el artículo 10.

²⁵ MORILLO GONZÁLEZ: *El proceso de creación de una fundación*, p. 27 (La misma idea matriz se contiene en la más reciente obra del mismo autor: MORILLO GONZÁLEZ: *La fundación: concepto y elementos esenciales*, p. 33). En el mismo ánimo sincrético, SERRANO GARCÍA: “Control y Gobierno de las Fundaciones a la luz de la ley 30/1994”, p. 164, expresa que “(...) tenemos que conjugar cuatro, o quizá cinco elementos en el instituto fundacional; una voluntad que señala un fin de interés general que se pretende alcanzar, una masa de bienes destinada a su realización y una organización mediante la que se opera permanentemente la aplicación del patrimonio a la realización del fin querido por el fundador. Todo ello sin ánimo de lucro.”

²⁶ *Vid.*, por ejemplo, este texto del profesor DE CASTRO Y BRAVO, que refiriéndose a las dos cuestiones fundamentales que se plantean en torno a la naturaleza de las personas jurídicas, expresa que “(...) son la de su «existencia» que trata de dar respuesta a si las personas jurídicas tienen una existencia real o son creación del Derecho; y la de su esencia, que trata de encontrar la nota característica de las mismas.” (DE CASTRO Y BRAVO: *La persona jurídica*, p. 262).

Es claro, además, que el uso de la antigua nomenclatura estructuralista que se refiere a “elementos” de las entidades jurídicas, como si de seres materiales se tratase, es muy inductivo a confusiones. Por ello, intentaré en lo sucesivo evitar el uso de esa expresión, y utilizaré otras que me parecen menos equívocas, como *substrato*, para aludir a aquella materialidad que el ordenamiento jurídico “coge” y regula; *carácter diferencial*, para referirme a los aspectos de una realidad jurídica que permiten distinguirla de otra; y *requisito legal del negocio jurídico*, para nominar a aquella condición, cualquiera sea su naturaleza (material o puramente formal) exigida por el derecho para reconocer la existencia y/o validez de una realidad normativa.

Vuelvo ahora a la confusión a que hacía referencia. Cuando se define por género próximo y diferencia específica (que es la única forma de definir en Derecho, por la obvia inaplicabilidad de la definición ostensiva) ocurre casi siempre que lo sustancial o material (el *substrato*) no es lo que singulariza o distingue a aquello que se está definiendo. Muy con el contrario, el *substrato* suele consistir justamente en aquella o aquellas partes que los congéneres que se necesita diferenciar comparten. Es decir, el *substrato* no suele ser, ni tiene por qué ser diferencial. Por cierto, esto no sucede sólo en las ciencias sociales. Realizando una analogía taurina, un toro de lidia comparte todos sus elementos esenciales (aquellos que lo hacen ser un toro y no otra cosa) con un toro de raza lechera: lo que los distingue son precisamente sus caracteres accidentales.

Así pues, el hecho de que el *substrato* de las fundaciones, su componente sustancial (aquella entidad material a la que el Estado reconoce u otorga personalidad jurídica), sea una organización dirigida a un fin de interés general no obsta para nada, y por el contrario, resulta perfectamente complementario con la idea de que lo que específicamente distingue a las fundaciones de otras instituciones análogas (de otros congéneres, para ser más preciso) sea la existencia inicial de un patrimonio afectado de forma permanente a la consecución de ese fin.²⁷ Dicho de otro modo, el *substrato* no tiene por qué ser coincidentemente un carácter diferencial, pero si así ocurre, ambos deben estar presentes en una buena definición. Ésa es la razón por la cual la definición del artículo 1º resulta razonablemente afortunada: se aproxima bastante a una clásica definición del tipo género próximo (“organización constituida sin ánimo de lucro”

²⁷ Podría, en esta línea, hilarse más fino. La organización es el sustrato común de toda persona jurídica. La presencia de un fin de interés general no lucrativo singulariza, dentro de la clase de las personas jurídicas, a un grupo específico (las personas jurídicas de Derecho Privado sin fines de lucro) y dentro de ese grupo, la presencia de un patrimonio inicial vinculado permanentemente al fin individualiza a las fundaciones.

destinada a la “realización de fines de interés general”) y diferencia específica (“que, por voluntad de sus creadores, tiene afectado de modo duradero su patrimonio” a ese fin). Es cierto, sin embargo, y tal como ya se ha hecho notar, que la definición todavía puede considerarse algo ambigua, por la ausencia de un matiz más enérgico de diferenciación con las asociaciones²⁸, y por la ausencia de referencia al derecho a fundar contenido en la Constitución.²⁹

Por todo lo anterior, me parecen insostenibles, tanto desde el punto de vista lógico como puramente normativo, las posiciones que niegan al patrimonio un papel definitorio en el fenómeno fundacional. Bajo las premisas antes expuestas, es evidente que ni la organización ni el fin no lucrativo son característica exclusiva de las fundaciones, aunque constituyan su substrato. Por tanto, en ninguna definición que pretenda exhaustividad y rigor (esto es, que incluya todo lo que se quiere definir, sólo lo que se quiere definir, y nada más que lo que quiere definir) pueden esos elementos constituirse en el “hecho diferencial” que singularice a las fundaciones. Este papel está reservado a la existencia genética y necesaria de un conjunto de bienes afectado al fin, que es, a no dudarlo, el elemento que de mejor modo individualiza y distingue al fenómeno.

Por otra parte, y sobre la base de las mismas premisas, tampoco me parece correcto sostener, como ha apuntado más de algún autor, que la idea de organización sea un carácter puramente accidental.³⁰ Como ya he dejado entrever antes, la organización es positivamente sustancial, y muy probablemente sea correcto que constituya el substrato del fenómeno fundacional. Se trata, simplemente, de que no constituye uno de sus caracteres definitorios.

La consideración del patrimonio como un elemento característico resulta, además, muy coherente con la regulación constitucional del derecho de fundación entendido como una derivación del derecho de propiedad (Art. 34 de la Constitución Española). Es así el propio texto constitucional el que indica la naturaleza radical de la diferencia entre asociaciones y fundaciones.³¹ La Ley, por otra parte, se cuida de

²⁸ DE PRADA GONZÁLEZ: “Aspectos Notariales de la Ley de Fundaciones”, p. 207, y luego en “Constitución, modificación y extinción de Fundaciones en la nueva Ley”, p. 27.

²⁹ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 44.

³⁰ Así ROGEL VIDE: *Derecho de la Persona*, p. 113; y CARRANCHO HERRERO: *La Constitución de Fundaciones*, p. 44

³¹ Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional: “Obsérvese también que el reconocimiento del derecho de fundación figura en el Texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia (art. 33). Ello permite entender que aquel derecho es una

mantener una especial referencia a la afectación del patrimonio a un fin de interés general como criterio diferencial de las fundaciones. Posiblemente, esa referencia es perfectible, en el sentido de que la afectación genética del patrimonio, esto es, *ab initio*, al fin de interés general se halla sólo insinuada con la referencia a la voluntad de los creadores, y pudiera, por el contrario, encontrarse explícitamente expuesta.

En el sentido antes apuntado, una tentativa de mejora del concepto del artículo 1, dentro de su misma estructura, pudiera ser la matización siguiente: *La fundación es una organización constituida sin ánimo de lucro para la gestión de un patrimonio que, por voluntad de sus creadores, se afecta de modo duradero a la realización de fines de interés general.* Un poco más lejos de la definición legal, e intentando recoger la totalidad de las observaciones que respecto del tema aquí se han realizado, puede definirse a la fundación como una *organización no lucrativa a la que el Derecho dota de personalidad jurídica para la gestión de un patrimonio que, en ejercicio de un derecho constitucional, se ha destinado de modo duradero a la realización de fines de interés general.*

Me parece, en consecuencia, que debe reafirmarse la sentencia inicial de estas líneas: el patrimonio se halla en la base conceptual del fenómeno fundacional, como elemento definitorio frente a figuras afines, a la vez que su existencia genética constituye un requisito legal esencial. Por tanto, el análisis y valoración de la regulación legal de su gestión constituye un dato de primer orden a efectos de evaluar el modo cómo un ordenamiento jurídico hace frente al fenómeno fundacional.

manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados.” Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 49/1988, de 22 de marzo. Fundamento Quinto. Ponente don Ángel Latorre Segura. Así lo reconoce también la doctrina: “Su colocación (del art. 34 de la Constitución) tras el art. 33, regulador del derecho de propiedad, quizás ponga de relieve que en la consideración del constituyente el derecho de fundación es una manifestación de la libertad de disposición del fundador.” (CAPILLA RONCERO: “Las personas jurídicas”, p. 701. El paréntesis explicatorio es mío).

Fundación y patrimonio en el entorno europeo

Por otra parte, si se realiza una excursión por el Derecho Comparado puede concluirse que es éste un rasgo común a las diversas legislaciones, que en su inmensa mayoría, lo exigen también como requisito del reconocimiento o concesión de la personalidad.³²

La única situación parcialmente excepcional la constituye Alemania. En efecto, aunque el Código Civil estipula que con la autorización estatal el fundador deviene obligado a transmitir el patrimonio que aseguró en el negocio de fundación,³³ de lo que puede colegirse sin demasiada dificultad que en el negocio fundacional debe el fundador asegurar un patrimonio al ente que está constituyendo, una parte no despreciable de la doctrina sostiene que el patrimonio inicial no se alza como requisito imperativo del negocio fundacional. “Sólo la fundación para la cual el fundador está dispuesto a sacrificar parte de su patrimonio obtendrá la aprobación del Estado; sin embargo, la dotación no es el elemento esencial de este negocio (de fundación). La ley no fija un patrimonio mínimo, y sería inadecuado considerar como no nacida una fundación que obtuvo la aprobación estatal, por el solo hecho de que los objetos que el fundador le destinó como patrimonio no tenían ningún valor; si eran, por ejemplo, acciones de una sociedad insolvente en el momento de la creación (...)”³⁴ En cambio, otros intuyen que el patrimonio constituye efectivamente una *condictio sine qua non* para la concesión de la personalidad jurídica, y por ello exigen –aunque con alguna timidez– que debe constar en el acto fundacional: “La indicación de los medios materiales con los cuales se perseguirá el fin de la fundación forma parte también de la constitución. En la fundación *mortis causa*, el mismo negocio de fundación debe

³² CAFFARENA LAPORTA: *El Régimen jurídico*, p. 99 a 106. Asimismo, HUERTA Y HUERTA: *Fundaciones*, p. 105 a 180, que incluyen un estudio general de mayor amplitud geográfica, con referencia, también, a la dispersa normativa comunitaria europea aplicable a las Fundaciones (p. 181 a 195).

³³ Alemania. BGB. § 82 “[Übertragung des Vermögens nach Genehmigung] Wird die Stiftung genehmigt, so ist der Stifter verpflichtet, das in dem Stiftungsgeschäfte zugesicherte Vermögen auf die Stiftung zu übertragen. Rechte, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, gehen mit der Genehmigung auf die Stiftung über, sofern nicht aus dem Stiftungsgeschäfte sich ein anderer Wille des Stifters ergibt.”

³⁴ VON TUHR: *Derecho Civil, I,2, Las personas*, p. 601. El propio autor cita alguna doctrina que sustenta la tesis contraria, y al mismo VON TUHR, al introducir el tema de la capacidad de obrar de las personas jurídicas, se le desliza que “la capacidad de la persona jurídica se manifiesta, ante todo, en los derechos patrimoniales; el patrimonio es un elemento esencial de la fundación (...)” (*Op. cit.*, p. 463)

contener no la mera designación, sino la atribución de los medios materiales para la realización del fin de la fundación, y debe consistir en la transmisión de un patrimonio o elementos particulares de un activo. En el negocio de fundación entre vivos, esta atribución patrimonial no es necesaria, pero también aquí debe el fundador, al menos, definir el camino mediante el que la fundación adquirirá los medios necesarios para la puesta en obra de sus fines.”³⁵

En el resto de los ordenamientos europeos la cuestión no suscita dudas. Aunque los textos legislativos no sean demasiado explícitos, la doctrina resulta unánime al entender que no puede haber fundación sin patrimonio. Así, en Italia, cuyo Código Civil impera que el negocio fundacional debe indicar el patrimonio que se asigna a la fundación,³⁶ y pese a la dificultad adicional de que esa disposición se aplica igualmente a las asociaciones (lo que impide considerar al patrimonio como la principal característica diferencial de las fundaciones), la doctrina estima que “(...) las constantes normativas –argumentando *ex Arts. 15, 16, 25, 26, 28, 31 del Código Civil*– pueden ser reconocidas en la destinación de un patrimonio a un fin, mediante una indefectible estructura organizativa.”³⁷ “El Código Civil italiano comprende al patrimonio entre los elementos constitutivos de la fundación, atendido que la insuficiencia sobrevinida es causa de la extinción del ente.”³⁸

En Francia, con el actual texto legal, que define a las fundaciones sobre una base patrimonial destinada irrevocablemente a la realización de un fin de interés general y no lucrativo,³⁹ sin mencionar en la definición, la idea de organización, y con

³⁵ COING: *Staudingers Kommentar*, p. 610. Con mayor amplitud, y en el mismo sentido: SEIFART/VON CAMPENHAUSEN: *Handbuch des Stiftungsrechts*, pp. 233 y ss.

³⁶ Italia. Codice Civile. Art. 16 “Atto costitutivo e statuto. Modificazioni. *L'atto costitutivo e lo statuto devono contenere la denominazione dell'ente, l'indicazione dello scopo, del patrimonio e della sede, nonché le norme sull'ordinamento e sulla amministrazione. Devono anche determinare, quando trattasi di associazioni, i diritti e gli obblighi degli associati e le condizioni della loro ammissione; e, quando trattasi di fondazioni, i criteri e le modalità di erogazione delle rendite.*

L'atto costitutivo e lo statuto possono inoltre contenere le norme relative alla estinzione dell'ente e alla devoluzione del patrimonio, e, per le fondazioni, anche quelle relative alla loro trasformazione (28).

Le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto devono essere approvate dall'autorità governativa nelle forme indicate nell'art. 12 (att. 4).”

³⁷ IORIO: LE FONDAZIONI, p. 23. En el mismo sentido, pero con un mayor énfasis en la organización, *vid.* GALGANO: “Delle persone giuridiche: Art. 11-35”, p. 69.

³⁸ ZOPPINI: “Note sulla costituzione della fondazioni”, p. 94.

³⁹ Francia. Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987. Art. 18 alinéa 1er. (Mod. por Loi n° 90-559 du 4 juillet 1990) “*La fondation est l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une oeuvre d'intérêt général et à but non lucratif.*”

una definición legal de las asociaciones que no les exige un patrimonio⁴⁰, hay acuerdo completo en torno a que la exigencia inicial de este elemento es un requisito imprescindible, y un carácter singularizador de la fundación.⁴¹

El caso de Suiza resulta perfectamente homologable. El código define a la fundación como la afectación de bienes a un fin especial, con lo que queda descartada cualquier posibilidad de concebir una fundación desligada de una base patrimonial.⁴² En Austria, la definición legal sigue siendo categórica: A los efectos de la ley federal, una fundación privada es un sujeto de derecho al que un fundador destina un patrimonio, para servir mediante su utilización, administración y valorización a la realización de un fin permitido, determinado por el fundador; que goza de personalidad jurídica y que debe tener su sede dentro del país.⁴³

⁴⁰ Francia. Loi du 1^{er} juillet 1901. Art. 1^{er}. “*L’association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d’une façon permanente leurs connaissances or leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. Elle est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations.*” Aprovecho esta primera cita del Derecho francés para aclarar que en lo que concierne a Alsacia y Mosela (Departamentos de Bas-Rhin, Haut-Rhin y Moselle) que tienen –por razones históricas que no es del caso explicar aquí– un régimen jurídico autónomo (muy especialmente respecto de las asociaciones, regidas por el BGB alemán, y por la ley alemana sobre asociaciones de 19 de abril de 1908), el régimen local de las fundaciones es, sin embargo, sensiblemente igual al régimen estatal derivado de las leyes de 23 de julio de 1987 y 4 de julio de 1990. Excepcionalmente, algunos extremos relativos al funcionamiento y a la extinción de la fundación se rigen por el Código Civil local; pero, a efectos de claridad expositiva, prescindiré de ellos. Para una reseña del tema, *vid.* ALFANDARI: *Associations et fondations en Europe*, p. 184 a 191.

⁴¹ VALLÉE: *Les fondations et le mécénat d’entreprise*, p. 12 y 31; MACQUERON *et al.*: *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Associations et Fondations, 1999–2000*, p. 1001.

⁴² Suiza. Código Civil. Art. 80 “*La fondation a pour objet l’affectation de biens en faveur d’un but spécial.*”

⁴³ Austria. Bundesgesetz über Privatstiftungen und Änderungen des Firmenbuchgesetzes, des Rechtspflegergesetzes, des Gerichtsgebührengesetzes, des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes, des Erbschafts- und Schenkungssteuergesetzes und der Bundesabgabenordnung (Privatstiftungsgesetz - PSG) StF: BGBl. Nr. 694/1993 (en lo sucesivo, se citará por su *Kurzname*: Privatstiftungsgesetz) § 1. Begriff. (1) *Die Privatstiftung im Sinn dieses Bundesgesetzes ist ein Rechtsträger, dem vom Stifter ein Vermögen gewidmet ist, um durch dessen Nutzung, Verwaltung und Verwertung der Erfüllung eines erlaubten, vom Stifter bestimmten Zwecks zu dienen; sie genießt Rechtspersönlichkeit und muß ihren Sitz im Inland haben. (...)* La ley federal anterior, inspirada en un concepto absolutamente tradicional, era aún más categórica, definiendo a la fundación como un patrimonio con personalidad jurídica, cuyas rentas sirven a la realización de fines de utilidad pública o caritativos, a los cuales ha sido afectado permanentemente por una disposición del fundador. (Bundesgesetz über Stiftungen und Fonds, Nr. 11/1975. Parágrafo 2. Begriff der Stiftung. (1) *Stiftungen im Sinne dieses Bundesgesetzes sind durch eine Anordnung des Stifters dauernd gewidmete Vermögen mit Rechtspersönlichkeit, deren Erträge der Erfüllung gemeinnütziger oder mildtätiger Zwecke dienen. (...)*” Para el caso austríaco, haré en más de una ocasión una referencia adicional a la ley anterior, ya que resulta de notable interés porque se trata de un caso, más que de evolución, de

El Código Civil de los Países Bajos establece también la esencialidad de la destinación patrimonial en la definición de fundación, caracterizándola como una persona moral creada por un negocio jurídico, de carácter no asociativo, y que aspira a realizar, mediante un patrimonio destinado a tal fin, un objeto determinado estatutariamente.⁴⁴ En Bélgica, la disposición legal que abre el apartado destinado a los establecimientos de utilidad pública estipula que la constitución ocurre cuando una persona afecta todo o parte de sus bienes a dicha creación.⁴⁵ Lo propio ocurre en el caso luxemburgués, con un texto legal adoptado del belga.⁴⁶

La reciente Ley de Fundaciones sueca establece en el párrafo 2 del primer capítulo que la fundación se constituye por un patrimonio que, según disposición de uno o de varios fundadores, se destina de modo duradero, y administrado como patrimonio independiente, a la consecución de ciertos fines,⁴⁷ definición de la que puede colegirse con nitidez que sin patrimonio no hay fundación. En Dinamarca, la conclusión es idéntica, a partir de un texto legal que elude definir la fundación, pero que exige, como se verá más adelante, una dotación mínima monetariamente determinada.⁴⁸ Y en Noruega, con un sistema legal que también exige una dotación cuantitativamente fijada⁴⁹, la expresión normativa de la fundación caracterizada como un patrimonio que por testamento, u otra disposición legal válida se destina a un

revolución legislativa. No es frecuente que un ordenamiento decida un cambio tan radical de sistema y perspectiva.

⁴⁴ Holanda. *Burgelijk Wetboek*. Art. 285.1 “*Een stichting is een door een rechtshandeling in het leven geroepen rechtspersoon, welke geen leden kent en beoogt met behulp van een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken.*”

⁴⁵ Bélgica. *Loi du 27 juin 1921*. Art. 27. “*Toute personne peut, moyennant l'approbation du gouvernement, affecter par acte authentique ou par testament olographe tout ou partie de ses biens à la création d'un établissement d'utilité publique qui jouit de la personnalité civile dans les conditions déterminées ci-après.*”

Seuls seront considérés comme étant d'utilité publique les établissements qui, à l'exclusion de la poursuite d'un gain matériel, tendent à la réalisation d'une oeuvre d'un caractère philanthropique, religieux, scientifique, artistique, pédagogique.”

⁴⁶ Luxemburgo. *Loi sur les associations sans but lucratif et les établissements d'utilité publique* (Loi du 21 avril 1928) Art. 27. “*Toute personne peut, moyennant l'approbation par arrêté grand-ducal, affecter par acte authentique ou par testament tout ou partie de ses biens à la création d'un établissement d'utilité publique qui jouit de la personnalité civile dans les conditions déterminées ci-après. (...)*”

⁴⁷ Suecia. *Lag 1994:1220 (Stiftelselag)* 1 kap. 2 § “*En stiftelse bildas genom att egendom enligt förordnande av en eller flera stiftare avskiljs för att varaktigt förvaltas som en självständig förmögenhet för ett bestämt ändamål.*”

Stiftelsens egendom skall anses vara avskild när den har tagits om hand av någon som har åtagit sig att förvalta den i enlighet med stiftelseförordnandet.”

⁴⁸ Dinamarca. *Lov 698 11/08/1992* (Sustituye a la *Lov Nr. 300 af 6. juni 1984*). Véase el texto del artículo en la Nota N.º 358.

⁴⁹ *Vid.*, en la Nota núm. 359, la disposición legal que la establece.

propósito ideal que se designa, sea humanitario, cultural, social, educacional, económica u otro, agregando que satisfechas estas condiciones, existirá una fundación según la ley, independientemente de que se realice como legado, institución, fondo caritativo u otro, supone evidentemente la consideración del patrimonio como un elemento esencial.⁵⁰

En el caso portugués, el Código Civil adoptó el prudente partido de omitir una definición de la fundación. Sin embargo, la exigencia de patrimonio, junto con la especificación del fin, es esencial para la existencia y validez del negocio jurídico fundacional,⁵¹ y los conceptos doctrinales son categóricos: “En el Derecho portugués, una fundación puede definirse como “la destinación de una masa patrimonial para atender a un determinado fin duradero”⁵². “Son apenas dos elementos – el fin y el substrato patrimonial– los requisitos esenciales para que pueda haber un reconocimiento, que vale también como aceptación de los bienes destinados a la fundación.”⁵³

El principado de Liechtenstein también considera esencial la presencia de un patrimonio inicial afectado al fin. En efecto, el artículo 552 de la legislación sobre personas y sociedades dispone que para la constitución de una fundación por particulares, personas asociativas o empresas se debe destinar un patrimonio (bienes fundacionales) para un cierto fin que se designa (de utilidad general, familiares o religiosos). Desde luego, no es óbice a la anterior conclusión el hecho de que la declaración fundacional tenga un carácter puramente obligacional, al modo alemán (arts. 559.1 y 2).⁵⁴

⁵⁰ Noruega. Lov om Stiftelser (23 mai 1980, Nr. 11, modificada por Lov 7 april 1995, Nr 14, en vigor el 1 de enero de 1997) § 1-2 “Definisjon. *En stiftelse kjennetegnes ved at en formuesverdi ved testament, gave eller annen rettslig disposisjon selvstendig er stilt til rådighet for et bestemt formål av ideell, humanitær, kulturell, sosial, utdanningsmessig, økonomisk eller annen art. Rettsdannelse som oppfyller vilkårene i første punktum er stiftelse etter denne lov, uavhengig av om den er betegnet legat, institusjon, fond eller annet.*”

⁵¹ Portugal. Código Civil. Art. 186º “Acto de instituição e estatutos.

1. *No acto de instituição deve o instituidor indicar o fim da fundação e especificar os bens que lhe são destinados.*

2. *No acto de instituição ou nos estatutos pode o instituidor providenciar ainda sobre a sede, organização e funcionamento da fundação, regular os termos da sua transformação ou extinção e fixar o destino dos respectivos bens.”*

⁵² BLANCO: “Portugal”, p. 323.

⁵³ HÖRSTER: *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral de Direito Civil*, p. 405.

⁵⁴ Liechtenstein. Das Personen- und Gesellschaftsrecht vom 20. Januar 1926. Art. 552 I. Im Allgemeinen “1) *Zur Errichtung einer Stiftung durch Einzelpersonen oder Verbandspersonen oder Firmen bedarf es der Widmung eines Vermögens (Stiftungsgut) für einen bestimmt bezeichneten Zweck. Als Zwecke fallen insbesondere in Betracht: kirchliche, Familien- und gemeinnützige Zwecke. Die*

Para concluir este ya largo rosario de conceptos de fundación en la legislación comparada, el Código griego establece que si mediante un negocio fundacional se destina un patrimonio a la realización de una determinada finalidad, la fundación adquiere la personalidad jurídica mediante su aprobación por decreto presidencial,⁵⁵ y agrega que el negocio jurídico fundacional debe contener la indicación del fin perseguido, de los bienes afectados y de la organización de la fundación, no siendo esta última mención esencial, ya que puede suplirla la Administración al conceder, por decreto presidencial, la personalidad jurídica.⁵⁶

Stiftung darf ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe nur betreiben, wenn es der Erreichung ihres nichtwirtschaftlichen Zweckes dient oder Art und Umfang der Haltung von Beteiligungen einen kaufmännischen Betrieb erfordern. 2) (...)

⁵⁵ Grecia. Código Civil. Artículo 108. “*Ίδρυμα. Αν με ιδρυτική πράξη μια περιουσία ορίστηκε για να εξυπηρετηθεί ορισμένος σκοπός, το ίδρυμα αποκτά προσωπικότητα με διάταγμα που εγκρίνει τη σύστασή του.*”

⁵⁶ Grecia. Código Civil. Artículo 110. “*Περιεχόμενο. Στην ιδρυτική πράξη πρέπει να καθορίζεται ο σκοπός του ιδρύματος, η περιουσία που αφιερώνεται και ο οργανισμός του.*”

Το διάταγμα που εγκρίνει το ίδρυμα μπορεί να ορίσει ή να συμπληρώσει ή να τροποποιήσει τον οργανισμό, με τον όρο ότι η θέληση του ιδρυτή θα παραμείνει σεβαστή. Η συμπλήρωση ή η τροποποίηση μπορεί να γίνει με τους ίδιους όρους και με μεταγενέστερο διάταγμα με την επιφύλαξη της διάταξης του άρθρου 119.”

Fundación y patrimonio en la disciplina de las Comunidades

Las competencias autonómicas sobre el patrimonio fundacional

La materia de la que se ocupa este trabajo es objeto de competencias normativas compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Por ello, es necesaria una reseña preliminar acerca de la distribución material de esas competencias, y será menester luego, a propósito de cada aspecto regulatorio específico, realizar una excursión comparativa con la legislación dictada por las Autonomías en ejercicio de las referidas competencias.

La notoria ambigüedad normativa –acerca de la cual intentaré aquí únicamente una reseña somera– sobre el primero de los mencionados extremos (distribución de competencias) se origina en la ausencia de mención específica de las fundaciones como materia específica de distribución competencial por los artículos pertinentes de la Constitución. En efecto, ni el artículo 149 reserva la materia al Estado, ni el 148 lo menciona como objeto de competencia autonómica. Por ello, es preciso recurrir a los principios más generales que las mismas normas contienen para elucidar la cuestión.⁵⁷ Los preceptos pertinentes, para los efectos que aquí importan, disponen, como se sabe, que el Estado retiene competencia exclusiva para “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales” (Art. 149.1, 1.ª CE); así como para sobre la “legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan” (Art. 149.1, 8.ª CE).

⁵⁷ Hay quien sostiene que este silencio significa, directamente, una posibilidad de atribución competencial a las comunidades Autónomas, en virtud de lo que dispone el artículo 149.3 de la Constitución, en el sentido de que las materias no expresamente atribuidas al Estado por el texto constitucional podrán corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos (DÍAZ BRITO: “La normativa canaria sobre fundaciones”, p. 3920). La cuestión interpretativa deviene entonces diversa: se trataría de determinar si las fundaciones son una materia autónoma susceptible de esa precisa hermenéutica, o si se trata de preceptos de Derecho Civil o de otro orden que deban incluirse en el respectivo *locus* constitucional. Adheriré en este trabajo a la última tesis, porque la primera me parece insostenible desde la perspectiva de la existencia de un derecho constitucional de fundación: esa existencia impone, al menos, una regulación que garantice su ejercicio en condiciones de igualdad por todos los españoles, y ello supone la reserva de una cierta área de competencias al Estado.

Pues bien, la Ley de Fundaciones intenta, en su Disposición Final Primera, una sistematización interpretativa de la distribución competencial a la luz de esos preceptos constitucionales. Esa norma mantiene que son normas básicas, y por ello imperativas en todo el territorio del Estado español, la propia definición de la institución (Art. 1.1); la generalidad de los fines (Art.2.1 y 2.2); la adquisición de personalidad jurídica (Art. 3.1); la capacidad de fundar reconocida a personas físicas y jurídicas, públicas o privadas (Art. 6.1); la posibilidad de fundar inter vivos o mortis causa y la exigencia de escritura pública en el primer caso (Art. 7.1 y 7.2); la necesidad de un Patronato como órgano de gobierno (Art. 12.1); y las causas de extinción (Art. 29). En cambio, serían, según la citada disposición, normas civiles (y por ello, obligatorias para todas las Comunidades que no tengan competencia en materia de Derecho civil, foral o especial, para las que son meramente supletorias) las siguientes (menciono aquí exclusivamente las que guardan relación directa con el objeto de este trabajo): la necesidad de mencionar en la escritura de constitución la dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación (Art. 8, c); la exigencia de que la dotación, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, sea adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales (Art. 10.1); las normas sobre fundación en proceso de formación (Art. 11); la idea de que corresponde al Patronato cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación manteniendo plenamente el rendimiento y utilidad de los mismos (Art. 12.2); el régimen de responsabilidad de los patronos (Art. 15); la capacidad jurídica amplia de la fundación (Art. 17.1); y la presunción *iuris et de iure* de que la aceptación de herencias por las fundaciones se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario (Art. 20.1) (Además, la ley reseña algunas materias civiles que son, en todo caso, de aplicación general *ex* artículo 149.1, 8ª *in fine* de la Constitución: domicilio de las fundaciones, fundaciones extranjeras, y eficacia registral; y acude también a la materia 6.ª del art. 149-1 de la Constitución –normas procesales– para fundar competencia sobre otras disposiciones, y según los autores, debiera haber acudido a la materia 18.ª –bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas– para fundar otras;⁵⁸ pero todo ello no dice relación con el objeto directo de este trabajo).

Varias cuestiones surgen desde la regulación que sumariamente se ha descrito. A partir del texto constitucional, la cuestión competencial deviene doblemente hermenéutica. Se trata de determinar, en primer lugar, qué materias deben considerarse “regulación de una condición básica de ejercicio igualitario” y luego, respecto de las

⁵⁸ PIÑAR MAÑAS: “Comentario a las Disposiciones Derogatoria Única y Final Primera”, p. 712.

cuestiones civiles, qué alcance debe darse a la expresión “conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”.

Respecto de la resolución de la primera cuestión por la ley estatal de fundaciones, dos extremos deben hacerse notar. En primer término, que la doctrina ha denunciado, con mucha razón, que resulta imperfecta, por exceso y por defecto. Así, incluye materias que no tendrían por qué considerarse básicas (como la exigencia de escritura pública para la constitución, la mención de las fundaciones laborales del art. 2.2,⁵⁹ las causas de extinción de la fundación del art. 29 o la necesidad de que el órgano de gobierno se denomine Patronato, *ex art.* 12.1⁶⁰) y deja fuera otras que sí debieran serlo (como la regulación de la dotación inicial del artículo 10).⁶¹ Se ha podido decir, con buena carga de razón, que “la asignación de preceptos a cada uno de los títulos competenciales del Estado se encuentra en muchos casos cargada de artificiosidad, tanto en un sentido (algunos de los preceptos que se estiman amparados bajo un determinado título no deberían estarlo, o tendrían que estarlo en otro distinto) como en el contrario (hay preceptos que con claridad constituyen manifestación del ejercicio de una competencia exclusiva del Estado y que sin embargo no aparecen amparados por ningún título competencial en el listado de la Disposición Final Primera). Da la impresión de que el legislador no ha tenido un criterio sólido a la hora de asignar los preceptos a los títulos competenciales –o los títulos a los preceptos, que tanto da–, y que se ha movido con una alta dosis de aleatoriedad, cuando no de pura arbitrariedad.”⁶²

En segundo lugar, que pese a su imperativa apariencia, esta norma no es más que una plausible interpretación del contenido de la Ley de Fundaciones a la luz de los principios constitucionales sobre distribución de competencias, pero no posee más que una validez *prima facie*. Como lo ha expresado con vigor PIÑAR MAÑAS, “debe tenerse en cuenta que la sola calificación de un precepto como básico no implica necesariamente su carácter de tal. El simple criterio formal debe completarse con el material. En otras palabras, y aunque parezca un juego de palabras: no es forzosa e incuestionablemente básico lo que la ley dice que es básico, sino lo que realmente lo es. De modo que, en principio, podría haber preceptos calificados como básicos en la

⁵⁹ PIÑAR MAÑAS: “Comentario a las Disposiciones Derogatoria Única y Final Primera”, p. 714.

⁶⁰ DÍAZ BRITO: “A propósito de la Disposición Final Primera de la Ley de Fundaciones y Mecenazgo”, p. 575

⁶¹ PIÑAR MAÑAS: *Loc. cit.*. En el mismo sentido, respecto de la exigencia de suficiencia de la dotación, DÍAZ BRITO: “A propósito de la Disposición Final Primera de la Ley de Fundaciones y Mecenazgo”, p. 575.

disposición final primera que sin embargo no lo son, y preceptos que aun no estando recogidos en la misma sí tienen ese carácter.”⁶³ Esto es, la Disposición Final Primera es “una mera interpretación carente de contenido constitucional vinculante”⁶⁴ y en consecuencia, la precisa determinación de las competencias de cada Comunidad Autónoma corresponde, en caso de discrepancias, al Tribunal Constitucional. (Otros autores resultan más lapidarios, y tachan directamente al precepto en comentario de inconstitucional, precisamente porque “supone un intento del legislador estatal de desplazar la aplicación de las normativas autonómicas sobre fundaciones. (...) en el fondo, por esta vía el legislador estatal pretende asumir unas competencias de las que se había claramente despreocupado al no impugnar ante el Tribunal Constitucional ninguna de las normativas autonómicas que sucesivamente se fueron aprobando.”⁶⁵ La conclusión, eso sí, es la misma: sólo el Tribunal Constitucional puede confirmar o rebatir la interpretación legislativa de la cuestión competencial).

La segunda cuestión (esto es, qué alcance cabe dar a la expresión constitucional relativa a la conservación, conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan) es susceptible de tres interpretaciones posibles: Una, que “las atribuciones sobre el Derecho foral a las Comunidades Autónomas se deben referir exclusivamente a las materias que sean tradicionales y características de tal Derecho foral”⁶⁶; otra, que indica “la competencia de las Comunidades Autónomas para regular instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización e innovación de los contenidos de ésta”⁶⁷; y una tercera “que defiende la idea de que el

⁶² MARÍN LÓPEZ: Prólogo a *Legislación sobre Fundaciones*, p. 52.

⁶³ PIÑAR MAÑAS: *Op. cit.*, p. 712.

⁶⁴ PIÑAR MAÑAS: *Op. cit.*, p. 717.

⁶⁵ DÍAZ BRITO: “La normativa canaria sobre fundaciones”, p. 3920.

⁶⁶ ROMERO MORENO: “Las especialidades forales y autonómicas en el régimen jurídico de las fundaciones”, p. 5399.

⁶⁷ *Loc. cit.* Esta postura ha tenido acogida por el Tribunal Constitucional, en la sentencia 88/1993, de 12 de marzo, de la que fue ponente don Álvaro Rodríguez Bereijo. “(...) El término «allí donde existan» a que se refiere el art. 149.1.8 CE, al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas.

Sin duda que la noción constitucional de «desarrollo» permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de «modificación». El «desarrollo» de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.

Derecho civil autonómico no es exclusiva, ni siquiera significativamente, el foral; es decir, el derecho civil propio de las autonomías no se mantiene sobre el sistema de los Derechos forales, sino sobre los Derechos autonómicos determinados por razones competenciales.⁶⁸ En definitiva, parece que “las especialidades autonómicas admitidas se basarían no en el hecho de que en el Derecho foral particular hubiera preceptos relativos a fundaciones, sino que cualquier Comunidad Autónoma con derecho foral –aunque en su compilación no se contuvieren normas sobre fundaciones– tendría competencia para regular de modo singular estos extremos, que en otras Comunidades habrían de someterse a la legislación básica (...)”⁶⁹

Ahora bien, y aunque los Estatutos de Autonomía de la práctica totalidad de las Comunidades han asumido competencias en materia de fundaciones, sólo las de Navarra,⁷⁰ Cataluña,⁷¹ Galicia,⁷² Canarias⁷³, País Vasco, Madrid y Valencia⁷⁴ han dictado normas sustantivas sobre la materia. El resto se ha limitado a crear y regular el funcionamiento del Registro de Fundaciones, y por ello, su alcance es puramente administrativo. Entre las Comunidades que han promulgado normas sustantivas, las hay con diverso alcance competencial y por ello, muchas han tenido que recurrir, para conservar alguna completitud sistemática, al constitucionalmente dudoso

Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar. (...)”

⁶⁸ *Loc. cit.*

⁶⁹ ROMERO MORENO: “Las especialidades forales y autonómicas en el régimen jurídico de las fundaciones”, p. 5400. En la misma posición, para defender la plena competencia canaria sobre fundaciones, DÍAZ BRITO: “La normativa canaria sobre fundaciones”, p. 3922.

⁷⁰ Una recesión sintética de la normativa navarra sobre fundaciones, en MUÑOZ LOMBARDÍA: “Las fundaciones en Navarra”, pp. 4135 a 4144.

⁷¹ Para una perspectiva general del Derecho catalán de fundaciones, puede verse PUIG I FERRIOL: “Les fundacions privades catalanes”, pp. 131 a 146; y para una recesión de la ley, OLAIZOLA GARBISU: “Las fundaciones en Cataluña”, pp. 705 a 715.

⁷² Una recesión general de la normativa gallega, de rango legal y reglamentario, sobre fundaciones puede consultarse en GONZÁLEZ MARTÍN: “La reforma y el desarrollo reglamentario de la Ley de Fundaciones gallega”, pp. 1809 a 1819.

⁷³ Un análisis completo de la cuestión competencial y de las prescripciones canarias sobre fundaciones, en relación con la hoy derogada ley de 1990, en DÍAZ BRITO: *Normativa y competencias de Canarias sobre fundaciones privadas*; una versión resumida y actualizada según la actual ley 2/1998, en DÍAZ BRITO: “La normativa canaria sobre fundaciones”, pp. 3913 a 3945.

⁷⁴ Una visión panorámica de la ley valenciana puede consultarse en NÚÑEZ DE CELA Y PIÑOL: “Las fundaciones en la Comunidad Valenciana”, pp. 2967 a 2992. Un análisis más detenido, en CUÑAT EDO y LINARES ANDRÉS: “Las fundaciones en la Comunidad Autónoma Valenciana”, p. 2933 a 2966.

procedimiento de repetir el contenido de la norma estatal.⁷⁵ Por eso mismo, no debe extrañar que en numerosos casos el contenido de la normativa autonómica resulta sustancialmente igual al de la ley estatal.

El concepto de fundación en las legislaciones autonómicas

Como ha quedado dicho en el anterior acápite, el concepto de fundación contenido en la ley estatal –y su relación esencial con la idea de patrimonio– es una norma de aplicación imperativa en todo el territorio del Estado, por constituir, según la ley, una condición básica de ejercicio igualitario del derecho de fundación.⁷⁶ Por ello, las normas autonómicas que contienen una definición fundacional reiteran la definición de la ley 30/1994, y con ella, la esencialidad del patrimonio. Para evitar una iteración excesiva, realizaré –en las líneas que siguen– un examen muy breve de esas

⁷⁵ El Tribunal Constitucional ha reiterado su rechazo a la fórmula, a partir de la Sentencia de 18 de diciembre de 1981 (1981/40), en la que el Tribunal formuló reservas sobre el procedimiento consistente en reproducir (más o menos fielmente) normas de otras disposiciones, en vez de remitirse a ellas; procedimiento que, al utilizarse por órganos legislativos distintos, con ámbitos de competencia distintos, está inevitablemente llamado a engendrar tarde o temprano una innecesaria complicación normativa, cuando no confusión e inseguridad. Aún cuando no haya inconstitucionalidad material, en cuanto se reiteran y particularizan preceptos estatales, no es menos cierto que formalmente existe intromisión en competencia ajena. El paralelismo con la legislación estatal no es suficiente para salvar la constitucionalidad. Véanse, reiterando el principio, las sentencias 10/1982, de 23 de marzo; o 35/1982, de 14 de junio, de la que es ponente D. Francisco Rubio Llorente y que sostiene: “(...) aunque la regulación se limitase a reproducir la contenida en la legislación estatal, sería también constitucionalmente ilegítima en cuanto emanada de un poder incompetente. (...)”. Sin embargo, un voto particular a la sentencia de 22 de marzo de 1991 (62/1991), formulado por D. Jesús Leguina Villa, apunta en la dirección contraria: “Mi discrepancia (...) se ciñe exclusivamente a la declaración de inconstitucionalidad (...) (por) simple reproducción de preceptos de la legislación estatal (...) A mi juicio, no hay tal inconstitucionalidad porque no hay invasión alguna de la competencia del Estado (...) (cuando) su regulación coincide plenamente con la que se contiene en preceptos equivalentes (...). Se podrá censurar esta opción del legislador gallego desde el ángulo de la técnica legislativa empleada, y aun ello sería discutible, pues en la configuración de un Estatuto completo de los consumidores y usuarios, que es competencia exclusiva de Galicia dentro de su territorio, puede estar justificada la incorporación de preceptos estatales, sin alteración alguna, sobre materias colindantes o compartidas, en lugar de utilizar con reiteración la técnica del reenvío al ordenamiento estatal. Pero en cualquier caso no merece, en mi opinión, reproche alguno de inconstitucionalidad. Declarar, como se hace en la Sentencia, que las normas gallegas no son materialmente inconstitucionales por su contenido, pero que sí lo son desde una perspectiva estrictamente formal es, por lo demás, adoptar una posición formalista que se aleja abiertamente de la que es habitual en este Tribunal. (...)”.

⁷⁶ Tampoco esta categoría resulta completamente pacífica en la doctrina. DÍAZ BRITO ha sostenido que más que una condición de ejercicio, el concepto de fundación forma parte del contenido esencial del derecho de fundación (art. 53 de la Constitución), esto es, en palabras del Tribunal Constitucional, forma parte del núcleo indisponible incluso para el legislador estatal, que deberá preservar la fundación “en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar” (Sentencia 32/1981). (DÍAZ BRITO: “A propósito de la Disposición Final Primera de la Ley de Fundaciones y Mecenazgo”, p. 575).

disposiciones, limitándome a la transcripción de la norma pertinente, sin mayores comentarios.

La primera, cronológicamente hablando, de las normas sobre fundaciones dictada por una Comunidad Autónoma corresponde a las leyes sobre fundaciones contenidas en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, de 1973. La ley 44 (apartado 1º) permite crear “fundaciones de caridad, fomento o de otro interés social evidente, siempre que el fundador exprese su voluntad de conferir personalidad jurídica a la fundación, al determinar su fin y asignarle un patrimonio, que podrá consistir en bienes o derechos de cualquier clase.”⁷⁷ La necesidad de patrimonio ha sido confirmada luego por la Ley 10/1996, que exige como requisito de constitución la indicación de la dotación que se asigna a la fundación, tanto si se realiza por acto *inter vivos* como si se funda *mortis causa*.⁷⁸

En la ley catalana, la esencialidad del patrimonio queda de manifiesto en el contenido del artículo 3, particularmente en los apartados tercero y cuarto, que determinan la exigencia de un patrimonio real, efectivo, y no puramente nominal, por la vía de rechazar como dotación válida la mera buena intención de recaudar donativos, así como la dotación cuyas cargas absorban su valor.⁷⁹ De hecho, el tipo de

⁷⁷ Navarra. Ley 1/1973. Ley 44. “Por actos *inter vivos* o *mortis causa*, cualquier persona puede crear en Navarra, sin necesidad de aprobación administrativa, fundaciones de caridad, fomento o de otro interés social evidente, siempre que el fundador exprese su voluntad de conferir personalidad jurídica a la fundación, al determinar su fin y asignarle un patrimonio, que podrá consistir en bienes o derechos de cualquier clase. (...)”

⁷⁸ Navarra. Ley 10/1996. Artículo 4. “*Requisitos de constitución*. 1. En el supuesto de constitución de la Fundación por acto *inter vivos* la escritura pública, aparte de las determinaciones previstas en la Ley 44 del Fuero Nuevo, así como las cláusulas y condiciones lícitas que el fundador establezca, deberá contener los siguientes extremos: (...) c) La dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación. (...) 2. En el supuesto de constitución de la Fundación por actos *mortis causa* el correspondiente documento habrá de contener los extremos a que se refiere el número anterior.” El artículo 7 se destina a desarrollar la exigencia dotacional.

⁷⁹ Cataluña. Ley 1/1982. Artículo 3.

“1. La aportación del patrimonio fundacional debe realizarse por cesión gratuita entre vivos o por sucesión por causa de muerte, y puede consistir en bienes y en derechos de cualquier tipo. (...)”

3. La dotación de una fundación no puede consistir sólo en el propósito de recaudar donativos, aunque sean cuotas o subvenciones periódicas, excepto que la continuidad de estos fuera plenamente garantizada en una cuantía suficiente para cumplir las finalidades fundacionales.

4. Los modos y las cargas que gravan los bienes aportados no pueden absorber su valor. Tampoco pueden significar unos gastos anuales que impidan el cumplimiento de la obligación establecida en el apartado 2 del artículo 5, excepto, en este caso, que lo autorice el protectorado, atendiendo al interés de la fundación.”

La regulación de la dotación continúa en el artículo 4º, y se exige como requisito del negocio fundacional en el artículo 8. “La escritura pública de carta fundacional contendrá por los menos: (...) d)

fundación que configura la ley catalana, siguiendo un modelo clásico, ha sido calificado como “fundación de dotación” por autorizada doctrina.⁸⁰

La ley de fundaciones de interés gallego es particularmente enfática respecto del tema en examen. En efecto, amén de exigir la mención de la dotación en la escritura fundacional (art. 5º.1. *d*)), el artículo 7.2 determina categóricamente que la Fundación no puede constituirse sin una dotación inicial.⁸¹

En la Ley de Fundaciones del País Vasco son numerosas las normas que dan cuenta de la estrecha vinculación de la idea fundacional con la existencia de un patrimonio inicial. Citaré aquí sólo las más significativas, como la que exige su completa descripción en la escritura de constitución (art. 6 *c*)⁸², y la que excluye la posibilidad de una fundación puramente recaudatoria. (art. 9.3).

Las legislaciones posteriores a la ley estatal son consistentes con el imperativo criterio rector: sin patrimonio no hay fundación. Así ocurre en la Ley de Fundaciones de Madrid,⁸³ en la de Canarias (que, además, se atreve con un concepto)⁸⁴ y en la de Valencia.⁸⁵

La dotación inicial de la fundación, con la descripción y la naturaleza de los bienes y los derechos que la integran, su pertenencia y sus cargas y el título de la aportación. (...)”

⁸⁰ FERRER I RIBA: “Les finalitats fundacionals: la seva naturalesa, compliment i modificació”, p. 129.

⁸¹ Galicia. Ley 7/1983. Artículo 5º. “1. La escritura pública de la carta fundacional comprenderá, sin perjuicio de todas aquellas condiciones lícitas que los fundadores establezcan, los siguientes extremos: (...) *d*) La dotación inicial de la Fundación, con la descripción y la naturaleza de los bienes y los derechos que la integran, su pertenencia y sus cargas y el título de aportación. (...)”

Artículo 7º. “1. (...) 2. La Fundación no puede constituirse sin una dotación inicial, aunque se exprese en los Estatutos el compromiso de dotación sucesiva periódica a cargo del fundador o de terceras personas.”

⁸² País Vasco. Ley 12/1994. Artículo 6. *Escritura de constitución*. La escritura pública de constitución contendrá los requisitos que se señalan a continuación, sin perjuicio de todas aquellas disposiciones lícitas que los fundadores establezcan: (...) *c*) La aportación patrimonial inicial de la fundación, con descripción y naturaleza de los bienes y derechos que la integran, su titularidad, sus cargas y el título de aportación, y demás elementos exigidos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.”

⁸³ Madrid. Ley 1/1998. Artículo 5. *Dotación*.

1. La dotación estará constituida por el conjunto de bienes y derechos de cualquier clase que se afecten por el fundador o fundadores al cumplimiento de los fines fundacionales en el momento de la constitución, así como los que, con posterioridad a dicho acto se reciban con tal carácter, o, en su caso, se afecten como dotación por acuerdo del Patronato. (...)

3. La realidad de las aportaciones se acreditará ante el Notario actuante.

4. La aportación de la dotación podrá realizarse en forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso inicial no será menor al 25 por 100 de la cuantía establecida. (...)”

⁸⁴ Canarias. Ley 2/1998.

Artículo 1. *Concepto*. 1. A los efectos de esta Ley, son fundaciones las personas jurídicas resultantes de afectar permanentemente por voluntad de sus fundadores un patrimonio al cumplimiento de fines de interés general sin ánimo de lucro. (...)"

Artículo 6. "1. La escritura pública de constitución de una fundación deberá contener, al menos, los siguientes extremos: (...) *c*) La dotación fundacional y su valoración, con la descripción y naturaleza de los bienes y derechos que la integran, su titularidad, sus cargas y el título, forma y realidad de su aportación. (...)"

El artículo 11 de la citada ley desarrolla el requisito de la dotación inicial, exigiendo –entre otras cosas– acreditar al Notario la realidad de la aportación y, en su apartado 5º, excluyendo la fundación recaudatoria.

⁸⁵ Valencia. Ley 8/1998. Artículo 9. *Escritura de constitución*. La escritura de constitución de una fundación deberá contener, al menos, los siguientes extremos: (...) *c*) La dotación, su procedencia y valoración. Al Notario autorizante deberá acreditársele la forma y realidad de la aportación en los términos expresados en el artículo 11 de esta Ley, uniéndose los documentos justificativos originales a la escritura. (...)" Un extenso desarrollo de la cuestión, en el artículo 11.

La idea del patrimonio fundacional

La constatada esencialidad del patrimonio con la idea fundacional ha hecho que COBO GÁLVEZ llegue a afirmar que el patrimonio ha constituido el elemento fundamental de la fundación en su devenir histórico como institución jurídica, y que por ello los avatares de la figura fundacional se explican a través de las diversas concepciones políticas sobre el derecho de propiedad, y sobre las vinculaciones permanentes de bienes.⁸⁶

Ahora bien, establecida la relevancia de la idea de patrimonio en el fenómeno fundacional, si no como su substrato al menos sí como elemento singularizador y como requisito esencial, hay que reconocer una primera dificultad: el concepto de patrimonio no ha sido, ni lo es hoy, una idea pacífica en doctrina. En efecto, según ha hecho notar GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, respecto específicamente del tema fundacional, los autores discrepan esencialmente en cuanto a considerarlo un conjunto abstracto de relaciones jurídicas, esto es, incorporar en él tanto a las relaciones activas (derechos) como a las pasivas (obligaciones); o bien, por el contrario, limitarlo a la cara activa.⁸⁷

En la primera posición (y sin absolutamente ninguna pretensión de exhaustividad en la enumeración) se enmarca la ya clásica definición de DIEZ-PICAZO, que considera al patrimonio como “un conjunto unitario de relaciones jurídicas, a las cuales el ordenamiento dota de la necesaria unidad por estar sujetas a un régimen unitario de poder y responsabilidad.”⁸⁸ Definiciones más simples, que entienden el patrimonio como “el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que pertenecen a una persona física o jurídica, destinado a lograr la satisfacción de sus necesidades y a garantizar sus responsabilidades”⁸⁹ o “conjunto de relaciones jurídicas valiables en dinero que pertenecen a la esfera jurídica de una persona, activa o pasivamente”⁹⁰, caen por cierto en el mismo campo conceptual. Lo propio puede decirse de

⁸⁶ COBO GÁLVEZ: “Comentario a los artículos 17 a 20”, p. 147. Comentando el artículo 17, el autor realiza un estudio que demuestra al patrimonio como elemento fundamental de la Fundación. Otro análisis con fundamento dogmático en la actual Ley de Fundaciones, que sitúa al patrimonio como un elemento esencial de la Fundación puede encontrarse en MORILLO GONZÁLEZ: *El Proceso de Creación de una Fundación*, pp. 36 a 40.

⁸⁷ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La Fundación: Un estudio jurídico*, p. 136.

⁸⁸ DIEZ PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. I., p. 39.

⁸⁹ SERRANO ALONSO: *Derecho de la Persona*, p. 160.

⁹⁰ DIEZ PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, p. 382.

consideraciones como las efectuadas por CAPILLA RONCERO: “Si la condición de persona consiste en la capacidad de ostentar la titularidad de relaciones jurídicas, en el ámbito patrimonial esa titularidad se traduce en que toda persona tiene un patrimonio: el llamado patrimonio personal. En este sentido, un ente dotado de personalidad ostenta la titularidad de un patrimonio. (...) Tan íntima es la vinculación existente entre la condición de persona y la titularidad de un patrimonio que, no sin razón, se sostiene que en las fundaciones se personifica a una masa de bienes, convirtiéndola así en patrimonio. Ha de subrayarse que, desde este punto de vista, la atribución de personalidad cumple una función muy importante: es el instrumento técnico jurídico que consiente crear patrimonios autónomos, que reciben la consideración de patrimonio personal de la persona jurídica, a imagen y semejanza de lo que sucede con el patrimonio personal de la persona física.”⁹¹

CASTÁN TOBEÑAS, en un ecléctico terreno intermedio, ha definido el patrimonio como el “conjunto de derechos susceptibles de estimación pecuniaria, internamente ligados entre sí por su afectación a los fines generales de la persona – como centro de su poder jurídico–, o por su afectación a un destino especial y a los que la ley, en algunos casos, otorga la consideración de una unidad abstracta (*universitas iuris*) de la que forman parte también las obligaciones del titular.”⁹² Esto es, el patrimonio por regla general se integra por un conjunto de derechos, a los que excepcionalmente la ley suma las obligaciones, creando una universalidad jurídica abstracta.

En cambio, COBO GÁLVEZ y SERRANO CHAMORRO, a partir del texto de la Ley de Fundaciones (y aún reconociendo que se trata de una tesis minoritaria) diseñan un concepto de patrimonio que incluye sólo a los activos.⁹³

⁹¹ CAPILLA RONCERO: “Comentario a los Arts. 35 a 39 del Código Civil”, p. 871.

⁹² CASTÁN TOBEÑAS: “En torno a la Teoría del Patrimonio”, p. 22. Como observación anecdótica puede apuntarse que el terreno sobre el que se asienta la definición de CASTÁN TOBEÑAS es tan intermedio que –a propósito del tema del patrimonio fundacional– GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ lo incluye dentro de quienes se oponen a la idea de patrimonio como conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas (GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La Fundación: Un estudio jurídico*, p. 136), y HUERTA y HUERTA lo hacen adherir a la posición contraria. (HUERTA HUERTA y HUERTA IZIAR DE LA FUENTE: *Fundaciones*, p. 557).

⁹³ COBO GÁLVEZ: “Comentario a los artículos 17 a 20”, pp. 152 a 156. SERRANO CHAMORRO: *Las fundaciones. Dotación y Patrimonio*, pp. 115 a 121, transcribe íntegramente el citado texto de COBO, aunque olvida citarlo.

En síntesis, pues, el patrimonio puede concebirse como un continente o recipiente ideal de obligaciones y derechos (sólo en tal concepto puede considerarse un atributo de la personalidad) o como un conjunto de bienes.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, luego de coincidir en más de una ocasión⁹⁴ con la definición patrimonial de DIEZ-PICAZO, ha lamentado que la definición legal del patrimonio fundacional se incline por la tesis de las situaciones jurídicas activas.⁹⁵ Ha sostenido que según la ley “el patrimonio no consistiría en un conjunto de relaciones jurídicas, sino sólo en una faceta de éstas, los derechos”⁹⁶ y ha expresado que “habría sido más exacto seguir la definición (...) del patrimonio como conjunto de relaciones jurídicas de contenido económico, extendiéndola así al conjunto de obligaciones.”⁹⁷ DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, en cambio, en relación específica con la Ley de Fundaciones, han sostenido en cambio que “aunque la Ley no lo diga, el pasivo de ese patrimonio estará compuesto por sus deudas.”⁹⁸

En relación con la preocupación antes reseñada, me parece útil traer a colación las ideas de VON TUHR acerca de la polémica doctrinal sobre la idea de patrimonio. El autor germano ha manifestado que “en el derecho común era usual computar el pasivo, junto con el activo, como integrante del patrimonio. En la doctrina moderna se insiste mucho en que el pasivo no debe clasificarse como parte del patrimonio, sino como carga del mismo; pero creo que el término “patrimonio” puede emplearse correctamente, ya sea para indicar la suma del activo (patrimonio bruto), ya sea el conjunto del activo con deducción del pasivo que lo grava (patrimonio neto). (...) El sentido de la palabra no puede ser dudoso en cada hipótesis, de manera que la discusión terminológica carece de interés para la interpretación del derecho positivo.”⁹⁹ Estas razonables ideas son seguidas en la doctrina española, casi al pie de la letra, por ALBALADEJO GARCÍA.¹⁰⁰

En consecuencia con estas ideas, me parece claramente irrelevante la discusión acerca del sentido en que la ley ha “definido” el patrimonio. Sencillamente, creo que la

⁹⁴ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *Op. cit.*, p. 131 y p. 134.

⁹⁵ El artículo 17 de la Ley dispone: “Art. 17. Composición, administración y disposición del patrimonio. 1. El patrimonio de la Fundación podrá estar constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica. (...)”

⁹⁶ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *Op. cit.*, p. 136.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 137.

⁹⁸ DIEZ PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, p. 633.

⁹⁹ VON TUHR: *Derecho Civil I, I Los Derechos Subjetivos y el Patrimonio*, p. 325.

¹⁰⁰ ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho Civil, I, Volumen Segundo*, p. 77 y 78.

ley no ha intentado una definición, en el sentido que en buena lógica suele atribuirse al término, del patrimonio. Por el contrario, y con un sentido primordialmente pragmático, se encarga de aclarar que las fundaciones no tendrán restricciones legales para detentar la titularidad de cualquier clase de bienes o derechos. Esta afirmación de lo que DEL CAMPO ARBULO llama atinadamente “plenitud patrimonial” de las fundaciones se justifica en España por el peso histórico de la antigua legislación desamortizadora, que como se sabe, era fuertemente restrictiva o directamente prohibitiva, de la titularidad de bienes, o al menos de su posesión, por parte de las “manos muertas”.¹⁰¹ COBO GÁLVEZ también lo ha visto con claridad y ha indicado respecto de la finalidad del artículo 17 que “parece clara la voluntad del legislador de declarar su posición abierta y no restrictiva sobre la posibilidad de constitución del patrimonio por toda clase de bienes y derechos.”¹⁰² ORTI VALLEJO comparte plenamente este concepto: “la inteligencia del precepto (es) corregir un error histórico y nada más. No pretende delimitar qué se entiende por patrimonio a efectos de fundaciones, pues sería aberrante que la ley quisiera dar un concepto de patrimonio distinto al general, según el cual por tal se entiende comúnmente el conjunto del activo (bienes) y del pasivo (deudas).”¹⁰³

Por tanto, me parece nítido que el precepto legal simplemente se refiere al activo o patrimonio bruto; que no pretende una definición formal del patrimonio fundacional y que, por ello, no descarta en absoluto la posibilidad de considerar que las fundaciones tengan un patrimonio entendido como conjunto de relaciones jurídicas.

¹⁰¹ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 213 y 214.

¹⁰² COBO GÁLVEZ: “Comentario a los artículo 17 a 20”, p. 156.

¹⁰³ ORTI VALLEJO: “Notas sobre la capacidad de las fundaciones”, p. 873.

PARTE I La aportación inicial del patrimonio

Capítulo 1. Cuestiones generales

1.1. Concepto y naturaleza jurídica de la dotación

La idea con que la Ley de Fundaciones trabaja la dotación resulta, en realidad, bastante obscura. En efecto, la ley –en esta materia– tiene un texto legal de partida relativamente claro (el artículo 10.1) norma que, sin definir la dotación, parece utilizar el concepto en el sentido del lenguaje ordinario, esto es, parece entenderla como el conjunto de bienes y derechos que se destinan a un fin de interés general para constituir una fundación. Sin embargo, casi cada vez que la ley vuelve a mencionar a la dotación, introduce al concepto matices y notas de complejidad o confusión (singularmente en los arts. 10, apartados 2, 3 y 4; 19.1; 22.2; 25.1; 36.2). Por ello, es impensable, en esta etapa primera del análisis de la aportación del patrimonio de la fundación, intentar delinear una noción definitoria medianamente exhaustiva de la dotación. Me conformaré, por lo tanto, y por el momento, con bosquejar un concepto de carácter puramente preliminar, dejando para más adelante el intento de un perfilamiento más acabado.¹⁰⁴

La doctrina es relativamente homogénea a la hora de decidir la forma de abordar la cuestión de las notas características de la dotación, estudiándolo sobre la base de dicotomías o alternativas del negocio jurídico fundacional: unilateral, bilateral o plurilateral; gratuito u oneroso; revocable o irrevocable; único o de doble faz; recepticio o no recepticio; típico o atípico; formal o no formal. Algunas de estas dicotomías resultan pacíficas, y otras tienen que ver exclusivamente con aspectos personales o formales del negocio fundacional que, según se explicó en las Notas Preliminares, han quedado deliberadamente fuera del ámbito de este trabajo. Por ello, me limitaré a tratar con detención aquellos extremos que dicen relación con notas reales de la dotación, y respecto de los cuales existe algún grado de controversia. Específicamente, analizaré dos cuestiones: el problema de la revocabilidad de la dotación, y la oscuridad respecto del momento del desplazamiento patrimonial.

¹⁰⁴ Véase, al final de esta Primera Parte, el apartado destinado a tratar la espinosa cuestión de la relación dotación - patrimonio, en la pág. 211.

En cualquier caso, respecto de las demás notas características de la dotación, que no trataré aquí en profundidad, y respecto de las cuales la doctrina, hoy por hoy, exhibe en España casi completa uniformidad, realizaré un brevísimo enunciado, sin detenerme a justificarlo, sino limitándome a una mínima explicación, y a una referencia bibliográfica básica, a título ejemplar.

En primer término, el negocio jurídico fundacional tiene un carácter unitario. Esta concepción supone la superación de la añeja –no por ello menos exitosa y extendida– teoría de la descomposición del negocio de fundación en dos negocios jurídicos diversos: uno de institución o fundación propiamente dicho, por el que se crea la nueva persona jurídica, y otro de dotación, de contenido puramente patrimonial, por el cual se asigna al ente recién creado un patrimonio. Hoy por hoy, resulta en España incontestable el criterio de la unicidad del negocio fundacional, esto es, su consideración como un acto único, inescindible, que presenta dos aspectos: uno institucional y otro patrimonial.¹⁰⁵ Podría pensarse que una aislada posible excepción

¹⁰⁵ Véanse, por ejemplo, antes de la Ley 30/1994, las opiniones en este sentido de BONET RAMÓN: “Comentario a la STS de 9 de febrero de 1948”, p. 567 y 568; ESPINOSA ANTA: “La fundación. el negocio jurídico fundacional”, p. 263; LÓPEZ JACOISTE: “La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones”, p. 597; VALERO AGÚNDEZ: *La fundación como forma de empresa*, p. 268; y CAFFARENA LAPORTA: *El régimen jurídico de las fundaciones*, pp. 43 a 47.

Después de la ley, puede consultarse CAFFARENA LAPORTA: “Comentario a los Arts. 6 a 9”, p. 59; CARRANCHO HERRERO: *La constitución de fundaciones*, pp. 110 a 127, y especialmente, p. 120; VATTIER FUENZALIDA: “Concepto, constitución y dotación de la fundación”, p. 78; MORILLO GONZÁLEZ: *El proceso de creación de una fundación*, pp. 48 a 51; FERRANDO VILLALBA: “La dotación fundacional”, pp. 1582 y 1583.

Sostuvo la posición dualista, por ejemplo, antes de la Ley 30/1994, LACRUZ BERDEJO: “Aportación para una futura Ley de Fundaciones”, p. 275. Sustentando, hoy en día, y sobre la base de la Ley de Fundaciones, una postura claramente dualista, se encuentra DE PRADA GONZÁLEZ: “Constitución de las fundaciones: capacidad, fines y dotación”, p. 132. El esfuerzo argumentativo se realiza con el objeto de permitir que los incapaces puedan, debidamente representados, y sin mediar disposición patrimonial, constituir fundaciones. El autor ve en la posibilidad de considerar como dotación el compromiso de aportaciones de terceros (Art. 10.4) “un claro reconocimiento de la posible escisión entre el acto de constitución y el de dotación” dada la posibilidad de que la aportación se realice por un tercero, y en un momento posterior. Creo que el autor ha interpretado equivocadamente la norma. Como sostendré más adelante (*Vid.* el apartado “Compromiso de aportación por terceros”, en la pág. 190), la ley no concibe ni permite al fundador que no dota. Enseguida, el compromiso garantizado de aportación por terceros no se posterga en el tiempo: lo que se posterga es el cumplimiento del compromiso, pero los créditos entran de inmediato, junto con la inscripción, en el patrimonio fundacional. Y finalmente, la doctrina general está de acuerdo en que la finalidad de la norma no es la que postula DE PRADA, sino simplemente facilitar la constitución de fundaciones, y permitir que el juicio de suficiencia comprenda no sólo el patrimonio efectivamente desembolsado, sino también los créditos.

También puede interpretarse como dualista la postura de DURÁN RIVACOBIA, quien, para justificar el carácter neutro (ni gratuito ni oneroso) de la dotación sostiene cosas como estas: “(...) pueden diferenciarse jurídicamente los actos de fundación estricta y de dotación, si bien resultan en la

en este panorama pueden constituirlo las fundaciones *mortis causa* en Navarra, pero hoy ya no es tampoco así.¹⁰⁶

Respecto de la unicidad del negocio fundacional, el hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sea dubitativa y confusa, y más parezca inclinarse por la tesis dualista¹⁰⁷, resulta en verdad muy poco significativo, porque nunca la cuestión ha sido el preciso objeto *sub lite*, y las sentencias datan de momentos en que no existía el consenso doctrinal que se aprecia hoy en España.

Ahora bien, como el planteamiento y la resolución de esta cuestión depende esencialmente de la configuración dogmática que el sistema legal haya diseñado para

práctica concatenados y hasta simultáneos. Al menos en parte, porque cabe, y es incluso común, incrementar el patrimonio con sucesivas aportaciones” (DURÁN RIVACOBIA: *El negocio jurídico fundacional*, p. 98) “(...) cabe afirmar que la causa de la fundación –y por consiguiente, del negocio fundacional– es el fin propuesto para el ente, mientras la causa de la dotación es crear una persona jurídica de nuevo cuño a través de un patrimonio que se destina.” (*Op. cit.*, p. 99).

¹⁰⁶ En efecto, el apartado tercero de la Ley 44 de la Compilación (Ley 1/1973) establece que “en las fundaciones por acto *mortis causa*, el fundador puede ordenar por sí mismo los estatutos o encomendar su ordenación, total o parcialmente, al primer Patronato o a otras personas. Igualmente, puede dotar de bienes a la fundación, ya en el propio acto fundacional, ya en acto separado, ya delegando en otras personas la asignación de bienes, a Título universal o singular.” De esta redacción puede colegirse sin dificultad una separación conceptual entre el acto de fundación y el de dotación. Sin embargo, la Ley (Navarra) 10/1996 ha venido a modificar tácitamente la precitada disposición, ya que exige, para la constitución *mortis causa* como para la constitución *inter vivos*, que en el documento pertinente conste “la dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación”, con lo que desaparece la posibilidad de separar la dotación de la institución. (Navarra. Ley 10/1996. Artículo 4. Requisitos de constitución. 1. En el supuesto de constitución de la Fundación por actas *inter vivos* la escritura pública, aparte de las determinaciones previstas en la Ley 44 del Fuero Nuevo, así como las cláusulas y condiciones lícitas que el fundador establezca, deberá contener los siguientes extremos: (...) c) La dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación. (...) 2. En el supuesto de constitución de la Fundación por actos *mortis causa* el correspondiente documento habrá de contener los extremos a que se refiere el número anterior.”

¹⁰⁷ Véanse estos ejemplos: “(...) apreciándose claramente la existencia de un acto fundacional, que aparece incorporado a otro de dotación, bajo la forma de disposición testamentaria (...)” (Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 1948. Ponente el Excmo. Sr. D. Felipe Gil Casares); “(...) es constante e ininterrumpida la exigencia de la escritura pública si la dotación (requisito esencial, sea cual fuere su naturaleza jurídica, para la existencia de la Fundación) se efectúa con bienes inmuebles (...)” “aún dentro de la tesis de que hubo fundación solemnizada en el documento privado de 16 diciembre 1970, no podría reconocérsele eficacia a la dotación (...) pues en la dotación en que el acto fundacional consiste se omitió la formalidad «indispensable» de la escritura pública (...)” Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1983. Ponente Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso) Las cursivas son mías, en ambos casos. Sin embargo, tampoco faltan claras definiciones que apuntan en el sentido contrario, como la que sigue: “La fundación en el campo estrictamente privado es promovida por la voluntad individual del fundador: el instituyente declara querer que un cierto instituto u obra surja con carácter de autonomía, precisa el fin y la individualidad y asigna normalmente el patrimonio necesario para su funcionamiento, acto al que se denomina negocio de fundación.” Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1964. Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramón.

la constitución de fundaciones, es comprensible que en Derecho Comparado, el problema reciba respuestas más variadas.¹⁰⁸

En segundo lugar, es un negocio típico, es decir, es uno que se encuentra nominado y regulado por el ordenamiento jurídico, y que no surge –por tanto– de la sola libertad residual de configuración negocial que la autonomía privada permite a los sujetos de derecho.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Así, en Francia, donde se impone un sistema de concesión estricto, y el acto fundacional no es más que un “proyecto de fundación” o, mirado desde la Administración, una solicitud de reconocimiento, la dotación se configura como un negocio de donación o un legado, completamente separado de aquél. No existe, por tanto, un “negocio jurídico fundacional” (ni una teoría a su respecto) del modo como se conoce, por ejemplo, en España, en Alemania o en Italia. (MACQUERON *et al.*: *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Associations et Fondations, 1999–2000*, p. 1004; VALLÉE: *Les Fondations et le Mécénat d'entreprise*, pp. 21 y ss.; BARON y DELSOL: *Les fondations*, pp. 20 a 28).

En Alemania, y dada la naturaleza puramente obligacional del negocio fundacional, determinada por disposición legal (§ 82.1 BGB) la doctrina no puede sino constatar la consecuente separación entre el acto de institución y el de transferencia al nuevo ente de la dotación asegurada en el primero (LARENZ/WOLF: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 248; COING: *Von Staudinger Kommentar zum BGB*, p. 619), y de allí colige la mayor parte de la doctrina la separación entre un acto de institución y otro de dotación. Ahora bien, esta consecuencia no tiene carácter necesario. Es decir, ya hay autores que han visto que la naturaleza obligacional del negocio no necesariamente significa que ese mismo negocio pueda escindirse o descomponerse. Así, se ha expresado que “la fundación es un negocio jurídico unilateral cuyos dos efectos –creación de la persona jurídica y dotación de la misma– no deben separarse.” (VON TUHR: *Derecho Civil, I,2, Las personas*, p. 610. En el mismo sentido, NEUHOFF: *Kohlhammer Kommentar*, p. 510).

En Italia, donde la cuestión ha sido objeto de áspero debate y la postura tradicional enseña la descomposición del negocio en dos actos diversos, la doctrina aún está dividida entre los partidarios de la tesis dualista (MESSINEO: *Manuale di diritto civile e commerciale, I*, p. 283; RESCIGNO: “Fondazione (dir. civ.)”, p. 801; TAMBURRINO: *Persone giuridiche e associazioni non riconosciute, comitati*, p. 182, a los que acompaña una jurisprudencia mayoritaria, y los más recientes (relativamente, claro) propulsores de una reconstrucción teórica basada en la unicidad del negocio (ROMANELLI: *Il Negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico (V.1)*, pp. 91 y ss; GALGANO: “Delle persone giuridiche: Art. 11-35”, p. 164 y ss., y con mayor aparato argumental, en GALGANO: *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, p. 366 a 368; IORIO: *Le Persone. Volume II – Persone giuridiche*, pp. 98 y 99; DE GIORGI: “Commentario artt. 11 a 35 del Codice Civile”, p. 154; DE MARTINI: *Le Associazioni e Le Fondazioni*, p. 201 a 203). Con todo, la importancia práctica de la disputa ha disminuido considerablemente desde que la jurisprudencia adoptó la idea del *collegamento* de los dos actos. (ALPA: “Il Regime delle Fondazione in Italia e in Francia”, p. 20; DE GIORGI: “Commentario artt. 11 a 35 del Codice Civile”, p. 154).

En Portugal, el negocio se considera unitario, sin titubeos: “(...) la ley no distingue entre un acto de institución propiamente dicho y la llamada «dotación» subsecuente.” (HÖRSTER: *A Parte Geral do Código Civil Portugês. Teoria Geral de Direito Civil*, p. 405), aún cuando autores anteriores habían sido menos tajantes: “la ley (...) no toma –ni tiene por qué tomar– partido en cuanto a la cuestión de saber si en la institución por acto entre vivos hay un solo negocio, o hay dos como muchos autores pretenden: un negocio de fundación del ente colectivo, y otro de dotación patrimonial” (PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA: *Código Civil Anotado*, p. 181).

¹⁰⁹ Así, incluso antes de la Ley 30/1994, CAFFARENA LAPORTA: *El régimen jurídico de las fundaciones* p. 41. Después de su promulgación, CARRANCHO HERRERO: *La constitución de fundaciones*, p. 140; MORILLO GONZÁLEZ: *El proceso de creación de una fundación*, p. 50.

Por otra parte, se trata de un acto gratuito,¹¹⁰ o si se prefiere, de liberalidad.¹¹¹ En contra de esta idea se ha manifestado recientemente DURÁN RIVACOBA,¹¹² que siguiendo erróneamente (en realidad, creyendo seguirlo) a LÓPEZ JACOISTE¹¹³, sostiene que, puesto que se trata de un negocio de destinación (para la creación de una persona jurídica futura), no puede calificarse de gratuito u oneroso, sino que es por definición neutro. La poderosa argumentación del propio LÓPEZ JACOISTE en contra de esta tesis excusa cualquier comentario.

Un matiz de desacuerdo doctrinal acerca de la gratuidad del negocio jurídico fundacional se produce cuando se analizan los negocios que pudiéramos denominar “anormales” o excepcionales. En efecto, autores como CAFFARENA LAPORTA han sostenido que en casos como la fundación constituida en cumplimiento de una obligación modal, es dudoso el carácter de liberalidad del negocio, por lo que concluye que “(...) será previo saber en cada caso, si el negocio de fundación se inserta en una relación más amplia que puede desmentir su normal carácter de acto de liberalidad.”¹¹⁴ En cambio, MORILLO GONZÁLEZ ha sostenido que el negocio, y por ello, la dotación, es siempre gratuito, porque la gratuidad supone la ausencia objetiva de

Es igualmente típico el negocio fundacional en la totalidad de los sistemas normativos del entorno europeo continental, todos los cuales, al día de hoy, tiene una normativa sobre fundaciones, sea que esté contenida en una de carácter general, como el Código Civil (Alemania, Italia, Suiza, Portugal, Grecia), sea contenida en una ley específica (Francia, Bélgica, Luxemburgo, Suecia, Austria, Dinamarca).

¹¹⁰ Así, la doctrina más autorizada. Véase LÓPEZ JACOISTE: “La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones”, p. 597; DE CASTRO Y BRAVO: *La persona jurídica*, p. 297; CAFFARENA LAPORTA: “Comentario a los arts. 6 a 9”, p. 59; CAPILLA RONCERO: “La persona jurídica”, P. 703; CARRANCHO HERRERO: *La constitución de fundaciones*, p. 137; DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 142; VATTIER FUENZALIDA: “Concepto, constitución y dotación de la fundación”, pp. 78 y 79; FERRANDO VILLALBA: “La dotación fundacional”, p. 1582 y 1585; MORILLO GONZÁLEZ: *El proceso de creación de una fundación*, p. 47.

¹¹¹ Igualaré los términos de gratuidad y liberalidad, aunque alguna doctrina intenta separar los conceptos, indicando que hay gratuidad sólo cuando al empobrecimiento de un patrimonio se corresponde un correlativo enriquecimiento de otro. En caso de no ser así, como en el caso de la dotación, que tiene por propósito crear un nuevo sujeto de derecho, y no enriquecer a uno preexistente, se estaría frente a una liberalidad. A mi juicio, y a efectos prácticos, lo significativo es el efecto del negocio sobre el patrimonio de quien se desprende de unos bienes o derechos, con independencia de las consecuencias que ese desprendimiento tenga para otros sujetos.

¹¹² DURÁN RIVACOBA: *El negocio jurídico fundacional*, p. 99.

¹¹³ LÓPEZ JACOISTE: “La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones”, p. 597 y ss. hace, en verdad, una exposición de la teoría, pero luego la desmonta argumentalmente, y concluye afirmando directamente que “en suma, el negocio de fundación implica el otorgamiento de una liberalidad social mediante la destinación organizada de ciertos bienes a la constitución de un patrimonio afecto a un fin de interés público” (p. 599).

¹¹⁴ CAFFARENA LAPORTA: *El régimen jurídico de las fundaciones*, p. 48.

contraprestación recíproca, y esa ausencia se presenta siempre respecto del fundador y la fundación, aunque la fundación se cree en cumplimiento de un contrato previo o de una carga modal. En todos esos casos, será oneroso ese negocio previo, pero el de fundación mismo, conservará siempre su carácter gratuito.¹¹⁵

En una aproximación *prima facie*, la divergencia que se acaba de constatar pertenece a una clase curiosa. Según la perspectiva desde la que se mire, ambos autores parecen llevar razón. En efecto, si se analiza la cuestión desde la óptica técnica rigurosa del puro negocio fundacional, hay que coincidir con MORILLO GONZÁLEZ: éste siempre resulta gratuito, porque nunca la fundación debe una contraprestación al fundador. Sin embargo, si se analiza la cuestión desde una perspectiva teleológica; esto es, si uno se pregunta por la finalidad de asignar al negocio fundacional una cierta naturaleza gratuita u onerosa, hay que coincidir con CAFFARENA LAPORTA. El propósito de esa asignación es –ejercitando lo que se ha denominado función prescriptiva de la doctrina– salvar un vacío legal aplicando –o no– a la dotación unas ciertas normas por analogía (las de la donación, negocio gratuito por antonomasia). La pregunta, desde esta perspectiva, es si tiene sentido –por ejemplo– permitir a un acreedor del fundador, que ha fundado porque ha recibido un legado modal, rescindir el negocio como si se tratase de un acto gratuito. La respuesta, claro, debe ser negativa. Por ello, a la pregunta inicial que inquiere por la naturaleza invariable o generalmente gratuita de la dotación, hay que responder –sin parar todavía en precisiones técnicas– que depende de para qué se quiere la respuesta: Si se quiere, por ejemplo, para hacer un análisis financiero del estado patrimonial de la fundación, el negocio es siempre gratuito. Si la respuesta se quiere para construir una estructura de aplicabilidad analógica de las normas de la donación, el negocio es generalmente gratuito, y excepcionalmente, puede ser oneroso.

Ahora bien, esta forma de abordar el problema puede resultar satisfactoria desde una perspectiva puramente pragmática, pero resulta insuficiente en un plano técnico. Es decir, técnicamente no parece aceptable que de negocios fundacionales de contenido negocial ostensiblemente idéntico pueda predicarse gratuidad u onerosidad dependiendo de un elemento aparentemente extraño al negocio mismo. Es preciso encontrar una solución teórica convincente, y esa respuesta técnicamente adecuada se encuentra, en mi opinión, en la consideración de la causa del negocio. Aunque ella no se exprese, el negocio de fundación puede tener causa liberal o causa onerosa. Ocurre lo primero cada vez que el fundador celebra el negocio sin estar obligado o constreñido

¹¹⁵ MORILLO GONZÁLEZ: *El proceso de creación de una fundación*, p. 48.

a ello como contrapartida de un enriquecimiento previo de su parte; y hay en cambio negocio gratuito con causa onerosa cada vez que el autor establece la fundación estando constreñido u obligado a ello por un negocio que le reporta provecho jurídico económico directo. Así ocurre si se funda en cumplimiento de una obligación contractual onerosa, o si se funda en cumplimiento de un modo establecido en una donación o en legado. Los casos en que el fundador reporta un beneficio indirecto, por ejemplo, en publicidad, mejora de imagen, etc., y aunque el negocio de fundación esté precisamente motivado por la expectativa de ese beneficio, por el contrario, no pueden ser incluidos aquí, y conservan su carácter gratuito.

De tal modo, puede afirmarse que el negocio fundacional es siempre gratuito, pero que su causa puede ser liberal u onerosa. Como es natural, sólo en el primer caso serán aplicables analógicamente algunas de las normas previstas para la donación.

Por otra parte, en los ordenamientos jurídicos próximos, la constatación del carácter liberal de la dotación es también generalizada.¹¹⁶

Otra de las notas características del negocio de fundación es su carácter unilateral. Ello significa que se trata de la manifestación de voluntad de una sola parte. Aunque el negocio fundacional puede tener varios autores, su naturaleza no cambia, porque la voluntad de todos los fundadores tiene exactamente la misma dirección. Tampoco se altera esta condición por el hecho de que la fundación se constituya como resultado de la obligación que contractualmente ha contraído el fundador: el acto fundacional seguirá siendo un acto de una sola parte.¹¹⁷ En otros sistemas normativos la conclusión es actualmente idéntica.¹¹⁸

¹¹⁶ Véase, así, para el caso alemán, VON TUHR: *Derecho Civil, I², Las personas*, p. 605; para el ordenamiento italiano, vid. MESSINEO: *Manuale de Diritto Civile e Commerciale, I*, p. 283; GALGANO: "Delle persone giuridiche", p. 168. Para el Derecho francés, vid. BARON Y DELSOL: *Les fondations*, p. 25.

¹¹⁷ A título ejemplar, vid. CAFFARENA LAPORTA: "Comentario a los arts. 6 a 9", p. 58; CARRANCHO HERRERO: *La constitución de fundaciones*, p. 130; VATTIER FUENZALIDA: "Concepto, constitución y dotación de la fundación", p. 78; FERRANDO VILLALBA: "La dotación fundacional", p. 1582; DURÁN RIVACOBIA: *El negocio jurídico fundacional*, p. 98; DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 141; y copiando a este último, SERRANO CHAMORRO: *Las fundaciones. Dotación y patrimonio*, p. 121.

¹¹⁸ Para el Derecho alemán, véase STRICKRODT: *Stiftungsrecht*, p. 43; NEUHOFF: *Kohlhammer Kommentar*, p. 509; VON TUHR: *Derecho Civil, I, 2, Las personas*, p. 601; COING: *Von Staudinger Kommentar zum BGB*, p. 609; SEIFART/VON CAMPENHAUSEN: *Handbuch des Stiftungsrechts*, p. 94. En Italia, ALPA: "Il Regime delle Fondazione in Italia e in Francia", p. 20; DE GIORGI: "Le Fondazioni", p. 256 (con precisión de que cuando hay varios fundadores, hay una pluralidad de negocios unilaterales. La idea tiene por objeto evitar que la invalidez de una declaración afecte al conjunto. En el mismo sentido,

Luego, es un acto de naturaleza no recepticia, esto es, que no se dirige en particular a ningún otro sujeto de Derecho. Por ello, no necesita, para producir efectos, del conocimiento ni la aceptación de una contraparte. La mayoría doctrinal en España lo entiende de esta manera, tanto antes de la Ley 30/1994, como después de su vigencia.¹¹⁹ Lo propio sucede en la generalidad de los ordenamientos europeos.¹²⁰ Una excepción –en España– la constituye DEL CAMPO ARBULO, que sostiene, aisladamente, y recogiendo el postulado de una doctrina muy antigua, que el negocio fundacional sólo puede considerarse no recepticio en los sistemas de libre constitución, y que en un sistema de concesión como el vigente –según el autor– en España, “la declaración de voluntad del fundador se dirige a la sociedad y en su nombre la acepta el Estado (...) al apreciar la existencia del interés general y decidir la consecuente inscripción en el registro.”¹²¹

Enseguida, el negocio fundacional, sea que se celebre *inter vivos* o *mortis causa*, es de carácter formal, cuestión indubitable desde la vigencia de la ley 30/1994, que exige escritura pública para el negocio realizado en vida del fundador, y remite a los diversos grados de formalidad del negocio testamentario para la constitución de la fundación *mortis causa*.¹²² Lo propio ocurre, en diverso grado, naturalmente, en los ordenamientos comparados.¹²³

DE MARTINI: *Le Associazioni e Le Fondazioni*, p. 199. Para el caso alemán, VON TUHR: *Derecho civil, I,2, Las personas*, p. 604, lo entiende igual, pero establece que la interrelación entre las declaraciones hace que la invalidez de una provoque la caída del conjunto); GALGANO: *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, p. 365). En Portugal, HÖRSTER: *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, p. 405. Para el caso griego, ALFANDARI: *Associations et Fondations en Europe*, p. 237.

¹¹⁹ Véase, por ejemplo, VALERO AGÚNDEZ: *La fundación como forma de empresa*, p. 267; CAFFARENA LAPORTA: *El régimen jurídico de las fundaciones*, p. 43; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN Y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho Civil I*, p. 629; ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho Civil I*, p. 417, VATTIER FUENZALIDA: “Concepto, constitución y dotación de la fundación”, p. 78; MORILLO GONZÁLEZ: *El proceso de creación de una fundación*, p. 46; CARRANCHO HERRERO: *La constitución de fundaciones*, p. 134; DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 141; SERRANO CHAMORRO: *Las fundaciones: Dotación y patrimonio*, p. 78, plagiando a Caffarena Laporta.

¹²⁰ Véase, respecto de la doctrina germana, NEUHOFF: *Kohlhammer Kommentar*, p. 509; VON TUHR: *Derecho Civil, I,2, Las personas*, p. 603; COING: *Von Staudinger Kommentar zum BGB*, p. 609; SEIFART/VON CAMPENHAUSEN: *Handbuch des Stiftungsrechts*, p. 94. Entre los autores italianos, puede consultarse DE MARTINI: *Le Associazioni e Le Fondazioni*, p. 199; GALGANO: *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, p. 365; ZOPPINI: “Note sulla costituzione della fondazioni”, p. 88.

¹²¹ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 122.

¹²² Véase, por todos, DURÁN RIVACOBA: *El negocio jurídico fundacional*, pp. 44 a 56, separando el análisis del negocio *inter vivos* y el *mortis causa*, y con referencia a la legislación autonómica.

¹²³ Así, en Alemania se exige forma escrita para el acto fundacional entre vivos (Parágrafo 81 BGB) y las propias del testamento en caso de constitución *mortis causa*; en Austria, la declaración

Como consecuencia de lo anterior, puede afirmarse, sobre la base de un constatado consenso doctrinal, que el negocio jurídico fundacional es un negocio unilateral no recepticio, típico, solemne, y gratuito, dirigido a la creación de una persona jurídica mediante la afectación de un patrimonio a un fin de interés general, y que la dotación es una parte esencial del negocio de fundación, constituida por la destinación de un patrimonio a la futura fundación.

En tanto masa real, puede definirse a la dotación como el conjunto de bienes y derechos que, en un negocio de fundación (único, unilateral, no recepticio y solemne) se destinan gratuitamente a la persecución, por parte de una organización que el mismo negocio crea, de un fin de interés general.

Estas definiciones aproximativas, como se indicó al comienzo de este epígrafe, dejan por despejar las cuestiones relativas a la posibilidad de revocar el negocio (y con él, la dotación que contiene); y al modo y momento en que se opera la transmisión patrimonial. A esos temas destinaré los apartados siguientes.

1.2. Irrevocabilidad del negocio jurídico fundacional

1.2.1. Planteamiento de la cuestión.

El tema que ahora abordaré es el referido a la posibilidad de que el propio fundador, o sus herederos, emitan una declaración formal de voluntad de sentido

fundacional debe vaciarse en una escritura fundacional notarial, o en un testamento (Parágrafos 7 a 10, y especialmente, 39 (1) de la *Privatstiftungsgesetz* Nr. 694/1993); en Bélgica, se requiere acto auténtico o testamento (Art. 27 Loi du 27 juin 1921); en Francia, se requiere testamento, o efectuar, con las formalidades del caso, una donación (Art. 18–2 Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987); en Italia, acto público o testamento (Art. 14 del *Codice*); en Portugal, por escritura pública o testamento (Art. 185 del Código Civil); en Suiza, acto auténtico o testamento (Art. 81 del Código Civil); en Holanda, acto notarial o testamento público (Art. 286.1 y 2 del *Burgerlijk Wetboek*); en Grecia, acto notarial o testamento (Art. 109 del Código Civil); etc. Una excepción, según CARRANCHO HERRERO, la constituiría el Derecho sueco, que frente al silencio legislativo, no exigiría formalidad alguna para la constitución de fundaciones (CARRANCHO HERRERO: *La constitución de fundaciones*, p. 72) La autora, sin embargo, pasa por alto la existencia, desde 1994, de la ley sueca sobre fundaciones, que establece que el negocio fundacional deberá realizarse por escrito y bajo la firma del fundador o fundadores, agregando que un negocio testamentario válido será tenido como negocio fundacional según esa ley bajo las condiciones antes indicadas. (Suecia. Lag 1994:1220 (Stiftelselag) 1 kap. 3 § “*Ett stiftelseförordnande skall vara skriftligt och undertecknat av stiftaren eller stiftarna. Ett giltigt testamentariskt förordnande skall godtas som ett stiftelseförordnande enligt denna lag utan hinder av bestämmelsen i första stycket.*”) Dicha ley crea, además, un registro de fundaciones (Kap. 10).

íntegramente contrario al del negocio fundacional, privando a éste último, *in toto*, de su eficacia, en el tiempo medio entre la perfección del negocio jurídico fundacional y el efectivo acaecimiento del hecho que según la ley hace nacer su personalidad jurídica. Como se comprende, tal ineficacia acarrea directamente la ineficacia de la dotación, que es parte esencial del negocio fundacional.

En otras palabras, se tratará aquí de la posibilidad de desdecirse del negocio fundacional, dejando *eo ipso* sin vigor la atribución patrimonial que aquél contiene. Esta posibilidad de revocar el negocio fundacional, que aquí trato, debe mantenerse conceptualmente alejada de la posibilidad de revocar las donaciones que se hagan a la fundación, una vez ésta está constituida, ya que estas donaciones son de derecho común, y se les aplican, por ello, la totalidad de las normas que permiten la revocación o reducción de las donaciones. Asimismo, debe ser muy nítidamente separada de la posibilidad de revocar, total o parcialmente, la atribución patrimonial que se ha realizado al constituir una fundación, por lesión de derechos hereditarios, por lesión del derecho de los acreedores del fundador, por circunstancias sobrevinientes, etc., en aplicación de las normas comunes y generales que así lo permiten para los actos gratuitos.¹²⁴ Conceptualmente, esta separación se funda en la doble concepción de la dotación, como acto (negocio) y como masa de bienes y derechos (patrimonio inicial). Para graficar la magnitud de la brecha que separa conceptual y prácticamente a ambas situaciones, baste con señalar que la una supone de modo necesario la imposibilidad de que la fundación llegue a constituirse; y que la otra puede suponer desde la extinción – por imposibilidad de cumplimiento de fines derivada de la ausencia sobreviniente de patrimonio– hasta la simple disminución patrimonial sin más consecuencias que las contables, pasando por las alternativas de modificación y fusión, todo respecto de una fundación ya válidamente constituida.¹²⁵

A pesar de que la utilización de un mismo término jurídico (“revocación”) para ambas clases de ineficacias no propicia el mantenimiento del trazado nítido de una frontera entre las dos hipótesis (y en este sentido quizá sería preferible hablar de arrepentimiento del negocio fundacional para un caso y de revocación de la dotación para el otro) la doctrina y buena parte de la legislación comparada han universalizado

¹²⁴ Sobre la revocabilidad de la dotación o atribución patrimonial, véase el apartado correspondiente, en la pág. 162.

¹²⁵ A modo de ejemplo, algunos autores que tratan ambos temas en conjunto, resultando en una sistemática bastante confusa: PUIG FERRIOL, “Patrimonio fundacional en la Ley de Fundaciones catalanas”, pp. 1651 a 1653; HUERTA HUERTA y HUERTA IZIAR DE LA FUENTE: *Fundaciones*, p. 599;

para ambos supuestos el empleo de la expresión “revocación”¹²⁶. Por ello, lo haré aquí de igual manera, pero realizando en cada caso la correspondiente calificación distintiva, por lo que denominaré “revocación del negocio fundacional” al arrepentimiento, por parte del fundador, del negocio fundacional, producido antes del reconocimiento administrativo; y “revocación de la dotación” o “revocación de la atribución patrimonial” al segundo fenómeno.

La posibilidad que es objeto de estas consideraciones queda teóricamente abierta sólo en aquellos ordenamientos que no hayan optado por un sistema de libre constitución, esto es, en aquellos en que la sola emisión de la declaración fundacional no basta para constituir formalmente la persona jurídica, requiriéndose, por el contrario, de un acto adicional de reconocimiento normativo, o de franca concesión del poder público. En un sistema de libre constitución, la declaración fundacional es irrevocable por definición: Desde que se emite, el negocio produce la totalidad de sus efectos y la nueva persona jurídica ha quedado ya constituida. Ahora bien, que la posibilidad quede abierta en los ordenamientos de reconocimiento o de concesión no significa, en absoluto, que se trate de una consecuencia necesaria: Un ordenamiento jurídico puede exigir un acto administrativo de reconocimiento, o establecer un sistema de concesión, y, aún así, reputar irrevocable el negocio. Por eso es que, como ha hecho notar CAFFARENA LAPORTA, en cualquier sistema que no consagre la constitución libre de fundaciones, la cuestión debiera ser resuelta con claridad por el legislador.¹²⁷

1.2.2. Derecho comparado

La posibilidad de arrepentirse del negocio fundacional está expresamente permitida –con más o menos amplitud– por varias legislaciones del entorno europeo. Así, por ejemplo, el *Bürgerlich Gesetzbuch*, cuyo parágrafo 81 determina para el fundador la facultad de arrepentirse antes de que se produzca la autorización administrativa de su constitución. La revocación del negocio debe dirigirse, en caso de haberse solicitado ya la autorización, a esa misma autoridad. Si ello no ha ocurrido, la revocación puede realizarse incluso en forma tácita, por ejemplo, dando otro empleo al

SERRA RODRÍGUEZ: *Las fundaciones: Elementos esenciales y constitución*, p. 53; y FERRANDO VILLALBA: “La dotación fundacional”, p. 1586.

¹²⁶ Una señalada excepción la constituye la doctrina germana, que utiliza *Widerruf* para referirse a un caso (retractación del negocio), y de *Anfechtung*, para aludir al otro (impugnación de la atribución patrimonial). Una legislación que consagra expresamente esta razonable diferencia de denominación para institutos distintos es la del Principado de Liechtenstein (Véanse los artículos 559 y 560 del *Personen- und Gesellschaftsrecht vom 20. Januar 1926*, cuyos textos se transcriben en las Notas Núm. 142 y 456, respectivamente.

¹²⁷ CAFFARENA LAPORTA: “Comentario a los arts. 6 a 9”, p. 60.

patrimonio asignado a la fundación¹²⁸ o destruyendo el documento respectivo.¹²⁹ La revocación no se permite, en cambio, al heredero, en los casos en que el causante ya había presentado la solicitud de reconocimiento, o ya había confiado al notario esa presentación.¹³⁰ “La revocación del negocio fundacional *mortis causa* sólo es posible en las condiciones particulares sucesorias, para el testamento en los §§ 2253 a 2258 BGB, para el testamento comunitario en los §§ 2270 a 2272 BGB, para el contrato de transmisión en los §§ 2290 a 2298 así como 2299 BGB. (...) La revocación por un heredero se excluye, ya que el § 81.2, frase tercera del BGB sólo la permite para el negocio fundacional entre vivos. De otro modo, se dejaría justamente en manos del heredero directamente concernido la efectividad de la libertad del fundador-testador.”¹³¹

También permite la revocación del negocio el Código Civil italiano, cuyo artículo 15 prevé expresamente esa posibilidad¹³², hasta el momento del reconocimiento administrativo, salvo que se hubieren iniciado actividades¹³³ (aunque

¹²⁸ ENNECCERUS/NIPPERDEY: *Derecho Civil (Parte General)*, p. 509.

¹²⁹ VON TUHR: *Derecho Civil, I, 2, Las personas*, p. 603.

¹³⁰ BGB. Parágrafo 81. “[Stiftungsgeschäft unter Lebenden; Form; Widerruf] (1) *Das Stiftungsgeschäft unter Lebenden bedarf der schriftlichen Form. (2) Bis zur Erteilung der Genehmigung ist der Stifter zum Widerrufe berechtigt. Ist die Genehmigung bei der zuständigen Behörde nachgesucht, so kann der Widerruf nur dieser gegenüber erklärt werden. Der Erbe des Stifters ist zum Widerrufe nicht berechtigt, wenn der Stifter das Gesuch bei der zuständigen Behörde eingereicht oder im Falle der notariellen Beurkundung des Stiftungsgeschäfts den Notar bei oder nach der Beurkundung mit der Einreichung betraut hat.*” (La norma fue modificada recientemente, suprimiendo la referencia al depósito judicial del instrumento fundacional que antes contenía, manteniendo sólo la hipótesis de depósito notarial). En esta primera referencia de un texto legislativo alemán del orden fundacional, hay que hacer notar que, en lo sucesivo, cada vez que se realice una referencia –sin especificar otra cosa– a una norma, doctrina o jurisprudencia germana, ésta se referirá a las fundaciones de Derecho Civil, excluyendo a las fundaciones de Derecho Público, a las fundaciones religiosas, a las fundaciones comunales o locales, y a las fundaciones fiduciarias, que tienen una regulación especial, cuyo contenido no resulta homolgable con el fenómeno fundacional español. Asimismo, en esta Primera Parte, las referencias al caso germano se harán exclusivamente al derecho de orden estatal, prescindiendo de la numerosa regulación de los *Länder* (14 leyes). Esa prescindencia será menor, sin embargo, en la Parte Segunda de la tesis, debido a que los aspectos de gestión de la fundación quedan casi por completo entregados a la legislación regional, que presenta una variabilidad mayor que la de la España de las Autonomías. En cualquier caso, para una visión completa y actualizada, puede consultarse SEIFART/VON CAMPENHAUSEN: *Handbuch des Stiftungsrecht*.

¹³¹ SEIFART/VON CAMPENHAUSEN: *Handbuch des Stiftungsrecht*, p. 110.

¹³² Codice Civile Italiano. Art. 15 “Revoca dell’atto costitutivo della fondazione. *L’atto di fondazione può essere revocato dal fondatore fino a quando non sia intervenuto il riconoscimento, ovvero il fondatore non abbia fatto iniziare l’attività dell’opera da lui disposta. La facoltà di revoca non si trasmette agli eredi*”.

¹³³ DE MARTINI: *Le associazioni e le fondazioni*, p. 212, sostiene que por *attività dell’opera* no puede entenderse cualquiera actividad de carácter puramente preparatorio de parte de la fundación instituida o de sus administradores, sino la actividad con la cual propiamente se realiza la persecución

excluye en cualquier caso la transmisión de la facultad a los herederos, intransmisibilidad determinada, según la doctrina, por el carácter estrictamente personal de la facultad¹³⁴).¹³⁵

En un sentido parecido, aunque sin incluir la restricción del comienzo de actuación, el Código Civil de Portugal, cuyo artículo 185¹³⁶ permite la revocación en el caso de la constitución *inter vivos* y la prohíbe, muerto el testador, en la fundación instituida *mortis causa*.¹³⁷ Una regulación muy semejante de la revocación del negocio fundacional se encuentra en la legislación belga, que se lo permite al fundador, pero impidiendo formalmente la transmisión de la facultad de revocar a los herederos o

del fin fundacional; y RESCIGNO: "Fondazione (dir.civ.)", p. 801, precisa que la restricción sólo opera cuando esta actividad inicial pueda reconducirse a la voluntad del fundador.

¹³⁴ RESCIGNO: "Fondazione (dir. civ.)", p. 801.

¹³⁵ A propósito de la facultad de revocar el negocio *inter vivos*, hay que indicar aquí que, en el caso de constitución *mortis causa*, que no resulta revocable una vez fallecido el causante, la jurisprudencia mantiene, sin embargo, (sobre la base de la antigua doctrina de la separación del negocio fundacional en dos actos diversos: la fundación y la dotación) la aplicabilidad del plazo de caducidad previsto en el artículo 600 del Codice para las disposiciones testamentarias hechas a favor de entes no reconocidos, de modo que, si en el término de un año, contado desde que el testamento se hizo exigible, no se ha instado el reconocimiento, debe entenderse caducada la disposición. Esto significa que, aún siendo irrevocable el negocio constituido por causa de muerte, puede devenir igualmente ineficaz por el transcurso del referido plazo. Citan la jurisprudencia, *ad ex.*, DE MARTINI, *Le associazioni e le fondazioni*, p. 200; GALGANO: *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, p. 354. La postura jurisprudencial anterior se ha mantenido, pese a que la doctrina italiana más moderna –pero aún minoritaria– intenta romper la idea tradicional de la escisión entre acto de fundación y acto de dotación, proponiendo mejor una concepción unitaria del negocio jurídico fundacional. Véase al respecto la explicación y la cita de doctrina en el anterior apartado 1.1. Concepto y naturaleza jurídica de la dotación, pág. 51.

¹³⁶ Código Civil de Portugal. Art. 185. "3. *A instituição por actos entre vivos deve constar de escritura pública e torna-se irrevogável logo que seja requerido o reconhecimento ou principie o respectivo processo oficioso.* 4. *Aos herdeiros do instituidor não é permitido revogar a instituição, sem prejuízo do disposto acerca da sucessão legítima.*"

¹³⁷ HÖRSTER: *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral de Direito Civil*, p. 405.

causahabientes.¹³⁸ El mismo texto legal fue adoptado luego por el Gran Ducado de Luxemburgo.¹³⁹

El Código Civil helénico regula también la posibilidad de desdecirse del negocio jurídico fundacional, pero de modo restrictivo. Su artículo 111 prevé que el acto de fundación no puede revocarse más que antes de la publicación en el Boletín Oficial del decreto presidencial que aprueba la creación de la fundación, y sólo por las causas legalmente tasadas, que son la pobreza sobrevenida al fundador o razones justificatorias importantes.¹⁴⁰ Según ALFANDARI, la vaguedad de esta última cláusula legislativa hace que en la práctica se apliquen las disposiciones concernientes a la revocación de donaciones.¹⁴¹

En la legislación del principado de Liechtenstein la revocación del negocio fundacional se regula de modo muy completo, y sólo se admite cuando la fundación no ha sido aún registrada en el registro público, si la inscripción es necesaria para su creación; cuando no siendo requerida la inscripción (fundaciones familiares y religiosas (art. 557.2), ella debe sin embargo realizarse en vida del fundador, y hasta que la inscripción se finalice; y respecto de las fundaciones creadas por testamento o contrato de transmisión, conforme a las disposiciones sucesorias que los rigen. En este último caso, el fundador tiene derecho de revocar sin restricción, pero sus herederos, después de su muerte, no pueden revocar la fundación, aún cuando ésta no se encuentre aún inscrita en el Registro. Tampoco los herederos pueden revocar, si el fundador por acto entre vivos muere, aún antes de la inscripción de la fundación en el Registro. Finalmente, siempre es permitida la revocación cuando el derecho se ha

¹³⁸ Bélgica. Loi du 27 juin 1921. Art. 28. “*Toute déclaration authentique faite par le fondateur en vue de créer un établissement d'utilité publique est communiquée par lui au gouvernement aux fins d'approbation.*

Si le fondateur décède avant la communication de la déclaration au gouvernement, ou s'il n'y a pas d'exécuteur testamentaire, les héritiers ou ayants cause doivent communiquer au gouvernement soit l'acte authentique, soit les dispositions testamentaires.

Jusqu'à l'approbation, le fondateur peut rétracter sa déclaration. Ce droit n'appartient pas aux héritiers ou ayants cause.

Si la création de l'établissement d'utilité publique résulte d'un acte de dernière volonté, le testateur pourra désigner un exécuteur testamentaire ayant la saisine, chargé de réaliser ses intentions.”

¹³⁹ Luxemburgo. Loi du 21 avril 1928. Art. 28. El texto es idéntico al artículo 28 de la ley belga, recién transcrito.

¹⁴⁰ Código Civil de Grecia. Άρθρο 111. “*Ανάκληση ιδρυτικής πράξης Ύστερα από αίτηση του ιδρυτή, το δικαστήριο μπορεί να επιτρέψει την ανάκληση της ιδρυτικής πράξης: 1. επειδή επακολούθησε απορία του ιδρυτή, 2. για σπουδαίους λόγους που δικαιολογούν την ανάκληση.*

Μετά την έκδοση του διατάγματος δεν επιτρέπεται αίτηση για ανάκληση.”

¹⁴¹ ALFANDARI: *Associations et Fondations en Europe*, p. 238.

reservado expresamente en el negocio fundacional, en una declaración modificatoria o en los estatutos.¹⁴²

La revocación del negocio se halla, en cambio, interdicta por otros ordenamientos, singularmente por la ley francesa, que establece formalmente y sin ambages la irrevocabilidad del negocio jurídico fundacional.¹⁴³ La irrevocabilidad absoluta establecida por la anterior ley austríaca, una vez depositada ante el Protectorado con la firma del fundador autenticada notarial o judicialmente, ha devenido muy relativa. En la ley actual, la fundación es irrevocable sólo en defecto de una declaración contraria del fundador. En efecto, una fundación no puede ser revocada, sino cuando éste se ha reservado la revocación en la declaración fundacional, derecho que sólo pueden ejercer los fundadores que sean personas físicas (para impedir la perpetuación de una situación de incertidumbre). Este derecho de revocación no se refiere sólo al tiempo medio entre la declaración fundacional y la inscripción en el Registro comercial, sino que puede ejercerse durante la vida de la fundación, y por tanto, cubre también las hipótesis que en este trabajo he procurado mantener separadas, de revocación del negocio y de la asignación patrimonial.^{144/145} La

¹⁴² Liechtenstein. Das Personen- und Gesellschaftsrecht vom 20. Januar 1926. Art. 559 "V. Widerruf.

1) *Ein Widerruf der Stiftung ist nur zulässig:*

1. *wenn die Stiftung noch nicht ins Öffentlichkeitsregister eingetragen ist, falls eine Eintragung zum Entstehen erforderlich ist;*

2. *falls eine Eintragung der Stiftung nicht erforderlich ist und diese noch zu Lebzeiten des Stifters rechtswirksam werden soll, bis zum Abschluss der Beurkundung;*

3. *bei den durch letztwillige Verfügung oder Erbvertrag errichteten Stiftungen nach den hierfür geltenden erbrechtlichen Vorschriften.*

2) *Bei letztwilligen Verfügungen hat der Stifter selbst ein unbeschränktes Widerrufsrecht, nicht dagegen die Erben nach dessen Tode, auch wenn die Stiftung noch nicht ins Öffentlichkeitsregister eingetragen ist.*

3) *Ebenso haben die Erben kein Widerrufsrecht, wenn der Stifter bei der Stiftung unter Lebenden die Urkunde zwar errichtete, jedoch vor der Eintragung der Stiftung ins Öffentlichkeitsregister gestorben ist.*

4) *Der nach Inhalt der Stiftungsurkunde ausdrücklich vorbehaltene Widerruf oder die vorbehaltene Abänderung der Urkunde oder des Statuts ist jederzeit zulässig."*

¹⁴³ Francia. Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat (Journal Officiel du 24 juillet 1987) Article 18 (Loi n° 90-559 du 4 juillet 1990 art. 1 Journal Officiel du 6 juillet 1990) Premier alinéa: "La fondation est l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une oeuvre d'intérêt général et à but non lucratif." Hasta la puesta en vigor de la referida ley, la cuestión era objeto de debate en la doctrina francesa, parte de la cual sostenía, en virtud de una concepción del negocio jurídico fundacional como de naturaleza recepticia, que el fundador podía arrepentirse mientras su «oferta» no fuese «aceptada» por la administración. Véase, por todos, POMEY: *Traité des Fondations d'utilité publique*, p. 233.

¹⁴⁴ Austria. Bundesgesetz vom 27. November 1974 über Stiftungen und Fonds. StF: BGBl. Nr. 11/1975. (Derogada) Parágrafo 4.3 "Soll die Stiftung zu Lebzeiten des Stifters errichtet werden, so muß

doctrina austríaca no puede menos que constatar que el ejercicio de la reserva de revocación que posibilita el legislador de 1993 impide la producción de una de las condiciones de base que se asignan a la fundación: la completa separación patrimonial del fundador.¹⁴⁶ En Suiza, en cambio, el silencio del legislador ha producido una larga polémica doctrinal, en la que la opinión mayoritaria se inclina por considerar el acto irrevocable una vez emitida conforme a Derecho la voluntad fundacional.¹⁴⁷

1.2.3. Derecho nacional

En España, el poder legislativo dejó pasar la oportunidad de establecer un criterio respecto del tema al dictar la Ley de Fundaciones, pese a que la cuestión ya suscitaba numerosas dudas en los autores. Por tanto, carecemos de una norma que se pronuncie en uno u otro sentido, por lo que el tema ha seguido quedando entregado a la elaboración doctrinal.

Pese al desafortunado silencio legislativo, una primera premisa en la que hay coincidencia entre los autores es que el análisis del tema debe bifurcarse, para tratar por separado la constitución *mortis causa* y la constitución *inter vivos*.¹⁴⁸

1.2.3.1 Revocabilidad del negocio fundacional *mortis causa*

Respecto de esta materia, no hay fisuras en la doctrina española, que resulta monolíticamente unitaria.¹⁴⁹ El negocio fundacional testamentario se considera

die Stiftungserklärung unwiderruflich gegenüber der Stiftungsbehörde (§ 39) abgegeben werden und mit der gerichtlich oder notariell beglaubigten Unterschrift des Stifters versehen sein."

¹⁴⁵ Privatstiftungsgesetz (PSG, BGBl. Nr. 694/1993) § 34. Widerruf der Privatstiftung. *Eine Privatstiftung kann vom Stifter nur dann widerrufen werden, wenn er sich den Widerruf in der Stiftungserklärung vorbehalten hat. Einem Stifter, der eine juristische Person ist, kann ein Widerruf nicht vorbehalten werden."*

¹⁴⁶ STERN: "Der Einfluß des Stifters auf die Verwaltung der Stiftung", p. 263.

¹⁴⁷ ALFANDARI: *Associations et Fondations en Europe*, p. 514. RIEMER: *Berner Kommentar*, p. 430 y ss.

¹⁴⁸ Una excepción en este sentido –aunque difícilmente inteligible– la constituye NIETO ALONSO: *Las fundaciones: su capacidad*, p. 151, quien defiende la idea de "buscar una armonización de criterios a seguir por las fundaciones *strictu sensu* y las fundaciones *mortis causa*, una revocabilidad hasta la constitución de las mismas, y con posterioridad a la adquisición de la personalidad jurídica defender la irrevocabilidad, o incluso ir más allá, y establecer la irrevocabilidad desde que exista algún dato que haga suponer que la fundación llegará a constituirse y alcanzar personalidad jurídica. De manera tal que la revocación no necesitaría basarse en la revocabilidad del testamento, sino que puede apoyarse en el hecho de que aún no tuvo lugar la constitución."

¹⁴⁹ La única voz aparentemente discordante es la de NIETO ALONSO: *Las fundaciones: su capacidad*, p. 152, que concluye así: "Propugno una irrevocabilidad del Negocio Fundacional, aún tratándose de Fundaciones *mortis causa*, donde, recordemos, los bienes han quedado destinados en virtud de testamento." Sin embargo, si se lee con detención el texto de la autora hay que concluir que se

esencialmente revocable, hasta la muerte del testador, ya que la revocabilidad es uno de los caracteres esenciales de la declaración de última voluntad, *ex* artículo 737 del Código Civil. Indiscutiblemente, tal revocabilidad, que afecta de modo irrenunciable a todo el contenido patrimonial del acto, afectará de igual modo al negocio fundacional (esencialmente patrimonial) contenido en el testamento. Por tanto, el testador puede arrepentirse y dejar sin efecto, en cualquier momento, el negocio jurídico fundacional. Desde luego, la revocación del negocio jurídico fundacional contenido en un testamento debe satisfacer los requisitos de fondo y forma que se exigen para ordenar el testamento. Al propio tiempo, la doctrina resulta unánime en considerar que, muerto el testador, la declaración fundacional deviene irrevocable para sus herederos, puesto que lo contrario significaría dejar al arbitrio de éstos la constitución de una fundación cuya dotación patrimonial disminuye directamente el acervo hereditario que le correspondería a cada uno.¹⁵⁰

1.2.3.2. Revocabilidad del negocio fundacional *inter vivos*

El negocio jurídico fundacional por acto *inter vivos* resulta francamente más problemático en cuanto a su revocabilidad. En efecto, la Ley de Fundaciones de 1994 exige, para entender válidamente constituida una fundación, unos determinados requisitos formales que culminan con la inscripción en el registro. Salvo el caso de la legislación foral navarra¹⁵¹, el resto de los ordenamientos autonómicos consagran un

refiere sólo a la irrevocabilidad *post mortem*, y que no excluye la revocación de una fundación contenida en el testamento, por parte del propio testador.

¹⁵⁰ En este sentido, sólo a título ejemplar y dentro de la literatura general de la última década, ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho Civil*, I, Vol. I, p. 418; DIEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho Civil*, I, p. 629; LACRUZ BERDEJO *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, I, 2º, p. 310, y dentro de la literatura especializada, CAFFARENA LAPORTA: “Comentario a los arts. 6 a 9”, p. 60, y “Comentario a los Artículos 35 a 41 del Código Civil”, p. 239; CARRANCHO HERRERO: *La Constitución de Fundaciones*, p. 154 a 156; FERRANDO VILLALBA: “La dotación fundacional”, p. 1586 (aunque trata el tema en conjunto con la revocabilidad de la atribución patrimonial); MORILLO GONZÁLEZ: *El proceso de creación de una fundación*, p. 165.

¹⁵¹ Navarra. Compilación de Derecho Civil Foral. Ley 44: “Por actos *inter vivos* o *mortis causa*, cualquier persona puede crear en Navarra, sin necesidad de aprobación administrativa, Fundaciones de caridad, fomento o de otro interés social evidente, siempre que el testador exprese su voluntad de conferir personalidad jurídica a la fundación, al determinar el fin y asignarle un patrimonio que podrá consistir en bienes o derechos de cualquier clase.” Consecuentemente, el carácter irrevocable del negocio jurídico fundacional en esa Comunidad Autónoma es indiscutible, y se encuentra, por otra parte, consagrado legalmente. En efecto, el artículo 7.1 de la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, prescribe que “la dotación, que tendrá carácter irrevocable e irreversible, podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase y habrá de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales, lo que se acreditará mediante el correspondiente estudio económico.” La ley foral mencionada, aún cuando según su título y su preámbulo está destinada a regular el “régimen tributario de las fundaciones” y el “régimen tributario de las donaciones efectuadas a fundaciones y de otras actuaciones de colaboración

régimen semejante. Aunque no se trate formalmente de un mecanismo de concesión administrativa de la personalidad jurídica, cierta doctrina ha considerado que “implica prácticamente un acto de clasificación de la fundación”, y que “este sistema puede considerarse en definitiva como un sistema de concesión encubierta.”¹⁵² Ello podría abrir, como se insinuó antes, la posibilidad de considerar revocable el negocio fundacional, al modo alemán o italiano. Como veremos, parte de la doctrina así lo ha sostenido.

La mayor parte de los autores, sin embargo, mantienen una posición negativa frente a la posibilidad de revocación del negocio *inter vivos*. Antes de la actual Ley de Fundaciones, CAFFARENA LAPORTA sostuvo la irrevocabilidad del negocio fundacional *inter vivos*, fuera –respecto de las fundaciones benéficas– porque desde la perfección del negocio se constituía la fundación; fuera –respecto de las fundaciones culturales– porque “tanto los arts. 11 y ss. como el art. 5.3 del Reglamento de 1972 ofrecen un importante apoyo para mantener que el negocio fundacional no puede ser revocado una vez ha sido perfeccionado.”¹⁵³ Luego de la mutación dogmática orgánica operada por la aprobación de la ley 30/1994, el autor mantuvo su criterio, argumentando que “de otro modo quedaría degradado injustificadamente el papel de la escritura pública de constitución de la fundación. Por otra parte, según el artículo 11 de la ley, otorgada la escritura fundacional el órgano de gobierno de la fundación realizará los actos necesarios para la inscripción, con lo que se pone de manifiesto que la inscripción en el Registro, su solicitud, etc., no es ya asunto del fundador, sino del órgano de gobierno de la fundación. Además, el artículo 36 de la ley permite pensar que la citada inscripción es obligatoria. En fin, también se puede añadir que la exigencia de escritura pública para el negocio fundacional cuando éste se lleva a cabo por acto *inter vivos* refuerza la opinión de que se trata de un negocio que es irrevocable desde su perfección.”¹⁵⁴ En el mismo sentido de rechazar la revocabilidad, fundada esencialmente sobre la base de la separación patrimonial que opera la perfección del negocio jurídico fundacional, se plantea REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI.¹⁵⁵

en actividades de interés general”, aborda en verdad numerosos aspectos sustantivos de índole civil, como el que ahora cito.

¹⁵² CARRANCHO HERRERO: *La constitución de fundaciones*, p. 157.

¹⁵³ CAFFARENA LAPORTA: “Comentario a los Artículos 35 a 41 del Código Civil”, p. 239. En idéntico sentido, en *El régimen jurídico de las fundaciones*, p. 49 y 50; en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Voz “Fundación”, p. 3200, y en “El negocio fundacional y la constitución de las fundaciones”, p. 95.

¹⁵⁴ CAFFARENA LAPORTA: “Comentario a los arts. 6 a 9”, p. 61. Con similar argumentación, REAL PÉREZ: “Las fundaciones en proceso de formación”, p. 180.

¹⁵⁵ REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI: *La nueva Ley de Fundaciones*, p. 32.

VATTIER FUENZALIDA funda el carácter irrevocable del negocio fundacional en la disciplina prevista por el artículo 11 para la fundación en proceso de formación, “porque el acto, al ser no recepticio, se ha perfeccionado ya, y en esto difiere (...) de la donación que, conforme a la interpretación más probable del artículo 623 del Código Civil, deviene irrevocable sólo después de la aceptación. Prueba de ello es que la fundación en constitución, una vez inscrita en el Registro, asume automáticamente, según el artículo 11 de la ley, los actos necesarios e indispensables realizados por los futuros patronos, lo que quiere decir, en concreto, que el acto fundacional, así como sus consecuencias patrimoniales, no requieren aceptación expresa por parte de los mismos. Y en segundo lugar, el carácter irrevocable se basa en el efecto real que provoca la dotación, la cual produce la consecuencia inmediata de separar los bienes respecto del resto del patrimonio del fundador, o en su caso, de la herencia, aún antes de estar inscrita la fundación. Por eso, el mencionado art. 11 hace responsable ante los terceros, con preferencia, al patrimonio de la futura fundación y sólo con un carácter subsidiario, aunque solidario, a los patronos. Es este efecto real e irrevocable el que explica, a nuestro modo de ver, que nunca responda el fundador con los demás bienes de su patrimonio, ni tampoco el resto de los bienes que componen su herencia, incluso antes de que la nueva persona jurídica exista por su inscripción en el Registro de Fundaciones.”¹⁵⁶ PIÑAR MAÑAS se decanta también por la irrevocabilidad del negocio fundacional, una vez satisfechos los requisitos de la escritura de constitución, aunque no fundamenta su aserto¹⁵⁷, y lo propio hace LACRUZ BERDEJO.¹⁵⁸ SERRANO CHAMORRO¹⁵⁹, copiando a CAFFARENA LAPORTA, adhiere también a la irrevocabilidad del negocio fundacional.

MORILLO GONZÁLEZ¹⁶⁰, que admite que el silencio de la ley, sumado a la exigencia de inscripción para la adquisición de personalidad jurídica, abre la posibilidad de barajar ambas soluciones (esto es, considerar irrevocable al negocio

¹⁵⁶ VATTIER FUENZALIDA: “Concepto, constitución y dotación de la fundación”, p. 79. El autor ya había anunciado su posición “Las nuevas liberalidades de mecenazgo”, p. 1063; y reitera después los párrafos transcritos en “Observaciones sobre la constitución, la modificación y la extinción de las fundaciones”, p. 1456. Una posición semejante se observa en DIEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho Civil, I*, p. 629.

¹⁵⁷ PIÑAR MAÑAS: “España”, en *Las fundaciones en Iberoamérica*, p. 240.

¹⁵⁸ LACRUZ BERDEJO *et al.*: *Elementos de Derecho Civil, I, 2º*, p. 310.

¹⁵⁹ SERRANO CHAMORRO: *Las fundaciones: Dotación y patrimonio*, p. 79 y 80. Sin embargo, la autora no parece percatarse de que el párrafo que transcribe es anterior a la Ley de Fundaciones, y que por ello, la argumentación relativa a que “el negocio fundacional (...) *inter vivos* es irrevocable desde su perfección ya que desde entonces aquél ha producido todos sus efectos y se ha constituido la fundación con personalidad jurídica”, eficaz en su tiempo, no resulta ahora válida.

¹⁶⁰ MORILLO GONZÁLEZ: *El proceso de creación de una fundación*, p. 163 y ss.

desde su perfección o desde la inscripción), considera sin embargo completamente irrevocable el negocio fundacional. Arriba a esa conclusión argumentando que la obligación de solicitar la inscripción establecida por el artículo 11 (y desarrollada, con establecimiento de plazos y responsabilidades por los artículos 36.2 de la Ley y 6 del Reglamento¹⁶¹) es incompatible con la posibilidad de arrepentirse, por lo que hay que considerar que implícitamente esa disposición establece la irrevocabilidad del negocio. Agrega el autor que el mismo artículo 11 hace responsables subsidiaria y solidariamente a los patronos para el caso de que la fundación no llegue a constituirse, sin involucrar al fundador. Siendo así, parece incongruente que un acto voluntario del fundador, como la revocación, genere responsabilidad para los patronos y no para él. Acota finalmente el autor que “la imposibilidad de revocación protege a los terceros que contraten con la fundación antes de la inscripción. Además de favorecer el interés colectivo frente al interés particular del fundador de reservarse la posibilidad de revocar el negocio fundacional.”¹⁶²

En cambio, algunos autores, al tenor del texto de la vigente Ley de Fundaciones, y frente al sistema de adquisición de la personalidad jurídica que consagra, han argumentado la posibilidad de considerar revocable el negocio fundacional, hasta el momento de la inscripción. Así lo sostuvo DURÁN RIVACOBÁ: “(...) si el fundador es único, difícilmente puede pensarse cosa distinta de la completa libertad del instituyente, pues la persona jurídica no existe, y tampoco hay causahabientes directos que puedan reclamar el cumplimiento de su ánimo. En este caso, estaremos en presencia de una fundación abortiva que no ha llegado a nacer, frustrándose dicha idea; y a mi juicio, no creo que pueda intervenir el Protectorado competente por razón de materia.”¹⁶³

En una postura parecida, aunque no demasiado enérgica, de admitir la revocabilidad del negocio fundacional se encuentra CARRANCHO HERRERO. La autora ha mantenido que, puesto que “tanto en el derecho común como autonómico, se exige, bien el reconocimiento previo de la Administración y posterior inscripción en el registro, o bien sólo la inscripción, para entender constituida la fundación; (...) a nuestro entender no resulta desacertado admitir que quepa revocar la decisión de

¹⁶¹ Real Decreto N.º. 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal, publicado en el Boletín Oficial del Estado 57/1996, de 06-03-1996. Ref. 1996/05209. Páginas. 8848 a 8859. En lo sucesivo, “el Reglamento” o “el Reglamento de fundaciones”.

¹⁶² MORILLO GONZÁLEZ: *Op. cit.*, p. 166.

¹⁶³ DURÁN RIVACOBÁ: *El negocio jurídico fundacional*, p. 176.

fundar emitida por una persona, si no aun cuando ya se están llevando a cabo los trámites para obtener la erección del cuerpo moral (...) sí, al menos, hasta el momento en que se presente la solicitud de reconocimiento y posterior inscripción en el registro.”¹⁶⁴ La autora, a continuación, y sobre la base argumental del respeto a la voluntad del causante, niega el derecho a revocar a los herederos del fundador, al modo italiano o portugués.

En conclusión, la mayor parte de los autores coinciden en considerar irrevocable al negocio jurídico fundacional, una vez perfeccionado, cuando se trata de un acto *inter vivos*, y una vez fallecido el causante, cuando se trata de un acto *mortis causa*. Tanto por razones jurídicas (carácter no recepticio del negocio fundacional, e incompatibilidad de la revocación del negocio con la regulación del artículo 11) como por razones políticas (evitación de fraudes, seriedad en la gestión de los intereses generales) me parece que hay que coincidir con la mayoría doctrinal. Creo, por tanto, que a falta de una decisión legislativa explícita respecto del punto, en España el negocio jurídico fundacional debe considerarse irrevocable. Esta conclusión, basada fundamentalmente en el principio precautorio, no obsta en lo más mínimo a la afirmación de que sería altamente deseable que una futura reforma legal, a la vista del sistema de adquisición de la personalidad jurídica que se ha establecido, adopte una decisión normativa categórica respecto del tema. Esta decisión debiera considerar detenidamente la experiencia del Derecho Comparado, y muy particularmente, el sistema de restricciones que los ordenamientos que admiten la revocación del negocio fundacional han debido diseñar.

1.2.4. Algunas notas del derecho autonómico

Pese a que *prima facie* el silencio estatal sobre el tema hubiese permitido alguna excursión autonómica sobre la materia, lo cierto es que entre las normas sobre fundaciones que han producido las Comunidades Autónomas, en el marco de sus potestades, son muy escasas las que abordan la cuestión de la revocabilidad del negocio jurídico fundacional.¹⁶⁵ Desde luego, de entre las normas anteriores a la vigencia de la Ley 30/1994, ninguna contiene una mención directa o indirecta del

¹⁶⁴ CARRANCHO HERRERO: *La constitución de fundaciones*, p. 159.

¹⁶⁵ Lamentando el silencio respecto del punto por parte de la ley valenciana, y postulando la irrevocabilidad, CUÑAT EDO y LINARES ANDRÉS: “Las fundaciones en la Comunidad Autónoma Valenciana”, p. 2952.

problema.¹⁶⁶ Entre las normas dictadas en los últimos años, sin embargo, se presentan dos casos que vale la pena analizar. Cronológicamente, el primero se produce cuando la Comunidad Foral de Navarra dicta, para complementar las leyes forales que rigen escuetamente la disciplina fundacional, una ley que –aunque se titula “Fundaciones y Actividades de Patrocinio. Regulación Tributaria”, viene en verdad a regular numerosos aspectos de índole sustantiva. Entre ellos, el relativo a la cuestión que nos ocupa. En efecto, el artículo 7 de la mencionada ley toma tajante partido respecto del problema, y establece concisa pero formalmente que la dotación tiene carácter irrevocable e irreversible.¹⁶⁷ Tal contundente declaración, que sin rodeos excluye la posibilidad de revocar el negocio fundacional¹⁶⁸, resulta perfectamente coherente con el sistema de libre constitución por el que opta la ley foral navarra respecto de la personalidad jurídica de las fundaciones.¹⁶⁹ En un tal sistema, como se dejó dicho antes, no cabe otra posibilidad. Hay que entender, desde luego, que la revocación que esta norma excluye es únicamente la revocación, por parte del fundador, del negocio fundacional; y que no queda ningún margen de dudas respecto a la posibilidad de que los bienes integrantes de la dotación sean susceptibles de retornar al patrimonio del fundador en virtud del ejercicio, por terceros, de acciones de protección de legítimas o de protección de los acreedores.

Mucho más precisa resulta la legislación autonómica de Canarias. En efecto, el artículo 5.4. de la Ley 2/98 resulta teórica y metodológicamente muy claro, puesto que determina con rigor: *a*) Aquello a lo que se refiere la irrevocabilidad (el proceso constitutivo de la fundación); *b*) el momento preciso a partir del cual ello ocurre (una vez otorgada la escritura de constitución); *c*) las consecuencias del establecimiento de la irrevocabilidad (el Protectorado debe completar el proceso cuando las personas encargadas no lo ejecuten oportunamente); y *d*) Provee los medios para que esa consecuencia se produzca (obliga a los Notarios a comunicar al Protectorado el

¹⁶⁶ Con todo, a partir del contexto normativo de la ley catalana, se ha postulado la irrevocabilidad del negocio en el ámbito de esa ley. *Vid.* FERRER I RIBA: “El procés constitutiu...”, p. 873.

¹⁶⁷ Navarra. Ley 10/96. Artículo 7. *Dotación de la Fundación*. “1. La dotación, que tendrá carácter irrevocable e irreversible, podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase y habrá de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales, lo que se acreditará mediante el correspondiente estudio económico.”

¹⁶⁸ MUÑOZ LOMBARDÍA: “Las fundaciones en Navarra”, pp. 4140.

¹⁶⁹ Navarra. Ley 1/1973. Ley 44. *Fundaciones*. (Apartado 1º) “Por actos ínter vivos o mortis causa, cualquier persona puede crear en Navarra, sin necesidad de aprobación administrativa, fundaciones de caridad, fomento o de otro interés social evidente, siempre que el fundador exprese su voluntad de conferir personalidad jurídica a la fundación, al determinar su fin y asignarle un patrimonio, que podrá consistir en bienes o derechos de cualquier clase.”

otorgamiento de cualquier escritura de constitución de una fundación).¹⁷⁰ Esta norma – a mi juicio un buen modelo para una futura reforma de la ley estatal– deja perfectamente a salvo (aunque no lo diga expresamente la ley) la posibilidad de revocar la atribución patrimonial, con posterioridad a la constitución de la fundación, en ejercicio de fines jurídicos superiores como la protección de acreedores o de legítimas.¹⁷¹

1.3. La traslación patrimonial

Interesa aquí –como última cuestión general relativa a los aspectos objetivos de la dotación no regulados de modo expreso– abordar el problema relativo a la salida de los bienes y derechos aportados a la fundación de la esfera de dominio del fundador. Dos aspectos resultan polémicos: el hecho que opera el desplazamiento patrimonial, vinculado con la naturaleza atributiva o no del negocio fundacional; y el momento en que tal desplazamiento ocurre. En conexión con estas dos cuestiones, surge una tercera: la relativa a la naturaleza del “patrimonio fundacional” en el tiempo intermedio entre el negocio y la inscripción de la fundación, que le otorga personalidad jurídica. Esta tercera cuestión se plantea respecto de cualquiera de las posibles respuestas a las dos anteriores. Es decir, resulta de notable interés teórico determinar el *status* de la futura dotación, tanto si se considera que ya ha salido del patrimonio del fundador, como si se propugna que se mantiene en él hasta el momento de la inscripción. Además, el problema es relevante en la práctica, como analizaré luego, principalmente desde la perspectiva de la protección de los intereses de los acreedores del fundador, extremo que quedó silenciado en el texto legal.

La Ley de Fundaciones no ha querido abordar directamente el tema, la doctrina es relativamente escasa en España, y la jurisprudencia aún no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del punto. En las líneas que siguen, y luego de un bosquejo del debate en ordenamientos jurídicos cercanos (con la prevención anticipada de que los términos de la cuestión no siempre resultan fácilmente trasladables al caso español), intentaré reseñar los contenidos argumentales de las posiciones doctrinales.

¹⁷⁰ Canarias. Ley 2/98. Art. 5.4. “Una vez otorgada la escritura de constitución, el proceso constitutivo es irrevocable, debiendo el Protectorado de Fundaciones Canarias completar dicho proceso en caso de que las personas encargadas de hacerlo no realizaran los trámites oportunos. A estos efectos, los Notarios tendrán la obligación de comunicar al Protectorado de Fundaciones Canarias el otorgamiento de cualquier escritura de constitución de una fundación.”

¹⁷¹ Comenta positivamente la norma citada DÍAZ BRITO: “La normativa canaria sobre fundaciones”, p. 3929.

1.3.1. Derecho comparado

El problema que ocupará estas páginas ha sido objeto de atención en algún ordenamiento jurídico cercano, singularmente en el italiano, y se vincula directamente con el problema, de mayor alcance, de la naturaleza jurídica de la fundación en espera de reconocimiento.

La doctrina mayoritaria y la mayor parte de la jurisprudencia italianas se inclinan por considerar que a la fundación no reconocida no puede dársele un perfil jurídico autónomo. Por tanto, responden de las consecuencias contractuales y extracontractuales de la actividad desarrollada los administradores de los bienes, y sólo se reconoce al ente una muy limitada capacidad sustantiva y procesal.¹⁷² La conclusión resulta más clara en el caso de fundaciones que estén destinadas, por voluntad del fundador, a operar únicamente como fundación reconocida: Aquí es nítido que el efecto translativo de la propiedad de los bienes queda subordinado al reconocimiento, que es el acto que, como condición de eficacia, perfecciona el negocio de fundación. Entretanto, los bienes quedan expuestos a la acción de los acreedores del fundador, y la actividad de la obra desarrollada antes del reconocimiento determina una mera “existencia de hecho” de la fundación.¹⁷³

Sin embargo, una doctrina reciente, y aún minoritaria, apunta la posibilidad de considerar a la fundación no reconocida como un “centro autónomo de imputación”, cuando se ha iniciado la actividad antes del reconocimiento, salvo que el fundador haya expresamente establecido que la fundación no pueda operar si no ha sido reconocida.¹⁷⁴ La tesis inicial busca respaldo dogmático en el propio artículo 12 del *Codice*, cuyo primer inciso estipula que “*le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato acquistano la personalità giuridica mediante il riconoscimento concesso con decreto del Presidente della Repubblica*”. Pues bien, se dice que “la norma califica al ente –considerado ya «dado» por el solo hecho de la constitución– como el destinatario de una adquisición, justamente aquella de la personalidad. El texto del código provee, así, un argumento a favor de la distinción entre el momento de la existencia y el de la personificación.”¹⁷⁵ En caso de aceptarse

¹⁷² DE GIORGI: “Commentario agli artt. 11 a 35”, p. 151, con cita de la jurisprudencia más relevante, y una breve reseña de las posiciones doctrinales.

¹⁷³ La reseña es de IORIO: *Le Persone. Volume II – Persone giuridiche*, p. 163.

¹⁷⁴ ZOPPINI: *Le Fondazioni. Dalla Tipicità alle Tipologie*, p. 252.

¹⁷⁵ ZOPPINI: *Op. cit.*, p. 259. Lo sigue IORIO: *Le Persone. Volume II – Persone giuridiche*, pp. 163 y ss., que ya había manifestado su postura crítica respecto de la doctrina y jurisprudencia tradicionales en *Le fondazioni*, p. 125 y ss.

esta posición, se aplicaría a la fundación no reconocida el régimen legal de las asociaciones no reconocidas.

Ahora bien, cualquiera sea la tesis que se admita respecto de la naturaleza de la fundación no reconocida, lo cierto es que el negocio jurídico fundacional nunca queda desprovisto de efectos. “El acto de fundación produce efectos por el sólo hecho de realizarse. Produce, en primer lugar, *efectos frente al fundador*. El acto de disposición patrimonial contenido en el negocio fundacional despoja al fundador de la disponibilidad de los bienes destinados al fin, de modo definitivo e irreversible, salva la revocación permitida por el art. 15 del Código Civil, y con los límites previstos. (...) El acto de fundación produce además otro orden de efectos en relación al patrimonio. El acto de disposición patrimonial contenido en el negocio de fundación, en cuanto dirigido a la atribución del patrimonio al ente, imprime directamente al patrimonio *el vínculo de destinación* de los bienes al fin, independientemente de la posterior decisión de reconocimiento de la personalidad jurídica. El vínculo de destinación así instituido es inmediatamente válido y operante, tanto así que el poder de disposición de los bienes no compete más que a la fundación (...). A menos que el fundador prescriba expresamente que la fundación no podrá operar sin antes haber obtenido la personalidad jurídica: pero en tal caso es la expresa voluntad del propio fundador la que atribuye al reconocimiento la función de condición de eficacia del negocio de fundación.”¹⁷⁶

En cambio, en el Derecho germano la duda no llega a plantearse, a causa de la naturaleza claramente obligacional del negocio de fundación, determinada por el párrafo 82 del BGB,¹⁷⁷ que establece que si la fundación es aprobada, el fundador queda obligado a transferirle el patrimonio asegurado en el negocio fundacional. Además, en ese momento pasan automáticamente a la fundación –salvo voluntad contraria expresa del fundador– los derechos para cuya transmisión baste el contrato de cesión. Por tanto, no puede haber desplazamiento patrimonial de ninguna clase antes de la concesión de la personalidad jurídica. La doctrina es categórica en este sentido. “La fundación nace en el momento de la aprobación. En este momento adquiere el patrimonio que el fundador le destinó, sin que sea necesaria una aceptación de su

¹⁷⁶ DE MARTINI: *Le associazioni e le fondazioni*, p. 207. Las cursivas son del autor.

¹⁷⁷ Alemania. BGB. § 82 “Übertragung des Vermögens nach Genehmigung. *Wird die Stiftung genehmigt, so ist der Stifter verpflichtet, das in dem Stiftungsgeschäfte zugesicherte Vermögen auf die Stiftung zu übertragen. Rechte, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, gehen mit der Genehmigung auf die Stiftung über, sofern nicht aus dem Stiftungsgeschäfte sich ein anderer Wille des Stifters ergibt.*”

pertinente declaración, ni posible una revocación. La fundación es un negocio jurídico unilateral cuyos dos efectos –creación de la persona jurídica y dotación de la misma– no deben separarse. De la promesa del fundador que el negocio constitutivo implica, nace un crédito de la fundación contra él para la transferencia del patrimonio que le prometió; en ejecución de ella, deben transferirse los muebles, procederse a la investidura e inscripción de los inmuebles. Únicamente para los derechos cuya transferencia se realiza por contrato, el traspaso se opera por ley, a menos que el fundador dispusiere en forma distinta.”¹⁷⁸

En el ordenamiento fundacional francés, la dotación se articula jurídicamente como una liberalidad sujeta a las normas comunes, sea en el caso de constitución de la fundación por acto entre vivos, sea por testamento. En el caso de la creación *inter vivos* (procedimiento que la doctrina recomienda como cómodo y mejor visto por la autoridad pública¹⁷⁹), la dotación se articula como una donación, lo que importa su sujeción al derecho común, entre otros extremos, en cuanto a su formalidad (acto notarial, salvo para bienes susceptibles de tradición manual. Dicha donación, en los términos del artículo 910 del *Code*¹⁸⁰, queda sujeta, en cuanto a su eficacia, al reconocimiento, por decreto, de la utilidad pública de la fundación. La creación de una fundación *mortis causa*, en cambio, se enfrentaba, hasta 1990, con la incertidumbre provocada por las encontradas líneas teóricas que habían guiado las decisiones de la Corte de Casación y del Consejo de Estado. En efecto, mientras la instancia jurisdiccional sostuvo permanentemente la nulidad del legado efectuado a una fundación no existente, interpretando *a contrario sensu* el apartado segundo del artículo 906 del *Code*, y negándose a asimilar a la fundación por crearse con el concebido,¹⁸¹ el Consejo estimaba que la declaración de utilidad pública confería retroactivamente la personalidad moral a la fundación, desde la fecha de la muerte del fundador, con lo que quedaba salvado el respeto a la norma civil, y la fundación no quedaba expuesta al acuerdo de los herederos del fundador.¹⁸² La situación varió

¹⁷⁸ VON TUHR, *Derecho Civil, I,2, Las personas*, p. 611. Con detalle sobre la forma de realizar la transferencia en los distintos casos, *vid.* SEIFART/VON CAMPENHAUSEN: *Stiftungsrecht*, p. 237.

¹⁷⁹ BARON y DELSOL: *Les fondations*, p. 25.

¹⁸⁰ Francia. Code Civil. Article 910. “*Les dispositions entre vifs ou par testament, au profit des hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique, n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par une ordonnance royale (un décret).*”

¹⁸¹ Francia. Code Civil. Article 906 alinéa 2. “*Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur.*”

¹⁸² Esta es la razón por la cual se creó en el vecino país el mecanismo de la creación o afectación indirecta, mediante el cual el “fundador” asignaba testamentariamente los bienes a un legatario o a una persona moral preexistente, con el encargo de crear la nueva fundación, transfiriéndole una vez reconocida, los bienes objeto del legado. Aunque mucho menos frecuentemente, el

sustancialmente en 1990, cuando la modificación del artículo 18-2 de la Ley de Fundaciones acogió legislativamente la tesis del *Conseil*.¹⁸³ En consecuencia, si la fundación no es reconocida, el legado será nulo, y los bienes y derechos no saldrán de manos de los herederos. Si se reconoce a la fundación, el reconocimiento opera como una condición suspensiva, y retrotrae la personalidad moral, y la adquisición de los bienes, a la fecha del deceso del fundador.¹⁸⁴

Así pues, parece que, dados los términos legislativos en que se plantea la cuestión del desplazamiento patrimonial en los sistemas revisados, exclusivamente el caso italiano puede servir de ilustración al enfrentar el problema en la disciplina nacional sobre fundaciones.

1.3.2. La discusión doctrinal

Entre los autores que han abordado el tema, dos tesis, cada una con matices, se contraponen de modo aparentemente radical. En primer término, algunos entienden que, perfecto el negocio fundacional, la dotación inicial continúa perteneciendo al fundador, como patrimonio separado, con un régimen especial de administración y responsabilidad.

procedimiento se utiliza aún hoy (MACQUERON *et al.*: *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Associations et Fondations, 1999-2000*, pp. 1005 y 1006; BARON y DELSOL: *Les fondations*, p. 27; LARROUMET: *Droit Civil, I*, p. 250)

¹⁸³ Francia. Loi 87-571 du 23 juillet 1987. Article 18-2 (inséré par Loi n° 90-559) “*Un legs peut être fait au profit d'une fondation qui n'existe pas au jour de l'ouverture de la succession sous la condition qu'elle obtienne, après les formalités de constitution, la reconnaissance d'utilité publique.*”

La demande de reconnaissance d'utilité publique doit, à peine de nullité du legs, être déposée auprès de l'autorité administrative compétente dans l'année suivant l'ouverture de la succession.

Par dérogation aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 18, la personnalité morale de la fondation reconnue d'utilité publique rétroagit au jour de l'ouverture de la succession.

A défaut de désignation par le testateur des personnes chargées de constituer la fondation et d'en demander la reconnaissance d'utilité publique, il est procédé à ces formalités par une fondation reconnue d'utilité publique désignée par le représentant de l'Etat dans la région du lieu d'ouverture de la succession.

Pour l'accomplissement de ces formalités, les personnes mentionnées à l'alinéa précédent ont la saisine sur les meubles et immeubles légués. Elles disposent à leur égard d'un pouvoir d'administration à moins que le testateur ne leur ait conféré des pouvoirs plus étendus.”

¹⁸⁴ BARON y DELSOL: *Op. cit.*, pp. 25 a 27; MACQUERON *et al.*: *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Associations et Fondations, 1999-2000*, p. 1005; DEBBASCH y LANGERON: *Les Fondations*, p. 40.

CAFFARENA LAPORTA, comentando el artículo 11 de la ley¹⁸⁵, y en particular, el régimen de responsabilidad que consagra, sostuvo que “se produce, por tanto, con el otorgamiento de la escritura fundacional una separación del conjunto de bienes que constituyen la dotación del patrimonio del fundador, ya que aquellos quedan afectados al cumplimiento de las obligaciones surgidas de los actos a los que se refiere el artículo. Dicha afección supone el reconocimiento de la existencia de un ente, ya que el llamado por el artículo patrimonio fundacional se encuentra separado tanto del patrimonio del fundador como del patrimonio de los patronos, y el conjunto de bienes que lo integran se encuentra unido por su vinculación a la realización de un fin. Ahora bien, la separación de patrimonios que se origina en la situación examinada no es la misma que la que se produce con la obtención de la personalidad jurídica. Por una parte, porque los patronos, aunque subsidiariamente, responden también con sus propios bienes de su gestión al frente de la “fundación”. Por otra parte, porque mientras la inscripción no se produzca la separación del patrimonio fundacional respecto del patrimonio del fundador no es absoluta no tiene carácter definitivo.”¹⁸⁶

En esta postura se encuentra también, por ejemplo, VATTIER FUENZALIDA. Sostiene el autor que el negocio jurídico fundacional “es un acto de atribución de los bienes que integran la dotación, aunque la efectiva transmisión de los mismos quede diferida al momento de la inscripción en el Registro (...)”¹⁸⁷ El negocio fundacional, no deja de tener, sin embargo –para el autor– un efecto real inmediato (efecto en el que funda luego la irrevocabilidad del negocio): “Aunque la adquisición de la misma (la dotación inicial) esté postergada hasta el momento de la inscripción, la dotación produce la consecuencia inmediata de separar los bienes y derechos que la componen respecto de los demás bienes del fundador o, en su caso, de la herencia; aun antes de estar inscrita la fundación, se produce así una tajante separación de la respectiva responsabilidad patrimonial que afecta a la dotación y a los demás bienes del fundador. Sólo así se explica que, conforme al citado art. 11 de la Ley de Fundaciones, sea el patrimonio de la futura fundación, que todavía no existe, el responsable ante los

¹⁸⁵ España: Ley de Fundaciones. Artículo 11. Fundación en proceso de formación. “Otorgada la escritura fundacional y en tanto se procede a la inscripción en el Registro de Fundaciones, el órgano de gobierno de la Fundación realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquéllos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la Fundación, los cuales se entenderán automáticamente asumidos por ésta cuando obtenga personalidad jurídica. En el supuesto de no inscripción, la responsabilidad se hará efectiva sobre el patrimonio fundacional, y, no alcanzando éste, responderán solidariamente los patronos.”

¹⁸⁶ CAFFARENA LAPORTA: “Comentario al art. 11”, p. 101.

¹⁸⁷ VATTIER FUENZALIDA: “Observaciones sobre la constitución, la modificación y la extinción de las fundaciones”, p. 1455.

terceros en primer lugar y que respondan sólo con un carácter subsidiario, aunque solidario, los futuros patronos. Es por esta eficacia real inmediata de la dotación que nunca responde el fundador, ni tampoco sus herederos, incluso en esta fase transitoria anterior a la inscripción.”¹⁸⁸ Aún cuando no resulta demasiado explícito, puede considerarse la posición de DURÁN RIVACOBA como una variación sobre el tema. En efecto, el citado autor alude a la posibilidad de que –antes de constituirse la fundación– se entreguen los bienes a las personas precisamente encargadas de llevar a cabo esa constitución. En tal caso, los detentan en calidad de depositarios, mientras no se produzca la inscripción que da origen al verdadero beneficiario, por lo que “podría también hablarse, no de propia dotación, sino de una especie de predotación (...).”¹⁸⁹

En resumen, pues, esta tesis apunta que el desplazamiento patrimonial se produce con la inscripción, pero que los bienes asignados a la futura fundación quedan separados del resto del patrimonio del fundador, sujetos a un régimen especial de administración y responsabilidad.

Una segunda tesis mantiene, por el contrario, que la dotación deja de pertenecer al fundador desde la perfección del negocio jurídico fundacional.

En esta segunda posición se encuentra, por ejemplo, la profesora ALICIA REAL PÉREZ. La autora ha sostenido que, una vez perfecto el negocio jurídico fundacional, se independiza “en ese momento la dotación del patrimonio del fundador (...) constituyendo un patrimonio de destino en relación con el cual queda legitimado para actuar el órgano de gobierno de la fundación, y no el fundador o sus herederos. Ello implica, por un lado, que el fundador no puede recuperar la dotación entregada; y por otro, que puede ser compelido por el patronato –o, en caso de inactividad de éste, por el Protectorado– a entregar la dotación que prometió.”¹⁹⁰ Estas afirmaciones resultan

¹⁸⁸ VATTIER FUENZALIDA: *Op. ult. cit.*, p. 1456. El paréntesis aclaratorio es mío.

¹⁸⁹ DURÁN RIVACOBA: *El negocio jurídico fundacional*, p. 100.

¹⁹⁰ REAL PÉREZ: “Las fundaciones en proceso de formación”, p. 178. Las mismas ideas, en p. 181. Hay que hacer notar que, respecto del extremo referido a la posibilidad de recuperación de los bienes por el fundador o sus herederos para el caso de no constitución, la autora aclara en nota al pie (Nota núm. 59) que ello ocurre sólo cuando el negocio es perfectamente válido y eficaz. Sin embargo, al finalizar el mismo texto (p. 260), la autora indica la dotación constituye “un patrimonio de destino que será el de la fundación cuando obtenga personalidad, o volverá a sus titulares iniciales en caso contrario, después de satisfechas las obligaciones contraídas.” (Las cursivas son mías). Creo que la forma de entender esta aparente contradicción es ésta: En caso de negocio fundacional válido, el fundador no puede recuperar la dotación si la fundación obtiene personalidad jurídica, pero puede hacerlo si ello no ocurre. Me referiré *in extenso* a este asunto a propósito de la regulación de las

fundadas, en la tesis de la autora, en la constatación normativa de que “aunque la fundación todavía no sea reconocida como persona jurídica, el patrimonio que constituirá el sustento esencial de la misma tiene una autonomía indudable desde el momento en que el negocio constitutivo se perfecciona.”¹⁹¹ Dicha autonomía, para la autora, no puede explicarse como un caso de patrimonio separado, porque el concepto de tal patrimonio que maneja la doctrina española no comulga con la realidad del patrimonio asignado para la constitución de una fundación, sino, mucho mejor, con la idea de patrimonio con titular interino o patrimonio de destino. En efecto, expresa – citando al profesor DE CASTRO Y BRAVO a título ejemplar de una doctrina unánime – que el patrimonio separado se concibe como una masa patrimonial que pertenece a un patrimonio personal, pero que se entiende independizado de éste, por estar destinada a un fin específico y determinado, de modo temporal, y con vocación de reunión. En cambio, expresa que existen también masas de bienes, con deudas y obligaciones, que subsisten unidas, mientras que no ocurre el evento que decide quien será el titular definitivo. El ordenamiento mantiene en suspenso la situación del patrimonio, confiándolo a un titular interino, para proteger su contenido patrimonial, compaginando los intereses del futuro titular definitivo y de los acreedores del patrimonio. Ejemplos de situaciones de esta índole son el patrimonio asignado al concebido y no nacido, y el de la sociedad anónima antes de constituirse respecto del capital suscrito y desembolsado. Esta idea calza mucho mejor, según REAL PÉREZ, con la situación del patrimonio fundacional antes de la adquisición de personalidad jurídica.¹⁹²

También la profesora CARRANCHO HERRERO se ubica en la misma trinchera argumental. En efecto, se pregunta si el negocio fundacional tiene carácter dispositivo o meramente obligacional, esto es si es un modo de adquirir la propiedad, o requiere una tradición adicional. La autora se apoya en el artículo 609 del Código Civil para argumentar, analógicamente, que dada la naturaleza eminentemente gratuita del negocio fundacional, hay que considerarlo, junto con la donación, como un modo de adquirir el dominio.¹⁹³

consecuencias de la falta de adecuación o suficiencia de la dotación, en el apartado 2.4.1.3. Insuficiencia e inadecuación: Consecuencias jurídicas, en la página 150.

¹⁹¹ REAL PÉREZ: “Las fundaciones en proceso de formación”, p. 202.

¹⁹² REAL PÉREZ: *Op. cit.*, p. 203.

¹⁹³ CARRANCHO HERRERO: *La constitución de fundaciones*, p. 144. La autora reconoce, sin embargo, la profunda discrepancia doctrinal acerca de la naturaleza de la donación (citando la principal doctrina), polémica que pasa sobre el mero texto del artículo 609 del Código Civil, y que evidentemente resta vigor al argumento que se sustenta sobre una de las posiciones en pugna.

MORILLO GONZÁLEZ también ha argumentado recientemente la idea de la inmediata desvinculación patrimonial de la dotación respecto del patrimonio del fundador. “(El negocio fundacional) tiene por sí mismo efectos traslativos, o lo que es igual, se trata de un negocio que origina la inmediata transmisión de los bienes y derechos que integran su dotación. Del negocio de fundación no surge una obligación de transmitir, sino que éste ocasiona directamente un desplazamiento patrimonial.”¹⁹⁴ Y añade luego que “por lo que a mí respecta, partiendo de la base de que el negocio fundacional es un negocio unitario (en el cual el patrimonio es un elemento esencial) y la fundación se constituye mediante el otorgamiento de la escritura fundacional (resultando desde ese mismo instante un negocio irrevocable), no queda otra opción que entender que la dotación fundacional deja de pertenecer al fundador en este mismo momento.”¹⁹⁵ Agrega el autor que esa conclusión es avalada por el artículo 11, porque carece de sentido que, si los bienes continúan perteneciendo al fundador, se atribuyan competencias sobre ellos al Patronato, y que sea el patrimonio fundacional el que responda de los actos de éste. Respecto del mecanismo técnico que opera la transmisión, el mismo autor ha expresado recientemente que “aunque dé lugar a controversia la necesidad o no de tradición para la transmisión de la propiedad, lo que no parece que admita lugar a duda es que el otorgamiento en escritura pública equivale a la misma. Pues bien, en la medida en que el negocio fundacional debe constar en escritura pública, y en ésta han de incluirse los bienes y derechos que se aportan a la fundación, aunque se entienda que para que se produzca la transmisión de la propiedad es necesario título y modo, el negocio fundacional tendrá en todo caso efectos traslativos del dominio.”¹⁹⁶

1.3.3. La relevancia práctica de la disputa

CAFFARENA LAPORTA, en nota a pie, indica que si bien resulta claro que la separación de la dotación respecto del patrimonio del fundador supone que la responsabilidad del artículo 11 no alcanza a éste, es dudoso que la responsabilidad por las deudas personales del fundador no pueda alcanzar a la dotación. Puntualiza, sin embargo, que la importancia de este extremo se relativiza en la práctica, por ser la dotación un acto gratuito al que se le aplican las normas generales que respecto de actos de esa naturaleza protegen a los acreedores.¹⁹⁷ Esta apreciación, que reputa equivalentes las posibilidades que la cuestión en disputa abre frente a los acreedores,

¹⁹⁴ MORILLO GONZÁLEZ: *El proceso de creación de una fundación*, p. 166.

¹⁹⁵ MORILLO GONZÁLEZ: *Op. cit.*, p. 169.

¹⁹⁶ MORILLO GONZÁLEZ: *La fundación: Concepto y elementos esenciales*, p. 142.

¹⁹⁷ CAFFARENA LAPORTA: “Comentario al art. 11”, p. 101, Nota núm. 17.

tienen el mérito de dejar planteada una cuestión trascendente, poniendo de manifiesto el alcance del problema.

Sin embargo, la realidad, si nos situamos en la óptica del *creditor*, es muy diferente. En el caso de que se entienda que los bienes que forman la futura dotación fundacional permanecen en el seno del patrimonio del fundador, el acreedor no tiene más que dirigirse en su contra, como lo haría normalmente, sin considerar la existencia del negocio jurídico fundacional (salvo en cuanto concurrirá con los acreedores que hayan contratado con la futura fundación, *ex* artículo 11), al menos hasta tanto no se haya producido la preceptiva inscripción. En el segundo caso, esto es, en el evento de que se entienda que los bienes dejan de encontrarse en la esfera dominical del fundador desde el momento mismo de la escritura fundacional, entran en juego los mecanismos de protección de acreedores frente a los actos gratuitos de su deudor. Es cierto que esas normas (Artículos 643, 1111, 1291 núm. 3 y 1297 del Código Civil) le son más leves que si se tratase de un acto oneroso (fundamentalmente rebajando los requisitos probatorios de la acción, mediante la presunción de *fraus creditorum* en los actos gratuitos sin reserva de bienes suficientes para el pago de los acreedores), pero no es menos cierto que implican, de todos modos, un coste financiero, administrativo y de tiempo que puede llegar a ser muy considerable, como ocurre con cualquiera acción jurisdiccional. En términos financieros, el costo oportunidad es muy diverso en un caso que en otro.

En esta fundamental diferencia radica la máxima importancia práctica de la cuestión teórica que estamos analizando. En efecto, el tema de la administración de los bienes y derechos de la proyectada fundación, así como la responsabilidad por los actos del tiempo intermedio están legalmente regulados de modo imperativo por el artículo 11, sea cual sea la opción que respecto de la propiedad de los bienes se acoja. Por otra parte, el retorno de los bienes al patrimonio del fundador en caso de imposibilidad de inscripción –no regulado legalmente– es posible en ambos casos (aunque por medios técnicos diversos).

1.3.4. Examen del debate

Realizada la constatación, en los términos antes indicados, que la cuestión de la propiedad de los bienes sí resulta relevante en la práctica, esencialmente para los intereses de los acreedores del fundador en el tiempo intermedio entre la perfección del negocio jurídico fundacional y la inscripción de la fundación, cabe ahora examinar y valorar los argumentos de las dos teorías que se contraponen. Destinaré sucesivos

epígrafes a tratar la cuestión de la “naturaleza jurídica” del patrimonio afectado en el tiempo intermedio; a abordar la protección del interés de los acreedores del fundador en las diversas alternativas teóricas; a descartar la vinculación del desplazamiento patrimonial con extremos con los que se lo ha querido relacionar, pero con los que no guarda una conexión verdadera; y finalmente a esbozar una conclusión respecto de esta compleja materia.

1.3.4.1. La cuestión sobre la naturaleza del patrimonio pre fundacional

Dos cosas parecen claras al respecto. La primera, es que la figura del patrimonio separado, por las razones que ha esgrimido REAL PÉREZ,¹⁹⁸ efectivamente no parece encajar demasiado bien con la figura que comentamos. Es verdad, y en ello hay que coincidir con la autora, que técnicamente la figura que calza de manera menos forzada con la situación del patrimonio asignado a una fundación que aún no obtiene personalidad jurídica no es la de patrimonio separado, sino la del patrimonio de destino. La segunda conclusión preliminar es que entender que el negocio jurídico fundacional tiene un efecto transmisivo inmediato y por tanto considerar la dotación como un patrimonio de destino, ya fuera de los márgenes patrimoniales del fundador, produce al menos dos efectos secundarios indeseados. Primero: Sin un texto legal expreso que diga otra cosa, deja esos bienes y derechos totalmente fuera del alcance de los acreedores de éste. Segunda: Al considerar a la fundación aún por reconocer, y no inscrita como un –parafraseando a los italianos– “centro autónomo de imputación”, abre la cuestión de las fundaciones irregulares en el Derecho nacional, posibilidad que creo debe evitarse en tanto sea posible. Por tanto, creo que pese a que esta pueda ser – como ya se ha adelantado– la opción técnica menos incómoda, hay que descartarla igualmente.

Ahora bien, con la cuestión acerca de la naturaleza jurídica del patrimonio asignado para la constitución de una fundación situada en un aparente callejón sin salida, surge, de modo natural, una pregunta obligada: ¿Es necesario asignar a ese patrimonio una cierta “naturaleza jurídica”? Quiero, en estas líneas, sostener que no. La asignación, por parte de la doctrina, de una determinada “naturaleza jurídica” a una institución cuyos perfiles dogmáticos le resultan desconcertantes, responde a la necesidad de encontrar un mecanismo argumentativo que permita aplicarle una serie de normas que, diseñadas legislativamente para otras figuras, comparten sin embargo una misma “naturaleza jurídica”. Tal ejercicio cobra sentido pleno cuando por su

¹⁹⁸ REAL PÉREZ: “Las fundaciones en proceso de formación”, p. 202.

intermedio puede adscribirse un fenómeno jurídico de contornos difusos a una figura con una regulación clara y distintamente aplicable.¹⁹⁹ En el caso al que se destinan estos comentarios, es imposible que ocurra una tal cosa, puesto que ni los patrimonios separados ni los patrimonios de destino poseen un bagaje dogmático nítidamente aplicable. Esto significa que aunque, más o menos arbitrariamente, se decida por una u otra opción, esa decisión es relativamente inconducente por la falta de un entorno normativo claramente aplicable.

1.3.4.2. La protección del interés de los acreedores del fundador

REAL PÉREZ ha afirmado, correctamente, que la idea del patrimonio de destino compagina los intereses del futuro titular definitivo y de los acreedores del patrimonio.²⁰⁰ La afirmación de la autora, con todo y ser técnicamente acertada, pudiera inducir a alguna confusión, y por ello es menester aclarar que cuando se habla de “acreedores del patrimonio”, debe entenderse exclusivamente a quienes contraten, durante el tiempo intermedio, con los gestores de la futura fundación. Los acreedores del fundador (o, para emplear una expresión equivalente, los acreedores del patrimonio personal de fundador) quedan completamente desprotegidos, tanto en la regulación legal del artículo 11, como en la construcción doctrinal relativa a los patrimonios de destino. MORILLO GONZÁLEZ lo reconoce derechamente: “Los acreedores del fundador no podrán satisfacer sus créditos con cargo a este patrimonio. Como máximo, podrán ejercitar las acciones tendentes a invalidar dicha transmisión por fraude a los acreedores, que tiene como efecto restituir estos bienes a la situación anterior a la atribución patrimonial.”²⁰¹

Esto resulta grave, porque es claro que el interés de los acreedores debe recibir una consideración especial. Como revisaré posteriormente, la absoluta unanimidad de la doctrina entiende que el patrimonio fundacional puede resultar mermado –ya constituida legalmente la fundación– por la acción de los acreedores insatisfechos (defraudados, en verdad) del fundador.²⁰² Ello es así porque, pese al silencio legislativo, se comprende con nitidez que debe producirse primero la satisfacción cabal del deber privado antes de realizar un acto de “caridad pública”. Véase la rigurosa

¹⁹⁹ *Vid.* GALGANO: “Delle persone giuridiche”, p. 166, a propósito del ejercicio doctrinal de “economía intelectual” de separar el negocio fundacional en dos diversos, con el propósito de reconducir una figura que resulta extraña a tipos negociales más familiares, y aplicarles por separado las normas. El mismo GALGANO apunta que el ejercicio únicamente tiene sentido cuando efectivamente es posible realizar esa aplicación analógica con mediana integridad.

²⁰⁰ REAL PÉREZ: “Las fundaciones en proceso de formación”, p. 203.

²⁰¹ MORILLO GONZÁLEZ: *El proceso de creación de una fundación*, p. 171.

afirmación de PAU PEDRÓN, a propósito de la responsabilidad del patrimonio fundacional: “(...) antes que la generosidad está la justicia: primero hay que pagar a los acreedores y después ser altruista.”²⁰³ Esta argumentación es perfectamente trasladable, con mayor vigor (esto es, mediante un razonamiento *a fortiori*) a la situación del patrimonio dotacional en el tiempo medio entre el negocio fundacional y la inscripción registral. Y desde luego, ni siquiera es lícito argumentar que exista, antes de la inscripción, una contraposición entre interés privado e interés general, porque este último sólo adquiere relevancia jurídica desde que la Administración valora el interés comprometido y autoriza la personalidad jurídica de la fundación (artículo 36.2 Ley de Fundaciones²⁰⁴ y 22.3 d) del Reglamento²⁰⁵). Ahora bien, si esto es así, resulta difícil sostener que, antes de constituirse la fundación, su patrimonio futuro sea intocable para los acreedores del fundador, más aún considerando que, desde el punto de vista de la economía procesal, carece de sentido postergar la satisfacción de intereses legítimos actualmente exigibles, y sujetarlos a la eventualidad, costes y tardanza de una acción judicial.

Por otra parte, dejar fuera del alcance de los acreedores del deudor —a falta de otros bienes con los que hacerse pago— a los bienes con los que ha dotado a una futura fundación supone abrir una puerta verdaderamente muy ancha para el fraude de los acreedores. El deudor insolvente que desee incordiar a sus acreedores no tiene más que destinar sus bienes a la constitución de una fundación. Con ello, recibirá el aplauso social, e impedirá que sus deudas sean satisfechas, por lo menos hasta que los acreedores ejerzan victoriosamente unas eventuales acciones rescisorias. Esta es precisamente la razón por la cual algunas legislaciones permiten a los acreedores del fundador no sólo rescindir una dotación ya efectuada, sino también atajar el proceso de

²⁰² Véase el apartado sobre la protección de los acreedores, en la página 169.

²⁰³ PAU PEDRÓN: “El Registro de Fundaciones”, p. 34.

²⁰⁴ Ley de Fundaciones. Artículo 36. “Registro de Fundaciones. (...) 2. Las inscripciones a que se refiere el apartado anterior deberán efectuarse en el plazo que reglamentariamente se determine, y requerirán, por lo que se refiere a la inscripción de fundaciones, el informe favorable, en cuanto a la persecución de fines de interés general y a la determinación de la suficiencia de la dotación a que se refiere el artículo 10.1 de esta Ley, del órgano al que corresponda el ejercicio del Protectorado. (...)”

²⁰⁵ Reglamento de Fundaciones de competencia estatal. Artículo 22. “Atribuciones del Protectorado. (...) 3. Son funciones en relación con la constitución de la fundación: (...) d) Elaborar el informe previo a la inscripción de la fundación en el Registro en relación a los fines y suficiencia de la dotación conforme a lo previsto en el artículo 36.2 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General. (...)”

constitución de una fundación que se pretende establecer en manifiesto perjuicio de sus intereses.²⁰⁶

1.3.4.3. Traslación patrimonial y otros extremos inconexos

Por otra parte, no me parece a mí irrefutable la idea de MORILLO GONZÁLEZ²⁰⁷ en el sentido que la unicidad e irrevocabilidad del negocio fundacional, así como su carácter no recepticio, conduzcan de manera lógica (“no queda otra opción”, dice el autor) a considerar inmediatamente transmisivo al referido negocio. En efecto, su unicidad dice relación exclusivamente con la idea de que el negocio fundacional contiene, de modo inescindible, una parte propiamente fundacional (de creación del ente) y otra dotacional (de afectación patrimonial), pero eso no necesariamente lleva a la conclusión de que el efecto real del negocio suponga la traslación dominical. De hecho, en un ordenamiento jurídico que siguiera, sin los titubeos del español (véase el art. 609 del Código Civil, respecto de la donación), un sistema de adquisición del dominio basado en la presencia copulativa y sucesiva de un título translaticio y de un modo de adquirir, el negocio fundacional podría seguir considerándose unitario, y no habría duda ninguna en el sentido que éste constituiría un mero título, de naturaleza obligacional, y que no podría operar por sí solo una transmisión de propiedad.²⁰⁸ De otro lado, el carácter no recepticio supone únicamente que no se requiere de la aceptación de otra parte para que el acto surta efectos, pero esta afirmación no dice nada acerca de cuáles sean esos efectos, y por tanto, no puede implicar que uno determinado –la traslación dominical– se produzca o no. Finalmente, la irrevocabilidad del negocio jurídico de fundación supone, exclusivamente, la imposibilidad legal de desdecirse del mismo, una vez perfeccionado, pero no implica –y desde luego, no de manera “lógica”– que se opere una transmisión del dominio. En síntesis, defender la unicidad e irrevocabilidad del negocio fundacional, así como constatar su carácter no recepticio, no obliga en absoluto a mantener también que uno de sus efectos sea operar de modo inmediato y automático la transmisión del dominio.

²⁰⁶ Ver, por ejemplo, el caso griego y el alemán, en el apartado destinado al análisis de la posibilidad de revocar la dotación hecha en fraude a los acreedores (2.4.2.2. Derecho comparado, en la p. 164).

²⁰⁷ MORILLO GONZÁLEZ: *El proceso de creación de una fundación*, p. 169.

²⁰⁸ Así ocurre, por ejemplo, en el caso griego, en el que el negocio fundacional, acto único, constituye un título de naturaleza obligacional, y por tanto no entraña automáticamente la adquisición, por parte de la fundación, del patrimonio afectado, requiriéndose, adicionalmente, el modo de adquirir que corresponda según la clase de bienes de que se trate (ALFANDARI: *Associations et fondations en Europe*, p. 239). El artículo 113.1 del Código Civil helénico establece que con la constitución de la fundación, el fundador queda obligado a transferirle el patrimonio afectado (“Υποχρεώσεις του ιδρυτή. Από τη σύσταση του ιδρύματος ο ιδρυτής έχει την υποχρέωση να μεταβιβάσει σ’ αυτό την περιουσία που έταξε. (...)”)

1.3.4.4. A modo de conclusión

Por todo lo anterior, me parece preferible pensar que el patrimonio asignado a un fundación que aún no se ha inscrito es un *tertium genus*, que comparte caracteres de los patrimonios separados (es una masa patrimonial que pertenece a un patrimonio personal, pero que se entiende independizado de éste, de modo temporal, por estar destinada a un fin específico y determinado) y de los patrimonios de destino (el Derecho mantiene en suspenso la situación del patrimonio, confiándolo a un titular interino, para proteger su contenido patrimonial, compaginando los intereses del futuro titular definitivo y de los acreedores del patrimonio), y que puede tranquilamente definirse como una masa de bienes y derechos que, permaneciendo hasta la obtención de personalidad jurídica por parte de la fundación en el patrimonio del fundador, quedan dotados por la ley de un régimen de administración y responsabilidad especial. Este régimen especial consiste –*ex* artículo 11– en que la administración de los bienes es detentada durante un período determinado de tiempo (“otorgada la escritura fundacional y en tanto se procede a la inscripción en el Registro de Fundaciones”) por un ente colectivo diverso del fundador (“el órgano de gobierno de la Fundación”), con unas facultades muy limitadas (“realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquéllos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la Fundación”), y con un sistema de responsabilidad tal que la futura fundación asume *ope legis* esos actos como propios (“los cuales se entenderán automáticamente asumidos por ésta cuando obtenga personalidad jurídica”), y que, en caso de no llegar a existir la fundación, supone la responsabilidad principal del mismo patrimonio y subsidiaria de sus gestores (“En el supuesto de no inscripción, la responsabilidad se hará efectiva sobre el patrimonio fundacional, y, no alcanzando éste, responderán solidariamente los patronos.”) En ese tiempo intermedio, y tanto si la fundación llega a inscribirse como si no, y puesto que los bienes continúan perteneciendo al fundador, los acreedores de éste pueden –a falta de otros bienes en los que hacerse pago– concurrir sobre ellos. Este régimen hace compatibles perfectamente los intereses concurrentes del fundador, del previsible interés general, de los acreedores personales preexistentes del fundador, y de los que contratan con la fundación aún por constituir. Al mismo tiempo, esta solución evita, o al menos, hace menos plausible, el surgimiento en nuestro país de la compleja cuestión de las fundaciones irregulares o no reconocidas.²⁰⁹

²⁰⁹ Aunque reconozco por adelantado que esa solución supone adoptar una visión algo rígida, y probablemente demasiado dogmática, acerca del concepto de personalidad jurídica; pero creo que,

¿Cómo puede fundarse técnicamente esta solución? Creo que VATTIER FUENZALIDA apunta, aunque someramente, la solución acertada. Según transcribí unas páginas atrás, el autor concibe el negocio jurídico fundacional como “(...) un acto de atribución de los bienes que integran la dotación, aunque la efectiva transmisión de los mismos quede diferida al momento de la inscripción en el Registro (...)”²¹⁰ Es decir, el negocio fundacional puede considerarse transmisivo o dispositivo, pero con la eficacia de la disposición patrimonial condicionada a la inscripción de la fundación. En otras palabras, el acto que causa el desplazamiento patrimonial es el negocio fundacional, pero el hecho que la opera efectivamente es el cumplimiento de la condición a la que – por disposición legal – queda supeditada la eficacia del mismo negocio.²¹¹ En el ínterin, el patrimonio queda sujeto al régimen especial de administración y responsabilidad previamente descrito.

1.3.5. El problema en el derecho autonómico

El problema relativo al momento en el que se produce la salida de la dotación del ámbito patrimonial del fundador sólo ha sido abordado específicamente por una de las legislaciones autonómicas. El resto, trata el tema con una ambigüedad semejante a la de la ley estatal.

La normativa que sí se hace cargo de la cuestión es la ley catalana. En efecto, su artículo 7.1. dispone, con aparente claridad, que “la transmisión del dominio de bienes aportados a una fundación y el disfrute de privilegios y los beneficios establecidos en el apartado 3 del artículo 2 se producen en el momento de la inscripción en el Registro de Fundaciones, pero sus efectos se retrotraerán a la fecha del otorgamiento de la carta fundacional o, en su caso, al día de la defunción del fundador.” La misma norma regula, en su apartado segundo, la administración del patrimonio en el tiempo intermedio: “2. Los órganos de gobierno de una fundación no inscrita pueden, dentro de sus facultades, otorgar actos, adquirir derechos y contraer obligaciones, que consideren inaplazables, en nombre e interés de aquella en constitución, los cuales se entenderán asumidos automáticamente por la fundación

considerando que se trata de una construcción para los efectos de una decisión judicial, se trata de una distorsión relativamente perdonable.

²¹⁰ VATTIER FUENZALIDA: “Observaciones sobre la constitución, la modificación y la extinción de las fundaciones”, p. 1455.

²¹¹ Así, podría explicarse la regulación del artículo 11 de la Ley de Fundaciones como un caso particular, regulado legislativamente, de las acciones de conservación del derecho que puede ejercitar el acreedor condicional (Art. 1121 del Código Civil).

cuando se produzca la inscripción. En caso contrario, el patrimonio fundacional responderá de las obligaciones contraídas, y, en su defecto, la responsabilidad recaerá solidariamente sobre las personas que hayan contratado.”²¹²

La disposición recién transcrita, como casi todas las que emplean el “truco” de la ficción jurídica, es susceptible de leerse de dos modos radicalmente diversos. Los autores que tienden a poner el acento en el momento posterior a la inscripción, cuando ésta ya ha desplegado su ficcional eficacia retroactiva, concluyen, en ejercicio de lógica consecuencia, que el negocio jurídico fundacional tiene carácter dispositivo.²¹³ En cambio, los autores que centran la mirada en el tiempo intermedio entre el negocio y la inscripción, arriban, con la misma coherencia, a la posición contraria.²¹⁴ A mi juicio, en un caso como este, y partiendo de la base de que la ficción jurídica permite mirar el problema desde dos ángulos opuestos, la pregunta metodológica pertinente es la que inquiere, justamente, por el ángulo desde el cual la cuestión deba abordarse. Esa pregunta subyace en los desarrollos teóricos de los autores citados, pero ninguno la resuelve de modo explícito. En relación a esa pregunta, creo que tanto desde un plano teórico, como desde una perspectiva pragmática, el artículo 7.1 de la ley catalana debe mirarse desde un punto de vista situado en el tiempo medio entre el negocio fundacional y la inscripción. En efecto, el propósito de la norma es regular ese tiempo medio, como lo deja bien claro su apartado segundo. Luego, la finalidad de la ficción es evitar que, obtenida o no la personalidad jurídica de la fundación, exista un vacío dominical, de modo tal que si se inscribe, se reputa dueña desde el momento del negocio, y si no, se reputen los bienes no haber salido nunca del patrimonio del fundador, evitando así la conflictiva figura de la fundación irregular o de hecho. Desde

²¹² Cataluña. Ley 1/1982, de 3 de marzo.

²¹³ Así, PUIG FERRIOL: “El patrimonio fundacional en la Ley de Fundaciones catalanas”, p. 1650, FERRER I RIBA: “El procés constitutiu d’una fundació...”, p. 879; y siguiendo al último, MORILLO GONZÁLEZ: *El proceso de creación de una fundación*, p. 167. FERRER I RIBA llega a sostener, perpetrando una auténtica violación del texto autonómico, que hay que reinterpretar el artículo 7.1 considerando “la «transmisión» como una «modificación del régimen jurídico de actuación» de las personas que desde el momento del otorgamiento de la carta fundacional gestionan el patrimonio vinculado.” (*Op. cit.*, p. 888). El autor, en mi opinión, se aparta aquí del terreno de la hermenéutica jurídica y se asienta directamente en el campo de la ficción literaria; o mejor aún en el papel del legislador. La función creativa del Derecho que realiza la doctrina debe guardarse de traspasar la línea fronteriza que impone el respeto de las formas.

²¹⁴ Así, DEL CASTILLO: “Al hilo de una interesante sentencia en materia de fundaciones. Comentario a la STS (Sala 3ª) de 6 de junio de 1987”, p. 519; MALUQUER DE MOTES Y BERNET: *Manual de Fundacions*, p. 56 y 57 (Hay que precisar que el último autor había mantenido, antes de la Ley 30/1994, la postura contraria para el derecho estatal: “Remarcando el aspecto patrimonial del acto fundacional, pensamos que, apartir de este momento, se ha de producir el efecto jurídico de transmisión patrimonial por el cual el titular de los bienes los pierde definitivamente, para ser asumidos por la nueva entidad.” (*Derecho de la persona y negocio jurídico*, p. 170).

el punto de vista de los problemas prácticos, ya se ha dicho que el principal de ellos es el relativo a los acreedores del fundador.

Como se indicara, las demás legislaciones autonómicas, previas o posteriores a la ley estatal, tomaron el partido de ignorar el tema dominical, limitándose, en el mejor de los casos, a regular la administración y responsabilidad en el tiempo intermedio. Así lo hace la ley gallega, que dedica al tópico su artículo 9, facultando a los administradores para ejecutar actos inaplazables, que se entenderán asumidos automáticamente por la Fundación una vez inscrita. Si tal inscripción no llega a producirse, responden los bienes asignados a la futura fundación, y si fueren insuficientes, las personas que hayan contratado, de modo solidario.²¹⁵ La redacción de la norma, que utiliza expresiones como “órgano de gobierno de una fundación no inscrita” y “patrimonio fundacional”, es francamente deficiente, y contradictoria con los categóricos términos del artículo anterior, que establece que la personalidad jurídica sólo comienza con la competente inscripción.²¹⁶

La norma del País Vasco, con mejor técnica jurídica, opta por la misma solución. Evita, sin embargo, referirse a una “fundación no inscrita” y habla en cambio de “fundación en fase de inscripción”. Asimismo, razonablemente exige –para aplicar el régimen de responsabilidad– aceptación de los cargos, y no oposición al acuerdo que la genera.²¹⁷

²¹⁵ Galicia. Ley 7/1983, de 22 de junio. Artículo 9º: “El órgano de gobierno de una Fundación no inscrita puede, dentro de sus facultades, otorgar actos, adquirir derechos y contraer obligaciones, que consideren inaplazables, en nombre o interés de aquélla, los cuales se entenderán asumidos automáticamente por la Fundación cuando se produzca la inscripción. En caso contrario, el patrimonio fundacional responderá de las obligaciones contraídas, y, en su defecto, la responsabilidad recaerá solidariamente sobre las personas que hayan contratado.”

²¹⁶ Galicia. Ley 7/1983, de 22 de junio. Artículo 8º. “1. La fundación se entenderá válidamente constituida como de interés gallego desde el otorgamiento de la carta de fundación en escritura pública, siempre que, una vez reconocida por la Consellería competente, se inscriba en el Registro de fundaciones, que será único para la Comunidad Autónoma. (Núm. 1 del art. 8 modificado como aparece en el texto por Ley (Galicia) 11/1991, de 8 noviembre).

2. La personalidad jurídica de las Fundaciones de interés gallego nace desde su inscripción en tal Registro.”

²¹⁷ País Vasco. Ley 12/1994, de 17 de junio. Artículo 8. “*Facultades provisionales*. En el supuesto de una fundación en fase de inscripción, una vez otorgada la escritura fundacional, sus órganos de gobierno podrán, tras aceptar sus cargos conforme a lo previsto en el artículo 12 y dentro de sus facultades, otorgar actos, adquirir bienes o derechos y contraer obligaciones que consideren inaplazables en nombre e interés de aquélla, los cuales se entenderán asumidos automáticamente por la fundación cuando se produzca la inscripción en el Registro. En caso de no inscripción, el patrimonio fundacional responderá de las obligaciones contraídas, y, en su defecto, la responsabilidad recaerá solidariamente sobre las personas que compongan dichos órganos de gobierno y no se hayan opuesto a la asunción de las mismas.”

El panorama normativo posterior a la ley 30/1994 es variado. El caso navarro, como se sabe, resulta singular por cuanto en el sistema de la Ley 44 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra la escritura fundacional es positivamente constitutiva de la persona jurídica. Por ello, el silencio de la ley 10/1996, de 17 de julio, respecto del tema que nos ocupa resulta plenamente coherente, y es evidente que perfeccionado el negocio jurídico fundacional, éste tiene efectos inmediatamente transmisivos.

No ocurre lo mismo en el caso de Valencia. La ley valenciana (Ley 8/1998, de 9 de diciembre) curiosamente deja sin regular el punto, ni directamente, ni por remisión a la ley estatal, cosa que realiza respecto de varios otros extremos. La omisión es curiosa, porque esta norma aborda –de manera novedosa– la regulación de las que denomina “fundaciones en promoción”, figura excepcional en la que los fundadores pretenden obtener de terceros (o del público general) la dotación de la futura fundación, después de otorgada la carta fundacional. Como se comprende, la regulación incide de modo fundamental sobre la administración y responsabilidad de los gestores fundacionales en el tiempo que media entre la suscripción de la escritura y la eventual inscripción de la fundación, así como sobre las consecuencias del fracaso en el empeño fundacional.²¹⁸ Sin embargo, la situación del tiempo intermedio normal,

²¹⁸ Valencia. Ley 8/1998, de 9 de diciembre. Artículo 12. “Promoción de fundaciones.

1. Quienes pretendan promover la constitución de una fundación y recaudar su dotación mediante suscripciones, cuestaciones públicas u otros actos análogos, deberán presentar al Protectorado la escritura pública de promoción para su depósito en el Registro de Fundaciones de la Comunidad

Valenciana, con carácter previo al inicio de las actividades de recaudación. Dicho documento, que podrá redactarse en cualquiera de las dos lenguas oficiales de la Comunidad Valenciana, deberá contener los siguientes extremos:

a) Nombre, apellidos, edad y estado civil de quienes pretendan promover la fundación si son personas físicas, y la denominación o razón social si son personas jurídicas, y en ambos casos la nacionalidad y el domicilio.

b) Denominación de la fundación cuya constitución se promueve, en los términos establecidos en el artículo 10 de esta Ley, que deberá incluir las palabras «Fundación de la Comunidad Valenciana en promoción» o «Fundació de la Comunitat Valenciana en promoció».

c) Fines de interés general que perseguirá la fundación cuya constitución se promueve.

d) Proyecto de estatutos de la futura fundación.

e) Programa de actividades en orden a la consecución de aportaciones suficientes para alcanzar la dotación.

f) Indicación del plazo de duración de la promoción, que podrá ser prorrogado expresamente por una sola vez.

g) Cuentas abiertas en entidades de crédito en que se ingresarán las aportaciones.

h) Identificación de las entidades no lucrativas, públicas o privadas, que tengan afectados sus bienes a fines de interés general análogos a los de la fundación en promoción, que pudieran resultar destinatarias de los bienes y derechos obtenidos con la promoción.

esto es, aquel en que un fundador destina efectivamente bienes y derechos para la constitución de una fundación ha quedado sin regular. Aunque la ley no haga remisión alguna, no puede sino entenderse que hay que aplicar, por defecto, la Ley de Fundaciones estatal.²¹⁹ Tal aplicación queda respaldada por la norma residual del artículo 2 de la ley valenciana.²²⁰

El mismo silencio, y a la misma obligada conclusión de aplicación de la ley estatal por defecto de la autonómica, se observa en la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid.^{221/222}

Por su parte, la nueva ley de fundaciones de la Comunidad Autónoma de Canarias sigue, en general, el partido de la ley 30/94, agregando como obligación del órgano de gobierno la realización de los actos necesarios para la inscripción.²²³ Sin embargo, innova en cuanto la asunción de los actos realizados ya no resulta automáticamente de la inscripción, sino que parece requerirse una suerte de “ratificación” por parte de la fundación recién constituida (la redacción de la norma

2. En el caso de que la fundación no llegue a constituirse, se reintegrarán a los aportantes todas las contribuciones efectuadas; a no ser que éstos hubieran manifestado su voluntad expresa de que lo recaudado se destine a las entidades no lucrativas mencionadas en la letra h) del apartado anterior.

3. Quienes pretendan promover la constitución de una fundación no tendrán derecho alguno a reembolsarse de los gastos que puedan o deban atender con motivo de su actuación. Igualmente, serán responsables personal y solidariamente de la conservación e integridad de los bienes y derechos que recauden, así como de su aportación a la fundación que se constituya o, en su caso, de la devolución a los aportantes, o bien de su entrega a las entidades mencionadas en la letra h) del apartado 1 de este artículo.

4. Una vez finalizadas las actividades de la promoción o transcurrido el plazo previsto para la realización de las mismas, y, en su caso, la prórroga, se deberá otorgar la escritura de constitución de la fundación y presentarla para su inscripción en el Registro de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, o acreditarse al Protectorado el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo.”

²¹⁹ En este sentido, CUÑAT EDO y LINARES ANDRÉS: “Las fundaciones en la Comunidad Autónoma Valenciana”, p. 2951 confirman que en lo que respecta a la adquisición de personalidad jurídica, la ley valenciana se ajusta a lo dispuesto en la ley estatal.

²²⁰ Valencia. Ley 8/1998, de 9 de diciembre. Artículo 2. “*Régimen jurídico*. Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y por la presente Ley y demás normativa aplicable a las personas jurídico-privadas.”

²²¹ Madrid. Ley 1/1998, de 2 de marzo. Artículo 2. “*Normas rectoras*. Las fundaciones objeto de la presente Ley se regirán por la voluntad de su fundador, por sus estatutos y, en todo caso, al amparo de lo previsto en el artículo 149.1 de la Constitución, por los preceptos de la legislación estatal de fundaciones que sean de aplicación general así como por la presente Ley.”

²²² JIMÉNEZ MOLTÓ y HERNÁNDEZ DE TORO: “Las fundaciones en la Comunidad de Madrid”, p. 5050.

²²³ DÍAZ BRITO: “La normativa canaria sobre fundaciones”, p. 3926 a 3928, a pesar de sostener –como de costumbre en el autor, contra el sentido natural del texto legal– que la norma canaria se aleja de la estatal, en cuanto permite la libertad de forma para el negocio jurídico fundacional, no considera que el artículo 8 de la ley canaria se aleje sustancialmente de la estatal.

supone que los actos en cuestión “condicionarán su eficacia a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la fundación”). La novedad no parece muy feliz, y quizá pueda corregirse por vía interpretativa. Para los casos de no inscripción, se consagra un régimen de responsabilidad igual al estatal.²²⁴

²²⁴ Canarias. Ley 2/1998, de 6 de abril. Artículo 8. “Otorgada la escritura de constitución y en tanto se proceda a su inscripción en el Registro de Fundaciones de Canarias, su órgano de gobierno realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la fundación, los cuales condicionarán su eficacia a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la fundación. En el supuesto de no inscripción, la responsabilidad se hará efectiva sobre el patrimonio fundacional y, no alcanzando éste, responderán solidariamente los patronos.”

Capítulo 2. La regulación de la dotación patrimonial

2.1. Bienes susceptibles de integrar la dotación

2.1.1. La superación del proceso desvinculador

La vieja cuestión acerca de la posibilidad de que las fundaciones detentaran toda clase de bienes, o bien de imponerles legislativamente restricciones a esa posible titularidad, ha quedado larga y afortunadamente superada. Hoy en día, incluso en las legislaciones europeas antiguamente más reticentes a la acumulación de riqueza en “manos muertas”, se admite con amplitud que las fundaciones puedan ser titulares de toda clase de bienes, con muy escasas limitaciones.

Así, incluso en los últimos tiempos del “silencio hostil”²²⁵ de la legislación francesa hacia las fundaciones²²⁶, la doctrina y la práctica de la Administración admitían con amplitud la posibilidad de que la dotación fundacional estuviera compuesta, sin restricciones, con bienes de cualquier clase.²²⁷ Ello no ocurre de igual modo con otras personas morales, como las asociaciones, que tienen restricciones legales para recibir herencias y legados (las asociaciones sin reconocimiento de utilidad pública), así como para poseer inmuebles de renta (incluso aquéllas que lo obtienen).²²⁸ Por eso, frente a la plenitud de capacidad jurídica de las fundaciones, la doctrina sostiene –en referencia al Derecho de las asociaciones– que las fundaciones tienen una “*grande personnalité élargie*”²²⁹. Hoy, cuando el fenómeno fundacional ha obtenido consagración legislativa, y el texto legal postula con amplitud que la

²²⁵ La expresión es recogida por STRÖMHOLM, STIG: “Le Régime Juridique des Fondations en Droit Suédois”, p. 125, para contrastarla con el silencio simplemente neutro del derecho sueco anterior a 1994, en que se dictó la *Stiftelselag* (Lag 1994:1220).

²²⁶ Una reseña histórica actualizada y muy sintética de las razones de esa animadversión, en BARON y DELSOL: *Les fondations*, pp. 211 a 214. En idioma castellano, puede consultarse el trabajo de LAUROBA LACASA: “El régimen de fundaciones en Francia. Claves y caracteres de una regulación tardía”, pp. 512 a 519.

²²⁷ POMEY: *Traité des fondations d'utilité publique*, p. 124, que cita, además, numerosos ejemplos de la práctica francesa que demuestran cómo, en la realidad, las fundaciones detentan diversas clases de bienes, desde las tradicionales inmobiliarias, hasta las que basan su acción en la administración de derechos de autor, pasando por aquellas que funcionan esencialmente por medio del manejo de una cartera de valores o participaciones industriales.

²²⁸ BARON y DELSOL: *Les Fondations*, p. 41.

²²⁹ *Loc. cit.*

afectación patrimonial que forma la dotación fundacional puede consistir en “bienes, derechos o recursos”²³⁰ la doctrina y la práctica del Consejo de Estado siguen afirmando, claramente, la perfecta plenitud patrimonial de las fundaciones.²³¹ Ello, claro está, sin perjuicio de la existencia de limitaciones poderosas a la capacidad de obrar (la principal de las cuales, derivada de la vigencia del principio de especialidad, en cuya virtud la fundación no puede actuar válidamente fuera de la esfera de la finalidad que estatutariamente persigue), y a la exigencia de intervención administrativa para ciertas operaciones, cuestiones que examinaré más adelante.

Esta situación es diversa, sin embargo, para las denominadas “fundaciones de empresa”, introducidas legislativamente en 1990. Esta clase de fundaciones, que presenta claras diferencias con la fundación tradicional²³², tiene una capacidad restringida. La doctrina habla aquí de una “*grande capacité réduite*”, para contrastarla con la capacidad amplia de las fundaciones de utilidad pública. En efecto, las fundaciones de empresa no pueden poseer más inmuebles que aquellos necesarios a la realización del objeto fundacional, y los valores mobiliarios deben convertirse en ciertos títulos legalmente determinados. Por otra parte, si la fundación de empresa tiene acciones de las sociedades fundadoras o de sociedades controladas por ellas, no puede ejercer el derecho a voto vinculado a esas acciones.²³³ Dos limitaciones

²³⁰ Francia. Article 18 Loi 87-571 (Texto modificado por Loi n° 90-559 du 4 juillet 1990, art. 1, Journal Officiel du 6 juillet 1990) “*La fondation est l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une oeuvre d'intérêt général et à but non lucratif.*”

²³¹ ALFANDARI: *Associations et Fondations en Europe*, p. 162; VALLÉE: *Les Fondations et le Mécénat d'entreprise*, p. 33; MACQUERON et al.: *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Associations et Fondations, 1999-2000*, p. 1004; DEBBASCH y LANGERON: *Les Fondations*, p. 57.

²³² Aparte de la muy fundamental diferencia de capacidad que aquí se explicará, las fundaciones de empresa deben tener una duración determinada, aunque prorrogable con autorización administrativa, y su dotación debe desembolsarse íntegra e inmediatamente, amén de poseer un programa de acción que determina y limita su actividad, cuyo desembolso debe estar garantizado jurídicamente.

²³³ Francia. Loi 87-571 du 23 juillet 1987. Article 19-3 (inséré par Loi n° 90-559) “*La fondation d'entreprise peut, sous réserve des dispositions de l'article 19-8, faire tous les actes de la vie civile qui ne sont pas interdits par ses statuts mais elle ne peut acquérir ou posséder d'autres immeubles que ceux nécessaires au but qu'elle se propose. Toutes les valeurs mobilières doivent être placées en titres nominatifs, en titres pour lesquels est établi le bordereau de références nominatives prévu à l'article 55 de la loi n° 87-416 du 17 juin 1987 sur l'épargne ou en valeurs admises par la Banque de France en garanties d'avances. Lorsque la fondation d'entreprise détient des actions des sociétés fondatrices ou de sociétés contrôlées par elles, la fondation ne peut exercer les droits de vote attachés à ces actions.*” BARON y DELSOL explican esta restricción: “Este límite, resultado de una enmienda del Senado, tiene el propósito de impedir que las fundaciones de empresa permitan el ejercicio de derechos de voto de las acciones de autocontrol (prohibido desde el 1 de julio de 1991. En efecto, ciertas empresas podrían haberse tentado de crear una fundación de empresa cediéndole sus acciones de

adicionales a la capacidad jurídica de las fundaciones de empresa: no pueden recibir herencias ni legados, ni pueden apelar a la generosidad pública recabando donativos de ninguna especie, so pena de revocación de la autorización.²³⁴

La doctrina, sin embargo, ha sido crítica con estas restricciones. BARON y DELSOL han sostenido que la vocación de esta limitación parece ser diferenciar nítidamente los dos tipos de fundación, pero que el argumento es poco convincente, y no alcanza a justificar las restricciones impuestas. Indican que la prohibición incluye las donaciones simplemente manuales (no notariales) lo que es incomprensible desde que la ley de 23 de julio de 1987 las permitiera para las asociaciones. Por otra parte, la interdicción de recaudar fondos impide asociar al público a la tarea fundacional, lo que desincentiva a numerosas empresas, no sólo pequeñas y medianas, sino también de gran tamaño, prefiriendo canalizar la acción de mecenazgo a través de mecanismos no fundacionales.²³⁵

En Italia, en tanto, e incluso bajo la vigencia de la actualmente derogada norma del art. 17 del *Codice* que imperaba la autorización administrativa para adquirir una serie de bienes (inmuebles, donaciones y herencias), no había duda –y menos hoy– de que la ley entiende las fundaciones como entes dotados de plena capacidad patrimonial.²³⁶ Así lo daba a entender el propio artículo 17, y el artículo anterior, que se limita a requerir un “patrimonio” para la constitución de la fundación, sin restricciones de ninguna naturaleza.²³⁷ DE MARTINI lo ha expresado de esta manera:

autocontrol, y hacer ejercer a la fundación el derecho de voto de esas acciones en las asambleas generales de las sociedades fundadoras” (*Les fondations*, p. 177).

²³⁴ Francia. Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987. Article 19-8 (inséré par Loi n° 90-559 du 4 juillet 1990 art. 4 Journal Officiel du 6 juillet 1990) “*Les ressources de la fondation d'entreprise comprennent:*

1° *Les versements des fondateurs à l'exception de la dotation initiale ;*

2° *Les subventions de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ;*

3° *Le produit des rétributions pour services rendus ;*

4° *Les revenus de la dotation initiale et des ressources mentionnés aux 1°, 2° et 3° ci-dessus.*

Sous peine de retrait de l'autorisation administrative prévue à l'article 19-1, la fondation d'entreprise ne peut faire appel à la générosité publique; elle ne peut recevoir de dons ni de legs.

²³⁵ BARON y DELSOL: *Les Fondations*, p. 177.

²³⁶ DE GIORGI: “*Le fondazioni*”, p. 266.

²³⁷ Codice Civile Italiano. Art. 16. “*Atto costitutivo e statuto. Modificazioni.*

L'atto costitutivo e lo statuto devono contenere la denominazione dell'ente, l'indicazione dello scopo, del patrimonio e della sede, nonché le norme sull'ordinamento e sulla amministrazione. Devono anche determinare, quando trattasi di associazioni, i diritti e gli obblighi degli associati e le condizioni della loro ammissione; e, quando trattasi di fondazioni, i criteri e le modalità di erogazione delle rendite.

L'atto costitutivo e lo statuto possono inoltre contenere le norme relative alla estinzione dell'ente e alla devoluzione del patrimonio, e, per le fondazioni, anche quelle relative alla loro trasformazione (28).

“La composición del patrimonio puede ser la más variada, pudiendo comprender todos aquellos bienes y derechos que no sean incompatibles con la naturaleza colectiva del sujeto que será el propietario.”²³⁸ ALPA, en el mismo sentido, ha indicado que “el patrimonio de las fundaciones se constituye por bienes inmuebles, muebles, derechos. Su disciplina es la general propia de las personas jurídicas. Y puede también estar constituido por inversiones en títulos del estado, acciones, obligaciones o fondos de inversión, y en general, títulos de crédito. La participación en sociedades por acciones es corriente, como surge del análisis de la composición accionaria de las grandes sociedades del país.”²³⁹

La situación en Alemania es la misma. El codificador no apreció la necesidad de una norma de principio que proclamara la plena capacidad de las fundaciones, pero la doctrina es unánime en cuanto a que el patrimonio que el fundador debe transferir al nuevo ente puede estar compuesto, sin restricciones, tanto de medios financieros, como de bienes o derechos. Así, se ha dicho, en general, que “en nuestro derecho privado, la capacidad de la persona jurídica es general: todos los derechos pueden pertenecerle, salvo aquellos para cuya existencia le falten los supuestos de hecho; por ejemplo, el parentesco es una relación entre personas físicas, y sus efectos (sucesión hereditaria, pretensión alimentaria) no pueden existir para las personas jurídicas. La capacidad de la persona jurídica se manifiesta, ante todo, en los derechos patrimoniales; el patrimonio es un elemento esencial de la fundación; para la asociación constituye, cuando menos, uno de los instrumentos principales de su actividad. La persona jurídica puede ser titular de cualquier derecho patrimonial, esto es, de derechos reales, inclusive la posesión (en particular, de derechos sujetos a inscripción en el registro de bienes raíces, en que la persona jurídica se inscribe como tal), de créditos, derechos de autor y de invención, derechos de marca, derechos sucesorios legales y testamentarios, y además, de derechos secundarios (de configuración, facultades de poder, y, especialmente, poder de representación).”²⁴⁰ Específicamente acerca del patrimonio fundacional se ha indicado que “como base son admisibles valores patrimoniales de toda clase, inmuebles y derechos inmobiliarios tanto como valores mobiliarios,

Le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto devono essere approvate dall'autorità governativa nelle forme indicate nell'art. 12 (att. 4).

Art. 17 (Derogado) “Acquisto di immobili e accettazione di donazioni, eredità e legati.

La persona giuridica non può acquistare beni immobili, né accettare donazioni o eredita, né conseguire legati senza l'autorizzazione governativa (473, 782; att. 5-7).

Senza questa autorizzazione, l'acquisto e l'accettazione non hanno effetto.”

²³⁸ DE MARTINI: *Le associazioni e le fondazioni*, p. 190 y p. 56.

²³⁹ ALPA: “Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia”, p. 27.

²⁴⁰ VON TUHR: *Derecho Civil, I,2, Las personas*, p. 463.

empresas o participaciones industriales, tanto como dinero líquido y deudas exigibles.”

241

En el caso portugués, en cambio, el Código Civil ha realizado una expresa declaración en el sentido de que las personas jurídicas gozan de una capacidad que abarca todos los derechos y obligaciones necesarios o convenientes para la persecución de sus fines, exceptuándose sólo los derechos y obligaciones que la ley impida detentar, o que sean inseparables de la personalidad singular.²⁴²

Un caso parecido es el suizo. El Código Civil establece, en este ordenamiento, que las personas morales pueden adquirir todos los derechos y asumir todas las obligaciones que no sean inseparables de la condición natural del hombre, tales como el sexo, la edad o el parentesco.²⁴³ Se ha dicho, así, que “el patrimonio puede consistir tanto en derechos de propiedad u otros derechos reales sobre los bienes –inmuebles, muebles, participaciones sucesorias o de copropiedad, usufructos perpetuos, etc.–, como en derechos personales –créditos, derecho de percepción de réditos futuros con fuerte probabilidad de producirse, promesas de garantía–.”²⁴⁴

Una capacidad patrimonial amplia se atribuye a las fundaciones en el ordenamiento neerlandés. Éste realiza una declaración expresa sobre el punto para todas las personas jurídicas, en el sentido que, en lo que se refiere al derecho patrimonial, una persona jurídica se equipara a una persona física, salvo que la ley establezca lo contrario,²⁴⁵ y posee además textos legales que suponen la plena capacidad patrimonial de las fundaciones, refiriéndose en general al “patrimonio”, y no consagrando legislativamente limitaciones de ninguna especie.²⁴⁶

²⁴¹ SEIFART/VON CAMPENHAUSEN: *Stiftungsrecht*, p. 234. En idéntico sentido, HENNERKES y SCHIFFER: *Stiftungsrecht*, p. 89.

²⁴² Código Civil de Portugal. Art. 160º. “Capacidade.

1. *A capacidade das pessoas colectivas abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins.*

2. *Exceptuam-se os direitos e obrigações vedados por lei ou que sejam inseparáveis da personalidade singular.”*

²⁴³ Suiza. Código Civil. Art. 53 “*Jouissance des droits civils. Les personnes morales peuvent acquérir tous les droits et assumer toutes les obligations qui ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l’homme, telles que le sexe, l’âge ou la parenté.*”

²⁴⁴ ALFANDARI: *Associations et Fondations en Europe*, p. 513.

²⁴⁵ Holanda. Burgerlijk Wetboek. Boek II. Artikel 5. “*Een rechtspersoon staat wat het vermogensrecht betreft, met een natuurlijk persoon gelijk, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit.*”

²⁴⁶ El Código Civil holandés se limita, al definir a las fundaciones, a referirse al “patrimonio” (*vermogen*) destinado al fin especificado en los estatutos, sin consagrar restricciones. (Burgerlijk Wetboek. Boek II. Art. 285.1. “*Een stichting is een door een rechtshandeling in het leven geroepen*

Un caso particular lo constituyen los ordenamientos belga²⁴⁷ y luxemburgués²⁴⁸ que, pese a referirse, en principio, y con gran generalidad, a la afectación de “todo o parte de los bienes del fundador”, contienen luego sendas normas que restringen la titularidad de inmuebles, de modo parecido a como lo hace la legislación francesa sobre fundaciones de empresa. En efecto, el artículo 35 de la Ley belga (*id.* de la ley luxemburguesa) establece que el establecimiento de utilidad pública no puede poseer, en propiedad o de otra manera, más inmuebles que los necesarios para el cumplimiento de su fin, lo que supone, a no dudarlo, una importante restricción de su capacidad jurídica.²⁴⁹

El caso de la nueva ley sueca sobre fundaciones es taxativo –posiblemente por tener la ley, valga la redundancia, carácter de fundacional del Derecho de fundaciones en Suecia– en el sentido de consagrar una capacidad amplia: El artículo 4 del Capítulo 1 dispone que la fundación es capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones por sí misma, así como de parecer en juicio y ante otras autoridades, agregando que por las obligaciones de la fundación responde exclusivamente el patrimonio fundacional.²⁵⁰ La ley danesa, en cambio, no estimó necesaria una norma explícita, pero su articulado no contempla limitaciones de ninguna especie en la capacidad jurídica de las fundaciones.

Puede, en consecuencia, aseverarse con fundamento que en el ámbito europeo existe una concepción relativamente amplia en lo que respecta a la capacidad jurídica de las fundaciones, y que las restricciones a esa capacidad resultan francamente minoritarias.

rechtspersoon, welke geen leden kent en beoogt met behulp van een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken”).

²⁴⁷ Bélgica. Loi accordant la personnalité civile aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique (27 Juin 1921). “Art. 27. 1. Toute personne peut, moyennant l'approbation du gouvernement, affecter par acte authentique ou par testament olographe tout ou partie de ses biens à la création d'un établissement d'utilité publique qui jouit de la personnalité civile dans les conditions déterminées ci-après.”

²⁴⁸ Luxemburgo. Loi sur les associations sans but lucratif et les établissements d'utilité publique (Loi du 21 avril 1928) El artículo 27, que es, *mutatis mutandis*, igual al texto de la ley belga, reza así: “Art. 27. Toute personne peut, moyennant l'approbation par arrêté grand-ducal, affecter par acte authentique ou par testament tout ou partie de ses biens à la création d'un établissement d'utilité publique qui jouit de la personnalité civile dans les conditions déterminées ci-après. (...)”

²⁴⁹ Bélgica. Loi du 27 Juin 1921. Art. 35. “L'établissement d'utilité publique ne peut posséder en propriété ou autrement que les immeubles nécessaires à l'accomplissement de sa mission.” El texto se corresponde con el del artículo 35 de la Loi du 21 Avril 1928, del Gran Ducado de Luxemburgo.

²⁵⁰ Suecia. Lag 1994:1220 (Stiftelselag) 1 kap. 4 § “En stiftelse kan förvärva rättigheter och ikläda sig skyldigheter samt föra talan inför domstolar och andra myndigheter.

För en stiftelses förpliktelser svarar endast stiftelsens tillgångar.”

2.1.2. La situación nacional

El propósito de este trabajo —como se dejó establecido en sus prolegómenos— está lejos de incluir una revisión histórica del fenómeno fundacional en España. Sin embargo, conviene en este punto hacer presente, con la inmensa mayoría de la doctrina, que la inclusión, por parte del legislador de 1994, del artículo 17 en el articulado de la Ley de Fundaciones, que prescribe en su apartado 1º que “el patrimonio de la Fundación podrá estar constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica”, tiene por esencial cometido el de reafirmar de modo solemne el principio de libre titularidad de bienes y derechos, contrario de raíz en su contenido al espíritu que había inspirado la extensa legislación desamortizadora que pesó sobre las fundaciones españolas desde principios del siglo XIX hasta buena parte del XX. Esto es, tiene por objeto sentar de modo categórico la plena capacidad en el ámbito de las relaciones jurídico reales por parte de las fundaciones.

La anterior legislación, que supuso inicialmente la prohibición absoluta de adquirir bienes inmuebles y derechos reales sobre ellos (ley de 11 de octubre de 1820), y luego la interdicción de poseerlos, y por tanto la obligación de venderlos o redimirlos para convertirlos en títulos de la deuda pública (ley de 1 de mayo de 1855), no fue definitiva y formalmente superada sino hasta 1970, año en que la Ley General de Educación admite derechamente la posibilidad de que las fundaciones adquieran y posean toda clase de bienes. Hasta esta última fecha, existían serias dudas acerca del efecto que la escueta normativa sobre personas jurídicas del Código Civil podía tener sobre las reglas del proceso desvinculador en materia de fundaciones (en particular, la regla del artículo 38 apartado segundo, que parecía hacer excepción para los establecimientos de instrucción y beneficencia, de la regla de plena capacidad consagrada en el apartado primero de la misma disposición).²⁵¹ Por tanto, no resultaba en absoluto ocioso que, al abordar por vez primera una normalización orgánica del fenómeno fundacional en España, a la luz, adicionalmente, de un derecho de fundación constitucionalmente consagrado, el poder legislativo realizara la categórica manifestación de voluntad que hizo en torno a la plena capacidad de goce de las fundaciones.

²⁵¹ Sobre la evolución histórica del Derecho de Fundaciones en España puede verse, con generalidad sintética, LACRUZ BERDEJO *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, I, 2º, pp. 292 a 296; LÓPEZ JACOISTE: “La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones”, Capítulo II (Referencia Histórica), y sobre la evolución liberalizadora de la jurisprudencia en torno al artículo 38 del Código Civil, el Apartado 2 “La libertad de inversión patrimonial” en el Capítulo VII (Dinámica actual de la fundación) del mismo texto. Con bastante extensión: DE LORENZO GARCÍA: *El Nuevo Derecho de*

Como se comprende fácilmente, la mejor doctrina venía pidiendo una norma de este tipo desde bastante antes de la promulgación de la Ley 30/1994. Así, por ejemplo, CAFFARENA LAPORTA, quien había indicado que “sería bueno que dicha ley (una futura Ley de Fundaciones) dejase zanjado el problema creado en nuestro Derecho por la legislación desamortizadora afirmando sin más la capacidad de las fundaciones para ser titular de toda clase bienes y derechos. Ello es perfectamente compatible con establecimiento de las debidas garantías en relación al patrimonio fundacional”.²⁵² En el mismo sentido se había pronunciado, en su oportunidad, DE LORENZO GARCÍA: “El patrimonio de las fundaciones debe poder estar constituido de forma abierta y flexible, por toda clase de bienes y derechos. No será razonable, con carácter general, cualquier disposición normativa que deje fuera cualquier tipo de bien o derecho previsto y protegido por el ordenamiento jurídico, salvo en el caso extremo que resultara incompatible con el contenido esencial del derecho de fundación.”²⁵³

Por otra parte, la norma ha recibido, una vez en vigor, unánime aplauso doctrinal –o al menos, la aquiescencia tácita de quienes consideran evidente el contenido de la disposición. Así se ha dicho, de un lado, que el contenido del artículo 17 está lejos de ser una obviedad, ya que “el reconocimiento de que las fundaciones pueden ser titulares de cualquier clase de bienes y derechos es una conquista de finales de este siglo (el autor se refiere al siglo XX), y por eso era conveniente hacer al respecto una proclamación concreta y expresa.”²⁵⁴ Respecto de la ley catalana, de homólogo contenido, había dicho antes PUIG FERRIOL que con ella “se ha superado decididamente todo resabio de la legislación desvinculadora (...) El artículo (...) es de una gran claridad al respecto, y por tanto no puede considerarse afecte hoy día a las fundaciones privadas catalanas disposición alguna restrictiva sobre la posibilidad de adquirir y retener los bienes inmuebles que integren el patrimonio de la fundación.”²⁵⁵ OLMOS VICENTE califica a la norma de “gran novedad”, al menos para las fundaciones asistenciales,²⁵⁶ y ORTI VALLEJO justifica intensa y laudatoriamente la norma en la

Fundaciones, pp. 48 a 84. En particular sobre la incidencia del Código Civil sobre las anteriores leyes restrictivas, CAFFARENA LAPORTA: “Comentario a los Arts. 35 a 41 del Código Civil”, p. 244 a 246.

²⁵² CAFFARENA LAPORTA: *El Régimen jurídico de las fundaciones*, p. 119. El paréntesis explicativo es mío.

²⁵³ DE LORENZO GARCÍA: *El nuevo Derecho de Fundaciones*, p. 393.

²⁵⁴ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 213. El paréntesis aclaratorio es mío. En el mismo sentido, con carácter general, COBO GÁLVEZ: “Comentario a los arts. 17 a 20”, pp. 147 a 152;

²⁵⁵ PUIG FERRIOL: *El patrimonio fundacional en la Ley de Fundaciones catalanas*, p. 1649.

²⁵⁶ OLMOS VICENTE: “Novedades en materia de Protectorados, Patronatos, Patrimonio y Registro”, p. 93.

historia legislativa y política previa, aunque admite que cuando transcurran los años puede resultar una obviedad superflua.²⁵⁷ Otros autores, como se dijo, simplemente mencionan el contenido de la norma, dando por sentada su existencia y justificación.²⁵⁸ Con la salvedad de algunos autores que entienden que el artículo 17 viene a realizar una definición inclusiva del patrimonio fundacional²⁵⁹, —equivocada perspectiva a la que me he referido antes²⁶⁰— la inteligencia del precepto no ofrece demasiadas dificultades.

Aparentemente como una directa consecuencia de la proclamación efectuada en el artículo 17.1, referido en términos generales al patrimonio fundacional, el artículo 10.1, que regula la dotación, precisa que ésta puede estar compuesta de bienes y derechos de cualquier clase.

El par de preceptos citados, pese a su aparente nitidez, presentan una coordinación dudosa. En efecto, la doctrina ha reaccionado con perplejidad frente al hecho de que una norma autorice bienes y derechos de cualquier clase, y la otra los restrinja a los de contenido económico. Una primera posibilidad interpretativa consiste en extender el alcance del artículo 17.1 a la dotación, y concluir, consecuentemente, que ésta no puede integrarse por derechos que carezcan de contenido patrimonial, esto es, establecer que la dotación puede integrarse por bienes y derechos de cualquier clase, siempre que sean susceptibles de valoración económica. Esta es la tesis mantenida por COBO GÁLVEZ, quien hablando de la composición de la dotación, remite al comentario del artículo 17, y allí establece que la inspiración de la Ley de Fundaciones se encuentra, como en otras materias, en la Ley de Sociedades Anónimas²⁶¹, que sólo permite la aportación de derechos con contenido patrimonial.²⁶²

²⁵⁷ ORTI VALLEJO: "Notas sobre la capacidad de las fundaciones", p. 873.

²⁵⁸ Así, entre otros, LACRUZ BERDEJO *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, I, 2º, p. 307; LÓPEZ-NIETO Y MALLO: *Manual de fundaciones*, p. 217; MARÍN LÓPEZ: Prólogo a *Legislación sobre fundaciones*, p. 25; PUIG FERRIOL: *Manual de Derecho Civil*, p. 205; SERRA RODRÍGUEZ: *Las fundaciones: Elementos esenciales y constitución*, p. 44.

²⁵⁹ Así, COBO GÁLVEZ: "Comentario a los artículos 17 a 20", pp. 152 a 156; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La fundación. Un estudio jurídico*, p. 136; y SERRANO CHAMORRO: *Las fundaciones. Dotación y Patrimonio*, pp. 115 a 121, copiando a COBO.

²⁶⁰ Véase la argumentación relativa al punto en la parte final de la Introducción, en las págs. 48 y ss.

²⁶¹ España. Ley de Sociedades Anónimas (R.D.L. 22-12-1989, núm. 1564/1989) Capítulo III: De las aportaciones. Sección Primera. De las aportaciones y de las adquisiciones onerosas. "Art. 36. Objeto y título de la aportación. 1. Sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica.

En ningún caso podrán ser objeto de aportación el trabajo o los servicios. No obstante, en los Estatutos sociales podrán establecerse con carácter obligatorio para todos o algunos accionistas

Una segunda posibilidad es la inversa: entender que carece de lógica permitir la aportación inicial de derechos sin contenido patrimonial, y prohibir la integración del patrimonio con esos derechos, concluyendo que debe privilegiarse la norma de mayor permisividad, dejando en la penumbra interpretativa la exigencia de la parte final del primer apartado del artículo 17. En esta posición se ubica ORTI VALLEJO, que invierte los términos de la cuestión y sostiene que la exigencia adicional del artículo 17 escapa a la finalidad permisiva de la norma, y entiende que el sentido correcto de la norma no es el de impedir que las fundaciones puedan ser titulares de bienes o derechos no susceptibles de valoración económica. “Primero, porque (...) la *ratio* de la norma no es prohibir, sino todo lo contrario, permitir. Segundo, porque sería un contrasentido admitir que puedan ser objeto de aportación bienes de ese carácter y no se permita luego que puedan formar parte del patrimonio tales bienes.”²⁶³ La intención del autor resulta laudable, en el sentido de abrir el alcance de la capacidad de goce de las fundaciones, pero su hermenéutica termina por complicar más las cosas, integrando en el patrimonio derechos sin contenido patrimonial, lo que resulta en una auténtica *contradictio in terminis*.

Una tercera opción es la que sustenta GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ. Este autor resuelve con elegancia la aparente antinomia entre los artículos 10 y 17. Indica que, pese a que la primera de esas disposiciones parece abrir la puerta a derechos sin contenido económico, como los morales de autor, y a que la regulación posterior resulta exclusivamente patrimonialista, y parece cerrar esa puerta, entiende que “sería válida la aportación de elementos sin contenido económico a aquélla (la dotación) siempre que se satisficieran los requisitos de adecuación y suficiencia.”²⁶⁴ Y luego, acota que el hecho de que el patrimonio, por definición, no pueda integrarse sino por derechos con contenido económico, no obsta a que la fundación, en tanto persona jurídica, pueda ser titular de otros derechos, los cuales simplemente no formarán parte del patrimonio. Esto es, el autor aclara que el hecho de que un derecho

prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, sin que puedan integrar el capital de la Sociedad.

2. Toda aportación se entiende realizada a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo.”

²⁶² COBO GÁLVEZ: “Comentario al Art. 10”, p. 88, en donde remite al comentario del artículo 17, y “Comentario a los Art. 17 a 20”, p. 155. Siguiéndolo *ad litteram*, SERRANO CHAMORRO: *Las fundaciones: Dotación y Patrimonio*, p. 115 a 121.

²⁶³ ORTI VALLEJO: “Notas sobre la capacidad de las fundaciones”, p. 874.

²⁶⁴ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La fundación: Un estudio jurídico*, p. 79.

no forme parte del patrimonio no obsta a la titularidad de ese mismo derecho.²⁶⁵ Este fenómeno ocurre, por otra parte, exactamente igual cuando se analiza el contenido del patrimonio de una persona física. Parece, pues, que tanto desde la perspectiva puramente teórica (en relación con el concepto de patrimonio), como desde la práctica (la conveniencia de ampliar la capacidad fundacional) la tesis del último autor parece razonable. A ella habría que acotar sólo un par de extremos: *a)* que la dotación, como conjunto, no puede estar compuesta exclusivamente de elementos no patrimoniales, y que éstos deben, por el contrario, entenderse como una posibilidad accesoria y accidental (exigencia que se puede desprender con facilidad de la propia concepción del fenómeno fundacional por parte de la ley, así como del conjunto de la regulación de la aportación dotacional, y que no creo necesario fundar aquí); y *b)* que el juicio de suficiencia y adecuación debe referirse siempre al conjunto de la dotación, y no a cada uno de sus componentes por separado, amén de que un componente no patrimonial es perfectamente susceptible de un juicio de adecuación (de carácter cualitativo), pero no de uno de suficiencia (de carácter cuantitativo).

Con todo y ser la anterior una interpretación sistemáticamente satisfactoria, parece conveniente que una reforma futura de la ley se haga cargo de la confusión generada por la lectura de conjunto de las dos normas. Posiblemente sería deseable una norma que únicamente excluyera, al modo de algunos códigos modernos, los derechos y obligaciones que la ley prohíba o que sean inseparables de la personalidad física o singular.²⁶⁶

Desde luego, hay que señalar que, se extienda o no el alcance de la exigencia de contenido patrimonial a la dotación, quedan excluidos de su titularidad por personas jurídicas todos aquellos derechos que supongan, por la naturaleza de las cosas, la existencia de una persona física. Esto significa que, en principio, quedan excluidos los derechos pertenecientes al campo del Derecho de Familia.²⁶⁷

²⁶⁵ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La fundación: Un estudio jurídico*, p. 138.

²⁶⁶ Con dos formas de redacción muy diversas, véanse el ya citado artículo 160 del Código Civil de Portugal (Nota núm. 242), o el artículo 302 del recientemente reformado (1994) Code Civil du Québec: Article 302. “*Les personnes morales sont titulaires d'un patrimoine qui peut, dans la seule mesure prévue par la loi, faire l'objet d'une division ou d'une affectation. Elles ont aussi des droits et obligations extrapatrimoniaux liés à leur nature.*”

²⁶⁷ Con extensión sobre el tema de la capacidad de las fundaciones en las relaciones jurídico familiares, que queda, por su ausencia de contenido patrimonial, fuera del alcance de este trabajo, *vid.* sin embargo NIETO ALONSO: *Las fundaciones: Su capacidad*, pp. 63 a 90. La autora pone de relieve la actual superación –legislativa y jurisprudencial– de la anterior doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de rechazar la participación de las personas jurídicas en el ámbito de las relaciones e instituciones familiares. Hoy las excepciones son importantes, como la consagrada en el actual artículo

En relación a los derechos reales, hay que indicar, con toda la doctrina, que las fundaciones pueden ser titulares no sólo de derechos de propiedad sobre bienes²⁶⁸, sino también de cualesquiera de los otros derechos reales, sin limitaciones genéricas de ninguna clase.²⁶⁹

En materia de derecho sucesorio, la capacidad jurídica de las fundaciones es también amplia. Evidentemente, no están habilitadas para disponer de sus bienes por testamento (esto es, no pueden ser causantes), ni tampoco pueden ser herederas legítimas (es decir, recibir herencias por vía no testamentaria). Pero pueden recibir herencias y legados, y conservarlos sin trabas. A esta completa capacidad de goce no se opone el hecho, que se revisará más adelante, de que para operar las adquisiciones concretas se requiera, según los casos, una autorización administrativa.

Por tanto, y a modo de síntesis, pueden aportarse, para la constitución de una fundación, toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración pecuniaria. Ello incluye la totalidad de los derechos reales (con las particularidades que se revisarán más adelante respecto del usufructo y del uso y la habitación); y así como los créditos o derechos personales. Todos estos bienes y derecho ingresarán al patrimonio fundacional. Además, pueden formar parte de la dotación derechos que carezcan de

242 del Código Civil: "Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados", norma plenamente aplicable a las fundaciones. Asimismo, la autora destina un capítulo al análisis de lo que denomina "capacidad de derechos fundamentales", en el que aborda la cuestión relativa a la posibilidad de que las personas jurídicas, en general, y las fundaciones, en particular, poseen derecho al honor, a la inviolabilidad del domicilio, derecho de asociación, entre otros (NIETO ALONSO: *Las fundaciones: Su capacidad*, pp. 175 a 225). Fundamental respecto de este tema resulta la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1959, cuyo Considerando 4º –con pasajes de notable contenido poético, además– reza: "Que en nuestro Derecho, por principio, las personas jurídicas gozan de una capacidad plena y general, por consiguiente, en una esfera que va más allá de las relaciones económicas y que se extiende a todo campo, salvo aquellos límites que derivan de su misma cualidad de entes ideales que carecen de un substrato físico; y por tanto, el fin de ellas no constituye por sí un límite de su capacidad, en el sentido de que la persona jurídica sólo existe en el círculo cerrado de su fin, fuera del cual se desvanece como sombra, debiendo concluirse que las personas jurídicas son reales y capaces aunque se extralimiten de su fin, sin perjuicio de las reacciones de la autoridad administrativa y de la responsabilidad de sus órganos."

²⁶⁸ Una mención especial merece, sin embargo, la posibilidad de las fundaciones sean titulares de participaciones en empresas. El tema, desde el punto de vista estrictamente patrimonial (esto es, prescindiendo del tema funcional de la fundación–empresa) será analizado en la Segunda Parte de este trabajo, a propósito de su adquisición (pág. 390).

²⁶⁹ Destinaré el siguiente apartado a tratar específicamente de los títulos a los cuales es posible realizar la aportación patrimonial a la naciente fundación, pero como en nuestro sistema los derechos son también bienes, menciono también aquí –a la pasada– la posibilidad de detentar derechos reales.

contenido patrimonial, adecuados al fin propuesto, y de los cuales la fundación será titular, pero que no constarán en su patrimonio.

2.1.3. Las normas autonómicas

Dado el carácter de norma civil, aplicable a todas las Comunidades Autónomas (sin perjuicio de los derechos civiles forales donde existan), que la Disposición Final Primera asigna al artículo 17.1 de la ley, resulta natural que las diferencias autonómicas con la legislación nacional sean mínimas. Esto es, todas las normativas contemplan alguna norma que establezca la plena capacidad jurídica de las fundaciones, y ninguna resuelve de modo diverso al de la Ley 30/1994 el problema de los derechos sin contenido patrimonial. De entre las normas anteriores a la Ley de Fundaciones, la ley de Cataluña es muy explícita, y estatuye que las fundaciones “son personas jurídicas con plena capacidad jurídica” (Art.2.1) y luego concluye que “la aportación del patrimonio fundacional puede consistir en bienes y en derechos de cualquier tipo.”²⁷⁰ Esto es, no existe referencia a la necesidad de que se trate de bienes susceptibles de valoración pecuniaria. La Comunidad de Galicia transcribe literalmente la norma catalana en el artículo 7 de la Ley de Fundaciones de Interés Gallego.²⁷¹ Los artículos 9 y 20 de la Ley de Fundaciones del País Vasco diseñan casi al pie de la letra el futuro contenido de la ley estatal.²⁷²

Entre las normas posteriores a 1994, la ley navarra retoma el modelo catalán y gallego, y omite el necesario contenido patrimonial, limitándose a establecer que la

²⁷⁰ Cataluña. Ley 1/82. Artículo 2. “1. Las fundaciones privadas, constituidas de acuerdo con esta Ley, son personas jurídicas con plena capacidad jurídica y de obrar para cumplir sus finalidades, con las limitaciones que les impongan la misma Ley o sus estatutos.”

Artículo 3. “1. La aportación del patrimonio fundacional debe realizarse por cesión gratuita entre vivos o por sucesión por causa de muerte, y puede consistir en bienes y en derechos de cualquier tipo.”

²⁷¹ Galicia. Ley 7/83. Artículo 7º. “1. La aportación del patrimonio fundacional debe realizarse por cesión gratuita entre vivos o por sucesión por causa de muerte, y puede consistir en bienes y derechos de cualquier tipo.”

²⁷² País Vasco. Ley 12/94. Artículo 9.- Dotación patrimonial. “1. La dotación patrimonial podrá consistir en bienes y derechos de cualquier tipo, que habrán de ser suficientes para el desarrollo del primer programa de actuación, que deberá constar en la escritura fundacional junto con un estudio económico que acredite la viabilidad del mismo utilizando exclusivamente dichos recursos.”

Artículo 20.- Composición y administración. “1. El patrimonio de la fundación puede estar constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica.”

dotación puede consistir en bienes y derechos de cualquier clase.²⁷³ Las leyes de Madrid²⁷⁴ y de Canarias²⁷⁵, con una redacción diferente, omiten asimismo el requisito.

La ley valenciana, por su parte, carece de una declaración de principios como las que se han reseñado hasta aquí. Sin embargo, del conjunto de la regulación de la dotación puede colegirse un criterio de admisibilidad amplia de toda clase de bienes, pero sólo de aquellos susceptibles de valoración económica. En efecto, el artículo 11.2 establece que la dotación deberá consignarse, ya sea dineraria o no dineraria, en la moneda de curso legal en España, y luego se indica, en el apartado cuarto de la misma disposición, que el valor de las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su clase y naturaleza, deberá ser acreditado al Notario autorizante.²⁷⁶

²⁷³ Navarra. Ley 10/96. Artículo 7. Dotación de la Fundación. “1. La dotación, que tendrá carácter irrevocable e irreversible, podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase y habrá de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales, lo que se acreditará mediante el correspondiente estudio económico.”

²⁷⁴ Madrid. Ley 1/98. Artículo 5. Dotación. “1. La dotación estará constituida por el conjunto de bienes y derechos de cualquier clase que se afecten por el fundador o fundadores al cumplimiento de los fines fundacionales en el momento de la constitución, así como los que, con posterioridad a dicho acto se reciban con tal carácter, o, en su caso, se afecten como dotación por acuerdo del Patronato.”

²⁷⁵ Canarias. Ley 2/98. Artículo 11. “1. La dotación fundacional podrá consistir en bienes y derechos de cualquier tipo, que habrán de ser suficientes para el desarrollo del primer programa de actuación, que deberá constar en la escritura de constitución, con independencia de su incremento en virtud de aportaciones sucesivas a cargo del o los fundadores o de terceras personas.”

Artículo 12. “1. El patrimonio de la fundación podrá estar constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica.”

²⁷⁶ Valencia. Ley 8/98. Artículo 11. Dotación de la fundación.

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, tendrán, asimismo, la consideración legal de dotación los bienes y derechos que durante la existencia de la fundación se afecten por el fundador o el patronato con carácter permanente a los fines fundacionales.

La promesa de aportaciones económicas sólo podrá hacerse con el carácter de dotación cuando estuvieran garantizadas por cualquiera de los medios admitidos en derecho. En ningún caso se podrá considerar como dotación el mero propósito de recaudar donativos, aunque sean cuotas o subvenciones periódicas o cualesquiera otros ingresos a título gratuito.

2. La dotación deberá consignarse, ya sea dineraria o no dineraria, en la moneda de curso legal en España, y deberá ser adecuada y suficiente para con sus rendimientos financiar al menos el 50 por 100 de los gastos previstos en el primer programa de actuación de la fundación, lo que deberá acreditarse con un estudio económico de viabilidad.

3. Las aportaciones dinerarias a la dotación se justificarán al Notario autorizante de la escritura de constitución, o si la aportación con carácter dotacional fuera posterior, al patronato, que lo pondrá en conocimiento del Registro de Fundaciones, y se justificará, en ambos casos, mediante certificación acreditativa de la entidad de crédito de hallarse depositadas en la misma a nombre de la fundación en constitución o constituida.

4. Las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su clase y naturaleza, deberán ser efectuadas por los aportantes en la escritura de constitución o de aportación a la dotación, donde figurarán debidamente reseñadas, y su valor se acreditará al Notario autorizante de la forma siguiente:

2.2. Títulos de aportación

2.2.1. La admisión de títulos diversos de la propiedad plena

Ahora, sobre la base de la exégesis antes reseñada de los dos enunciados legales que se están comentando (Arts. 10.1 y 17.1), conviene realizar algunas consideraciones en relación a algunos aspectos que pueden resultar más problemáticos en la práctica de la aportación, en relación con el título al cual pueden los bienes aportarse. Me referiré, en primer lugar a ciertos derechos que, teniendo un nítido contenido patrimonial –como el uso y la habitación–, resultan problemáticos cuando su titularidad se predica de personas morales, en general (no físicas). Estos mismos derechos –a los cuales debe sumarse el ahora el usufructo– presentan el problema adicional de su temporalidad, que analizaré a continuación. Finalmente, abordaré el tema de las consecuencias hermenéuticas que se siguen de admitir la posibilidad de que las fundaciones sean titulares de derechos de duración determinada en el tiempo.

Ya se ha dicho, con toda la doctrina, que las fundaciones pueden ser titulares no sólo de derechos de propiedad sobre bienes, sino también de cualesquiera de los otros derechos reales, sin limitaciones genéricas de ninguna clase. Dos extremos merecen, con todo, una detención especial. Se trata de los derechos de usufructo, por una parte, y de uso y de habitación, por otra. En relación con el primero, cabe mencionar la plena vigencia del artículo 515 del Código Civil, que limita su duración, cuando el usufructuario es un pueblo, corporación o sociedad, a treinta años. La aplicabilidad de este precepto a las fundaciones, que no aparecen mencionadas expresamente, resulta incuestionable para la doctrina, que entiende su alcance extensivo a toda persona

a) Tratándose de bienes muebles o inmuebles, mediante certificación por titulado competente bajo su responsabilidad, salvo lo dispuesto en los dos apartados b) y c) siguientes.

b) Si fueran valores cotizados en mercado secundario oficial, mediante certificación de la bolsa donde se cotizaran referida al quinto día anterior a la constitución de la fundación o de la escritura de aportación.

c) Si se tratase de valores no cotizados en mercado secundario, o participaciones en sociedades mercantiles, mediante certificación del órgano de administración de la entidad a que correspondan dichos bienes acreditativa de su valor contable con arreglo a su último balance.

Dichos documentos se incorporarán originales a la escritura pública.

5. La aportación de la dotación inicial podrá hacerse de forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso habrá de ser como mínimo del 25 por 100 de la misma; el resto se desembolsará en un plazo no superior a cinco años, contados desde el otorgamiento de la escritura de la fundación, en las fechas que determine el patronato.

Para acreditar la realidad y valoración de las aportaciones se estará a lo establecido en los apartados 3 y 4 de este artículo.”

jurídica.²⁷⁷ Cualquier usufructo constituido a favor de una fundación, que supere ese plazo, debe considerarse, según la jurisprudencia, nulo en el exceso, y no integralmente, cualquiera sea el modo a través del cual se haya generado el derecho. Se trata de un caso de nulidad parcial.²⁷⁸ NIETO ALONSO apunta que el plazo máximo de duración del usufructo, para personas jurídicas, en el caso específico de la legislación civil foral de Navarra, es de cien años.²⁷⁹

La autora antes citada plantea, de *lege ferenda*, la conveniencia de una modificación que, respecto de las personas jurídicas que no persigan fines lucrativos, permita una duración mayor del usufructo, eventualmente hasta la extinción de la fundación, al modo del *Burgerlicher Gesetzbuch*.²⁸⁰ Sobre el punto, creo que la tradición jurídica española resulta muy diversa, en esta materia, a la alemana, y que esa tradición —que ha mirado siempre con suspicacia, cuando no con franca repugnancia, a la figura de los usufructos prolongados— no permite innovar en la materia, aunque la intención sea loable. Por otra parte, cabe preguntarse por la justificación que tendría,

²⁷⁷ La redacción es bastante más afortunada entre los demás ordenamientos europeos que comparten la regla. Así el *Codice Civile Italiano*, en su Art. 979.2: “*L'usufrutto costituito a favore di una persona giuridica non può durare più di trenta anni*”, el *Code* francés, en el Art. 619: “*L'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que trente ans*”, o el Código portugués, cuyo Art. 1443° establece: “*Duração. Sem prejuízo do disposto nos artigos anteriores, o usufruto não pode exceder a vida do usufrutuário; sendo constituído a favor de uma pessoa colectiva, de direito público ou privado, a sua duração máxima é de trinta anos.*” La regla del BGB, en cambio, es la inversa (el usufructo se extingue con la persona jurídica), pero la expresión técnica del sujeto concernido por la norma es la misma: Parágrafo § 1061 “[*Tod des Nießbrauchers; Erlöschen*] *Der Nießbrauch erlischt mit dem Tode des Nießbrauchers. Steht der Nießbrauch einer juristischen Person zu, so erlischt er mit dieser.*”

²⁷⁸ Véanse, *ad ex.*, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1968, cuyo Considerando 3° expresa “Que si bien parece que la intención del testador fue la de dejar el usufructo de sus bienes a la Comunidad Religiosa con carácter perpetuo (...) tal intención deberá sujetarse al límite de treinta años que el precepto señala, sin que quepa darle temporalidad superior, al constituir una disposición contra ley, que carece de viabilidad”; y la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1988, —interesante, además, porque aplica dos veces la norma del artículo 515 al supuesto de hecho— cuyo Considerando 1° establece: “(...) el derecho de usufructo sobre los cuestionados montes se constituyó voluntariamente en escritura pública de fecha 20 de agosto de 1897, y aunque la concesión fue hecha a perpetuidad, legalmente quedó reducida a 30 años, a tenor de lo dispuesto en el artículo 515 del Código Civil, luego tal derecho real finalizó legalmente el día 20 de agosto de 1927. Los vecinos del Pueblo de Aguas de Busot continuaron, ya sin título alguno, usando y disfrutando de los productos forestales durante otros treinta años, con lo que por la prescripción adquisitiva del artículo 1959, volvieron a adquirir el mismo derecho de usufructo que se había extinguido treinta años antes: a partir de la fecha de 20 de agosto de 1957, ha estado operando para el nudo propietario la prescripción extintiva del alegado artículo 1963-1.º, y durante la vigencia de ese readquirido derecho de usufructo (otra vez los treinta años del citado artículo 515), la parte actora no ha podido ejercitar la acción para reclamarlo, respondiendo a esta circunstancia el hecho, recogido en la demanda y en la sentencia, de declarar extinguido el derecho real de usufructo que se discute sólo a partir del día 20 de agosto de 1987, por haberse consumido otra vez el plazo máximo legalmente establecido. (...)”

²⁷⁹ NIETO ALONSO: *Fundaciones: Su capacidad*, p. 95.

hoy en día, dotar a una fundación con el usufructo de un bien por más de medio siglo, frente a la posibilidad de traspasarle pura y simplemente la propiedad.

En relación con los derechos de uso y habitación, existe alguna incertidumbre doctrinal acerca de la posibilidad de que sean detentados por las personas morales, y por las fundaciones en particular. Algunos autores, siguiendo la línea dominante de la doctrina italiana,²⁸¹ niegan la posibilidad, sobre la base del carácter personal del contenido de los derechos en cuestión. Esto es, como estos derechos presuponen un titular que sea persona física, su titularidad deviene imposible para personas morales.²⁸² ALBALADEJO GARCÍA, con dudas, y reputando discutible la opinión en que la supuesta interdicción se funda, termina por aceptar la posibilidad.²⁸³ Otros autores son más categóricos en la afirmativa, sobre la base de la autonomía de la voluntad. Así, singularmente, LACRUZ BERDEJO que, reconociendo que el legislador no pensó en la posibilidad de una persona jurídica fuese beneficiaria de derechos de uso y habitación, y reconociendo también que la autonomía de la voluntad no alcanza para crear tipos nuevos de derechos reales, dado el sistema de *numerus clausus* que en la materia rige según la doctrina dominante, estima sin embargo que aquí no se trata de la creación de un derecho real nuevo, sino de una variación de un tipo legal, lo que cabe dentro de las potestades de actuación de la autonomía de la voluntad en este campo.²⁸⁴ Dentro de la literatura especializada en fundaciones, CAFFARENA LAPORTA parece inclinarse por la afirmativa, considerando que “un sector importante de la doctrina admite aquella posibilidad en base a la autonomía de la voluntad.”²⁸⁵ NIETO ALONSO, argumentando extensamente, concluye también en la respuesta positiva, agregando, con acierto, que

²⁸⁰ *Loc. cit.*

²⁸¹ En Italia, la doctrina tiende a considerar mejor la respuesta negativa. Así, FERRARA: *Teoría de las personas jurídicas*, p. 795; y modernamente DE MARTINI, que ha sostenido que “del patrimonio pueden formar parte todos los otros derechos reales (además de la propiedad), a excepción de los derechos de uso y habitación, en consideración a que el contenido de éste se determina en relación con la “menesterosidad” del titular o de su familia, y resulta por tanto incompatible con la naturaleza colectiva del ente. (*Le associazioni e le fondazioni*, p. 56. El paréntesis explicativo es mío.)

²⁸² En esta posición, GARCÍA AMIGO: *Instituciones de Derecho Civil*, I, p. 512; ALBACAR LÓPEZ y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ: *Código Civil: Doctrina y Jurisprudencia*, p. 468; RICO PÉREZ: *Las fundaciones en la Constitución Española*, p. 128.

²⁸³ ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho Civil*, I, p. 430.

²⁸⁴ LACRUZ BERDEJO *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, III, Vol. 2º, p. 61. El marco de acción de la autonomía de la voluntad en materia de uso y habitación viene determinado por el artículo 523 del Código Civil, que establece que “Las facultades del usuario y del que tiene derecho de habitación se regularán por el título constitutivo de estos derechos; y en su defecto, por las disposiciones siguientes.”

²⁸⁵ CAFFARENA LAPORTA: “Comentario a los Arts. 35 a 41”, p. 243.

deben aplicarse los mismos criterios de temporalidad que respecto del usufructo, sobre la base de la remisión que a esa figura realiza el artículo 528 de Código Civil.²⁸⁶

Las anteriores consideraciones, efectuadas a partir de lo dispuesto por la ley en orden a permitir la integración de la dotación con “bienes y derechos de cualquier clase” (Art. 2º), ponen de relieve –ya se ha dicho de más de una manera– que la aportación para constituir una fundación puede hacerse a títulos diversos del de propiedad.

Así, como ha reseñado con claridad una autora “cabrá la aportación de derechos de la propiedad intelectual o de la propiedad industrial, que pueden consistir tanto en la cesión o transmisión plena y definitiva del derecho (a título de propiedad, pasando la fundación a ser el nuevo titular del derecho), como en figuras de transmisión limitada (licencia, por la cual se ceden los derechos de uso y explotación del derecho, bien con carácter exclusivo o no, pudiendo delimitar tanto el período temporal en que se efectúa la licencia, como el ámbito territorial al cual afecta y el contenido de los derechos que se transmiten). (...) podrá constituirse un usufructo en beneficio de la fundación, así como realizarse la dotación por medio de las que la doctrina mercantilista conoce como aportaciones de uso. E incluso podemos pensar en la posibilidad de ceder, como aportación no dineraria, un contrato de arrendamiento. (...) Será, en último término, el Protectorado el encargado de enjuiciar la adecuación de las aportaciones realizadas a título distinto del de propiedad.”²⁸⁷

2.2.2. ¿Una puerta para la reversión de los bienes dotacionales?

Ahora bien, establecido lo anterior, como un simple dato de naturaleza jurídico fáctica, interesa fundamentalmente preguntarse por las consecuencias que esa admisión acarrea desde una perspectiva que pudiéramos llamar “jurídico especulativa”. Cierta doctrina –SALVADOR CODERCH y SEUBA TORREBLANCA– ha sostenido que la posibilidad jurídicamente garantizada de aportar bienes a título diverso de la propiedad, y la consiguiente apertura al aporte de bienes a título no perpetuo, como el usufructo o el uso, autoriza –de *lege lata*– la posibilidad de la reversión de bienes, tanto al fundador (dotante) como a un tercer donante con posterioridad a la constitución de la fundación. El tema de la reversión de los bienes dotacionales se enmarca conceptualmente dentro de la regulación de la extinción de la fundación, y por ello se encuentra fuera de los márgenes de este trabajo. Sin embargo, como la

²⁸⁶ NIETO ALONSO: *Fundaciones: Su Capacidad*, p. 99.

²⁸⁷ FERRANDO VILLALBA: “La dotación fundacional”, p. 1593.

doctrina antes mencionada arranca sus conclusiones desde la cuestión relativa a los títulos a los cuales puede aportarse bienes a una fundación, la tocaré aquí, aunque sea de modo tangencial. El razonamiento de los autores es el siguiente: “(...) es naturalmente posible realizar aportaciones de uso a una fundación con tal que los bienes y derechos aportados sean valorables económicamente, y resulten adecuados y suficientes (...). Corolario de esta (...) tesis es que no debería haber objeción alguna a las donaciones con cláusula de reversión, prohibidas *expressis verbis* por alguna ley autonómica y –al decir de la doctrina dominante– también por la legislación estatal: sería paradójico admitir aportaciones de uso y prohibir la cláusula de reversión.”²⁸⁸

La estrategia argumentativa de los autores se apoya sobre tres bases. En primer término, y a la vista de que la Constitución Española no parece imponer ni directa ni indirectamente una prohibición de la reversión, y de que el tema ha quedado entregado a las competencias de los legisladores autonómicos, confirmar que en España hay una pluralidad de soluciones normativas posibles del problema, y de que no existe un principio general del Derecho que impere la irreversibilidad.²⁸⁹ Luego, los mencionados autores realizan un extenso despliegue argumentativo para sostener que las fundaciones pueden ser titulares de derechos distintos de la propiedad perpetua, extremo que, por otra parte, nadie discute. Y finalmente, reconociendo que el contenido del artículo 31 de la Ley de Fundaciones²⁹⁰ es imperativo, lo interpretan de una manera que deja un resquicio a la reversión. “(...) su sentido no es que toda aportación no consistente en un derecho potencialmente perpetuo (arquetípicamente, la

²⁸⁸ SALVADOR CODERCH y SEUBA TORREBLANCA: “Fundaciones, interés general y títulos de aportación”, p. 1845.

²⁸⁹ SALVADOR CODERCH y SEUBA TORREBLANCA: “Fundaciones, interés general y títulos de aportación”, p. 1854. Hay que apuntar, no obstante, que en el mismo año en que los autores publicaron su obra se dictó la nueva Ley de Fundaciones canarias, que cambió su criterio, y estableció la irreversibilidad (Canarias, Ley 2/98, Art. 33).

²⁹⁰ Ley de Fundaciones. Artículo 31. “Liquidación.

1. La extinción de la Fundación, salvo en el supuesto previsto en el artículo 29, d), determinará la apertura del procedimiento de liquidación que se realizará por el órgano de gobierno de la Fundación bajo el control del Protectorado.

2. Los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquéllos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en el estatuto de la Fundación extinguida. En su defecto este destino podrá ser decidido, en favor de las mismas fundaciones y entidades mencionadas, por el Patronato, cuando tenga reconocida esa facultad por el fundador, y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las fundaciones podrán prever en sus Estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general.”

propiedad) esté prohibida ni, concretamente, que lo estén las donaciones con cláusula de reversión o la sustitución fideicomisaria: su sentido es que aquellos bienes y derechos que subsistan a la extinción de la fundación han de ser destinados a finalidades de interés general: pero ello es así mientras esos bienes y derechos efectivamente subsistan y no cuando, por la razón que sea, se hayan extinguido.”²⁹¹

No comparto el corolario de la tesis de los autores. Esto es, me parece que el hecho de poderse aportar bienes a título diverso de la propiedad no autoriza la conclusión de que debe permitirse la reversión.

En primer lugar, SALVADOR CODERCH y SEUBA TORREBLANCA confunden a lo largo de todo al artículo –hay que presumir que, en juristas de su envergadura, deliberadamente– la reversión de los bienes dotacionales con la posibilidad de donaciones con cláusula de reversión. Véase, a modo de ejemplo, este párrafo: “(...) a partir de la aprobación de la Ley 30/1994, la mayor parte de la doctrina se ha manifestado en contra de las donaciones con cláusula de reversión del art. 641 del Código Civil, es decir, en contra de que el fundador pueda establecer una cláusula de reversión a su favor o al de terceras personas.”²⁹² Me parece, como apuntaré en otra parte, específicamente a propósito de las donaciones recibidas por la fundación²⁹³, que las dos figuras, si bien pueden considerarse emparentadas, no son susceptibles de homologación plena, entre otras cosas, por la sencilla razón de que en un caso estamos hablando del propio substrato de la fundación, y del manejo que el Patronato hace de él durante la vida de la fundación, y en el otro, de un mero *plus*, que no tiene incidencia fundamental en la existencia de la institución, y cuyo manejo patrimonial no condiciona, por tanto, a esta última. En otras palabras, creo perfectamente lícito sostener una postura permisiva en un caso y restrictiva en otro. Esto es, las dos modalidades no tienen por qué tener necesariamente una respuesta única de parte del ordenamiento jurídico. La confusión les es argumentativamente útil a los autores porque las razones para admitir las donaciones con cláusula de reversión al donante son mucho más poderosas que aquellas que sostienen la reversión de la dotación al fundador. Al mezclar las dos hipótesis, parte de la fortaleza de un caso se inyecta en la debilidad del otro.

²⁹¹ SALVADOR CODERCH y SEUBA TORREBLANCA: “Fundaciones, interés general y títulos de aportación”, p. 1857.

²⁹² *Loc. cit.*

²⁹³ Véase el apartado “4.2.1.2. La aceptación de legados y donaciones” en la Parte Segunda de este trabajo, en la pág. 379.

En segundo lugar, porque el punto central de la discusión –esto es, si una capacidad jurídica que se extiende a derechos de duración limitada supone una tácita permisión de la reversión, o sea, el paso lógico de la tesis al corolario– queda en la exposición de los autores catalanes sin argumentación plausible: simplemente se da por supuesto. Justamente donde el esfuerzo argumentativo debiera ser mayor, los autores ofrecen silencio, considerando que una cosa surge como consecuencia de la otra de modo tan natural que no requiere explicación de ninguna especie. La verdad, en cambio, es que el razonamiento subyacente es uno de naturaleza analógica (esto es, lo que se nos dice es que si pueden aportarse derechos de uso, entonces de igual modo y con las mismas razones, debe permitirse la reversión, que también supone un uso temporal, esta vez de la propiedad). Por tanto, y en abstracto, para validar un corolario como el que proponen los autores tendrían que producirse las siguientes condiciones. *a)* Que las premisas fácticas de uno y otro caso fuesen homologables, y *b)* Que las consecuencias de la admisión jurídica de uno y otro caso fuesen equiparables. Y en verdad, estas condiciones no se cumplen más que de modo muy parcial. En efecto, entre la aportación de uso con temporalidad finita y la reversión sólo hay un nexo fáctico común: la circunstancia de que –al cabo de un tiempo más o menos determinado– ciertos bienes que habían salido de un patrimonio para engrosar el de una fundación vuelven al mismo. Esto es, hay una cierta coincidencia en un aspecto jurídico fáctico de los problemas. No obstante, esa coincidencia no es completa, y en el plano de las consecuencias jurídicas, las hipótesis son por completo diferentes. En efecto, lo que resulta relevante respecto del patrimonio fundacional es que esté regido por unas reglas nítidas, ciertas y no sujetas a cambio, y que su manejo se realice con estricta subordinación a los fines de interés general para cuya consecución la fundación ha sido autorizada. Ello es imprescindible para un apropiado juicio de suficiencia y adecuación por parte del Protectorado, y sobre todo, para que el sistema de beneficios que la ley otorga a las fundaciones opere con la necesaria transparencia. Esta imposibilidad de homologar las consecuencias de las dos hipótesis supuestamente análogas hace poco admisible, a mi juicio, la conclusión de SALVADOR CODERCH y SEUBA TORREBLANCA.

Luego, hay que exponer que el hecho de permitir las aportaciones a título no perpetuo no conduce de manera lógica y evidente, como parecen creer los autores, a la conclusión de que también debe autorizarse la reversión, sino que puede de igual o mejor modo llevar justamente a la conclusión contraria. Puesto que existe la posibilidad de realizar aportaciones temporales de uso, no existe ninguna razón para permitir la reversión, puesto que todos los propósitos lícitos que se pueden perseguirse

con la reversión pueden también lograrse con un aporte de uso temporal, y sin ninguna de las complicaciones y riesgos de aquélla. Abunda en este mismo sentido la posibilidad legalmente consagrada de establecer fundaciones temporales (Art. 29 a). Con estas posibilidades legales abiertas, la reversión sólo puede presentar inconvenientes, tanto jurídicos como prácticos, y tanto planteados a la hora de concretar la reversión, cuanto durante la gestión patrimonial de la fundación, que se llevará a cabo de modo inevitablemente conservador, intentando conciliar el interés general con el interés privado y particular de los beneficiarios de la reversión.

Si se considera, por otra parte, la naturaleza claramente imperativa del artículo 31, no cabe sino descartar de plano cualquier razonamiento analógico que pretenda asimilar, en esta materia, a la dotación con la donación.²⁹⁴ De otra parte, la *sui generis* interpretación que SALVADOR CODERCH y SEUBA TORREBLANCA proponen para esta disposición (que se aplica sólo para los bienes remanentes, una vez devueltos a los beneficiarios los bienes sujetos a reversión) debe descartarse por la sola lectura de la Disposición Primera Transitoria de la Ley, que establece su aplicación imperativa, pasado un cierto plazo, incluso para las antiguas fundaciones “a fe y conciencia”, añadiendo significativamente que quedan “sin efecto desde esa fecha las disposiciones estatutarias que se le opongán”.²⁹⁵

Otro de los pilares de la argumentación de los autores catalanes sostiene que puesto que la Constitución Española no parece imponer ni directa ni indirectamente una prohibición de la reversión, el tema ha quedado entregado a las competencias de los legisladores autonómicos, lo que determina que en España hay una pluralidad de soluciones normativas posibles del problema, y no existe un principio general del Derecho que impere la irreversibilidad. Aunque es cierto que la Constitución no determina una solución a la cuestión, los demás extremos no parecen tan fuertes. En primer término, no parece que pueda sostenerse –sin más– que la cuestión quede

²⁹⁴ La mayor parte de las ideas que siguen, expresadas por CAFFARENA LAPORTA, en ponencia (no publicada) sobre el destino de los bienes a la extinción de la fundación, dictada en el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Madrid, 30 de noviembre de 1999, en el ciclo de conferencias titulado “Cinco años de la Ley de Fundaciones a debate en el Colegio de Registradores”.

²⁹⁵ Ley de Fundaciones. Disposición transitoria primera. “Fundaciones preexistentes.

1. Las fundaciones preexistentes de competencia estatal, constituidas a fe y conciencia, estarán sujetas a los preceptos de la ley salvo aquéllos cuya aplicación suponga, en virtud de lo dispuesto expresamente por el fundador, el cumplimiento de una condición resolutoria que implique la extinción de la Fundación.

2. Respecto de dichas fundaciones, el artículo 31.2 sólo será de aplicación transcurridos dos años a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley, quedando sin efecto desde esa fecha las disposiciones estatutarias que se le opongán.”

entregada a la competencia del legislador autonómico. Como ha dicho con autoridad y acierto PIÑAR MAÑAS, “no es forzosa e incuestionablemente básico lo que la ley dice que es básico, sino lo que realmente lo es.”²⁹⁶ Parece que una materia tan íntimamente vinculada con el ejercicio igualitario de un derecho constitucional no puede quedar fuera del conjunto de los preceptos de obligada aplicación para las autonomías. Por otra parte, la única ley autonómica que ha optado por consagrar la reversión al fundador es la de la Comunidad de Madrid, consagración realizada en manifiesta ausencia de competencias, en primer lugar, por tratarse de una materia de Derecho Civil (para la cual esa Comunidad carece de competencia histórica), y en segundo término, porque se trata de un punto que atañe directamente al ejercicio del derecho de fundación en condiciones de igualdad por todos los españoles. La última palabra la tiene, en este tema, el Tribunal Constitucional, cuya decisión respecto de esta ley autonómica se encuentra pendiente.²⁹⁷ Es claro, por tanto, que constitucionalmente está abierta una pluralidad de soluciones posibles, pero es igualmente claro que –dada la naturaleza de la cuestión– es el Estado el competente para adoptar una u otra de las alternativas disponibles, y no las Autonomías. La muy deplorable agrupación de preceptos contenida en la Disposición Final Primera de la Ley no obsta en absoluto a la eventual decisión en este sentido del Tribunal Constitucional.

Aún cuando no es empleado por los referidos autores catalanes, es usual citar a favor de la reversión un argumento de autoridad relativo al Derecho Comparado, y fundamentalmente al alemán, que la permite. Sin embargo, tampoco ese razonamiento resulta ser válido, por cuanto las fundaciones en Alemania no necesitan servir a fines de interés general (que es lo que fundamenta la irreversibilidad), y porque en ese país, para que una fundación reciba trato fiscal preferente, debe necesariamente excluir en sus estatutos la reversión de los bienes al fundador.

En definitiva, creo que debe entenderse que la Ley de Fundaciones no permite la reversión de los bienes integrantes de la dotación al fundador o sus herederos, extremo que comparte una buena parte de la doctrina, y que es inconveniente que una próxima reforma legal innove en este sentido.²⁹⁸

²⁹⁶ PIÑAR MAÑAS: “Comentario a las Disposiciones Derogatoria Única y Final Primera”, p. 712.

²⁹⁷ Una concienzuda síntesis de la argumentación que sustenta el recurso de inconstitucionalidad puede consultarse en JIMÉNEZ MOLTÓ y HERNÁNDEZ DE TORO: “Las fundaciones en la Comunidad de Madrid”, pp. 5058 a 5073.

²⁹⁸ Por ejemplo, sin ánimo alguno de exhaustividad, dado que el punto relativo a la reversión resulta excéntrico a este trabajo, CAFFARENA LAPORTA: “Comentario a los arts. 27 a 31”, pp. 276 a 285; y luego, en “Extinción de las fundaciones y destino de los bienes de la fundación extinguida”, pp. 392 a

2.3. Identificación y valoración de la dotación

2.3.1. La cuestión en la Ley 30/1994

Conforme al artículo 8º de la ley, entre los contenidos mínimos de la escritura fundacional se encuentra “c) La dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación.” Desarrollando la norma citada, el artículo 10.3 prevé que “si la dotación consistiera en dinero su cuantía se fijará en pesetas. Las aportaciones no dinerarias se cuantificarán en igual forma y se especificarán los criterios de valoración utilizados. En uno y otro caso se acreditará ante el notario actuante la realidad de las aportaciones.” Finalmente, el Reglamento de Fundaciones termina por señalar que el Patronato debe, a efectos de posibilitar el juicio de suficiencia que deberá realizar el Protectorado, precisar las indicaciones realizadas por el fundador en el negocio fundacional; e indica que el Protectorado debe, al valorar las aportaciones no dinerarias, utilizar las normas previstas al efecto para las sociedades de responsabilidad limitada.²⁹⁹

La disciplina normativa antes reseñada supone, en cuanto a la dirección teleológica de la regulación, facilitar al Protectorado la labor de ponderar la suficiencia de la dotación (extremo que abordaré en el siguiente apartado). Desde la perspectiva

398; LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil*, p. 392 (y desde antes de la vigencia de la actual ley, en “Dotación patrimonial e irreversibilidad de los bienes fundacionales”; CAPILLA RONCERO: “Las personas jurídicas”, pp. 705 y 718; MARÍN LÓPEZ: Prólogo a *Legislación sobre Fundaciones*, p. 28; RUEDA MARFIL: “La nueva regulación del derecho de fundación para fines de interés general”, p. 12; REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI: *La nueva Ley de Fundaciones*, p. 75; DÍAZ BRITO: “la normativa canaria sobre fundaciones”, p. 3942; DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 147 y p. 346, que expone con perspicacia que la reversión es posible, pero sólo cuando la fundadora es una fundación; y temporalmente, en el caso de las fundaciones “a fe y conciencia”, siempre que la extinción hubiere ocurrido antes del 24 de noviembre de 1996, en virtud de lo dispuesto por la Disposición Transitoria Primera, 2, de la Ley de Fundaciones, SERRANO GARCÍA: “Prólogo” a SERRANO CHAMORRO: *Fundaciones: Dotación y patrimonio*, p. 17; VATTIER FUENZALIDA: “Observaciones sobre la constitución, la modificación y la extinción de las fundaciones”, p. 1458; CARRANCHO HERRERO: “Consideraciones críticas en torno al derecho de reversión de la dotación fundacional”, pp. 1207 a 1220; MORILLO GONZÁLEZ: *La fundación: Concepto y elementos esenciales*, pp. 55 a 58.

²⁹⁹ España. Reglamento de Fundaciones. “Artículo 3. Dotación fundacional.

1. El Protectorado comprobará que la dotación sea adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales.

2. A los efectos previstos en el apartado anterior, el Patronato identificará con precisión los bienes y derechos integrantes de la dotación fundacional. Si la dotación consistiera en dinero, su cuantía se fijará en pesetas. Las aportaciones no dinerarias se cuantificarán de igual forma y se valorarán por el Protectorado con arreglo a las normas reguladoras de dichas aportaciones a sociedades de responsabilidad limitada.

3. (...)”

puramente objetiva de la dotación, supone que las aportaciones dinerarias pueden realizarse tanto en pesetas³⁰⁰ cuanto en moneda extranjera. De otro modo, no es posible dar un sentido a la expresión normativa que estipula que si la dotación consiste en dinero, su cuantía se fije en pesetas (euros), puesto que una dotación dineraria en euros, por definición circular, tiene su cuantía fijada en euros. “Aceptada la posibilidad de que la aportación se haga en moneda extranjera, surge el problema de determinar el momento en que se va a cuantificar dicha aportación, puesto que la cotización de las monedas varía de forma constante. En este sentido, parece lógico pensar que la valoración se debe hacer con respecto a la cotización oficial que tenga la moneda elegida en el momento del otorgamiento de la escritura fundacional, puesto que debe constar en ésta.”³⁰¹ Puesto que la finalidad de la norma es posibilitar un juicio de suficiencia de carácter relativo (esto es, que no requiere montos determinados previamente), y si se trata de monedas de un sistema razonablemente estable como el monetario europeo, inglés o norteamericano, no se puede sino concordar –en principio– con el criterio del autor.³⁰²

Luego, si la dotación es no dineraria, en la escritura debe constar una cuantificación en euros, con indicación de los criterios de valoración empleados. La ley no exige la utilización de unos criterios determinados, extremo que queda por tanto al arbitrio del fundador, sino únicamente que los baremos usados se especifiquen. Como ha precisado DE PRADA GONZÁLEZ³⁰³, la obligación de emplear las normas previstas al efecto para las sociedades de responsabilidad limitada obliga al Protectorado, pero no al fundador.³⁰⁴ A propósito de esta materia, el Reglamento

³⁰⁰ Donde dice pesetas, léase euros, desde la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, que establece en su artículo 3.1 que “desde el 1 de enero de 1999, inclusive, la moneda del sistema monetario nacional es el euro (...)”.

³⁰¹ MORILLO GONZÁLEZ: *El proceso de creación de una fundación*, p. 151. El autor agrega que, en caso de que la moneda en que se haya realizado la aportación no cotice en España, habría que convertirla a una que sí lo haga, como el dólar norteamericano, para luego establecer su equivalencia en euros.

³⁰² En cambio, en un sistema monetario sujeto a variaciones bruscas de los tipos de cambio, el criterio probablemente debiera ser diferente, debiendo realizarse una doble conversión: una, por el fundador, al tiempo de la escritura, y otra, por el Protectorado, para confirmar que la posible variación no incida sobre la viabilidad de la dotación. Esto es lo que debe hacerse, también en nuestro sistema, si la aportación se ha hecho en una moneda de valor volátil.

³⁰³ DE PRADA GONZÁLEZ: “La constitución de fundaciones”, p. 70.

³⁰⁴ Conviene tener presente, a este respecto, el contenido de la ley valenciana, que sí determina cuáles deben ser los criterios de valoración (Art. 11.4 de la Ley 8/1998. *Vid.* el texto de la disposición en la Nota Núm. 319. De modo indirecto, también la ley vasca contiene una indicación de que la valoración debe efectuarse con parámetros de mercado, al exigir un estudio económico que acredite la viabilidad del primer programa de actuación (Art. 9.1 de la Ley 12/1994, y su desarrollo reglamentario. *Vid.* su texto en la Nota Núm 313).

determina la que la obligación de identificación y cuantificación incumbe al Patronato. La referencia resulta confusa y desconcertante, y la doctrina no parece haber reparado en ello, porque la obligación de individualización y cuantificación de la dotación recae legalmente sobre el fundador por acto *inter vivos*, en la propia escritura pública (arts. 8 c) y 10.3). En el caso de una fundación testamentaria, en que el testador se ha limitado a designar bienes y a expresar su voluntad de constituir una fundación, la obligación de otorgar la escritura pública en la que se contengan los demás requisitos exigidos por esta Ley recaerá sobre el albacea testamentario y, en su defecto, en los herederos testamentarios y en caso de que éstos no existieran, por la persona que se designe por el Protectorado (art. 7.4). De modo que no parece existir un margen razonable para que el Patronato pueda actuar en el sentido que impera la norma reglamentaria. Una posibilidad es entender la norma en el marco de la fundación en proceso de formación, momento en el que los integrantes del que será el Patronato deberán realizar “los actos necesarios para la inscripción”. Uno de dichos actos pudiera ser, en caso de insuficiencia parcial o inexactitud de la especificación y valoración de la dotación en la escritura pública, la reparación de esos defectos. En cualquier caso, esta posibilidad es sólo marginal, y para correcciones menores, ya que siendo la mención del artículo 8 c) esencial del negocio jurídico fundacional, su ausencia o su insuficiencia global determina la invalidez del mismo, y sólo pueden ser salvadas por el propio fundador. Se impone, en consecuencia, una aclaración del Reglamento en este aspecto, suprimiendo la mención del Patronato.

Cuestión diversa, en cambio, ocurre con el deber que pesa sobre el Protectorado en orden a valorar la dotación. Aquí –como se avanzó– existe un deber del órgano administrativo en el sentido de valorar la dotación “con arreglo a las normas reguladoras de dichas aportaciones a sociedades de responsabilidad limitada”. El problema surge al constatar que en la ley en cuestión no existe ningún criterio de valoración con arreglo al cual pueda el Protectorado proceder. Esto es, el precepto conduce al Protectorado a un callejón sin salida. En efecto, el artículo 20.1. de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada –relativo a las aportaciones no dinerarias– se limita a prescribir que “en la escritura de constitución o en la de ejecución del aumento del capital social deberán describirse las aportaciones no dinerarias, con sus datos registrales si existieran, la valoración en pesetas que se les atribuya, así como la numeración de las participaciones asignadas en pago.” El numeral segundo, en tanto, remite a la Ley de Sociedades Anónimas, a efectos de regular la responsabilidad por

las aportaciones.^{305/306} Como ha hecho ver con acierto DE PRADA GONZÁLEZ, estas normas sobre entrega y responsabilidad por las aportaciones no dinerarias contenidas en las leyes mercantiles citadas no pueden considerarse aplicables a la disciplina fundacional; primero, porque la remisión reglamentaria es sólo respecto de la valoración, y segundo, porque no parece adecuado aplicar a un acto gratuito como la dotación unas normas pensadas para actos esencialmente onerosos como las aportaciones sociales. Por tanto, el régimen jurídico de la entrega de la dotación y de la responsabilidad por ella se regirá por la propia Ley de Fundaciones, o en su defecto, por las normas generales del Código Civil.³⁰⁷

Frente al vacío regulatorio, y a la actitud que deben tener los Protectorados, la doctrina ha guardado silencio o ha aplicado el puro sentido común. En esta última línea se inscribe MORILLO GONZÁLEZ, quien luego de constatar que tampoco resultan aplicables analógicamente las normas previstas en los artículos 60 y 64 de la ley para la valoración de las deducciones fiscales por las aportaciones que personas naturales o

³⁰⁵ España. Ley 2/1995, de 23 de marzo. Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Artículo 20. “*Aportaciones no dinerarias*. 1. En la escritura de constitución o en la de ejecución del aumento del capital social deberán describirse las aportaciones no dinerarias, con sus datos registrales si existieran, la valoración en pesetas que se les atribuya, así como la numeración de las participaciones asignadas en pago.

2. Será de aplicación a las aportaciones no dinerarias lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas.”

³⁰⁶ España. Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre. Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Art. 39. “*Aportaciones no dinerarias. Responsabilidad*. 1. Si la aportación consistiese en bienes muebles o inmuebles o derechos asimilados a ellos, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos por el Código Civil para el contrato de compraventa, y se aplicarán las reglas del Código de Comercio sobre el mismo contrato en punto a la transmisión de riesgos.

2. Si la aportación consistiere en un derecho de crédito, el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor.

3. Si se aportase una empresa o establecimiento, el aportante quedará obligado al saneamiento de su conjunto, si el vicio o la evicción afectasen a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación.

Procederá también el saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial.”

³⁰⁷ DE PRADA GONZÁLEZ: “La constitución de fundaciones”, p. 72. El propio autor registra que el texto reglamentario tiene en este punto una historia curiosa, demostrativa de la forma de empeorar una redacción deficiente. En efecto, el autor describe cómo en el anteproyecto se establecía que las aportaciones no dinerarias debían ser valoradas de acuerdo a las normas reguladoras de dichas aportaciones a sociedades mercantiles. Expresa que tanto el Centro de Fundaciones como la Confederación Española de Fundaciones acotaron que era mejor referir la norma a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, “habida cuenta de su mayor simplicidad y menor coste”. El gobierno atendió a la observación, y “mejoró” la norma de la manera en que la conocemos (DE PRADA GONZÁLEZ: “La constitución de fundaciones”, p. 71). En el mismo sentido de considerar inaplicables el

jurídicas realicen a fundaciones o asociaciones, porque las pautas que se manejan están alejadas del valor real, concluye que “será válido cualquier criterio de valoración tanto por parte del Protectorado como por parte de los fundadores. Lo normal será tratar de plasmar en la escritura fundacional el valor en el mercado del bien que se aporta. En todo caso, la valoración que se haga saldrá reforzada si, junto a ésta, se aporta el informe emitido por uno o varios peritos independientes de forma similar a lo que exige imperativamente el artículo 38 del TRLSA.”^{308/309} No cabe más que compartir el criterio transcrito, sin perjuicio de sugerir una reforma reglamentaria que suprima la referencia legal a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y que deje abierta la puerta a los criterios de valoración que se juzguen prudencialmente oportunos por parte del Protectorado.

2.3.2. Derecho autonómico

En el ámbito competencial que les es propio, y siendo la presente una materia respecto de la que es posible el ejercicio legislativo autonómico, algunas Comunidades Autónomas han regulado el tema de la identificación y valoración de la dotación, con variaciones respecto de la ley estatal.

Entre las normas previas a la ley estatal, se encuentra la ley catalana, que en esta materia no exige como contenido mínimo de la escritura fundacional la valoración de la dotación, sino exclusivamente una descripción de los bienes y derechos que la integran, una referencia a su naturaleza (sea lo que sea lo que eso signifique), su pertenencia (hay que suponer que se refiere a la mención del propietario de cada bien aportado, en caso de ser varios los fundadores) y sus cargas y el título de la

resto de las normas reguladoras del aporte en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, FERRANDO VILLALBA: “La dotación fundacional”, p. 1603.

³⁰⁸ MORILLO GONZÁLEZ: “El proceso de creación de una fundación”, p. 152. La sigla alude, como se sabe, al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

³⁰⁹ España. Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre. Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. “Art. 38. *Aportaciones no dinerarias. Informe pericial*. 1. Las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de ser objeto de un informe elaborado por unos o varios expertos independientes designados por el Registrador Mercantil conforme al procedimiento que reglamentariamente se disponga.

2. El informe de los expertos contendrá la descripción de cada una de las aportaciones no dinerarias, con sus datos registrales, en su caso, así como los criterios de valoración adoptados, con indicación de si los valores a que éstos conducen corresponden al número y valor nominal y, en su caso, a la prima de emisión de las acciones a emitir como contrapartida.

3. El informe se incorporará como anexo a la escritura de constitución de la Sociedad o a la de ejecución del aumento del capital social, depositándose una copia autenticada en el Registro Mercantil al presentar a inscripción dicha escritura.”

aportación.^{310/311} Por tanto, la tarea de la valoración recae sólo sobre el Protectorado, salvo que, en ejercicio de su libertad de determinación del contenido negocial, el fundador agregue voluntariamente una valoración, para facilitar la tarea del Protectorado.

El contenido de la recién mencionada disposición catalana fue literalmente transpuesto a la ley de fundaciones de interés gallego, por lo que huelga todo comentario a su respecto.³¹²

La disciplina de fundaciones del País Vasco, en cambio, contiene a nivel legal sólo una indirecta indicación de que la dotación debe valorarse, y que la valoración debe efectuarse con parámetros de mercado, al exigir junto con la escritura fundacional, un estudio económico que acredite la viabilidad del primer programa de actuación: Es evidente que no puede presentarse un estudio de esa naturaleza sin efectuar, como primer paso indispensable, una valoración de la dotación, y es también evidente que un estudio económico no puede sino realizarse sobre la base de una tasación ajustada al valor venal.³¹³ Esta norma ha sido aplaudida por MARÍA DE LOURDES FERRANDO, lamentando que no se hubiese introducido una norma semejante en la Ley de Fundaciones estatal.³¹⁴ A nivel reglamentario, en cambio, el País Vasco exige “en el caso de aportación no dineraria, la intervención de expertos

³¹⁰ Cataluña. Ley 1/1982. Artículo 8. La escritura pública de carta fundacional contendrá por los menos: (...) d) La dotación inicial de la fundación, con la descripción y la naturaleza de los bienes y los derechos que la integran, su pertenencia y sus cargas y el título de la aportación. (...)”

³¹¹ PUIG I FERRIOL: “Les fundacions privades catalanes”, p. 136.

³¹² Galicia. Ley 7/1983. Artículo 5º.1. “La escritura pública de la carta fundacional comprenderá, sin perjuicio de todas aquellas condiciones lícitas que los fundadores establezcan, los siguientes extremos: (...) d) La dotación inicial de la Fundación, con la descripción y la naturaleza de los bienes y los derechos que la integran, su pertenencia y sus cargas y el título de aportación. (...)”

³¹³ País Vasco. Ley 12/1994. Artículo 9. “Dotación patrimonial. 1. La dotación patrimonial podrá consistir en bienes y derechos de cualquier tipo, que habrán de ser suficientes para el desarrollo del primer programa de actuación, que deberá constar en la escritura fundacional junto con un estudio económico que acredite la viabilidad del mismo utilizando exclusivamente dichos recursos. (...)” Esta norma se desarrolla por el artículo 31 c) del Decreto 404/1994, que contiene el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Protectorado y del Registro de Fundaciones del País Vasco, norma que establece que al solicitar la inscripción de constitución de una fundación, debe adjuntarse, entre otra documentación “la justificación acreditativa de la aportación efectiva de la dotación inicial adecuada para el desarrollo del primer programa de actuación, expresado a través del presupuesto correspondiente al primer ejercicio de la fundación, elaborado tal y como se dispone en el artículo 53, junto con un estudio económico emitido por un profesional autorizado legalmente para hacerlo, que acredite la viabilidad del mismo con los recursos aportados.”

³¹⁴ FERRANDO VILLALBA: “La dotación fundacional”, p. 1604. También aplaudiendo la norma, GOMEZA VILLA: “Comparación de la Ley de Fundaciones del País Vasco con la ley 30/1994”, p. 304.

independientes que verifiquen la valoración de los bienes aportados (art. 31.1.c) del Reglamento).”³¹⁵

De entre las normas autonómicas dictadas con posterioridad a la ley 30/1994, la Ley 10/1996, de Navarra, sigue a la letra, en las primeras frases del artículo 7.4, al artículo 10 de la ley estatal, aunque omite la necesidad de acreditar ante el Notario actuante la realidad de las aportaciones.³¹⁶

La Comunidad de Madrid, al aprobar el texto de su propia Ley de Fundaciones, siguió el partido de alterar la redacción de la ley estatal, pero manteniendo esencialmente su contenido. La única variación de interés, al margen de las consideraciones literarias sobre la diferente redacción, es la exigencia de que, además de especificarse los criterios de valoración, se exprese la correspondiente justificación del empleo de esos criterios.³¹⁷ En cambio, la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Canarias sigue literalmente, y sin titubeos, a la ley estatal.³¹⁸

Finalmente, se encuentra la Ley de Fundaciones de la *Generalitat* de Valencia. Esta norma sí que presenta innovaciones significativas, porque, como se avanzó al comentar la ley 30/1994 en esta materia, se preocupa por determinar la forma de justificar las aportaciones de dinero (mediante certificación acreditativa de la entidad de crédito de hallarse depositadas en la misma a nombre de la fundación en constitución o constituida), así como de establecer, con notable rigor casuístico, qué parámetros de valoración deben utilizarse en cada caso, para las aportaciones no dinerarias. Así, establece que tratándose de bienes muebles o inmuebles, se deberá acompañar una tasación expedida por titulado competente bajo su responsabilidad. Si

³¹⁵ GOMEZA VILLA: “Comparación de la Ley de Fundaciones del País Vasco con la ley 30/1994”, p. 304.

³¹⁶ Navarra. Ley 10/1996. Art. 7. (...) 4. “Si la dotación consistiera en dinero su cuantía se fijará en pesetas. Las aportaciones no dinerarias se cuantificarán en igual forma y se especificarán los criterios de valoración utilizados. A los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se podrán considerar como dotación las aportaciones comprometidas por terceros, siempre que estuvieren garantizadas. En ningún caso se considerará como tal el mero propósito de recaudar donativos.”

³¹⁷ Madrid. Ley 1/1998. Artículo 5. “Dotación. (...) 2. La cuantía de la dotación habrá de fijarse en pesetas, tanto si consiste en dinero como si se tratase de aportaciones no dinerarias. En este segundo caso habrán de incluirse en la escritura correspondiente los criterios de valoración aplicados y su adecuada justificación.

3. La realidad de las aportaciones se acreditará ante el Notario actuante. (...)”

³¹⁸ Canarias. Ley 2/1998. Art. 11. “Dotación (...) 3. Si la dotación consistiera en dinero, su cuantía se fijará en pesetas. Las aportaciones no dinerarias se cuantificarán en igual forma y se especificarán los criterios de valoración utilizados. En uno y otro caso se acreditará ante el Notario actuante la realidad de las aportaciones.”

se trata de valores bursátiles, se requiere una certificación de la bolsa respectiva, referida al quinto día anterior a la constitución de la fundación o de la escritura de aportación. Finalmente, si se trata de valores no bursátiles o participaciones en sociedades mercantiles, se debe adjuntar una certificación del órgano de administración de la entidad respectiva, relativa a su valor contable con arreglo a su último balance. Todos estos documentos, según la ley, deben incorporarse originales a la escritura pública.³¹⁹ La norma valenciana es muy interesante, porque resulta perfectamente ilustrativa del camino que de todos modos deben seguir los fundadores en cualquiera de los casos en que deban valorar la dotación con un grado de justificación jurídicamente razonable. Según CUÑAT EDO y LINARES ANDRÉS, “se siguen pautas semejantes a las utilizadas en las sociedades mercantiles, pero con una mayor flexibilidad.”³²⁰

2.4. Criterios de magnitud de la dotación

Establecida la esencialidad de la dotación patrimonial para la constitución de una fundación, pretendo analizar, bajo el rótulo que encabeza estas líneas, las directrices legales que permiten establecer para esa dotación un mínimo cuantitativo (en relación con los fines perseguidos) y un máximo proporcional (en relación con la capacidad o potencia del patrimonio del fundador). Trataré, pues, en primer lugar, de

³¹⁹ Valencia. Ley 8/1998. Artículo 11. *Dotación de la fundación (...)*

2. La dotación deberá consignarse, ya sea dineraria o no dineraria, en la moneda de curso legal en España, y deberá ser adecuada y suficiente para con sus rendimientos financiar al menos el 50 por 100 de los gastos previstos en el primer programa de actuación de la fundación, lo que deberá acreditarse con un estudio económico de viabilidad.

3. Las aportaciones dinerarias a la dotación se justificarán al Notario autorizante de la escritura de constitución, o si la aportación con carácter dotacional fuera posterior, al patronato, que lo pondrá en conocimiento del Registro de Fundaciones, y se justificará, en ambos casos, mediante certificación acreditativa de la entidad de crédito de hallarse depositadas en la misma a nombre de la fundación en constitución o constituida.

4. “Las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su clase y naturaleza, deberán ser efectuadas por los aportantes en la escritura de constitución o de aportación a la dotación, donde figurarán debidamente reseñadas, y su valor se acreditará al Notario autorizante de la forma siguiente:

a) Tratándose de bienes muebles o inmuebles, mediante certificación por titulado competente bajo su responsabilidad, salvo lo dispuesto en los dos apartados b) y c) siguientes.

b) Si fueran valores cotizados en mercado secundario oficial, mediante certificación de la bolsa donde se cotizaran referida al quinto día anterior a la constitución de la fundación o de la escritura de aportación.

c) Si se tratase de valores no cotizados en mercado secundario, o participaciones en sociedades mercantiles, mediante certificación del órgano de administración de la entidad a que correspondan dichos bienes acreditativa de su valor contable con arreglo a su último balance.

Dichos documentos se incorporarán originales a la escritura pública.”

³²⁰ CUÑAT EDO y LINARES ANDRÉS: “Las fundaciones en la Comunidad Autónoma Valenciana”, p. 2955.

abordar los baremos de magnitud mínima (suficiencia y adecuación) y luego, de los criterios legales que, indirectamente, establecen unas cotas máximas a la generosidad del sujeto que instituye una fundación.

2.4.1. Los criterios de magnitud mínima: suficiencia y adecuación

2.4.1.1. La suficiencia dotacional

2.4.1.1.1. La opción legislativa

El tema de la magnitud mínima del patrimonio es abordado por la Ley de Fundaciones en dos ocasiones principales: A propósito de su constitución, de modo directo y categórico; y como antecedente para su fusión o extinción, de modo oblicuo.³²¹ Me ocuparé en este trabajo únicamente del primero de esos momentos, esto es, del punto de salida patrimonial.

Ya antes de la promulgación de la ley, la mejor doctrina había postulado la necesidad de suficiencia o adecuación del patrimonio inicial para hacer frente de modo apropiado a las tareas de realización del fin. Así, muy tempranamente, DE CASTRO Y BRAVO³²², y más recientemente, CAFFARENA LAPORTA, que sostuvo la conveniencia de exigir legalmente que el patrimonio fundacional fuese “suficiente, o mejor dicho, adecuado para poder llevar a cabo la finalidad de la fundación.”³²³ En consonancia con esa idea, el Proyecto enviado al Congreso explicitaba la necesidad de suficiencia de la

³²¹ En este último sentido, la magnitud patrimonial se erige en una suerte de “línea de flotación” de la Fundación, que está determinada por la posibilidad de que ésta llegue a extinguirse –salva la posibilidad de su modificación o fusión– cuando se haga imposible el cumplimiento del fin (Art. 39 Código Civil, y 29 d) de la Ley 30/1994). Esto ocurrirá, en relación a los medios necesarios para realizarlo “bien porque estos hayan desaparecido totalmente, o se hayan reducido de tal forma que resulten insuficientes para ello.” (CAFFARENA LAPORTA: “Comentario a los Arts. 35 a 41 del Código Civil”, p. 249). La interesante sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1999 (Recurso de Casación núm. 4483/1993, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, Ponente Excmo. Sr. D. Mariano Baena del Alcázar), pone en acción este principio, sancionando la extinción de una fundación cuyo patrimonio bruto ascendía a unos 267 millones de pesetas, con deudas por unos 230 millones, y cuya finalidad era la enseñanza de oficios a jóvenes de los barrios modestos de Badajoz (extinción solicitada por la propia fundación, y a la cual la Administración se opusiera).

³²² DE CASTRO Y BRAVO: *La Persona Jurídica*, p. 298.

³²³ CAFFARENA LAPORTA: *El Régimen Jurídico de las Fundaciones*, p. 113. También en “El negocio fundacional y la constitución de las fundaciones”, p. 102. En contra de exigir suficiencia, o en último término, de referirla a un concreto programa fundacional, y comentando el Proyecto de Ley, DE PRADA GONZÁLEZ: “Algunas Observaciones sobre el Proyecto de Ley de Fundaciones”, p. 854, sostenía que la exigencia es “incongruente” porque resulta imposible determinar la suficiencia si se permite una indeterminación de los fines, y “perturbadora”, porque si se aplica con rigor impediría la aparición de un gran número de fundaciones.

dotación. Durante el trámite parlamentario la norma no sufrió mayores modificaciones, ya que fueron rechazadas las enmiendas que proponían fijar un mínimo dinerario. En definitiva, sólo se agregó el matiz de la adecuación, quedando la norma del artículo 10 diseñada en términos tales que “la dotación, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales.” Puesto que lo suficiente se predica de aquello que es “bastante para lo que se necesita”³²⁴ el propósito legislativo no resulta obscuro: el requisito de suficiencia constituye un mínimo de viabilidad³²⁵, porque el legislador ha intentado evitar la constitución de fundaciones inoperantes por falta de medios, y así lo ha hecho ver la generalidad de la doctrina.

2.4.1.1.2. El entorno europeo

Como simple ejercicio de coherencia interna con la consideración del patrimonio como requisito esencial para la constitución de una fundación, en los ordenamientos jurídicos del entorno europeo la exigencia de suficiencia dotacional no es en absoluto desconocida, aunque la forma de concretarla resulta muy variable. En efecto, prácticamente todos los Estados optan por alguna fórmula que evite la constitución de fundaciones sin un mínimo de viabilidad, pero en ocasiones se opta por exigirla directamente, sea por la vía de fijar un monto monetario mínimo, sea por la vía de establecer la suficiencia como requisito previo; y en otras ocasiones, la exigencia resulta impuesta implícita e indirectamente, al establecerse como causa de disolución la insuficiencia patrimonial.

Así, el artículo 188 del Código Civil portugués establece una exigencia directa en este sentido, por la vía de la inclusión de un concepto jurídico indeterminado como es el de suficiencia, e impera a la autoridad administrativa la negación del reconocimiento cuando los bienes sean insuficientes para la persecución del fin, y no haya tampoco expectativas fundadas de supresión de la falencia.³²⁶ La doctrina lusa ha indicado que “la imposibilidad de realización del fin previsto es una causa de extinción de las fundaciones (art. 192, N.º 2º, al. 1ª). No debe, pues, permitirse su reconocimiento cuando haya, de inicio, fundamento para su extinción.”³²⁷

³²⁴ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Voz “suficiente”.

³²⁵ La expresión es de GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La Fundación: Un Estudio Jurídico*, p. 75.

³²⁶ Código Civil de Portugal. Art. 188º Reconhecimento “2. *Será igualmente negado o reconhecimento, quando os bens afectados à fundação se mostrem insuficientes para a prossecução do fim visado e não haja fundadas expectativas de suprimento da insuficiência.*”

³²⁷ PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA: *Código Civil Anotado*, p. 183.

En el caso italiano, el legislador estuvo más preocupado de establecer controles administrativos al aumento del patrimonio fundacional, de modo de evitar una acumulación de riqueza improductiva en “manos muertas”³²⁸, y no existe, por tanto, una específica prescripción sobre una “medida inicial mínima indisponible”³²⁹, ni tampoco algún criterio de orden cualitativo³³⁰, pese a que la norma del artículo 16 del *Codice*³³¹ exige un patrimonio para el reconocimiento. Existen sin embargo varias referencias indirectas a la suficiencia patrimonial en relación a los fines de la entidad, que hacen que la doctrina sea unánime al exigir una cierta congruencia entre los fines propuestos y los medios destinados a perseguirlos. En efecto, de una parte el artículo 2 de las “normas de actuación” del Código Civil establece la necesidad de acreditar ante la autoridad administrativa, mediante copia auténtica del acto constitutivo y cualesquiera otros documentos, el fin fundacional y los medios patrimoniales para proveer a su realización.³³² Antes del reconocimiento, procede obligatoriamente un informe del Consejo de Estado acerca, precisamente, de los fines y de la idoneidad del patrimonio para realizarlos.³³³ Por otra parte, el artículo 28 del propio *Codice* prescribe que cuando el patrimonio de una fundación de interés general devenga insuficiente, la Administración, antes de declarar extinta la fundación, puede provocar su transformación, intentando alejarse lo menos posible de la voluntad del fundador.³³⁴

³²⁸ Véase el contenido del derogado artículo 17 del *Codice*: “Art. 17 Acquisto di immobili e accettazione di donazioni, eredità e legati. *La persona giuridica non può acquistare beni immobili, né accettare donazioni o eredità, né conseguire legati senza l'autorizzazione governativa (473, 782; att. 5-7). Senza questa autorizzazione, l'acquisto e l'accettazione non hanno effetto*”.

Con mayor especificidad, y dando cuenta del estado actual de la cuestión en el *ordinamento* italiano, puede consultarse bajo el epígrafe “Italia”, el apartado de Derecho Comparado del capítulo relativo a la adquisición de bienes, en la Segunda Parte de este trabajo, en la pág. 362.

³²⁹ La expresión es de DE MARTINI: *Le associazioni e le fondazioni*, p. 205.

³³⁰ GALGANO: “Delle persone giuridiche”, p. 201.

³³¹ Art. 16 Atto costitutivo e statuto. Modificazioni 1. *L'atto costitutivo e lo statuto devono contenere la denominazione dell'ente, l'indicazione dello scopo, del patrimonio e della sede, nonché le norme sull'ordinamento e sulla amministrazione. Devono anche determinare, (...) quando trattasi di fondazioni, i criteri e le modalità di erogazione delle rendite.*

³³² *Codice Civile Italiano. Norme di attuazione. Art. 2 “La domanda per il riconoscimento di una persona giuridica (Cod. Civ. 12 e seguenti) deve essere accompagnata dalla copia autentica dell'atto costitutivo e dello statuto e da quegli altri documenti che possono, secondo le circostanze, servire a dimostrare lo scopo dell'ente e i mezzi patrimoniali per provvedervi. Il riconoscimento delle fondazioni può essere concesso dall'autorità governativa anche d'ufficio.”*

³³³ ALPA: “Il Regime delle Fondazione in Italia e in Francia”, p. 23; CASSESE: “La disciplina delle fondazioni”, p. 166; ZOPPINI: *Le Fondazioni. Dalla Tipicità alle Tipologie*, p. 159.

³³⁴ *Codice Civile Italiano. Art. 28 Trasformazione delle fondazioni. “Quando lo scopo è esaurito o divenuto impossibile o di scarsa utilità, o il patrimonio è divenuto insufficiente, l'autorità governativa, anziché dichiarare estinta la fondazione, può provvedere alla sua trasformazione, allontanandosi il meno possibile dalla volontà del fondatore.*

Por todo ello, “cuando los recursos del ente se juzgan insuficientes para perseguir con estabilidad y autonomía los fines propuestos, el Consejo de Estado ha rechazado la concesión del reconocimiento de la personalidad jurídica.”³³⁵ “Por eso, también para las fundaciones, el patrimonio debe ser adecuado en su monto a las exigencias que surgirán de la actividad de persecución del fin, comprendida allí aquella de sostener los costes de la gestión, con la necesaria tranquilidad y autonomía. Por este conjunto de motivos, la suficiencia y la adecuación del patrimonio no puede ser valorada sobre la base de expectativas o previsiones, sino que debe resultar de su composición y rentabilidad actuales. Por otra parte, los criterios que informan las reglas adoptadas por el Consejo de Estado en la valoración de la congruencia y adecuación patrimonial resultan muy rigurosos, justamente en consideración de las dos funciones institucionalmente asignadas al patrimonio. La aplicación de estos principios conduce tradicionalmente a excluir que el patrimonio pueda estar constituido, en medida más o menos relevante, por compromisos u obligaciones del fundador y de terceros, de proveer la erogación futura de sumas de dinero, excluyendo por tanto del ámbito de valoración a las atribuciones patrimoniales con forma de donaciones obligatorias. (Art. 769 Cod. Civ.). La afirmación puede compartirse si no se entiende en un sentido excesivamente rígido, sin tener en cuenta las efectivas circunstancias y condiciones del caso concreto. Aún sin considerar el número de fundaciones cuyo patrimonio está constituido esencialmente de acciones o participaciones societarias (y cuyos rendimientos son por tanto eventuales), está el hecho de que el propio Consejo de Estado juzga admisible y legítima la fundación *holding*, así como financiada la correspondiente fundación, cuyos ingresos normalmente consisten en erogaciones provenientes del *holding*.”³³⁶

La trasformazione non è ammessa quando i fatti che vi darebbero luogo sono considerati nell'atto di fondazione come causa di estinzione della persona giuridica e di devoluzione dei beni a terze persone.

Le disposizioni del primo comma di questo articolo e dell'art. 26 non si applicano alle fondazioni destinate a vantaggio soltanto di una o più famiglie determinate.”

³³⁵ DE GIORGI: “Commentario agli artt. 11 a 35”, p. 157; con referencias a dictámenes específicos del Consejo de Estado en este sentido. En el mismo sentido, ZOPPINI: “Note sulla costituzione della fondazioni”, p. 95; y GALGANO: *Le Associazioni, le Fondazioni, I Comitati*, p. 356. El mismo autor, en “Delle persone giuridiche”, p. 202, refiere decisiones del *Consiglio di Stato* en el sentido de que “no debe reconocerse la personalidad jurídica de una fundación que disponga de un patrimonio insuficiente para asegurar su estabilidad y funcionalidad”, o que “no puede ser reconocida personalidad jurídica a un ente que se proponga fines excesivamente amplios en relación con los medios disponibles, y agrega que un fundamento importante de esta exigencia es la ausencia, en las fundaciones y las asociaciones, de responsabilidad personal de los asociados o gestores. Otras decisiones pueden consultarse en TAMBURRINO: *Persone Giuridiche*, p. 193 y 194.

³³⁶ DE MARTINI: *Le associazioni e le fondazioni*, p. 189. La jurisprudencia, según RESCIGNO: “Fondazione (dir. civ.)”, p. 805, ha confirmado esta interpretación flexible, y cita casos en que se ha considerado bastante el elemento patrimonial cuando la fundación tenía el derecho de aprovechar los

En el caso de Suiza, no existe una norma expresa que impere algún mínimo dotacional, y por tanto no existe subordinación de la constitución de una fundación a la exigencia de un capital mínimo. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina concuerdan en que el monto del patrimonio debe hallarse en proporción con el fin que se pretende alcanzar,³³⁷ intentando evitar “los casos en que un fundador con mucho idealismo y poco capital inicial establece una fundación y ante la imposibilidad subsecuente de aumentar esa capital, y perdido el interés por su creación, ella descansa como simple “fichero muerto” en los archivos del Protectorado.”³³⁸

En Alemania, en tanto, tampoco se encuentra legalmente regulado a nivel federal el punto relativo a la dotación mínima que debe realizarse para constituir una fundación, en consecuencia con la timidez con la que doctrinariamente comienza a exigirse un patrimonio como requisito de constitución. Sin embargo, a semejanza del caso italiano, la existencia de una norma que impone la revocación del acto administrativo de autorización, y la consecuente caducidad de la personalidad jurídica, en el caso de que durante la vida de la fundación el activo se revele insuficiente para satisfacer el fin fundacional³³⁹, hace que la administración deba verificar la suficiencia dotacional antes de otorgar la autorización.³⁴⁰ La suficiencia dotacional, en relación al fin de la fundación se erige, pues, en “condición de funcionalidad”³⁴¹ de la fundación, ya que no es requisito legal. En ausencia de parámetros legales precisos, la práctica demuestra que las diferencias entre las fundaciones individuales resultan muy

rendimientos patrimoniales del ente cuya administración detentaba; así como el reconocimiento por el Consejo de Estado, como fundación, de un ente que tenía el encargo de administrar un patrimonio cuyos rendimientos debían ser erogados a otras fundaciones. La evolución jurisprudencial y administrativa se encamina al aumento de esta flexibilidad. Así lo pone de manifiesto DE GIORGI: “Commentario agli artt. 11 a 35”, p. 157, señalando que “la doctrina más reciente revela que, aunque el Consejo de Estado había excluido la admisibilidad de una fundación desprovista de un patrimonio adecuado, de un examen de los estatutos resulta que con cada vez mayor frecuencia se constituyen fundaciones con un patrimonio insuficiente para la consecución del fin propuesto, o incluso sostenidas en el simple compromiso del fundador en cuanto a subvencionar al ente.”

³³⁷ PAVEL: “Schweiz”, p. 67; ALFANDARI: *Associations et Fondations en Europe*, p. 513, con cita de jurisprudencia del Tribunal Federal; CAFFARENA LAPORTA: *El régimen jurídico de las fundaciones*, p. 103, con referencia doctrinal.

³³⁸ RIEMER: “Das deutsche Stiftungsrecht aus der Sicht des schweizerischen”, p. 356.

³³⁹ Alemania. BGB. Parágrafo § 87 [Aufhebung der Stiftung bei Zweckverfehlung und Umwandlung des Zweckes] “(1) Ist die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden oder gefährdet sie das Gemeinwohl, so kann die zuständige Behörde der Stiftung eine andere Zweckbestimmung geben oder sie aufheben.”

³⁴⁰ HENNERKES Y SCHIFFER: *Stiftungsrecht*, p. 89; ALFANDARI: *Associations et Fondations en Europe*, p. 412.

³⁴¹ La expresión es de PUES, LOTHAR: *Stiftungen. Vermögen übertragen und verwalten*, p. 77.

grandes³⁴², existiendo por ello para cada caso particular un notable margen para la evaluación de la dotación patrimonial. La respuesta a la pregunta por el patrimonio suficiente depende prioritariamente de los respectivos fines fundacionales y de la práctica concreta de los Protectorados específicos, en cada uno de los *Länder*.³⁴³ En síntesis, y en palabras de alguna doctrina, el análisis de la práctica demuestra que las diferencias llegan casi hasta la frontera de la arbitrariedad.³⁴⁴

Algo similar –en el sentido de no existir una norma que directamente impere un mínimo dotacional, concreto o abstracto– ocurre en Holanda con el artículo 301 del Código Civil, que prescribe que la fundación puede ser disuelta judicialmente, a instancia de un interesado o del ministerio público, si el patrimonio resulta definitivamente insuficiente para realizar el objeto fundacional, y la posibilidad de adquirirlo en un tiempo previsible mediante contribuciones o de otro modo resulta inverosímil. Esta decisión puede adoptarla también el Tribunal, de oficio, cuando se le solicita la modificación estatutaria, al tiempo que deniega la solicitud.³⁴⁵ Mucho más tenue, pero en la misma línea se encuentra el artículo 41 de la ley belga, que determina que si la fundación (establecimiento de utilidad pública) deviene incapaz de satisfacer en el futuro los servicios para los que fue creada, puede determinarse judicialmente la disolución de la misma.³⁴⁶ Justamente por ello, la doctrina apunta que el gobierno debe

³⁴² SEIFART y VON CAMPENHAUSEN: *Handbuch des Stiftungsrechts*, p. 234, sostienen que las dotaciones fundacionales se mueven, en la práctica (y para las fundaciones civiles), en el rango que va desde los 3.000 DM (5.867,49 Euros) hasta los 100.000 DM (195.583 Euros).

³⁴³ Las normas de los *Länder* no suelen contener prescripciones específicas sobre el punto, salvo alguna que exige que la satisfacción duradera y estable del fin se encuentre garantizada, para proceder a la autorización de la fundación, como ocurre con la Ley de Fundaciones de Bremen (§ 4 “Genehmigung. (...) (2) Eine Stiftung darf nicht genehmigt werden, wenn die dauerhafte und nachhaltige Verwirklichung des Stiftungszwecks nicht gewährleistet ist (...)”); o con la de Hesse (§ 3 “Genehmigung. (...) (2) Eine Stiftung darf nur genehmigt werden, wenn die Verwirklichung des Stiftungszwecks nachhaltig gesichert erscheint.”)

³⁴⁴ HENNERKES Y SCHIFFER: *Stiftungsrecht*, p. 89.

³⁴⁵ Holanda. Burgerlijk Wetboek. Boek II: Rechtspersonen. Artikel 301. “1) De rechtbank ontbindt de stichting op verzoek van een belanghebbende of op vordering van het openbaar ministerie, indien:

a. het vermogen van de stichting ten enenmale onvoldoende is voor de verwezenlijking van haar doel, en de mogelijkheid dat een voldoende vermogen door bijdragen of op andere wijze in afzienbare tijd zal worden verkregen, in hoge mate onwaarschijnlijk is;

b. het doel der stichting is bereikt of niet meer kan worden bereikt, en wijziging van het doel niet in aanmerking komt.

2) De rechtbank kan ook ambtshalve de stichting ontbinden tegelijk met de afwijzing van een verzoek of vordering als bedoeld in artikel 294.”

³⁴⁶ Bélgica. Loi du 27 juin 1921. Art. 41. “Si l'établissement d'utilité publique est devenu incapable de rendre, à l'avenir, les services pour lesquels il a été institué, le tribunal, à la requête du ministère public, pourra prononcer la dissolution de l'institution.

rechazar la autorización de la entidad cuando “desde el comienzo, la fundación no se encuentra en situación de poder satisfacer su fin.”³⁴⁷ La norma luxemburguesa es igual, sólo que agrega como titular de la acción judicial a los administradores fundacionales y a terceros interesados, además del ministerio público.³⁴⁸

Un caso diverso lo constituye la disciplina del Principado de Liechtenstein, que –siempre bajo el principio del respeto máximo a la voluntad del fundador– permite al Protectorado, en caso de ausencia o insuficiencia de las disposiciones del fundador, prever administrativamente las medidas necesarias para la organización de la fundación, de modo que pueda inscribirse. Pero si esto se considera poco provechoso, por ejemplo, porque el patrimonio es muy escaso, el Protectorado puede, en tanto el fundador no se oponga o el negocio fundacional o los estatutos digan otra cosa, asignar fiduciariamente el patrimonio a otra fundación que tenga en lo posible un fin equivalente.³⁴⁹

Otros ordenamientos siguen el partido de exigir una aportación mínima monetariamente determinada, sea legal, sea reglamentariamente (alternativa que, si bien es menos flexible, ahorra una interesante cantidad de problemas, como decidió el legislador austríaco, al que luego me referiré).

Si la dissolution est prononcée, le juge nomme un ou des liquidateurs qui, après apurement du passif, donnent aux biens la destination prévue par les statuts. Au cas où cette destination ne pourrait être réalisée, les liquidateurs à ce autorisés par le tribunal, remettront les biens au gouvernement. Celui-ci leur attribuera une destination se rapprochant autant que possible de l'objet en vue duquel l'institution a été créée.”

³⁴⁷ ANSIAUX y ALLARD: “Belgien”, p. 47.

³⁴⁸ Luxemburgo. Loi du 21 avril 1928. Art. 41. “*Si l'établissement d'utilité publique est devenu incapable de rendre, à l'avenir, les services pour lesquels il a été institué, le tribunal, à la requête d'un administrateur, d'un tiers intéressé ou du ministère public, pourra prononcer la dissolution de l'institution.*”

Si la dissolution est prononcée, le juge nomme un ou des liquidateurs qui, après apurement du passif, donnent aux biens la destination prévue par les statuts. Au cas où cette destination ne pourrait être réalisée, les liquidateurs à ce autorisés par le tribunal, remettront les biens au gouvernement. Celui-ci leur attribuera une destination se rapprochant autant que possible de l'objet en vue duquel l'institution a été créée.”

³⁴⁹ Liechtenstein. Das Personen- und Gesellschaftsrecht vom 20. Januar 1926. Art. 562. “II. Anordnung der Aufsichtsbehörde.

1) *Ist keine Organisation vorgesehen oder die vorgesehene ungenügend, so hat die Aufsichtsbehörde im Verwaltungswege unter entsprechender Berücksichtigung der Vorschriften über die Organisation der Stiftung die nötigen Verfügungen zu treffen und erforderlichenfalls ins Öffentlichkeitsregister eintragen zu lassen.*

2) *Können diese nicht zweckdienlich getroffen werden, wie etwa bei zu geringem Vermögen, so hat die Aufsichtsbehörde, sofern der Stifter keinen Einspruch erhebt oder nicht eine Bestimmung der Stiftungsurkunde oder des Stiftungsstatuts ausdrücklich entgegensteht, das Vermögen einer andern Stiftung mit möglichst gleichartigem Zwecke zu treuen Händen zuzuwenden.”*

Un caso muy interesante, y de actual debate doctrinal, es el de la legislación francesa, que presenta dos modalidades diversas de fijación de mínimos dotacionales. Para las fundaciones de empresa se exige unas cantidades monetarias mínimas fijadas reglamentariamente. En estos casos, el monto de mínimo de la dotación inicial es determinado en función de su propio programa de acción. Según la ley, la dotación inicial debe quedar comprendida entre el 20 por 100 del monto mínimo del programa de acción plurianual, y el 20 por 100 del monto del programa de acción plurianual de la fundación de empresa.³⁵⁰ Por su parte, el decreto de aplicación de la ley establece que el monto mínimo del programa de acción plurianual es de un millón de francos, y establece, asimismo, los montos dotacionales mínimos en función de la envergadura de los concretos planes de acción.³⁵¹

Para las fundaciones reconocidas de utilidad pública, en cambio, no existe un mínimo dotacional fijado monetariamente por la ley. Con todo, la práctica del *Conseil d'Etat* y la generalidad de la doctrina coinciden en que respecto de esta clase de fundaciones debe mantenerse el criterio clásico de la fundación basada en una dotación suficiente para generar un financiamiento seguro de sus actividades normales. “Por regla general, se exige, como mínimo, una dotación de cinco a siete millones de francos. En efecto, la administración duda en conceder el reconocimiento a aquellas fundaciones que, incluso financieramente sanas, no pueden equilibrar sus cuentas más que a un nivel muy modesto.”³⁵² Según POMEY, el criterio del Consejo de Estado es

³⁵⁰ Francia. Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987: Article 19-6 (inséré par Loi n° 90-559 du 4 juillet 1990, Art. 4 Journal Officiel du 6 juillet 1990) “*La dotation initiale minimale, dont le montant est déterminé dans des conditions fixées par voie réglementaire, est comprise entre le cinquième du montant minimal du programme d'action pluriannuel visé à l'article 19-7 et le cinquième du montant du programme d'action pluriannuel de la fondation d'entreprise.*”

Article 19-7 (inséré par Loi n° 90-559 du 4 juillet 1990 art. 4 Journal Officiel du 6 juillet 1990) “*Les statuts de la fondation d'entreprise comprennent un programme d'action pluriannuel dont le montant ne peut être inférieur à une somme fixée par voie réglementaire.*”

³⁵¹ Francia. Décret 91-1005 du 30 septembre 1991 pris pour l'application de la loi 90-559 de 4 juillet 1990. Art. 7 “*Le montant du programme d'action pluriannuel mentionné à l'article 19-7 de la loi du 23 juillet 1987 précitée ne peut être inférieur à 1 000 000 F.*”

La dotation initiale minimale mentionnée à l'article 19-6 de la loi du 23 juillet 1987 précitée est fixée:

1° A 200 000 F. si le montant défini à l'alinéa précédent est inférieur à 2 000 000 F.;

2° A 350 000 si ce montant est compris entre 2 000 000 F. et 3 000 000 F.;

3° A 500 000 si ce montant est compris entre 3 000 000 F. et 4 000 000 F.;

4° A 650 000 si ce montant est compris entre 4 000 000 F. et 5 000 000 F.;

5° A 800 000 si ce montant dépasse 5 000 000 F.”

³⁵² BARON y DELSOL: *Les fondations*, p. 21. Este rigor, sin embargo, se encuentra atemperado por la posibilidad que en Francia tienen los proyectos benéficos de mediano o escaso calibre financiero, de acogerse al “paraguas” de la *Fondation de France*, entidad que ofrece a las personas físicas o morales

que “conforme a su finalidad, la dotación debe ser de un monto y de una naturaleza tales que, en las circunstancias usuales de los negocios, la financiación de la fundación parezca normalmente asegurada, de por vida, en todo estado de cosas.”³⁵³ Este criterio determina la inclusión de parámetros cualitativos, y excluye los capitales no productivos. “La exigencia de la Administración no alcanza sólo al monto de la dotación. Concierno también a su composición cualitativa. Una fundación no puede constituirse, por ejemplo, con una colección de cuadros si no se prevén los medios financieros (...) para exponerlos.”³⁵⁴ De igual modo, no puede pretenderse crear una fundación dotándola, por ejemplo, sólo con el inmueble donde funcionará (aunque sea de gran valor), prescindiendo de los recursos que sustenten ese funcionamiento.

La doctrina gala, como es claro, no puede menos que constatar que las normas sobre fundaciones de empresa han rebajado considerablemente la anterior rigidez en materia de patrimonio mínimo, ya que de la elevada cantidad de 5 millones de francos (762.245,08 Euros) exigida en 1987 para la fundación reconocida de utilidad pública, se ha pasado a una suma de sólo 200.000 francos (35.974 Euros), para las fundaciones de empresa.³⁵⁵ A estos 200.000 francos iniciales hay que sumar, claro, el monto del programa plurianual previsto, cuyo mínimo es de un millón de francos. Por tanto, para una entidad empresarial el costo total mínimo de fundar es de un millón doscientos mil francos (aprox. 182.939 euros).³⁵⁶ Esta posibilidad nueva ha venido a poner en cuestión la antigua regulación de la dotación para la fundación de utilidad pública. “La necesidad de un capital dotacional elevado traba injustificadamente el desarrollo de las fundaciones. Una parte de la doctrina, las empresas, e incluso en cierta medida la propia práctica administrativa cuestionan esta exigencia que ningún texto legal impone. El debate tiende a demostrar que, sin degradar la institución, pueden considerarse otros medios de financiación mejor adaptados a las actuales estructuras económicas y patrimoniales. Una solución intermedia, articulada en torno a una complementariedad entre capital y recursos (compromiso de desembolsos sucesivos) debiera ser admisible. La proporción entre estas dos fuentes de financiamiento debiera establecerse en función de cada caso específico. En cualquier caso, la suma de cinco

que no quieren o no pueden crear una fundación de utilidad pública la posibilidad de abrir, en su seno, una “cuenta fundacional”, operando sin autonomía jurídica pero con una gran autonomía de hecho la persecución de un fin de interés colectivo. Respecto de esta “organización paraguas”, puede consultarse BARON y DELSOL: *Les fondations*, Deuxieme Partie, Dossier N° 3, “La fondation de France”, p. 225.

³⁵³ POMEY: *Traité des fondations d'utilite publique*, p. 129.

³⁵⁴ DEBBASCH y LANGERON: *Les Fondations*, p. 43.

³⁵⁵ ZOPPINI: “Considerazioni sulla fondazione d'impresa...”, p. 575.

³⁵⁶ BARON y DELSOL: *Les fondations*, p. 171.

millones de francos no debiera considerarse como un mínimo absoluto, por principio.”³⁵⁷

Otro ordenamiento que sigue un partido técnicamente equivalente al de la ley francesa para las fundaciones empresariales es el danés, que prescribe que la fundación debe, en el momento de su creación, disponer de un capital mínimo equivalente a 250.000 coronas (aprox. 33.584 euros, al tipo de cambio del 1º de septiembre de 2001) además de la cual exigencia de mínimo, se dispone que los activos deben guardar una proporción razonable con el fin fundacional propuesto. Con todo, se permite de modo excepcional, y previa autorización de la autoridad administrativa, la creación de fundaciones con un capital menor. La disposición aclara que la exigencia no tiene efecto retroactivo, y que por ello, no se aplica a las fundaciones instituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 300/1984 que previó por vez primera la exigencia.³⁵⁸ Un partido técnicamente semejante adopta la ley noruega, que establece para la fundación común una dotación mínima de 100.000 coronas (aprox. 12.395 euros, al tipo de cambio del 1º de septiembre de 2001), y para la fundación empresa, una de 200.000 coronas (aprox. 24.789 euros). Excepcionalmente, se permite que el Protectorado autorizar, para las fundaciones de la primera clase, una dotación menor, pero en ningún caso la dotación puede ser menor que 50.000 coronas.³⁵⁹

Finalmente, se encuentra en este grupo de órdenes fundacionales la *Privatstiftungsgesetz* austríaca. El caso resulta de interés no sólo por la fijación de una cantidad dotacional mínima, sino por la evolución legislativa. Esta evolución es relevante no sólo en el cambio de mecanismo legal de establecimiento de un mínimo dotacional, sino en la modificación global del sistema de control, que pasa de administrativo a judicial. En efecto, la ley anterior, vigente desde 1975 a 1993, permitía el reconocimiento administrativo sólo en caso de que la dotación fundacional

³⁵⁷ BARON y DELSOL: *Les fondations*, p. 25.

³⁵⁸ Dinamarca. Lov 698 11/08/1992 (Lov om fonde og visse foreninger) Parágrafo § 8. “*En fond skal ved oprettelsen have aktiver for over 250.000 kr. Aktiverne og egenkapitalen skal stå i rimeligt forhold til formålet.*

Stk. 2. Uanset bestemmelsen i stk. 1,1. pkt., kan fondsmyndigheden i særlige tilfælde tillade oprettelse af en fond med aktiver på 250.000 kr. eller derunder.

Stk. 3. Bestemmelsen i stk. 1,1. pkt., gælder ikke for fonde, der stiftes i henhold til et testamente, der er oprettet før den 1. januar 1985.”

³⁵⁹ Noruega. Lov om Stiftelser (23 mai 1980, Nr. 11, modificada por Lov 7 april 1995, Nr 14, en vigor el 1 de enero de 1997) § 3-2 “Minste grunnkapital.

(1) *Alminnelig stiftelse skal ha en grunnkapital på minst 100.000 kroner. Næringsdrivende stiftelse skal ha en grunnkapital på minst 200.000 kroner.*

fuera suficiente para la realización permanente del fin de la fundación. Además, la exigente ley austríaca –con un matiz que claramente apuntaba a la antigua concepción de la fundación rentista– precisaba que la dotación de la fundación no debe considerarse suficiente si sus rentas probablemente permitirán sólo la conservación a largo plazo o permanente de los bienes inmuebles, sin que sirviesen a la realización directa del fin fundacional.³⁶⁰ La ley vigente, haciéndose cargo de los problemas que la antigua generaba, prescribe muy sencillamente que las fundaciones deben tener afectado un patrimonio con un valor mínimo de un millón de chelines (72.672, 83 euros).³⁶¹ En todos los casos en que el aporte no se realice en moneda de curso legal austríaca, se requiere el informe de un “auditor de la constitución fundacional”, designado judicialmente y con derecho a reembolso de gastos y remuneración, que certifique que se alcanza ese valor mínimo. El respectivo informe debe ser presentado al fundador o al Patronato, y en caso de divergencias de opinión, decide el Tribunal, a requerimiento del Patronato o del auditor de constitución.³⁶² El informe es requisito *sine qua non* para proceder a la inscripción de la fundación (§ 12(2), Nr. 4), junto con la declaración de los miembros del patronato de que el patrimonio de la fundación se halla a su libre disposición (§ 12(2), Nr. 2); y si se trata de dinero, la certificación bancaria de que el dinero está depositado en una cuenta a nombre de la fundación o a la libre orden de aquella (§ 12(2), Nr. 3).³⁶³

(2) *Stiftelsestilsynet kan når særlige grunner tilsier det gjøre unntak fra første ledd første punktum, likevel slik at grunnkapitalen ikke kan være mindre enn 50.000 kroner.*”

³⁶⁰ Austria. Bundesgesetz vom 27. November 1974 über Stiftungen und Fonds (Derogada). Parágrafo 5. “Zulässigkeit der Errichtung einer Stiftung

(1) *Die Errichtung einer Stiftung ist zulässig, wenn*

1. *die Stiftungserklärung dem § 4 entspricht,*

2. *der Stiftungszweck gemeinnützig oder mildtätig und*

3. *das Stiftungsvermögen zur dauernden Erfüllung des Stiftungszweckes hinreichend ist.*

(2) *Das Stiftungsvermögen ist nicht hinreichend, wenn die Erträge voraussichtlich auf längere Sicht oder dauernd nur die Erhaltung von Liegenschaften ermöglichen, ohne daß diese der unmittelbaren Erfüllung des Stiftungszweckes dienen.*”

³⁶¹ Austria. Privatstiftungsgesetz (PSG, BGBl. Nr. 694/1993). § 4. “Stiftungsvermögen. *Der Privatstiftung muß ein Vermögen im Wert von mindestens einer Million Schilling gewidmet werden.*”

³⁶² Austria. Privatstiftungsgesetz (PSG, BGBl. Nr. 694/1993). § 11. “Gründungsprüfung.

(1) *Wird das Mindestvermögen nicht in Geld inländischer Währung aufgebracht, so ist zu prüfen, ob das gewidmete Vermögen den Wert des Mindestvermögens erreicht.*

(2) *Der Gründungsprüfer ist vom Gericht zu bestellen. § 20 Abs. 2 und 3 gilt sinngemäß.*

(3) *Der Prüfungsbericht ist dem Stifter und dem Stiftungsvorstand vorzulegen. Über Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Gründungsprüfer und dem Stiftungsvorstand entscheidet auf Antrag des Stiftungsvorstands oder des Gründungsprüfers das Gericht.*

(4) *Der Gründungsprüfer hat Anspruch auf Ersatz seiner Barauslagen und auf angemessene Entlohnung seiner Mühewaltung. Im übrigen ist § 27 Abs. 2 Aktiengesetz 1965 anzuwenden. Der Anspruch besteht gegen die Privatstiftung und, wenn diese nicht entstanden ist, gegen den Stifter.*”

³⁶³ Austria. Privatstiftungsgesetz (PSG, BGBl. Nr. 694/1993). § 12. Anmeldung zum Firmenbuch (...) (2) *Mit der Anmeldung zur Eintragung sind vorzulegen: (...) 2. die öffentlich*

2.4.1.1.3. La doctrina española

Ya en la doctrina española, y frente al texto por el que optó la Ley de Fundaciones, COBO GÁLVEZ ha sostenido que la exigencia de suficiencia es “la toma de posición más significativa de la Ley en relación con la dotación”³⁶⁴ y ha realizado un análisis de las posibilidades que se le abrían al legislador, así como de sus consecuencias. “El legislador tenía tres opciones: 1ª) no establecer ninguna calificación al patrimonio que forme la dotación, dejando libertad respecto de la cuantía; 2ª) definir una cantidad mínima dotacional como requisito obligado de carácter general para la constitución, y 3ª) establecer un criterio que permita valorar la viabilidad de las fundaciones desde el punto de vista económico en relación con el fin fundacional. Las tres opciones tienen sus ventajas e inconvenientes. (...) No establecer ninguna referencia a la cuantía (...) hubiera dado lugar a una proliferación de fundaciones con muy escaso patrimonio (...) Por otra parte, definir una cuantía mínima para ejercitar el derecho de fundación (...) plantea el problema de la determinación de dicha cuantía, pues lo que podría ser una cantidad de referencia perfectamente asumible para determinados fines o actividades fundacionales sería seguramente muy elevada o insuficiente para otros.”³⁶⁵ Por ello, afirma luego que “el criterio de la suficiencia y adecuación de la dotación al fin fundacional es la opción (...) que mejor responde a la naturaleza y exigencias de la dotación como elemento esencial de la fundación, favorece el ejercicio del derecho de fundación al no limitar la creación, salvo en lo estrictamente necesario para su viabilidad económica, e introduce un componente de flexibilidad en la determinación de la dotación acorde con la variedad de fines posibles que se enumeran en el artículo 2 de la ley.”³⁶⁶ Este criterio favorable respecto de la norma ha sido seguido por buena parte de los autores.³⁶⁷

Al estudiar el punto, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ concuerda también con el partido general adoptado por la ley, pero pone de relieve el inconveniente fundamental

beglaubigte Erklärung sämtlicher Mitglieder des Stiftungsvorstands, daß sich das Stiftungsvermögen in ihrer freien Verfügung befindet; 3. hinsichtlich des gewidmeten Geldbetrages die Bestätigung eines Kreditinstitutes mit Sitz im Inland oder der Österreichischen Postsparkasse, daß der Geldbetrag auf ein Konto der Privatstiftung oder des Stiftungsvorstands eingezahlt ist und zu dessen freien Verfügung steht; 4. der Prüfungsbericht des Gründungsprüfers, wenn das Mindestvermögen nicht in Geld inländischer Währung aufgebracht ist.”

³⁶⁴ COBO GÁLVEZ: “Comentario al artículo 10”, p. 88.

³⁶⁵ *Loc. cit.*

³⁶⁶ *Id.*, p. 90.

³⁶⁷ Así, por ejemplo, RUEDA MARFIL: “La nueva regulación del derecho de fundación para fines de interés general”, p. 11; REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI: *La nueva Ley de Fundaciones*, p. 35; y más recientemente, y con mayor aparato argumental, MORILLO GONZÁLEZ: *El proceso de creación de una fundación*, p. 140.

de ese sistema: El amplio poder que concede a la Administración.³⁶⁸ En un intento hermenéutico por limitarlo, el autor sostiene que la norma del artículo 10, en relación con el informe del Protectorado previsto por el artículo 36, no establece una potestad discrecional (al menos, no para emitir un informe negativo), sino la necesidad de concretar un concepto jurídico indeterminado. En el primer caso, la Administración puede elegir entre un conjunto de soluciones, todas igualmente válidas. En el segundo, en cambio, hay que entender que el mínimo de adecuación y suficiencia es sólo uno, y a ese debe ajustarse el Protectorado.

DEL CAMPO ARBULO ha puesto de relieve dos dificultades adicionales de la opción elegida. En primer lugar, apunta que el fundador puede fijar unos fines muy genéricos, y por ello, incuantificables, con lo que se deja al Protectorado sin herramientas reales de calificación. En segundo término, hace ver que el trato fiscal de la dotación (que es tributariamente neutra, esto es, no tiene exención ni bonificación) en relación a los beneficios tributarios que sí se perciben por las aportaciones posteriores (Arts. 59 y 63 de la ley), produce el efecto de que el fundador siempre intentará que el importe inicial de la dotación sea el mínimo, de modo que la dotación termina siendo el precio de compra de la personalidad jurídica del ente. Por ello concluye que “la decisión legislativa adoptada supone un regalo envenenado para los Protectorados”.³⁶⁹ Al respecto, creo que es necesario decir que el Protectorado sí dispone de mecanismos en relación a fines excesivamente amplios o indeterminados. De hecho, el propio artículo 36 impone un informe favorable sobre dos extremos: la persecución de fines de interés general y a la determinación de la suficiencia de la dotación. En cambio, la dificultad relativa al trato fiscal de la dotación parece cierta, aunque la solución, desde luego, no consiste en revisar el tema de la exigencia legal de suficiencia de la dotación, sino, justamente, su tratamiento tributario.

³⁶⁸ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La Fundación: Un estudio Jurídico*, p. 76 a 78. Desde una perspectiva crítica al criterio fijado por la ley, DE PRADA GONZÁLEZ también apunta que se ha concedido un poder excesivo a los poderes públicos: “(...) la ley (...) deja esta exorbitada facultad al protectorado, sin poner a su disposición medios para moderarla, lo que será, sin duda, un arma importante en manos del Gobierno para controlar la constitución de fundaciones implicando una importante restricción a la libertad que reconoce la Constitución.” (DE PRADA GONZÁLEZ: “La constitución de fundaciones”, p. 69). La misma perspectiva crítica, y por las mismas razones, exhibe la posición de PEDREIRA MENÉNDEZ: *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*, p. 111.

³⁶⁹ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 151 y 152. Coincidiendo con él, SALVADOR CRESPO: “El Régimen Jurídico de las Donaciones en la Nueva Regulación de las Fundaciones”, p. 1644.

Por todo ello, me parece, junto con la generalidad de la doctrina, que la solución legislativa adoptada es la mejor de las disponibles³⁷⁰, y muy posiblemente, la única que se adapte al singular hecho de la consagración constitucional del derecho de fundación. En efecto, la consideración del derecho de fundaciones para fines de interés general como derecho constitucional supone dos límites a la hora de legislar en esta materia. De una parte, el propio interés general parece exigir que la fundación se constituya con una base patrimonial coherente con los fines que se propone, ya que de otra manera, sencillamente no resulta posible pretender la satisfacción de interés general alguno, y no existe un substrato fáctico al que razonablemente pueda amparar la protección constitucional. De otro lado, la existencia del derecho a fundar puede suponer la exclusión de la posibilidad de fijar mínimos monetariamente determinados, porque si el interés general que se pretende perseguir es compatible con un capital inicial muy bajo, una norma excluyente atentaría claramente contra el citado derecho. Por lo anterior, reitero, el establecimiento de un criterio como el adoptado por la ley parece ser el único constitucionalmente aceptable.

2.4.1.1.4. El juicio de suficiencia

Corresponde al órgano al que quepa ejercer el Protectorado, según el artículo 36.2 de la ley, evacuar un informe acerca de la persecución de fines de interés general y de la determinación de la suficiencia de la dotación a que se refiere el artículo 10.1, como preceptivo trámite previo a la inscripción de la fundación, y por tanto, como requisito previo a la obtención de la personalidad jurídica.

Pese a que autorizada doctrina había sugerido la conveniencia de incluir reglamentariamente algunos criterios que facilitarían a los Protectorados la realización del referido informe, o al menos se tendiera a una relativa unificación de los parámetros de ponderación, el Reglamento finalmente se limitó a reiterar, en el artículo 3.1, que “el Protectorado comprobará que la dotación sea adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales.” Probablemente, la cautela reglamentaria se debe a la ausencia de unanimidad doctrinal acerca de los mismos baremos. Por tanto,

³⁷⁰ En contra, DE PRADA GONZÁLEZ: “Aspectos Notariales de la Ley de Fundaciones”, p. 231, ha sostenido que “la aplicación rígida de este precepto conllevará una doble y muy grave consecuencia para las Fundaciones consistente en exigir una concreción de sus fines (de otra forma difícilmente podrá calificarse la adecuación a ellos de la dotación) y una exigencia de un capital elevado para constituir las.” También en contra, PEDREIRA MENÉNDEZ, que postula *lege ferenda* la fijación de criterios rígidos al modo francés o danés, o la implantación del modelo vasco, que permite cuantificar la suficiencia (*Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*, p. 115). DÍAZ BRITO: “La normativa canaria sobre fundaciones”, p. 3929, también critica el modelo estatal, “por el alto grado de indeterminación que conlleva”.

las Administraciones siguen careciendo de medios teóricos regulados para la ponderación de la suficiencia dotacional, quedando entregado el juicio de suficiencia a la prudencia de los Protectorados.

Frente al silencio normativo, “la doctrina ha apuntado algunos elementos que deberán tenerse en cuenta a la hora de enjuiciar la suficiencia: a) que la dotación inicial y la prevista sean susceptibles de generar rentas o ingresos que permitan atender las actividades de la fundación: b) que las rentas o ingresos generados permitan el desarrollo de estas actividades de interés general. Deben también ser tenidas en cuenta por el Protectorado las rentas e ingresos que puedan generarse de los compromisos garantizados de aportaciones de terceros, así como las subvenciones y prestaciones económicas a que la fundación pudiera tener derecho.”³⁷¹ Estos criterios resultan relativamente pacíficos en la doctrina española, existiendo a su respecto un importante consenso, aunque –como es natural– existen matizaciones en cuanto a la flexibilidad que se aconseja a la Administración a la hora de ejercer sus potestades en la materia. Posiblemente el autor más crítico con la exigencia de suficiencia, DE PRADA GONZÁLEZ ha sostenido que los Protectorados deben considerar “suficiente la dotación si, con sus rentas, puede desarrollarse alguna o algunas de las actividades previstas en los estatutos para el cumplimiento de los fines. De esta forma de una parte se cumpliría la exigencia legal y de otra se haría en forma suficientemente flexible como para evitar la discrecionalidad, e incluso, no impedir la constitución de fundaciones a personas sin un capital abundante.”³⁷²

Un punto adicional de discrepancia surge al considerar el tema de los bienes dotacionales afectados con cargas reales, embargos, hipotecas, etc. CARRANCHO HERRERO ha sostenido “la necesidad de que los bienes y derechos aportados no se encuentren gravados o afectados por limitaciones de disponer, de modo que en un determinado momento, posterior incluso a la constitución de la fundación, resulte disminuido su valor o se declare la inoficiosidad de la aportación en el caso de que hubieren vulnerado derechos de terceros, como por ejemplo legitimarios.”³⁷³ Hay que puntualizar en este lugar que nada impide dotar a una fundación con bienes sobre los que pesen cargas de cualquier clase. Sin embargo, resulta claro que los posibles gravámenes que puedan afectar a los bienes de la dotación deben ser muy

³⁷¹ FERRANDO VILLALBA: “La Dotación Fundacional”, p. 1595, siguiendo fundamentalmente a COBO GÁLVEZ: “Comentario al Artículo 10”, pp. 90 y 91.

³⁷² DE PRADA GONZÁLEZ: “Constitución de las fundaciones: capacidad, fines y dotación”, p. 124.

³⁷³ CARRANCHO HERRERO: *La constitución de fundaciones*, p. 213.

especialmente tenidos en cuenta a la hora de ponderar la suficiencia, siguiendo analógicamente la regla de las donaciones, esto es, descontando del valor del bien el monto del gravamen (artículo 619 del Código Civil). El tema es así, claramente, una cuestión de ponderación de la suficiencia, y no de exclusión de ciertos bienes por el hecho de estar gravados de cualquier modo.

En la línea argumental de disminuir el poder de la Administración, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ postula que la suficiencia debe ponderarse a la luz del nuevo concepto de fundación, cuyo substrato es la organización y no el patrimonio. De tal modo consigue “rebajar”, en abstracto, el monto de la dotación necesaria para el cumplimiento de los fines. “En consecuencia (...) la dotación es adecuada y suficiente cuando combinada con los demás elementos de la organización permite a la fundación alcanzar sus fines propios. El ordenamiento ya no exige que la dotación sea un silo del que vaya a vivir la fundación, sino que permite la dotación – semilla a partir de la cual, y en conjunción con los demás elementos de la organización, la fundación pueda desarrollar sus actividades.”³⁷⁴ La doctrina tiende también a coincidir con este criterio. Así CARRANCHO HERRERO, quien ha sostenido que “la necesidad de patrimonio inicial suficiente no significa que sea éste el único medio de que disponga la fundación a lo largo de toda su trayectoria para la consecución del fin, sino que, estimado el valor de los bienes aportados en el momento de proceder a la constitución de la fundación, pueda considerarse adecuado para iniciar la actividad y subvenir a las necesidades que de la misma se deriven a corto o medio plazo, de modo que en ese intervalo de tiempo la gestión llevada a cabo por los patronos se encamine también a la obtención de fondos que, unidos a la inicial aportación, permitan el normal desenvolvimiento de la fundación.”³⁷⁵

Es evidente que la doctrina ha venido apuntando el criterio correcto. El juicio administrativo de suficiencia debe ser, fundamentalmente, un ejercicio intelectual de flexibilidad, que –al modo canónico– considere todas las cosas (es decir, el conjunto de circunstancias que rodea la constitución de la fundación) y establezca que la dotación resulta bastante, al menos, para su actividad de cumplimiento de los fines a corto y mediano plazo.

³⁷⁴ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La fundación: Un estudio jurídico*, p. 78.

³⁷⁵ CARRANCHO HERRERO: *La constitución de fundaciones*, p. 212.

2.4.1.1.5. El panorama territorial

La Disposición final primera de la Ley de Fundaciones, relativa a la aplicación de la Ley, no consideró que el artículo 10.1 contuviera una condición básica del ejercicio del derecho de fundación en condiciones de igualdad. Así, lo incluyó en el apartado 2 b), al amparo del artículo 149.1.8ª –normas de derecho civil– de la Constitución, y no en el apartado 1, que contiene los preceptos de obligado respeto por parte de las Comunidades Autónomas, justamente por constituir condiciones básicas del ejercicio igualitario del derecho constitucional del artículo 34. Por lo tanto, el precepto es, en principio, de aplicación general para todas las fundaciones, incluso a aquéllas cuya competencia corresponda a las Comunidades Autónomas, pero es sólo supletorio en las Comunidades Autónomas con competencia en materia de derecho civil, foral o especial.

La laxitud con la que las Comunidades Autónomas han tratado la exigencia competencial relativa a la existencia de un derecho civil, foral o especial ha provocado una importante variedad en el trato legislativo autonómico de este requisito, sin importar demasiado la existencia pre constitucional de un derecho de fundaciones (que sólo existía en Navarra), ni la presencia de un auténtico derecho civil propio. Respecto de las legislaciones anteriores a la norma estatal, puede apreciarse que la ley catalana sólo de modo muy indirecto consagra la necesidad de suficiencia patrimonial. Así, su artículo 2.3, proscribía las fundaciones dotadas sólo con subvenciones o donativos periódicos, salvo que “la continuidad de éstos fuera plenamente garantizada en una cuantía suficiente para cumplir las finalidades fundacionales”, de lo que puede colegirse *a fortiori*, que el patrimonio inicial también debe satisfacer esa condición.³⁷⁶ La Ley de Fundaciones de Interés Gallego, en cambio, es algo más directa, aunque no llega a establecer formalmente la suficiencia patrimonial como requisito. Su artículo 7.3. expresa que “la dotación inicial suficiente para el cumplimiento de sus fines podrá ser incrementada posteriormente por el fundador o terceras personas.” La Ley 12/1994 de Fundaciones del País Vasco establece en su artículo 9.1 que “La dotación patrimonial podrá consistir en bienes y derechos de cualquier tipo, que habrán de ser suficientes para el desarrollo del primer programa de actuación, que deberá constar en la escritura fundacional junto con un estudio económico que acredite la viabilidad del mismo utilizando exclusivamente dichos recursos.” Como se comprende, esta es una

³⁷⁶ Así se colige de cuanto afirma sobre la esencialidad de la dotación PUIG I FERRIOL: “Les fundacions privades catalanes”, p. 135. Idéntica conclusión se obtiene del análisis de lo expuesto respecto de las características legales de la dotación por FERRER I RIBA: “El procés constitutiu...”, p. 869.

exigencia considerablemente más precisa, pero también más rebajada respecto de la que luego contendría la ley estatal.³⁷⁷ Siguiendo el modelo vasco, el artículo 11.1. de la Ley de Fundaciones Canarias establece que “La dotación fundacional podrá consistir en bienes y derechos de cualquier tipo, que habrán de ser suficientes para el desarrollo del primer programa de actuación, que deberá constar en la escritura de constitución, con independencia de su incremento en virtud de aportaciones sucesivas a cargo del o los fundadores o de terceras personas.”³⁷⁸

Un camino diverso ensaya la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana que prescribe, en su artículo 11.2, que la dotación “deberá ser adecuada y suficiente para con sus rendimientos financiar al menos el 50 por 100 de los gastos previstos en el primer programa de actuación de la fundación, lo que deberá acreditarse con un estudio económico de viabilidad.” La expresión clave, aquí, es “con sus rendimientos” porque determina una monumental diferencia con las legislaciones vasca y canaria recién citadas. Supóngase un mismo programa de actuación para el primer año, con un montante de diez mil euros. En el País Vasco y en Canarias se consideraría suficiente una dotación de unos doce mil euros, que cubra ese programa, los gastos generales de administración, y alguna otra cosa. En Valencia, y considerando unos rendimientos equivalentes al diez por ciento anual, se requeriría una dotación inicial de cincuenta mil euros.³⁷⁹

La Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid derechamente omite exigir, como requisito, suficiencia a la dotación, y se limita a

³⁷⁷ Aplaudiendo la rebaja de exigencias, así como la disminución de la posibilidad de abuso administrativo, GOMEZA VILLA: “Comparación de la Ley de Fundaciones del País Vasco con la ley 30/1994”, pp. 300 y ss.

³⁷⁸ DÍAZ BRITO: “La normativa canaria sobre fundaciones”, p. 3929, aplaude el hecho de que la ley canaria se haya apartado aquí de la ley estatal, en la medida en que el criterio adoptado “restringe considerablemente el margen de apreciación o, si se prefiere, de discrecionalidad del Protectorado en este crucial punto.”

³⁷⁹ Probablemente sin reparar en que la subrayada expresión determina que la legislación valenciana sea, con mucho, la más exigente de España, alguna doctrina ha sostenido todavía que “consideramos que aunque no podrá inscribirse una fundación que no acredite su cumplimiento, no bastará éste para asegurar la suficiencia de la dotación, es decir, es posible que a pesar de que una dotación sea suficiente para financiar al menos el 50% de los gastos previstos en el primer programa de actuación de una fundación, sin embargo no lo sea para asegurar razonablemente la capacidad de cumplimiento de sus fines en el futuro, y en este caso, no se podrá constituir dicha fundación.” (CUÑAT EDO y LINARES ANDRÉS: “Las fundaciones en la Comunidad Autónoma Valenciana”, p. 2955. No puede compartirse esta postura, ni por razones de forma (si la ley establece un criterio de viabilidad, la Administración debe atenerse a él por razones de mínima seguridad jurídica) ni por razones de fondo (de las leyes autonómicas que establecen criterios cuantitativos de suficiencia, la de Valencia es la más rigurosa, y no parece razonable incrementar ese rigor).

indicar que el preceptivo informe del Protectorado, previo a la inscripción, debe referirse a la persecución de fines de interés general y a la suficiencia de la dotación. (Arts. 5 y 6). Una excepción en este paisaje autonómico la constituye Navarra, que sigue el camino trazado por la ley estatal. El artículo 7.1 de la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio³⁸⁰, prescribe que “la dotación, que tendrá carácter irrevocable e irreversible, podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase y habrá de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales, lo que se acreditará mediante el correspondiente estudio económico.”

Es cierto que la referencia a un concreto plan de actividades facilita la labor ponderativa de los Protectorados, y que normas con ese contenido han sido aplaudidas por alguna doctrina³⁸¹, pero es claro que con un panorama autonómico como el expuesto, y en función de la inevitable tendencia a igualar hacia la exigencia menor, los Protectorados tenderán a ser cada vez menos rigurosos a la hora de ponderar la adecuación y suficiencia, y se generará, con toda seguridad, una serie de fundaciones infracapitalizadas que no satisfarán mínimamente sus fines en el largo plazo, que terminarán por desprestigiar a la institución fundacional, y que constituirán un magnífico caldo de cultivo para el abuso de la personalidad jurídica. Con las mismas prevenciones, DE PRADA GONZÁLEZ, aunque en desacuerdo con la norma y reclamando flexibilidad a la hora de juzgar la suficiencia, hizo ver que el texto de la ley estatal precisamente intentaba acabar con la práctica de que la suficiencia se valore sólo en relación con un programa concreto de actividades, y que los Protectorados tendían a aceptar con mucha generosidad.³⁸²

Por otra parte, el panorama normativo autonómico que se acaba de bosquejar conduce muy directamente a afectar la esencial igualdad con la que debe ejercerse el derecho constitucional de fundación. Si este imperativo constitucional de igualdad se entiende como el deber de que cada uno de los ordenamientos vigentes trate por igual a todos los españoles³⁸³, no es indiferente que la dotación deba ser suficiente para el

³⁸⁰ La ley foral mencionada, aún cuando según su título y su preámbulo está destinada a regular el “régimen tributario de las fundaciones” y el “régimen tributario de las donaciones efectuadas a fundaciones y de otras actuaciones de colaboración en actividades de interés general”, aborda en verdad numerosos aspectos sustantivos de índole civil, como el que ahora cito.

³⁸¹ DEL CAMPO ARBULO: “Temas polémicos del Título I”, p. 111; FERRANDO VILLALBA: “La Dotación Fundacional”, p. 1596; DÍAZ BRITO: “La normativa canaria sobre fundaciones”, p. 3928.

³⁸² DE PRADA GONZÁLEZ: “Constitución, modificación y extinción de fundaciones en la nueva ley”, p. 50 y 51.

³⁸³ CAFFARENA LAPORTA: “Competencia de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones”, p. 30.

cumplimiento de los fines fundacionales, o que sus rendimientos deban cubrir la mitad de los gastos previstos en el primer programa de actuación, o que ella sólo deba alcanzar para cubrir los gastos del primer programa de actuación (programa que también establece el fundador). El ejercicio del derecho de fundación es muy responsable, pero económicamente mucho más dificultoso, en los primeros casos; y bastante liviano en el segundo, como ha quedado claro con el simple análisis numérico comparativo realizado unas líneas atrás. Siendo el derecho de fundación un derecho constitucional de contenido primordialmente económico, establecido como derivación del derecho de propiedad³⁸⁴, me parece sostenible que una diferencia económica en las posibilidades de los ciudadanos de fundar atenta contra la igualdad esencial que en el ejercicio de esos derechos debe imperar por mandato del artículo 149.1 de la Constitución. Simplemente no parece constitucionalmente coherente que, existiendo un derecho constitucional de por medio, para constituir una misma fundación con un idéntico programa de actuación, un ciudadano español canario o vasco deba desembolsar una quinta parte de lo que debe sacrificar un ciudadano español de Valencia.

Por otra parte, ya SERRANO GARCÍA ha hecho ver, en tiempo presente, que “esta ausencia de determinación de la cuantía en lo que a la dotación se refiere ha hecho que aparezcan las llamadas «fundaciones recaudatorias» e incluso es posible que una dotación pequeña no sea desembolsada totalmente en el momento de creación de la persona jurídica fundacional (art. 10.2 Ley de Fundaciones). Esto hace que se creen fundaciones con finalidades que sobrepasan las posibilidades reales de la persona jurídica y ésta tenga que acudir a la obtención de subvenciones para poder alcanzar los fines. Se incumple así el precepto que señala que la dotación tiene que ser adecuada y suficiente; sobre todo se incumple el punto de la suficiencia. Pero este incumplimiento no se hace sólo por los particulares sino también por la Administración pública que, en lugar de cumplir los fines sociales a que está obligada, anima la creación de fundaciones privadas con obligaciones de aportación dineraria consignadas incluso en los presupuestos generales del Estado o de las Comunidades Autónomas.”³⁸⁵ En la misma dirección, SERRANO CHAMORRO hace ver que la idea legal de suficiencia dotacional ha sufrido una desviación doble: por una parte, la amplitud de los fines suele hacer imposible la suficiencia, y por la otra, la proliferación de fundaciones gerenciales. Agrega luego que “la verdad es que en la práctica los ministerios son

³⁸⁴ *Vid.* la sentencia del Tribunal Constitucional, y alguna doctrina, en la Nota Núm. 31.

³⁸⁵ SERRANO GARCÍA: Prólogo a SERRANO CHAMORRO: *Las Fundaciones. Dotación y Patrimonio*, p. 16.

bastante flexibles hoy al constituir fundaciones, y las suelen clasificar con un capital pequeño.”³⁸⁶ Lo confirma DE PRADA GONZÁLEZ: “En la práctica la verdad es que ni en el pasado, ni parece que en el presente, se haya cumplido con excesiva fidelidad este requisito y son muchas las fundaciones en las que el patrimonio es escaso y han obtenido, no obstante, personalidad jurídica.”³⁸⁷ CAFFARENA LAPORTA ha sido muy categórico en este sentido: “Esta exigencia, que ha sido criticada (...) y que en la práctica es incumplida muchas veces, se ve flexibilizada por lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del citado artículo 10.”³⁸⁸ Muy recientemente, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ ha cuantificado la lenificación administrativa del requisito de suficiencia: “La mayor parte de las fundaciones españolas se constituye sin apenas patrimonio, como acredita la mera consulta a los registros de fundaciones, al permitir la práctica jurídica su creación con un patrimonio mínimo de aproximadamente un millón de pesetas, no obstante exigir la ley una dotación «adecuada y suficiente» para su constitución.”³⁸⁹ Parece pues, que GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ ha constatado que sus antiguos temores de exceso de celo administrativo en la calificación de la suficiencia no se han realizado para nada, y que –muy por el contrario de pecar por exceso– la Administración más bien ha tendido a pecar por defecto.

A la vista de este paisaje, parece imponerse una consideración jurisprudencial que, en sede constitucional, defina al artículo 10.1 de la ley como lo que verdaderamente es: una norma que contiene condiciones básicas del ejercicio del derecho constitucional de fundación, y por ello, la establezca como vinculante en todo el territorio del Estado español. Por otra parte, se hace necesario un estudio empírico acerca de la forma en que los Protectorados han venido tratando el requisito de suficiencia dotacional, de modo de proveer medidas para que el ejercicio del control de suficiencia se realice con la flexibilidad y prudencia que cada caso haga aconsejable, pero con una cierta equiparidad de criterios que garantice un trato igualitario a los ciudadanos de todo el Estado español. Evidentemente, corolario de todo ello es que una eventual proceso de reforma legal debiera realizar un estudio detenido de la posibilidad modificar la Disposición Adicional Primera en los términos indicados.

³⁸⁶ SERRANO CHAMORRO: *Las Fundaciones. Dotación y Patrimonio*, pp. 101 y 102.

³⁸⁷ DE PRADA GONZÁLEZ: “Patrimonios adscritos a fines”, p. 167.

³⁸⁸ CAFFARENA LAPORTA: “Algunas cuestiones en relación a la constitución de las fundaciones en la Ley 30/1994”, p. 198.

³⁸⁹ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la Constitución Española”, p. 123. En el mismo sentido, PEDREIRA MENÉNDEZ: *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*, p. 116; y CARRASCO PERERA: *Derecho Civil*, p.206.

2.4.1.2. Adecuación de la dotación

Como se expresó antes, la exigencia de adecuación, como condición adicional al requisito de suficiencia, resultó de una enmienda legislativa en el trámite final en el Congreso, y no se incluía en el Proyecto del Gobierno. Alguna enmienda, que finalmente no prosperó, tuvo por objeto, incluso, reemplazar la “suficiencia” del proyecto, por la “adecuación”.³⁹⁰ Finalmente, triunfó la idea de agregar copulativamente un concepto al otro, aunque el artículo 36, relativo al informe que respecto de esta materia debe emitir el Protectorado, quedó intacto.

Quizá a causa de esta tramitación un tanto accidentada, la pertinencia del requisito de adecuación ha sido discutida. Así DEL CAMPO ARBULO sostuvo que “esta última exigencia es un añadido de última hora de la ley, que parece de algún modo redundante, por cuanto si la dotación es suficiente es también adecuada, y si la dotación es adecuada no cabe duda de que es suficiente.”³⁹¹ MORILLO GONZÁLEZ ha sostenido extensamente la irrelevancia de la distinción entre suficiencia y adecuación, indicando que la referida inclusión “más parece fruto de un error que de una enmienda”³⁹² y que “la precisión de que la dotación sea, además de suficiente, adecuada para la realización de los fines fundacionales, resulta ciertamente inútil.”³⁹³ Argumenta el autor que, frente a los casos en que una dotación puede ser suficiente pero inadecuada (como una fundación para construir y regentar una residencia para personas de la tercera edad a la que se dota con una finca de suelo no urbanizable), siempre será posible proceder a la realización en dinero de los bienes aportados. Amén, agrega, de que el requisito es técnicamente irrelevante, porque el informe del Protectorado se exige legalmente sólo respecto de la suficiencia (y la norma reglamentaria del artículo 3.1 no basta para salvar el vacío legal³⁹⁴), y el encargado del Registro, que podría calificar el requisito de adecuación, difícilmente va a objetar por

³⁹⁰ Enmienda N° 94, del Grupo Parlamentario Catalán (*Convergència y Unió*) en el Congreso, con la justificación de una “mejor precisión en el objeto y alcance del precepto”. Comentarios a la Ley de Fundaciones e Incentivos Fiscales, Tomo II, *Documentos*, p. 103.

³⁹¹ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 149

³⁹² MORILLO GONZÁLEZ: *El Proceso de Creación de una Fundación*, p. 139

³⁹³ *Loc. cit.*

³⁹⁴ España. Reglamento de Fundaciones. Art. 3: “Artículo 3. Dotación fundacional.

1. El Protectorado comprobará que la dotación sea adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales.

2. A los efectos previstos en el apartado anterior, el Patronato identificará con precisión los bienes y derechos integrantes de la dotación fundacional. Si la dotación consistiera en dinero, su cuantía se fijará en pesetas. Las aportaciones no dinerarias se cuantificarán de igual forma y se valorarán por el Protectorado con arreglo a las normas reguladoras de dichas aportaciones a sociedades de responsabilidad limitada. (...)”

su causa a una fundación cuya dotación ya ha sido calificada de suficiente por el Protectorado.³⁹⁵

En cambio, COBO GÁLVEZ, siguiendo la argumentación del Senador Iglesias Marcelo, entiende que la suficiencia hace referencia a aspectos cuantitativos de la dotación y la adecuación a los cualitativos.³⁹⁶ CARRANCHO HERRERO apuntaba, por su parte, que la nota de adecuación “introduce un criterio de valoración de la oportunidad o proporcionalidad de la dotación al fin, que (...) facilitará la determinación de si los bienes aportados se «adecúan» (*sic*) al fin propuesto.”³⁹⁷ SERRANO CHAMORRO, en una de las oportunidades en que se refiere a la adecuación, parece adherir a la línea interpretativa seguida por COBO GÁLVEZ, adhiriendo a la interesante interpretación, que no deja estéril el esfuerzo legislativo, de que la adecuación consiste en que la naturaleza de los bienes dotacionales sea la apropiada para el cumplimiento de los fines, y la suficiencia, en cambio, está referida a la cuantía de esos bienes.³⁹⁸

El criterio esbozado me parece fecundo, pero menesteroso de contenido. Realizando un intento de profundizar en él, de modo de dotar de sentido autónomo a la exigencia legal de adecuación de la dotación a los fines, es decir, de independizarla del requisito de suficiencia, mediante una interpretación que satisfaga el principio del efecto útil (esto es, que el sentido en que una norma produzca un efecto práctico debe

³⁹⁵ MORILLO GONZÁLEZ reitera estas ideas en su obra más reciente, *La fundación: concepto y elementos esenciales*, pp. 134 a 136.

³⁹⁶ COBO GÁLVEZ: “Comentario al artículo 10”, p. 89.

³⁹⁷ CARRANCHO HERRERO: *La Constitución de fundaciones*, p. 216. Pese a la solidez general del trabajo de la autora, en esta ocasión no me parece consistente el criterio propuesto. En efecto, la oportunidad, como criterio, resulta extremadamente vago, y por ello, completamente inútil; y la proporcionalidad es una cuestión de cuantías, que tiene que ver directamente con la suficiencia. El propio ejemplo de CARRANCHO HERRERO (una donación de una finca a un grupo de ecologistas y agricultores, para fines de investigación, que pese a su gran valor, ha terminado por ser una carga, ya que los donatarios no pueden hacer frente a los gastos de mantenimiento) pone de relieve que el problema no es de adecuación, sino de suficiencia. Es claro que si se quiere destinar un terreno a actividades no productivas, la pura aportación del suelo resulta insuficiente.

³⁹⁸ SERRANO CHAMORRO: *Las Fundaciones: Dotación y Patrimonio*, p. 162 y 163. Sin embargo, el trato global del tema de la adecuación resulta en la autora citada extremadamente confuso. En efecto, la autora no acaba de decidirse: Además de la opinión aquí citada, que me parece la correcta, en el mismo texto y sólo unas páginas atrás (SERRANO CHAMORRO: *Op. cit.*, p. 154) había citado literalmente la opinión de DEL CAMPO ARBULO (que entiende la adecuación como pura redundancia de la suficiencia), coincidiendo con ella; y luego, al tratar específicamente del tema de la adecuación, la identifica con el hecho de existir efectivamente la dotación al momento de constituirse la Fundación, y con la circunstancia de, en caso de no ser así, estar garantizados los aportes. Tampoco es de extrañar demasiado este nivel de contradicción, considerando el sistema de “*collage*” con el que la autora ha construido su obra.

preferirse a aquél que no produce efecto alguno) creo que podrían diferenciarse al menos tres tipos de adecuación, según la naturaleza de los bienes de que se trate.

Una primera es la adecuación funcional. Un capital, aunque posea una naturaleza no fructífera, puede constituir una dotación adecuada si esa naturaleza resulta congruente con los fines propuestos para la fundación de que se trate. Así, una finca abandonada y sin posibilidades de explotación financieramente rentable puede ser adecuada para una fundación que se proponga convertirla en un refugio para la vida silvestre. En cambio, esa misma finca, aportada por vía de dotación a una fundación cuyo objetivo sea el fomento de la investigación médica, resulta funcionalmente inadecuada, porque su naturaleza no es la apropiada para el cumplimiento de los fines fundacionales. Hay que reconocer, sin embargo, que en un importante número de casos esta clase de inadecuación supondrá también la insuficiencia de la dotación.

Luego, existe la adecuación puramente financiera. Distinguiendo entre “suficiencia” y “adecuación”, pero sin apuntar un criterio concreto, DE PRADA GONZÁLEZ se preguntaba si pudiera o no considerarse adecuada una dotación consistente en bienes de lujo, como un yate, que previsiblemente no son susceptibles de generar rentas, salvo que se enajenen.³⁹⁹ La cuestión es discutible, pero me parece consistente que un Protectorado considere inadecuada, y rechace la inscripción de una fundación cuya dotación no sea directamente fructífera, salvo el caso en que exista adecuación funcional entre la dotación y los fines fundacionales (como si, siguiendo el hilo del ejemplo propuesto por DE PRADA GONZÁLEZ, se dotara con un yate de lujo a una fundación que persiga la difusión gratuita de la navegación). Pero en general, y puesto que la transformación de esa dotación en un capital productivo es un evento futuro e incierto, es razonable la posición negativa, o la sujeción del reconocimiento a la condición de esa transformación. En cualquier caso, parece mucho mejor que sean los propios fundadores los que lleven a cabo la enajenación, y luego doten a la naciente fundación con un capital efectivamente productivo.

Finalmente, existe lo que pudiera denominarse la adecuación ética y la adecuación estética. Me parece legítimo incluir criterios de esa naturaleza en un ámbito donde se combinan, de modo particularmente delicado, la iniciativa privada con el interés general, y donde, en consideración de ese interés general, un ente privado recibe un trato de favor por parte del Estado. Así, en mi opinión, un Protectorado no podría informar favorablemente la constitución de una fundación dedicada a la

³⁹⁹ DE PRADA GONZÁLEZ: “La Constitución de Fundaciones”, p. 69.

reinserción social o “redención” de prostitutas si la dotación consiste en una cadena de “clubes de alterne”, o una fundación de apoyo a la difusión de la literatura española cuya única dotación sea una cadena de locales de videojuegos, o una dedicada a la promoción del pacifismo con una dotación consistente en una fábrica de armamento, por ejemplo, por muy rentables y legales que sean los respectivos capitales productivos. En casos como esos, debiera requerirse la transformación del capital a uno que sea ética y estéticamente neutro, antes de reconocer formalmente a la nueva fundación.

La exigencia de adecuación es reiterada por algunas legislaciones autonómicas, y omitida por la mayoría de las otras. Así, dentro de las leyes anteriores a la ley 30/1994, la omiten las normas autonómicas del País Vasco⁴⁰⁰, la Ley catalana⁴⁰¹, y la Ley de Fundaciones de Interés Gallego⁴⁰². Dentro de las legislaciones posteriores al precepto estatal, se contentan con exigir suficiencia la Ley de Fundaciones Canarias⁴⁰³ y la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid⁴⁰⁴. En cambio, siguen el partido de la norma nacional de fundaciones tanto la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana⁴⁰⁵ como la Ley Foral Navarra.⁴⁰⁶ Pese a la abundancia de legislaciones

⁴⁰⁰ País Vasco. Ley 12/1994. Artículo 9.1. “La dotación patrimonial podrá consistir en bienes y derechos de cualquier tipo, que habrán de ser *suficientes* para el desarrollo del primer programa de actuación...”

⁴⁰¹ Cataluña. Ley 1/1982. Artículo 3.3. “La dotación de una fundación no puede consistir sólo en el propósito de recaudar donativos, aunque sean cuotas o subvenciones periódicas, excepto que la continuidad de estos fuera plenamente garantizada en una cuantía *suficiente* para cumplir las finalidades fundacionales.”

⁴⁰² Galicia. Ley 7/1983. Artículo 7.3. “La dotación inicial *suficiente* para el cumplimiento de sus fines podrá ser incrementada posteriormente por el fundador o terceras personas.”

⁴⁰³ Canarias. Ley 2/1998. Artículo 11.1. “La dotación fundacional podrá consistir en bienes y derechos de cualquier tipo, que habrán de ser *suficientes* para el desarrollo del primer programa de actuación, que deberá constar en la escritura de constitución, con independencia de su incremento en virtud de aportaciones sucesivas a cargo del o los fundadores o de terceras personas.”

⁴⁰⁴ He indicado antes que esta norma derechamente omite exigir, como requisito directo, suficiencia a la dotación, y que se limita a indicar que el preceptivo informe del Protectorado, previo a la inscripción, debe referirse a la persecución de fines de interés general y a la suficiencia de la dotación (Arts. 5 y 6). La adecuación, por tanto, no se menciona de modo alguno.

⁴⁰⁵ Valencia. Ley 10/1998. Artículo 11.2. “La dotación deberá ser *adecuada y suficiente* para con sus rendimientos financiar al menos el 50 por 100 de los gastos previstos en el primer programa de actuación de la fundación, lo que deberá acreditarse con un estudio económico de viabilidad.” Hay que notar, eso sí, que aquí la adecuación tiene un matiz marcadamente financiero o cuantitativo, puesto que está referida, al igual que la suficiencia, a la solvencia de la mitad de los gastos del primer programa de actividades.

⁴⁰⁶ Navarra. Ley 10/1996, de 2 de julio. Artículo 7.1 “La dotación, que tendrá carácter irrevocable e irreversible, podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase y habrá de ser *adecuada y suficiente* para el cumplimiento de los fines fundacionales, lo que se acreditará mediante el correspondiente estudio económico.”

autonómicas que omiten referirse a la adecuación, me parece que, en los términos en que ha sido aquí definida, su exigencia es predicable, por un simple imperativo de la naturaleza de las cosas⁴⁰⁷, respecto del proceso de constitución de cualquier fundación, sea que esté sometida a la legislación estatal, sea que lo esté a una norma autonómica, aunque no la impere formalmente.

Por ello, creo que la objeción de MORILLO GONZÁLEZ, en el sentido de referir el informe previo del Protectorado a la pura suficiencia de la dotación en relación a los fines fundacionales resulta injustificada. La referencia a la adecuación, entendida como arriba se ha descrito, surge de la propia naturaleza de las cosas y no puede ser omitida por ello en el proceso decisorio acerca de la admisibilidad jurídica de una nueva fundación. Normalmente, claro está, el juicio de suficiencia supondrá implícitamente una valoración afirmativa sobre la adecuación, pero en los casos en que esa valoración sea negativa, el Protectorado no podrá aludir una referencia explícita a ella, para fundar el rechazo, aunque cuantitativamente la dotación resulte suficiente. Tal actitud no encuentra únicamente un fundamento reglamentario: desde la propia norma constitucional se impera a la administración el servicio objetivo de los intereses generales, y ello impone una preocupación cierta por aspectos de fondo en relación con el patrimonio de las fundaciones.

2.4.1.3. Insuficiencia e inadecuación: Consecuencias jurídicas

El informe favorable del Protectorado acerca de la suficiencia y adecuación de la dotación a los fines descritos para la fundación en el negocio jurídico fundacional y en los proyectados estatutos habilita la inscripción de la fundación en el registro, y el consecuente reconocimiento de su personalidad jurídica.⁴⁰⁸ Tal informe tiene para el Registro un carácter vinculante,⁴⁰⁹ por lo que sus funciones de calificación quedan restringidas al resto de los extremos de legalidad.

⁴⁰⁷ Aplicando a la inversa la regla de CELSO: *Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt* (Digesto, 50.17.188.1).

⁴⁰⁸ Ley 30/1994. Artículo 36. 2. "Las inscripciones a que se refiere el apartado anterior deberán efectuarse en el plazo que reglamentariamente se determine, y requerirán, por lo que se refiere a la inscripción de fundaciones, el informe favorable, en cuanto a la persecución de fines de interés general y a la determinación de la suficiencia de la dotación a que se refiere el artículo 10.1 de esta Ley, del órgano al que corresponda el ejercicio del Protectorado."

⁴⁰⁹ Ley 30/1994. Artículo 3. *Personalidad jurídica*. 1. "Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones. La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la Ley." Por su parte, el artículo 7.2 del Real Decreto 384/1996, de 1 de Marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal. (Real Decreto 384/1996, de 01-03-1996, Boletín Oficial del estado 77/1996, publicado el 29-03-1996. En lo sucesivo,

En cualquier caso, si el informe del Protectorado resulta negativo, esto es, juzga insuficiente la dotación en relación con los fines previstos, se impide la inscripción de la fundación, se pone consecuentemente fin a la vía administrativa y por ello, el acto es impugnabile ante los tribunales de lo contencioso-administrativo.⁴¹⁰

Sin embargo, ni la ley ni el reglamento resuelven la situación jurídica que se produce, respecto de los bienes que se habían destinado a dotación, cuando el Protectorado informa negativamente acerca de su suficiencia y adecuación, más allá de que ello impide la inscripción de la fundación, y consecuentemente, obstaculiza la adquisición de personalidad jurídica. En los primeros comentarios de la Ley de Fundaciones, COBO GÁLVEZ anunciaba, aunque sin pretensión de resolverlas, algunas cuestiones que a su juicio planteaba el juicio de suficiencia realizado por el Protectorado, cuando éste resultaba negativo. Se preguntaba específicamente el autor sobre el destino de los bienes involucrados, y la posibilidad de que vuelvan al patrimonio del frustrado fundador o sus herederos, o se ordene por el Protectorado agregarlos al patrimonio de otra fundación.⁴¹¹

PUIG FERRIOL, antes de la existencia de la ley estatal, y comentando la ley catalana, afirmaba "(...) si con el patrimonio inicial de la fundación el protectorado considera que las finalidades fundacionales son de imposible cumplimiento, podrá denegar la inscripción de la fundación pretendida (...). En cuyo caso, y por aplicación de lo prevenido en el artículo 15.2 g) de la propia ley, corresponderá al Protectorado decidir sobre el destino que haya de darse al patrimonio fundacional por no haberse

el "Reglamento del Registro") establece que "2. La primera inscripción de la fundación se entenderá solicitada mediante la presentación de la escritura constitutiva. El encargado del Registro solicitará del protectorado correspondiente el informe preceptivo sobre el interés general de los fines y la suficiencia de la dotación. Si el informe es favorable, la inscripción sólo podrá ser denegada cuando la escritura constitutiva no se ajuste a las demás prescripciones de la Ley."

⁴¹⁰ Ley 30/1994. Artículo 35. *Recursos jurisdiccionales*. "Los actos del Protectorado que pongan fin a la vía administrativa serán impugnables ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo." En el sentido de entender incluido el informe negativo dentro de los actos impugnables, PIÑAR MAÑAS: "Comentario a los Arts. 32 a 39", p. 319; y FERRANDO VILLALBA: "La dotación fundacional", p. 1606.

⁴¹¹ COBO GÁLVEZ: "Comentario al artículo 10", p. 91. SERRANO CHAMORRO: *Las fundaciones: Dotación y Patrimonio*, p. 162, recoge con fidelidad literal las preguntas del autor citado, y anuncia que tratará la materia en otro capítulo de su trabajo, cosa que no hace, pareciendo remitir al lector tácitamente al tema de la reversión de los bienes fundacionales, remisión que me parece por completo inadecuada. Se trata de hipótesis legales que tienen que mantenerse separadas, porque las bases conceptuales y los problemas jurídicos son muy diversas en uno y otro caso. También LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*, p. 142, reitera las preguntas de COBO GÁLVEZ, sin intentar una respuesta.

podido constituir, mediante la inscripción registral, la fundación por ser insuficiente su base patrimonial”⁴¹². Tal conclusión es afortunada para el ámbito territorial catalán, dados los claros términos del artículo 15 de la ley autonómica,⁴¹³ pero no es predicable para el resto del Estado, porque ni en la ley 30/1994 ni en otra norma autonómica existe una norma equivalente.⁴¹⁴ Otra norma autonómica que pudiera interpretarse en el mismo sentido de la ley catalana es el artículo 7.1 de la Ley 10/1996 de Navarra, que califica a la dotación de “irreversible”.⁴¹⁵ La interpretación, sin embargo, supondría confundir la reversión en sentido propio (esto es, el retorno del patrimonio remanente a los fundadores en caso de extinción de la fundación) con la simple ineficacia original de la declaración de voluntad del fundador, que acarrea –por definición– su carencia completa de efectos, y por ello, la ausencia de verdadera afección de los bienes al fin de interés general. Por ello, parece preferible una interpretación restrictiva de la irreversibilidad consagrada en la ley navarra.

Haciéndose cargo del problema, ahora respecto de la ley estatal, FERRANDO VILLALBA pone de relieve que la cuestión central estriba en saber si, pese al carácter transmisivo de la aportación de bienes o derechos, se conserva un derecho de recuperación de lo aportado para el evento de que la persona jurídica no llegue a nacer.⁴¹⁶ La autora mantiene que, si se trata de una asignación *mortis causa*, el respeto a la voluntad del testador impone la aplicación analógica del artículo 31 de la ley,

⁴¹² PUIG FERRIOL: “Patrimonio fundacional en la ley de fundaciones catalanas”, p. 1647.

⁴¹³ Cataluña. Ley 1/1982. Artículo 15. 2. “Las funciones del protectorado son: (...) g) Suplir las facultades de los órganos de gobierno de las fundaciones en aquello que exceda a las que correspondan según esta ley y los estatutos, particularmente para dejar constituidas las nuevas fundaciones y decidir sobre la destinación de los patrimonios cuando no sea legalmente posible constituirlos o cuando sea necesario extinguirlos. Asimismo, le corresponde ejercer provisionalmente las funciones del órgano de gobierno, si por cualquier razón o motivo faltan las personas llamadas a integrarlo.”

Por otra parte, la citada expresión legislativa catalana (“decidir sobre la destinación de los patrimonios cuando no sea legalmente posible constituirlos”) no puede interpretarse con demasiada amplitud. En efecto, para una imposibilidad de constitución derivada de insuficiencia patrimonial, la solución dogmática puede justificarse (aunque, como diré para el Derecho estatal, parece francamente preferible una solución diversa), pero resulta por completo irrazonable para los casos, por ejemplo, de vicios de la voluntad u otras causas de invalidez. La norma, como está redactada, abre la pregunta por un criterio que permita decidir su aplicabilidad en cada caso concreto, criterio que desde luego no existe en la ley catalana, y que la doctrina no ha abordado. Unas líneas más adelante, cuando se intente una construcción para suplir el silencio del ámbito estatal, esbozaré un criterio que puede también servir para trazar una frontera de aplicabilidad de precepto catalán. (*Vid.* Nota Núm. 434)

⁴¹⁴ La antigua ley canaria, 1/1990, contemplaba en su artículo 24 j) un precepto con la misma inspiración del catalán, pero la nueva ley lo omitió.

⁴¹⁵ Navarra. Ley 10/1996, de 17 de julio. Artículo 7. “Dotación de la Fundación. 1. La dotación, que tendrá carácter irrevocable e irreversible, podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase y habrá de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales, lo que se acreditará mediante el correspondiente estudio económico. (...)”

relativo al destino de los bienes en caso de liquidación (que irán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquéllos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en el estatuto de la fundación extinguida, o en su defecto se designen por el Patronato, si tiene reconocida esa facultad, o en último término, por el Protectorado). Más complejo ve la autora el caso de la constitución *inter vivos*. “Se plantean mayores dudas en relación con la constitución *inter vivos*, si bien en este caso cabe que el fundador aporte más bienes o, en todo caso, proponga la modificación de los estatutos estableciendo unos fines más moderados a la fundación, que posibiliten la viabilidad de la fundación con la dotación inicialmente prevista.”⁴¹⁷ En síntesis, la autora plantea como eje central de su respuesta a la cuestión la compaginación del respeto a la voluntad del fundador con la irrevocabilidad de la afección de los bienes al interés general. Por respeto al segundo de estos elementos, FERRANDO VILLALBA no se atreve a afirmar que los bienes remanentes puedan devolverse al fundador. Adicionalmente, la autora visualiza el problema de la perfección del negocio jurídico fundacional, ya que si se lo considera perfecto, y por tanto, irrevocable, desde la escritura, se genera una suerte de “fundación irregular” que carece de toda regulación, a menos que se le aplique la relativa a las cargas duraderas para fines de interés general.

En una posición más decididamente contraria a la posibilidad de devolver los bienes al fundador o a sus herederos, se encuentra MORILLO GONZÁLEZ, quien sostiene que el hecho de que la inscripción sea denegada no supone la nulidad del negocio jurídico fundacional, es decir, deja intacta su validez, y por tanto, no implica la inoperatividad del vínculo de destinación de los bienes al fin de interés general predeterminado, agregando que la validez o no del negocio no puede quedar supeditada a la decisión sobre la inscripción. Adicionalmente, aduce el autor que la devolución puede ser prácticamente inoperable en muchos casos, como si la dotación está compuesta por donativos de personas indeterminadas.⁴¹⁸

En cambio, REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI se ubica en el campo argumental contrario: “Cuestión distinta de la expuesta (se refiere a la irrevocabilidad del negocio jurídico fundacional) es la posibilidad de que los bienes reviertan al fundador en el supuesto de que se deniegue la inscripción de la fundación, porque ya he manifestado

⁴¹⁶ FERRANDO VILLALBA: “La dotación fundacional”, pp. 1604 a 1606.

⁴¹⁷ FERRANDO VILLALBA: *Op. cit.*, p. 1605.

⁴¹⁸ MORILLO GONZÁLEZ: *El proceso de creación de una fundación*, p. 272.

mi opinión en el sentido de que ésta opera como una condición resolutoria. Naturalmente, de los bienes que, como consecuencia, revertirían al fundador, habría que restar los suficientes para hacer frente a las obligaciones contraídas por los patronos en el proceso de formación de la fundación, tal como se desprende sin lugar a dudas del artículo 11 de la Ley.⁴¹⁹ REAL PÉREZ, que ha estudiado con detención la figura de la fundación en proceso de formación (aunque el aspecto patrimonial es abordado de modo tangencial), afirma también categóricamente que “(...) la dotación es el patrimonio que (...) inicialmente se destina al fin de interés general que la fundación persigue (...); dicho patrimonio se podrá incrementar (...) constituyendo un patrimonio de destino que será el de la fundación cuando obtenga personalidad, o volverá a sus titulares iniciales en caso contrario, después de satisfechas las obligaciones contraídas.”⁴²⁰ En esta misma línea parece encontrarse PIÑAR MAÑAS, que ha afirmado –escribiendo en conjunto con la autora antes citada– que reunidos los requisitos del negocio jurídico fundacional, éste “queda perfecto y deviene irrevocable. En consecuencia vincula al fundador o fundadores (o a sus herederos); ello implica que no pueden recuperar la dotación entregada (salvo que se deniegue el acceso de la fundación al Registro, pues entonces ésta no existe); (...)”⁴²¹

Me parece que frente al vacío legal, y a la necesidad de encontrarle a esa laguna una solución normativa, se impone, como cuestión preliminar, una sistematización de los elementos que juegan en las posibles respuestas. En primer término, el problema debe ser convenientemente aislado de otros con los que no guarda más que alguna conexión puramente intuitiva, y cuyas cadenas argumentativas no son, por tanto, susceptibles de trasladar sin más al tema que nos ocupa. Así, debe dejarse afuera de la discusión el problema de la admisibilidad (o no) de las cláusulas de reversión, esto es, de las cláusulas incorporadas al negocio jurídico fundacional que pretenden que, en caso de extinción de la fundación, los bienes dotacionales vuelvan al patrimonio del fundador o de sus herederos.⁴²² Los fundamentos de las respuestas doctrinales, tanto a favor como en contra de la reversión, son por completo diversos de las consideraciones que deben aplicarse al caso del destino de los bienes de una fundación que no ha podido constituirse, por insuficiencia de esos bienes o derechos. Asimismo, y por la misma razón, debe marginarse de este debate el problema de la admisibilidad (o no) de las donaciones que se efectúen a una fundación ya constituida, con cláusula de

⁴¹⁹ REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI: *La Nueva Ley de Fundaciones*, p. 34.

⁴²⁰ REAL PÉREZ: “Fundaciones en proceso de formación”, p. 260.

⁴²¹ PIÑAR, REAL y GARCÍA: “España”, en *Las fundaciones en Iberoamérica*, p. 240.

⁴²² Tema vinculado a la extinción de las fundaciones, y que queda fuera del alcance de esta tesis, según se explicó en las Notas Preliminares.

reversión al donante.⁴²³ Desde luego, también resulta aquí fuera de lugar el problema de la revocabilidad post constitutiva de la dotación, esto es, la posibilidad (o no) de dejar sin efecto la transmisión de derechos patrimoniales a la fundación, una vez el negocio jurídico fundacional haya desplegado toda su eficacia (esto es, una vez inscrita la fundación), en aplicación de las normas sobre donaciones o sobre sucesiones *mortis causa* que así lo permiten.⁴²⁴

En cambio, creo que hay al menos tres puntos que pudieran tener vinculación con el problema que nos estamos planteando, y que requieren por tanto una aclaración más detenida. Son ellos la cuestión relativa a la irrevocabilidad del negocio jurídico fundacional, al problema del negocio jurídico fundacional sometido a condición de que la fundación se inscriba, y la relativa a la validez del negocio fundacional y su conexión con la eficacia de la destinación de bienes que contiene.

Respecto a la primera cuestión, es preciso indicar, para evitar la usual confusión con la posibilidad de revocar total o parcialmente la atribución patrimonial efectuada a la fundación, una vez ésta ya se ha constituido⁴²⁵, que el tema relevante aquí es el referido a la posibilidad de que el propio fundador, en el tiempo medio entre la perfección del negocio jurídico fundacional y la efectiva inscripción de la fundación que hace nacer su personalidad jurídica, emita una declaración formal de voluntad de sentido íntegramente contrario al del negocio fundacional, privando a éste último, *in toto*, de su eficacia.⁴²⁶ Hemos indicado en otra parte que tal posibilidad está expresamente permitida –con más o menos amplitud– por algunas legislaciones del entorno europeo, e interdicta en otros. También se ha establecido antes que en España, pese a que se carece de una norma que se pronuncie en uno u otro sentido, la mayor parte de los autores coinciden en considerar irrevocable al negocio jurídico fundacional, una vez perfeccionado, cuando se trata de un acto *inter vivos*, y una vez fallecido el causante, cuando se trata de un acto *mortis causa*, y que es razonable considerarlo de esa manera. La pregunta que cabe realizarse ahora, sin embargo, es si esa irrevocabilidad tiene o no que ver con el problema del destino de los bienes en caso de una declaración de insuficiencia. Sostendré que no, y que en los términos en que se

⁴²³ Respecto de este tema, véase en la Parte Segunda el apartado “La aceptación de legados y donaciones”, en la pág. 379.

⁴²⁴ Respecto de este tema, véase el apartado “Los criterios de magnitud máxima y la revocabilidad del exceso” en la pág. 162.

⁴²⁵ Véase, por ejemplo, FERRANDO VILLALBA: “La dotación fundacional”, p. 1585 y 1586, que mezcla ambas clases de revocación.

⁴²⁶ Sobre el tema, véase el apartado “Irrevocabilidad del negocio jurídico fundacional”, en la pág. 59.

ha definido la revocación, su admisibilidad o su rechazo resulta irrelevante para la solución del problema que nos ocupa. En efecto, cuando la Administración decide juzgar insuficientes o inadecuados unos bienes dotacionales, y ello empece la inscripción de la proyectada fundación, no existe ninguna declaración de voluntad del fundador, tendente a dejar sin efecto su previa declaración. Muy por el contrario, es una causa por completo ajena a su ámbito volitivo la que impide que esa declaración inicial de naturaleza fundacional surta todos sus efectos, y devenga ineficaz. Por tanto, la búsqueda de una salida a la cuestión debe prescindir de la irrevocabilidad del negocio como criterio rector de solución.⁴²⁷ La consideración, que resulta ser previa y fundante de la irrevocabilidad, del negocio fundacional como no recepticio tampoco debe ser obstáculo para decidir en un sentido o en otro, porque, si no existe obstáculo legal, lo hecho puede deshacerse (*omnia, quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt*⁴²⁸).

Respecto de la segunda cuestión, esto es, la referida a la admisibilidad del negocio jurídico fundacional sometido a condición de que la fundación se inscriba, debe señalarse que sí puede incidir directamente en el problema que nos ocupa, y tiene directa vinculación con la idea del respeto a la voluntad del fundador. En efecto, tanto en un negocio fundacional *mortis causa* como en uno *inter vivos*, y ante la ausencia de una prohibición legal, resulta inevitable admitir la posibilidad técnica de someterlo a modalidades. Resulta de particular interés la posibilidad de que la eficacia del negocio quede sometida a la condición de que la Administración acepte la inscripción de la fundación, o más aún, de que se constituya formalmente en los mismos términos en que fue concebida por el fundador.⁴²⁹ En tales casos, queda fuera de toda duda, a mi juicio, que los bienes deben volver al patrimonio del fundador o sus herederos (si se considera que han salido de allí) o a la esfera de su control irrestricto (en caso de

⁴²⁷ Véase, como ejemplo legislativo claro de que se trata de ideas diversas, la Ley 10/1996 de la Comunidad Foral de Navarra, que establece que la dotación es “irrevocable e irreversible” (art. 7.1).

⁴²⁸ GAIVS, *Digesto*, 50.17.100.

⁴²⁹ La cuestión ha sido detenidamente analizada por MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA CASTILLO: “Constitución condicional de fundaciones”, quien concluye admitiendo ampliamente la posibilidad, estableciendo que en tal caso los bienes no salen de la esfera patrimonial del fundador hasta tanto no se cumple la condición, y por ello no se aplica el artículo 11 de la Ley de Fundaciones, sobre fundaciones en proceso de formación, y el fundador es integralmente responsable, con todo su patrimonio, de los actos realizados en el período previo al momento en que el cumplimiento de la condición se hace imposible (pp. 146 y 147).

considerarse que la existencia de una condición evita la salida de los bienes dotacionales del patrimonio del fundador).⁴³⁰

La tercera cuestión, es decir, la relativa a las ideas de validez del negocio jurídico fundacional, y la supuesta consecuente eficacia del vínculo de destinación que contiene, como criterio de resolución del problema, debe abordarse con detención. En primer término, resulta conveniente mantener nítida la distinción entre las ideas de validez y de eficacia. Desde el punto de vista de la correcta técnica jurídica, la invalidez es una clase de ineficacia, determinada por una tara o vicio originarios del negocio.⁴³¹ Por ello, un negocio puede ser perfectamente válido, en el sentido de satisfacer todas y cada una de las condiciones exigidas legalmente para reconocerlo; y devenir sin embargo ineficaz por una razón posterior a su nacimiento. Esto determina que haya ineficacias que no derivan de la invalidez, y significa también que la invalidez supone siempre la ineficacia, pero que la validez no supone necesariamente la plena producción de efectos, debido a que el acto puede adolecer de alguna otra clase de ineficacia. Es lo que ocurre, por ejemplo, con cualquier negocio que es susceptible de revocación, como el mandato, y es justamente el caso de un negocio fundacional que, perfecto en todos sus extremos, deviene sin embargo ineficaz porque la Administración niega el acceso de la nonata fundación al Registro. Por esa razón, no debe conectarse la cuestión del destino de los bienes en caso de rechazo de la inscripción por insuficiencia dotacional a la sola cuestión a la validez o invalidez del negocio jurídico fundacional, como hace la tesis de MORILLO GONZÁLEZ al mantener que la validez comporta necesariamente la plena eficacia de la destinación patrimonial contenida en el negocio;⁴³² *quod contra*, debe conectarse a la pregunta por su eficacia, cualquiera sea su causa.

Resumiendo, la presencia de dotación es una condición de validez de la fundación, y su suficiencia administrativamente constatada es una condición legal de

⁴³⁰ Así lo entiende DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 122, aunque habla de “liberación de la dotación y reversión al fundador”, con un lenguaje que me parece técnicamente poco preciso.

⁴³¹ Aunque la doctrina nacional no resulta homogénea, puede verse, en este sentido, la posición de DE CASTRO Y BRAVO: *El negocio jurídico*, p. p463, y por otra parte, la inteligente argumentación, con fundamento en los textos positivos nacionales, de LACRUZ BERDEJO, LUNA SERRANO y RIVERO HERNÁNDEZ: *Elementos de Derecho Civil*, I, Vol. 3º, pp. 270 a 272. En el mismo sentido, aún cuando con algunos reparos sobre la utilidad de la distinción, DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, p. 457; LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil*, p. 493; y DE LOS MOZOS: *El negocio jurídico*, p. 560.

⁴³² MORILLO GONZÁLEZ: *El proceso de creación de una fundación*, p. 272.

eficacia.⁴³³ Creo que esta tesis puede demostrarse, además, considerando casos hipotéticos en que se destruya la identidad de circunstancias relativas a la suficiencia entre el momento del negocio y el momento de juzgamiento de la suficiencia. Imagínese una fundación que se constituye para la reparación de una catedral que tiene daños en sus vidrieras y defectos menores de estructura, y que antes de la inscripción, un terremoto provoca daños estructurales mayores, cuya reparación hace que la dotación parezca ahora ridículamente insuficiente. O una fundación que se constituye con una dotación en moneda de valor volátil, cuya cotización baja a la mitad en el tiempo entre el negocio y el juzgamiento de la suficiencia; o en acciones cuyo valor bursátil se desploma en ese mismo tiempo. Tanto si se modifica la magnitud del propósito fundacional, cuanto si cambia el valor de la dotación, no puede sostenerse que el negocio haya adolecido de una tara genética (necesaria para entenderlo inválido), y por ello, no queda otra posibilidad que reconocer que la suficiencia dotacional es una condición de eficacia del negocio fundacional, que no tiene nada que ver con su validez.⁴³⁴

Así las cosas, esto es, descartadas como criterios de solución para el caso normal de constitución no condicional, las cuestiones de la validez del negocio y de su irrevocabilidad, y considerando que la ineficacia del negocio determina el retorno de los bienes a la esfera de decisión del fundador, me parece que la directriz de la

⁴³³ Por otra parte, aún desde la equivocada perspectiva de solucionar la cuestión a partir de la validez del negocio, y no de su eficacia, me parece perfectamente argumentable la posición contraria a la de MORILLO GONZÁLEZ respecto de la validez del negocio, esto es, sostener su nulidad. No me parece nada irrazonable sostener que, siendo la dotación adecuada y suficiente un requisito esencial del negocio, la falta de suficiencia o adecuación debe suponer la nulidad del negocio jurídico fundacional; caso en el que la resolución administrativa no hace más que constatar la existencia de un vicio de nulidad, pero no lo produce. Esto es, la suficiencia y adecuación son requisitos legales de un elemento esencial, y su ausencia determina la nulidad del negocio. Esta es la postura de CAFFARENA LAPORTA, que inquiriendo por el contenido esencial del negocio fundacional sostenía: “La ausencia de dotación o de una dotación suficiente, la falta de voluntad de afectar dicha dotación a la realización de fines de interés general, o la falta de intención de utilizar el instrumento técnico que supone la creación de una fundación, implican que no se pueda hablar de un negocio fundacional válidamente celebrado” (CAFFARENA LAPORTA: “Algunas cuestiones en relación a la constitución de fundaciones en la Ley 30/1994”, p. 200). Por otra parte, esta solución técnica produce exactamente la misma consecuencia –ineficacia total del negocio– que la solución que propongo en el texto.

⁴³⁴ Como dejé insinuado en una Nota anterior (Véase la Nota Núm 413), esta construcción puede servir para trazar una frontera de aplicabilidad del artículo 15 de la Ley catalana, que faculta al Protectorado –en términos muy amplios– para “decidir sobre la destinación de los patrimonios cuando no sea legalmente posible constituirlos” (las fundaciones). En efecto, podría interpretarse la “imposibilidad legal de constitución” refiriéndola únicamente a los casos en que, habiendo un negocio fundacional válido, se impide su producción de efectos por no cumplirse una condición legal de eficacia, como la suficiencia de los bienes, o la efectiva adscipción de los fines al interés general. No pretendo

solución del problema no puede ser otra que la consideración estricta de la voluntad de este último.

De esta manera, si la fundación se ha pretendido constituir por acto *inter vivos*, debe ser el propio fundador quien disponga, si lo estima pertinente, con la asesoría del Protectorado⁴³⁵, pero con entera libertad, de los bienes dotacionales. El rango de posibilidades es aquí muy amplio, desde el retorno pleno de los bienes al patrimonio del fundador, la reformulación de los fines para adecuarlos a la entidad y cuantía de los bienes aportados, la aportación suplementaria de bienes para adecuar la dotación al fin, o la donación de los bienes a otra entidad no lucrativa que persiga fines homólogos, entidad que puede o no ser una fundación. Asimismo, es posible concebir la pertinencia de soluciones mixtas, lo que deberá necesariamente ocurrir cuando parte del patrimonio dotacional se encuentre constituido por aportaciones de personas indeterminadas, a las cuales, en consecuencia, es imposible realizar devolución alguna. En casos como el indicado, y supuesto que no existe la posibilidad de modificar el fin ni de realizar aportaciones suplementarias, deberá devolverse –previas las deducciones de rigor, *ex art. 11*– la dotación aportada por el fundador a éste, y el resto destinarse por el Protectorado a entidades análogas.

Evidentemente, la consideración primordial de la voluntad del fundador topa con un escollo insalvable –no siempre, como veremos– en el crudo hecho de que éste puede estar muerto. La doctrina tiende a suponer, para este evento, que la voluntad del fundador consiste en destinar unos determinados bienes a unos abstractos fines de interés general, y sobre esa base, determinar la posibilidad de que la Administración determine el destino de la dotación declarada insuficiente, por aplicación analógica de las normas sobre extinción de fundaciones.⁴³⁶ Sin embargo, creo que es menester contrastar la premisa inicial, que suele darse por sentada. Me parece a mí que en las

aquí desarrollar una argumentación saturada al respecto, sino apenas apuntar una utilidad marginal de la solución propuesta para el ámbito estatal.

⁴³⁵ Asesoría que se presta en ejercicio de las facultades concedidas por el artículo 32 de la ley:

“Artículo 32. Protectorado.

1. El Protectorado facilitará el recto ejercicio del derecho de Fundación y asegurará la legalidad de su constitución y funcionamiento.

2. El Protectorado será ejercido por la Administración General del Estado, en la forma que reglamentariamente se determine, respecto de las fundaciones de competencia estatal, correspondiéndole a tal fin las siguientes funciones:

a) Asesorar a las fundaciones ya inscritas y a las que se encuentren en período de constitución sobre aquellos asuntos que afecten a su régimen jurídico y económico, así como sobre las cuestiones que se refieran a las actividades desarrolladas por aquéllas en el cumplimiento de sus fines, prestándoles a tal efecto el apoyo necesario. (...)”

fundaciones constituidas *mortis causa*, el respeto a la voluntad del testador no supone necesariamente destinar los bienes asignados a una institución análoga. De hecho, es posible sostener precisamente lo contrario: Si el testador pretendió crear una nueva fundación, y no simplemente legar bienes a una entidad existente, puede ser precisamente porque le pareció que ninguna de las existentes resultaba digna acreedora de un legado suyo, por no ajustarse al perfil por él buscado en la entidad receptora de su liberalidad. Por tanto, a menos que la correspondiente cláusula testamentaria sea muy genérica en orden simplemente a crear una fundación (sin una precisa determinación de fines y beneficiarios), o de constar en una cláusula testamentaria una manifestación específica de voluntad en el sentido de destinar los bienes —en caso de rechazo administrativo— a alguna entidad no lucrativa específica, o *in genere* a fines benéficos, los bienes debieran quedar sujetos al poder de disposición de los herederos. Finalmente, y puestos a aplicar normas por analogía, no me parece tampoco del todo descabellada la posibilidad de aplicar analógicamente el artículo 888 del Código Civil, que, como se sabe, dispone que “cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el legado, o éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer.”

Finalmente, hay un argumento político a favor de la devolución de los bienes a la esfera de decisión de los particulares (sea el fundador, sean sus herederos): si la Administración tiene la potestad de calificar la suficiencia de unos bienes en relación con unos fines de interés general (como así es) y además se le “otorga” doctrinalmente la posibilidad de disponer de los bienes en caso de insuficiencia, se le abre un campo de poder discrecional que me parece excesivo. En cambio, si el Protectorado sabe que en caso de determinar la insuficiencia, el poder de decisión sobre los bienes vuelve al fundador o a sus herederos, será indudablemente más prudente a la hora de enjuiciar la suficiencia.

En el entorno autonómico —y dejando a salvo los casos ya mencionados al comienzo de la legislación catalana y el derecho foral navarro— el tema tampoco aparece resuelto y constituye una laguna normativa en los mismos términos expresados para la legislación estatal. Sin embargo, para un caso perfectamente homologable, cual es el de la fundación en promoción que regula la ley valenciana, la solución es la que aquí se predica.^{437/438} Por otra parte, en los derechos del entorno europeo existe un par

⁴³⁶ Así FERRANDO VILLALBA: “La dotación fundacional”, p. 1605.

⁴³⁷ Valencia. Ley 8/1998. Artículo 12. *Promoción de fundaciones*. (...) 2. En el caso de que la fundación no llegue a constituirse, se reintegrarán a los aportantes todas las contribuciones efectuadas; a no ser que éstos hubieran manifestado su voluntad expresa de que lo recaudado se destine a las

de ordenamientos que regulan el tema, y que proveen una solución semejante a la que he planteado para salvar la laguna hispana. En el derecho portugués, que contiene una exigencia de suficiencia patrimonial semejante a la española, y formulada igualmente con un concepto indeterminado, se adopta para el caso que nos ocupa una solución que respeta cabalmente la voluntad del fundador. En efecto, se establece la necesidad de devolver los bienes al fundador, si está vivo, y de entregarlos a una fundación o asociación de fines análogos, designada por la Administración, si el fundador ha fallecido, y no ha dispuesto otra cosa.⁴³⁹ La solución de la disciplina fundacional del principado de Liechtenstein es perfectamente homologable, en cuanto el principio rector de la solución legislativa es la voluntad del fundador, y sólo en defecto de una voluntad diversa puede el Protectorado aplicar los bienes a una fundación con fines equivalentes.⁴⁴⁰ En el derecho suizo, el Código Civil permite, aunque en un contexto más general que el de la pura suficiencia patrimonial, que en caso que la fundación no llegue a poderse organizar conforme a su fin, a los bienes se le dé el destino que determine o haya determinado el fundador, y sólo en defecto de su voluntad será la autoridad administrativa la que dispondrá de los bienes, traspasándolos a otra fundación cuya finalidad sea análoga.⁴⁴¹ En el caso italiano, y aún sin una norma que

entidades no lucrativas mencionadas en la letra h) del apartado anterior. 3. Quienes pretendan promover la constitución de una fundación no tendrán derecho alguno a reembolsarse de los gastos que puedan o deban atender con motivo de su actuación. Igualmente, serán responsables personal y solidariamente de la conservación e integridad de los bienes y derechos que recauden, así como de su aportación a la fundación que se constituya o, en su caso, de la devolución a los aportantes, o bien de su entrega a las entidades mencionadas en la letra h) del apartado 1 de este artículo. (...)"

⁴³⁸ Curiosamente, CUÑAT EDO y LINARES ANDRÉS: "Las fundaciones en la Comunidad Autónoma Valenciana", p. 2953, luego de lamentar que la ley valenciana hubiera omitido el tema que aquí nos ocupa, postular una aplicación análoga del artículo 12.2, pero interpretándolo de modo que los bienes no vuelvan al fundador frustrado. Los autores reconocen, al menos, que su interpretación es "aparentemente de sentido contrario al textual de tal precepto", pero la fundamentan señalando "que el presupuesto de partida cuando ordenada la fundación ésta no se consuma es, ya, una declaración de destino a un interés general, y esa debe ser la voluntad prevalente, salvo que otra se manifieste legítimamente." A mi entender, la "voluntad prevalente" aquí es la de los autores de la interpretación. Una hermenéutica tan excesivamente voluntarista que invierte por completo el sentido claro del texto resulta inadmisibles, y no hay ninguna buena razón para que donde el texto legal dice blanco, la doctrina diga, directamente, negro. Aceptar esa posibilidad significa desvirtuar del todo el sentido del ejercicio legislativo democrático.

⁴³⁹ Código Civil de Portugal. Art. 188º Reconhecimento. "3. *Negado o reconhecimento por insuficiência do património, fica a instituição sem efeito, se o instituidor for vivo; mas, se já houver falecido, serão os bens entregues a uma associação ou fundação de fins análogos, que a entidade competente designar, salvo disposição do instituidor em contrário.*"

⁴⁴⁰ Liechtenstein. Das Personen- und Gesellschaftsrecht vom 20. Januar 1926. Art. 562.2. *Vid.* el texto en la Nota Núm. 349.

⁴⁴¹ Suiza. Código Civil. Artículo 83.3: "*Lorsque la fondation ne peut être organisée conformément à son but, les biens sont remis par l'autorité de surveillance, si le fondateur ou une clause expresse de l'acte ne s'y oppose, à une autre fondation dont le but est aussi pareil que possible à celui qui avait été prévu.*"

lo establezca expresamente, la doctrina admite sin ambages que, en el caso de una fundación destinada por el fundador o fundadores a operar como fundación reconocida cuyo reconocimiento no se conceda, los bienes retornan al fundador o a sus herederos.⁴⁴² En el caso francés, la cuestión no suscita problemas, porque existe un monto mínimo cuantitativamente determinado, pero como regla general, “en la hipótesis de que la fundación no llegue a crearse, los bienes quedan en el patrimonio del aportante.”⁴⁴³

2.4.2. Los criterios de magnitud máxima y la revocabilidad del exceso

2.4.2.1. Consideraciones generales

Como se dejó insinuado al introducir el tema de los parámetros o criterios de magnitud de la dotación, la Ley de Fundaciones guardó un riguroso silencio respecto de la cuantía máxima que, en relación con la magnitud o solvencia del patrimonio del fundador (o fundadores), debía observar la atribución patrimonial realizada a la naciente fundación. En otras palabras, en el contenido normativo de la Ley de Fundaciones no existe ningún indicio que permita sostener la existencia de unos criterios que establezcan cotas máximas a la generosidad del fundador.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria tiende a pensar que, por la naturaleza gratuita de la atribución patrimonial realizada al fundar, se le hacen aplicables por analogía, en lo no previsto por la Ley de Fundaciones, y al menos de modo parcial, algunas de las normas relativas a la donación (en el caso de la constitución de fundaciones *inter vivos*) o de las disposiciones testamentarias (en el caso de constitución *mortis causa*), que permiten a ciertos interesados instar judicialmente la ineficacia –total o parcial– del negocio gratuito celebrado en su perjuicio. El principio, descrito por LÓPEZ JACOISTE, indica que “la transmisión patrimonial conferida *liberalitatis causa* se encuentra inexorablemente unida a las reglas de la inoficiosidad. Ésta puede afectar a todo acto de liberalidad, cualquiera que sea su índole negocial

⁴⁴² IORIO: *Le fondazioni*, p. 130; más explícito aún, ZOPPINI: “Note sulla costituzione della fondazioni”, p. 102, indica que “la negación del reconocimiento por parte de la administración pública produce un efecto resolutorio que determina la individuación del fenómeno organizativo y el retorno del patrimonio a la esfera jurídica del/los fundador/es.”

⁴⁴³ DEBBASCH y LANGERON: *Les Fondations*, p. 40. Recuérdese que en el Derecho galo la eficacia de la donación o disposición *mortis causa* está condicionada al reconocimiento de la fundación como de utilidad pública. Véase al respecto el apartado 1.3.1. Derecho comparado, relativo a la cuestión del desplazamiento patrimonial, en la pág. 74

concreta.”⁴⁴⁴ PUIG FERRIOL recoge el principio e indica que “es doctrina comúnmente admitida que los negocios jurídicos con causa gratuita no tienen la misma firmeza y eficacia definitiva que los negocios jurídicos onerosos, por los perjuicios que los primeros pueden ocasionar al disponente o a terceras personas, que la ley juzga han de ser protegidas con preferencia al destinatario de la atribución gratuita.”⁴⁴⁵ En esta línea matriz se inscribe el desarrollo de CAFFARENA LAPORTA, que sostuvo que “(...) el carácter de liberalidad de este negocio sirve de fundamento para la aplicación analógica de algunos preceptos de la donación cuando aquél es realizado en acto *inter vivos* (...). En cualquier caso, como se verá, deberá de operarse con sumo cuidado para evitar una aplicación indiscriminada de aquellos preceptos por la vía de la analogía, con olvido de las peculiaridades del negocio fundacional. Y dígase lo mismo de la fundación constituida en testamento. En este caso no cabe calificar la dotación, o el aspecto patrimonial del negocio fundacional, de institución de heredero, o de legado, sino que el negocio fundacional en su totalidad formará parte como tal del contenido del testamento, no pudiéndose afirmar en tal caso que la fundación sea heredera o legataria. Ahora bien, que ello sea así, que no quepa confundir la atribución patrimonial producida con la institución de heredero ni con el legado, no obsta para que podamos acudir en su caso a una aplicación analógica de preceptos correspondientes a uno u otro tipos de institución para resolver diversas cuestiones relacionadas con el negocio fundacional *mortis causa*.”⁴⁴⁶ Esta doctrina –con matices, como veremos– ha sido seguida por la mayoría de los autores⁴⁴⁷, aunque los grados de concreción del “sumo cuidado” prescrito por CAFFARENA LAPORTA resultan muy variables. En efecto, como no resulta aconsejable realizar un transplante en bloque de las normas sobre gratuidades al campo fundacional, la aplicación analógica debe estudiarse únicamente después de un estudio particular de cada caso legal, y sólo cuando existan razones justificatorias suficientes que respalden esa aplicación *a pari ratione*.

⁴⁴⁴ LÓPEZ JACOISTE: “La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones”, p. 589.

⁴⁴⁵ PUIG FERRIOL: “El Patrimonio Fundacional en la Ley de Fundaciones catalanas”, p. 1651.

⁴⁴⁶ CAFFARENA LAPORTA: *El régimen jurídico de las fundaciones*, p. 46.

⁴⁴⁷ Véase PUIG FERRIOL: “Patrimonio fundacional en la Ley de Fundaciones catalanas”, p. 1551; COBO GÁLVEZ: “Comentario al art. 10”, p. 87; REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI: *La nueva Ley de Fundaciones*, p. 26; DE PRADA GONZÁLEZ: “Aspectos Notariales de la Ley de Fundaciones”, p. 212; DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 148 (aunque con matices, en el sentido de que quizá el punto de partida óptimo no sea el analógico con el derecho privado, por la frecuente ausencia de identidad de razón, sino con las normas administrativas relativas al demanio); SALVADOR CRESPO: “El régimen jurídico de las donaciones en la nueva regulación de las fundaciones”, p. 1645; MARÍN LÓPEZ: *Legislación sobre fundaciones* (Prólogo), p. 30; VATTIER FUENZALIDA: “Observaciones sobre la constitución, la modificación y la extinción de las fundaciones”, p. 1456; FERRANDO VILLALBA: “La

La anterior prevención no excluye, por supuesto, que al negocio jurídico fundacional le sean perfectamente aplicables las normas generales sobre validez y eficacia de todos los negocios, y que como consecuencia, pueda ser impugnado en sede general, decayendo su eficacia dispositiva a favor de la fundación. Así, le son aplicables al negocio fundacional las normas del artículo 1265 del Código Civil, cuando se trate de un acto entre vivos, y los supuestos del artículo 673 del mismo cuerpo normativo, cuando la constitución se haya realizado *mortis causa*. Como se trata, en ambos casos, de supuestos generales predicables de cualquier negocio, huelga decir que sería ocioso abordarlos en este trabajo.

2.4.2.2. Derecho comparado

En Derecho comparado, hay ordenamientos del derecho fundacional en que se realiza de modo expreso la remisión, en esta materia, a las normas comunes sobre protección de intereses de terceros, o se protege directamente el interés de acreedores y sucesores legitimarios. Así, el Código portugués, que permite la revocación del negocio jurídico fundacional a su autor, y la niega a sus herederos, establece con nitidez que esa prohibición de revocar el negocio no obsta al ejercicio de los derechos que les incumban derivados de las disposiciones legales sobre sucesión legitimaria.⁴⁴⁸ La solución legislativa portuguesa resulta oscura, en cambio, acerca de la aplicabilidad de otras normas de la donación a la dotación. Por ello, la doctrina ha establecido que “como fuere, sea constituyendo en el plano doctrinal un negocio a se, o representando una simple parte del negocio global de institución de la fundación, lo cierto es que ella (la dotación) está, en principio, sujeta a las disposiciones legales aplicables a las atribuciones patrimoniales gratuitas. Cuáles sean concretamente estas disposiciones legales es un punto que intérprete tendrá que resolver a la luz de la ratio iuris de cada uno de los preceptos integrados en el capítulo de las donaciones, y de la armonía con la naturaleza especial de la dotación.”⁴⁴⁹

El Código Civil suizo contiene una prescripción parecida, ampliando la titularidad de la acción a los acreedores del fundador.⁴⁵⁰ La ley belga contiene una

dotación fundacional”, p. 1586 (aunque mezclando el tema con la irrevocabilidad del negocio jurídico fundacional).

⁴⁴⁸ Código Civil de Portugal. Art. 185.4: “Aos herdeiros do instituidor não é permitido revogar a instituição, sem prejuízo do disposto acerca da sucessão legitimária.”

⁴⁴⁹ PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA: *Código Civil Anotado*, p. 181.

⁴⁵⁰ Code Civil de Suisse. Art. 82. “La fondation peut être attaquée, comme une donation, par les héritiers ou par les créanciers du fondateur.”

norma expresamente dedicada a zanjar la cuestión, permitiendo a los acreedores y legitimarios, tanto del fundador como del donante o del testador que favorece a una fundación, impetrar judicialmente la anulación de la liberalidad que les perjudica, y eventualmente (en caso que la fundación carezca de más bienes) la disolución de la fundación y la liquidación de sus bienes.⁴⁵¹ Igual cosa ocurre en el caso del derecho luxemburgués.⁴⁵² De modo semejante, el artículo 115 del Código Civil griego permite a los acreedores y a los herederos legitimarios del fundador que puedan oponerse a la constitución de una fundación, como si se tratase de una donación⁴⁵³, pudiendo, así, intentar la acción pauliana.⁴⁵⁴ En igual sentido, la ley del Principado de Liechtenstein, tanto para las fundaciones como para las *Anstalt*.⁴⁵⁵ Para el caso de las fundaciones, la norma agrega que tanto el fundador como sus herederos pueden intentar la invalidez de la fundación, incluso estando ya registrada, cuando la voluntad ha adolecido de vicios, conforme a las reglas generales de los contratos.⁴⁵⁶

⁴⁵¹ Bélgica. Loi du 27 juin 1921. Art. 37. “*La création d'un établissement d'utilité publique et les libéralités entre vifs ou testamentaires, au profit d'un tel établissement ne portent pas préjudice aux droits des créanciers ou héritiers réservataires des fondateurs, donateurs ou testateurs.*”

Ceux-ci pourront poursuivre devant l'autorité judiciaire l'annulation des actes faits en fraude de leurs droits et même, éventuellement, la dissolution de l'établissement d'utilité publique et la liquidation de ses biens.”

⁴⁵² Luxemburgo. Loi du 21 avril 1928. Art. 37. El texto es idéntico al precitado artículo 37 de la ley belga.

⁴⁵³ Código Civil de Grecia. Άρθρο 115. “*Δικαιώματα δανειστών και μεριδούχων. Οι δανειστές και οι νόμιμοι μεριδούχοι του ιδρυτή μπορούν να προσβάλουν τη σύσταση του ιδρύματος σύμφωνα με τις διατάξεις για τις δωρεές.*”

⁴⁵⁴ ALFANDARI: *Associations et Fondations en Europe*, p. 238.

⁴⁵⁵ El *Anstalt* (establecimiento) es una figura típica y exclusiva del Principado de Liechtenstein definida legalmente como “un sujeto dotado de autonomía y organización propia, con un fin durable no económico, inscrito en el Registro de *Anstalten*, que dispone de un patrimonio constituido de derechos reales y personales, sin carácter público ni estructura asociativa” (Liechtenstein. Das Personen- und Gesellschaftsrecht vom 20. Januar 1926. Art. 534. “*1) Anstalt (Etablissement) im Sinne dieses Titels ist ein nach den folgenden Vorschriften rechtlich verselbständigt und organisiertes, dauernden wirtschaftlichen oder anderen Zwecken gewidmetes, ins Öffentlichkeitsregister als Anstaltsregister eingetragenes Unternehmen, das einen Bestand von sachlichen, allenfalls persönlichen Mitteln aufweist und nicht öffentlich-rechtlichen Charakter hat oder eine andere Form der Verbandsperson aufweist*”), que se caracteriza porque el fundador (único) es el “órgano supremo” del establecimiento, pero sin responsabilidad personal (esto es, y abusando de los términos, podría definirse como una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, pero con fines no lucrativos) y que coexiste con la fundación “normal”, con perfiles semejantes a la de los demás ordenamientos continentales.

⁴⁵⁶ Liechtenstein. Das Personen- und Gesellschaftsrecht vom 20. Januar 1926.

Art. 542 “*D. Anfechtung. Die Anfechtung einer Anstalt durch die Erben oder Gläubiger eines Gründers erfolgt, wenn sie zugunsten von Drittbedachten unentgeltlich errichtet worden ist, gleich wie bei der Schenkung.*”

Art. 560 “*VI. Anfechtung. 1) Eine Stiftung kann von den Erben oder den Gläubigern gleich einer Schenkung angefochten werden. 2) Der Stifter und seine Erben können die Stiftung wegen Willensmängeln gleich den Vorschriften über Mängel des Vertragsabschlusses auch nach der Eintragung anfechten.*”

En otros casos, en que el silencio legislativo es semejante al español, es la doctrina la que ha debido construir una estructura de aplicabilidad de ciertas normas civiles comunes a la dotación. Así ocurre singularmente en Italia y en Alemania. En el primer caso, el proyecto legislativo establecía expresamente que el acto de fundación pudiera ser impugnado con la acción de reducción, en el caso de lesión de legítimas, o con la acción de revocación, en caso de *fraus creditorum*. La referencia se suprimió en el texto definitivo, porque se estimó que se trataba de consecuencias que podían deducirse fácilmente de los principios generales.⁴⁵⁷ Por lo tanto, hay coincidencia doctrinal en la aplicación de las normas sobre protección de acreedores y legitimarios: “El acto de fundación puede ser impugnado con la acción de reducción, en el caso de lesión de legítimas, y con la acción revocatoria, si se ha hecho en fraude de los derechos de los acreedores. En caso de fundación testamentaria, los acreedores deberán recurrir a la acción de separación.”⁴⁵⁸ En cambio, se excluye la aplicabilidad de las normas comunes de la donación (arts. 800 y 809 del *Codice*) que posibilitan la revocación en caso de ingratitud o superveniencia de hijos.⁴⁵⁹

Para el caso alemán, la solución doctrinal aceptada es básicamente la misma. Sobre la base de la naturaleza liberal de la dotación, los herederos legitimarios y los acreedores del fundador pueden oponerse, aplicando analógicamente normas comunes, a la aprobación estatal de la fundación, así como impugnar las disposiciones del negocio jurídico fundacional que les sean perjudiciales.⁴⁶⁰ En palabras de VON TUHR: “Se la considere como donación o no (a la dotación fundacional), en cualquier caso, o directamente o por analogía, se le deberán aplicar las normas sobre donaciones. Es ésta la doctrina dominante por lo que se refiere a las cuestiones más graves; en particular, la responsabilidad del fundador se equipara a la del donante (arts. 521/4); al legitimario se acuerda contra la fundación la misma protección que contra la donación (art. 2325); en la comunidad de bienes, tanto para la fundación como para la donación que haga el marido, se exige la aprobación de la mujer (art. 1446). Creo que la aplicación analógica debe ser completa; por ejemplo, debe extenderse a la fundación la

⁴⁵⁷ GALGANO: “Delle persone giuridiche: Art. 11-35”, p. 175.

⁴⁵⁸ DE GIORGI: “Commentario agli artt. 11 a 35”, p. 155. Exactamente en el mismo sentido GALGANO: “Delle persone giuridiche: Art. 11-35”, p. 175; DE MARTINI: *Le associazioni e le fondazioni*, p. 209, y RESCIGNO: “Fondazione (dir.civ.)”, p. 801.

⁴⁵⁹ IORIO: *Le Persone. Volume II – Persone giuridiche*, p. 98.

⁴⁶⁰ STRICKRODT, GEORGE: *Stiftungsrecht*, pp. 42 y 47. El autor apunta además que la acción debe fundarse en el § 32 *Ziffer 1 Konkursordnung*. Exactamente en el mismo sentido, SEIFART/VON CAMPENHAUSEN: *Handbuch des Stiftungsrecht*, p. 104; COING: *Von Staudinger Kommentar zum BGB*, p. 611;

prohibición de hacer donaciones que afecta a los tutores y administradores de patrimonios ajenos (art. 1804); además, y por la misma razón por la cual se protege al legitimario contra el peligro de fundaciones establecidas por el causante en su perjuicio, se debe reconocer al propio fundador el *benefitium competentiae* (art. 519), como asimismo el derecho de repetición por empobrecimiento (art. 528).⁴⁶¹ En cambio, sostiene el autor que no existe fundamento para aplicar por analogía la revocación por causa de delito contra el donante o grosera ingratitud del donatario del párrafo 530 del BGB.⁴⁶² NEUHOFF expresa que la razón de esta inaplicabilidad estriba en la imposibilidad de que una persona jurídica incurra en tales conductas.⁴⁶³

En el caso francés, la solución es homóloga. La doctrina, por la vía de la asimilación de la dotación a una liberalidad común, ha aplicado al caso del negocio fundacional las normas comunes a toda liberalidad, diseñando así un sistema de límites, tanto en relación a la capacidad para fundar, cuanto en relación con la entidad cuantitativa de la dotación. Acerca de lo segundo, que aquí interesa, un mayor de edad no puede dotar a una fundación por testamento realizando un legado que exceda su parte en la comunidad conyugal (art. 1423 al. 1. del *Code Civil*⁴⁶⁴), o atentando contra la reserva hereditaria (art. 913 y ss. del *Code Civil*⁴⁶⁵). Asimismo, se expone a ser sometido a régimen de curatela quien por su prodigalidad se exponga a caer en estado de necesidad o ponga en peligro la ejecución de sus obligaciones familiares (art. 508–1 del *Code Civil*).⁴⁶⁶

⁴⁶¹ VON TUHR: *Derecho Civil I,2, Las personas*, p. 606. El paréntesis explicativo es mío. Todas las referencias a artículos van dirigidas, evidentemente, a los párrafos del BGB.

⁴⁶² *Loc. cit.*, Nota Núm. 51.

⁴⁶³ NEUHOFF: *Kohlhammer Kommentar*, p. 516.

⁴⁶⁴ Code Civil de France. Article 1423 (Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985, art. 13), alinéa 1. “*Le legs fait par un époux ne peut excéder sa part dans la communauté.*”

⁴⁶⁵ Code Civil de France. Article 913 (Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 art. 6) “*Les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s’il ne laisse à son décès qu’un enfant; le tiers, s’il laisse deux enfants; le quart, s’il en laisse trois ou un plus grand nombre; sans qu’il y ait lieu de distinguer entre les enfants légitimes et les enfants naturels, hormis le cas de l’article 915*” Article 914 (Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 art. 6), alinéa 1. “*Les libéralités, par actes entre vifs ou par testament, ne pourront excéder la moitié des biens, si, à défaut d’enfant, le défunt laisse un ou plusieurs ascendants dans chacune des lignes, paternelle et maternelle, et les trois quarts s’il ne laisse d’ascendants que dans une ligne.*”

Article 916. “*A défaut d’ascendants et de descendants, les libéralités par actes entre vifs ou testamentaires pourront épuiser la totalité des biens.*”

Article 920 “*Les dispositions soit entre vifs, soit à cause de mort, qui excéderont la quotité disponible, seront réductibles à cette quotité lors de l’ouverture de la succession.*”

⁴⁶⁶ MACQUERON, PATRICE et al.: *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Associations et Fondations, 1999–2000*, p. 1002.

2.4.2.3. Constitución de la fundación *inter vivos*

Revisaré a continuación las causas por las que pudiera llegar a dejarse sin efecto, total o parcialmente, la atribución patrimonial efectuada a la fundación, estando ésta ya constituida, por aplicación analógica a la dotación de las normas civiles comunes sobre donaciones o sucesiones, tratando separadamente la dotación efectuada *inter vivos* de aquella realizada por vía testamentaria, y separando cada hipótesis legal, a efectos tanto de ordenar la exposición, cuanto de separar con claridad las cadenas argumentativas de cada una de ellas.⁴⁶⁷ Ya he indicado antes que, pese a la identidad nominal, esta cuestión debe diferenciarse con claridad de la revocabilidad o irrevocabilidad (pre constitutiva) del negocio jurídico fundacional.⁴⁶⁸

2.4.2.3.1. Limitación general

Establecido el normal carácter gratuito de la dotación, parece razonable que se le aplique, como directa consecuencia, la limitación cuantitativa general y abstracta que establece para la donación el artículo 636 del Código Civil, norma según la que los sujetos de Derecho están impedidos de dar y de recibir, por vía de donación, más de lo que puedan dar o recibir por los mecanismos sucesorios, resultando inoficiosa (y revocable) la gratuidad en cuanto exceda de esta medida. Este límite, que se vincula con la protección de la cuota legitimaria que corresponde a los herederos forzosos, determina que el fundador sólo puede dotar con la parte de su patrimonio de que puede disponer libremente. Puesto que hay aquí una remisión legislativa a las normas sucesorias, revisaré con alguna mayor detención el tema a propósito de la dotación *mortis causa*.

⁴⁶⁷ Probablemente el tratamiento más completo de este tema sea el que presenta la Prof. CARRANCHO HERRERO: *La constitución de fundaciones*, pp. 222 a 276, cuyo texto contiene una explicación ampliamente suficiente de cada institución civil común que aquí se toca en conexión con su aplicabilidad a la dotación fundacional, con una abundante referencia bibliográfica a obras generales. Por ello, y en homenaje a la concisión, omitiré escrupulosamente toda explicación detenida de esas instituciones civiles a las que se hará referencia. Esto es, me tomaré la libertad de hablar de las legítimas, de los herederos forzosos, de la protección de acreedores, de la reserva de bienes, etc., sin sentirme obligado a reiterar aquí unos conceptos que –en el improbable caso de resultar necesario– pueden consultarse en cualquier obra general de Derecho Civil. Por otra parte, en aquellos apartados en los que la doctrina corriente demuestra unanimidad, sólo realizaré una síntesis del fundamento jurídico general, sin referirme a las razones justificatorias expuestas –o reproducidas– por cada autor en particular.

⁴⁶⁸ Respecto de ese extremo, véase el apartado “Irrevocabilidad del negocio jurídico fundacional, en la pág. 59.

2.4.2.3.2. La razonable subsistencia futura del fundador

El artículo 634 del Código Civil determina un primer límite específico para las disposiciones gratuitas *inter vivos* que el fundador debe guardarse de trasponer, ya que le exige que se reserve, en propiedad o usufructo, los bienes necesarios para que pueda seguir viviendo en un estado correspondiente a sus circunstancias. La doctrina resulta categórica en el sentido de entender plenamente aplicable esta restricción a la dotación que contenga un negocio jurídico fundacional, y de entender la norma en el sentido amplio en que lo entiende la dogmática civil, esto es, extendiendo la obligación de reserva a las cantidades necesarias para solventar no sólo la existencia del propio donante, sino también la de las personas que se encuentren a su cargo.⁴⁶⁹

2.4.2.3.3. La protección del interés de los acreedores

Un segundo bien jurídico que se alza como imperativa frontera a la generosidad del fundador (donante) es la protección del interés de sus acreedores. En efecto, el artículo 643 del Código Civil (que la correcta doctrina entiende un caso especial de acción revocatoria general que regulan los artículos 1111, 1291-3 y 1297 del Código Civil⁴⁷⁰) previene que el donante debe reservar en su patrimonio una cantidad de bienes suficiente para el pago de las deudas anteriores a la donación. En caso de que esta reserva se omita, la donación se presume efectuada en fraude a los acreedores, y por tanto, los habilita para hacerse pago en los bienes donados, sin más prueba que la de la insuficiencia de los bienes en actual poder del deudor.

La doctrina demuestra –con justicia– una rara unanimidad a la hora de hacer perfectamente aplicable esta limitación a la dotación fundacional. Así PUIG FERRIOL, respecto de la legislación de Cataluña, sostuvo que “el principio general de irrevocabilidad de la dotación no debe obstar que la misma pueda ser rescindida en interés de los acreedores del donante, en la misma medida en que la ley admite la rescisión de las donaciones hechas en fraude de acreedores.”⁴⁷¹ En el mismo sentido, acerca de la legislación estatal, se pronunciaba CAFFARENA LAPORTA, citando además

⁴⁶⁹ VATTIER FUENZALIDA: “Concepto, constitución y dotación de la fundación”, p. 79; CARRANCHO HERRERO: *La constitución de fundaciones*, p. 242; MORILLO GONZÁLEZ: *El proceso de creación de una fundación*, p. 60; DE PRADA GONZÁLEZ: “Constitución de las fundaciones: capacidad, fines y dotación”, p. 136; SERRANO CHAMORRO: *Las fundaciones: Dotación y patrimonio*, p. 93.

⁴⁷⁰ Véase al respecto la argumentación, con bastante referencia bibliográfica, contenida en CARRANCHO HERRERO: *La constitución de fundaciones*, p. 246 y 247.

⁴⁷¹ PUIG FERRIOL: “El Patrimonio fundacional en la Ley de Fundaciones catalanas”, p. 1652.

abundante doctrina comparada concordante, fundamentalmente italiana y alemana⁴⁷², y todos los autores que más tarde han abordado el tema.⁴⁷³

Respecto del alcance de la acción rescisoria, debe consignarse aquí que ésta no puede afectar sino a los bienes que formaron parte de la dotación en el origen de la fundación. En otros términos, quedan sin duda fuera del alcance de los acreedores los bienes aportados a la fundación por terceros. Es mucho más oscura, sin embargo, la situación en que a este respecto se hallan los bienes obtenidos por la fundación, por ejemplo, como consecuencia del cobro por sus actividades, o por capitalización de sus rentas. En la duda, me parece que la preferencia por el interés general que representa la fundación impone un criterio restrictivo: Del patrimonio fundacional, los acreedores insolutos del fundador sólo pueden perseguir los que integraban la dotación (en caso de tratarse de sumas de dinero, con la corrección o actualización monetaria que corresponda).

Ahora bien, es claro que si la fundación no tiene otros bienes que aquellos asignados por el fundador, y los acreedores ejercen su derecho hasta un extremo que impida la prosecución de las actividades de interés general, la fundación debe perecer. Si el grado de detrimento patrimonial generado por la rescisión no resulta tan grave, la fundación puede proseguir su actividad, acaso mediando una reforma estatutaria que ajuste los fines a la nueva situación patrimonial (Art. 27). Con mayor razón, en la hipótesis de que la fundación haya adquirido un patrimonio mayor en el tiempo medio entre la constitución y la efectiva materialización judicial de la pretensión de los acreedores, no puede suponerse que la privación de la dotación suponga el perecimiento de la fundación. En casos como este, incluso parece más razonable permitir a la fundación atajar la acción, pagando a los acreedores insatisfechos, del mismo modo como puede un particionario enervar la acción rescisoria por lesión, pagando los daños, en el caso de las particiones (Art. 1077 del Código Civil). Creo que existen razones justificatorias más que suficientes para hacer aplicable analógicamente a este caso, *ex principio favor foundationis*, esa posibilidad. Al usual fundamento de conservación del negocio se suma aquí el hecho de estar de por medio la constitución

⁴⁷² CAFFARENA LAPORTA: *El régimen jurídico de las fundaciones*, p. 111

⁴⁷³ Véase COBO GÁLVEZ: "Comentario al Art. 10", p. 88; PIÑAR MAÑAS: "España", en *Las fundaciones en Iberoamérica*, p. 239; HUERTA HUERTA y HUERTA IZIAR DE LA FUENTE: *Fundaciones*, p. 599; MARÍN LÓPEZ: Prólogo a *Legislación sobre Fundaciones*, p. 30; FERRANDO VILLALBA: "La dotación fundacional", p. 1586; CARRANCHO HERRERO: *La constitución de fundaciones*, pp. 242 a 247; MORILLO GONZÁLEZ: *El proceso de creación de una fundación*, p. 59; LACRUZ BERDEJO *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, I, 2º, p. 308; y SERRANO CHAMORRO: *Las fundaciones: Dotación y patrimonio*, p.165, que transcribe sin citarlo a PUIG FERRIOL.

de una persona jurídica, y el hecho de que ese nuevo sujeto de derecho esté dedicado a la persecución de fines de interés general.

2.4.2.3.4. La supervivencia y la superveniencia de hijos

Como se sabe, el artículo 644 del Código Civil permite la revocación de una donación cuando, habiendo sido efectuada por persona que carece de hijos o descendientes, ocurra que el donante tenga hijos (aún póstumos) después de la donación; o bien que ocurra que resulte vivo un hijo del donante que éste reputaba muerto al tiempo de la donación. La recta doctrina entiende también incluido el caso de la aparición posterior a la donación de un hijo cuya existencia simplemente se desconocía. Las durísimas condiciones de la revocación, en absoluto atenuadas por la aparente brevedad del plazo de prescripción de la acción (cinco años, pero contados desde la noticia del nacimiento del último hijo, o de la existencia del que se creía muerto), están contenidas en los artículos 645 y 646 del mismo cuerpo legal.

La mayor parte de la doctrina se muestra reticente respecto de la aplicabilidad de este supuesto a la dotación fundacional, pero no existe, como veremos, la unanimidad apreciable respecto del caso anterior.

Así, CAFFARENA LAPORTA, quien sostuvo que la inaplicabilidad podía fundarse en la consideración de que el negocio fundacional “tiene como efecto, además de una disposición patrimonial, la creación de una persona jurídica y a tal fin se realiza la mencionada disposición.”⁴⁷⁴ Buscando una argumentación en el plano del derecho positivo, expresa el referido autor que le parece endeble el razonamiento que sustenta la aplicación del artículo 644 a la dotación en una lectura *a contrario sensu* del artículo 1187, como quiere algún autor sobre la base de distinguir entre actos gratuitos con empobrecimiento efectivo del donante (como la donación o la dotación) y actos gratuitos en los que sólo hay un beneficio que se deja de obtener, aplicando a los primeros la norma del artículo 644 y dejándola de aplicar –ex artículo 1187– a los segundos. Finalmente, agrega que, aunque se trata de temas por completo diversos, es posible fundar la no aplicación en la norma del artículo 1343 del Código Civil, que incluso respecto de una clase de donaciones (las efectuadas en razón de matrimonio) excluye expresamente la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos. Dudoso, pero pareciendo más inclinado a la negativa, COBO GÁLVEZ.⁴⁷⁵ En idéntica

⁴⁷⁴ CAFFARENA LAPORTA: *El Régimen jurídico de las fundaciones*, p. 112.

⁴⁷⁵ COBO GÁLVEZ: “Comentario al art. 10”, p. 88

duda, y con igual inclinación a la negativa, VATTIER FUENZALIDA.⁴⁷⁶ Asimismo contrario a la aplicación analógica que estoy abordando se mostraba DEL CAMPO ARBULO, por razones de política jurídica: “(...) entendemos que el mantenimiento de la estabilidad de la fundación, como institución que realiza fines de interés general prioritarios sobre los puramente particulares, lleva a la imposibilidad de aplicar la normativa de revocación de las donaciones en cualquiera de sus vertientes de superveniencia o supervivencia de hijos, incumplimiento de cargas o ingratitud (artículos 644 y siguientes), cuando menos.”⁴⁷⁷ Mucho más recientemente, reiteraba argumentos en contra de la aplicación analógica MORILLO GONZÁLEZ, señalando que “el interés general de los fines fundacionales, prioritarios sobre los particulares, y la necesaria estabilidad que la realización de aquéllos requiere, alejan a esta figura jurídica (la dotación) de dicha posibilidad (de revocar por supervivencia o superveniencia de hijos). Junto con lo anterior, debemos señalar que la persona o personas que crean una fundación, cuando asumen tal decisión, son lo suficientemente conscientes de lo que esta decisión implica y de las expectativas que se pueden crear en torno a la misma.”⁴⁷⁸ Agrega más adelante el autor que “no parece aconsejable aplicar a esta institución unas normas, como la revocación de las donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos, que facultarían al fundador a revocar la dotación y, muy posiblemente, con ésta, a extinguir la fundación, por el mero hecho de que con posterioridad a su creación tuviera descendencia o, en su caso resultare vivo el hijo que se creía muerto. Lo que en definitiva funcionaría como una condición resolutoria con reversión de los bienes al fundador. Nada más alejado del espíritu de la nueva ley, que trata de evitar por todos los medios que esto se produzca.”⁴⁷⁹

En cambio, un grupo minoritario de autores se inclina, aunque con algunas dudas, por la respuesta afirmativa. Un buen ejemplo de ese talante dubitativo pero afirmativo lo constituye PUIG FERRIOL, quien respecto de la legislación de Cataluña, ha sostenido que “no resulta tan claro si se aplicará a la dotación la revocación de la misma por el hecho de que al donante le sobrevengan hijos o que resulta vivo el hijo del dotante que éste reputaba muerto cuando realizó la dotación. La tesis afirmativa cabe fundamentarla en que tanto en la donación como en la dotación hay un correlativo empobrecimiento–enriquecimiento entre transmitente y beneficiario; y que por lo tanto

⁴⁷⁶ VATTIER FUENZALIDA: “Observaciones sobre la constitución, la modificación y la extinción de las fundaciones”, p. 1456; y “Concepto, constitución y dotación de la fundación”, p. 79.

⁴⁷⁷ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 106.

⁴⁷⁸ MORILLO GONZÁLEZ: *El Proceso de Creación de una Fundación*, p. 57. Los paréntesis explicativos son míos.

⁴⁷⁹ MORILLO GONZÁLEZ: *Op. cit.*, p. 58.

la dotación podrá revocarse por supervivencia o por superveniencia de hijos del dotante en la misma medida con que juega esta causa de revocación en las donaciones.”⁴⁸⁰ Sin esas dudas, ESPINOSA ANTA sostenía que esta clase de revocación “es una norma de derecho necesario, que actúa automáticamente y que creemos que (...) debe darse en todo acto a título gratuito.”⁴⁸¹ Asimismo con pocas dudas, DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS prescriben que “de los estrictos supuestos que regulan los artículos 644 y siguientes, sólo parece que encajaría en la de supervivencia o superveniencia de hijos (art. 644) dentro del esquema del negocio fundacional.”⁴⁸² Con semejante contundencia, y para todos los supuestos de revocación y reducción, LACRUZ BERDEJO.⁴⁸³ DE PRADA GONZÁLEZ⁴⁸⁴ (cuya propuesta retoma muy recientemente –con fidelidad– SERRANO CHAMORRO⁴⁸⁵) ha insistido en esta línea argumental, haciendo una salvedad respecto de la posibilidad de adopción, respecto de la cual previene que pudiera transformarse en un mecanismo –inusual, claro está– de retractación, por lo que sugiere una interpretación restrictiva de la adopción con apoyo en que la disposición habla del “nacimiento” del último hijo. SERRANO CHAMORRO llega a sugerir una reforma legislativa que limite el alcance del artículo 644 a la filiación matrimonial y extramatrimonial, excluyendo la adopción.

Exhibe un ánimo inicialmente conciliador, en esta materia, de los intereses generales y de los particulares en juego, la tesis de la profesora CARRANCHO HERRERO, aunque finalmente se inclina por la aplicación analógica de la revocación. En efecto, la autora postula que “la solución acertada no estaría tanto en admitir, sin límites, la revocación, cuanto en permitir que el fundador solicitara de la fundación la restitución de una cantidad equivalente al valor de los bienes que se entregaron como dotación, siempre que ese valor no absorba el total patrimonio de la fundación, o suponga una cantidad tal que pusiera en peligro la subsistencia de la fundación. Y ello porque entendemos, debe tenderse a la conservación del negocio fundacional, porque interesa el mantenimiento de unos entes que contribuyen a la satisfacción de necesidades sociales (...). Otra solución para estos supuestos sería que la fundación pactara la

⁴⁸⁰ PUIG FERRIOL: “El patrimonio fundacional en la Ley de Fundaciones catalanas”, p. 1652. También CAPILLA RONCERO: “Las personas jurídicas”, p. 705, afirma que la revocación en este caso “parece admisible”.

⁴⁸¹ ESPINOSA ANTA: “La fundación. El negocio jurídico fundacional”, p. 269.

⁴⁸² DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho Civil, I*, p. 629.

⁴⁸³ LACRUZ BERDEJO *et al.*: *Elementos de Derecho Civil, I*, 2°. p. 308.

⁴⁸⁴ DE PRADA GONZÁLEZ: “Las fundaciones hoy y mañana: Fines, constitución y extinción”, p. 88. En el mismo sentido, y más recientemente, en “Constitución de las fundaciones: capacidad, fines y dotación”, p. 135.

⁴⁸⁵ SERRANO CHAMORRO: *Las fundaciones: Dotación y Patrimonio*, p. 92. Más adelante (p. 167), copia literalmente las palabras recién transcritas de PUIG FERRIOL, sin citarlo.

obligación de pagar alimentos a los descendientes del fundador, salvando así el derecho de éstos y, al mismo tiempo, la subsistencia de la fundación. (...) Debiendo considerar que de no ser posible llevar a cabo alguna de las soluciones expuestas, procederá la revocación aunque ello ponga en peligro la existencia de la fundación.”⁴⁸⁶

Acerca de esta cuestión, creo que debe establecerse, en primer término, que el presente problema, como pocos en Derecho, es de carácter absolutamente binario. Esto es, la norma del 644 del Código Civil se aplica analógicamente a la dotación fundacional, o no se aplica, sin términos medios. Por tanto, los bienintencionados intentos de conciliación postulados por CARRANCHO HERRERO deben quedar reservados para una reflexión en el plano de *lege ferenda*, o como alternativas de composición amistosa en el caso de producirse un efectivo enfrentamiento entre una fundación y el fundador o sus descendientes en relación con esta posibilidad, pero quedan completamente fuera de las posibilidades legales de acción de un juez abocado al conocimiento y fallo del conflicto.

En relación con la dicotomía que se está tratando, me parece francamente preferible la tesis negativa. Creo que debe partirse de la base siguiente: No habiendo una norma que impere la aplicación a la dotación fundacional de la revocación del artículo 644 del Código Civil, esa aplicación analógica sólo debe postularse, en términos restrictivos, si existen poderosas razones justificatorias para ello. Si se acepta ese principio, me parece que debe seguirse que la pura constatación de ciertas similitudes entre la donación y la dotación no constituye razón suficiente, por sí sola, para proceder a la analogía. En este sentido, parecen cobrar fuerza las antes citadas palabras de CAFFARENA LAPORTA: “(...) el carácter de liberalidad de este negocio sirve de fundamento para la aplicación analógica de algunos preceptos de la donación cuando aquél es realizado en acto *inter vivos* (...). En cualquier caso (...), deberá de operarse con sumo cuidado para evitar una aplicación indiscriminada de aquellos preceptos por la vía de la analogía, con olvido de las peculiaridades del negocio

⁴⁸⁶ CARRANCHO HERRERO: *La constitución de fundaciones*, p. 233. Yerra también la autora cuando finaliza (p. 240) sosteniendo que “esta posibilidad de restitución puede considerarse un adelanto de la más que segura inoficiosidad de la donación que tendrá lugar, debido a la existencia de un descendiente del fundador, cuando se produzca el fallecimiento de éste, si los bienes que formaron la dotación superan el tercio de libre disposición (...)” En efecto, el resultado de una u otra acción puede ser muy diverso en sus efectos patrimoniales para la fundación. La acción de restitución supone la revocación de la dotación en su integridad, mientras que la acción de los legitimarios no supone más que la reducción del montante de la dotación, hasta que quepa en la porción de bienes de que el fundador podía disponer libremente.

fundacional.”⁴⁸⁷ La cuestión, entonces, deviene la siguiente: ¿Hay razones suficientes, al margen de una cierta similitud entre los negocios de donación y de dotación, para realizar la analogía que nos preocupa? Personalmente, me parece que no las hay. En efecto, los autores que defienden la aplicabilidad se remiten a la argumentación que respalda al propio artículo 644 del Código Civil: la presunción de que el donante, de haber sabido la existencia o la sobrevivencia de hijos, no hubiera efectuado la donación, presunción sustentada, a su turno, en la idea de que la paternidad o maternidad es un evento imprevisible y aleatorio (justo por eso es que DE PRADA GONZÁLEZ y SERRANO CHAMORRO, según hemos visto, intentan distinguir entre la filiación biológica y la de adopción, porque respecto de la última se da una “voluntariedad” que la autora no divisa en la primera). Sin embargo, hoy, y desde hace unos cuarenta años por lo menos, la paternidad es un evento que –en la mayor parte de los casos– es el resultado de una meditada decisión y de una cuidada planificación. (Por otra parte, los casos que se escapan a esa planificación corresponden en su gran mayoría, a personas que no tienen ni la edad, ni la inclinación psicológica, ni el patrimonio necesario para haber antes establecido alguna fundación). Por lo tanto, la razón de ser de la norma del artículo 644 del Código Civil prácticamente ha dejado de existir, y no existe justificación, en consecuencia, para extender su anacrónica aplicación más allá del campo en que naturalmente se encuentra confinada, muy especialmente considerando, como ha hecho ver CAFFARENA LAPORTA⁴⁸⁸, que la disposición ni siquiera se aplica –*ex* artículo 1343 del Código Civil– a todas las donaciones. No se trata, por tanto, de una norma de “derecho necesario” como sostuvo algún autor⁴⁸⁹, y las razones para no aplicar el precepto de modo analógico –el principio de conservación del negocio fundacional y el principio *favor foundationis*, basado en el interés general al que ésta sirve– resultan más poderosas que la muy débil argumentación para aplicarlo.⁴⁹⁰

2.4.2.3.5. La ingratitud del donatario

Las donaciones, conforme al artículo 648 del Código Civil, pueden revocarse por ingratitud del receptor de la liberalidad. En términos generales, se entiende que el

⁴⁸⁷ CAFFARENA LAPORTA: *El régimen jurídico de las fundaciones*, p. 46.

⁴⁸⁸ CAFFARENA LAPORTA: *El Régimen jurídico de las fundaciones*, p. 112.

⁴⁸⁹ ESPINOSA ANTA: “La fundación. El negocio jurídico fundacional”, p. 269.

⁴⁹⁰ Hay que considerar también que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos latinos que conocieron la regla la descartaron tácita o expresamente en el momento de la codificación, o la han derogado después. Según DÍAZ ALABART, la norma, de origen romano postclásico, y restringida a las donaciones hechas por el patrono al liberto, sólo se mantuvo –en los ordenamientos latinoamericanos– en Guatemala. En el entorno legislativo europeo, Portugal ya derogó la regla, y sólo subsiste en Italia y Francia. Véase DÍAZ ALABART: “Comentario a los arts. 644 a 646 del Código Civil”, p. 304.

donatario incurre en ingratitud cuando el donatario comete un delito contra el donante, o cuando le imputa uno, o cuando le niega indebidamente los alimentos (Art. 649 del Código Civil).

Respecto a si esta causa de revocación de las donaciones resulta analógicamente aplicable a las fundaciones, en tanto y en cuando deben normalmente su existencia a un acto gratuito del fundador, la doctrina resulta razonablemente conforme en el sentido de entender correcta la respuesta negativa. Las fundaciones, en tanto personas morales, son incapaces de ingratitud, del mismo modo como son incapaces de delinquir. La intencionalidad maliciosa que requiere el estado subjetivo de ingratitud sólo admite ser predicada de personas físicas, con plena capacidad jurídica de obrar; y si este estado subjetivo pudiera predicarse respecto de los patronos, ello sólo importaría su personal responsabilidad, sin involucrar a la fundación.⁴⁹¹

En este sentido se han pronunciado expresamente, por ejemplo, ESPINOSA ANTA, CAFFARENA LAPORTA, CAPILLA RONCERO, FERRER I RIBA, DEL CAMPO ARBULO, VATTIER FUENZALIDA, CARRANCHO HERRERO, y MORILLO GONZÁLEZ.⁴⁹²

En cambio, DE PRADA GONZÁLEZ,⁴⁹³ que postula que las causas de revocación de los dos primeros números del artículo 648 del Código Civil le parecen en principio inaplicables (aunque hace ver que, en rigor, es también posible que se produzcan las causas de revocación referidas a la imputación de delitos, cosa que pueden hacer los órganos de la fundación). Ha sostenido sin embargo lo contrario respecto del numeral tercero, esto es, a la negación indebida de alimentos, en caso de que a la fundación se le hubiera impuesto la carga alimentaria en el acto de constitución, o que la fundación

⁴⁹¹ En Italia, y a pesar de la existencia de alguna sentencia en el sentido contrario, la mayoría doctrinal entiende de este modo el problema, y reputa inaplicables a las personas jurídicas las normas formuladas legislativamente de modo genérico para las personas, como las que suponen estados ánimos determinados. Véase GALGANO: "Delle persone giuridiche", p. 54 a 68, con una extensa argumentación en contra de la asimilación.

⁴⁹² ESPINOSA ANTA: "La fundación. El negocio jurídico fundacional", p. 269; CAFFARENA LAPORTA: *El Régimen jurídico de las fundaciones*, p. 112; CAPILLA RONCERO: "Las personas jurídicas", p. 705; DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 106; FERRER I RIBA: "El procés constitutiü...", p. 869; VATTIER FUENZALIDA: "Observaciones sobre la constitución, la modificación y la extinción de las fundaciones", p. 1456; y "Concepto, constitución y dotación de la fundación", p. 79; CARRANCHO HERRERO: *La constitución de fundaciones*, p. 228; MORILLO GONZÁLEZ: *El proceso de creación de una fundación*, p. 56.

⁴⁹³ DE PRADA GONZÁLEZ: "Las fundaciones hoy y mañana: Fines, constitución y extinción", p. 88. Mantiene su opinión en "Constitución de las fundaciones: capacidad, fines y dotación", p. 136. Lo sigue literalmente SERRANO CHAMORRO: *Las fundaciones. Dotación y Patrimonio*, p. 92.

se hubiera comprometido a prestárselos al fundador, caso para el que, consecuentemente, admite la revocación.

En mi opinión, resulta claro que la fundación —como cualquier persona jurídica— es insusceptible de un reproche de carácter moral, como el que fundamenta la revocación por ingratitud. Ciertamente, no resulta imposible que formalmente la fundación incurra en alguna de las causas por las que el artículo 648 del Código Civil autoriza la revocación, pero cuando ello ocurra se tratará siempre de que los administradores fundacionales han actuado ilegítimamente, y al margen de la esfera de sus atribuciones estatutarias y legales. Así, no parece razonable privar a la fundación de un patrimonio (privación que puede llegar a suponer su extinción) e impedir la prosecución de sus fines de interés colectivo, por el acto reprochable de sus administradores. Para solucionar un evento tal se encuentran, precisamente, las normas sobre responsabilidad de los patronos, y las atributivas de facultades de corrección al Protectorado (Arts. 15, 16, 32 y 34 de la Ley de Fundaciones, y 20 y 22 del Reglamento).

2.4.2.3.6. El incumplimiento de cargas

Otra causa de revocación de las donaciones cuya aplicabilidad a la dotación fundacional debe revisarse es la contenida en el artículo 647 del Código Civil, que la permite en caso de que el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que el donante le impuso al tiempo de realizarse la liberalidad.

La posibilidad de aplicar a la dotación el citado artículo 647 se funda en la permisión (por ausencia de prohibición) de que la dotación se encuentre sometida a gravámenes (el límite de los cuales se encuentra en el menoscabo de la suficiencia en relación con los fines fundacionales). Por tanto, es perfectamente posible concebir una carga impuesta a favor del fundador, cuyo incumplimiento puede dar lugar a un conflicto acerca de la referida aplicación analógica.

La doctrina se muestra discrepante a este respecto. PUIG FERRIOL, para la legislación de Cataluña, sostuvo que “caso de incumplimiento de la carga no procederá la revocación de la dotación con base a lo prevenido en el artículo 647 del Código Civil, sino que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15-1 y 2 d) de la Ley,⁴⁹⁴

⁴⁹⁴ Cataluña. Ley 1/1982. Artículo 15. “1. El protectorado de la Generalitat sobre las fundaciones privadas comprende las facultades necesarias para garantizar el cumplimiento esmerado de la voluntad de los fundadores en los términos de esta ley.

2. Las funciones del protectorado son: (...)

deberá entenderse que corresponde al Protectorado corregir este incumplimiento, y mantener de esta forma la subsistencia de la dotación, y con ella de la propia fundación.”⁴⁹⁵ En el mismo sentido, FERRER I RIBA.⁴⁹⁶ ESPINOSA ANTA⁴⁹⁷ y CAFFARENA LAPORTA⁴⁹⁸ sostuvieron también –con bastante diferencia en el tiempo– una semejante posición negativa. En el mismo sentido, por considerar que no es la fundación la que incumple la carga, sino los patronos los que abandonan sus responsabilidades, y que sería injusto, en consecuencia, penalizar al beneficiario (la fundación) por los actos de terceros no beneficiarios (los patronos) postula la exigencia de responsabilidad –ahora en el ámbito de la ley estatal– la profesora CARRANCHO HERRERO.⁴⁹⁹ Por su parte, MORILLO GONZÁLEZ descarta para este caso la analogía, “porque su aplicación resultaría incompatible con el carácter de acto de destinación (de la dotación fundacional) (...)”⁵⁰⁰.

En cambio, otros autores apuntan la respuesta afirmativa. Así, VATTIER FUENZALIDA indicó con rotundidad que “es claro que la revocación procede por incumplimiento de cargas”⁵⁰¹ (aunque unos meses después deja entrever algún matiz de duda: “Mientras es claro que no cabe la revocación por ingratitud, no lo es tanto si, en caso de incumplimiento de cargas, se debe revocar la dotación o imponer responsabilidad a los patronos; probablemente, las dos cosas a la vez”⁵⁰²). DE PRADA GONZÁLEZ, en cambio, resulta lapidario en su afirmación: “Por último, no cabe duda de que cabrá la posibilidad de revocación del acto dotacional en el supuesto del incumplimiento de las cargas expresamente impuestas por el fundador”⁵⁰³, aunque no se ocupa de fundamentar su axiomática sentencia.

d) Advertir a los órganos de gobierno de las fundaciones acerca de lo que deben realizar para cumplir sus obligaciones y, si las advertencias no son atendidas, iniciar las acciones de responsabilidad que correspondan ante los tribunales ordinarios. En estos casos, el protectorado podrá sugerir al tribunal que conviene suspender en todo o en parte a los patronos y apoderados en el ejercicio del cargo o tomar otras medidas de cautela adecuadas. (...)”

⁴⁹⁵ PUIG FERRIOL: “El Patrimonio fundacional en la Ley de Fundaciones catalanas”, p. 1653.

⁴⁹⁶ FERRER I RIBA: “El procés constitutiu...”, p. 869.

⁴⁹⁷ ESPINOSA ANTA: “La fundación. El negocio jurídico fundacional”, p. 269.

⁴⁹⁸ CAFFARENA LAPORTA: *El Régimen jurídico de las fundaciones*, p. 112

⁴⁹⁹ CARRANCHO HERRERO: *La constitución de fundaciones*, p. 228 y 229.

⁵⁰⁰ MORILLO GONZÁLEZ: *El proceso de creación de una fundación*, p. 56. El paréntesis explicativo es mío.

⁵⁰¹ VATTIER FUENZALIDA: “Concepto, constitución y dotación de la fundación”, p. 79.

⁵⁰² VATTIER FUENZALIDA: “Observaciones sobre la constitución, la modificación y la extinción de las fundaciones”, p. 1456.

⁵⁰³ DE PRADA GONZÁLEZ: “Las fundaciones hoy y mañana: Fines, constitución y extinción”, p. 88. Lo copia literalmente SERRANO CHAMORRO, *Las fundaciones. Dotación y Patrimonio*, p. 92. Unos años después, DE PRADA mantiene la afirmativa, pero con una contundencia menor: “También parece aplicable lo dispuesto en el artículo 647 del código para el supuesto de incumplimiento por la fundación

CAPILLA RONCERO, en una breve acotación, observa únicamente que “la revocación por incumplimiento de cargas parece admitida, como causa de extinción prevista en el acto constitutivo o en los estatutos (Art. 29 letra e).”⁵⁰⁴ La afirmación del autor es correcta, pero bajo su apariencia afirmativa, equivale en realidad a negar la premisa mayor. En efecto, si sólo es posible revocar al incurrirse en una causa de extinción prevista en los estatutos o en el negocio jurídico fundacional (esto es, en aplicación directa de la Ley de Fundaciones), quiere decirse que no es posible revocar en los casos “normales” de incumplimiento de cargas, por aplicación analógica del artículo 647 del Código Civil.

Creo que las consideraciones de carácter institucional realizadas a propósito de la revocación por ingratitud son perfectamente aplicables a este caso. La fundación no debe pagar por la falta cometida por sus administradores, y la ley contempla los mecanismos suficientes para la reparación de los efectos de esa falta, sin necesidad de recurrir a la revocación. La sugerencia de VATTIER FUENZALIDA, en el sentido de aplicar conjuntamente la revocación y la responsabilidad de los patronos no me parece convincente. En efecto, una tal solución privilegia el interés particular por sobre el general (puesto que devuelve los bienes al patrimonio del fundador, y deja su reemplazo en el patrimonio fundacional entregado a los inciertos resultados de una acción de responsabilidad patrimonial de los patronos); incentiva las dotaciones con cargas (en las que los fundadores verían con bastante justificación un germen de reversión); y genera una dosis de incertidumbre patrimonial que no parece conveniente a la figura fundacional.

Ello, claro está, sin perjuicio de la validez de la observación de CAPILLA RONCERO, esto es, que el incumplimiento de una determinada carga se establezca estatutariamente como causa de extinción de la fundación, *ex* artículo 29 e) de la ley (“La Fundación se extinguirá: (...) e) Cuando concorra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos. (...”).

2.4.2.4. Fundación *mortis causa* y protección de las legítimas

Como ocurre con la protección de los acreedores, la revocación de la dotación por aplicación de las normas acerca de la herencia forzosa suscita unanimidad

de cargas o condiciones impuestas por el fundador dotante.” (DE PRADA GONZÁLEZ: “Constitución de las fundaciones: capacidad, fines y dotación”, p. 135).

⁵⁰⁴ CAPILLA RONCERO: “La persona jurídica”, p. 705.

doctrinal. A partir de la consideración del sistema de legítimas como un límite a la libertad de disposición que posee el testador, todos los autores que han abordado el punto coinciden en la idea de que éste puede establecer, en su declaración de última voluntad, una fundación y dotarla patrimonialmente, mientras se mantenga en aquella parte de sus bienes de que puede disponer libremente.⁵⁰⁵

2.5. Formas de aportación y aumento de la dotación

Como indicara en su día COBO GÁLVEZ, “la ley configura un sistema de dotación muy flexible que pretende la promoción del fenómeno fundacional, respetando al mismo tiempo el concepto tradicional patrimonialista de esta figura jurídica.”⁵⁰⁶ En efecto, el poder legislativo se ha visto, en esta materia, compelido a estructurar un sistema que se sitúe en una posición de congruencia con el énfasis que la definición legal de la fundación pone en el aspecto organizacional. Así, se ha diseñado un conjunto de mecanismos que constituyen alternativas legales válidas a la aportación total, pura y simple de la dotación en el negocio jurídico fundacional. Al mismo tiempo, y con el propósito de posibilitar una mayor solvencia en el cumplimiento de sus finalidades y una máxima estabilidad patrimonial, la ley ha generado mecanismos que permiten aumentos de la dotación durante la vida de la fundación. Examinaré cada una de esas opciones por separado.⁵⁰⁷

⁵⁰⁵ Sólo a título ejemplar, véase ESPINOSA ANTA: “La fundación. El negocio jurídico fundacional”, p. 269; PUIG FERRIOL: “El Patrimonio fundacional en la Ley de Fundaciones catalanas”, p. 1652, respecto de la legislación de Cataluña; CAFFARENA LAPORTA: *El Régimen Jurídico de las fundaciones*, p. 111; COBO GÁLVEZ: “Comentario al Art. 10”, p. 88; PIÑAR MAÑAS: “España”, en *Las fundaciones en Iberoamérica*, p. 239; VATTIER FUENZALIDA: “Observaciones sobre la constitución, la modificación y la extinción de las fundaciones”, p. 1456, y “Concepto, constitución y dotación de la fundación”, p. 79; MARÍN LÓPEZ: Prólogo a *Legislación sobre Fundaciones*, p. 30; HUERTA HUERTA y HUERTA IZIAR DE LA FUENTE: *Fundaciones*, p. 600; FERRANDO VILLALBA: “La dotación fundacional”, p. 1586; LACRUZ BERDEJO *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, I, 2º, p. 308, y SERRANO CHAMORRO: *Las fundaciones: Dotación y patrimonio*, p. 166 (copiando a PUIG FERRIOL).

⁵⁰⁶ COBO GÁLVEZ: “Comentario al artículo 10”, p. 91. El comentario de COBO GÁLVEZ acerca de la dotación sucesiva es literalmente e íntegramente transcrito por SERRANO CHAMORRO: *Las Fundaciones: Dotación y Patrimonio*, pp. 193 a 195, 196 y 197, y 198, aunque olvidándose la autora de entrecomillar los textos.

⁵⁰⁷ Como consecuencia más o menos lógica de su tratamiento legal en un mismo artículo, la doctrina tiende a tratar conjuntamente los mecanismos alternativos de aportación y los mecanismos de aumento dotacional, generalmente bajo el rótulo de “formas de aportación” (Así FERRANDO VILLALBA: “La dotación fundacional”, p. 1598) o incluso generalizando el de “aportación sucesiva” (Así, p.e., COBO GÁLVEZ: “Comentario al artículo 10”, p. 91). Puesto que los fundamentos de cada serie de mecanismos son diversos, pero el sustento dogmático se encuentra en el mismo artículo 10, los trataré en un mismo apartado, pero de modo separado.

2.5.1. Mecanismos alternativos de aportación

2.5.1.1. La dotación sucesiva

El apartado 2 del artículo 10 de la Ley de Fundaciones, novedoso en su contenido respecto de la legislación anterior sobre fundaciones, prescribe que “la aportación de la dotación podrá hacerse de forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso inicial será al menos del 25 por 100, debiendo hacerse efectivo el resto en un plazo no superior a cinco años contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la fundación.” La ley recoge aquí una propuesta que defendiera CAFFARENA LAPORTA⁵⁰⁸, y que ha recibido una consideración francamente positiva de la doctrina.

Algunos autores⁵⁰⁹ han resaltado la inspiración de esta norma en la Ley de Sociedades Anónimas⁵¹⁰, y el hecho de compartir con ella la finalidad: facilitar la

⁵⁰⁸ CAFFARENA LAPORTA: *El régimen jurídico de las fundaciones*, p. 118.

⁵⁰⁹ Véase COBO GÁLVEZ: “Comentario al artículo 10”, p. 92, LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*, p. 134, y FERRANDO VILLALBA: “La dotación fundacional”, p. 1598.

⁵¹⁰ Transcribo aquí las disposiciones pertinentes del Real Decreto Legislativo de 22/12/1989, Núm. 1564/1989, que fija el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas:

Art. 12. *Suscripción y desembolso inicial mínimo*. No podrá constituirse Sociedad alguna que no tenga su capital suscrito totalmente y desembolsado en una cuarta parte, por lo menos, el valor nominal de cada una de sus acciones.

Art. 22. *Suscripción de acciones y desembolso*. 1. La suscripción de acciones, que no podrá modificar las condiciones del programa de fundación y del folleto informativo, deberá realizarse dentro del plazo fijado en el mismo, o del de su prórroga, si la hubiere previo desembolso de un 25 por 100, al menos, del importe nominal de cada una de ellas, que deberá depositarse a nombre de la Sociedad en la Entidad o Entidades de crédito que al efecto se designen. Las aportaciones no dinerarias, en caso de haberlas, se efectuarán en la forma prevista en el programa de fundación.

2. Los promotores, en el plazo de un mes contado desde el día en que finalizó el de suscripción, formalizarán ante Notario la lista definitiva de suscriptores, mencionando expresamente el número de acciones que a cada uno corresponda, su clase y serie, de existir varias, y su valor nominal así como la Entidad o Entidades de crédito donde figuren depositados a nombre de la Sociedad el total de los desembolsos recibidos de los suscriptores. A tal efecto, entregarán al fedatario autorizante los justificantes de dichos extremos.

Art. 40. *Verificación del desembolso*.-1. En todo caso, ante el Notario autorizante, deberá acreditarse la realidad de las aportaciones dinerarias, mediante exhibición y entrega de sus resguardos de depósito a nombre de la Sociedad en Entidad de crédito, o mediante su entrega para que aquél lo constituya a nombre de ella. Esta circunstancia se expresará en las escrituras de constitución y de aumento del capital, así como en las que consten los sucesivos desembolsos.

2. Cuando el desembolso se efectúe, total o parcialmente, mediante aportaciones no dinerarias, deberá expresarse, además, su valor y si los futuros desembolsos se efectuarán en metálico o en nuevas aportaciones no dinerarias. En este último caso, se determinará su naturaleza, valor y contenido, la forma y el procedimiento de efectuarlas, con mención expresa del plazo de su desembolso, que no podrá

constitución de la persona jurídica, en este caso, de fundaciones, aunque no se esté en disposición actual de realizar el desembolso total de la dotación, así como contrarrestar la exigencia de mínimos de viabilidad. Esta inspiración en la legislación mercantil ha sido criticada por alguna doctrina⁵¹¹, pero la mayor parte de los autores coinciden con

exceder de cinco años desde la constitución de la Sociedad. Deberá mencionarse además el cumplimiento de las formalidades previstas para estas aportaciones en los artículos anteriores.

⁵¹¹ GOMEZA VILLA: "Comparación de la Ley de Fundaciones del País Vasco con la ley 30/1994", p. 298, afirma que la ley estatal "obsesionada por la importancia dogmática de la dotación (...) ha recurrido para su regulación al ejemplo más desarrollado de la formación del patrimonio, la Sociedad Anónima, y lógicamente se ha contagiado de una fiebre mercantilista, introduciendo un paralelismo (...) inapropiado, chocante y contradictorio."

Por su parte, DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 152 y 153, sostiene que "tendría sentido esta innovación si, como ocurre en el ámbito societario, se requiriese una cantidad mínima para la constitución de una Fundación, pero ya hemos visto que no ha sido esa la opción escogida por el legislador, sino que ha preferido acogerse al criterio de la suficiencia y adecuación de la dotación.

Es por eso que el traslado que se hace al derecho fundacional de la peculiaridad de la figura societaria carece de toda razón de ser en aquel e incluso plantea, en la misma teoría, problemas imposibles de superar. En efecto, cuando la aportación de la dotación se hace en forma sucesiva ¿en qué momento habrá de emitir un juicio acerca de su suficiencia y adecuación? ¿Deberá entenderse que es suficiente el 25% de desembolso inicial o habrá que esperar a que se haga efectivo el resto, o acaso bastará con el desembolso del 50%? Nada dice la ley, y con razón, porque el problema propuesto es insoluble. Si el 25% de aportación inicial constituye dotación suficiente carece de sentido exigir desembolsos posteriores, aunque claro está que éstos pueden existir ya que, en todo caso, el fundador o fundadores tienen plena libertad para ampliar, según su voluntad y posibilidades, la dotación originaria. Si, por el contrario, la dotación no debe estimarse suficiente hasta su completo desembolso carece de todo sentido permitir el establecimiento de una "Fundación en proceso de formación" durante cinco años en espera de que pueda cumplirse el evento suspensivo del desembolso total.

En tales condiciones y si, dentro de la lógica posible, fuera obligado decantarse por una postura, parece que habría que preferir la de que en los casos de Fundación sucesiva el desembolso inicial implica una dotación ya de suyo suficiente. De esa manera, la Fundación sería operativa desde el principio sin arrastrar los problemas consustanciales a toda interinidad, y, hasta un tanto ingenuamente, podría defenderse que la Fundación sucesiva da pie a fundaciones mejor dotadas. Sin embargo, aun contemplando la dotación sucesiva desde esta perspectiva, resulta injustificable e inútil en la práctica, pues, como ya se ha visto, no resiste a los más elementales criterios de economía de opción." El autor reitera aquí unas ideas que ya había vertido en DEL CAMPO ARBULO: "Temas polémicos del Título I de la ley y Soluciones Posibles", p. 109 a 111.

La verdad es que DEL CAMPO ARBULO lucha en esta ocasión contra molinos de viento. No existe, en verdad, el problema insoluble contra el cual el autor se rebela. El juicio de suficiencia debe realizarse por el Protectorado considerando la totalidad de la dotación comprometida, aunque no se encuentre aportada efectivamente más que una parte de ella. Favorable el informe, la Fundación se inscribirá normalmente, no existiendo en la ley estatal ninguna suerte de "interinidad", que se pueda derivar de la posibilidad de la aportación sucesiva. Así lo ve MORILLO GONZÁLEZ, quien afirma que las consecuencias de referir la suficiencia al capital efectivamente desembolsado son absurdas: la fundación debería, con tan solo en veinticinco por ciento de su dotación, poder hacer frente a la totalidad de sus fines fundacionales, lo que haría totalmente inoperante la norma que estamos estudiando. Por otra parte, comenta, la ley no exige que todos los fines fundacionales deban ser realizados simultáneamente y de modo inmediato. Por todo ello, el Protectorado debe comprobar que la totalidad de la dotación inicial, comprendiendo el monto efectivamente desembolsado y el monto pendiente, sea suficiente para que la fundación esté en condiciones objetivas de realizar sus fines en el plazo en que deba concluirse el desembolso. El verdadero sentido de la norma —concluye el autor— es facilitar la constitución de

la perspectiva favorable de COBO GÁLVEZ, cuando señala que “el legislador debe asumir los cambios sociales e incorporar aquellas experiencias normativas de otros ámbitos que contribuyen a facilitar la consecución de objetivos políticos y sociales y a resolver los problemas que en cada momento aparecen en la sociedad.”⁵¹²

Por otra parte, en Derecho Comparado, existe alguna norma de inspiración muy semejante a la que nos ocupa. Así, en Francia, y para las fundaciones reconocidas de utilidad pública, se prevé la posibilidad de que la dotación inicial se desembolse fraccionadamente, en un plazo de cinco años, contados desde la publicación del decreto de reconocimiento⁵¹³ (aquí hay una diferencia con el sistema español, que hace correr el plazo desde la escritura de constitución). Para el caso de las fundaciones de empresa, en tanto, la ley francesa exige el desembolso íntegro e inmediato de la dotación inicial⁵¹⁴, y sólo mantiene el criterio de desembolso fraccionado, en un término quinquenal, para los montos del programa de acción plurianual, agregando la necesidad de garantía previa.⁵¹⁵ En Italia, y aún sin haber una norma que regule el tema, “tanto la jurisprudencia teórica como la práctica admiten la posibilidad de diferir en el tiempo la dotación. A falta de una disciplina específica, se debe todavía precisar los derechos que asisten al ente frente al fundador que no cumple con la obligación asumida.”⁵¹⁶

fundaciones, compensando de alguna manera la exigencia de suficiencia dotacional. (MORILLO GONZÁLEZ: *El proceso de creación de una fundación*, p. 147). Sin duda, esta es la buena doctrina.

⁵¹² COBO GÁLVEZ: “Comentario al artículo 10”, p. 92.

⁵¹³ Francia. Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat (Journal Officiel du 24 juillet 1987). Article 18-1 (inséré par Loi n° 90-559 du 4 juillet 1990 art. 2 Journal Officiel du 6 juillet 1990) “*La dotation initiale d'une fondation reconnue d'utilité publique peut être versée en plusieurs fractions sur une période maximum de cinq ans à compter de la date de publication au Journal officiel du décret qui lui accorde la reconnaissance d'utilité publique.*”

⁵¹⁴ Francia. Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat (Journal Officiel du 24 juillet 1987) Article 19 (Loi n° 90-559 du 4 juillet 1990 art. 4 Journal Officiel du 6 juillet 1990) “*Les sociétés civiles ou commerciales, les établissements publics à caractère industriel et commercial, les coopératives ou les mutuelles peuvent créer, en vue de la réalisation d'une oeuvre d'intérêt général, une personne morale, à but non lucratif, dénommée fondation d'entreprise. Lors de la constitution de la fondation d'entreprise, le ou les fondateurs apportent la dotation initiale mentionnée à l'article 19-6 et s'engagent à effectuer les versements mentionnés à l'article 19-7 de la présente loi.*”

⁵¹⁵ Francia. Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987. Article 19-7 (inséré par Loi n° 90-559 du 4 juillet 1990, art. 4) “*Les statuts de la fondation d'entreprise comprennent un programme d'action pluriannuel dont le montant ne peut être inférieur à une somme fixée par voie réglementaire.*

Les sommes correspondantes peuvent être versées en plusieurs fractions sur une période maximale de cinq ans. Les sommes que chaque membre fondateur s'engage à verser sont garanties par une caution bancaire.”

⁵¹⁶ ZOPPINI: “Note sulla costituzione della fondazioni”, p. 93.

En relación con esta posibilidad de desembolso sucesivo, hay que recordar, con GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, que “el aplazamiento del desembolso no supone una donación de bienes futuros, sino una donación obligacional actual, pues la fundación será titular de un derecho de crédito contra el fundador por la parte de la dotación que aún no haya sido desembolsada.”⁵¹⁷ Esta precisión jurídica relativa a un punto aparentemente evidente, no resulta en absoluto ociosa, ya que alguna doctrina ha mantenido recientemente la equivocada –a mi juicio– opinión de que “con la dotación en forma sucesiva se permite a la fundación iniciar sus actividades con un desembolso inicial mínimo, y se le otorga un plazo de cinco años para completar la dotación a la que se comprometió, la cual puede, sin duda alguna, obtener de los beneficios de sus actividades, ya que el artículo 25.1 de la Ley impone que, una vez destinados a la realización de los fines fundacionales el 70 por 100 de los ingresos netos de la entidad, la cantidad restante de ingresos o rentas se dedique, una vez deducidos los gastos de administración, al aumento de la dotación fundacional.”⁵¹⁸ Me parece que la tesis propugnada por la autora resulta jurídicamente equivocada, es patrimonialmente perniciosa para las fundaciones, y puede atentar contra la optimización del interés general. Es jurídicamente errónea tanto porque marra en la determinación del sujeto pasivo de la obligación de aportar, poniendo en esa posición a la propia fundación, y no al fundador, que es el verdadero obligado a efectuar el desembolso de la dotación, cuanto porque yerra en la caracterización de la obligación misma, que está ya constituida y determinada en monto y forma en la escritura fundacional. Luego, y en la medida en que cambia el obligado, escamotea a la fundación una parte de sus activos: los créditos que tiene en contra del fundador, con lo que posibilita para ella un perjuicio patrimonial que puede ser muy grave. Y finalmente, en la medida en que permite la posibilidad de completar la dotación inicial *ex* artículo 25, genera un poderoso estímulo para que la fundación no dedique a la persecución de los fines de interés general más que el mínimo legalmente determinado. En realidad, con esa tesis, más que estimulada, la fundación queda económicamente compelida a no destinar a la realización de los fines más que el mínimo legal (a menos que exista una importante desproporción entre unos fines muy modestos y un patrimonio muy considerable, pero esto en la práctica no ocurrirá nunca). En consecuencia, debe quedar claro que la posibilidad de incrementos dotacionales del artículo 25 es *adicional* al completo desembolso de la dotación comprometida por el fundador, y que jamás puede reemplazarlo. Si los administradores fundacionales intentaran seguir la tesis de la autora, con el objeto de aliviar la carga económica que pesa sobre el fundador,

⁵¹⁷ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *Op. cit.*, p. 80.

⁵¹⁸ FERRANDO VILLALBA: “La dotación fundacional”, p. 1598.

incurrirían claramente, en mi opinión, en un caso de responsabilidad susceptible de persecución sobre la nítida base legal del artículo 15.

Como se ha podido comprobar, en la Ley de Sociedades Anónimas (Art. 40.2), el plazo para enterar el capital viene dado exclusivamente para las aportaciones sucesivas no dinerarias, sin establecerse un término determinado para las dinerarias. En cambio, la Ley de Fundaciones no realiza distinción alguna, por lo que debe entenderse que el plazo quinquenal rige tanto las unas como para las otras.⁵¹⁹ Esta homologación de trato que realiza la ley para ambas clases de aportaciones (en el sentido de permitir la aportación sucesiva sin discriminación, y de igualar el plazo en que la entrega deba realizarse) es perfectamente justificable, ya que no parece haber razones que puedan sustentar válidamente una diferencia de trato legal que vaya más allá de las diferencias que emanan de la propia diversa naturaleza del bien aportado en cada caso.

Una última acotación en relación con esta norma. Ni la Ley ni el Reglamento prevén expresa y específicamente la hipótesis de que el resto de la aportación comprometida, que puede ascender al 75% de la dotación total, no llegue a hacerse efectiva. DEL CAMPO ARBULO ha denunciado el problema, aunque sin avanzar soluciones más que de modo retórico. “Queda también en el aire la determinación de qué es lo que ocurre cuando desembolsado el 25% de la dotación no llegan a consumarse los sucesivos desembolsos. ¿Se concederá, entonces, una acción al Protectorado para demandar su efectividad frente al fundador o habrá que pensar que en tales casos los posibles beneficiarios dispondrán de una suerte de acción popular para forzar a aquél a completar la dotación?”⁵²⁰ Es claro que los dos caminos insinuados por el autor son callejones sin salida. Ni el Protectorado puede ejercer una acción para cuyo ejercicio no esté legalmente facultado, ni es concebible en esta hipótesis una acción popular.

Sostengo, sin embargo, que la hipótesis que comento no supone una laguna legal, aunque sea cierto que no aparece *prima facie* regulada específicamente. El punto de partida de la argumentación es la doble constatación de que la fundación ha nacido jurídicamente de modo perfecto y no condicionado una vez ha obtenido el

⁵¹⁹ Así lo hacen ver COBO GÁLVEZ: “Comentario al artículo 10”, p. 92, HUERTA HUERTA y HUERTA IZIAR DE LA FUENTE: *Fundaciones*, p. 605; y FERRANDO VILLALBA: “La dotación fundacional”, p. 1598, aunque esta última, seguramente por un error tipográfico, invierte el mandato del artículo 40.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, indicando que el plazo quinquenal se establece para el entero sucesivo de las aportaciones dinerarias.

⁵²⁰ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 154.

reconocimiento y la inscripción correspondientes, y que esa fundación es titular de un crédito en contra del fundador, punto en el cual la inmensa mayoría de la doctrina está de acuerdo.⁵²¹ Siendo así, existen básicamente dos posibilidades de que el crédito no se haga efectivo, completando realmente la dotación, al reemplazar el puro derecho personal por un capital productivo. La primera es que la fundación (sus administradores) no emplee la diligencia debida para cobrarlos, y otra, que a pesar de emplearse todos los medios al alcance de la fundación, el crédito resulte incobrable, sea cual sea la razón específica aplicable al caso (la insolvencia del deudor será la más frecuente).

En el primer caso, las normas aplicables son –alternativamente– el artículo 15, que establece la responsabilidad de los patronos por los actos (u omisiones, como en este caso) que resulten perjudiciales para la fundación,⁵²² responsabilidad que –aquí sí– el Protectorado está habilitado para requerir; o el artículo 34, que posibilita al Protectorado, en caso de irregularidades graves de gestión, requerir al Patronato las medidas correctivas del caso, o previa autorización judicial, hacerse cargo de la administración de la fundación,⁵²³ caso en el que podrá accionar, representando a la fundación, contra el fundador y deudor para requerir el entero de la dotación.

⁵²¹ En contra, pero equivocadamente, según se ha visto antes, únicamente FERRANDO VILLALBA: “La dotación fundacional”, p. 1598.

⁵²² Ley de Fundaciones: Artículo 15. *Responsabilidad de los patronos.*

1. Los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal.

2. Los patronos responderán frente a la Fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados negligentemente. Quedarán exentos de responsabilidad quienes se opusieron expresamente al acuerdo determinante de la misma o no hubiesen participado en su adopción.

3. La acción de responsabilidad se entablará, en nombre de la Fundación y ante la jurisdicción ordinaria: a) Por el propio órgano de gobierno de la Fundación, previo acuerdo motivado del mismo, en cuya adopción no participará el patrono afectado.

b) Por el Protectorado, en los términos establecidos en el artículo 32.

⁵²³ Ley de Fundaciones: Artículo 34. *Intervención temporal.*

1. Si el Protectorado advirtiera una grave irregularidad en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la Fundación o una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada, requerirá del Patronato, una vez oído éste, la adopción de las medidas que estime pertinentes para la corrección de aquélla.

2. Si el requerimiento al que se refiere el apartado anterior no fuese atendido en el plazo que al efecto se señale, el Protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial que se autorice la intervención temporal de la Fundación, lo que se acordará, en su caso, oído el Patronato. Autorizada judicialmente la intervención de la Fundación, el Protectorado asumirá todas las atribuciones legales y estatutarias del Patronato durante el tiempo que determine el Juez. La intervención quedará alzada por el transcurso de aquél salvo que se acceda a prorrogarla mediante una nueva resolución judicial.

3. La solicitud de intervención temporal se formulará ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Fundación y se substanciará según lo dispuesto para los incidentes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el segundo caso, esto es, que por insolvencia del deudor o por otra causa el crédito devenga realmente incobrable, a pesar de los esfuerzos de los gestores fundacionales, resultan de aplicación las normas del Capítulo VI de la ley, sobre modificación, fusión o extinción de las fundaciones.⁵²⁴ En efecto, ante la constatación

4. La resolución judicial que decrete la intervención temporal de la Fundación se inscribirá en el Registro de Fundaciones.

⁵²⁴ Ley de Fundaciones: Artículo 27. *Modificación de los Estatutos.*

1. El Patronato podrá acordar la modificación de los Estatutos de la Fundación siempre que resulte conveniente en interés de la misma y no lo haya prohibido el fundador, en cuyo caso requerirá la autorización previa del Protectorado.

2. Cuando las circunstancias que presidieron la constitución de la Fundación hayan variado de manera que ésta no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a sus Estatutos, el Patronato deberá acordar la modificación de los mismos, salvo que para el supuesto de que se trate el fundador haya previsto la extinción de la Fundación.

3. Si el Patronato no da cumplimiento a lo previsto en el apartado anterior, el Protectorado podrá acordar, de oficio o a instancia de quien tenga interés legítimo en ello, la modificación que proceda.

4. La modificación o nueva redacción de los Estatutos acordada por el Patronato se comunicará al Protectorado; éste sólo podrá oponerse, por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado, en el plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación al mismo del correspondiente acuerdo del Patronato. La modificación o nueva redacción habrá de ser formalizada en escritura pública e inscrita en el Registro de Fundaciones.

Artículo 28. *Fusión.*

1. El Patronato de la Fundación podrá proponer su fusión con otra Fundación. En tal caso deberán concurrir las circunstancias aludidas en el apartado 1 del artículo anterior y se requerirá el acuerdo de las fundaciones interesadas, al que podrá oponerse el Protectorado por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado en el plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación al mismo de los respectivos acuerdos de las fundaciones interesadas.

2. Podrá el Protectorado solicitar de la autoridad judicial la fusión de aquellas fundaciones que no puedan cumplir sus fines por sí mismas cuando éstos sean análogos y exista oposición de sus órganos de gobierno y no lo haya prohibido el fundador.

3. La solicitud a que se refiere el apartado anterior se formulará ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Fundación, y se substanciará según lo dispuesto para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4. La fusión deberá ser inscrita en el Registro de Fundaciones.

Artículo 29. *Causas de extinción.*

La Fundación se extinguirá:

a) Cuando expire el plazo por el que fue constituida.

b) Cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional.

c) Cuando sea imposible la realización del fin fundacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 de la presente Ley.

d) Cuando así resulte de la fusión a que se refiere el artículo anterior.

e) Cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos.

f) Cuando concurra cualquier otra causa establecida en las leyes.

Artículo 30. *Formas de extinción.*

1. En el supuesto del apartado a) del artículo anterior la Fundación se extinguirá de pleno derecho.

2. En los supuestos contemplados en los apartados b), c) y e) del artículo anterior, la extinción de la Fundación requerirá acuerdo del Patronato ratificado por el Protectorado. Si no hubiese acuerdo

de la imposibilidad de enterar la dotación, cabe entender que “las circunstancias que presidieron la constitución de la fundación han variado de manera que ésta no puede actuar satisfactoriamente con arreglo a sus Estatutos” evento que posibilita la modificación estatutaria (Art. 27.2) o bien que “resulta conveniente al interés de la fundación” (Art. 27.1 y 28.1) y existe analogía de fines con otra fundación que no puedan cumplir sus fines por sí mismas, lo que permite su fusión; o finalmente, que “sea imposible la realización del fin fundacional” caso que determinará la extinción (Art. 29 c), y el consecuente traspaso de los bienes que resten a las entidades descritas en el artículo 31 de la ley.⁵²⁵

En síntesis, el evento de la no consumación de los sucesivos desembolsos está regulado por la Ley de Fundaciones, y en todos sus extremos esa regulación resulta perfectamente suficiente.

En el plano no estatal, hay que recordar que, conforme a la Disposición Final Primera (2 b), la norma del artículo 12.2 es “de aplicación general, al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8ª de la Constitución, a todas las fundaciones incluso a aquéllas cuya competencia corresponda, de acuerdo con lo previsto en sus respectivos

del Patronato, o éste no fuese ratificado por el Protectorado, la extinción de la Fundación requerirá resolución judicial motivada, que podrá ser instada por el Protectorado o por el Patronato, según los casos.

3. En el supuesto del apartado f) del artículo anterior se requerirá resolución judicial motivada.

4. Los procedimientos judiciales de este artículo se tramitarán ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Fundación y se substanciarán según lo dispuesto para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5. El acuerdo de extinción o, en su caso, la resolución judicial se inscribirán en el Registro de Fundaciones.

Artículo 31. *Liquidación.*

1. La extinción de la Fundación, salvo en el supuesto previsto en el artículo 29, d), determinará la apertura del procedimiento de liquidación que se realizará por el órgano de gobierno de la Fundación bajo el control del Protectorado.

2. Los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquéllos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en el estatuto de la Fundación extinguida. En su defecto este destino podrá ser decidido, en favor de las mismas fundaciones y entidades mencionadas, por el Patronato, cuando tenga reconocida esa facultad por el fundador, y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las fundaciones podrán prever en sus Estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general.”

⁵²⁵ MORILLO GONZÁLEZ: *El Proceso de creación de una fundación*, p. 148, menciona como soluciones posibles para este caso la modificación estatutaria o la extinción cuando el fundador la haya dispuesto para el evento de imposibilidad de cumplimiento de fines.

Estatutos de Autonomía, a las Comunidades Autónomas. No obstante, todos estos artículos serán únicamente de aplicación supletoria en las Comunidades Autónomas con competencia en materia de derecho civil, foral o especial.” En ejercicio de esa competencia, la Ley de Fundaciones del País Vasco también permite la aportación sucesiva, aunque establece un aporte inicial mínimo distinto y más exigente, ascendente al treinta por cien.⁵²⁶ Asimismo, presenta la peculiaridad de permitir, cuando se trate de derechos, la ampliación del plazo “en función de la naturaleza de los mismos”, ampliación que deberá autorizar, se supone, el Protectorado. La ley navarra sigue el modelo vasco, aunque vuelve al porcentaje del 25 por 100 de la ley estatal. Al mismo tiempo, resulta menos ambigua, en cuanto concede la potestad de ampliar el plazo al Departamento de Economía y Hacienda.⁵²⁷

Con mayor ambigüedad competencial, debido a la muy problemática existencia de un derecho civil propio, las leyes valenciana, madrileña y canaria siguen muy de cerca el diseño estatal, aunque consagrando algunas peculiaridades. En el primer caso, generando para el Patronato la potestad de determinar las fechas en que deberá enterarse el capital dotacional no aportado en el negocio jurídico fundacional.⁵²⁸ La Comunidad de Madrid resulta generosa con los fundadores, ya que también consagra la posibilidad de ampliar el plazo, cualquiera sea la naturaleza de los bienes involucrados, si la aportación se garantiza, imponiendo un límite máximo de diez años.⁵²⁹

⁵²⁶ País Vasco. Ley 12/1994. Artículo 9.2. La aportación de la dotación patrimonial podrá hacerse en forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso inicial no será inferior al treinta por ciento del total previsto por la voluntad fundacional, debiéndose aportar el resto en un plazo de cinco años, contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución. No obstante, cuando se trate de derechos podrá ampliarse dicho plazo en función de la naturaleza de los mismos, siempre que se den las garantías necesarias para asegurar su realización.

⁵²⁷ Navarra. Ley 10/1996, de 2 de julio. Artículo 7. “(...) La aportación de la dotación patrimonial podrá hacerse en forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso inicial no será inferior al veinticinco por ciento del total previsto por la voluntad fundacional, debiéndose aportar el resto en un plazo de cinco años contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución. No obstante, cuando se trate de derechos el Departamento de Economía y Hacienda podrá ampliar dicho plazo en función de la naturaleza de los mismos, siempre que se den las garantías necesarias para asegurar su realización. (...)”

⁵²⁸ Valencia. Ley 8/1998. Artículo 11.5. “La aportación de la dotación inicial podrá hacerse de forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso habrá de ser como mínimo del 25 por 100 de la misma; el resto se desembolsará en un plazo no superior a cinco años, contados desde el otorgamiento de la escritura de la fundación, en las fechas que determine el patronato.”

⁵²⁹ Comunidad de Madrid. Ley 1/1998. Artículo 5.4. “La aportación de la dotación podrá realizarse en forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso inicial no será menor al 25 por 100 de la cuantía establecida. El resto deberá hacerse efectivo dentro del plazo de cinco años desde la constitución de la fundación, o en plazo no superior a diez años si su desembolso se asegura, desde el momento de la aportación, por cualquiera de los medios admitidos en derecho.”

Finalmente, la Ley canaria de fundaciones tiene el mismo contenido del texto estatal, con una redacción ligeramente diferente.⁵³⁰

2.5.1.2. Compromiso de aportación por terceros

El apartado 4 del artículo 10 dispone que “se podrá considerar como dotación el compromiso de aportaciones de terceros siempre que estuvieran garantizadas. En ningún caso se podrá considerar como dotación el mero propósito de recaudar donativos.” Se trata de una norma novedosa en Derecho Comparado, si se exceptúa el caso de la disciplina fundacional de Liechtenstein, que contempla también que la destinación patrimonial pueda realizarse con fundamento en una obligación contractual contra el fundador o un tercero, configurada de tal modo que el fundador o el tercero se comprometen a desembolsar cada año o cada cierto período de tiempo una cantidad fija o variable de valores patrimoniales (destinación de rentas).⁵³¹ Por cierto, el silencio legislativo de otros ordenamientos no importa, en absoluto, una negación de la posibilidad, sino simplemente que ésta se encuentra sobreentendida en la capacidad jurídica amplia que se atribuye a las fundaciones.⁵³²

Es ésta una forma complementaria prevista por la ley, en orden a facilitar la constitución de fundaciones, y a responder a una concepción más moderna de éstas, según lo ha hecho notar DEL CAMPO ARBULO: “(el) esquema tradicional (que) se corresponde sociológicamente con la fundación constituida por personas físicas acaudaladas (...) no es ni mucho menos el prevalente hoy cuando las empresas han hecho suyo el fenómeno fundacional erigiéndose en fundadoras.”⁵³³ En estos casos, sostiene el autor, lo relevante no es el patrimonio inicial, sino los flujos monetarios periódicos que a la fundación asigne la entidad fundadora.

⁵³⁰ Canarias. Ley 2/1998. Artículo 11.2. “Dicha dotación podrá aportarse en forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso inicial no será inferior al 25 por 100 del total previsto por el fundador o fundadores. El resto deberá aportarse en un plazo no superior a cinco años contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución.”

⁵³¹ Liechtenstein. Das Personen- und Gesellschaftsrecht vom 20. Januar 1926. Art. 558. “IV. Vermögenszuwendung. (...) 4) Die Widmung eines Vermögens kann insbesondere auch durch Begründung eines Schuldverhältnisses gegenüber dem Stifter oder Dritten, wie namentlich derart erfolgen, dass der Stifter oder ein Dritter sich verpflichtet, jährlich oder sonst in bestimmten Zeitabschnitten einen festen oder veränderlichen Betrag oder sonst Vermögenswerte zu leisten (Widmung von Renten). 5) (...)”

⁵³² Vid., simplemente como ejemplo, el caso suizo, respecto del que la doctrina y la práctica admiten ampliamente que “no se requiere necesariamente, sin embargo, la asignación directa de la propiedad y el traspaso físico de unos bienes, basta la garantía de contribuciones patrimoniales por parte del fundador o igualmente de terceros, que puede también consistir en una obligación (...)” (PAVEL: “Schweiz”, p. 64).

⁵³³ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 154.

Siendo ésa la finalidad de la norma, no cabe dudar del acierto de COBO GÁLVEZ al sostener que la principal finalidad del precepto es considerar dotación a estos compromisos garantizados para efectos del juicio de adecuación y suficiencia a los fines fundacionales que debe realizar el Protectorado.⁵³⁴ Ello es así porque, pudiendo la dotación consistir en bienes y derechos de cualquier clase, es claro que pueden formar parte de ella créditos contra terceros (incluido el fundador), sin necesidad de que lo diga expresamente la norma. Resulta útil, en cambio, la acotación legal en tanto instrucción a los Protectorados para que tengan en cuenta, al calificar la suficiencia de la dotación, la presencia de estos bienes incorporales.

Hay que tener aquí presente, sin embargo, una faceta de la cuestión que inteligentemente resalta MORILLO GONZÁLEZ:⁵³⁵ Se trata de saber si el contexto de la ley permite o veda una dotación constituida exclusivamente por aportaciones garantizadas de terceros. Es decir, mirada la cuestión desde otro ángulo, inquirir por la licitud de considerar jurídicamente como fundador a quien aparece declarando su intención de constituir la fundación, demostrando compromisos garantizados de aportaciones de terceros, pero sin efectuar desembolso alguno a título personal. El autor sostiene que la norma tiene que conectarse con el apartado 2º del mismo artículo, que exige desembolso —esto es, aportación efectiva— de una cuarta parte a lo menos del total de la dotación, lo que es perfectamente coherente con el concepto legal de fundación. Ese dato, sumado a la constatación de que un compromiso de aportación por un tercero nunca puede considerarse desembolsada, le hace llegar a la conclusión de que el apartado cuarto del artículo 10 permite que sólo la parte de la dotación cuya efectiva aportación puede deferirse en el tiempo se componga de créditos contra terceros ajenos a la fundación.

Además, a mi juicio, resulta inadmisibles considerar suficiente una dotación que sólo consiste en aportaciones garantizadas de terceros, porque el propio texto de la Ley de Fundaciones apunta esa respuesta negativa cuando, en su artículo 6, exige al fundador persona física la capacidad general de obrar y además, la especial para disponer gratuitamente, *inter vivos* o *mortis causa*, de los bienes y derechos en que consista la dotación. Esto es, la ley no concibe al fundador que no dota, de la misma manera como la Ley de Sociedades Anónimas no concibe a un socio que no aporta

⁵³⁴ COBO GÁLVEZ: "Comentario al Art. 10", p. 93.

⁵³⁵ MORILLO GONZÁLEZ: *El Proceso de creación de una fundación*, p. 149; *La fundación: Concepto y elementos esenciales*, p. 148.

capital.⁵³⁶ Por tanto, la posibilidad de considerar dotación el compromiso de aportaciones de terceros debe siempre entenderse complementaria y nunca substitutiva de la efectiva dotación hecha por el fundador.⁵³⁷ En este sentido se ha orientado, antes de la Ley 30/1994, la jurisprudencia del Tribunal Supremo.⁵³⁸

Otra cuestión debatida es la referida a la interpretación de la “garantía” exigida por la norma. El Reglamento no ha despejado la justificada duda, porque se ha limitado a afirmar que “los compromisos de aportaciones de terceros en favor de una fundación sólo tendrán la consideración de dotación si están garantizados formalmente por cualquiera de los medios admitidos en Derecho. Las garantías habrán de quedar descritas en la escritura fundacional.” (Art. 3.4 del Reglamento). Esto es, el reglamento sólo ha agregado la “formalidad” de la garantía (sea lo que sea lo que el redactor haya querido significar con ello) y la exigencia de descripción de la garantía en la escritura fundacional.

Pensaba COBO GÁLVEZ que “deben considerarse válidas todas aquellas cuyo ejercicio por parte de la fundación dé lugar a que se haga efectivo el compromiso en caso de incumplimiento. (...) no considero que deba exigirse un derecho real de garantía (...); bastaría con que, de acuerdo a los artículos 1922 y siguientes del Código civil, gozara de alguna forma de privilegio o prelación en razón de la garantía establecida. Si se aceptara esta interpretación bastaría con que el compromiso de aportación estuviera formulado en escritura pública (art. 1924 del Código Civil).”⁵³⁹ Esta doctrina ha sido seguida por una buena parte de los autores, en un intento por

⁵³⁶ Ley de Sociedades Anónimas. Art. 8.º “*Escritura de constitución*. En la escritura de constitución de la Sociedad se expresarán: (...) c) El metálico, los bienes o derechos que cada socio aporte o se obligue a aportar, indicando el título en que lo haga y el número de acciones atribuidas en pago. (...)”

Ley de Sociedades Anónimas. Art. 36. “*Objeto y título de la aportación*. 1. Sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica.

En ningún caso podrán ser objeto de aportación el trabajo o los servicios. (...)”

⁵³⁷ En este sentido resulta interesante considerar lo dispuesto por el artículo 7.2 de la Ley de Fundaciones de Interés Gallego (Ley 7/1983) que excluye la posibilidad al mantener que “la Fundación no puede constituirse sin una dotación inicial, aunque se exprese en los Estatutos el compromiso de dotación sucesiva periódica a cargo del fundador o de terceras personas.”

⁵³⁸ El Tribunal Supremo ha rechazado que pueda admitirse una fundación cuya única dotación consista en subvenciones anuales procedentes de otra entidad: “(...) es claro que el capital con que (la fundación) dice contar no está materializado en una cantidad fija, disponible en todo momento, sino que carece de actualidad y solamente supone un derecho de crédito y como tal aleatorio, no concreto, y en consecuencia, sin reunir los requisitos exigidos para la normal subsistencia en el futuro de la institución y su tutela por los organismos correspondientes (...)” (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1972. Considerando Tercero. Ponente Excmo. Sr. D. Isidro Pérez Frade).

⁵³⁹ COBO GÁLVEZ: “Comentario al Art. 10”, p. 93.

flexibilizar al máximo el precepto y de facilitar consecuentemente la constitución de fundaciones.⁵⁴⁰ Hay que reconocer, con todo, que en un sentido estricto, la preferencia o el privilegio de un crédito no pueden confundirse con el hecho de estar éste efectivamente caucionado, si se entiende correctamente la caución o garantía como una obligación accesoria contraída para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Por ello, otros autores han mantenido la posición contraria. FERRANDO VILLALBA, por ejemplo, sostiene que “la ley no se refiere simplemente a su constancia fehaciente o en instrumento público (en la escritura pública fundacional), que por sí no constituye ninguna garantía, sino a algo más, como señala el propio Reglamento. La ley pretende que el acreedor, en este caso la fundación, se beneficie de una facultad adicional a él concedida, y que le facilite en el futuro la realización de dicha obligación en caso de incumplimiento.”⁵⁴¹ Agrega la autora que “no resulta de ningún modo aceptable la opinión de quienes defienden que la garantía a la que se refiere el precepto sea la mera posibilidad de exigir el cumplimiento, puesto esta posibilidad se dará en todo caso, aun cuando el compromiso de aportación se hubiera realizado verbalmente. Por otra parte, la constancia en escritura pública, conforme al tenor del artículo 1924 del Código Civil, lo que otorga únicamente es un privilegio de realización, «derivado de la indubitada autenticidad que poseen, que les confiere carácter ejecutivo o ejecutorio».”⁵⁴²

En relación a esta polémica, y aunque me parece que FERRANDO VILLALBA y MORILLO GONZÁLEZ aciertan mejor con la auténtica intención del legislador y del redactor del Reglamento, creo que es conveniente mantener una interpretación más abierta, privilegiando el uso, en la hermenéutica del precepto, del contexto legal y de la atención a la realidad social del tiempo en que debe ser aplicado (art. 3.1. del Código

⁵⁴⁰ Así GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, *Op. cit.*, p. 80; DEL CAMPO ARBULO: “Temas polémicos del Título I de la Ley y soluciones posibles”, p. 113; DE PRADA GONZÁLEZ: “La constitución de Fundaciones”, p. 74; VATTIER FUENZALIDA: “Observaciones sobre la constitución, la modificación y la extinción de las fundaciones”, p. 1457; y SERRANO CHAMORRO: *Las fundaciones: Dotación y Patrimonio*, p. 198 y siguientes, transcribiendo a COBO GÁLVEZ y a DEL CAMPO ARBULO. Un paso adelante en materia de flexibilidad lo representa SALVADOR CRESPO: “El Régimen jurídico de las donaciones en la nueva regulación de las fundaciones”, p. 1645, que sostiene que el documento público sólo debe exigirse cuando se trate de inmuebles, pero que debe bastar el escrito privado cuando se trate de bienes muebles.

⁵⁴¹ FERRANDO VILLALBA: “La dotación fundacional”, p. 1601. En una posición equivalente, aunque con menos fuerza categórica, MORILLO GONZÁLEZ: *El Proceso de creación de una fundación*, p. 150.

⁵⁴² FERRANDO VILLALBA: *Op. cit.*, p. 1600 y 1601, en nota Núm. 83. Añade además un argumento histórico: Durante la tramitación de la ley, Coalición Canaria propuso, tanto en el Congreso (Enmienda Núm. 197) como en el Senado (Enmienda Núm. 52), la sustitución de la expresión

Civil). En efecto, ocurre que el artículo 10 de la Ley de Fundaciones se abre estableciendo el principio de permisión de que la dotación se integre con bienes y derechos de cualquier clase. Por tanto, es perfectamente posible que se constituya la dotación con la cesión o transmisión de un crédito o un conjunto de créditos (derechos personales) que el fundador tenga en contra de terceros (art. 1526 y siguientes del Código Civil). En un caso como este, no existe ninguna justificación legal para exigir que se trate de créditos caucionados; y por tanto, deberá ser el Protectorado el que, al juzgar sobre la suficiencia de la dotación, pondere las posibilidades reales de que esos créditos se hagan efectivos, valorando el conjunto de la situación, y fundamentalmente, la solvencia del deudor cedido. Por tanto, y como *ubi eadem ratio, ibi ideam ius*, no cabe sino predicar otro tanto de los compromisos de aportaciones realizados por terceros, que son –igualmente– créditos en poder de la fundación.

Un extremo que ha quedado sin regulación es el referido al hipotético plazo dentro del cual los terceros deberían hacer efectiva la aportación comprometida. Una posibilidad, que sostiene FERRANDO VILLALBA, es considerar aplicable a este caso el término de cinco años que establece el artículo 10.2 para completar la dotación. “Considerando que estas aportaciones garantizadas deberán constar en la escritura de constitución y serán consideradas por el Protectorado a la hora de emitir su informe, favorable o no, sobre la existencia de fines de interés general y la adecuación y suficiencia de la dotación, parece lo más conveniente estimar aplicable dicho plazo para completar la dotación inicialmente comprometida. A ello no podría objetarse que el propio precepto permita al fundador o a los patronos afectar bienes a la dotación sin establecer plazo alguno, ya que en estos casos estaríamos ante un supuesto de aumento de la dotación, no de aportación del resto de la dotación comprometida y no aportada efectivamente en el momento de constitución de la entidad.”⁵⁴³ Aunque no lo dice explícitamente, la postura de MORILLO GONZÁLEZ, en el sentido de entender que los compromisos de aportaciones de terceros sólo pueden cubrir hasta el máximo del 75 por cien no desembolsado inicialmente, parece suponer la aplicación analógica del mismo plazo de cinco años.

La posición de estos autores parece razonable, pero tropieza con dos graves inconvenientes. El primero, de carácter formal: se trata de una interpretación restrictiva, respecto de la cual la admisibilidad de una hermenéutica *a pari ratione* es

“garantizadas” por “verificadas documentalmente”, proposiciones que fueron rechazadas, lo que puede indicar una voluntad legislativa contraria a la interpretación abierta de COBO GÁLVEZ.

⁵⁴³ FERRANDO VILLALBA: “La dotación fundacional”, p. 1601.

muy discutible, máxime cuando hay un derecho constitucionalmente garantizado de por medio. El segundo, de fondo, es que olvida que la expresión legal “compromiso de aportaciones de terceros” cubre dos tipos completamente diversos de aportaciones posteriores, que satisfacen dos objetivos legales también distintos. En efecto, una de las finalidades de la norma está —como ha sostenido algún autor— en permitir la constitución de fundaciones con una dotación de flujos, con muy escaso capital, por medio del compromiso de aportaciones periódicas. Para esta clase de aportaciones, el establecimiento de un plazo, cualquiera que éste sea, carece de sentido, e impide la satisfacción del propósito normativo. La segunda finalidad del precepto, que es facilitar la constitución de fundaciones, mediante la posibilidad de que la dotación de capital sea parcialmente enterada por terceros en un momento posterior a la constitución, sí exige la imposición de un cierto plazo, y para esta clase de aportación sí sería aconsejable hacer formalmente extensivo el plazo del artículo 10.2. Esta es la solución que ha diseñado en su norma autonómica la Comunidad de Madrid, pero olvidando la posibilidad de las dotaciones de flujo, a las que no conviene plazo alguno.⁵⁴⁴ Probablemente, una salida legislativa razonable sería establecer la vigencia del citado plazo, para las aportaciones simplemente diferidas en el tiempo (caso, por ejemplo, del tercero que se compromete a aportar un bien determinado, o una única suma de dinero, de una vez o fraccionadamente), plazo que debiera ser inaplicable para los compromisos que consistieran en aportes de flujo, realizados mediante entregas de tracto sucesivo (caso, por ejemplo, de la empresa que se compromete a entregar a la fundación anualmente una suma determinada, o un porcentaje de sus beneficios).

En relación a la normativa autonómica previa a la ley 30/1994, la ley de fundaciones de Cataluña contempla la disposición que dio origen al apartado cuarto de la ley estatal. Su artículo 3.3. previene que “La dotación de una fundación no puede consistir sólo en el propósito de recaudar donativos, aunque sean cuotas o subvenciones periódicas, excepto que la continuidad de estos fuera plenamente garantizada en una cuantía suficiente para cumplir las finalidades fundacionales.”

⁵⁴⁴ Comunidad de Madrid. Ley 1/1998. Art. 5.4. “La aportación de la dotación podrá realizarse en forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso inicial no será menor al 25 por 100 de la cuantía establecida.

El resto deberá hacerse efectivo dentro del plazo de cinco años desde la constitución de la fundación, o en plazo no superior a diez años si su desembolso se asegura, desde el momento de la aportación, por cualquiera de los medios admitidos en derecho.”

Ley 1/1998. Art. 5.5. “El régimen establecido en el apartado anterior se aplicará asimismo a la dotación que consista en aportaciones realizadas por terceros.”

En cambio, la ley de fundaciones de interés gallego contiene una norma de aparente sentido contrario. En efecto, el artículo 7 establece que "(...) La fundación no puede constituirse sin una dotación inicial, aunque se exprese en los Estatutos el compromiso de dotación sucesiva periódica a cargo del fundador o de terceras personas." La redacción de la norma, con todo, es algo débil, porque deja en relativa obscuridad la situación en la que hay un aporte inicial efectivo, y además existen compromisos futuros del fundador o de terceros. Hay que entender, como se expresó antes, que la norma tiene por único propósito excluir la figura del "fundador" puramente gerente, que no realiza aportación patrimonial alguna, pero que no impide en modo alguno la complementariedad entre una dotación inicial y otra prometida.

Las normativas contemporáneas o posteriores a la ley estatal siguen de modo muy aproximado la senda trazada por ella. Así, la Ley de Fundaciones del País Vasco⁵⁴⁵, la ley navarra⁵⁴⁶, la ley de la Comunidad de Madrid⁵⁴⁷, la ley canaria⁵⁴⁸ y la ley valenciana.⁵⁴⁹

2.5.1.3. La interdicción de las fundaciones exclusivamente recaudatorias

La disposición que nos ocupó en las anteriores líneas contiene, amén de la permisión de considerar dotacionales los compromisos garantizados de aportación por terceros, una norma de principio: "En ningún caso se podrá considerar como dotación el mero propósito de recaudar donativos." Algún autor ha sostenido que esta disposición genera un límite inferior a las posibilidades de aporte dotacional.⁵⁵⁰ La afirmación es correcta en la medida en que el verdadero límite inferior está dado por la propia exigencia de garantía de los compromisos de aportación de terceros. Comoquiera que se interprete la exigencia legal, el mínimo se encuentra justo por debajo de ella. Sin –al menos– un compromiso garantizado de aportación, hay sólo una

⁵⁴⁵ País Vasco. Ley 12/1994. Art. 9. 3. "A los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se podrán considerar como dotación las aportaciones comprometidas por terceros, siempre que estuviesen garantizadas. En ningún caso se considerará como tal el mero propósito de recaudar donativos."

⁵⁴⁶ Navarra. Ley 10/1996. Art. 7 "(...)A los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se podrán considerar como dotación las aportaciones comprometidas por terceros, siempre que estuviesen garantizadas. En ningún caso se considerará como tal el mero propósito de recaudar donativos."

⁵⁴⁷ Véase el texto de los apartados 4 y 5 del artículo 5 en Nota Núm. 544

⁵⁴⁸ Canarias. Ley 2/1998. Art.11. "4. Se podrá considerar como dotación el compromiso de aportaciones de terceros siempre que estuviesen garantizadas. 5. No se considerará dotación el mero propósito de recaudar donativos."

⁵⁴⁹ Valencia. Ley 8/1998. Art. 11.2 "La promesa de aportaciones económicas sólo podrá hacerse con el carácter de dotación cuando estuvieran garantizadas por cualquiera de los medios admitidos en derecho. En ningún caso se podrá considerar como dotación el mero propósito de recaudar donativos, aunque sean cuotas o subvenciones periódicas o cualesquiera otros ingresos a título gratuito."

intención recaudatoria, y por ello no hay dotación y por tanto no podrá haber fundación. El principio establecido se vincula de modo muy estrecho a una determinada concepción de la fundación, que la entiende siempre “basada en patrimonio suficiente capaz de generar rentas o ingresos con los que hacer posible el cumplimiento de fines de interés general,”⁵⁵¹ y por tanto está en íntima conexión con la exigencia de suficiencia dotacional a la que ya me he referido.

En cualquier caso, el principio tiene por objeto excluir la denominada compasivamente “fundación gerencial”, algo menos eufemísticamente “fundación recaudatoria” o “fundación receptora pura”, o con dureza “fundación mendicante”. En la acertada descripción de DEL CAMPO ARBULO, queda excluida como fundación “aquella que no es consecuencia de la existencia de un patrimonio previo sino posible causa de un patrimonio posterior.”⁵⁵² Esta interdicción de la fundación recaudatoria pura no es óbice para admitir la posibilidad de constituir una fundación con un capital dotacional muy modesto, pero suficiente para abordar inicialmente el fin previsto, que se centre luego en la obtención de ingresos patrimoniales vía subvenciones, donaciones, etc. “Lo que se prohíbe es que la fundación surja al albur de eventuales cuestaciones (...) porque para esos propósitos existen ya vías válidas en el ordenamiento jurídico, que pueden ir desde la autorización administrativa de loterías, juegos o suscripciones, hasta constitución de asociaciones de hecho de carácter temporal destinadas a arbitrar fondos para cualquier finalidad lícita y determinada, reguladas en los artículos 19 y 20 del Decreto 1440/1965 de 20 de mayo.”⁵⁵³ En este sentido prohibitivo se había pronunciado el Tribunal Supremo, incluso con mucha anterioridad a la vigencia de la ley.⁵⁵⁴

En el orden de ideas de DEL CAMPO ARBULO, esto es, en el sentido de resaltar las vías que permiten llegar a formar un patrimonio que permita posteriormente constituir la fundación, la ley territorial valenciana contiene una interesante disposición que da un paso adelante, y permite y regula minuciosamente la recaudación de fondos con la finalidad de constituir una fundación.⁵⁵⁵ Resulta relevante destacar de esa

⁵⁵⁰ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 155.

⁵⁵¹ COBO GÁLVEZ: “Comentario al Art. 10”, p. 91.

⁵⁵² DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 156.

⁵⁵³ *Loc. cit.*

⁵⁵⁴ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1972. El texto relevante se transcribe en Nota Núm. 2.

⁵⁵⁵ Valencia. Ley 8/1998. Artículo 12. “*Promoción de fundaciones.*”

norma algunos extremos, como la denominación del ente (Fundación en promoción, como cosa completamente distinta a la fundación en proceso de formación de que habla el artículo 11 de la ley estatal); el destino de los fondos si la entidad no llega a constituirse (“se reintegrarán a los aportantes todas las contribuciones efectuadas; a no ser que éstos hubieran manifestado su voluntad expresa de que lo recaudado se destine a (otras) entidades no lucrativas”); o la responsabilidad de los gestores (“no tendrán derecho alguno a reembolsarse de los gastos que puedan o deban atender con motivo de su actuación. Igualmente, serán responsables personal y solidariamente de la conservación e integridad de los bienes y derechos que recauden, así como de su aportación a la fundación que se constituya o, en su caso, de la devolución a los aportantes, o bien de su entrega a (otras) entidades”).

1. Quienes pretendan promover la constitución de una fundación y recaudar su dotación mediante suscripciones, cuestaciones públicas u otros actos análogos, deberán presentar al Protectorado la escritura pública de promoción para su depósito en el Registro de Fundaciones de la Comunidad

Valenciana, con carácter previo al inicio de las actividades de recaudación. Dicho documento, que podrá redactarse en cualquiera de las dos lenguas oficiales de la Comunidad Valenciana, deberá contener los siguientes extremos:

a) Nombre, apellidos, edad y estado civil de quienes pretendan promover la fundación si son personas físicas, y la denominación o razón social si son personas jurídicas, y en ambos casos la nacionalidad y el domicilio.

b) Denominación de la fundación cuya constitución se promueve, en los términos establecidos en el artículo 10 de esta Ley, que deberá incluir las palabras «Fundación de la Comunidad Valenciana en promoción» o «*Fundació de la Comunitat Valenciana en promoció*».

c) Fines de interés general que perseguirá la fundación cuya constitución se promueve.

d) Proyecto de estatutos de la futura fundación.

e) Programa de actividades en orden a la consecución de aportaciones suficientes para alcanzar la dotación.

f) Indicación del plazo de duración de la promoción, que podrá ser prorrogado expresamente por una sola vez.

g) Cuentas abiertas en entidades de crédito en que se ingresarán las aportaciones.

h) Identificación de las entidades no lucrativas, públicas o privadas, que tengan afectados sus bienes a fines de interés general análogos a los de la fundación en promoción, que pudieran resultar destinatarias de los bienes y derechos obtenidos con la promoción.

2. En el caso de que la fundación no llegue a constituirse, se reintegrarán a los aportantes todas las contribuciones efectuadas; a no ser que éstos hubieran manifestado su voluntad expresa de que lo recaudado se destine a las entidades no lucrativas mencionadas en la letra h) del apartado anterior.

3. Quienes pretendan promover la constitución de una fundación no tendrán derecho alguno a reembolsarse de los gastos que puedan o deban atender con motivo de su actuación. Igualmente, serán responsables personal y solidariamente de la conservación e integridad de los bienes y derechos que recauden, así como de su aportación a la fundación que se constituya o, en su caso, de la devolución a los aportantes, o bien de su entrega a las entidades mencionadas en la letra h) del apartado 1 de este artículo.

4. Una vez finalizadas las actividades de la promoción o transcurrido el plazo previsto para la realización de las mismas, y, en su caso, la prórroga, se deberá otorgar la escritura de constitución de la fundación y presentarla para su inscripción en el Registro de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, o acreditarse al Protectorado el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo.”

Las normativas autonómicas reiteran, con redacciones muy parecidas a la ley estatal, la prohibición de las fundaciones recaudatorias puras.⁵⁵⁶

2.5.1.4. La posibilidad de aportación inicial por terceros no fundadores

Interesa ahora explorar una respuesta a la interrogante que abría DURÁN RIVACOBÁ, quien a partir del texto del párrafo segundo del artículo 10.2 (que establece la posibilidad de incremento de la dotación durante la existencia de la fundación, por la afectación de bienes a ella, hecha por el fundador o el Patronato), reflexionaba: “La pregunta se suscita de inmediato: siendo esto así, ¿qué impide considerar como dotación las aportaciones de un tercero –ni fundador ni patrono– ya sean iniciales o sucesivas? La propia ley parece ofrecer una respuesta positiva en el último apartado del precepto, que autoriza «considerar como dotación el compromiso de aportaciones de terceros siempre que estuvieran garantizadas» (art. 10.4 Ley de Fundaciones); luego, las efectivas aportaciones tendrán la consideración dotacional.”⁵⁵⁷

Como puede apreciarse, la sentencia de DURÁN RIVACOBÁ contiene de modo implícito dos afirmaciones, una obvia y la otra controvertible: Que las aportaciones efectuadas en el negocio jurídico fundacional deben considerarse dotacionales es de toda evidencia⁵⁵⁸; que esa aportación pueda ser efectuada por una persona que conserve el carácter de tercero, esto es, ajeno al negocio, es extremadamente discutible. En definitiva, la argumentación del autor citado intenta realizar una interpolación del artículo 10, considerando admisible una alternativa de aportación dotacional no consagrada legalmente en forma expresa, y que consista en que ésta sea efectuada, parcial o incluso totalmente, por terceros que no revistan la calidad de fundadores. Sin embargo, constatar lógicamente la posibilidad de existencia de este *tertium genus* entre el acto fundacional (al que va unida esencial e indisolublemente la dotación) y la promesa de donación realizada por un tercero, no supone de modo necesario determinar su admisibilidad jurídica. En efecto, desde antiguo se postula en

⁵⁵⁶ Véanse Notas Núm. 545 a 549.

⁵⁵⁷ DURÁN RIVACOBÁ: *El negocio jurídico fundacional*, p. 94. Le sigue literalmente, aunque sin emplear comillas, SERRANO CHAMORRO: *Las fundaciones. Dotación y Patrimonio*, p. 204 y 205.

⁵⁵⁸ Aunque hay que acotar que hay quien ha defendido como razonable en teoría la posibilidad de dotar suficientemente a la Fundación, adscribiendo al mismo tiempo otros bienes a su patrimonio no dotacional (GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La Fundación: Un estudio jurídico*, p. 75). El mismo autor reconoce que en la práctica esto no ocurre, porque los Protectorados otorgan la calificación de dotación a todo el patrimonio que se atribuye a la Fundación en el acto de constitución. Además, la ocurrencia empírica de una hipótesis tal es muy improbable, dado el régimen tributario privilegiado que tiene la donación posterior, en relación con el trato fiscal neutro de la dotación (Arts. 59 y 63 de la Ley de Fundaciones).

la ciencia jurídica que la naturaleza de un acto debe determinarse con total prescindencia del *nomen iuris* que su autor o autores le hayan asignado⁵⁵⁹. En este sentido, la verdadera pregunta que abre la afirmación de DURÁN RIVACOBA es si es posible dejar de considerar fundador a la persona natural o jurídica que realiza en el negocio jurídico fundacional una aportación de un bien o derecho patrimonial, a pesar de que en el acto se le excluya formalmente de esa categoría.

En mi opinión, no es posible concebir un aportante de bienes o derechos en el negocio jurídico fundacional que no se considere fundador, de modo paralelo a como –según postulé antes– no puede admitirse otorgar la consideración de fundador a quien aparezca como tal en la escritura de constitución, pero no aporte parte alguna de la dotación. La doctrina española es hoy en día prácticamente unánime al considerar que la dotación es un elemento esencial e indisociable del negocio jurídico fundacional⁵⁶⁰, de lo que hay que concluir que quien dota, funda. Expresado menos espartanamente, aquel que aporta a título gratuito un bien o derecho con miras a constituir una fundación, es su fundador o al menos su cofundador. Desde luego, no debe confundirse esta posibilidad con aquella que tienen los terceros de realizar donaciones durante la vida de la fundación, otorgándole al bien donado la consideración legal de dotación, posibilidad que analizaré luego.

2.5.2. Mecanismos legales de aumento dotacional.

Como se mencionó previamente, la ley de fundaciones ha diseñado, además de los mecanismos alternativos de aportación, dos modalidades que permiten aumentar la magnitud de la dotación durante la vida de la fundación, una de ellas, de carácter discrecional y la otra, eventualmente imperativo. Ninguno de estas dos posibilidades abiertas por la Ley de Fundaciones resulta muy clara en su concreción normativa, y por

⁵⁵⁹ *In contractibus rei veritas potius quam scriptura perspici debet* (Codex Iustinianus, 4.22.1).

⁵⁶⁰ Véase, por todos, CAFFARENA LAPORTA: *El Régimen Jurídico de las fundaciones. Estudio para su reforma*, p. 43. “Se trata (...) de un negocio único que comprende conjuntamente una destinación patrimonial y la creación de una persona jurídica, de un ente autónomo. Este doble efecto se encuentra indisolublemente unido en el negocio jurídico fundacional. No creemos que quepa hoy, y en nuestro ordenamiento, hablar de dos negocios, el fundacional y el de dotación, el primero dirigido a crear la Fundación y el segundo destinado a dotar a ésta de un patrimonio. Si la personificación de la Fundación no es sino un instrumento técnico para destinar un conjunto de bienes a un determinado fin, sólo a través de un conceptualismo difícilmente justificable podemos llegar a separar la dotación de la creación de la Fundación. Si como ocurre en nuestro Derecho, el patrimonio constituye un elemento esencial de la Fundación, la consecuencia lógica es la necesaria unión entre la dotación y la creación del ente y, por tanto, la unicidad del negocio fundacional.”

ello, tampoco es demasiado nítida su aplicación práctica, ni unánime a su respecto la consideración doctrinal. Examinaré por separado cada una de ellas.

2.5.2.1. Afectación posterior de bienes

Revisaré en primer término la posibilidad consagrada en el propio artículo 10 de la ley, que establece en el inciso segundo del segundo apartado que “tendrán, asimismo, la consideración legal de dotación los bienes y derechos que durante la existencia de la fundación se afecten por el fundador o el Patronato, con carácter permanente, a los bienes fundacionales.”

La norma recién transcrita tiene un origen poco ortodoxo. En efecto, conviene hacer notar que el precepto no estaba presente en ninguno de los anteproyectos ni tampoco en el proyecto de ley enviado por el Gobierno al Congreso. La inclusión de la segunda parte del apartado segundo del artículo 10 se produjo en el Senado, en el trámite parlamentario final de aprobación de la Ley, a instancias del Grupo Parlamentario Catalán de *Convèrgencia i Unió*, y del Grupo Parlamentario Popular, con la justificación de que era conveniente que los recursos obtenidos con destino a incrementar el capital y no a realizar actividades tuvieran la condición legal de dotación.⁵⁶¹ Desde luego, como ha hecho notar acertadamente CARRANCHO HERRERO⁵⁶² la lectura del precepto no trasluce con demasiada nitidez la intención declarada por sus patrocinadores.

Por otra parte, parece claro que la utilización del vocablo “bienes” en la disposición constituye una errata legislativa. Es difícil entender cómo puede afectarse un bien o derecho a otro bien. Los bienes se afectan a fines, e indudablemente el sentido de la disposición es más bastante más nítido si se sustituye la expresión “bienes” por “fines”. Así lo han denunciado DURÁN RIVACOBA⁵⁶³ y GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ⁵⁶⁴, y de esa manera lo corrige, por ejemplo, el artículo 11 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana (Ley 8/1998, de 9 de diciembre): “(...) tendrán, asimismo, la consideración legal de dotación los bienes y derechos que durante la existencia de la fundación se afecten por el fundador o el patronato con carácter permanente a los fines fundacionales.”

⁵⁶¹ Enmiendas Núm. 90, del Grupo Parlamentario Catalán (*Convèrgencia i Unió*) y Núm. 167, del Grupo Parlamentario Popular, en el Senado. *Comentarios a la Ley de Fundaciones e Incentivos Fiscales*, Tomo II, Documentos, p. 328 y 355, respectivamente.

⁵⁶² CARRANCHO HERRERO: *La Constitución de Fundaciones*, p. 210

⁵⁶³ DURÁN RIVACOBA: *El negocio jurídico fundacional*, p. 95

⁵⁶⁴ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La fundación: Un estudio jurídico*, p. 80

Como puede observarse, la ley radica en dos titulares diversos la facultad de declarar un bien o derecho como dotacional: el fundador y el patronato. La calificación efectuada por el patronato, en tanto órgano directivo de la fundación, no presenta mayores problemas, dejando aparte la cuestión general que esta norma plantea en relación con el artículo 25 de la ley, y la incidencia del juego de esas dos disposiciones en la problemática dualidad dotación–patrimonio establecida por la ley, cuestión central –y francamente espinosa– a la que me refiero en otro lugar.⁵⁶⁵ Sin embargo, la norma que comento agrega, como titular de la potestad calificatoria, al fundador. Esto plantea un problema porque el fundador carece jurídicamente de relación con la fundación, una vez creada ésta, a menos que integre su patronato. Existe aquí un indudable paralelismo con la situación prevista en el artículo 4.1 del Reglamento, destinado a desarrollar el artículo 19.1 de la ley (norma que exige autorización administrativa para enajenar bienes que “estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales”).⁵⁶⁶ La disposición reglamentaria citada estatuye –en lo que aquí interesa– que “se entiende que los bienes y derechos de la fundación están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, cuando dicha vinculación esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del Patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada que realice una aportación voluntaria a la fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados. (...)” Pese a la existencia de este paralelismo, la norma legal del artículo 10 no ha recibido la crítica de que sí ha sido objeto la reglamentaria.⁵⁶⁷ Con todo, la posición jurídica desde la cual pueda el fundador realizar una declaración semejante es –igualmente– muy dudosa. Como se expresó, creada la fundación, el fundador pasa a ser, a su respecto, un tercero; o eventualmente –y frecuentemente en las fundaciones creadas *inter vivos*– un integrante de su órgano de dirección. Por tanto, no se divisa a qué título pudiera el fundador interferir en la gestión patrimonial de la fundación, declarando *motu proprio* un determinado bien o derecho como parte de la dotación. Tampoco la ley resuelve

⁵⁶⁵ En relación a esta cuestión, véase el Capítulo “Dotación y patrimonio”, en la pág. 211.

⁵⁶⁶ Respecto de esta cuestión, véase el apartado “3.3.1.1.4. Vinculación directa al fin fundacional” de la Parte Segunda de este trabajo, en la pág. 307.

⁵⁶⁷ Respecto de la norma reglamentaria OLMOS VICENTE: “El Régimen de Autorizaciones...”, p. 158, apuntaba que “tal vez no tenga mucho sentido la mención (...) del fundador. Parece una deferencia de la ley hacia su figura, pues (...) al crear una nueva persona jurídica queda legalmente desvinculado de ella y de los bienes que aportó. Aunque (...) siempre podría, como cualquier persona capacitada para ello, donar bienes con destino a la dotación.”; y GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La Fundación: Un Estudio Jurídico*, p. 150, que sostenía que “habrá de entenderse que el fundador únicamente podrá llevar a cabo la calificación de los bienes y derechos de la Fundación en el momento de su constitución.”

posible situación conflictiva que se genera si existen discrepancias respecto del punto entre el Patronato y el fundador no integrante del mismo; ni menos, la estrambótica situación que se produce si la mayoría del patronato opina una cosa y el patrono fundador, en minoría, otra diversa. La “deferencia legislativa” para con el fundador – que carece de substrato lógico– introduce además, un componente adicional de ambigüedad en el tema de la dotación fundacional, que hubiera sido muy conveniente evitar. Desde luego, lo anterior no impide, en lo más mínimo, que el fundador realice una donación ulterior a la fundación con la condición o modo de que pase a integrar la dotación, para lo cual no se requiere ninguna habilitación legal específica.⁵⁶⁸

Respecto de esta norma, es menester estudiar también la posibilidad de que un tercero realice una aportación dotacional. Aunque con diversidad de matices de técnica jurídica, la doctrina coincide en que tal evento debe considerarse admisible. Las opciones técnicas son varias. En primer lugar, puede entenderse como una donación condicional: “(...) los únicos autorizados para otorgar la calificación de dotación a unos determinados bienes son el fundador y el patronato, cualquier otro benefactor de la fundación no ostentará esta competencia, sin perjuicio de que pueda condicionar su donación a la calificación ulterior como dotación por las personas legalmente habilitadas.”⁵⁶⁹ Luego, está la opción de considerarla una donación modal: “Esta previsión legislativa no impide, desde luego, que el incremento de la dotación sea efectuado por terceras personas y por su propia decisión, pues si entre los requisitos relativos a la justificación de los donativos efectuados, el artículo 66 de la ley contempla el de la expresión del «destino que la entidad donataria dará al objeto donado en el cumplimiento de su finalidad específica», es obvio que ese destino vendrá predeterminado cuando la donación adopte una forma modal.”⁵⁷⁰ En esta línea parece inscribirse también LINARES ANDRÉS, que, aunque con términos jurídicamente mucho menos precisos, sostiene que ante el silencio legal, parece posible “que una persona que instituya heredera o legataria a la fundación o un donante de bienes a la misma, señale de forma expresa su deseo de que los bienes que da a la fundación pasen a formar parte de la dotación fundacional”⁵⁷¹. Desde luego, no resulta indiferente que la determinación de la naturaleza dotacional de la aportación realizada se concrete por medio de una condición o de una carga modal, porque *modus cogit, sed non suspendit*

⁵⁶⁸ CARRANCHO HERRERO: *La constitución de fundaciones*, p. 210, excluye que el sentido de la norma pueda ser el de autorizar una tal posibilidad, por el empleo de la expresión técnica “afección”, que supone sujeción de ciertos bienes a una determinada carga, pero sin traslación patrimonial.

⁵⁶⁹ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *Op. cit.*, p. 80.

⁵⁷⁰ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de fundaciones*, p. 143.

⁵⁷¹ LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*, p. 135.

y a la inversa *condictio suspendit, sed non cogit*. Creo, por otra parte, que aunque efectivamente el tercero carece de la potestad de determinar directamente la calidad de dotacional del bien, ambas modalidades –condición y modo– deben considerarse válidas frente al silencio legislativo. Por tanto, para determinar los efectos a seguirse para el caso de incumplimiento por parte de la fundación, habrá que interpretar en cada caso la cláusula testamentaria o de la donación, para establecer cuál ha sido la voluntad del testador o del donante (o, en cualquier caso, qué valor hay que asignarle a una expresión de voluntad ambigua).

Acerca de esta dotación posterior, que puede efectuar un tercero, DEL CAMPO ARBULO ha sostenido que “la dotación posterior pero equivalente a la inicial, (es) atributiva, como ella, de la condición de fundador (...)”⁵⁷² agregando que la posibilidad se inspira en la fundación sucesiva de las Sociedades Anónimas⁵⁷³, que la permite y reglamenta. Me parece a mí que nada en la Ley de Fundaciones autoriza a extraer tal conclusión. Dados los términos, de por sí confusos, en que esta materia quedó finalmente redactada en la ley, creo que considerar fundador al tercero que aporta bienes con posterioridad a la constitución de la fundación, bajo condición o con la carga de que formen parte de la dotación, es buscar una innecesaria complicación adicional. Amén, claro está, de forzar de modo brutal, y también de manera innecesaria, el lenguaje jurídico y el español ordinario: fundador es –por definición– el que funda, el que establece, y nunca el que aporta unos bienes con posterioridad a la existencia de la institución.⁵⁷⁴ La circunstancia de que la Ley de Fundaciones del País Vasco contemple una posibilidad parecida no autoriza a trasladarla al plano estatal, particularmente porque la ley vasca establece la necesidad de que en la misma escritura de constitución quede constancia de la intención de dejar abierta la puerta a otros fundadores, y sólo durante un período determinado de tiempo.⁵⁷⁵

⁵⁷² DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 143.

⁵⁷³ Véanse los artículos 19 a 33 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuyo texto refundido fue fijado por Real Decreto Legislativo 22-12-1989, Núm. 1564/1989.

⁵⁷⁴ En el Derecho comparado, hay una referencia específica a esta cuestión en la vigente ley austríaca. Su parágrafo 3.(4) prevé expresamente que aquel que destina un patrimonio a una fundación después de su nacimiento (*Zustiftung*), no detenta sin embargo la posición de fundador. (Austria. *Privatstiftungsgesetz – PSG, BGBl. Nr. 694/1993. § 3. “Stifter, Zustiftung. (...) (4) Wer einer Privatstiftung nach ihrer Entstehung Vermögen widmet (Zustiftung), erlangt dadurch nicht die Stellung eines Stifters.”*)

⁵⁷⁵ País Vasco. Ley 12/1994. Art. 6 f) “El fundador o fundadores podrán dar a la escritura pública el carácter de carta fundacional, con el fin de que puedan adherirse otras personas con el carácter de fundadores. En tal caso, se fijará el plazo durante el cual haya de formularse tal adhesión.”

Conviene aquí indicar, para finalizar el estudio de este mecanismo de aumento de la dotación, que los administradores fundacionales se encuentran en el medio de un eje de tensión de incentivos y desventajas, a la hora de calificar a un bien como dotacional. De una parte, existe –como lo ha hecho notar la doctrina⁵⁷⁶– una ventaja fiscal cuando se obtienen frutos civiles de un bien que forma parte de la dotación (en virtud del artículo 50.1, que permite descontar de la base imponible el 100 por 100 de las rentas de arrendamiento de los bienes inmuebles que constituyan el patrimonio dotacional, a diferencia del solo 30 por 100 que se permite descontar para el resto de frutos civiles provenientes de bienes que no integran la dotación⁵⁷⁷). Por otro lado, el ente gestor del patrimonio fundacional cercena radicalmente sus propias atribuciones respecto del mismo bien o derecho al integrarlo a la dotación (porque las restricciones legales y reglamentarias a su gestión aumentan sustancialmente). En definitiva, late aquí –otra vez– la propia cuestión de la naturaleza del fenómeno fundacional, que arranca de la misma definición del artículo 1º: Si los administradores privilegian una concepción de la fundación como un patrimonio más o menos inmovilizado productor de rentas, propenderán al aumento dotacional, lo que –vía exenciones fiscales– les permite optimizar la obtención de esas rentas. Si, por el contrario, se prima el aspecto organizacional de la fundación, sus administradores tenderán a conservar el máximo de agilidad y autonomía en su gestión.

2.5.2.2. Aumento automático ex Art. 25

Un mecanismo final –aunque el primero por su importancia dentro de los complementarios a la dotación inicial– de incremento de la dotación se halla previsto

⁵⁷⁶ Véase COBO GÁLVEZ: “Comentario al Art. 10”, p. 93; DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 144; y FERRANDO VILLALBA: “La dotación fundacional”, p. 1599.

⁵⁷⁷ Ley de Fundaciones: “Artículo 50. *Determinación de la base imponible*.”

1. Constituye la base imponible de las entidades a que se refiere este capítulo, la suma algebraica de los rendimientos netos positivos o, en su caso, negativos, obtenidos en el ejercicio de una explotación económica, distinta de las contempladas en el artículo 48.2, de los rendimientos procedentes de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la entidad y de los incrementos o disminuciones patrimoniales sometidos a gravamen.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, no se computará para la determinación de la base imponible el 30 por 100 de los intereses, explícitos o implícitos, derivados de la cesión a terceros de capitales propios de la entidad y de los rendimientos derivados del arrendamiento de los bienes inmuebles que constituyan el patrimonio fundacional definido en el artículo 17 de esta Ley. Esta deducción se elevará al 100 por 100 en el caso de los rendimientos procedentes del arrendamiento de los bienes inmuebles que integren la dotación fundacional a que se refiere el artículo 10.

Para disfrutar de esta reducción en la base imponible será preciso, en todo caso, que los citados rendimientos se destinen en el plazo de un año a partir de su obtención a la realización de los fines previstos en el artículo 42.1, a).

2. La cuantía de las distintas partidas, positivas o negativas, mencionadas anteriormente, se integran y compensan para el cálculo de la base imponible.”

legislativamente en el artículo 25.1 de la ley. La disposición establece: “A la realización de los fines fundacionales, deberá ser destinado, al menos, el 70 por 100 de las rentas o cualesquiera otros ingresos netos que, previa deducción de impuestos, obtenga la fundación, debiéndose destinar el resto, deducidos los gastos de administración, a incrementar la dotación fundacional. Las aportaciones efectuadas en concepto de dotación patrimonial, bien en el momento de su constitución, bien en un momento posterior, no serán computables a los efectos de lo previsto en este apartado.”

La redacción del precepto da lugar a la que es, posiblemente, la mayor ambigüedad legislativa en relación al aspecto patrimonial de la persona jurídica fundacional. Se trata, esencialmente, de una mayúscula falta de claridad conceptual acerca de la dotación, y acerca de su relación con la idea de patrimonio. Como el problema es de grueso calibre, lo abordaré separadamente algunas páginas más adelante, y a modo de conclusión de esta parte del trabajo dedicada a la aportación del patrimonio de las fundaciones.⁵⁷⁸ Por otro lado, el aspecto relativo al destino de las rentas e ingresos y a los gastos de administración se analizará en sede diversa, en la parte destinada al estudio de la gestión patrimonial.⁵⁷⁹

2.6. Integridad de la dotación

2.6.1. Derecho comparado

Especialmente en el ámbito jurídico germano, resulta frecuente que la legislación sobre el patrimonio fundacional incluya algún precepto que, en línea de principios, imponga a los gestores la conservación más o menos estricta del patrimonio inicial de la fundación (y su mantenimiento separado de otros patrimonios). A veces, a partir de ese principio se diseña un sistema de subrogaciones reales para el caso de enajenación de activos dotacionales, complementado –en ocasiones– con la exigencia de una previa autorización administrativa para proceder a las operación de disposición patrimonial.

Así ocurre con un significativo número de disposiciones de los *Länder* alemanes, que citaré en la Segunda Parte, cuando trate la exigencia de autorización

⁵⁷⁸ Véase el Capítulo “Dotación y patrimonio”, en la página 211 de esta Parte.

⁵⁷⁹ Véase el Capítulo “Destino de rentas e ingresos”, en la Parte II de este trabajo (pág. 410)

administrativa para enajenar.⁵⁸⁰ La legislación danesa obtiene el mismo resultado, por al camino inverso: A partir de la prohibición de disponer sin consentimiento del Protectorado de los bienes con los que se ha establecido la fundación, o que los han reemplazado, no cabe sino colegir el principio de conservación de la dotación.⁵⁸¹

2.6.2. Derecho estatal

A diferencia de los casos comparados reseñados antes, y como ha puesto de manifiesto DE PRADA GONZÁLEZ, la Ley de Fundaciones no contiene ninguna disposición normativa que, a nivel de principios o en un terreno puramente operativo, imponga al Patronato la obligación de mantener y conservar la dotación. En palabras del autor mencionado, el conjunto del tema de la dotación y su destino una vez constituida la fundación es oscuro en la ley.⁵⁸² Únicamente, el artículo 12.2 de la Ley de Fundaciones dispone que “corresponde al Patronato cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación manteniendo plenamente el rendimiento y utilidad de los mismos.” Como puede apreciarse, la norma no se refiere a la dotación, sino al conjunto patrimonial, y no impera directamente su conservación específica, sino el mantenimiento de su capacidad productiva.

En cambio, el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, sí incluye un par de normas que prescriben, la primera, que “el Protectorado velará en todo momento por la integridad y suficiencia de la dotación de acuerdo con las atribuciones que le confiere la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, y el presente Reglamento” (Art. 3.3), y la segunda, que “en el supuesto de enajenación de bienes o derechos que formen parte de la dotación fundacional, el valor de la contraprestación habrá de integrarse en aquélla” (Art. 3.5). La normativa citada ha recibido dispar consideración por la doctrina. En efecto, DE PRADA GONZÁLEZ la ha criticado, tachándola de sorprendente, e imputándole ausencia de sustento legal. El autor analiza con cuidado las disposiciones de la Ley de Fundaciones que pudieran sustentarla (Art. 19, sobre la posibilidad de autorizar la enajenación de bienes dotacionales, acreditándose las circunstancias concurrentes; art. 32, que enumera las facultades generales del Protectorado; y art. 25 sobre destino de rentas e ingresos) concluyendo

⁵⁸⁰ Véase, para la transcripción de las normas, el apartado “Alemania”, en la pág. 281.

⁵⁸¹ Dinamarca. Lov om fonde og visse foreninger (Lov 698 11/08/1992), § 9, Stk. 1, 1. *Vid.* el texto en Nota Núm. 784.

⁵⁸² DE PRADA GONZÁLEZ: “La constitución de fundaciones”, p. 72.

que ninguno autoriza la conclusión reglamentaria. Lo anterior —dice el autor— se refuerza porque la propia Ley permite las fundaciones a plazo, en las que parece razonable que se pueda destinar la dotación al cumplimiento de los fines. Además, agrega que resulta de dudosa legalidad que el Reglamento restrinja implícitamente la posibilidad de enajenar la dotación a las enajenaciones onerosas (puesto que habla de contraprestación) excluyendo a las gratuidades, que no están excluidas por la Ley.⁵⁸³

Por su parte, la profesora FERRANDO VILLALBA ha discrepado de la opinión antes reseñada, y ha defendido la lógica del precepto, sosteniendo que “la razón de la norma es evidente: para la adquisición de la personalidad jurídica de la fundación, el Protectorado tuvo que emitir un informe favorable a la adecuación y suficiencia de la dotación de la fundación, para el cumplimiento de los fines a que iba a dedicarse, por lo que la enajenación de los bienes que la integran supondría un cambio de circunstancias que podría comprometer la supervivencia de la fundación.”⁵⁸⁴

A mi juicio, la norma reglamentaria es defendible, pero perfectible en su inteligencia. En efecto, lleva razón FERRANDO VILLALBA cuando hace explícito el espíritu de la norma reglamentaria. De hecho, aunque no exista en la Ley de Fundaciones ninguna norma que de modo categórico imponga la conservación de la dotación, resulta claro, para cualquiera que la analice globalmente, que es justo ese principio el que se encuentra detrás de la arquitectura normativa de restricciones a la libre gestión de los bienes fundacionales, con énfasis particular en la enajenación de los bienes y derechos que forman la dotación. ¿Qué otra justificación puede tener el mayor rigor al que se somete la enajenación y gravamen de esos bienes? Por tanto, me parece que la norma del reglamento tiene claro apoyo legal, más que en la mera letra de la ley, en su intención o espíritu.

Dicho lo cual, hay que indicar también que la redacción del artículo 3º del Reglamento, particularmente en su apartado quinto, resulta susceptible de justa crítica, en la línea esbozada por DE PRADA. En efecto, las enajenaciones gratuitas no pueden considerarse, en modo alguno, prohibidas por la ley,⁵⁸⁵ y desde luego, parece muy razonable pensar que una fundación temporal pueda gastar en actividades de cumplimiento del fin su propia dotación. Como es efectivo que nada en la ley las impide, el texto reglamentario debiera dar cuenta de esa situación, agregando después

⁵⁸³ *Loc. cit.*

⁵⁸⁴ FERRANDO VILLALBA: “La dotación fundacional”, p. 1608.

⁵⁸⁵ Véase el capítulo “3.3.1.1.1. Las enajenaciones a título gratuito”, en la pág. 299.

de la palabra “contraprestación” una frase del tipo “si fuere el caso”, “si correspondiere” o otra equivalente.

2.6.2. Perspectiva autonómica

La cuestión de la integridad o conservación de la dotación, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito estatal, sí ha sido abordada por algún ordenamiento autonómico. Al menos sí lo han hecho las leyes de fundaciones catalana y la de fundaciones de interés gallego.

En efecto, el artículo 4 de la ley catalana⁵⁸⁶ dispone que los bienes de la dotación sólo pueden enajenarse a título oneroso, y que, en general, ésta debe ser invertida en bienes fructíferos, que sólo podrán ser enajenados para reinvertir el precio que se obtenga de ellos en la adquisición de otros de igual carácter, que subrogarán a los anteriores, permitiendo la exención de estas reglas sólo excepcionalmente y con autorización administrativa. Puede, por tanto, afirmarse que en el derecho catalán la dotación es intangible, no materialmente, pero sí en su valor o significación económica.⁵⁸⁷

En el caso de Galicia, la ley alude a la cuestión desde dos perspectivas diversas: En primer término (art. 16), desde la óptica subjetiva de las obligaciones de los patronos de la fundación, quienes resultan legalmente compelidos a conservar los bienes y derechos de la Fundación y mantener plenamente la productividad de los mismos.⁵⁸⁸ Por otra parte, y ahora desde una perspectiva material, se impone (art. 20)

⁵⁸⁶ Cataluña. Ley 1/1982. Artículo 4. “1. Los bienes que constituyen la dotación de una fundación pueden ser destinados con carácter permanente al cumplimiento directo de las finalidades fundacionales en forma de inmuebles, instalaciones o bienes de naturaleza mueble, adecuados para este cumplimiento. Estos bienes sólo pueden ser enajenados a título oneroso y en las condiciones establecidas por los fundadores, excepto si el protectorado lo dispusiera de otra forma para un determinado supuesto. 2. El resto de la dotación debe ser invertida normalmente en bienes fructíferos, los cuales solo podrán ser enajenados para reinvertir el precio que se obtenga de ellos en la adquisición de otros bienes fructíferos, que quedarán subrogados en lugar de los enajenados. 3. Cuando el patronato crea que el mantenimiento del patrimonio u otro beneficio para la fundación exija gravar los bienes de la dotación o consumir una parte de estos, será necesario que obtenga la autorización previa del protectorado para llevar a cabo la operación o para quedar eximido de la obligación de reinvertir. 4. (...)”

⁵⁸⁷ FERRER I RIBA: “Les finalitats fundacionals: la seva naturalesa, compliment i modificació”, p. 144; PUIG I FERRIOL: “Les fundacions privades catalanes”, pp. 141 y 142.

⁵⁸⁸ Galicia. Ley 7/1983. Artículo 16. “Los miembros del órgano de gobierno de la Fundación están obligados a: 1. Cumplir y hacer cumplir estrictamente los fines fundacionales, de acuerdo con lo dispuesto en los Estatutos de la Fundación. 2. Conservar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación y mantener plenamente la productividad de los mismos, según criterios financieros y de acuerdo con las circunstancias económicas. 3. Servir el cargo con la diligencia de un administrador leal, según establezca la Ley y los Estatutos.”

una actuación que supone la conservación patrimonial, ya que se impera enajenar los inmuebles destinados al cumplimiento de la finalidad fundacional sólo a título oneroso, y acerca del resto de bienes y derechos, obliga a reinvertir el precio en bienes de igual naturaleza. Adicionalmente, la destrucción jurídica (enajenación) o física (consumo) de la dotación se entiende en términos muy restrictivos, ya que requiere siempre aprobación administrativa.⁵⁸⁹ Nuevamente, puede decirse que aquí la dotación es intangible desde la perspectiva de su valor.

En cambio, en el caso del País Vasco, la ley exige a los administradores fundacionales “cumplir y hacer cumplir estrictamente los fines fundacionales” y “servir el cargo con la diligencia de un representante leal”, y además, “administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación y mantener plenamente la productividad de los mismos, según los criterios económico-financieros de un buen gestor” (País Vasco. Ley 12/1994. Artículo 13), obligación paralela a la de la ley estatal de la que –es cierto– no puede colegirse la de conservar, estrictamente, la dotación, pero que está inspirada en el mismo principio. La misma fórmula ha escogido recientemente el legislador autónomo de Valencia (Art. 16).⁵⁹⁰

⁵⁸⁹ Galicia. Ley 7/1983. Artículo 20. “1. Los bienes inmuebles de la Fundación destinados con carácter permanente al cumplimiento directo de la finalidad fundacional, sólo podrán ser enajenados a título oneroso, en las condiciones establecidas por el fundador o en las que señale el Protectorado para cada caso. 2. Los demás bienes y derechos podrán ser enajenados solamente para reinvertir el precio en otros de la misma naturaleza si el Protectorado, en el plazo de tres meses a partir de la comunicación del órgano de gobierno, no se opusiere. 3. No podrán gravarse bienes de la dotación o consumir una parte de éstos sin autorización previa del Protectorado.”

⁵⁹⁰ NÚÑEZ DE CELA Y PIÑOL: “Las fundaciones en la Comunidad Valenciana”, p. 2980.

Capítulo 3. Dotación y patrimonio

3.1. Planteamiento del problema

Como se dejó indicado más atrás, la regulación de la dotación, en relación con la idea de patrimonio, resulta en la Ley de Fundaciones extremadamente confusa. Como se ha constatado, la Ley utiliza dos conceptos diversos al referirse al activo fundacional. En primer lugar, emplea la voz “dotación”, cuya regulación matriz se encuentra en los artículos 8 c) y 10, y luego, habla de “patrimonio”, y destina al tratamiento del tema todo el capítulo IV. Sin embargo, la ley no estimó oportuno definir la dotación, y del patrimonio sólo indicó su aptitud para comprender toda clase de bienes, sin más restricción que la posibilidad de valoración económica.⁵⁹¹

Pese a que la Ley de Fundaciones no ha definido la dotación, una aproximación intuitiva a la normativa legal hace pensar a la mayor parte de la doctrina que se trata de conceptos en relación de género a especie, estando constituida la dotación por aquella parte del patrimonio inicialmente destinada o afectada a los fines de interés general en el negocio jurídico fundacional. Esta forma de mirar la faz patrimonial de la fundación es inicialmente razonable, porque coincide con el sentido normal de la voz “dotar” y “dotación” en el lenguaje corriente.⁵⁹²

Sin embargo, el punto dista de ser pacífico, porque –como se dejó dicho algunas páginas atrás– la redacción de los preceptos a él vinculados está lejos de ser inequívoca. La Ley no deja dudas en cuanto a que, en el momento del negocio jurídico fundacional, patrimonio y dotación son la misma cosa, pero resulta muy ambigua respecto de lo que ocurre después de ese instante. En efecto, hay que recordar que el artículo 10.2 apartado segundo establece que “Tendrán, asimismo, la consideración legal de dotación los bienes y derechos que durante la existencia de la fundación se afecten por el fundador o el Patronato, con carácter permanente, a los bienes

⁵⁹¹ Artículo 17. “*Composición, administración y disposición del patrimonio.*”

1. El patrimonio de la Fundación podrá estar constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica.

2. La administración y disposición del patrimonio corresponderá al Patronato en la forma establecida en los Estatutos y con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley.”

⁵⁹² Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. *Voz Dotación*: “Acción y efecto de dotar. Aquello con que se dota.” *Voz Dotar*: “Señalar bienes para una fundación o instituto benéfico.”

fundacionales” con lo que, *sensu contrario*, sería posible la existencia de bienes adquiridos con posterioridad que no sean considerados parte de la dotación (en la medida en que ingresen bienes que no sean objeto de esta especial afección). En cambio, el artículo 25 ordena que “A la realización de los fines fundacionales, deberá ser destinado, al menos, el 70 por 100 de las rentas o cualesquiera otros ingresos netos que, previa deducción de impuestos, obtenga la fundación, debiéndose destinar el resto, deducidos los gastos de administración, a incrementar la dotación fundacional. Las aportaciones efectuadas en concepto de dotación patrimonial, bien en el momento de su constitución, bien en un momento posterior, no serán computables a los efectos de lo previsto en este apartado.” Si se interpreta en términos de amplio alcance la expresión “rentas y cualquiera otros ingresos” es claro que parece quedar en entredicho la facultad concedida al Patronato en el artículo 10.2, y se anula la posible divergencia entre patrimonio y dotación.

Frente a la extrema confusión de los términos legales, la doctrina ha reaccionado, como es natural, con una fuerte disparidad de criterios. Hay quien, sobre la base de otorgar al artículo 25 una interpretación de muy amplio alcance, ha postulado la identidad permanente (no sólo genética) de patrimonio y dotación. Luego, hay quienes, sin explicitar demasiado el problema hermenéutico, conciben también los dos términos como prácticamente sinónimos. Por otra parte, un tercer grupo de autores intenta mantener apartadas conceptual y prácticamente las ideas de dotación y patrimonio, haciéndose cargo –a veces– del problema interpretativo que la Ley plantea, y en otras ocasiones, pasando simplemente por alto la dificultad de coordinar la aplicación de las dos normas mencionadas, y diferenciando de modo intuitivo las dos ideas que nos ocupan. Dada la relevancia de la cuestión, y su incidencia práctica en numerosos aspectos relacionados con la gestión patrimonial, revisaré sumariamente el estado de la discusión doctrinal.

3.2. El estado de la cuestión en la doctrina

Como ha elucubrado ROJO AJURIA⁵⁹³, parece que en los comentarios al articulado contenidos en la Memoria del Proyecto de Ley de Fundaciones hay base para pensar que, en su origen, el concepto de dotación se intentó referir a la dotación inicial, esto es, de identificarla con el patrimonio genético de la fundación, asignado a ella en el momento del negocio jurídico fundacional, mediante un acto de traslación que forma parte inescindible de ese negocio; y de anudar a esos bienes iniciales u

⁵⁹³ ROJO AJURIA: “Patrimonio y Gestión Económica de las fundaciones”, p. 108.

régimen de mayor protección que aquel previsto para el resto del patrimonio fundacional. DE LORENZO GARCÍA, antes de la promulgación de la Ley prescribía con nitidez: “Debe distinguirse entre «patrimonio de la fundación» entendido como un todo desde una perspectiva dinámica de la vida fundacional, y «dotación fundacional» como una parte del patrimonio, que se encuentra en el origen y constituye la base o punto de partida patrimonial del negocio jurídico que dio vida a la fundación misma. También la dotación fundacional puede estar integrada por toda clase de bienes y derechos, pero hay que distinguir nítidamente y aceptar con claridad que dicha dotación inicial puede ser incrementada mediante aportaciones sucesivas y que, también, el patrimonio inicial de la fundación, constituido por la dotación fundacional, puede y debe ser incrementado con nuevos y sucesivos bienes y recursos de naturaleza y origen diversos.”⁵⁹⁴

Con todo, el Proyecto –que ya resultaba ambiguo, al utilizar en el artículo 25 una expresión como “dotación fundacional”– sufrió (pocas veces el verbo resulta gráficamente tan certero) varias modificaciones, como la introducción del segundo párrafo del artículo 10.2, y del inciso final del artículo 25.1, con el confuso resultado que antes se ha reseñado. Frente al texto de la Ley, ya COBO GÁLVEZ, en los primeros comentarios legislativos, y al indicar –siguiendo el tenor literal del texto legal– que “entiendo que forman parte de la dotación fundacional (...) las rentas e ingresos resultantes una vez deducido el 70% anual destinado a la realización de fines y los gastos de administración”⁵⁹⁵ insinuaba, aunque de modo indirecto, la idea de que la ley dejaba muy poco espacio para la existencia de un patrimonio no dotacional. Como puede colegirse con facilidad, la tesis de COBO GÁLVEZ establece una mínima diferenciación, porque deja en el patrimonio no dotacional sólo un conjunto de bienes destinados imperativamente a gastarse, en el plazo de tres años, en el cumplimiento de los fines fundacionales.

Esta concepción de lo que se ha dado en llamar “binomio dotación–patrimonio” es extensa. Con todo, probablemente el autor que con mayor vigor ha sostenido la inexistencia de diferencia conceptual entre dotación y patrimonio sea DEL CAMPO ARBULO. El autor afirma categórica y rotundamente que “(...) no existe tal distinción en la LF. Concibe ésta a la fundación, al margen de otras características, como un patrimonio afectado de modo duradero a la realización de fines de interés general (artículo 1º), y esa destinación es común a dotación y patrimonio (artículos 10.2 y 21

⁵⁹⁴ DE LORENZO GARCÍA: *El Nuevo Derecho de Fundaciones*, p. 393 y 394.

⁵⁹⁵ COBO GÁLVEZ: “Comentario a los artículos 17 a 20”, p. 167.

a.), a la vez que una y otro pueden consistir en toda clase de bienes y derechos (artículos 10.2 y 17.1).”⁵⁹⁶ A continuación, el autor analiza la letra del artículo 25 y concluye inequívocamente que “no parece haber resquicio para que en lo sucesivo ninguna clase de bienes o derechos puedan integrar un patrimonio no dotacional.”⁵⁹⁷ Como única excepción apunta ese autor la posibilidad de que terceros hagan una donación que no pueda invertirse en actividades y que el Patronato no afectase al incremento de la dotación, anotando que hay que reconocer que “no deja de constituir una hipótesis casi de escuela.”⁵⁹⁸ Además sostiene DEL CAMPO ARBULO que “la común opinión de los juristas abona la virtual sinonimia entre patrimonio y dotación”.⁵⁹⁹

Asimismo ROJO AJURIA desde una perspectiva muy crítica de la normativa legal, se hace cargo extensamente de la cuestión, en una línea argumental semejante a la del autor previamente mencionado. Intentando un acercamiento a la raíz del problema, lo explora desde su génesis, y establece que en el Proyecto de Ley se hablaba de la *dotación inicial*, contraponiéndola al *patrimonio fundacional*, con lo que era “posible pensar así que posteriores aportaciones a la fundación componían, junto a

⁵⁹⁶ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 217.

⁵⁹⁷ *Loc. cit.* Hay que anotar, sin embargo, que esas categóricas palabras contradicen a otras – sólo un poco menos categóricas– del mismo autor, algunas unas páginas antes. En efecto, cuando aborda el estudio del artículo 10, que trata específicamente de la dotación, sostiene que “es nota característica de la dotación su no dedicación a subvenir el coste de las prestaciones fundacionales sino a servir de fondo patrimonial para la producción de las rentas o medios económicos que hagan posible tales prestaciones. Así, a diferencia del resto del patrimonio fundacional, del que forma parte, la dotación queda afectada de un modo permanente a los fines fundacionales...” *Op. cit.*, p. 143 y 144. Las cursivas son mías. Asimismo, en una conferencia pronunciada en marzo de 1997, el mismo autor sostenía que “es preciso tener en cuenta que una cosa es la dotación y otra es el patrimonio de la fundación. El patrimonio es el conjunto de bienes y derechos que la fundación tiene. En cambio, la dotación sería algo parecido a una cifra de responsabilidad en las sociedades, no es exactamente eso, pero se parece más al patrimonio... se parece más a eso que al patrimonio propiamente dicho. La dotación es una parte del patrimonio, la dotación es aquel patrimonio que se reviste de personalidad jurídica al inicio, es decir, en el momento en que la fundación se constituye, y que posteriormente se puede incrementar. No es que sea una cifra de responsabilidad pero en el fondo es lo que permite dar el manto de la personalidad jurídica puesto que, como digo, estamos aquí ante una figura de patrimonio dotado de personalidad jurídica, no de personas que por su agrupación la tiene.” (DEL CAMPO ARBULO: “Constitución y funcionamiento de las fundaciones de interés general. Aspectos Jurídico-Administrativos de la Ley 30/94 de Fundaciones”, p. 37. La cita, que muy probablemente es una transcripción literal de las palabras del autor, sin una posterior revisión por parte de éste, tiene los defectos formales propios del habla coloquial, pero tiene la virtud de trasuntar directamente el pensamiento del autor, sin la mediación del “cálculo” consecuencialista que usualmente preside una elaboración escrita más meditada.

⁵⁹⁸ *Loc. cit.*

⁵⁹⁹ *Loc. cit.* La verdad sea dicha, ninguna de las tres opiniones que el autor cita (LÓPEZ JACOISTE, DE PRADA GONZÁLEZ y CAFFARENA LAPORTA) autoriza una conclusión tan categórica y extensa, sino únicamente la idea de que los términos en comentario son sinónimos en el momento del negocio fundacional.

la dotación fundacional inicial incrementada, el patrimonio de la fundación.”⁶⁰⁰ Sin embargo, el agregado en el texto definitivo de la ley del párrafo 10.2 y del inciso final del artículo 25.1 hacen que ya no pueda equipararse la dotación a la pura dotación inicial. “En conclusión, y a diferencia del Proyecto de Ley, el concepto jurídico de dotación en la Ley 30/1994 se compone tanto de la dotación y aportaciones iniciales, como de aportaciones patrimoniales posteriores, y del incremento derivado del destino de parte de las rentas e ingresos (art. 25.1).”⁶⁰¹ Concretando, el autor sostiene que “si la afección de modo duradero de un patrimonio a la realización de un fin de interés general es una de las notas definitorias de la propia figura de la fundación, ¿cuál puede ser esa parte del activo de la fundación que no sea dotación patrimonial o fundacional? Cabe pensar en rentas o ingresos que todavía no se han destinado a la realización de fines fundacionales o a los gastos de administración (art. 25.2), pero no creemos que sea posible ir mucho más allá. Una vez superado el concepto de dotación como dotación inicial exclusivamente, el patrimonio de la fundación (art. 17) no puede ser diferente a la suma de la dotación inicial y de los incrementos y aportaciones patrimoniales posteriores, y el activo de la fundación el patrimonio más las rentas e ingresos pendientes de utilización o destino. Y si la fundación tiene participaciones societarias, incluso mayoritarias (art. 22.3), habrá que distinguir entre los bienes que forman parte del patrimonio de la sociedad y el patrimonio de la fundación, en el que sólo se incluirán las participaciones societarias.”⁶⁰² Concluye el autor achacando la confusión —cuyas consecuencias son graves— a la ausencia de un replanteamiento global del tema por parte del legislador después de modificar el concepto de *dotación inicial* que parecía inspirar al Proyecto; o a una deliberada restricción a la gestión de los bienes fundacionales, compensada por la permisión de titularidad de participaciones societarias. En cualquier caso, la distinción le parece a ROJO AJURIA confusa, insatisfactoria y difícilmente encajable en la propia definición de fundación, y generadora de un intervencionismo asfixiante.

A una conclusión idéntica en el fondo, pero con una valoración francamente más benévola, arriba MORILLO GONZÁLEZ. El autor sostiene que “dentro de la dotación fundacional debemos situar tanto los bienes y derechos aportados en el momento fundacional como los que con posterioridad se afecten por el fundador o el patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales (art. 10.2º LF), así como los ingresos que obtenga la fundación y que no se destinen de forma efectiva a la

⁶⁰⁰ ROJO AJURIA: “Patrimonio y Gestión Económica de las fundaciones”, p. 108.

⁶⁰¹ ROJO AJURIA: *Op. cit.*, p. 109.

⁶⁰² ROJO AJURIA: *Op. cit.*, p. 109 y 110.

realización de los fines fundacionales (art. 25). El resto del patrimonio fundacional estará compuesto por las rentas y cualesquiera otros ingresos que obtenga la fundación, que deban destinarse o se destinen a la realización efectiva de los fines fundacionales, y por los bienes y derechos que se aporten a la fundación con posterioridad a su constitución, que deban destinarse igualmente a la realización efectiva de los fines fundacionales (art. 25.1, *in fine, a sensu contrario*). La dotación forma parte del patrimonio fundacional. Este último está constituido por la totalidad de los bienes y derechos de la fundación. En realidad se trata de un concepto más amplio que el de dotación, pues ésta es parte de aquél. A su vez, en el seno de la dotación hay que distinguir la dotación inicial, como el conjunto de bienes y derechos que se aportan por el fundador en el momento fundacional, y que sirven de base patrimonial para que la fundación pueda iniciar su actividad.”⁶⁰³

Otros autores, en cambio, hacen la distinción entre uno y otro concepto, sea explícita, sea implícitamente, aunque la mayoría sin hacerse cargo del problema interpretativo que plantea la relación aparentemente contradictoria de los artículos 25.1 y 10.2, apartado segundo.

Desde mucho antes de la vigencia de la ley estatal, PUIG FERRIOL dio cuenta de la existencia del problema, al referirse al tema patrimonial en la ley catalana. Dejó sentado que, frente a la ambigüedad legislativa, que se refería unas veces a la dotación y otras al patrimonio, sin un deslinde claro, partiría su estudio “de la base de conferir un cierto sentido a tal dualidad de expresiones, mediante distinguir el patrimonio de la fundación en un momento determinado de su existencia, reservando –por tanto– el término dotación para referirlo al patrimonio inicial de la fundación.”⁶⁰⁴ REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, reconociendo la confusión generada por los términos de la Ley de Fundaciones, concluye sin embargo que “la dotación no sólo es un capital fundacional (art. 10), sino también un activo productivo que puede crecer a lo largo del tiempo (art. 25 (...)), y que el patrimonio es un concepto más amplio que abarca no sólo los bienes o recursos productivos iniciales sino también lo que podría llamarse activo circulante de la fundación. En la búsqueda de unas características diferenciales se podría asignar a la dotación una mayor permanencia, en cuanto la constituyen bienes que se afectan al

⁶⁰³ MORILLO GONZÁLEZ: *El proceso de creación de una fundación*, p. 37. Con mayor desarrollo, aproximadamente las mismas ideas se contienen en MORILLO GONZÁLEZ: *La fundación: Concepto y elementos esenciales*, pp. 107 a 111.

⁶⁰⁴ PUIG FERRIOL: “El patrimonio fundacional en la Ley de Fundaciones catalanas”, p. 1641. Mucho más tarde, en *Manual de Derecho Civil, I*, p. 405, reitera la idea de que la dotación es el patrimonio inicial, aunque vuelve a dejar sin tratar el problema interpretativo del artículo 25.

fin fundacional y cuya enajenación requiere la autorización del Protectorado, y consecuentemente, su condición de capital productivo.”⁶⁰⁵ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, siguiendo a REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, matiza que “la dotación no se refiere sólo a lo determinado en el artículo 10 de la Ley como capital fundacional, sino que incluye también, por prescripción del artículo 25, el 30 por ciento de las rentas o ingresos netos que, previa deducción de los impuestos y de los gastos de administración, obtenga la fundación. Aunque esto no es preceptivo dados los términos de la norma, puesto que permite también que se destinen al cumplimiento de la finalidad fundacional la totalidad de los ingresos que obtenga la fundación, parece más aconsejable la solución anteriormente apuntada. (...) En definitiva, el concepto de patrimonio es de mayor amplitud que el de dotación, si bien coinciden en el momento del nacimiento de la fundación, ampliándose posteriormente, tal y como es de desear, a lo largo del desarrollo de la misma.”⁶⁰⁶ CARRANCHO HERRERO, aunque el ámbito de su trabajo no abarca el problema, lo anota correctamente, e indica que “conviene diferenciar los términos dotación y patrimonio. Así la primera será el conjunto de bienes y derechos que se atribuyen a la fundación en el momento de constituir la, los bienes y derechos que por virtud del negocio de fundación salen de la esfera patrimonial del fundador para pasar a la fundación; mientras que patrimonio será el conjunto de bienes y derechos de que es titular la fundación una vez que ha sido constituida, quedando este patrimonio compuesto por los bienes integrantes de la dotación más los bienes que la fundación adquiera por cualquier medio después de su constitución y consiguiente adquisición de personalidad jurídica.”⁶⁰⁷ La autora agrega, acto seguido, que la ley, amén de carecer de un concepto de dotación, hace imprecisa la frontera entre dotación y patrimonio a lo largo de su articulado, utilizando “al menos tres conceptos distintos: dotación inicial, dotación fundacional y patrimonio fundacional”.⁶⁰⁸

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ establece también con claridad la diferencia teórica entre ambas instituciones técnico-jurídicas, compilando un nutrido catálogo de diferencias. Así, indica que la dotación es la asignación patrimonial inicial, y que patrimonio es el conjunto de bienes y derechos de la fundación en cualquier otro momento, y que suele ser mayor; que la afección de la dotación a los fines es más intensa; que tiene distinto tratamiento legal, sustantivo y fiscal. Ese catálogo lo lleva a

⁶⁰⁵ REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI: *La nueva Ley de Fundaciones*, p. 35.

⁶⁰⁶ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO: “El Patrimonio de las Fundaciones: Su Enajenación y Gravamen”, p. 3315.

⁶⁰⁷ CARRANCHO HERRERO: *La constitución de fundaciones*, p. 208

⁶⁰⁸ *Loc. cit.*

concluir que se trata de términos en relación de género a especie.⁶⁰⁹ Sin embargo, el autor no llega a contrastar en el trato legal concreto las diferencias teóricas que enumera, y por tanto, omite la consideración de los problemas hermenéuticos que la confusa regulación del punto genera. ORTI VALLEJO establecía, mirando la cuestión desde la perspectiva de la capacidad de las fundaciones, que “conviene señalar que la Ley de Fundaciones permite conformar dos masas de bienes distintos, los bienes que forman parte de la dotación junto con los que están afectos al cumplimiento de los fines fundacionales, por un lado, y el resto de los bienes, por otro. Esta distinción es a efectos del diverso régimen aplicable a los actos de disposición de unos y otros, tal como se colige del art. 19 (...)”⁶¹⁰ En una posición muy semejante, y también sin explorar la complejidad del asunto, SERRA RODRÍGUEZ⁶¹¹ y LACRUZ BERDEJO.⁶¹² SERRANO CHAMORRO, copiando con fidelidad literal a PUIG FERRIOL, REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, y GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, entiende también que debe distinguirse entre dotación y patrimonio, sin especificar el modo en que ello deba ocurrir.⁶¹³

Un caso doctrinal interesante, porque hace la distinción incluso desde antes de la inscripción de la fundación, resulta ser el planteado por REAL PÉREZ. La autora, en efecto, postula que el patrimonio fundacional antes de la inscripción “estará constituido por la dotación aportada, o por parte de la misma en los casos en los que se permite legalmente la dotación sucesiva. Pero es posible que resulte engrosado antes de que la fundación consiga alcanzar personalidad jurídica, especialmente si el acceso al Registro se alargara. Así, por ejemplo, el activo patrimonial se incrementará con las donaciones que la fundación pueda recibir antes de la inscripción (que pueden engrosar la dotación, pero no necesariamente); o con los frutos o rendimientos de los bienes dotacionales que deberán ingresar en el patrimonio fundacional, puesto que éste ya se desprendió del patrimonio personal del fundador; o con los derechos reales o de crédito que pudieran resultar de las actividades desarrolladas por el patronato antes de la inscripción (...)”⁶¹⁴

Posiblemente quien con mayor claridad ha postulado la diferenciación de las dos ideas objeto de este análisis sea LINARES ANDRÉS. Tal separación, como se verá,

⁶⁰⁹ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La Fundación: Un estudio jurídico*, pp. 74 y 75, y 133 a 135

⁶¹⁰ ORTI VALLEJO: “Notas sobre la capacidad de las fundaciones”, p. 874.

⁶¹¹ SERRA RODRÍGUEZ: *Las Fundaciones: Elementos esenciales y constitución*, p. 45.

⁶¹² LACRUZ BERDEJO *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, I, 2º, p. 307.

⁶¹³ SERRANO CHAMORRO: *Las Fundaciones: Dotación y Patrimonio*, p. 106 a 112, y 163.

⁶¹⁴ REAL PÉREZ: “Fundaciones en proceso de formación”, pp. 201 y 202.

sólo puede realizarse desde una lectura restrictiva de las “rentas e ingresos” del artículo 25. Ha sostenido la autora que “en sentido amplio, patrimonio se identifica con activo de la fundación, incluyendo tanto la dotación como el resto del activo. El patrimonio en sentido estricto sería, de forma residual y por eliminación, todo el activo fundacional que no es dotación, como por ejemplo, toda la masa de bienes y derechos compuesta por donaciones esporádicas a la misma, bienes adquiridos a título de heredera o legataria, ganancias obtenidas de actividades mercantiles, etc. Masa patrimonial que también puede crecer gracias a una gestión eficaz, pero que no está afecta con carácter permanente a los fines fundacionales. Estos bienes no están inmovilizados ni afectos al cumplimiento del fin fundacional, y son bienes de libre disposición y gasto, excepto los que representen un valor superior al 20% del activo de la fundación que resulte del último balance anual, para cuya disposición y gravamen se requiere previa autorización del Protectorado”⁶¹⁵

Otros autores omiten la consideración directa del tema. HUERTA HUERTA y HUERTA IZIAR DE LA FUENTE, que destinan un capítulo entero de su obra a tratar de “Patrimonio y Dotación”, no abordan, empero, la cuestión que aquí nos ocupa, y de sus palabras no resulta claro, tampoco, si implícitamente se inclinan por una u otra alternativa.⁶¹⁶ Por su parte, FERRANDO VILLALBA, que ha estudiado con detención los problemas jurídicos vinculados a la dotación, omite no obstante una referencia directa a su relación con la idea de patrimonio. A propósito del contenido esencial del derecho de fundación, y luego de sostener que la aportación de bienes, es decir, el patrimonio, como atribución patrimonial efectuada por el fundador, ha de ser respetada por la ley, indica que “como la dotación se integra en el patrimonio, formará igualmente parte del contenido esencial del derecho de fundación.”⁶¹⁷ La expresión es insuficiente para adscribir nítidamente a la autora en una u otra postura, aunque pareciera vislumbrarse el esbozo de una concepción genérico–específica, al modo de GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ.

Una cuestión que resulta relevante resaltar respecto del tema en comentario es la relación que la doctrina hace mantener a las normas del inciso segundo del artículo 10.2 y del artículo 25.1. Intentando relacionar armónicamente a las dos normas, COBO GÁLVEZ, después de sostener que el artículo 10.2 segundo apartado “facilita la ampliación de la dotación inicial mediante afectaciones sucesivas de bienes por parte

⁶¹⁵ LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*, p. 146.

⁶¹⁶ HUERTA HUERTA y HUERTA IZIAR DE LA FUENTE: *Fundaciones*, Capítulo IX, especialmente p. 604.

⁶¹⁷ FERRANDO VILLALBA: “La dotación fundacional”, p. 1590.

del fundador o acuerdos del Patronato, por lo que *parte del patrimonio de carácter permanente* pasa a tener la consideración de bien fundacional”⁶¹⁸, concluye que “la afectación de bienes por el Patronato viene derivada de lo establecido en el artículo 25 sobre el destino de las rentas e ingresos; en él se prevé que al menos el 70% de los mismos debe destinarse a la realización de los fines fundacionales en el plazo de tres años, debiendo destinarse el resto (...) a incrementar la dotación fundacional; con ello queda claramente diferenciado el patrimonio de la dotación fundacional, como en las sociedades se distingue el capital social del patrimonio societario.”⁶¹⁹ Una idea semejante se encuentra en CARRANCHO HERRERO, quien expresó que “la facultad otorgada al Patronato para destinar a dotación parte de los recursos obtenidos por la fundación (...) no es más que el reflejo de la obligación contenida en el artículo 25.1 (...) en virtud del cual se ordena que se destine a incrementar la dotación el tanto por ciento de las rentas que no queda sujeto al cumplimiento de los fines fundacionales.”⁶²⁰

Sin embargo, esta argumentación obvia por completo el hecho de que el primer texto establece para el Patronato una facultad, en tanto el segundo plasma un deber, y que en la diferencia entre una y otro se juega la posibilidad de existencia del patrimonio no dotacional de carácter permanente.

También DEL CAMPO ARBULO ha intentado coordinar, aunque por una vía bien distinta, la facultad del artículo 10.2 con el imperativo texto del artículo 25, incorporando su sentido al apartado primero *in fine* del citado artículo 25. La norma prescribe que “las aportaciones efectuadas en concepto de dotación patrimonial, bien en el momento de su constitución, bien en un momento posterior, no serán computables” a los efectos de calcular la base sobre la que aplicar el cálculo del 70% que debe destinarse a actividades. “Esa no computabilidad equivale, sin duda, a la exclusión en la base a tener en cuenta para la determinación del 70 por 100 del tramo representado por la suma que haya sido utilizada o invertida en recapitalización dotacional. La posibilidad de que se disponga por el Patronato, voluntariamente, de una parte de los ingresos obtenidos para reforzar una dotación que se reputa principal medio productor de rentas con las que subvenir a las actividades fundacionales ha sido consignada expresamente en el artículo 10.2 de la Ley de Fundaciones. (...) Adviértase que la regla es aplicable tanto a los bienes y derechos excepcionalmente obtenidos como a los que se obtengan con regularidad, no sólo porque la norma no hace distinción

⁶¹⁸ COBO GÁLVEZ: “Comentario al artículo 10”, p. 92. Las cursivas son mías.

⁶¹⁹ COBO GÁLVEZ: *Op. cit.*, p. 93.

⁶²⁰ CARRANCHO HERRERO: *La Constitución de Fundaciones*, p. 210.

específico alguno entre unos y otros, sino, además, porque tanto el artículo 25 de la Ley de Fundaciones como el 14 del Reglamento globalizan el concepto de «rentas e ingresos» y su tratamiento jurídico.”⁶²¹

Sin embargo, esa interpretación contradice abiertamente el sentido de la norma del artículo 25, porque permite al Patronato una capitalización de las rentas, eludiendo en verdad el mandato de la disposición. Así lo ha hecho ver GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: “Entendemos que la anterior tesis es contraria al espíritu y a la letra de la ley. De seguirse esta tesis se vaciaría de contenido el mandato legal que nos ocupa; conforme a la interpretación citada las fundaciones podrían eludir la obligación de destinar un porcentaje de sus ingresos a los fines fundacionales y limitarse a acumular patrimonios bajo la calificación de dotación fundacional. Esto es, se produciría el efecto inverso al que buscaba el legislador, pues se permitirían las manos muertas. Pero es que además de ser esta una tesis contraria a la finalidad de la ley, no tiene cabida en su letra. Efectivamente, la Ley permite que el Patronato en cualquier momento califique como dotación fundacional cualesquiera bienes y derechos de la fundación, mas se trata de bienes y derechos ya ingresados en la fundación, esto es, que ya pertenecen a su patrimonio. El artículo 25 de la ley únicamente excluye del cómputo de la base para calcular las rentas netas «*las aportaciones efectuadas en concepto de dotación fundacional*», dado que la calificación de dotación fundacional sólo la pueden efectuar el fundador y el Patronato, el artículo 25 se está refiriendo a las aportaciones sucesivas a la dotación que haga el fundador. Téngase en cuenta que el Patronato no efectúa aportaciones en concepto de dotación, tan sólo puede calificar las aportaciones ya realizadas por terceros. En definitiva, entendemos que la ley impide que el Patronato de la fundación pueda calificar de dotacionales la totalidad de los ingresos de la fundación, la ley dispone claramente que al menos, el 70% de éstos deberá destinarse al cumplimiento de los fines fundacionales, y sólo el 30% a la dotación fundacional.”⁶²² Sobre esta cuestión volveré al abordar específicamente el tema del destino de las rentas e ingresos.

⁶²¹ DEL CAMPO ARBULO: “El Destino de Rentas e Ingresos...”, p. 207. En realidad, el proceso intelectual del autor es inverso a cómo lo he presentado aquí. En realidad, para poder sostener luego que el Patronato puede sustraer bienes de su uso en el fin fundacional, sostiene primero la inexistencia de un patrimonio no dotacional.

⁶²² GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La Fundación: Un estudio jurídico*, p. 198.

3.3. Algunas conclusiones de *lege lata* y otras de *lege ferenda*

El estado de la cuestión relativa a la relación entre dotación y patrimonio puede, pues, resumirse del modo siguiente: De los autores que fijan su atención en el problema, un grupo mayoritario postula una concepción muy amplia de la dotación, que deja en el patrimonio no dotacional apenas un activo circulante, destinado a consumirse en la realización de los fines fundacionales en el plazo de tres años desde su percepción. Dos minorías se hallan en los extremos: Una, que niega autonomía a los conceptos, y los iguala integralmente; y otra, que intenta ampliar la separación práctica de dotación y patrimonio, ampliando el contenido del último y restringiendo consecuentemente el alcance de la primera.

Al respecto, hay que decir que, aisladamente considerada, y latamente interpretada, la disposición del artículo 25 puede dar pábulo a sostener la tesis de la completa sinonimia u homologación de los términos, puesto que ordena destinar un tanto mínimo de las rentas y de otros ingresos a la ejecución de actividades propias del ámbito fundacional, debiendo dedicarse el resto “a incrementar la dotación fundacional”, con lo que, en una interpretación literal, desaparece cualquier diferencia entre uno y otro concepto (porque el porcentaje de los ingresos que no se gasta, aumenta la dotación). Sin embargo, esta tesis –minoritaria, por otra parte– debe descartarse porque, al menos en teoría, siempre será posible la existencia de un activo no dotacional destinado a invertirse en actividades propias del fin de la fundación.

La postura doctrinal mayoritaria, en cambio, exhibe una plausibilidad teórica que no puede desdeñarse. Sin embargo, y sin perjuicio de algunas consideraciones de *lege ferenda* que dejaré para el final de este acápite, me parece posible sostener que también esa tesis resulta equivocada, o –cuando menos– inconveniente.

En primer término, es preciso establecer que esa homologación conduce a un efecto político jurídico que la generalidad de la doctrina considera nocivo, que es el incremento del control de la actividad fundacional por parte de la Administración. (De hecho, no me parece impensable que algunos de los autores que la postulan lo hagan con perfecta conciencia de ese efecto, con el legítimo objeto de forzar o apresurar un cambio legislativo). Aunque no es necesario explicarlo, tal efecto se produce porque al considerar prácticamente todo el patrimonio como dotación, se aplican a la totalidad de los bienes las normas de mayor rigor previstas (en la intención del Proyecto de Ley) sólo para preservar el patrimonio inicial o genético de la fundación (en el texto legal,

más aquellos bienes a que el fundador o el patronato otorguen *ex post* el carácter de patrimonio dotacional, *ex* artículo 10).

Luego, me parece que el segundo apartado del artículo 10.2 puede válidamente interpretarse *a contrario*. Reitero que dicha norma prescribe que “tendrán, asimismo, la consideración legal de dotación los bienes y derechos que durante la existencia de la fundación se afecten por el fundador o el Patronato, con carácter permanente, a los bienes fundacionales.” *Sensu contrario*, pues, todo bien o derecho que ingrese al patrimonio con posterioridad a la dotación, y que no satisfaga esa doble condición (afectación y permanencia), debe ser considerado parte del patrimonio no dotacional. Esta línea argumental es lícita porque, siendo los bienes dotacionales objeto de un sistema de administración y enajenación de carácter excepcional (en el sentido de que es ablativo de la autonomía fundacional y de la facultad de libre administración del Patronato), la interpretación de las normas que los determinan debe ser de carácter restrictivo. Se trata de la hermenéutica de normas que, en la distinción de GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, constituyen limitaciones a la libertad de administración patrimonial.⁶²³

En tercer lugar, la tesis mayoritaria deja en el patrimonio no dotacional sólo un conjunto de bienes destinados a gastarse en el plazo de tres años en el cumplimiento de los fines fundacionales. Ahora bien, para realizar esos gastos la fundación no requiere autorización alguna, ni necesita satisfacer más requisito que el mecanismo de la constancia registral adicional anual y el mecanismo informativo general relativo a la memoria, inventario, balance y cuenta de resultados que también con carácter anual exige el artículo 23. Ello ocurre porque, como revisaré con detención en otra Parte de este trabajo⁶²⁴, quedan (en virtud de lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley de Fundaciones) fuera del control administrativo directo:

- a) Los actos de disposición de bienes donados a la fundación o de subvenciones recibidas por ella, conforme a los fines establecidos por el donante o por la correspondiente norma.
- b) Los actos de enajenación de bienes muebles, siempre que no sean parte de la dotación, ni estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines, ni tengan un extraordinario valor, ni representen un valor superior al 20% del activo.

⁶²³ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La Fundación: Un estudio jurídico*, p. 141.

⁶²⁴ Véase, en la Parte II, el apartado 3.3.4. El residuo de libre disposición, en la pág. 346.

c) Los actos de enajenación de valores mobiliarios, siempre que no representen participaciones significativas (superiores al 25%) en propiedad inmobiliaria ni comercial o industrial, ni sean tampoco parte de la dotación, ni estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines, ni tengan un extraordinario valor, ni representen un valor superior al 20% del activo.

Por tanto, en la medida en que sólo se deja fuera de la dotación a aquellos recursos destinados a gastarse en la ejecución de los fines, se deja sin aplicación práctica la distinción que realiza el artículo 19 para efectos de la enajenación de bienes, y en particular, deja sin efecto útil la normativa relativa al régimen de comunicación inmediata del apartado segundo. Esta disposición, como se verá luego con detalle, presupone de modo muy nítido la existencia de bienes no dotacionales, y regula de diverso modo la enajenación de bienes, según si forman parte o no de la dotación inicial, con un régimen de mayor rigor para el primer caso.⁶²⁵ La regla hermenéutica de preferencia por el efecto útil prescribe que el sentido en que una norma genera algún efecto práctico debe preferirse a aquel en que no se produce efecto alguno. Como la indiferenciación de patrimonio y dotación, deducida de una lectura excesivamente amplia del artículo 25, deja sin efecto práctico al artículo 19.2, y el diverso régimen de administración que consagra para los bienes “no incluidos en el apartado anterior”, hay que preferir algún sentido en que tal homologación no se produzca.

Una base dogmática ulterior que permite considerar jurídicamente errónea la asimilación práctica de dotación y patrimonio se encuentra en la normativa fiscal de la propia ley. En efecto, el artículo 50, que regula la determinación de la base imponible a efectos impositivos, estipula, en el apartado segundo, que no se computan para esa determinación el 30 por 100 de los intereses derivados de la cesión a terceros de capitales propios de la entidad y de los rendimientos derivados del arrendamiento de los bienes inmuebles que constituyan el patrimonio fundacional definido en el artículo 17 de esta Ley. Y agrega, muy significativamente respecto del problema que estoy comentando, que “esta deducción se elevará al 100 por 100 en el caso de los rendimientos procedentes del arrendamiento de los bienes inmuebles que integren la

⁶²⁵ Incluso DEL CAMPO ARBULO, que postula la inexistencia de un patrimonio no dotacional, reconoce que el artículo 19 supone su existencia: “El artículo 19, un tanto confuso en su redacción en el modo y medida que parece postular una hipotética distinción entre dotación y patrimonio fundacional que después la ley no consagra (...) (es) acaso el precepto más constrictivo de las facultades ordinarias del patronato que la ley consagra.” DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 225.

dotación fundacional a que se refiere el artículo 10.⁶²⁶ O sea, que la propia ley establece con claridad que pueden existir inmuebles o capitales de renta que sean parte del patrimonio (que desgravan el 30% de sus rentas) pero no de la dotación (case en el que desgravan la totalidad de esas rentas). Esto descarta definitivamente, a mi juicio, la posibilidad de interpretar el conjunto normativo relativo al binomio dotación – patrimonio en un sentido que deje en el patrimonio no dotacional sólo a unos recursos destinados a gastarse en un plazo breve en la realización de actividades de persecución del fin.

Adicionalmente, se puede argüir que el Reglamento de Fundaciones contempla también con nitidez la existencia de un patrimonio no dotacional. Además de desarrollar el contenido del artículo 19, suponiendo también la existencia de bienes no dotacionales, prescribe en su artículo 3.5 que “en el supuesto de enajenación de bienes o derechos que formen parte de la dotación fundacional, el valor de la contraprestación habrá de integrarse en aquélla.” La norma asume, nuevamente y por contrario, que si se enajena un bien no dotacional, el valor de la contraprestación no debe integrarse a la dotación.

Creo, en definitiva, que la expresión “rentas o cualesquiera otros ingresos netos” del artículo 25 es técnicamente ambigua, y por ello es susceptible de leerse de maneras diversas, en coordinación o en contradicción con el artículo 10.2, y con el resto del conjunto normativo que lo rodea. Frente a la necesidad interpretativa de encontrar un sentido que coordine ambas disposiciones, y que permita el juego legislativo de disposiciones como el artículo 19 o el artículo 50 en su integridad, me parece que es posible plantear que la expresión en cuestión es susceptible de interpretación restrictiva, para referirla únicamente a los ingresos dinerarios que la

⁶²⁶ Ley de Fundaciones. Artículo 50. “*Determinación de la base imponible.*”

1. Constituye la base imponible de las entidades a que se refiere este capítulo, la suma algebraica de los rendimientos netos positivos o, en su caso, negativos, obtenidos en el ejercicio de una explotación económica, distinta de las contempladas en el artículo 48.2, de los rendimientos procedentes de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la entidad y de los incrementos o disminuciones patrimoniales sometidos a gravamen.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, no se computará para la determinación de la base imponible el 30 por 100 de los intereses, explícitos o implícitos, derivados de la cesión a terceros de capitales propios de la entidad y de los rendimientos derivados del arrendamiento de los bienes inmuebles que constituyan el patrimonio fundacional definido en el artículo 17 de esta Ley. Esta deducción se elevará al 100 por 100 en el caso de los rendimientos procedentes del arrendamiento de los bienes inmuebles que integren la dotación fundacional a que se refiere el artículo 10.

Para disfrutar de esta reducción en la base imponible será preciso, en todo caso, que los citados rendimientos se destinen en el plazo de un año a partir de su obtención a la realización de los fines previstos en el artículo 42.1, a).”

fundación obtenga, sea como renta de su capital, sea en virtud del cobro por la prestación de sus servicios. El resto de los bienes y derechos que obtenga la fundación, y que no sean preciso objeto de la declaración de afectación de que habla el artículo 10.2, deben constituir justamente el patrimonio no dotacional. De esta manera, el Patronato conserva el control absoluto del crecimiento en magnitud de la dotación: Es libre para destinar o no un porcentaje de las rentas a acrecentarla, y es también libre para declarar afectos o no a otros bienes que la fundación obtenga o reciba sin un destino específico. En este sentido parece orientarse, por exclusión, la propuesta ya citada de LINARES ANDRÉS, y que aquí reitero en lo sustancial: “El patrimonio en sentido estricto sería, de forma residual y por eliminación, todo el activo fundacional que no es dotación, como por ejemplo, toda la masa de bienes y derechos compuesta por donaciones esporádicas a la misma, bienes adquiridos a título de heredera o legataria, ganancias obtenidas de actividades mercantiles, etc. (...) Estos bienes no están inmovilizados ni afectos al cumplimiento del fin fundacional, y son bienes de libre disposición y gasto, excepto los que representen un valor superior al 20% del activo de la fundación que resulte del último balance anual, para cuya disposición y gravamen se requiere previa autorización del Protectorado”⁶²⁷

En síntesis, desde que la fundación comienza su andadura en materia de gestión patrimonial, esto es, desde que celebra un primer negocio jurídico patrimonial (y ello incluso antes de la inscripción, como ha puesto de relieve una autora), patrimonio y dotación pueden divergir, transformándose en entidades técnico jurídicas en relación de género a especie.

Así pues, la igualación de dotación y patrimonio resulta jurídicamente incorrecta, además de prácticamente inconveniente. En consecuencia, creo que deben entenderse como parte de la dotación sólo los bienes y derechos que se hayan incluido en la escritura de constitución, las aportaciones posteriores efectuadas en tal concepto; los bienes y derechos que durante la existencia de la fundación se afecten por el fundador (con los reparos que he realizado antes a esa posibilidad) o el Patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales en conformidad al artículo 10.2, y el porcentaje de rentas e ingresos, restrictivamente considerados, que el Patronato decida no gastar en la realización de actividades destinadas al cumplimiento de fines. Sólo una tal lectura del tema permite el juego pleno del sistema de control que configura el artículo 19. Además de salvar el sistema de control, esta interpretación salva también la loable intención del proyecto de Ley de generar un mayor nivel de protección legal

⁶²⁷ LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*, p. 146.

para el patrimonio genético de la fundación, y menor para el resto, produciendo un aligeramiento real y una liberalización efectiva de la gestión de las entidades fundacionales. Por otra parte, esa doble regulación resulta perfectamente coherente con la exigencia de suficiencia inicial que el artículo 10 hace a la dotación. La intervención del Estado en materia de magnitud patrimonial se limita a verificar (con la rigurosidad que la prudencia o las circunstancias aconsejen) la suficiencia inicial, a velar por el mantenimiento en el tiempo de ese nivel de suficiencia, y a adoptar las medidas que corresponda (fusión o extinción) cuando, a pesar del cuidado administrativo, el patrimonio devenga claramente insuficiente para el cumplimiento de los fines.

Además, una interpretación de esta naturaleza acerca el concepto jurídico técnico de dotación al sentido normal del término en el lenguaje castellano, acercamiento que siempre es deseable para cualquier texto legal.⁶²⁸ Ahora bien, es claro que mientras el texto del artículo 25 imponga sumar a la dotación fundacional el porcentaje de rentas que no se dedique a subvenir los gastos de cumplimiento de fines, cualquier interpretación que se proponga del conjunto legislativo en torno al cual gira el problema será puramente paliativa, y nunca completamente correctiva. Por ello, una reforma legal que se limitara a cambiar, en el texto del apartado primero del artículo 25, la expresión “dotación fundacional” por “patrimonio fundacional” sería altamente deseable, ya que tendría unas consecuencias benéficas inversamente proporcionales a la magnitud del cambio realizado. En efecto, la sustitución de una sola palabra

⁶²⁸ A título anecdótico, pero ilustrativo: Cuando en Francia se discutió la posibilidad de permitir la dotación fraccionada para las fundaciones de empresa (idea que finalmente prosperó), hubo quien se opuso a la innovación sosteniendo que “la lengua francesa tiene la virtud de ser clara, límpida. La dotación es un garantía mínima exigido por la seguridad de los contratantes con la fundación de empresa. Fraccionar la dotación es suprimir la garantía. Hay una antinomia en los términos cuando se quiere a la vez una dotación inicial y su fraccionamiento. Se confunde una dotación con un programa plurianual.” (J.Lang, en respuesta a F. d’Aubert, en Sesión de 28 de mayo de 1990 de la Asamblea Nacional; cit. por BARON Y DELSOL: *Les fondations*, p. 24). Es mejor no imaginarse lo ese representante popular pensaría de una “dotación” a la española, fraccionable, y por añadidura, no completamente inicial.

generaría un espacio enorme para un juego razonable del sistema de control de la gestión diseñado por el artículo 19, y al mismo tiempo, una imparable ampliación del campo de que actualmente disponen los administradores fundacionales para ejercer con entera libertad, y sin sujeciones administrativas, la tarea de gestión de un fin de interés general que les ha sido encargada por el fundador.

PARTE II. El control de la gestión patrimonial

La expresión “gestión” es lo suficientemente amplia como para cubrir prácticamente cualquier operación patrimonial administrativa, dispositiva o de otro orden que vincule el patrimonio de una fundación, tanto desde el punto de vista jurídico, como empresarial o incluso, puramente contable. Las páginas que siguen apuntan a un examen jurídico privado de los mecanismos de supervisión administrativa, o de control interno, de los eventos que determinan una variación patrimonial de la fundación, y a la revisión de las normas vinculadas directamente a la realización, por parte de los administradores fundacionales, de los negocios que producen esas variaciones. Por definición, una variación patrimonial puede suponer, alternativamente, una disminución o un incremento. Por ello, los dos principales capítulos de esta parte se dedican, respectivamente, al estudio de la regulación de la enajenación de bienes y derechos; y al estudio de las normas que rigen su adquisición. Capítulos separados se destinarán al análisis de las condiciones bajo las cuales deben operar los administradores fundacionales (obligaciones periódicas y principios de actuación, destino de los ingresos, conflicto de intereses) así como de las consecuencias patrimoniales de esa actuación (responsabilidad patrimonial).

Ahora bien, emplearé en este trabajo las voces “control”, “supervisión”, “vigilancia”, etc., como si se tratara de estrictos sinónimos, aún cuando es perfectamente posible que pueda establecerse entre ellos alguna diferencia de campo semántico. Con cualquiera de esas expresiones me referiré a la totalidad de la acción administrativa en relación con las entidades fundacionales, acción que –al menos en el papel– debe ir más lejos que el puro control entendido en un sentido estricto, y que la jurisprudencia ha reseñado bien: “(...)Por el carácter de institución destinada a cumplimiento de fines generales y públicos, en beneficio, pues, de colectividades indeterminadas de personas, la Administración Pública, como encargada de la tutela y gestión de los servicios públicos de fomento, educación, enseñanza y cultura, interviene en la actividad de la fundación desde su nacimiento, por el reconocimiento que hace de ella que le confiere personalidad jurídica; durante toda su vida vigilando las actuaciones del Patronato regidor en cuanto a los medios de realización y el mejor empleo y uso de ellos, mediante sus funciones de Protectorado; y, finalmente, cuando ya no pueden cumplirse los fines para que fue constituida la Fundación, corresponde a

la Administración, tramitándose detallado expediente y oído el Consejo de Estado, acordar la extinción porque ha llegado al término de su existencia. (...)⁶²⁹

⁶²⁹ Sentencia de 5-12-1995, dictada en el Recurso de Suplicación, Rollo núm. 55/1995, por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, Sala de lo Social, de la cual es ponente el Ilmo. Sr. D. Luis Jacinto Maqueda Abreu.

Capítulo 1. Generalidades

1.1. Administración y disposición del patrimonio

A modo de introducción a los problemas específicos que plantea en nuestro ordenamiento fundacional la supervisión estatal de la gestión patrimonial, revisaré en este apartado el principio básico sobre la acción de las personas jurídicas: la administración y representación de la fundación, y con ellas, la disposición del patrimonio, corresponde a un órgano de gobierno que se establece en los Estatutos, con sujeción las disposiciones legales pertinentes, y a través del cual las personas jurídicas expresan “su” voluntad.

1.1.1. El principio general en el entorno europeo

La forma en que legislativamente se concreta, en los ordenamientos jurídicos próximos, el citado principio general de que las personas jurídicas expresan su voluntad a través de su órgano de gobierno y representación, es evidentemente, distinta en cada caso, variando desde la consagración específica, como en la disciplina fundacional española, hasta el silencio de otros sistemas, que simplemente suponen el principio, y con independencia de que se establezca legislativamente en especial respecto de las fundaciones o en general respecto de las personas jurídicas. Pero en todos el principio se mantiene incólume: la administración y representación de la fundación, y con ellas, la disposición del patrimonio, corresponde a un órgano de gobierno que se establece en los Estatutos, con sujeción las disposiciones legales pertinentes.

En Alemania, la norma sobre fundaciones remite, en esta materia, a la disciplina de las asociaciones. La norma pertinente del derecho de asociaciones es el párrafo 26 del Código, que establece que la asociación debe tener una Directiva, que ésta puede constar de varias personas, y que representa a la asociación judicial y extrajudicialmente, con la posición jurídica de un representante legal, para concluir indicando que el poder de representación puede ser estatutariamente limitado, con eficacia respecto de terceros.⁶³⁰ En Italia, en cambio, el principio de la administración

⁶³⁰ Alemania. BGB. § 86 “Verweisung auf das Vereinsrecht. Die Vorschriften des § 26, des § 27 Abs. 3 und der §§ 28 bis 31, 42 finden auf Stiftungen entsprechende Anwendung, (...)”.

de la persona jurídica por un órgano subyace a toda la disciplina de las personas morales, pero no existe una norma que establezca formalmente el principio. Por ejemplo, el artículo 16 exige como contenido indispensable del negocio fundacional y del estatuto la indicación las reglas sobre la administración de la persona jurídica.⁶³¹

En un sistema jurídico completamente diverso, como el inglés, ocurre –sobre bases teóricas bien diversas– algo semejante: La idea de que los *trustees* administran y representan a la *charity* recorre íntegramente las leyes correspondientes, además de destinarse una Parte especial (la VII de la *Charities Act* de 1993, Secciones 50 a 62) al tema del establecimiento del conjunto de *trustees* como “patronato” (*body corporate*), y las consecuencias patrimoniales y de otro orden de esa instalación del órgano. Específicamente, se establece la representación legal judicial y extrajudicial, con anglosajona profusión casuística, y muy significativamente, la transferencia al “Patronato”, en nombre de la *charity*, de toda propiedad, de cualquier naturaleza, que estuviera en poder de personas, en *trust* a nombre de la *charity*.⁶³² Además, las

BGB. § 26 “Vertretung des Vereins durch den Vorstand. (1) Der Verein muß einen Vorstand haben. Der Vorstand kann aus mehreren Personen bestehen. (2) Der Vorstand vertritt den Verein gerichtlich und außergerichtlich; er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Der Umfang seiner Vertretungsmacht kann durch die Satzung mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden.”).

Vid., por todos, VON TUHR: *Derecho Civil, I, 2, Las personas*, p. 467; SEIFART/VON CAMPENHAUSEN: *Handbuch des Stiftungsrechts*, pp. 189 a 196).

⁶³¹ Italia. Codice Civile. Art. 16 “Atto costitutivo e statuto. Modificazioni. L'atto costitutivo e lo statuto devono contenere la denominazione dell'ente, l'indicazione dello scopo, del patrimonio e della sede, nonché le norme sull'ordinamento e sulla amministrazione. (...)”

Vid., por todos, IORIO: *Le Fondazioni*, p. 203.

⁶³² Reino Unido. *Charities Act* 1993 (Esta ley, de 27 de Mayo de 1993, consolida el texto de la *Charitable Trustees Incorporation Act* 1872 y, excepto ciertos preceptos transitorios, la *Charities Act* 1960 y la *Part I of the Charities Act* 1992. De esta última queda vigente sólo la regulación de las colectas públicas y del *fund raising* por parte de las *charities*).

Part VII: Incorporation of Charity Trustees.

Section 50 Incorporation of trustees of a charity.

“(1) Where-

(a) the trustees of a charity, in accordance with section 52 below, apply to the Commissioners for a certificate of incorporation of the trustees as a body corporate, and (b) the Commissioners consider that the incorporation of the trustees would be in the interests of the charity, the Commissioners may grant such a certificate, subject to such conditions or directions as they think fit to insert in it.

(2) The Commissioners shall not, however, grant such a certificate in a case where the charity appears to them to be required to be registered under section 3 above but is not so registered.

(3) On the grant of such a certificate-

(a) the trustees of the charity shall become a body corporate by such name as is specified in the certificate; and (b) (without prejudice to the operation of section 54 below) any relevant rights or liabilities of those trustees shall become rights or liabilities of that body.

(4) After their incorporation the trustees-

secciones 72 y 73 regulan las condiciones para ser *trustee*, y las consecuencias de su ausencia en un determinado *trustee*.

El Código Civil holandés, específicamente acerca de las fundaciones, establece en su artículo 291.1 que el Patronato (o Directiva, en una traducción más literal) está encargado del gobierno de la fundación, sin perjuicio de las limitaciones impuestas por los estatutos, y el artículo siguiente establece que el Patronato representa a la fundación, salvo que la ley disponga algo diverso; que los estatutos pueden conferir la facultad de representación a uno o más patronos, actuando conjunta o individualmente; que la facultad de representación es –salvo disposición legal contraria– incondicional e ilimitada; y que los estatutos pueden conferir la representación a persona que no sea integrante de la Directiva.⁶³³ Las leyes belga y luxemburguesa (con un texto que, *mutatis mutandis*, es idéntico) no contemplan una norma general que establezca el principio de que el establecimiento de utilidad pública deba ser administrado y representado por un órgano determinado. Con todo (y no puede ser de otra manera) del conjunto normativo se desprende con toda claridad el principio. Véase, por ejemplo, el artículo 30.2, 3º de la ley belga, que exige que los estatutos mencionen los nombres, profesiones, domicilios y nacionalidad de los administradores, así como el modo según

(a) may sue and be sued in their corporate name; and (b) shall have the same powers, and be subject to the same restrictions and limitations, as respects the holding, acquisition and disposal of property for or in connection with the purposes of the charity as they had or were subject to while unincorporated; and any relevant legal proceedings that might have been continued or commenced by or against the trustees may be continued or commenced by or against them in their corporate name. (...)

Section 51 Estate to vest in body corporate.

“The certificate of incorporation shall vest in the body corporate all real and personal estate, of whatever nature or tenure, belonging to or held by any person or persons in trust for the charity, and thereupon any person or persons in whose name or names any stocks, funds or securities are standing in trust for the charity, shall transfer them into the name of the body corporate, except that the foregoing provisions shall not apply to property vested in the official custodian.”

⁶³³ Holanda. Burgerlijk Wetboek. Artikel 291.

“1) Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de stichting. (...)

Artikel 292.

“1) Het bestuur vertegenwoordigt de stichting, voorzover uit de wet niet anders voortvloeit.

2) De statuten kunnen de bevoegdheid tot vertegenwoordiging bovendien toekennen aan een of meer bestuurders. Zij kunnen bepalen dat een bestuurder de stichting slechts met medewerking van een of meer anderen mag vertegenwoordigen.

3) Bevoegdheid tot vertegenwoordiging die aan het bestuur of aan een bestuurder toekomt, is onbeperkt en onvoorwaardelijk, voorzover uit de wet niet anders voortvloeit. Een wettelijk toegelaten of voorgeschreven beperking van of voorwaarde voor de bevoegdheid tot vertegenwoordiging kan slechts door de stichting worden ingeroepen.

4) De statuten kunnen ook aan andere personen dan bestuurders bevoegdheid tot vertegenwoordiging toekennen.”

el cual serán ulteriormente designados nuevos administradores. Los artículos 31 a 34 también se refieren a los administradores, y los artículos 38 y 39 se refieren a la representación y la responsabilidad que de ella surja para la fundación, mencionando ahora –y por única vez– al “órgano”.⁶³⁴

La ley austríaca sobre fundaciones regula de manera muy detallada la cuestión relativa a los órganos de la fundación. El § 14 estipula que son órganos de la fundación el Patronato, el auditor de la fundación, y en su caso, el Consejo de Vigilancia.⁶³⁵ La regulación detenida de la composición del Patronato, requisitos de sus integrantes, impedimentos, y publicidad se contiene en el § 15.⁶³⁶ Por su parte, el § 17 establece los deberes del Patronato, y la representación de la fundación. Como norma de principio, el patronato debe administrar y representar a la fundación; y velar por la realización del fin, observando las disposiciones de la declaración fundacional. Cada miembro del Patronato debe cumplir sus deberes con economía y con el cuidado de un administrador consciente. Por ello, el Patronato debe efectuar las prestaciones a los

⁶³⁴ Bélgica. Loi du 27 juin 1921. Art. 30. “(...) *Les statuts doivent mentionner: (...) 3° Les noms, professions, domiciles et nationalités des administrateurs, ainsi que le mode selon lequel de nouveaux administrateurs seront désignés ultérieurement; (...)*”.

Art. 38. “*Les administrateurs d'un établissement d'utilité publique ont les pouvoirs qui leur sont conférés par les statuts. Ils représentent l'établissement dans les actes judiciaires et extrajudiciaires. Les biens de l'établissement répondent des engagements contractés en son nom.*”

Art. 39. “*L'établissement d'utilité publique est civilement responsable des fautes de ses préposés, administrateurs ou autres organes qui le représentent.*”

Los textos se corresponden con los de los artículos 30, 38 y 39 de la ley de 21 de abril de 1928, del Gran Ducado de Luxemburgo).

⁶³⁵ Austria. Privatstiftungsgesetz (PSG, BGBl. Nr. 694/1993). § 14. Organe der Privatstiftung

(1) *Organe der Privatstiftung sind der Stiftungsvorstand, der Stiftungsprüfer und gegebenenfalls der Aufsichtsrat.*

(2) *Die Stifter können weitere Organe zur Wahrung des Stiftungszwecks vorsehen.”*

⁶³⁶ Austria. Privatstiftungsgesetz (PSG, BGBl. Nr. 694/1993). § 15. Stiftungsvorstand

“(1) *Der Stiftungsvorstand muß aus wenigstens drei Mitgliedern bestehen; zwei Mitglieder müssen ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben.*

(2) *Ein Begünstigter, dessen Ehegatte sowie Personen, die mit dem Begünstigten in gerader Linie oder bis zum dritten Grad der Seitenlinie verwandt sind, sowie juristische Personen können nicht Mitglieder des Stiftungsvorstands sein.*

(3) *Ist ein Begünstigter eine juristische Person, an der eine natürliche Person im Sinn des § 244 Abs. 2 HGB beteiligt ist, so können diese natürliche Person, deren Ehegatte sowie Personen, die mit der natürlichen Person in gerader Linie oder bis zum dritten Grad der Seitenlinie verwandt sind, nicht Mitglieder des Stiftungsvorstands sein.*

(4) *Der erste Stiftungsvorstand wird vom Stifter oder vom Stiftungskurator (§ 8 Abs. 3 Z 1) bestellt.*

(5) *Die jeweiligen Mitglieder des Stiftungsvorstands und ihre Vertretungsbefugnis sowie das Erlöschen oder eine Änderung ihrer Vertretungsbefugnis sind ohne Verzug zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden. Der Anmeldung ist der Nachweis der Bestellung oder der Änderung in*

beneficiarios para la realización del fin fundacional, sólo cuando ello no menoscabe los derechos de los acreedores de la fundación. El precepto regula, además, las modalidades de representación, y las formalidades de convocatoria.⁶³⁷

El Código suizo, en cambio, realiza la afirmación legislativa para todas las personas jurídicas, indicando que las personas morales ejercen sus derechos mediante los órganos que la ley y los estatutos les exigen poseer, y agregando que la voluntad de una persona moral se expresa por sus órganos y que ella queda obligada por sus negocios jurídicos y por sus demás hechos. Al propio tiempo, el Código exige que en el negocio fundacional consten los órganos que regirán la persona jurídica, así como el modo en que ella será administrada.⁶³⁸ Lo propio hace el Código Civil portugués.⁶³⁹

*öffentlich beglaubigter Form beizufügen. Zugleich haben die Mitglieder des Stiftungsvorstands ihre öffentlich beglaubigte Musterzeichnung vorzulegen.*⁶³⁷

⁶³⁷ Austria. Privatstiftungsgesetz (PSG, BGBl. Nr. 694/1993). § 17. Aufgaben des Stiftungsvorstands, Vertretung der Privatstiftung.

“(1) Der Stiftungsvorstand verwaltet und vertritt die Privatstiftung und sorgt für die Erfüllung des Stiftungszwecks. Er ist verpflichtet, dabei die Bestimmungen der Stiftungserklärung einzuhalten.

(2) Jedes Mitglied des Stiftungsvorstands hat seine Aufgaben sparsam und mit der Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters zu erfüllen. Der Stiftungsvorstand darf Leistungen an Begünstigte zur Erfüllung des Stiftungszwecks nur dann und soweit vornehmen, wenn dadurch Ansprüche von Gläubigern der Privatstiftung nicht geschmälert werden.

(3) Wenn die Stiftungserklärung nichts anderes bestimmt, so sind sämtliche Mitglieder des Stiftungsvorstands nur gemeinschaftlich zur Abgabe von Willenserklärungen und zur Zeichnung für die Privatstiftung befugt. Der Stiftungsvorstand kann einzelne Mitglieder des Stiftungsvorstands zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Ist eine Willenserklärung der Privatstiftung gegenüber abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem Mitglied des Stiftungsvorstands.

(4) Sitzungen des Stiftungsvorstands können in angemessener Frist vom Vorsitzenden, seinem Stellvertreter oder von zwei Dritteln der Mitglieder des Stiftungsvorstands einberufen werden.

(5) Wenn die Privatstiftung keinen Aufsichtsrat hat, bedürfen Rechtsgeschäfte der Privatstiftung mit einem Mitglied des Stiftungsvorstands der Genehmigung aller übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstands und des Gerichts.”

⁶³⁸ Suiza. Code Civil. Art. 54 *“Les personnes morales ont l'exercice des droits civils dès qu'elles possèdent les organes que la loi et les statuts exigent à cet effet”*

Art. 55.1. *“La volonté d'une personne morale s'exprime par ses organe (...). 2. Ceuxci obligent la personne morale par leurs actes juridiques et par tous autres faits. (...).”*

Art. 83.1 *“L'acte de fondation indique les organes de celleci et le mode d'administration. 2. A défaut d'indications suffisantes, l'autorité de surveillance prend les mesures nécessaires.(...)”*

⁶³⁹ Portugal. Código Civil. Art. 162° *“Órgãos. Os estatutos da pessoa colectiva designarão os respectivos órgãos, entre os quais haverá um órgão colegial de administração e um conselho fiscal, ambos eles constituídos por um número ímpar de titulares, dos quais um será o presidente.”*

Art. 163° *“Representação. 1. A representação da pessoa colectiva, em juízo e fora dele, cabe a quem os estatutos determinarem ou, na falta de disposição estatutária, à administração ou a quem por ela for designado. 2. A designação de representantes por parte da administração só é oponível a terceiros quando se prove que estes a conheciam.”*

En Francia la administración de los bienes y la representación de la fundación quedan entregadas a un *Conseil d'administration*. Para las fundaciones de empresa, recientemente reguladas, la norma pertinente es el *Article 19-4* de la *Loi du 23 juillet 1987*.⁶⁴⁰ En cambio, para las fundaciones “normales” reconocidas de utilidad pública sigue rigiendo el peculiar sistema normativo administrativo emanado del *Conseil d'État*, estructurado por medio de estatutos tipo e instrucciones administrativas, que establecen un Consejo de Administración que representa a la fundación y maneja su patrimonio, compuesto por hasta doce miembros, y cuya composición es frecuentemente tripartita (integrantes nombrados por el fundador, integrantes de derecho nombrados en razón de su cargo o función de acuerdo con los criterios establecidos en los estatutos –donde suele caber algún representante del Estado, e integrantes cooptados entre personas independientes en razón de su competencia en el ámbito de acción de la fundación.⁶⁴¹

En el Código Civil helénico, la administración de las fundaciones se rige por las disposiciones generales relativas a la administración de personas jurídicas.⁶⁴² Así, el artículo 65 establece que la persona jurídica será administrada por una o más personas, y que las decisiones se adoptan en la Junta Directiva, salvo que en el acto de institución o en los estatutos se diga otra cosa, por la mayoría absoluta de los miembros presentes.⁶⁴³

Respecto de los países escandinavos, la Ley de Fundaciones de Dinamarca contiene una norma expresa que indica que las fundaciones se rigen por una junta directiva o comité, y que sólo con acuerdo del Protectorado puede bajar del número mínimo de tres miembros, o integrarse por personas jurídicas.⁶⁴⁴ En el caso de Noruega, la ley respectiva contiene un capítulo completo (el 4º) a regular, con máximo

⁶⁴⁰ Francia. Article 19-4 de la *Loi du 23 juillet 1987* (inséré par *Loi n° 90-559 du 4 juillet 1990*) *La fondation d'entreprise est administrée par un conseil d'administration composé pour les deux tiers au plus des fondateurs ou de leurs représentants et de représentants du personnel, et pour un tiers au moins de personnalités qualifiées dans ses domaines d'intervention. Les personnalités sont choisies par les fondateurs ou leurs représentants et nommées lors de la première réunion constitutive du conseil d'administration. (...)*

⁶⁴¹ POMEY: *Traité des fondations d'utilité publique*, pp. 176 y 417 y ss.; MACQUERON *et al.*: *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Associations et Fondations, 1999–2000*, p. 1018).

⁶⁴² ALFANDARI: *Associations et Fondations en Europe*, p. 239.

⁶⁴³ Grecia. Código Civil. Άρθρο 65. “Διοίκηση. Το νομικό πρόσωπο διοικείται από ένα ή περισσότερα πρόσωπα. Όταν η διοίκηση είναι πολυμελής, αν δεν ορίζεται κάτι άλλο στη συστατική πράξη ή στο καταστατικό, οι αποφάσεις λαμβάνονται με απόλυτη πλειοψηφία των παρόντων.”

⁶⁴⁴ Dinamarca. Lov 698–1992. § 11. “En fond ledes af en bestyrelse. Bestyrelsen må kun med fondsmyndighedens tilladelse udgøres af mindre end 3 medlemmer eller af en juridisk person eller kollektiv enhed.”

detalle, la organización, administración y representación de la fundación por una junta directiva, indicando que ésta es el órgano superior de administración y representación, que debe componerse de al menos tres integrantes, que debe designar un presidente, la forma de adoptar las decisiones, y un largo etc.⁶⁴⁵ Como nota curiosa, puede señalarse que se consagra legislativamente el derecho de los trabajadores de la fundación, según su número, a una representación en la junta directiva, sin perjuicio de su derecho a tener en ella observadores.⁶⁴⁶ Finalmente, la ley sueca destina igualmente un capítulo completo (el 2º) a la administración de la fundación por una junta directiva, y a las condiciones estatutarias y legales en que esa administración debe producirse, así como a los requisitos para integrar la directiva.⁶⁴⁷

⁶⁴⁵ Noruega. Lov om Stiftelser. 23 mai 1980, Nr 11. Dada la longitud del capítulo, transcribo aquí sólo los parágrafos más relevantes:

§ 4-2 "Styret og dets sammensetning.

(1) *En stiftelse skal ha et styre med minst tre medlemmer.*

(2) *Bare fysisk person kan være styremedlem, jfr likevel § 4-5. Ingen kan være styremedlem, når han er umyndig eller det inntreer slik hindring for hans del som nevnt i konkursloven § 142. Minst halvdelen av styrets medlemmer skal være bosatt i riket. For næringsdrivende stiftelser gjelder dette ikke for statsborgere i stater som er part i EØS-avtalen når de er bosatt i slik stat.*

(3) *Den som har avgitt formuesverdien som inngår som grunnkapital, kan ikke være styrets leder.*

(4) *Den som har avgitt formuesverdien som inngår som grunnkapital og dennes nærstående, samt personer som har tillitsverv i, eller står i et ansettelses- eller underordningsforhold til denne, kan ikke utgjøre styrets flertall.*

(5) *Opprettes en stiftelse av en juridisk person, kan person som har slik innflytelse som nevnt i § 1-4 tredje ledd og dennes nærstående, ikke utgjøre styrets flertall.*

(6) *Lovens regler om styremedlemmer får så langt de passer anvendelse for varamedlemmer og observatører.*

(7) *Stiftelsestilsynet kan gjøre unntak fra bestemmelsene i tredje, fjerde og femte ledd."*

§ 4-7 "Styrets kompetanse og ansvar for stiftelsens forvaltning.

(1) *Styret er stiftelsens øverste organ.*

(2) *Forvaltningen av stiftelsen hører under styret.*

(3) *Styret plikter å sørge for at formålet ivaretas, herunder at utdelinger foretas i samsvar med vedtektene. Styret plikter å påse at regnskap og formuesforvaltning er gjenstand for betryggende kontroll."*

⁶⁴⁶ Noruega. Lov om Stiftelser. 23 mai 1980, Nr 11. § 4-3 "Ansattes representasjonsrett i styret.

(1) *I stiftelse med flere enn 30 ansatte, kan et flertall av de ansatte kreve at ett styremedlem og en observatør med varamedlemmer velges av og blant de ansatte.*

(2) *I stiftelse med flere enn 50 ansatte, kan et flertall av de ansatte kreve at inntil en tredel og minst to av styrets medlemmer med varamedlemmer velges av og blant de ansatte.*

(3) *I stiftelse med flere enn 200 ansatte, skal de ansatte velge ett styremedlem med varamedlem eller to observatører med varamedlemmer i tillegg til den representasjon som følger av annet ledd.*

(4) *Kongen kan gi forskrift om beregningen av antall ansatte, herunder om bruk av gjennomsnittstall. Kongen kan også gi forskrift om valget, herunder om vilkår for stemmerett og valgbarhet, valgmåten og om avgjørelse av tvister om valget, samt om bortfall av verv som styremedlem. Kongen kan gjøre unntak fra første eller annet ledd."*

⁶⁴⁷ Suecia. Lag 1994–1220 Stiftelselag. Sólo transcribo las normas generales contenidas en la primera sección del Capítulo segundo. "2 kap. Förvaltning. Allmänt om förvaltningen.

1.1.2. El reiterativo Derecho estatal

En nuestra disciplina jurídica fundacional, el artículo 17 de la Ley de Fundaciones contiene un primer número que resulta algo polémico en su alcance, como se ha tenido ocasión de revisar con anterioridad⁶⁴⁸, y un segundo numeral que, *quod contra*, resulta completamente pacífico en su contenido, existiendo sólo algunas discrepancias respecto de su pertinencia y su ubicación sistemática. Esencialmente, el apartado traduce el principio general –ya se ha visto, además, que de extendida implantación– de que las personas jurídicas expresan su voluntad a través de su órgano de gobierno y representación, estatuyendo que “la administración y disposición del patrimonio corresponderá al Patronato en la forma establecida en los Estatutos y con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley.”

Respecto de su ubicación, COBO GÁLVEZ ha señalado con acierto que “parecería más lógico hacerlo al inicio del 19 con un título genérico de administración y disposición del patrimonio, puesto que la enajenación y gravamen son formas de disposición.”⁶⁴⁹

La verdad, además de cuestionar la ubicación, cabría también preguntarse por la pertinencia de la inclusión del precepto. Ocurre que el contenido de la disposición no es novedoso. No lo es respecto de la legislación anterior derogada por la Ley de

2.1§ Föreskrifterna i stiftelseförordnandet skall följas vid förvaltningen av stiftelsens angelägenheter, om inte föreskrifterna strider mot någon bestämmelse i denna lag.

2.2§ Om ett åtagande att förvalta stiftelsens egendom i enlighet med stiftelseförordnandet görs av en eller flera fysiska personer, föreligger egen förvaltning. Görs ett sådant åtagande av en juridisk person, föreligger anknuten förvaltning.

Den eller de fysiska personer som har åtagit sig att förvalta stiftelsens egendom i enlighet med stiftelseförordnandet bildar styrelse för stiftelsen. Vid ett sådant omhändertagande av egendom som avses i 1 kap. 2§ andra stycket får stiftelsen företräddas av någon som skall ingå i styrelsen.

Den juridiska person som har åtagit sig att förvalta stiftelsens egendom är förvaltare för stiftelsen.

Om staten har gjort ett sådant åtagande, är det i stället den myndighet som har gjort åtagandet för statens räkning som är förvaltare.

2.3§ Styrelsen eller förvaltaren svarar för att föreskrifterna i stiftelseförordnandet följs.

Första stycket medför inte ansvar för styrelsen eller förvaltaren för åtgärder som i enlighet med stiftelseförordnandet vidtagits av någon annan än styrelsen i fråga om att utse eller entlediga ledamöter eller ordförande i styrelsen eller av någon annan än styrelsen eller förvaltaren i fråga om att utse eller entlediga revisor i stiftelsen eller att bestämma arvode åt styrelsen, förvaltaren eller revisorerna.

Inte heller medför första stycket ansvar för styrelsen eller förvaltaren för innehållet i en revisors uppdrag till den del det finns föreskrifter om detta i stiftelseförordnandet.”

⁶⁴⁸ Vid., en la Introducción: Fundación y patrimonio, el acápite “La idea del patrimonio fundacional”, en la pág. 46.

⁶⁴⁹ COBO GÁLVEZ: “Comentario a los artículos 17 a 20”, p. 156.

Fundaciones; y no lo es respecto de la legislación autonómica (tanto la previa a la ley como la posterior siguen el mismo principio); lo cual, desde luego, carecería de toda importancia dado el diferente ámbito temporal y territorial que las normas están destinadas a cubrir, si no fuese porque, finalmente, la norma no resulta novedosa respecto del propio texto de la Ley de Fundaciones: el artículo 12.2 ya había expresado la misma idea, con una correcta mayor generalidad en cuanto a la acción, y con mayor precisión material en cuanto a su finalidad y modos. Esa norma establece que “corresponde al Patronato cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación manteniendo plenamente el rendimiento y utilidad de los mismos.” Como puede apreciarse, el aporte del artículo 17.2 es su parte final: la sujeción del Patronato a los Estatutos y a la ley. Ya DEL CAMPO ARBULO había denunciado esta reiteración: “En su número 2, el artículo 17 repite innecesariamente lo expuesto en el artículo 12.2 de la LF. (...) Uno y otro preceptos han de ser entendidos en forma conjunta o integrada, pues su dualidad formal no es más que un mero ejemplo del carácter asistemático y de la defectuosa técnica que afecta, a veces, al texto de la LF.”⁶⁵⁰

Una eventual reforma legal debiera evitar esta reiteración, suprimiendo el apartado segundo del artículo que comentamos, y agregando al 12.2 la idea –por lo demás constitutiva de un principio general del ordenamiento jurídico e implícita en todo el texto legal– de la necesidad de adecuar la acción del Patronato a los límites estatutarios y legales.

En referencia a esa específica parte de la disposición que puede considerarse interesante, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ realiza un correcto análisis sistémico, distinguiendo entre límites y limitaciones. Seguiré su razonamiento porque, como se verá, la distinción puede tener relevantes efectos hermenéuticos. Indica el autor que los primeros –los límites– son “las reglas generales que encauzan permanentemente la libertad de administración”⁶⁵¹ y las limitaciones son “las excepciones a la libertad de administración, que ocasionalmente impiden a ésta desplegar todos sus efectos.”⁶⁵² Los límites a la libertad de administración derivan de la propia naturaleza jurídica de las entidades fundacionales, en tanto organizaciones con un patrimonio afectado duraderamente a un fin de interés general.

⁶⁵⁰ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 219

⁶⁵¹ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La Fundación: Un estudio jurídico*, p. 141.

⁶⁵² *Loc. cit.*

Son, para el autor que seguimos, dos: El carácter teleológico de la administración, y la necesidad de conservación patrimonial. El primero, que arranca de la disposición del artículo 21, a) (aunque, como el otro, inspira la totalidad de la regulación legal y reglamentaria), supone imperar a los patronos una actuación administrativa enmarcada de modo necesario en la consecución de los fines establecidos estatutariamente. Todos los actos de manejo y disposición patrimonial deben dirigirse a ese objetivo. En virtud del segundo límite, que encuentra su fundamento dogmático en el artículo 12.2, los patronos están obligados a mantener plenamente el rendimiento y la utilidad de los bienes y derechos del patrimonio fundacional. El campo de acción del Patronato se halla, pues, definido entre estos dos extremos.

Como se dejó dicho, y volveré sobre ello a propósito de ulteriores cuestiones específicas, “la distinción cobra su mayor importancia con ocasión de la interpretación de unos y otras; mientras que los límites se interpretarán como las demás reglas generales, las limitaciones, debido a su carácter especial, deberán ser objeto de interpretación restrictiva.”⁶⁵³

1.1.3. Derecho autonómico

Ya se indicó que la idea que inspira el contenido del artículo 17 constituye una afirmación legislativa de principios jurídicos largamente asentados en la tradición doctrinal occidental: Las personas jurídicas sólo actúan por representación, y ésta la ejerce el órgano legalmente habilitado; esta representación debe sujetarse estrictamente, en el caso de las fundaciones, a la voluntad del fundador manifestada en los estatutos, y en todo caso, al entorno dogmático aplicable.

Por ello, porque el contenido del precepto reitera la norma del artículo 12, cuyos dos apartados son de aplicación general (el primero por considerarse condición básica, y el segundo, por ser derecho civil), y porque el propio artículo 17.1 se considera norma civil de aplicación general para las Comunidades Autónomas carentes de Derecho civil, foral o especial, no es de extrañar que la normativa autonómica presente una notable homogeneidad con la ley 30/1994, y venga a decir, con variaciones de redacción, exactamente lo mismo. Por ello, me limitaré aquí transcribir la norma autonómica pertinente, sin mayores comentarios.

⁶⁵³ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *Op. cit.*, p. 142.

Así ocurre con la ley foral navarra (ciertamente la más liberal de todas las normativas autonómicas, aunque ahora matizada por los grados de intervención administrativa que permite la Ley (Navarra) 10/1996),⁶⁵⁴ con la ley catalana;⁶⁵⁵ lo propio sucede en la de fundaciones de interés gallego,⁶⁵⁶ en la ley del País Vasco,⁶⁵⁷ en la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid,⁶⁵⁸ y en las correspondientes leyes de fundaciones de Canarias⁶⁵⁹ y Valencia (esta última, fiel a su espíritu casuista, no

⁶⁵⁴ Navarra. Ley 1/1973. Ley 46 “*Facultades del Patronato*. Salvo que otra cosa se disponga en los estatutos, corresponden al Patronato, plenamente y sin limitación alguna, las facultades siguientes:

1. Las de administración y disposición del patrimonio de la fundación.
2. La de interpretar la voluntad del fundador.
3. Las de inversión, realización, transformación y depósito de los bienes y aplicación de los mismos a los fines fundacionales.
4. Las de confeccionar los presupuestos y aprobar las cuentas por si solo y con plenitud de efectos.

Tratándose de fundaciones constituidas por voluntad privada, el fundador podrá eximir a la fundación de toda intervención administrativa. Sin embargo, a instancia de cualquier persona, el Ministerio Fiscal podrá inspeccionar la gestión e instar y ejercitar las acciones procedentes.”

⁶⁵⁵ Cataluña. Ley 1/1982. Artículo 11.

“1. Cualquier fundación debe contar por lo menos con un órgano de gobierno con el nombre de Patronato. Los estatutos determinarán su composición y funcionamiento de acuerdo con el apartado 1.e) del artículo 9. Deberán ajustarse, en todo caso, a las disposiciones que siguen.

2. El patronato tiene la representación de la fundación, la cual comprende todas aquellas facultades que sean necesarias para la realización de las finalidades fundacionales.

3. El patronato es un órgano colegiado constituido por tres miembros como mínimo. Los patronos, personas físicas, deben disfrutar de la plena capacidad civil; las personas jurídicas deberán hacerse representar en el patronato por una persona física. Cuando la calidad del patrón sea atribuida al titular de un cargo, podrá actuar en su nombre la persona que reglamentariamente lo sustituya. En ningún otro caso pueden los patronos delegar su representación, pues el ejercicio del cargo es personalísimo. (...)”

⁶⁵⁶ Galicia. Ley 7/1983. Artículo 12. “Las Fundaciones se regirán por el órgano de gobierno establecido por el fundador, que ostentará su representación y abarcará todas las facultades que sean necesarias para la realización de los fines fundacionales.”

⁶⁵⁷ País Vasco. Ley 12/1994. Artículo 10.- “*Órgano de gobierno*

1.- En toda fundación sujeta a esta ley existirá un órgano de gobierno que podrá adoptar la denominación de «patronato» u otra similar.

2.- El órgano de gobierno ostentará la representación de la fundación y ejercerá todas aquellas facultades que sean necesarias para la realización de los fines fundacionales. En concreto, administrará los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación.

3.- Salvo que el fundador haya establecido otra composición, el órgano de gobierno será colegiado y estará integrado por tres miembros, como mínimo, eligiendo de su seno un Presidente, si no estuviera designado.

4.- En el supuesto de que el fundador fuera persona física, podrá reservar para sí, con carácter vitalicio, el ejercicio de todas las competencias asignadas al órgano de gobierno de la fundación.”

⁶⁵⁸ Madrid. Ley 1/1998. Artículo 14. “*Administración y disposición del patrimonio*. La administración y disposición del patrimonio corresponderá al Patronato en la forma establecida en los estatutos y con sujeción a los preceptos de la legislación estatal en materia de fundaciones que sean de aplicación general al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución y a la presente Ley.”

⁶⁵⁹ Canarias. Ley 2/1998. Artículo 15. “1. En toda fundación sujeta a esta Ley existirá un órgano de gobierno y representación con la denominación de Patronato.

consideró oportuno incluir una norma de principio, sino que se limitó a consignar la materia como una de las obligaciones de los patronos).⁶⁶⁰

1.2. Principios rectores de la gestión

De un modo singularmente afortunado en su idea general, la Ley ha querido regular asertivamente el extremo relativo a los principios que deben regir el funcionamiento y a la actividad de las fundaciones, esto es, a las condiciones en que debe desarrollarse su marcha normal. Esta regulación supone un contraste importante con la legislación anterior, que sólo de modo muy genérico hacía referencia a la necesidad del cumplimiento de los fines⁶⁶¹, y alguna legislación especial, a la necesidad de dar publicidad del objeto fundacional.⁶⁶² En otras palabras, la actual ley rompe la relativa anomia funcional en que, en materia de principios de actuación, se hallaba la institución fundacional antes de su vigencia. Asimismo, la inclusión resulta novedosa respecto del Derecho comparado.⁶⁶³

2. El Patronato ostentará la representación de la fundación y ejercerá todas aquellas facultades que sean necesarias para la realización de los fines fundacionales. En concreto, administrará los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, siendo responsable de los menoscabos que pudieran ocasionarse por su negligente administración.”

⁶⁶⁰ Valencia. Ley 8/1998. Artículo 16. “Obligaciones de los patronos.

Los patronos están obligados a:

a) Cumplir y hacer cumplir fielmente los fines fundacionales de acuerdo con lo dispuesto en la Ley y los estatutos de la fundación.

b) Administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo plenamente el rendimiento y utilidad de los mismos, conforme a los criterios económico-financieros de un buen gestor.

c) Asistir a las reuniones del patronato y velar por la legalidad de los acuerdos que se adopten.”

⁶⁶¹ Vid. los antecedentes citados por CABRA DE LUNA: “Comentario a los artículos 21 a 26”, p. 176.

⁶⁶² Art. 19 del Decreto 2930/1972, de 21 de julio, sobre Fundaciones culturales y docentes.

⁶⁶³ En efecto, en el entorno dogmático europeo no existen más que referencias más o menos indirectas a la necesidad de que los administradores ajusten su acción a la persecución del fin, de acuerdo con lo previsto en los estatutos. Así, por ejemplo, y sin ánimo de realizar un repaso general, el artículo 40 de la ley belga (Loi du 27 Juin 1921. Art. 40. *Le gouvernement veille à ce que les biens d'un établissement d'utilité publique soient affectés à l'objet pour lequel l'institution a été créée. Le tribunal civil du siège de la fondation peut, à la requête du ministère public, prononcer la révocation des administrateurs qui auront fait preuve de négligence ou d'impéritie, qui ne remplissent pas les obligations qui leur sont imposées par la loi ou par les statuts, disposent des biens de l'institution contrairement à leur destination ou pour des fins contraires à l'ordre public. (...)*); o el parágrafo 17.1 de la ley federal austríaca, que determina que el Patronato administra y representa a la fundación y vela por la satisfacción del fin fundacional, estando obligado a observar las disposiciones de la declaración fundacional (Austria. Privatstiftungsgesetz Nr. 694/1993. § 17. “Aufgaben des Stiftungsvorstands, Vertretung der Privatstiftung. (1) Der Stiftungsvorstand verwaltet und vertritt die Privatstiftung und sorgt für die Erfüllung des Stiftungszwecks. Er ist verpflichtet, dabei die Bestimmungen der Stiftungserklärung einzuhalten. (...)”). También las leyes de fundaciones de los Länder alemanes, la mayoría de las cuales contiene una norma que impera al órgano de gobierno de la fundación una

Como es natural, la regulación de la andadura habitual de la fundación supone, de modo necesario y principal, una regulación de la manera en que debe gestionarse el patrimonio. Ya se ha insinuado al abordar el contenido del artículo 17 que esa normativa puede esquemáticamente dividirse en dos capítulos, siguiendo la idea de GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: De una parte, unos límites, que constituyen las fronteras genéricas que, en el terreno de los principios, deben enmarcar la actuación de los gestores de la fundación; y de la otra, unas limitaciones, que son restricciones específicas a dicha acción, establecidas legalmente como cautelas para que efectivamente los gestores se ajusten íntegramente a los primeros.

La ley destina el artículo 21 a diseñar el marco general al que se hacía previa referencia, bajo el feliz rótulo de “principios de actuación”. La disposición estipula la obligación de que la acción de la fundación satisfaga tres condiciones matrices: Que tienda al cumplimiento de los fines fundacionales, que informe sobre ellos y sobre sus actividades, y que actúe imparcial y no discriminatoriamente al determinar sus beneficiarios.⁶⁶⁴

administración del patrimonio dirigida “continua y permanentemente a la satisfacción del fin fundacional” (Así, el § 7 de la Ley de Fundaciones de Baden Württemberg; el § 8 de la ley de Brandenburg; § 6 de la de Bremen; § 5 de Hesse; § 8.1 de Mecklenburg-Vorpommern; § 6 de Nordrhein-Westfalen; 13.1 de Rheinland-Pfalz; § 5.1 de Saarland; § 4.1 de Schleswig-Holstein. Los textos actualizados de las citas leyes locales pueden consultarse en los Anexos de SEIFART/VON CAMPENHAUSEN: *Handbuch des Stiftungsrechts*, pp. 819 a 887, con la excepción de la *Stiftungsgesetz* de Schleswig-Holstein, cuya última versión, de 2 de marzo de 2000, no alcanza a aparecer en el citado texto). Existen normas aún menos directas, como la suiza, que alude al tema a propósito de de la supervisión estatal, indicando sucintamente que el Protectorado proveerá para que los bienes de la fundación sean empleados conforme a su destino (Suiza. Art 84 del Código Civil. *Surveillance. 1. Les fondations sont placées sous la surveillance de la corporation publique (Confédération, canton, commune) dont elles relèvent par leur but. 2 L'autorité de surveillance pourvoit à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination.*). Ordenamientos como el portugués directamente omiten el tema, realizando una pura mención formal de sujeción a los estatutos, y en su defecto, a las reglas del mandato (Portugal. Código Civil. Art. 164º *Obrigações e responsabilidade dos titulares dos órgãos da pessoa colectiva. 1. As obrigações e a responsabilidade dos titulares dos órgãos das pessoas colectivas para com estas são definidas nos respectivos estatutos, aplicando-se, na falta de disposições estatutárias, as regras do mandato, com as necessárias adaptações.*) Si se realiza una revisión general, puede apreciarse que no existe una norma tan categórica ni explícita como la española que comento.

⁶⁶⁴ La cuestión relativa a los efectos del incumplimiento de estos principios, y a la posibilidad de que los beneficiarios lo persigan judicialmente, que queda fuera del alcance de esta tesis, puede consultarse brevemente en CABRA DE LUNA: “Comentario a los artículos 21 a 26”, p. 180.

1.2.1. El principio teleológico

La idea de que la fundación deba ajustar su actividad al objetivo de interés general que persigue, y que, por lo tanto, deba efectivamente destinar su patrimonio y sus ingresos a ese fin, es una idea aparentemente obvia. Probablemente por obvia fue olvidada en el proyecto que el Gobierno envió al Parlamento. De este modo, el literal a) del artículo 21 fue aprobado recién en el trámite parlamentario del Senado, por unanimidad.⁶⁶⁵ La inclusión es francamente adecuada, porque enmarca las obligaciones –de carácter más instrumental– que contienen los literales siguientes, así como la contenida en el artículo 24, al mismo tiempo que da sentido al cúmulo de restricciones que se ciernen sobre los administradores fundacionales en los artículos que siguen. Literalmente, el citado precepto establece que “las fundaciones están obligadas a: a) Destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas, de acuerdo con la presente Ley y los Estatutos de la Fundación, a sus fines fundacionales.”

El principio del que hablamos, pese a su relevancia, no ha merecido unánime consideración por la doctrina.⁶⁶⁶ LINARES ANDRÉS, en cambio, sí visualiza la importancia del precepto: “En esta regla se esconden varios mensajes: No puede acumular riqueza inútilmente, sin generar ninguna ventaja a la sociedad. No puede destinar sus medios económicos a actos que escapen a su esfera de actuación. Debe realizar esta tarea en forma «efectiva», es decir, además de que no puede omitirla, tiene el deber de dar al patrimonio una gestión eficaz que, consiguiendo buenos frutos, mantenga el rendimiento y utilidad de su fuente de producción. Además, debe hacerlo cumpliendo los criterios fijados por la ley (ver art. 25 Ley de Fundaciones) y los que el fundador haya previsto como complementarios.”⁶⁶⁷

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ también profundiza en el estudio de esta norma. Sostiene al respecto las siguientes tesis:

Primero, que “la vinculación patrimonial a los fines no debe ser necesariamente directa, esto es, la Ley la aplicación inmediata de los bienes y derechos de la fundación a sus fines de interés general, sino que bastará con que la aplicación redunde

⁶⁶⁵ CABRA DE LUNA: “Comentario a los artículos 21 a 26”, p. 177.

⁶⁶⁶ CABRA DE LUNA: *Op. cit.*, por ejemplo, despacha el tema en tres párrafos, aludiendo sólo a los antecedentes y la justificación general de la norma. Más recientemente, HUERTA HUERTA y HUERTA IZIAR DE LA FUENTE: *Fundaciones*, p. 482 y 483 hacen lo propio.

⁶⁶⁷ LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*, p. 203.

indirectamente en beneficio de esos fines. Así, se permite la realización de actividades mercantiles con el patrimonio de la fundación.”⁶⁶⁸

Segundo, que este principio sirve de fundamento a la obligación cuantitativa de destino de un porcentaje de las rentas a los fines fundacionales que contiene el artículo 25.

Tercero, que contra lo que frecuentemente se considera, tan afectados al fin de interés general se encuentran los ingresos como el propio patrimonio fundacional, porque “en definitiva, la obligación de destino efectivo se predica de las siguientes partidas económicas: los bienes y derechos de los que sea titular la fundación en un momento determinado; los ingresos que obtenga la fundación de cualquier fuente, distintos de las rentas; los rendimientos que la fundación obtenga de su patrimonio.”⁶⁶⁹ Matiza luego que el rigor de esta disposición se ve atemperado por el artículo 25, que se refiere sólo a los ingresos, excluyendo el “patrimonio estático”, pero puntualiza que, en cualquier caso, y en virtud de los artículos 12 y 21 a), hay que excluir la posibilidad de que una fundación no destine un sector de su patrimonio a las actividades fundacionales.

En el Derecho autonómico, como es natural, el principio teleológico subyace a la normativa sobre la administración del patrimonio fundacional, y en aquella que impera el gasto de una porción considerable de las rentas e ingresos en actividades de cumplimiento del fin fundacional. Sin embargo, el principio no se encuentra siempre explícito, al modo de la Ley 39/1994.

Así ocurre en toda la legislación autonómica previa a la ley estatal.. En el caso de la ley foral navarra, se limita a establecer como facultad del patronato la de interpretar la voluntad del fundador, y la de aplicar libremente los bienes a los fines fundacionales.⁶⁷⁰ En la disciplina fundacional catalana, la ley determina que el

⁶⁶⁸ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La fundación: Un estudio jurídico*, p. 193.

⁶⁶⁹ *Loc. cit.*

⁶⁷⁰ Navarra. Ley 1/1973. Ley 46. “*Facultades del Patronato*. Salvo que otra cosa se disponga en los estatutos, corresponden al Patronato, plenamente y sin limitación alguna, las facultades siguientes:

1. Las de administración y disposición del patrimonio de la fundación.
2. La de interpretar la voluntad del fundador.
3. Las de inversión, realización, transformación y depósito de los bienes y aplicación de los mismos a los fines fundacionales. (...)”

La ley 10/1996 (Navarra), de regulación tributaria de fundaciones y actividades de patrocinio, abordó, en su artículo 8, los “principios de actuación” pero sólo “en relación con beneficiarios e

patronato tiene todas las facultades necesarias para la realización de las finalidades fundacionales, y establece que los patronos están obligados a hacer que se cumplan estrictamente los fines fundacionales,⁶⁷¹ pero no existe una norma que consagre formalmente el principio. En el caso gallego, la situación es estrictamente equivalente.⁶⁷² Igual cosa ocurre, con modificaciones de redacción, en la normativa del País Vasco.⁶⁷³

Entre las normas posteriores a la ley estatal, la de Madrid recoge los principios de aquélla, manteniendo aproximadamente su redacción, y sólo trastrocando su orden, de modo que el principio teleológico ha quedado detrás del de información suficiente.⁶⁷⁴ Por su parte, la Ley de Fundaciones canaria, en un ejercicio de economía legislativa, consideró que el principio teleológico y el de no discriminación se encuentran implícitos, respectivamente, en el resto de la disciplina fundacional, y en el conjunto del ordenamiento jurídico, y destinó un único artículo (el 24) al principio de información suficiente. Finalmente, la ley valenciana también estimó innecesario reunir los principios de actuación en un solo artículo, y los dispersó a lo largo de su

interesados”, e incluyó los de publicidad y de no discriminación, dejando en el terreno de los principios generales el teleológico.

⁶⁷¹ Cataluña. Ley 1/1982.

Artículo 11. “(...)

2. El patronato tiene la representación de la fundación, la cual comprende todas aquellas facultades que sean necesarias para la realización de las finalidades fundacionales.”

Artículo 12.

“1. Los componentes del patronato están obligados a:

a) Hacer que se cumplan estrictamente los fines fundacionales, de acuerdo con lo dispuesto en los estatutos de la fundación. (...)”

⁶⁷² Galicia. Ley 7/1983. Artículo 12. “Las Fundaciones se regirán por el órgano de gobierno establecido por el fundador, que ostentará su representación y abarcará todas las facultades que sean necesarias para la realización de los fines fundacionales.”

Artículo 16. “Los miembros del órgano de gobierno de la Fundación están obligados a:

1. Cumplir y hacer cumplir estrictamente los fines fundacionales, de acuerdo con lo dispuesto en los Estatutos de la Fundación. (...)”

⁶⁷³ País Vasco. Ley 12/1994. Artículo 10.- “Órgano de gobierno. (...) 2. El órgano de gobierno ostentará la representación de la fundación y ejercerá todas aquellas facultades que sean necesarias para la realización de los fines fundacionales. En concreto, administrará los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación. (...)”

Artículo 13. “Obligaciones. Los miembros del órgano de gobierno de la fundación están obligados a: a) Cumplir y hacer cumplir estrictamente los fines fundacionales, de acuerdo con lo dispuesto en la ley y los Estatutos de la fundación. (...)”

⁶⁷⁴ Madrid. Ley 1/1998. Artículo 18. “Principios de actuación. Las fundaciones están obligadas a: (...) b) Destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas, de acuerdo con la presente Ley, y los estatutos de la fundación a los fines fundacionales establecidos. (...)”

articulado. El principio teleológico, que es el más difuso, pudiera identificarse como una –la primera y fundamental– de las obligaciones del patronato.⁶⁷⁵

1.2.2. El principio de información suficiente

En cumplimiento del literal b) del artículo 21, las fundaciones están obligadas a dar información suficiente de sus fines y actividades para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios, así como por cualquier otro interesado.

El alcance de la obligación que contiene esta norma ha sido objeto de discrepancias, particularmente en relación con alguna legislación anterior a la Ley de Fundaciones. En efecto, el Decreto 2930/1972, sobre fundaciones culturales y docentes, establecía que todas las fundaciones están obligadas a dar publicidad suficiente a su objeto y actividades para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios (Art. 19), y en su Memoria deben consignar el modo cómo se ha cumplido esa obligación. Esta regulación, como se aprecia, es bien diversa del actual artículo 21 b) de la Ley de Fundaciones, que se limita a requerir la dación de “información suficiente”.

CABRA DE LUNA sostuvo (aunque con cautela) que la obligación se cumple con las constancias legalmente requeridas en un Registro público, como es el de Fundaciones, con la necesaria entrega al Protectorado de una serie extensa de documentación, y con la obligación del Protectorado de dar publicidad de la existencia y actividad de las fundaciones. Sin embargo, agrega que la exigida “suficiencia” de la información supone una actitud proactiva de las fundaciones en esta materia, lo que obviamente supone avanzar más allá de la pura información legalmente debida a la Administración.⁶⁷⁶

Mucho más categórico es en este sentido GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, quien postula que la ley no se refiere aquí “únicamente al deber de presentación de cuentas, comunicaciones, etc. ante los órganos administrativos, tampoco se constriñe a la publicidad que otorga el Registro de Fundaciones a cualquier persona que acredite un

⁶⁷⁵ Valencia. Ley 8/1998. Artículo 16. “*Obligaciones de los patronos*. Los patronos están obligados a: a) Cumplir y hacer cumplir fielmente los fines fundacionales de acuerdo con lo dispuesto en la Ley y los estatutos de la fundación. (...)”

⁶⁷⁶ CABRA DE LUNA: “Comentario a los artículos 21 a 26”, p. 177 y 178.

interés legítimo, sino que de forma más amplia alude a la publicidad no reglada que debe hacer la fundación para dar a conocer sus actividades a terceros.”⁶⁷⁷

Me parece claro que con la sola información debida al Protectorado, y la que el Protectorado debe generar *ex art. 32 d)*, la actividad de la fundación deviene prácticamente en clandestina. Hay una extrema improbabilidad empírica de que el Registro de Fundaciones cumpla con un papel difusor al público general, y una igual dificultad en que la publicidad hecha por los Protectorados sea medianamente efectiva. El cumplimiento efectivo de los fines fundacionales, en las condiciones de igualdad que se describirán más adelante, exige por modo imperativo que las fundaciones den a sus objetivos y actividades una publicidad que supere el círculo de lo puramente administrativo, y que alcance verdaderamente a sus usuarios. Una fundación que autónomamente y de manera sistemática no haga una tal publicidad, por otra parte, debiera considerarse “sospechosa”, y ser objeto de una investigación que determine la corrección de su funcionamiento y permita determinar eventuales responsabilidades de sus gestores. En síntesis: en virtud del artículo 21 *b)* es jurídicamente exigible una actividad de información o publicidad que se articule como una obligación de resultados.

En el Derecho de la Comunidades Autónomas, la exigencia es relativamente constante. Sin embargo, alguna legislación, como la catalana, omite por completo cualquier referencia directa o indirecta a la necesidad de dar publicidad de los fines y actividades de la fundación. Esta omisión abre la obvia interrogante de si les es aplicable a las fundaciones privadas catalanas la obligación de informar, por alguna vía diversa de la directa imposición legal. La respuesta, a mi juicio, no puede sino ser afirmativa. No sólo porque pudiera sostenerse la aplicación subsidiaria de la Ley 30/1994, sino porque del conjunto regulatorio catalán puede colegirse la necesidad de que se produzca un cumplimiento estricto de la voluntad del fundador respecto de los fines fundacionales (véanse los artículos 12, sobre obligaciones del patronato; y 15, sobre facultades del Protectorado) y ese cumplimiento estricto supone, de modo necesario, que si el fin de la fundación está dirigido a unos beneficiarios, éstos sean adecuadamente informados.

⁶⁷⁷ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La fundación. Un estudio jurídico*, p. 194. En el mismo sentido, LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*, p. 205, agregando una crítica a la norma por la indeterminación de lo que puede significar “información suficiente”.

El silencio, respecto de este punto, de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra fue suplido en 1996, con la ley 10/1996, que estableció formalmente la obligación de publicidad, en los mismos términos que la ley 30/1994.⁶⁷⁸

Por tanto, la ley de fundaciones de interés gallego, de 1983, fue la primera que incluyó la exigencia de publicidad suficiente de modo explícito y formal.⁶⁷⁹ La idea fue recogida, y ampliada, por la Ley de Fundaciones del País Vasco,⁶⁸⁰ y ha sido acogida por todas las legislaciones autonómicas posteriores. Así, la de la Comunidad de Madrid⁶⁸¹, la nueva ley canaria⁶⁸², y la de Valencia, aunque en este último caso la norma aparezca en un contexto diverso del de los principios de actuación.⁶⁸³ Una mención particular merece la legislación canaria que, con una visión administrativista de la vida y de la sociedad, exige, para cumplir esta obligación, publicar en el «Boletín Oficial de Canarias» un extracto de la memoria anual de actividades que contenga el resumen del inventario-balance y de las actividades.⁶⁸⁴ Desde luego, es improbable que los eventuales beneficiarios de muchas fundaciones canarias lean el susodicho Boletín Oficial, y la poco afortunada norma plantea el problema hermenéutico adicional de si hay que entender cumplido el artículo 24 con la sola publicación exigida por el artículo 25.7, o si, por el contrario, esta última norma establece sólo un mínimo (de medios) a partir del cual la fundación debe obtener un resultado (el

⁶⁷⁸ Navarra. Ley 10/1996. Artículo 8. “*Principios de actuación en relación con beneficiarios e interesados*. Las Fundaciones están obligadas a: a) Dar información y publicidad suficiente de sus fines y actividades para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios y demás interesados. (...)”

⁶⁷⁹ Galicia. Ley 7/1983. Artículo 18. “Las fundaciones a que se refiere esta Ley están obligadas, en el cumplimiento de sus fines, a dar publicidad suficiente de sus objetivos y actividades.”

⁶⁸⁰ País Vasco. Ley 12/1994. Artículo 24. *Publicidad y objetividad*. Las fundaciones están obligadas a dar publicidad suficiente a sus objetivos y actividades, a fin de que sean conocidas por sus eventuales beneficiarios e interesados. Asimismo, deberán actuar con criterios de objetividad en la selección de sus beneficiarios, cumpliendo a tal efecto las normas pertinentes de sus Estatutos.”

⁶⁸¹ Madrid. Ley 1/1998. Artículo 18. “*Principios de actuación*. Las fundaciones están obligadas a: (...) a) Dar información suficiente de sus fines y actividades para que sean conocidos por sus potenciales beneficiarios y demás interesados. (...)”

⁶⁸² Canarias. Ley 2/1998. Artículo 24. “Las fundaciones sujetas a esta Ley están obligadas a dar publicidad suficiente a sus objetivos y actividades, a fin de que sean conocidas por sus eventuales beneficiarios.”

⁶⁸³ Valencia. Ley 8/1998. Artículo 3. *Fines y beneficiarios*. (...)3. Los beneficiarios serán seleccionados por las fundaciones democráticamente con criterios de imparcialidad, no discriminación y objetividad, de acuerdo con las bases, normas o reglas que se elaboren para su selección. Las fundaciones deberán dar, a tal efecto, la mayor publicidad e información a sus propios fines y actividades.”

⁶⁸⁴ Canarias. Ley 2/1998. Artículo 25. “7. A los efectos previstos en el artículo anterior, deberá publicarse en el «Boletín Oficial de Canarias» un extracto de la memoria anual de actividades que contenga el resumen del inventario-balance y de las actividades.”

efectivo conocimiento por parte de los eventuales beneficiarios a que se refiere el artículo 24). Me parece que la última es la alternativa hermenéutica razonable.

1.2.3. El principio de imparcialidad y no discriminación

La norma que nos ocupa establece que las fundaciones están obligadas a actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios.

La obligación contenida en el artículo 21 literal *c*) de la Ley está directamente vinculada con la exigencia del artículo 2.2 que prescribe que “la finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas”, y con el artículo 9 *d*), que establece que los estatutos deben contener, entre otros extremos, “las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios”.

Por otra parte, la doctrina está conteste en que esta novedosa inclusión de la Ley de Fundaciones es positiva, ya que supondrá un cambio de cultura de numerosas fundaciones antiguas; y está también de acuerdo en que la interdicción de la discriminación debe interpretarse en el contexto de lo dispuesto por el artículo 14 de la Constitución Española, que la liga de modo muy amplio a la consideración del nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.⁶⁸⁵

Ahora bien, cabe precisar que el artículo 21 no puede prohibir toda discriminación, sino sólo aquella de carácter odioso o arbitrario. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ ha hecho ver que la ley ampara la “discriminación razonable”.⁶⁸⁶ En efecto, la naturaleza de las cosas (la escasez de recursos frente a la infinitud de las necesidades, para mayor precisión económica) suele imponer a las fundaciones una selección de sus beneficiarios efectivos, y en este sentido, la elección de quienes presenten mayores méritos, capacidades, virtudes o penurias no sólo no supone una discriminación censurable, sino que constituye la forma correcta de cumplir el fin de interés general al cual está afectado el patrimonio fundacional.

⁶⁸⁵ CABRA DE LUNA: *Op. cit.*, p. 179, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *Op. cit.*, p. 195, HUERTA HUERTA y HUERTA IZIAR DE LA FUENTE: *Fundaciones*, p. 485.

⁶⁸⁶ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *Loc. cit.*

La norma exige, además, una actuación imparcial. Ello supone que la fundación o sus patronos carezcan de interés propio en la designación de un beneficiario, así como la ausencia completa de designio anticipado, o de prevención a favor o en contra de alguien. En consecuencia, los patronos deben abstenerse de participar en la determinación de los beneficiarios cuando puedan tener algún interés personal en ella.

Las normas autonómicas recogen también el principio, aunque alguna, tanto de las más antiguas como de las últimas, lo silencia. El silencio de la ley foral navarra, cuya compilación data de 1973, fue suplido en 1996, con un texto idéntico al del la ley 30/1994.⁶⁸⁷ En el caso de Cataluña, la ley también omite un pronunciamiento directo sobre el tema. Con mucha más fuerza aún que en el caso de la publicidad suficiente, hay que sostener que el principio resulta igualmente aplicable, sea por la vigencia intersticial de la ley estatal, sea por el directo imperio de los principios constitucionales.⁶⁸⁸ Lo propio ocurre con los casos gallego y canario.

En cambio, el principio resulta tener consagración expresa en las disciplinas fundacionales del País Vasco,⁶⁸⁹ de Madrid⁶⁹⁰ y de la *Generalitat* de Valencia.⁶⁹¹

⁶⁸⁷ Navarra. Ley 10/1996. Artículo 8. “*Principios de actuación en relación con beneficiarios e interesados*. Las Fundaciones están obligadas a: (...) b) Actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios.”

⁶⁸⁸ España. Constitución Política del Estado. Art. 14. “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

⁶⁸⁹ País Vasco. Ley 12/1994. Artículo 24. *Publicidad y objetividad*. Las fundaciones (...) deberán actuar con criterios de objetividad en la selección de sus beneficiarios, cumpliendo a tal efecto las normas pertinentes de sus Estatutos.”

⁶⁹⁰ Madrid. Ley 1/1998. Artículo 18. “*Principios de actuación*. Las fundaciones están obligadas a: (...) c) Actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de los beneficiarios.”

⁶⁹¹ Valencia. Ley 8/1998. Artículo 3. *Fines y beneficiarios*. (...) 3. Los beneficiarios serán seleccionados por las fundaciones democráticamente con criterios de imparcialidad, no discriminación y objetividad, de acuerdo con las bases, normas o reglas que se elaboren para su selección. (...)”

Capítulo 2. Obligaciones formales periódicas

Abordaré en este capítulo las que propiamente suelen considerarse como obligaciones periódicas de la fundación en relación con la Administración, esto es, las relativas a la confección y presentación de presupuestos, balances y otras obligaciones contables y de información. Además, y en primer lugar, incluiré aquí la obligación que emana del artículo 18 de la ley, y que supone también una obligación de cumplimiento sucesivo, si se satisface adecuadamente.

Como se trata de una materia que suscita un interés muy relativo, respecto de las obligaciones contables, presupuestarias y de auditoría, me limitaré a hacer una mínima exposición del contenido de la ley, comparándola con otras disciplinas europeas y con el entorno normativo autonómico, y reseñaré brevemente la opinión de los autores que han abordado el tema. Incluyo el tema para no quebrar la integridad del tratamiento de las normas de control de gestión, pero por obvias razones de (in)competencia profesional, no profundizaré en el análisis de las cuestiones contables, ni en cuanto al fondo, ni en cuanto a su regulación formal de nivel infralegal.

2.1. Constancia de titularidad de bienes y derechos

2.1.1. El exceso del Derecho estatal

El artículo 18 de la ley contiene una norma que exige a las fundaciones “figurar como titular de todos los bienes y derechos que integran su patrimonio, los cuales se harán constar en su inventario y en el Registro de Fundaciones, y se inscribirán, en su caso, en los registros correspondientes.” COBO GÁLVEZ ha hecho ver que este mandato legal (que se aplica no sólo a los bienes que la fundación detente en propiedad, sino también a aquellos sobre los que se ostente cualquier otro derecho) tiene antecedentes tanto respecto de las fundaciones, cuanto respecto de la Ley de Sociedades Anónimas, y que encuentra su explicación “en el interés del legislador en que se garantice realmente la aportación y la cesión efectiva de bienes a través de la constancia en la escritura pública de constitución si se trata de la dotación fundacional –art. 8.c)– y mediante la obligación de que el patrimonio figure a nombre de la fundación en inventarios y registros.”⁶⁹² Cuestionando sin embargo la justificación de la medida, el mismo autor indica que la norma excede el propósito que se había considerado en

principio necesario: conocimiento de las fundaciones existentes, de su patrimonio y de sus realizaciones más relevantes.

La norma puede dividirse sistemáticamente en dos partes, ya que contiene dos preceptos vinculados pero distintos: Uno –sobre el cual parece existir completo acuerdo, porque su explicación resulta escasa en la doctrina– es la obligación de que la fundación figure como titular de los bienes que efectivamente detenta. Su finalidad no es oscura. Se trata de evitar simulaciones y ocultamientos que puedan tergiversar la imagen patrimonial de la fundación, tanto respecto de terceros, cuanto del propio Protectorado. El segundo precepto –controversial– es el que exige unas ciertas constancias de la referida titularidad patrimonial. Esta triple constancia de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación (inventario, Registro de Fundaciones y registros propietarios) ha parecido, ya desde la misma tramitación de la Ley, algo excesiva. Los Grupos Parlamentarios Catalán y Popular presentaron en el Senado una enmienda, que no prosperó, en el sentido de eliminar la necesidad de inscribir en el Registro de Fundaciones, ya que éste es un registro de personas, como el Mercantil, y no de bienes, como el de la Propiedad. Los autores también han efectuado reparos a la norma, indicando que el legislador ha ido “más allá de lo que aconseja la prudencia en el tráfico jurídico”⁶⁹³ reclamando de los tribunales y Protectorados una interpretación flexible del precepto.

Pese a que alguien en su momento entendió y sostuvo que la Ley exigía positivamente una doble constancia con carácter de inscripción registral⁶⁹⁴, me parece que tal postura no puede ser sostenida hoy, principalmente a la luz de lo establecido por el Reglamento del Registro de Fundaciones. Ese cuerpo normativo enumera, en su artículo 3, los actos sujetos a inscripción, enumeración que no incluye la de los bienes patrimoniales. En cambio, el artículo 4, que determina qué otra información se halla sujeta a una simple “constancia registral”, establece:

“Artículo 4. Otra información sujeta a constancia registral.

1. Se incorporarán al Registro de Fundaciones de competencia estatal, una vez remitidos por el Protectorado, los siguientes documentos:

a) Con carácter anual, el Inventario, Balance de situación, Cuenta de Resultados y Memoria expresiva de las actividades fundacionales y de la gestión económica, en los términos que señala el artículo 23.1 de la Ley 30/1994.

b) La liquidación del presupuesto de ingresos y gastos del año anterior.

⁶⁹² COBO GÁLVEZ: “Comentario a los artículos 17 a 20”, p. 159.

⁶⁹³ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La fundación: Un estudio jurídico*, p. 132.

⁶⁹⁴ REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI: *La nueva Ley de Fundaciones*, p. 49.

c) Los informes de auditoría externa a que hace referencia el artículo 23.3 de la Ley 30/1994.

2. Los citados documentos se depositarán en el Registro en un anexo del mismo como archivo individualizado para cada fundación. De los mismos se hará sucinta referencia en la hoja informática abierta para la fundación.

3. (...)"

Así, lleva razón DEL CAMPO al sostener que “la constancia en el Registro de Fundaciones de los bienes y derechos de que la fundación sea titular es, por lo tanto, una *constancia derivada* y relativa a inscripciones que se operan en otros Registros (de la Propiedad, de la Propiedad Industrial, de Bienes de Interés Cultural, etc.).”⁶⁹⁵ Me parece que una interpretación adecuada del problema supone entender cumplido el mandato legal con esa constancia derivada, que se genera al depositar en el Registro, entre otros documentos, el inventario anual.⁶⁹⁶

En contra, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ observa –a pesar de haber sugerido líneas atrás la necesidad de una interpretación flexible– que “con arreglo a la ley, no podrá cumplirse con esta obligación depositando el inventario de la fundación en el registro, pues la Ley expresamente exige que todos los bienes y derechos se hagan constar en el inventario y el Registro”, entendiendo que el Reglamento recoge esta obligación en la cláusula residual de la letra m) del artículo 3: “Cualquier otro acto, cuando así lo ordenen las disposiciones vigentes”.⁶⁹⁷

Como ya se avanzó, creo que justamente una interpretación flexible de la norma, que no conduzca a la práctica imposibilidad empírica derivada de una “innecesaria, incesante y costosa tramitación burocrática”⁶⁹⁸ pasa por considerar cumplida la obligación del artículo 18 de la Ley con la incorporación anual del inventario, exigida por el Reglamento.⁶⁹⁹ En el plano de *lege ferenda*, parece altamente deseable una modificación normativa que así lo determinara, o que directamente

⁶⁹⁵ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 222. Las cursivas son del autor.

⁶⁹⁶ En este sentido, ORTI VALLEJO: “Notas sobre la capacidad de las fundaciones”, p. 881.

⁶⁹⁷ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La Fundación: Un estudio jurídico*, p. 132.

⁶⁹⁸ *Loc. cit.*

⁶⁹⁹ La Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid (1/1998, de 2 de marzo) adopta un partido razonable: Su artículo 15, que se refiere específicamente a la titularidad de bienes y derechos, establece que “Las fundaciones deberán figurar como titulares de todos los bienes y derechos que integran su patrimonio, los cuales se harán constar en su inventario, y se inscribirán, en su caso, en los Registros correspondientes.”

suprimiese la referencia al Registro de Fundaciones, evitando así el forzamiento hermenéutico del artículo 18 de la ley.⁷⁰⁰

2.1.2. Las regulaciones autonómicas

En el nivel autonómico, la exigencia de alguna forma de constancia registral de los bienes no resulta extraña, especialmente en las leyes más recientes, pero la redacción —en los casos en que la obligación se establece— suele ser más afortunada que la de la Ley estatal, en el sentido de dejar claro que no se trata de inscribir cada bien y derecho en el Registro, sino de hacerlos constar en un inventario, y depositar éste en el Registro.

En primer término, hay que señalar que las autonomías de Cataluña, de Galicia y de Navarra no contienen exigencia alguna en este sentido, de manera que sólo se inscriben los bienes que según el derecho civil común deben ser inscritos.

Entre las Comunidades que sí contemplan alguna exigencia a este respecto, el País Vasco sólo exige que los bienes se inscriban “en su caso”, con lo que se evita la doble constancia registral,⁷⁰¹ y ocurre exactamente lo mismo en las leyes de

⁷⁰⁰ Por su parte, hay bastantes ordenamientos fundacionales comparados que exigen la inclusión de las fundaciones en un Registro (con la inscripción cumpliendo funciones diversas), pero sólo uno, hasta donde alcanza mi conocimiento, exige que en él consten también individualizadamente sus bienes y sus mutaciones. Se trata, en Alemania, de la Ley de Fundaciones de Renania-Palatinado, cuyo parágrafo 14.4 determina que “La existencia del patrimonio debe incluirse en el Registro. Las entradas y salidas deben hacerse evidentes (inscribirse) regularmente” (“*Der Bestand des vermögens ist in einem Verzeichnis aufzunehmen. Die Zu- und Abgänge sind laufend ersichtlich zu machen.*”) Para el resto de las disciplinas fundacionales, los casos de máxima exigencia en este sentido se limitan a pedir una constancia de los bienes con los que se dota inicialmente a la fundación. *Vid.*, por ejemplo, las secciones 3, 4 y 5 de la *Charities Act* de 1993, de Inglaterra y Gales; para el caso alemán, *vid.* el parágrafo 4 de la Ley de Fundaciones de Baden Württemberg; el § 26 de la ley de Brandenburg; § 15 de la de Bremen; § 4 de Mecklenburg-Vorpommern; § 26 de Nordrhein-Westfalen; § 18 de Saarland; y § 15 (1) Nr. 4 de Schleswig-Holstein; § 20 de la *Stiftungsgesetz* de la antigua *Deutsche Demokratische Republik*. Otros ejemplos pueden encontrarse los arts. 33 y 34 del *Codice Civile Italiano*; en los arts. 52 y 81 del Código Civil suizo; en el Capítulo 10 de la *Stiftselag* (Lag 1220/1994) de Suecia; en los párrafos 12 y 13 de la *Privatstiftungsgesetz* Nr. 694/1993 austriaca; en el Capítulo II de la *Lov om Stiftelser* noruega (23 de mayo de 1980, Núm.11), especialmente los párrafos § 2-4 (*Registrering*) y § 2-5 (*Registreringsmeldingens innhold*); en el artículo 289 del *Burgerlijk Wetboek* de los Países Bajos; y en los arts. 537 y 538 (para las *Anstalten*) y 556 y 557 (para las fundaciones) del *Personen- und Gesellschaftsrecht vom 20. Januar 1926* de Liechtenstein.

⁷⁰¹ País Vasco. Ley 12/1994. Artículo 23. “*Inventario y registro de bienes y derechos fundacionales*. Los bienes y derechos que integran el patrimonio fundacional deberán estar a nombre de la fundación y habrán de constar en su Inventario y ser inscritos, en su caso, en los Registros correspondientes.”

fundaciones de Madrid⁷⁰² y Valencia.⁷⁰³ En cambio, la ley canaria reitera el error de la ley estatal, y exige constancia registral para todos los bienes y derechos de la fundación, y doble inscripción, por tanto, para los bienes normalmente inscribibles.⁷⁰⁴

2.2. Obligaciones contables y de información básica

2.2.1. Derecho Comparado

Una parte importante de los ordenamientos europeos establece algún tipo de instrumentos que permitan al público y/o a la Administración el acceso a la información básica que permita juzgar la marcha económica ordinaria de la fundación, así como conocer sus actividades y el grado de cumplimiento de sus fines.

2.2.1.1. Alemania

En Alemania, –y valga este comentario para todo el contenido de esta Segunda Parte de la tesis– el Código Civil apenas contiene algunas reglas básicas respecto de la organización de la fundación, por remisión a las normas sobre asociaciones, y no contiene reglas acerca de la supervisión estatal sobre la actividad y el patrimonio fundacional. Por ello, y en virtud de la prescripción general del parágrafo 85, la vigilancia administrativa queda entregada a las legislaciones de los *Länder*. El principio, según lo describe VON TUHR, es que “el derecho imperativo nacional tiene prioridad sobre el derecho local; el derecho dispositivo nacional puede ser completado o modificado por el derecho local.”⁷⁰⁵ Por ello, la mayoría de las menciones al derecho germano que se realicen en esta parte se referirán al derecho local.

Sin perjuicio de esas menciones específicas, parecen necesarias algunas consideraciones generales acerca de la supervisión de la actividad fundacional en ese ámbito. En primer lugar, es menester acotar que en Alemania la vigilancia de la

⁷⁰² Madrid. Ley 1/1998. Artículo 15. “*Titularidad de bienes y derechos*. Las fundaciones deberán figurar como titulares de todos los bienes y derechos que integran su patrimonio, los cuales se harán constar en su inventario, y se inscribirán, en su caso, en los Registros correspondientes.”

⁷⁰³ Valencia. Ley 8/1998. Artículo 19. “*Patrimonio de la fundación*. 1. Los bienes y derechos que integren el patrimonio de la fundación constarán en su inventario, que anualmente se presentará para su constancia en el Registro de Fundaciones, y se inscribirán, en su caso, en los registros públicos correspondientes, en la forma que determina la ley reguladora de dichos registros. (...)”

⁷⁰⁴ Canarias. Ley 2/1998. Artículo 12. “2. La fundación deberá figurar como titular de todos los bienes y derechos que integran su patrimonio, los cuales se harán constar en su inventario y en el Registro de Fundaciones de Canarias, y se inscribirán, en su caso, en los registros correspondientes.”

⁷⁰⁵ VON TUHR: *Derecho Civil*, I², p. 613.

fundación se considera una garantía de la voluntad del fundador y de la autonomía de la fundación. Aunque se halle provista de diferentes mecanismos en cada uno de los *Länder*, en su conjunto está limitada a una supervisión jurídica pura, no alcanzando por tanto a la valoración de la oportunidad de las acciones para la realización del fin de la fundación, oportunidad respecto de la cual los órganos fundacionales quedan libres de supervisión estatal.⁷⁰⁶ Según los autores precitados, la supervisión jurídica de la fundación por el Protectorado cubre “sólo” la vigilancia de la observancia de la ley y de los estatutos de la fundación, en los cuales se ha manifestado la voluntad del fundador. No existe supervisión con respecto a cuestiones específicas (supervisión técnica o especializada), es decir, que los órganos de la fundación son en este punto libres de administrar la fundación a su mejor saber y entender (aunque el límite suele resultar conflictivo en la práctica).⁷⁰⁷

Ahora bien, “conforme a las leyes de fundaciones propias de los estados federales pueden distinguirse formas diversas de configurar la supervisión fundacional. El espectro va desde Hamburgo, que deja a la libre apreciación del Protectorado la amplitud de la supervisión, hasta la regulación jurídica minuciosa de, por ejemplo, la Ley de Fundaciones de Baden-Wurtemberg.”⁷⁰⁸ Para que el Protectorado pueda garantizar la observancia de los requisitos legales y de la voluntad del fundador, dispone, en las leyes estatales, de instrumentos jurídicos como la objeción a acuerdos de los órganos de la fundación, la orden de ciertas medidas al órgano de la fundación, la remoción y reemplazo de los integrantes del órgano, entre otros.⁷⁰⁹ Esencialmente, debe hacerse notar que la intervención de la autoridad en cada caso no puede producirse más que en las condiciones descritas en las leyes estatales de fundaciones aplicables, particularmente teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad en la aplicación. En caso de violación de su deber administrativo en relación con la supervisión de una fundación, el Protectorado responde, como toda autoridad pública, según los principios de la responsabilidad administrativa. Contra las medidas de control de la fundación cabe la obtención de protección jurídica según los principios del Derecho Administrativo.⁷¹⁰ En cualquier caso, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha establecido que la vigilancia sobre la fundación no debe ser abusiva, ni aún para imponer a la fundación los intereses públicos.

⁷⁰⁶ HENNERKES y SCHIFFER: *Stiftungsrecht*, p. 99.

⁷⁰⁷ SEIFART/VON CAMPENHAUSEN: *Handbuch des Stiftungsrechts*, p. 284.

⁷⁰⁸ HENNERKES y SCHIFFER: *Op. cit.*, p. 100.

⁷⁰⁹ Una descripción detallada de cada uno de los mecanismos que establecen las leyes de fundaciones locales en SEIFART/VON CAMPENHAUSEN: *Handbuch des Stiftungsrechts*, p. 299 a 334.

⁷¹⁰ SEIFART/VON CAMPENHAUSEN: *Handbuch des Stiftungsrechts*, p. 294.

Específicamente sobre la materia que nos ocupa, las legislaciones de los *Länder* suelen contener el principio del derecho a la información que compete al Protectorado, sea estableciendo una facultad legal para éste, sea generando obligaciones de información para el órgano de gobierno de las fundaciones.⁷¹¹ Así ocurre, por ejemplo, en la ley de Baden–Württemberg (§ 9), que establece, bajo el rótulo “Información y auditoría”, que el Protectorado puede informarse sobre los negocios particulares de la fundación, y que los órganos de ésta están obligados a proporcionar y presentar la documentación correspondiente. Además, determina la obligación de la fundación de presentar, en el plazo de seis meses desde el fin de cada ejercicio, un balance anual con un inventario patrimonial y un informe sobre la realización del fin fundacional, precisando que el Protectorado puede autorizar que el balance y el informe puedan ser presentados en intervalos superiores al anual. Remata el precepto indicando que el Protectorado puede auditar o hacer auditar la administración de la fundación, a costa de la fundación. Normas de semejante contenido se encuentran en las leyes de fundaciones de Baviera (Arts. 24 y 25); §§ 8 y 9 de la *Berliner Stiftungsgesetz*; § 19 de la ley de Brandenburg; § 12 de la de Bremen; § 13 de la *Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch Hamburg*; §§ 7 y 12 de la Ley de Fundaciones de Hesse; § 15 de Mecklenburg–Vorpommern; § 11 de la ley de Baja Sajonia; §§ 10 y 20 de la de Nordrhein–Westfalen; §§ 17 y 32 de la ley de Rheinland–Pfalz; y § 11 en la ley del Saarland; § 10 de la ley de Schleswig–Holstein (este último, en su última versión de marzo de 2000, con la expresión más espectacular de *political correctness* igualitarista que he visto en una ley: no sólo se refiere a “la fundadora o el fundador”, a lo largo de toda la ley, sino que en este artículo alude a “*einer öffentlich bestellten Wirtschaftsprüferin oder eines öffentlich bestellten Wirtschaftsprüfers, einer vereidigten Buchprüferin oder eines vereidigten Buchprüfers*”).

2.2.1.2. Italia

El caso de Italia resulta muy singular en cuanto a las obligaciones formales, puesto que el control administrativo se construye sobre la pura base dogmática del artículo 25 del *Codice*, que permite a la administración nombrar y sustituir a los gestores o representantes cuando ello no pueda hacerse según lo dispuesto en el acto de fundación; anular las decisiones fundacionales contrarias a la ley, al negocio de

⁷¹¹ En homenaje a la brevedad, y para no transformar esta parte de la tesis en un estudio de algo que pudiera llamarse “derecho autonómico germánico comparado”, tratándose de normas legales dictadas por los *Länder* no transcribiré las disposiciones, sino que me limitaré a mencionar su número.

fundación, al orden público o a las buenas costumbres; disolver la administración y nombrar un comisario extraordinario, cuando los gestores no actúen conforme a los estatutos, el fin fundacional o la ley;⁷¹² pero la doctrina denuncia, como es natural, que “falta una disciplina sobre el balance y sobre la contabilidad; ni está previsto un control interno obligatorio de parte de una junta de control. La doctrina más atenta, de otra parte, hace tiempo viene sugiriendo que muchas normas del sistema de las sociedades comerciales debieran adaptarse para la administración de los entes no lucrativos.”⁷¹³ Por ello, toda esta materia queda entregada a las reglas que puedan contenerse en los estatutos.⁷¹⁴ Muy probablemente a causa de esa ausencia de información básica de carácter periódico, en la práctica resulta que los referidos poderes de control no se ejercitan sino en casos del todo excepcionales.⁷¹⁵

2.2.1.3. Francia

En Francia, aunque tradicionalmente las obligaciones contables de la fundación resultaban muy restringidas, desde la vigencia de la Ley de 4 de julio de 1990 se ha hecho extensiva a todas las fundaciones reconocidas de utilidad pública la obligación de llevar cuentas anuales, según los principios definidos en el Código de Comercio, y de designar un comisario de cuentas y un suplente.^{716/717} La innovación, pese a tener la

Casi todos los textos actualizados pueden consultarse, como ya se dijo antes, en los Anexos de SEIFART/VON CAMPENHAUSEN: *Handbuch des Stiftungsrechts*, pp. 819 a 887.

⁷¹² Italia. *Codice Civile*. Art. 25 “Controllo sull'amministrazione delle fondazioni.

L'autorità governativa esercita il controllo e la vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni; provvede alla nomina e alla sostituzione degli amministratori o dei rappresentanti, quando le disposizioni contenute nell'atto di fondazione non possono attuarsi; annulla, sentiti gli amministratori, con provvedimento definitivo, le deliberazioni contrarie a norme imperative, all'atto di fondazione, all'ordine pubblico o al buon costume; può sciogliere l'amministrazione e nominare un commissario straordinario, qualora gli amministratori non agiscano in conformità dello statuto e dello scopo della fondazione o della legge.

L'annullamento della deliberazione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima (1445, 2377).

Le azioni contro gli amministratori per fatti riguardanti la loro responsabilità devono essere autorizzate dall'autorità governativa e sono esercitate dal commissario straordinario, dai liquidatori o dai nuovi amministratori.”

⁷¹³ IORIO: *Le fondazioni*, p. 307. Esta ausencia de normas sobre deberes de información a la autoridad ha sido suplida, en una intervención legislativa puramente sectorial, para las entidades que operaban en el sector musical, transformadas en fundaciones de Derecho Privado (Decreto Legislativo de 26 de junio de 1996). Para esas fundaciones se exige la llevanza de libros y otros documentos contables, la confección de un balance, y su presentación ante el Ministerio de Hacienda, y el depósito de una copia en el Registro comercial (*Vid. IORIO: Le fondazioni*, p. 308 a 310)

⁷¹⁴ ALPA: “Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia”, p. 30.

⁷¹⁵ GALGANO: “Delle persone giuridiche”, p. 341, Nota Núm. (5).

⁷¹⁶ Francia. Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat. Article 18 (Loi n° 90-559 du 4 juillet 1990) Dernier alinéa: “*Les dispositions des trois premiers alinéas du II de l'article 5 de la présente loi sont étendues à toutes les fondations reconnues d'utilité publique.*”

ventaja de armonizar el régimen contable del conjunto de las fundaciones, no ha estado exenta de críticas, debido a que su costo pudiera obligar a las fundaciones pequeñas y medianas a desaparecer o cobijarse al alero de las grandes fundaciones.⁷¹⁸ Pese a la crítica, el proceso de homogeneización de estas obligaciones ha seguido adelante, con la dictación del reglamento N° 99-01, de 16 de febrero de 1999, que establece un plan contable común para asociaciones y fundaciones.⁷¹⁹ En cuanto a la supervisión estatal, para las fundaciones reconocidas de utilidad pública ésta se estructura por medio de dictámenes y estatutos-tipo emitidos por el Consejo de Estado; “tiene por finalidad asegurar el funcionamiento normal de la fundación, y consiste en un derecho de comunicación y de investigación por parte de la autoridad. Además, la fundación debe remitir cada año a la autoridad administrativa un informe de actividades al que se adjunta el informe del comisario de cuentas, y las cuentas anuales.”⁷²⁰ Con todo, los autores hacen notar que la Administración ejerce muy raramente sus poderes, lo que trae como consecuencia la supervivencia formal de fundaciones que no tienen ni utilidad pública ni existencia efectiva. Dos razones, se apunta, explican este estado de las cosas: una confianza *a priori* que beneficia a las fundaciones por las estrictas regulaciones estatutarias a las que suelen estar sometidas, y la presencia en sus Patronatos (consejos de administración) de representantes del poder público, de una parte; y la ausencia de recursos y personal calificado para efectuar sistemáticamente

Article 5 (...) II. *Les établissements d'utilité publique autorisés à recevoir des versements pour le compte d'oeuvres ou d'organismes mentionnés au 1 de l'article 238 bis du code général des impôts, ainsi que les oeuvres et organismes qui reçoivent des versements par l'intermédiaire de ces établissements, doivent établir des comptes annuels selon les principes définis au code de commerce.*

Les peines prévues par l'article 439 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 précitée sont applicables aux dirigeants des personnes morales visées à l'alinéa précédent qui n'auront pas établi les comptes annuels précités.

Les établissements d'utilité publique visés au premier alinéa du présent paragraphe sont tenus de nommer au moins un commissaire aux comptes et un suppléant, choisis sur la liste mentionnée à l'article 219 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 précitée, qui exercent leurs fonctions dans les conditions prévues par ladite loi sous réserve des règles qui sont propres à ces établissements. Les dispositions de l'article 457 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 précitée sont applicables aux commissaires aux comptes ainsi nommés; les dispositions des articles 455 et 458 de la même loi sont applicables aux dirigeants de ces établissements.

L'autorisation accordée aux établissements d'utilité publique de recevoir des versements pour le compte d'oeuvres ou d'organismes est rapportée par décret en Conseil d'Etat en cas de non-observation de l'obligation d'établir des comptes annuels ou de nommer au moins un commissaire aux comptes.”

⁷¹⁷ Para una descripción específica de las cuentas que deben llevarse, de su forma e incumbencia, de los principios y métodos contables, *vid.* MACQUERON *et al.*: *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Associations et Fondations, 1999–2000*, pp. 1037 que 1042.

⁷¹⁸ BARON y DELSOL: *Les fondations*, p. 64.

⁷¹⁹ MACQUERON *et al.*: *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Associations et Fondations, 1999–2000*, p. 1036.

⁷²⁰ BARON y DELSOL: *Op. cit.*, p. 61.

estos controles. Por tanto, resulta forzoso constatar que, en la práctica, los poderes de supervisión y control resultan poco constrictivos.⁷²¹

Para el caso de las fundaciones de empresa, rigen las obligaciones de confección y presentación a la autoridad administrativa del balance, cuenta de resultados e informe anexo determinadas por los artículos 19-9 y 19-10 de la Ley,⁷²² además de quedar obligadas, en los mismos términos que las fundaciones de utilidad pública, por la nueva regulación sobre contabilidad.⁷²³

2.2.1.4. Inglaterra

En Inglaterra y Gales, el tema recibe una minuciosa atención legislativa, y a su tratamiento se destina completa la Parte VI de la *Charities Act* de 1993. Como notas más relevantes, hay que destacar el deber de llevar registros contables, en términos tales que den cabal cuenta de todas las operaciones de la *charity*, y que describan con

⁷²¹ *Ibid.*, p. 62.

⁷²² Francia. Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987. Article 19-9 (inséré par Loi n° 90-559 du 4 juillet 1990) “*Les fondations d'entreprise établissent chaque année un bilan, un compte de résultats et une annexe. Elles nomment au moins un commissaire aux comptes et un suppléant, choisis sur la liste mentionnée à l'article 219 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, qui exercent leurs fonctions dans les conditions prévues par cette loi ; les dispositions de l'article 457 de la loi précitée leur sont applicables. Les peines prévues par l'article 439 de la même loi sont applicables au président et aux membres des conseils de fondations d'entreprise qui n'auront pas, chaque année, établi un bilan, un compte de résultat et une annexe. Les dispositions des articles 455 et 458 de la même loi leur sont également applicables.*

Les fondations d'entreprise dont les ressources dépassent un seuil défini par voie réglementaire sont tenues d'établir une situation de l'actif réalisable et disponible et du passif exigible, un compte de résultat prévisionnel, un tableau de financement et un plan de financement. Ces documents sont analysés dans des rapports écrits sur l'évolution de la fondation d'entreprise, établis par le conseil d'administration ; ils sont communiqués au commissaire aux comptes. En cas de non-observation des dispositions du présent alinéa ou si les rapports qui lui sont adressés appellent des observations de sa part, le commissaire aux comptes le signale au conseil d'administration par un rapport écrit.

Le commissaire aux comptes peut appeler l'attention du président ou des membres du conseil de la fondation d'entreprise sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'activité qu'il a relevé au cours de sa mission ; il peut demander au conseil d'administration d'en délibérer ; il assiste à la réunion ; en cas d'inobservation de ces dispositions ou si, en dépit des décisions prises, il constate que la continuité de l'activité reste compromise, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial qu'il adresse à l'autorité administrative.”

Article 19-10 (inséré par Loi n° 90-559 du 4 juillet 1990)

“L'autorité administrative s'assure de la régularité du fonctionnement de la fondation d'entreprise; à cette fin, elle peut se faire communiquer tous documents et procéder à toutes investigations utiles.

La fondation d'entreprise adresse, chaque année, à l'autorité administrative un rapport d'activité auquel sont joints le rapport du commissaire aux comptes et les comptes annuels.”

⁷²³ MACQUERON et al.: *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Associations et Fondations, 1999-2000*, pp. 1049 y 1054.

precisión razonable, la posición financiera de la entidad (Sección 41). Asimismo, se contempla la obligación de realizar anualmente una presentación del estado de cuentas, (salvo que los ingresos brutos anuales no excedan de £25.000, caso en el que los *charity trustees* pueden optar por realizar sólo una cuenta de recibos y pagos, o una declaración de activos y pasivos (Sección 42). Por su parte, la sección 43 establece la obligación, para las *charities* cuyos ingresos brutos superen las £100.000, de realizar una auditoría externa de cuentas. Las secciones 45 y siguientes establecen el deber de preparar informes anuales que contengan las actividades de la entidad durante el año, así como otra información relacionada con la *charity* o con sus gestores. Esta memoria anual debe ser entregada a los *Commissioners* (el Protectorado⁷²⁴), adjuntando el estado de cuentas del año, y el informe de auditoría, si ha correspondido realizarlo. Como mecanismos de información y control por parte de los propios beneficiarios, se establece que los informes enviados a los *Commissioners* son de acceso público, y que cualquier persona puede solicitar directamente de la *charity* sus cuentas recientes, con el solo requisito de pagar el costo de la copia. La falta de cumplimiento de cualquiera de estas obligaciones constituye una *offense*, punible en consecuencia con una multa, de acuerdo con la Sección 49.⁷²⁵

⁷²⁴ La igualación de los *Commissioners* con el Protectorado es una simplificación para efectos expositivos. A partir de la constatación de que “corresponde a las potestades de la Corona como *parens patriae* garantizar la ejecución de los *charitable trusts*, y siempre se ha reconocido como deber de los funcionarios legales de la Corona intervenir para proteger las *charities*, y para proveer consejo y asistencia a la Corte en la administración de los *charitable trusts*. Este rol es actualmente mayoritariamente llevado a cabo por los *Charity Commissioners*, tres personas que, en conjunto con su *staff*, forman un departamento administrativo responsable ante el Ministro del Interior. Sus funciones son dobles, el apoyo y la supervisión de las *charities*.” (SWADLING: “Property: General Principles”, p. 367).

⁷²⁵ Reino Unido. Charities Act 1993. Como la transcripción íntegra de las nueve secciones de la Parte VI (*Charity Accounts, Reports and Returns*) emplearía unas cinco páginas de notas a pie, sólo incluiré aquí un extracto de las partes más significativas, evitando la regulación más reglamentaria.

“Section 41 Duty to keep accounting records.

(1) *The charity trustees of a charity shall ensure that accounting records are kept in respect of the charity which are sufficient to show and explain all the charity's transactions, and which are such as to-* (a) *disclose at any time, with reasonable accuracy, the financial position of the charity at that time, and (b) enable the trustees to ensure that, where any statements of accounts are prepared by them under section 42(1) below, those statements of accounts comply with the requirements of regulations under that provision. (...)*

(3) *The charity trustees of a charity shall preserve any accounting records made for the purposes of this section in respect of the charity for at least six years from the end of the financial year of the charity in which they are made.”*

Section 42 Annual statements of accounts.

“(1) *The charity trustees of a charity shall (subject to subsection (3) below) prepare in respect of each financial year of the charity a statement of accounts complying with such requirements as to its form and contents as may be prescribed by regulations made by the Secretary of State. (...)*

(3) *Where a charity's gross income in any financial year does not exceed £25,000, the charity trustees may, in respect of that year, elect to prepare the following, namely-* (a) *a receipts and payments*

2.2.1.5. Otros ordenamientos

En los Países Bajos la Administración no ejerce una supervisión directa sobre las fundaciones, sino que el control se ejercita judicialmente, actividad judicial que puede ser promovida por la autoridad administrativa o por los beneficiarios.⁷²⁶ Por ello, el Código Civil contempla normas que imperan a la directiva de las personas jurídicas (en general) a llevar a cabo una administración tal que su situación patrimonial, sus derechos y obligaciones, y sus actividades puedan ser conocidos en todo momento; llevando y guardando libros, documentos y otros soportes de datos, al menos por siete años. Asimismo, y sin perjuicio de lo dispuesto para cada tipo de

account, and (b) a statement of assets and liabilities, instead of a statement of accounts under subsection (1) above. (...)"

Section 43 Annual audit or examination of charity accounts.

"(1) Subsection (2) below applies to a financial year of a charity ("the relevant year") if the charity's gross income or total expenditure in any of the following, namely- (a) the relevant year, (b) the financial year of the charity immediately preceding the relevant year (if any), and (c) the financial year of the charity immediately preceding the year specified in paragraph (b) above (if any), exceeds £100,000.

(2) If this subsection applies to a financial year of a charity, the accounts of the charity for that year shall be audited by a person who- (a) is, in accordance with section 25 of the Companies Act 1989 (eligibility for appointment), eligible for appointment as a company auditor, or (b) is a member of a body for the time being specified in regulations under section 44 below and is under the rules of that body eligible for appointment as auditor of the charity. (...)"

Section 45 Annual reports

"(1) The charity trustees of a charity shall prepare in respect of each financial year of the charity an annual report containing- (a) such a report by the trustees on the activities of the charity during that year, and (b) such other information relating to the charity or to its trustees or officers, as may be prescribed by regulations made by the Secretary of State. (...)

(3) The annual report required to be prepared under this section in respect of any financial year of a charity shall be transmitted to the Commissioners by the charity trustees- (a) within ten months from the end of that year, or (b) within such longer period as the Commissioners may for any special reason allow in the case of that report.

(4) Subject to subsection (5) below, any such annual report shall have attached to it the statement of accounts prepared for the financial year in question under section 42(1) above or (as the case may be) the account and statement so prepared under section 42(3) above, together with- (a) where the accounts of the charity for that year have been audited under section 43 above, a copy of the report made by the auditor on that statement of accounts or (as the case may be) on that account and statement; (b) where the accounts of the charity for that year have been examined under section 43 above, a copy of the report made by the independent examiner in respect of the examination carried out by him under that section. (...)"

Section 47 Public inspection of annual reports etc.

"(1) Any annual report or other document kept by the Commissioners in pursuance of section 45(6) above shall be open to public inspection at all reasonable times- (...)

(2) Where any person- (a) requests the charity trustees of a charity in writing to provide him with a copy of the charity's most recent accounts, and (b) pays them such reasonable fee (if any) as they may require in respect of the costs of complying with the request, those trustees shall comply with the request within the period of two months beginning with the date on which it is made. (...)"

persona jurídica en particular, debe confeccionarse anualmente un balance y un estado de resultados.⁷²⁷ Especialmente para las fundaciones, el Código determina la obligación de confeccionar una cuenta y un informe anual, de publicarlos en la sede de la fundación, y de aprobarlos por el órgano estatutariamente competente (a falta de otro, la Directiva). Con todo, el Ministerio de Economía puede dispensar, si se solicita, de la obligación de redactar, presentar y aprobar la cuenta anual.⁷²⁸ Al propio tiempo, la ley establece mecanismos para posibilitar la acción judicial, facultando al Ministerio Público para solicitar información al Patronato cuando sospeche falta de observancia de la ley o los estatutos. En caso de negativa, el tribunal ordenará, en resolución inapelable, que se pongan a disposición del Ministerio Público los libros, documentos y otros soportes de datos, y a la vista los activos de la fundación.⁷²⁹

⁷²⁶ VAN DE PLOEG: "Las fundaciones en Europa: Visión de Derecho Comparado", p. 56; ALFANDARI: *Associations et fondations en Europe*, p. 343.

⁷²⁷ Holanda. Burgerlijk Wetboek. Boek II. Artikel 10.

"1) Het bestuur is verplicht van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend.

2) Onverminderd het bepaalde in de volgende titels is het bestuur verplicht jaarlijks binnen zes maanden na afloop van het boekjaar de balans en de staat van baten en lasten van de rechtspersoon te maken en op papier te stellen.

3) Het bestuur is verplicht de in de leden 1 en 2 bedoelde boeken, bescheiden en andere gegevensdragers gedurende zeven jaren te bewaren.

4) De op een gegevensdrager aangebrachte gegevens, uitgezonderd de op papier gestelde balans en staat van baten en lasten, kunnen op een andere gegevensdrager worden overgebracht en bewaard, mits de overbrenging geschiedt met juiste en volledige weergave der gegevens en deze gegevens gedurende de volledige bewaartijd beschikbaar zijn en binnen redelijke tijd leesbaar kunnen worden gemaakt."

⁷²⁸ Holanda. Burgerlijk Wetboek. Boek II. Artikel 300.

"1. Jaarlijks binnen zes maanden na afloop van het boekjaar van een stichting als bedoeld in artikel 360 lid 3, behoudens verlenging van deze termijn met ten hoogste vijf maanden door het in lid 3 bedoelde orgaan op grond van bijzondere omstandigheden, maakt het bestuur eenjaarrekening op en legt het deze voor hen die deel uitmaken van het in lid 3 bedoelde orgaan ter inzage ten kantore van de stichting. Binnen deze termijn legt het bestuur ook de krachtens artikel 392 lid 1 toe te voegen gegevens ter inzage voor hen die deel uitmaken van het in lid 3 bedoelde orgaan en het jaarverslag, tenzij artikel 396 lid 6, eerste volzin, voorzover het betreft het jaarverslag, of artikel 403 voor de stichting gelden. De termijn kan voor beleggingsmaatschappijen waaraan ingevolge de Wet toezicht beleggingsinstellingen een vergunning is verleend, bij of krachtens die wet worden bekort. Zij die deel uitmaken van het in lid 3 bedoelde orgaan kunnen kosteloos een afschrift van deze stukken verkrijgen. (...)

3. De jaarrekening wordt uiterlijk een maand na afloop van de termijn vastgesteld door het daartoe volgens de statuten bevoegde orgaan. Indien de statuten deze bevoegdheid niet aan enig orgaan verlenen, komt deze bevoegdheid toe aan het toezicht houdende orgaan en bij gebreke daarvan aan het bestuur. (...)

5. Onze Minister van Economische Zaken kan desverzocht om gewichtige redenen ontheffing verlenen van de verplichting tot het opmaken, het overleggen en het vaststellen van de jaarrekening."

⁷²⁹ Holanda. Boek II. Burgerlijk Wetboek. Artikel 297.

La vigente ley austríaca sobre fundaciones adoptó el partido holandés de judicializar el control de la actividad fundacional, que antes radicaba en la Administración. Se establecen, en consecuencia, los mecanismos de supervisión que permiten ese control. Como base, se determina la obligación de llevar contabilidad y rendir cuentas que incumbe al Patronato (aplicando las normas pertinentes del *Handelsgesetzbuch*), deber que incluye la presentación de un estado de situación y un informe sobre la realización del fin de la fundación.⁷³⁰ Además, se preceptúa que un “auditor fundacional”, que es un órgano de la fundación, pero designado por el juez (§ 20) debe auditar el balance anual, incluyendo la contabilidad y el estado de resultados en el término de tres meses desde su presentación. El auditor no tiene deber de reserva frente a otros órganos de la fundación ni en relación con otras personas encargadas de tareas de control. El informe del auditor debe presentarse a los otros órganos de la fundación, y en la divergencia de opiniones entre el auditor de la fundación y otros órganos de la misma sobre las cuentas, decide el Tribunal, a requerimiento de un órgano de la fundación.⁷³¹ Por otra parte, y también a semejanza de lo que ocurre en Holanda, los beneficiarios tienen el derecho a exigir la dación de información sobre la realización del fin fundacional, así como la inspección de la fundación mediante el

“1) Het openbaar ministerie bij de rechtbank is, bij ernstige twijfel of de wet of de statuten te goeder trouw worden nageleefd, dan wel het bestuur naar behoren wordt gevoerd, bevoegd aan het bestuur inlichtingen te verzoeken.

2) Bij niet- of niet-behoorlijke voldoening aan het verzoek kan de president van de rechtbank, desgevorderd, bevelen dat aan het openbaar ministerie de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de stichting voor raadpleging beschikbaar worden gesteld en de waarden der stichting worden getoond. Tegen de beschikking van de president staat geen hoger beroep of cassatie open.”

⁷³⁰ Austria. Privatstiftungsgesetz (PSG, BGBl. Nr. 694/1993). § 18. “Rechnungslegung. Der Stiftungsvorstand hat die Bücher der Privatstiftung zu führen; hierbei sind die §§ 189 bis 216, 222 bis 226 Abs. 1, 226 Abs. 3 bis 234 und 236 bis 239 HGB, der § 243 HGB über den Lagebericht sowie die §§ 244 bis 267 HGB über den Konzernabschluss und den Konzernlagebericht sinngemäß anzuwenden. Im Lagebericht ist auch auf die Erfüllung des Stiftungszwecks einzugehen.”

⁷³¹ Austria. Privatstiftungsgesetz (PSG, BGBl. Nr. 694/1993). § 21. Prüfung

“(1) Der Stiftungsprüfer hat den Jahresabschluss einschließlich der Buchführung und den Lagebericht innerhalb von drei Monaten ab Vorlage zu prüfen. Hinsichtlich Gegenstand und Umfang der Prüfung gilt § 269 Abs. 1 HGB, hinsichtlich des Auskunftsrechts § 272 Handelsgesetzbuch sinngemäß.

(2) Den Stiftungsprüfer trifft keine Verschwiegenheitspflicht gegenüber anderen Stiftungsorganen und gegenüber den in der Stiftungserklärung mit Prüfungsaufgaben betrauten Personen. Für die Verantwortlichkeit des Stiftungsprüfers gilt § 275 HGB sinngemäß.

(3) Die §§ 273 und 274 HGB über den Prüfungsbericht und den Bestätigungsvermerk sind sinngemäß anzuwenden. Der Prüfungsbericht ist den übrigen Organen der Privatstiftung vorzulegen.

(4) Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Stiftungsprüfer und anderen Stiftungsorganen über die Auslegung und Anwendung von gesetzlichen Vorschriften sowie der Stiftungserklärung entscheidet auf Antrag eines Stiftungsorgans das Gericht.”

balance anual, el informe de resultados, el informe de auditoría, los libros, la declaración fundacional y en la escritura complementaria. Si la fundación no cumple con esta exigencia dentro de un término apropiado, el Tribunal –a requerimiento de un beneficiario– puede ordenar la inspección, eventualmente por un experto contable.⁷³² Toda falta del deber de fidelidad y veracidad en cualquiera de los mecanismos de información establecidos puede ser sancionada penalmente (§ 41 de la ley).

En Bélgica⁷³³ y en Luxemburgo,⁷³⁴ que como se sabe, tienen una legislación prácticamente equivalente, las obligaciones de los administradores fundacionales incluyen la comunicación anual al Gobierno de sus cuentas y su presupuesto, dentro de dos meses de su confección. Además, tanto la cuenta como el presupuesto deben ser publicados en el mismo plazo, en los anexos del Boletín Oficial (el *Moniteur*, en Bélgica, y el *Mémorial*, en Luxemburgo).

En Suiza, las normas del Código Civil no tocan el tema, ya que el artículo 84 se limita a realizar una declaración de orden competencial y teleológica, expresando que las fundaciones quedan bajo la supervisión de la corporación pública (Confederación, cantón, comuna) que corresponda según su fin, y que la autoridad debe proveer que los bienes de las fundaciones sean empleados conforme a su destinación.⁷³⁵ (Por otra parte, la norma genera un complejísimo sistema de supervisión que incluye la aplicación paralela de normas de diversa procedencia e índole, en lo que se ha venido

⁷³² Austria. Privatstiftungsgesetz (PSG, BGBl. Nr. 694/1993). § 30. Auskunftsanspruch des Begünstigten.

(1) *Ein Begünstigter kann von der Privatstiftung die Erteilung von Auskünften über die Erfüllung des Stiftungszwecks sowie die Einsichtnahme in den Jahresabschluss, den Lagebericht, den Prüfungsbericht, die Bücher, in die Stiftungsurkunde und in die Stiftungszusatzurkunde verlangen.*

(2) *Kommt die Privatstiftung diesem Verlangen in angemessener Frist nicht nach, so kann das Gericht auf Antrag des Begünstigten die Einsicht, gegebenenfalls durch einen Buchsachverständigen, anordnen. Für das Verfahren geltendie §§ 385 bis 389 ZPO sinngemäß.*

⁷³³ Bélgica. Loi du 27 juin 1921. Art. 34. *“Les administrateurs d'un établissement d'utilité publique sont tenus de communiquer au gouvernement leur compte et leur budget chaque année dans les deux mois de leur confection.*

Le compte et le budget sont publiés dans le même délai aux annexes du Moniteur.”

⁷³⁴ Luxemburgo. Loi sur les associations sans but lucratif et les établissements d'utilité publique (Loi du 21 avril 1928). Art. 34. *“Les administrateurs d'un établissement d'utilité publique sont tenus de communiquer au Gouvernement leur compte et leur budget chaque année dans les deux mois de la clôture de l'exercice.*

Le compte et le budget sont publiés dans le même délai aux annexes du Mémorial.”

⁷³⁵ Suiza. Código Civil. Art. 84 “C. Surveillance. 1. *Les fondations sont placées sous la surveillance de la corporation publique (Confédération, canton, commune) dont elles relèvent par leur but.* 2. *L'autorité de surveillance pourvoit à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination.”*

llamando “competencia intercantonal” o “competencia federal–cantonal”⁷³⁶. Con todo, la jurisprudencia del Tribunal Federal ha venido diseñando un sistema de mecanismos de vigilancia administrativa que incluyen, como premisa básica, el examen regular de las cuentas e informes.⁷³⁷

Los países nórdicos contemplan, en su respectiva disciplina fundacional, la exigencia de contabilidad, y la posibilidad de realización ordinaria de auditorías. Así, la ley de fundaciones de Noruega prevé un balance inicial (§ 2–2), y luego un régimen anual de contabilidad y auditorías (*Kapittel 5: Revisjons- og regnskapsplikt*), conforme a las leyes específicas a las que la Ley de Fundaciones se remite, que puede ser lenificado –tanto en lo referente a las cuentas (§ 5–2(2)) como en la necesidad de someterse a auditoría (§ 5–1(4))– por la autoridad, cuando se trate de fundaciones ordinarias (no empresariales) cuyo capital de trabajo no supere las quinientas mil coronas noruegas. El párrafo 5–3 contiene disposiciones especiales sobre esta materia, para las fundaciones *holding*. Por su parte, la ley danesa regula en su Capítulo VII (*Årsregnskab og revision*, §§ 22 a 28) lo referente a la contabilidad y a la auditoría.⁷³⁸ Finalmente, la ley sueca destina a la materia los capítulos 3º (*Bokföring och årsredovisning*) y 4º (*Revision*) de la *Stiftelselag* (Lag 1220/1994), disposiciones todas cuya transcripción ahorro al eventual lector.

2.2.2. Las obligaciones formales en el Derecho nacional

El artículo 23 de la Ley de Fundaciones contiene las obligaciones que, en la materia que estoy repasando, incumben a las fundaciones de competencia estatal. Esencialmente, se trata de la confección anual de un inventario, de un balance de situación y de una cuenta de resultados, en los que quede registrada la situación económica, financiera y patrimonial de la Fundación; luego, de la elaboración de una memoria de actividades y de gestión económica, que debe incluir el esquema de financiación, y debe especificar las variaciones patrimoniales y los cambios en los órganos. Además, el Patronato debe realizar la liquidación del presupuesto del año anterior, y realizar el presupuesto del ejercicio próximo, con una memoria explicativa del mismo. Todo ello debe presentarse al Protectorado que, si lo encuentra conforme con la normativa aplicable, lo remitirá al Registro.

⁷³⁶ Vid. RIEMER: *Berner Kommentar*, p. 530 a 539.

⁷³⁷ RIEMER: *Berner Kommentar*, p. 559 a 570; ALFANDARI: *Associations et Fondations en Europe*, p. 517.

⁷³⁸ Dinamarca. Lov 698 11/08/1992 (Lov om fonde og visse foreninger)

Además, la ley exige que ciertas fundaciones se sometan a auditoría externa cuando a su respecto concurren, por dos años, dos de estas circunstancias: a) Que su patrimonio supere los cuatrocientos millones de pesetas, b) Que su volumen anual de ingresos sea superior a cuatrocientos millones de pesetas, y c) Que tenga más de cincuenta trabajadores.⁷³⁹

Finalmente, la disposición establece que la contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de Comercio cuando realicen directamente actividades mercantiles o industriales, curiosa e indirecta manera de estructurar legalmente la permisión de una figura de la relevancia y significación de la fundación-empresa.^{740/741}

⁷³⁹ Para una exposición detenida del régimen de cuentas, presupuestos y auditorías, así como del alcance y significado contable preciso de cada término empleado por la Ley, *Vid.* CABRA DE LUNA: "Comentario a los arts. 21 a 26", p. 201 a 215. Una exposición más sintética (brevedad que en esta materia no deja de agradecerse) en DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 267.

⁷⁴⁰ España. Ley 30/1994. Artículo 23. "Contabilidad, auditoría y presupuestos.

1. Con carácter anual el Patronato de la Fundación confeccionará el inventario, el balance de situación y la cuenta de resultados, en los que consten de modo cierto la situación económica, financiera y patrimonial de la Fundación y elaborará una memoria expresiva de las actividades fundacionales y de la gestión económica que incluirá el cuadro de financiación así como del exacto grado de cumplimiento de los fines fundacionales. La memoria especificará además las variaciones patrimoniales y los cambios en sus órganos de gobierno, dirección y representación.

2. Igualmente, el órgano de gobierno de la Fundación practicará la liquidación del presupuesto de ingresos y gastos del año anterior.

3. Se someterán a auditoría externa las cuentas de las Fundaciones en las que concurren, en la fecha de cierre del ejercicio, durante dos años consecutivos, al menos dos de las siguientes circunstancias: a) Que el total de su patrimonio supere los cuatrocientos millones de pesetas. b) Que el importe neto de su volumen anual de ingresos sea superior a cuatrocientos millones de pesetas. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a cincuenta.

También se someterán a auditoría externas aquellas cuentas que, a juicio del Patronato de la Fundación o del Protectorado, y siempre en relación con la cuantía del Patrimonio o el volumen de gestión, presenten especiales circunstancias que así lo aconsejen.

4. Los documentos a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo se presentarán al Protectorado dentro de los seis primeros meses del ejercicio siguiente. Los informes de auditoría se presentarán en el plazo de tres meses desde su emisión. El Protectorado, una vez examinados y comprobada su adecuación a la normativa vigente, procederá a depositarlos en el Registro de Fundaciones.

5. Asimismo, el Patronato elaborará y remitirá al Protectorado en los últimos tres meses de cada ejercicio el presupuesto correspondiente al año siguiente acompañado de una memoria explicativa.

6. La contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de Comercio cuando realicen directamente actividades mercantiles o industriales."

⁷⁴¹ Aunque no forme parte del ámbito de este trabajo, hay que señalar que esta forma de consagrar la fundación empresa, como arrojando la piedra y escondiendo la mano, contrasta fuertemente con la opción que adoptan otras legislaciones modernas. Véase, por ejemplo, los casos de Suecia, en que la Ley 1994/1220 (*Stiftelselag*) destina todo el Capítulo 8 a la *Stiftelses firma*; o de Noruega, en que la *Lov om Stiftelser* de 23 de mayo de 1980, Núm. 11, se abre estableciendo, en el § 1-1, que la ley rige tanto a las fundaciones ordinarias como a las fundaciones empresa, que define a éstas en el § 1-4, y que

Por otra parte, las fundaciones deben sujetarse a las normas de contabilidad general y a las normas fiscales generales en la llevanza de sus cuentas, extremos que quedan expresamente consignados en el artículo 44 de la ley, según el que las fundaciones tendrán “las obligaciones contables previstas en las normas reguladoras del Impuesto sobre Sociedades para las entidades exentas, sin perjuicio de que deban llevar la contabilidad exigida por el Código de Comercio y disposiciones complementarias cuando realicen alguna explotación económica”, y en la Disposición Adicional Séptima, conforme a la cual “todos los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades (todas las fundaciones lo son) que, en virtud de la normativa reguladora de este impuesto, vinieran obligados a llevar la contabilidad exigida en la misma, deberán legalizar sus libros y presentar sus cuentas anualmente en la forma establecida con carácter general en la legislación mercantil para los empresarios.”

Todo este conjunto normativo tiene desarrollo reglamentario en los artículos 12 y 13 del Reglamento,⁷⁴² desarrollo al que hay que agregar el Plan General de

a lo largo de todo se articulado va configurando diferencias entre las *alminnelige* y las *næringsdrivende stiftelser* (para un ejemplo que toca a esta tesis, *vid.* la exigencia de dotación mínima, en la Nota Núm. 359, en la pág. 134).

⁷⁴² España. Reglamento de Fundaciones de competencia estatal.

Artículo 12. “*Régimen presupuestario y contable.*”

1. El Patronato remitirá al Protectorado en los últimos tres meses de cada ejercicio el presupuesto correspondiente al año siguiente acompañado de una Memoria explicativa de los distintos extremos contenidos en aquél.

Asimismo, el Patronato presentará al Protectorado, dentro de los seis primeros meses del ejercicio siguiente, el inventario, balance de situación, cuenta de resultados, memoria de las actividades fundacionales y de la gestión económica, y liquidación del presupuesto correspondiente al ejercicio anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.

La elaboración del presupuesto de las fundaciones referido al ejercicio siguiente, del balance de situación, de la cuenta de resultados, de la parte de la memoria relativa a la gestión económica y de la liquidación del presupuesto correspondiente al ejercicio anterior, se realizará de acuerdo con lo previsto en la adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades no lucrativas y las normas de información presupuestarias aplicables a estas entidades.

2. La parte de la memoria relativa a las actividades fundacionales deberá contener información identificativa de la fundación y de cada una de las actividades realizadas en cumplimiento de los fines fundacionales e información sobre usuarios o beneficiarios, personal, ingresos, gastos y patrimonio de la fundación, además de los cambios en los órganos de gobierno, dirección y representación.

3. Los documentos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán examinados por el Protectorado para verificar la adecuación de sus aspectos tanto formales como materiales a la normativa vigente. A tal efecto, el Protectorado podrá recabar la información necesaria para completar las exigencias del presente artículo.

4. Si en el examen y comprobación de dicha documentación se apreciase errores materiales o de hecho subsanables, el Protectorado lo notificará al Patronato para que proceda a su subsanación en el

Contabilidad, adaptado para las entidades sin fines de lucro, al que se refiere la Disposición Adicional octava de la Ley de Fundaciones.

Ahora bien, este cúmulo de preceptos, obligaciones, planes, cuadros, informes y memorias cuya sola lectura resulta –al menos para el profano en la ciencia contable– algo abrumadora, ha recibido más de una crítica desde la doctrina jurídica. Así YUSTE GRIJALBA que expresaba que “por supuesto que las cuentas de las fundaciones han de ser transparentes y ordenadas; nada en mis palabras puede sugerir otra cosa. Pero de ahí al cúmulo de documentación contable que las fundaciones deben llevar tras la

plazo que se señale, no inferior a diez días. Lo mismo hará si se apreciaren defectos de otro tipo para que subsane o rectifique lo que resultara necesario.

5. Si el Patronato no atendiera a la petición de subsanación o rectificación prevista en el apartado anterior, así como si, tras el oportuno requerimiento, no presentara la documentación a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo, el Protectorado, a la vista de las circunstancias concurrentes y especialmente de la existencia de buena fe por parte de la fundación, podrá ejercer las facultades que le confiere el artículo 15.3, b), en relación con el 32.2, b), de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.

6. El Protectorado, examinados los documentos a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo y comprobada la adecuación de los mismos a la normativa vigente, procederá a depositarlos en el Registro de Fundaciones.

7. La contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de Comercio cuando realicen directamente actividades mercantiles o industriales.

8. Corresponde al Protectorado la legalización de los libros de las fundaciones, salvo cuando éstas realicen actividades mercantiles o industriales, en cuyo caso la legalización corresponde al Registro Mercantil.”

Artículo 13. “*Auditoría externa.*”

1. A los efectos de fijar la concurrencia de los requisitos que dan lugar a la obligación de someter las cuentas a auditoría externa que señala el artículo 23.3 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, se entiende por patrimonio la cifra del total Activo que figure en el balance de situación de la fundación, referido siempre a la fecha de cierre del ejercicio.

Se entiende, a los mismos efectos, por importe neto del volumen anual de ingresos el del total de los ingresos de la fundación que figuren en el Haber de la Cuenta de Resultados, como consecuencia de las actividades ordinarias de aquélla.

Para determinar el número medio de trabajadores se han de considerar todas aquellas personas que tengan o hayan tenido alguna relación laboral con la fundación a lo largo del ejercicio haciendo el promedio según el tiempo durante el cual hayan prestado esta clase de servicios.

2. Cuando las cuentas de la fundación referentes al patrimonio y al volumen de gestión, determinadas en la forma expresada en los anteriores apartados, presenten especiales circunstancias como pueden ser variaciones sustanciales en el patrimonio y en el volumen de gestión, ausencia no adecuadamente justificada de datos, aportación de datos contradictorios o supuestos similares a juicio del Protectorado, el Patronato por propia iniciativa o a petición de aquél, ordenará la realización de una auditoría externa acordando en su caso con el Protectorado la forma de su realización. En todo caso, la auditoría deberá ser emitida en el plazo de tres meses desde que haya sido ordenada.

3. El Patronato presentará al Protectorado el informe de auditoría externa en el plazo de tres meses desde su emisión.

4. El Protectorado, examinado el informe de auditoría externa y comprobada la adecuación del mismo a la normativa vigente, procederá a depositarlo en el Registro de Fundaciones.”

publicación de la Ley de 24-11-1994 que estamos examinando, media una larga distancia. (...) la desmesura de esta copiosa información anual (a la que hay que sumar la propiamente tributaria (...) que en sí misma comporta también una notable y más que suficiente complejidad), es expresiva –creo– de una actitud de desconfianza y de recelo frente a las fundaciones, fruto de inercias históricas e impropia de una nueva situación constitucional, actitud legal que encorseta de antemano la deseable fluidez y espontaneidad de las relaciones entre Patronatos y Protectorados.”⁷⁴³

Antes, también había manifestado una opinión crítica CABRA DE LUNA, solicitando una doble atemperación, a través del establecimiento reglamentario de un régimen específico de contabilidad simplificada para las pequeñas y medianas fundaciones (que no se produjo), y de una simplificación general de la rendición de cuentas, de modo de evitar la doble información contable y económica: una para el Protectorado y otra para la Hacienda Pública (que tampoco se produjo).⁷⁴⁴

DEL CAMPO ARBULO ha expresado, asimismo, comentarios fuertemente críticos con respecto a esta norma, y a su coordinación con las Disposiciones Adicionales. Los reproches se dirigen especialmente a reprobar la doble presentación de cuentas que supone el juego de la Disposición Adicional Séptima⁷⁴⁵ con la obligación del Protectorado de depositar esas mismas cuentas en el Registro de fundaciones, una vez comprobada su conformidad legal; a censurar el problema generado por la ley al exigir la legalización de libros en el Registro Mercantil, en circunstancias que no se ordena la previa inscripción de las fundaciones en tal registro; a el exceso que supone la presentación del proyecto presupuestario, además de la liquidación del presupuesto anterior; y en general, a denunciar la “inflación documental” de que da muestra el artículo 23.⁷⁴⁶

Sin entrar, en esta materia, en detalles hermenéuticos, lo cierto es que, si se compara el volumen de obligaciones formales que pesa sobre las fundaciones nacionales con el que sobrellevan las demás fundaciones europeas, no puede menos

⁷⁴³ YUSTE GRIJALBA: “Autonomía de las fundaciones e intervención pública del Protectorado”, p. 221.

⁷⁴⁴ CABRA DE LUNA: “Comentario a los arts 21 a 26”, p. 209.

⁷⁴⁵ España. Ley de Fundaciones. Disposición adicional séptima. “*Legalización de libros y presentación de cuentas*. Todos los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades que, en virtud de la normativa reguladora de este impuesto, vinieran obligados a llevar la contabilidad exigida en la misma, deberán legalizar sus libros y presentar sus cuentas anualmente en la forma establecida con carácter general en la legislación mercantil para los empresarios.”

⁷⁴⁶ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 266 a 276.

que concordarse con la vena crítica que inspira los comentarios doctrinales antes reseñados.

La experiencia comparada enseña que en este tema, como en muchos otros, resulta atinada la máxima aristotélica: *In medio stat virtus*. Una ausencia de obligaciones formales, contables y de información resulta perniciosa, porque en la práctica impide a los Protectorados el ejercicio de las facultades de control de que legalmente dispongan (como ocurre, singularmente, en el caso italiano) y termina por llevar a una ausencia casi completa de supervisión estatal sobre las entidades no lucrativas, generando un caldo de cultivo para el abuso y el fraude; y un exceso de las mismas obligaciones produce una recarga económica y de trabajo para los gestores de la fundación (particularmente en las pequeñas y medianas), sin redundar en una mayor transparencia o un mejor control, por la usual falta de medios técnicos y humanos suficientes en las administraciones públicas. Por todo lo anterior, parece necesaria una reforma que, precisamente, sitúe las obligaciones periódicas en ese difícil justo medio. La doctrina ha apuntado correctamente algunas sugerencias, como evitar la duplicidad en la información debida, suprimir la necesidad de presentar presupuesto para el año siguiente, generar un sistema de contabilidad simplificada para las medianas y pequeñas fundaciones. Otras vías de solución pudieran discurrir por los caminos que exploran algunas legislaciones locales alemanas, facultando a los Protectorados a establecer para determinadas fundaciones periodicidades superiores a la anual para la presentación de la información. Esta opción es extremadamente interesante, porque permite reducir notablemente el volumen total de información que recibe cada año el protectorado, posibilitando así su examen real.

2.2.3. La normativa autonómica

Las autonomías, en general, han adoptado el partido de regular el extremo de las obligaciones contables de modo relativamente parecido al de la ley estatal. Como se trata de una legislación bastante técnica, y una exposición detenida sería –amén de aburrida– bastante inútil, me limitaré a reseñar los aspectos distintivos de cada disciplina autonómica en esta materia, transcribiendo los preceptos pertinentes a pie de página.

Cataluña⁷⁴⁷ y Galicia⁷⁴⁸ presentan, en primer lugar, unas exigencias idénticas, que consisten en ajustarse a las normas de contabilidad general y a las exigencias de la

⁷⁴⁷ Cataluña. Ley 1/1982. Artículo 13. (Los Aps. 1º y 2º, redactados por Ley (Cataluña) 21/1985, de 8 noviembre)

legislación fiscal, llevando los registros y comprobantes que, de acuerdo con el volumen del patrimonio y la naturaleza de sus actividades, basten para garantizar la veracidad de los datos. Deben las fundaciones realizar anualmente, y someter al Protectorado, un inventario-balance, una memoria de actividades, una liquidación del presupuesto del año anterior, y un presupuesto para el ejercicio siguiente.

El País Vasco, que destina a esta clase de obligaciones los artículos 26 a 28 de su ley, establece algunas precisiones adicionales. En efecto el inventario-balance de las leyes catalana y gallega deviene aquí, por separado, inventario, balance de situación y cuenta de resultados. Asimismo, el presupuesto para el ejercicio siguiente debe presentarse acompañado de una memoria explicativa, y la memoria de actividades debe incluir necesariamente “el cuadro de financiación, así como cualquier alteración, ya sea patrimonial o de su órgano de gobierno o dirección.” Además de lo anterior, si

“1. El ejercicio económico no podrá exceder los doce meses y deberá cerrarse en la fecha que fijen los estatutos o, en su defecto el treinta y uno de diciembre. Con fecha de cierre, el patronato formulará un inventario-balance que refleje con claridad y exactitud la situación patrimonial de la fundación y una memoria de las actividades realizadas durante el ejercicio y de la gestión económica del patrimonio suficiente para dar a conocer y justificar el cumplimiento de las finalidades fundacionales y los preceptos legales. Asimismo practicará la liquidación-presupuesto de ingresos y gastos del ejercicio anterior y formulará el presupuesto correspondiente al ejercicio actual.

2. Los documentos mencionados deberán presentarse al protectorado dentro de los seis meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio.

3. Los registros y los comprobantes de contabilidad que deben llevar las fundaciones serán aquellos que, de acuerdo con el volumen de su patrimonio y la naturaleza de sus actividades, basten para garantizar la veracidad de los datos contenidos en los documentos mencionados en el párrafo 1. En cualquier caso, deben ajustarse a las normas de la contabilidad general española y a las exigencias de la legislación fiscal que les sean aplicables.”

⁷⁴⁸ Galicia. Ley 7/1983. Artículo 21. (Redactado por Ley (Galicia) 11/1991, de 8 noviembre).

“1. La actividad contable de las fundaciones ha de ajustarse a las normas de contabilidad general y a las exigencias de la legislación fiscal que, en uno y otro caso, sean aplicables. Los registros y comprobantes de contabilidad serán aquellos que, de acuerdo con el volumen de su patrimonio y con la naturaleza de sus actividades, abunden para garantizar la veracidad de los datos contenidos en sus inventarios y presupuestos.

2. Cada año, el órgano de gobierno de la fundación formulará un inventario-balance cerrado en la fecha de la finalización del ejercicio económico que refleje con claridad y exactitud la situación patrimonial de la entidad en aquella fecha, y una memoria de las actividades realizadas durante el año y de la gestión económica del patrimonio, suficiente para conocer y justificar el cumplimiento de la finalidad de las fundaciones y de los preceptos legales aplicables. Asimismo, será efectuada la liquidación del presupuesto de ingresos y gastos del año anterior. El plazo para la elaboración de estos documentos y para su presentación al protectorado será de seis meses, contados desde la fecha de cierre del ejercicio. La fundación también habrá de formular el presupuesto de ingresos y gastos correspondiente al ejercicio siguiente, que se debe presentar al protectorado con anterioridad al inicio del ejercicio económico. El protectorado podrá formular objeciones al presupuesto en el plazo de un mes. A efectos de lo previsto en el párrafo anterior las objeciones del protectorado únicamente podrán basarse en infracciones de la normativa vigente o de las cláusulas estatutarias. En caso de no presentarse

resulta que la fundación es “de relevancia económica” (en los términos legal y reglamentariamente previstos), debe someterse a una auditoría externa de cuentas. Aunque la ley no lo dice, cabe suponer que el informe de la auditoría debe ser entregado, también, al Protectorado.⁷⁴⁹ Para rematar, la cualidad de relevancia económica de una fundación deberá hacerse constar en el Registro de Fundaciones.

Navarra, con una redacción diversa, y reemplazando al Protectorado por el Departamento de Economía y Hacienda, contempla las mismas obligaciones que la

los presupuestos en el plazo señalado anteriormente, se entenderán prorrogados por doceavas partes los del alto anterior, sin perjuicio de las acciones legales que correspondan al protectorado.”

⁷⁴⁹ País Vasco. Ley 12/1994.

Artículo 26. *Contabilidad y presupuestos*

“1. El órgano de gobierno deberá elaborar anualmente el inventario, el balance de situación y la cuenta de resultados, en los que se reflejará la situación patrimonial, económica y financiera de la fundación, así como una Memoria de las actividades realizadas durante el ejercicio económico suficiente para conocer y justificar el cumplimiento de la finalidad fundacional. La Memoria habrá de comprender necesariamente el cuadro de financiación, así como cualquier alteración, ya sea patrimonial o de su órgano de gobierno o dirección.

2. Asimismo, las fundaciones deberán confeccionar anualmente un presupuesto de gastos e ingresos correspondiente al ejercicio siguiente. Dicho presupuesto se presentará al Protectorado en el último trimestre del año de su aprobación, junto con una Memoria explicativa.

3. En función de las actividades que desarrollen, las fundaciones ajustarán su contabilidad a la normativa general que sea de aplicación y a las exigencias de la legislación fiscal.”

Artículo 27. *Rendición de cuentas*

“1. El órgano de gobierno deberá justificar su gestión adecuada a los fines fundacionales. A tal efecto presentará al Protectorado dentro del primer semestre del año:

a) El Inventario, el balance de situación y la cuenta de resultados del ejercicio anterior, cerrados en la fecha que señalen los Estatutos o, en su defecto, al 31 de diciembre.

b) Memoria expresiva de las actividades fundacionales del año anterior en los términos previstos en el artículo 26.1.

c) Liquidación del presupuesto de gastos e ingresos del ejercicio anterior.

2. Los documentos a que se refiere el apartado 1 deberán ser depositados en el Registro de Fundaciones a efectos de lo establecido en el artículo 24 de esta ley.”

Artículo 28. *Auditoría de cuentas*

“1. Las fundaciones de relevancia económica deberán someterse a una auditoría externa de cuentas.

2. Se determinarán reglamentariamente los requisitos que deban concurrir en una fundación para ser considerada de relevancia económica, tomando en consideración, entre otros, los siguientes aspectos: a) Valor del patrimonio fundacional. b) Volumen de actividades gestionadas. c) Participación en sociedades mercantiles. d) Número de beneficiarios. e) Servicios remunerados por beneficiarios.- En todo caso, tendrán esta consideración las fundaciones en las que se den las circunstancias que obligan a las sociedades anónimas a someterse a una auditoría de cuentas de acuerdo con su ley reguladora.

3. La cualidad de relevancia económica de una fundación deberá constar en el Registro de Fundaciones.

4. Lo dispuesto anteriormente se entenderá sin perjuicio de la función fiscalizadora que corresponde al Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, de acuerdo con lo dispuesto en su ley reguladora, respecto de la correcta utilización y destino de ayudas y subvenciones que eventualmente se hubieren concedido por las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma a cualquier fundación.”

norma de la ley estatal. Es decir, a diferencia de la norma vasca, la determinación de las fundaciones obligadas a presentar una auditoría externa no queda entregada al reglamento, sino que se define en la propia Ley, en los mismo términos en que lo hace la ley estatal; y suple –igual que en la Ley 30/1994– la omisión vascongada y establece que los informes de auditoría se deben presentar a la autoridad pública dentro de los tres meses de su emisión.⁷⁵⁰ Asimismo puntualiza, al igual que la ley estatal, la necesidad de llevar la contabilidad normal de una empresa cuando la fundación realice alguna explotación económica. Por otra parte, omite obligar al Protectorado, una vez examinados los informes de auditoría y comprobada su adecuación a la normativa vigente, a depositarlos en el Registro. Esta regulación rompe con la tradición navarra, plasmada en las normas de Derecho Civil Foral, de evitar toda intervención administrativa en la marcha de las fundaciones.⁷⁵¹

⁷⁵⁰ Navarra. Ley 10/1996. Artículo 11. “*Contabilidad, auditoría y presupuestos.*

1. Las Fundaciones estarán sometidas a las obligaciones contables previstas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades para las entidades exentas, sin perjuicio de la llevanza de la contabilidad exigida por el Código de Comercio y disposiciones complementarias cuando realicen alguna explotación económica.

2. Con carácter anual el Patronato de la Fundación confeccionará el inventario, el balance de situación y la cuenta de resultados, en los que consten de modo cierto la situación económica, financiera y patrimonial de la Fundación y elaborará una memoria expresiva de las actividades fundacionales y de la gestión económica que incluirá el cuadro de financiación, así como del grado de cumplimiento de los fines fundacionales. La memoria especificará además las variaciones patrimoniales y los cambios en sus órganos de gobierno, dirección y representación.

3. Igualmente, el órgano de gobierno de la Fundación practicará la liquidación del presupuesto de ingresos y gastos del año anterior.

4. Los documentos a que se refieren los números 2 y 3 anteriores se presentarán ante el Departamento de Economía y Hacienda dentro de los seis primeros meses del ejercicio siguiente.

5. Se someterán a auditoría externa las cuentas de las Fundaciones en las que concurran, en la fecha de cierre del ejercicio, durante dos años consecutivos, al menos dos de las siguientes circunstancias: a) Que el total de las partidas del activo supere los trescientos millones de pesetas. b) Que el importe neto de su cifra anual de ingresos sea superior a seiscientos millones de pesetas. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a cincuenta. También se someterán a auditoría externa aquellas cuentas que, a juicio del Patronato de la Fundación o del Departamento de Economía y Hacienda, y siempre en relación con la cuantía del patrimonio o el volumen de las actividades gestionadas, presenten especiales circunstancias que así lo aconsejen. Los informes de auditoría se presentarán ante el Departamento de Economía y Hacienda en el plazo de tres meses desde su emisión. Asimismo, el Patronato elaborará y remitirá al Departamento de Economía y Hacienda entre el 1 de octubre y el 31 de enero de cada ejercicio el presupuesto correspondiente al año siguiente acompañado de una memoria explicativa.”

⁷⁵¹ Navarra. Ley 1/1973. LEY 46 “*Facultades del Patronato.* Salvo que otra cosa se disponga en los estatutos, corresponden al Patronato, plenamente y sin limitación alguna, las facultades siguientes: (...) 4. Las de confeccionar los presupuestos y aprobar las cuentas por sí solo y con plenitud de efectos.

La Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid traslada a su ámbito territorial, prácticamente sin variaciones, la ley estatal.⁷⁵²

Canarias, a su turno, traslada al territorio insular la norma de Madrid, agregándole esta vez la necesidad de publicar en el «Boletín Oficial de Canarias» un extracto de la memoria anual de actividades que contenga el resumen del inventario-balance y de las actividades, para satisfacer la obligación contenida en el artículo anterior, de dar publicidad suficiente a sus objetivos y actividades, a fin de que sean conocidas por sus eventuales beneficiarios, extremo al que ya me he referido a propósito, precisamente, de esta última obligación o principio de actuación.⁷⁵³

Tratándose de fundaciones constituidas por voluntad privada, el fundador podrá eximir a la fundación de toda intervención administrativa. Sin embargo, a instancia de cualquier persona, el Ministerio Fiscal podrá inspeccionar la gestión e instar y ejercitar las acciones procedentes.”

⁷⁵² Madrid, Ley 1/1998. Artículo 21. “*Contabilidad, auditoría y presupuestos.*”

1. Con carácter anual el Patronato confeccionará el inventario, el balance de situación y la cuenta de resultados, en los que consten de modo cierto la situación económica, financiera y patrimonial de la fundación y elaborará, de acuerdo con los criterios contables que deben seguir estas instituciones para cumplir con las citadas obligaciones, una memoria expresiva de las actividades fundacionales y de la gestión económica que incluirá el cuadro de financiación, así como del exacto grado de cumplimiento de los fines fundacionales. La memoria especificará, además las variaciones patrimoniales y los cambios en sus órganos de gobierno, dirección y representación.

2. Igualmente, el Patronato practicará la liquidación del presupuesto de ingresos y gastos del año anterior.

3. Se someterán a auditoría externa las cuentas de las fundaciones en las que concurran, en la fecha de cierre del ejercicio, durante dos años consecutivos, al menos dos de las siguientes circunstancias: a) Que el total de su patrimonio supere los 400.000.000 de pesetas. b) Que el importe neto de su volumen anual de ingresos sea superior a 400.000.000 de pesetas. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 50.

También se someterán a auditoría externa aquellas cuentas que, a juicio del Patronato o del Protectorado, y siempre en relación con la cuantía del patrimonio o el volumen de gestión, presenten especiales circunstancias que así lo aconsejen.

4. Los documentos a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo se presentarán al Protectorado dentro de los seis primeros meses del ejercicio siguiente. Los informes de auditoría se presentarán en el plazo de tres meses desde su emisión. El Protectorado, una vez examinados y comprobada su adecuación a la normativa vigente, procederá a depositarlos en el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid.

5. Asimismo, el Patronato elaborará y remitirá al Protectorado en los últimos tres meses de cada ejercicio el presupuesto correspondiente al año siguiente acompañado de una memoria explicativa.

6. La contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de Comercio cuando realicen directamente actividades mercantiles o industriales.”

⁷⁵³ Canarias. Ley 2/1998. Artículo 25.

“1. Con carácter anual el Patronato de la fundación confeccionará el inventario, el balance de situación y la cuenta de resultados, en los que consten de modo cierto la situación económica, financiera y patrimonial de la fundación y elaborará una memoria expresiva de las actividades fundacionales así como del exacto grado de cumplimiento de los fines fundacionales y de la gestión económica. La memoria especificará además las variaciones patrimoniales y los cambios en sus órganos de gobierno, dirección y representación.

Finalmente, la normativa autonómica de la Generalidad Valenciana contiene las mismas exigencias, pero tiene el buen tino de no reiterar la exigencia canaria de publicar en el Boletín Oficial extracto alguno para satisfacer el principio de publicidad suficiente. Además, establece nuevas causas legales para que la fundación deba someterse a auditoría externa de cuentas, y reduce de 50 a 20 el número de trabajadores a partir de cuyo número la causa legal se configura.⁷⁵⁴

2. Igualmente, el órgano de gobierno de la fundación practicará la liquidación del presupuesto de ingresos y gastos del año anterior.

3. Se someterán a auditoría externa, con cargo a los fondos propios de la fundación, las cuentas de las fundaciones en las que concurran en la fecha de cierre del ejercicio, durante dos años consecutivos, al menos dos de las siguientes circunstancias: a) Que el total de su patrimonio supere los 400.000.000 de pesetas. b) Que el importe neto de su volumen anual de ingresos sea superior a 400.000.000 de pesetas. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a cincuenta.

También se someterán a auditoría externa aquellas cuentas que, a juicio del Patronato de la fundación o del Protectorado de Fundaciones Canarias, y siempre con relación a la cuantía del patrimonio o el volumen de gestión, presenten especiales circunstancias que así lo aconsejen.

4. Los documentos a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo se presentarán al Protectorado de Fundaciones Canarias dentro de los seis primeros meses del ejercicio siguiente. Los informes de auditoría se presentarán en el plazo de tres meses desde su emisión. El Protectorado de Fundaciones Canarias, una vez examinados y comprobada su adecuación a la normativa vigente, procederá a depositarlos en el Registro de Fundaciones de Canarias.

5. Asimismo, el Patronato elaborará y remitirá al Protectorado de Fundaciones Canarias en los últimos tres meses de cada ejercicio el presupuesto correspondiente al año siguiente acompañado de una memoria explicativa.

6. La contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de Comercio cuando realicen directamente actividades mercantiles o industriales.

7. A los efectos previstos en el artículo anterior, deberá publicarse en el «Boletín Oficial de Canarias» un extracto de la memoria anual de actividades que contenga el resumen del inventario-balance y de las actividades.”

⁷⁵⁴ Valencia. Ley 8/1998. Artículo 21. *Régimen contable y presupuestario. Auditorías.*

“1. El ejercicio económico será anual y coincidirá con el año natural, salvo que los estatutos determinen otra cosa respecto a las fechas de inicio y cierre.

2. En los primeros seis meses de cada ejercicio, el patronato de la fundación deberá aprobar y presentar al Protectorado, para su examen, comprobación de su adecuación a la normativa vigente y depósito en el Registro de Fundaciones, los siguientes documentos referidos al anterior ejercicio económico: a) El inventario valorado de los bienes y derechos de la fundación, en los términos que se establezcan reglamentariamente. b) El balance de situación. c) La cuenta de resultados. d) Una memoria expresiva de las actividades fundacionales y de la gestión económica, que incluirá el cuadro de financiación, así como del exacto grado de cumplimiento de los fines fundacionales. Asimismo, incluirá las variaciones patrimoniales y los cambios en sus órganos de gobierno, dirección y representación. e) La liquidación del presupuesto de ingresos y gastos.

3. Asimismo, en los tres últimos meses de cada ejercicio, el patronato aprobará y remitirá al Protectorado, a los mismos efectos señalados en el número anterior, el presupuesto correspondiente al ejercicio siguiente, acompañado de una memoria explicativa.

4. Se someterán a auditoría externa las cuentas de las fundaciones en las que concurran, en la fecha de cierre del ejercicio, durante dos años consecutivos, al menos dos de las siguientes circunstancias: a) Que el valor total de su patrimonio supere los 400.000.000 de pesetas. b) Que el

importe de los ingresos netos por cualquier concepto supere los 400.000.000 de pesetas. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 20. d) Que los precios que recaude de sus beneficiarios supongan más del 50 por 100 de los ingresos totales del ejercicio. e) Cuando el precio del contrato o contratos a que se refiere el artículo 22.8 de esta Ley suponga más del 15 por 100 de los gastos totales del ejercicio. f) Que el valor de los títulos representativos de la participación de la fundación en sociedades mercantiles sea superior al 50 por 100 del valor total de su patrimonio. g) Que el valor de las enajenaciones o gravámenes de bienes y derechos de la fundación realizados durante un ejercicio económico supere el 50 por 100 del valor total de su patrimonio.

También se someterán a auditoría externa las cuentas de las fundaciones en las que concurran, a juicio del patronato de la fundación o del Protectorado, circunstancias de especial gravedad en relación con su patrimonio.

Los informes de auditoría, que en todo caso deberán hacer referencia a las circunstancias que se recogen en las anteriores letras de este número, se presentarán al Protectorado en el plazo de tres meses desde su emisión, quien, una vez examinado y comprobada su adecuación a la normativa vigente, procederá a depositarlos en el Registro de Fundaciones. El incumplimiento por las fundaciones de la obligación de recabar y presentar los informes de auditoría podrá determinar la exigencia de responsabilidad, de acuerdo con el artículo 15 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.

5. La contabilidad de las fundaciones se ajustará a la normativa general que les sea de aplicación en función de las actividades que desarrollen.”

Capítulo 3. Enajenación y gravamen de bienes

Se destinará el presente capítulo, y el siguiente, al análisis específico de la regulación jurídica de los eventos de ingreso y salida de los componentes del patrimonio. Esto es, al estudio de los eventos de variación patrimonial. Se estudiarán en primer término la enajenación y el gravamen de los bienes, y luego su adquisición. Tal orden, aparentemente contradictorio, se justifica en verdad no sólo por el hecho de que refleja el orden en que esas materias son tratadas por la Ley, sino principalmente por la circunstancia de que la fundación nace ya con un activo patrimonial, constituido inicialmente sólo por la dotación efectuada en el instante del negocio jurídico fundacional.

3.1. Introducción

El tema de la enajenación de los bienes del patrimonio fundacional es, dentro de las normas de gestión patrimonial, uno de los que mejor sirve de marcador del grado y naturaleza de la intervención estatal en el funcionamiento ordinario de las fundaciones, y debe por ello ser objeto de una atención detenida.

Las posibilidades de control, en esta materia, son muchas. COBO GÁLVEZ enumera las que contemplaba la legislación anterior a la Ley de Fundaciones, mencionando la autorización previa necesaria, la enajenación mediante subasta, y la autorización con silencio supletorio (que también puede mirarse como información previa con derecho a veto del Protectorado).⁷⁵⁵ Además, pueden mencionarse como mecanismos de control la información posterior específica, la información posterior general relativa a un período determinado de tiempo, y la obligación de hacer constar los movimientos patrimoniales en un Registro distinto y adicional al que rige para el resto de los sujetos de Derecho.

Como la materia relativa a la enajenación de los bienes fundacionales es también objeto de regulación en el Derecho de los Estados europeos, sea estableciendo normas específicas para las fundaciones, sea por remisión expresa o tácita a las normas generales, iniciaré su exposición con una exploración de los ordenamientos comparados. Luego, y como esta materia constituye un área de competencia

⁷⁵⁵ COBO GÁLVEZ: "Comentario a los artículos 17 a 20", p. 163. En nota a pie de página, cita las disposiciones legales antiguas que los establecían.

autonómica general, según lo establece por exclusión la Disposición Final Primera, de manera que el panorama que presentan las legislaciones de las regiones autónomas es variado, reservaré un apartado final para su análisis comparativo con la Ley de Fundaciones, justo antes de algunas consideraciones valorativas sobre las normas que regulan la enajenación de los bienes fundacionales.

3.2. Derecho comparado

Las cautelas en relación con la enajenación de los bienes y derechos que integran el patrimonio fundacional se encuentran, en la mayor parte de los casos, estrechamente vinculadas con la percepción que las respectivas sociedades han tenido históricamente acerca del fenómeno fundacional. En una paradoja sólo aparente, la regla –a pesar del evidente riesgo de distorsión que toda excesiva generalización conlleva– consiste en que cuanto más desconfianza ha existido hacia las “manos muertas” y hacia las fundaciones en particular, menor énfasis tiende a ponerse en los controles de la enajenación y el gravamen de los bienes de la fundación (casos francés e italiano –hasta 1997, por ejemplo). Por el contrario, cuanto más prestigio acumula la institución en un sistema social, y más confianza existe hacia ella, el subsistema normativo tiende a enfatizar las restricciones a la disminución del patrimonio (como en los casos inglés o alemán). (Y la regla general inversa, respecto de las adquisiciones, también es válida, como revisaré en el capítulo siguiente).

3.2.1. República Federal de Alemania

Ya se ha dicho antes que la regulación del control de la gestión patrimonial radica, en Alemania, en la potestad legislativa de los *Länder*.⁷⁵⁶ El rango prescriptivo resulta, por ello, bastante amplio, desde leyes que exigen autorización para cualquier disminución del capital, hasta normas que no contienen prescripciones respecto de la materia, y que la dejan, en consecuencia, entregada a la responsabilidad e iniciativa de los Patronatos. Ocurre esto último, por ejemplo, con la *Berliner Stiftungsgesetz*, que pese a imperar la conservación del patrimonio (§ 3.3) y facultar a los poderes públicos para velar por esa conservación (§ 8.3), no contiene exigencias específicas de ninguna clase respecto de la enajenación de activos patrimoniales. Exactamente lo mismo ocurre con la *Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch Hamburg* (§§ 7 y 15, principalmente), y con la Ley de Fundaciones de la ex *Deutsche Demokratische*

⁷⁵⁶ SEIFART/VON CAMPENHAUSEN: *Handbuch des Stiftungsrechts*, pp. 320 a 327.

Republik (§ 14.2).⁷⁵⁷ En esta línea se encuentra también la ley de Rheinland-Pfalz, que ha derogado la norma que establecía como mecanismo de control a las autorizaciones administrativas (antiguo parágrafo 34).

En cambio, leyes como la de Brandenburg imponen la conservación estricta del patrimonio fundacional (salvo que la voluntad del fundador fuere diversa), y en consecuencia vedan, en principio, la enajenación de los bienes que lo componen. Sin embargo, si no hay otro modo de realizar la voluntad del fundador y la viabilidad de la fundación no se ve perjudicada, permiten disponer del capital, pero con anuencia del Protectorado.⁷⁵⁸ Con redacciones iguales o ligeramente distintas, las leyes de Bremen,⁷⁵⁹ de Hesse,⁷⁶⁰ de la Baja Sajonia⁷⁶¹ y del Saarland⁷⁶² siguen el mismo principio, y exigen, por ello, idéntica autorización. Las leyes de Nordrhein-Westfalen⁷⁶³ y de Mecklenburg-Vorpommern⁷⁶⁴, que contienen una prescripción

⁷⁵⁷ La *Stiftungsgesetz der Deutsche Demokratische Republik*, de 13 de septiembre de 1990, se halla parcialmente vigente en los Länder respectivos: Íntegramente en Sajonia, en Sajonia-Anhalt los §§ 1 a 3, 10, 12 a 32.1; en Turingia los §§ 1 a 3, 10, 13 a 21.4, 23.1, 24 a 27, 28.1, 29 a 31, 32.1 (SEIFART/VON CAMPENHAUSEN: *Handbuch des Stiftungsrechts*, p. 883.

⁷⁵⁸ Alemania. Brandenburg Stiftungsgesetz. § 9 "Erhaltung des Stiftungsvermögens. (1) Das Stiftungsvermögen ist, soweit die Satzung nichts Abweichendes bestimmt, ungeschmälert zu erhalten. Hiervon kann abgesehen werden, wenn anders der Stifterwille nicht zu verwirklichen ist und die Lebensfähigkeit der Stiftung dadurch nicht wesentlich beeinträchtigt wird. Die Zustimmung der Stiftungsbehörde ist erforderlich. (...)"

⁷⁵⁹ Alemania. Bremisches Stiftungsgesetz. § 7 Stiftungsvermögen und Erträge. "(1) Das Stiftungsvermögen ist in seinem Bestand ungeschmälert zu erhalten. Die Stiftungsbehörde kann Ausnahmen zulassen, wenn der Stifterwille anders nicht zu verwirklichen ist und der Bestand der Stiftung für angemessene Zeit gewährleistet ist. (...)"

⁷⁶⁰ Alemania. Hessisches Stiftungsgesetz. § 6 "Stiftungsvermögen. (1) Das Stiftungsvermögen ist in seinem Bestand ungeschmälert zu erhalten. Die Aufsichtsbehörde kann Ausnahmen zulassen, wenn der Stifterwille anders nicht zu verwirklichen und der Bestand der Stiftung für angemessene Zeit gewährleistet ist. (...)"

⁷⁶¹ Alemania. Niedersächsisches Stiftungsgesetz. § 6 Stiftungsvermögen. (1) Das Stiftungsvermögen ist in seinem Bestand ungeschmälert zu erhalten. Die Stiftungsbehörde kann Ausnahmen zulassen, wenn der Stifterwille anders nicht zu verwirklichen und der Bestand der Stiftung für angemessene Zeit gewährleistet ist. (...)"

⁷⁶² Alemania. Saarländisches Stiftungsgesetz. § 6 "Stiftungsvermögen. (1) Das Stiftungsvermögen ist in seinem Bestand ungeschmälert zu erhalten. Die Aufsichtsbehörde kann Ausnahmen zulassen, wenn der Stifterwille anders nicht zu verwirklichen und der Bestand der Stiftung für angemessene Zeit gewährleistet ist. (...)"

⁷⁶³ Alemania. Stiftungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen. § 7 "Erhaltung des Stiftungsvermögens. (1) Das Stiftungsvermögen ist, soweit die Satzung nichts Abweichendes bestimmt, ungeschmälert zu erhalten. Hiervon kann abgesehen werden, wenn anders der Stifterwille nicht zu verwirklichen ist und die Lebensfähigkeit der Stiftung dadurch nicht wesentlich beeinträchtigt wird; die Zustimmung der Stiftungsaufsichtsbehörde ist erforderlich. (...)"

⁷⁶⁴ Alemania. Stiftungsgesetz für das Land Mecklenburg-Vorpommern. § 9 Stiftungsvermögen. (1) Das Stiftungsvermögen ist in seinem Bestand ungeschmälert zu erhalten. Die Stiftungsbehörde kann

semejante en cuanto a la conservación patrimonial, resultan mucho más explícitas con respecto a los actos que requieren comunicación previa. En efecto, la primera exige autorización para las reestructuraciones patrimoniales que puedan afectar la eficacia de la fundación, para la enajenación o gravamen de inmuebles o de derechos inmobiliarios, y para la enajenación o modificación esencial de objetos con un valor científico, histórico o artístico particular, aparte de requerirla también para la aceptación de ciertas liberalidades y para la autocontratación, extremos a los que me referiré en otro lugar. Para todos esos actos, debe procederse a comunicar al Protectorado el proyecto respectivo con antelación suficiente. El Protectorado puede objetar el proyecto dentro de un mes después de la recepción de la comunicación (dos meses si atenta contra la voluntad del fundador), pero la ley contempla, pasado el plazo, el silencio administrativo afirmativo. Finalmente, el Protectorado puede exigir que medidas prohibidas, pero ya realizadas, sean dejadas sin efecto.⁷⁶⁵ La segunda exige la comunicación —en lo que ahora interesa— para las modificaciones patrimoniales que sean importantes para la existencia o el fin de la fundación, y para las liberalidades hechas con el patrimonio de la fundación que no sirvan a la realización del fin fundacional. Establece el silencio administrativo afirmativo si no hay objeción en un plazo de dos semanas, y permite al Protectorado disponer exenciones de la declaración obligatoria para ciertos tipos de medidas.⁷⁶⁶

Ausnahmen zulassen, wenn der Stifterwille anders nicht zu verwirklichen und der Bestand der Stiftung für angemessene Zeit gewährleistet ist. (...)."

⁷⁶⁵ Alemania. Stiftungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen. § 21 "Genehmigung.

(1) *Der Genehmigung der Stiftungsaufsichtsbehörde bedürfen*

1. *Vermögensumschichtungen, die die Stiftung in ihrer Leistungsfähigkeit beeinträchtigen können,*

2. *die Annahme von Zuwendungen, die unter die Stiftung nicht nur unerheblich belastenden Bedingungen oder Auflagen gemacht werden,*

3. *die Veräußerung oder Belastung von Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten,*

4. *die Veräußerung oder wesentliche Veränderung von Sachen, die einen besonderen wissenschaftlichen, geschichtlichen oder künstlerischen Wert haben,*

5. *Rechtsgeschäfte, die der zur Vertretung der Stiftung Befugte im Namen der Stiftung mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten vornimmt.*

(2) *Genehmigungspflichtige Vorhaben sind der Stiftungsaufsichtsbehörde rechtzeitig vorher anzuzeigen.*

(3) *Die Stiftungsaufsichtsbehörde kann das Vorhaben innerhalb eines Monats nach Eingang der Anzeige beanstanden. Das beanstandete Vorhaben kann von der Stiftungsaufsichtsbehörde innerhalb einer weiteren Frist von einem Monat untersagt werden, wenn es den Willen des Stifters verletzen würde. Angezeigte Vorhaben, die nicht fristgemäß beanstandet oder untersagt werden, gelten als genehmigt. Die Stiftungsaufsichtsbehörde kann verlangen, daß untersagte, aber bereits getroffene Maßnahmen rückgängig gemacht werden."*

⁷⁶⁶ Alemania. Stiftungsgesetz für das Land Mecklemburg-Vorpommern. § 20 "Anzeigepflicht.

Der Stiftungsbehörde sind im voraus anzuzeigen

1. *Vermögensumschichtungen, die für den Bestand oder den Zweck der Stiftung bedeutsam sind,*

Una de las regulaciones más completas (o más intervencionistas, según se mire), en materia de régimen de autorizaciones, es la de Baviera. Me referiré aquí sólo a las que tienen que ver con disminuciones patrimoniales, y abordaré las demás a propósito de cada materia. El artículo 27 de la Ley de Fundaciones respectiva exige la autorización del Protectorado para toda excepción a lo dispuesto en el artículo 10.2, que establece el principio de conservación del patrimonio fundacional, en cuya virtud los elementos enajenados del patrimonio productivo deben ser reemplazados con la adquisición de otros valores patrimoniales productivos, y los inmuebles enajenados con otros inmuebles. Toda desviación de esta regla, como se indicó, exige la preceptiva autorización administrativa.⁷⁶⁷ Además, el artículo 27 requiere esa autorización para la enajenación o gravamen de inmuebles o de derechos inmobiliarios, en tanto sobrepasen el 10% del valor del patrimonio, con un mínimo de treinta mil DM (15.338,76 euros) (Art. 27 (1) N.º 3); para la enajenación o la modificación esencial de cosas con un valor científico, histórico o artístico particular, especialmente archivos y registros o partes de ellos (Art. 27 (1) N.º 4); y en general, para negocios jurídicos que comprometan los ingresos ordinarios propios de la fundación, con un costo total de más de un 20% de ellos (con un mínimo de 150.000 DM –o 76.693, 78 euros), o de más de un 10% de las rentas anuales (con un mínimo de 100.000 DM –o 51.129,19 euros), según el último ejercicio contable anual presentado o auditado (Art. 27 (1) N.º 6). Con significativo rigor científico, el apartado (2) aclara que lo establecido en el apartado anterior para las enajenaciones u otras disposiciones, vale también para la aceptación de una obligación de una tal disposición. Finalmente, en lo que aquí interesa, el apartado (3) establece como un deber el otorgamiento de una autorización general, si así lo exige la debida

2. unentgeltliche Zuwendungen aus dem Vermögen der Stiftung, die nicht der Erfüllung des Stiftungszwecks dienen,

3. die Annahme unentgeltlicher Zuwendungen, wenn sie mit das Stiftungsvermögen besonders belastenden Bedingungen oder Auflagen verbunden sind, und

4. Rechtsgeschäfte der Stiftung mit Mitgliedern von Stiftungsorganen.

Eine Maßnahme, die nach Satz 1 anzuzeigen ist, darf erst durchgeführt werden, wenn die Stiftungsbehörde ihre Rechtmäßigkeit bestätigt oder die Maßnahme nicht innerhalb von vier Wochen beanstandet hat. Die Stiftungsbehörde kann einer Stiftung für bestimmte Arten von anzeigepflichtigen Maßnahmen allgemein Befreiung von der Anzeigepflicht erteilen.”

⁷⁶⁷ Alemania. Bayerisches Stiftungsgesetz. Art. 10. Erhaltung der Stiftungsvermögens

“(1) Das Stiftungsvermögen ist in seinem Bestand ungeschmälert zu erhalten. Es ist von anderen Vermögen getrennt zu halten.

(2) Unbeschadet der Vorschrift des Art. 27 Abs. 1 Nr. 2 sind veräußerte Bestandteile des rentierenden Vermögens durch Erwerb anderer rentierender Vermögenswerte zu ersetzen, für veräußerte Grundstücke wieder Grundstücke zu beschaffen.”

administración de la fundación, para los asuntos regulados en el apartado (1) Nos. 3, 5, 6 y 7.⁷⁶⁸

La ley de Baden–Württemberg, cuya última modificación data de 1993, introduce una significativa novedad en cuanto, a partir del mismo principio de conservación del patrimonio (§ 7.2), diseña un sistema de control sobre la base de comunicaciones administrativas, y no de autorización, con un mecanismo de cierre consistente en un silencio administrativo afirmativo transcurridas dos semanas desde la recepción de la comunicación. Se someten a comunicación anticipada, en lo que aquí interesa, el establecimiento de cauciones, la enajenación o gravamen de inmuebles y la asunción de otras obligaciones, si su cumplimiento puede comprometer especialmente el capital de la fundación; y la realización de liberalidades por la fundación, que no sirvan a la realización del fin fundacional. Además de establecerse el silencio positivo de la Administración, se determina que el Protectorado puede disponer, para una

⁷⁶⁸ Alemania. Bayerisches Stiftungsgesetz. Art. 27. “Genehmigungspflichtige Verwaltungsgeschäfte.

(1) *Der Genehmigung der Stiftungsaufsichtsbehörde bedürfen*

1. *die Annahme von Zustiftungen, die mit einer Last verknüpft sind, welche nachhaltig den Wert der Zustiftung übersteigt, oder die einem erweiterten oder anderen Zweck als die Hauptstiftung dienen;*

2. *die Abweichungen von der Vorschriften des Art. 10 Abs. 2;*

3. *die Veräußerung oder Belastung von Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten, sofern sie die Wertgrenze von zehn von Hundert das gemäß Art. 25 zuletzt festgestellten Vermögens, mindestens aber dreißigtausend Deutsche Mark übersteigt;*

4. *die Veräußerung oder wesentliche Veränderung von Sachen, die einen besonderen wissenschaftlichen, geschichtlichen oder künstlerischen Wert haben, besonders Archive und Registraturen sowie Teile von solchen;*

5. *die Aufnahme eines Darlehens, sofern es nicht zur Schuldentilgung dient oder das Darlehen zur Bestreitung von im Voranschlag vorgesehenen Ausgaben erforderlich ist und innerhalb des gleichen Geschäftsjahres aus laufenden Einnahmen wieder getilgt wird, ferner der Abschluß von Bürgerschaftsverträgen und verwandten Rechtsgeschäften, die ein Einstehen für fremde Schuld zum Gegenstand haben;*

6. *Rechtsgeschäfte, die mit einem Gesamtkostenaufwand von mehr als 20 vom Hundert, mindestens aber einhundertfünfzigtausend Deutsche Mark, oder bei jährlich wiederkehrenden Leistungen von mehr als zehn vom Hundert, mindestens aber hunderttausend Deutsche Mark, der ordentlichen Eigeneinnahmen der Stiftung verbunden sind, die in der nach Art. 25 zuletzt verbeschiedenen oder überprüften Jahresrechnung ausgewiesen ist;*

7. *Rechtsgeschäfte, an denen ein Mitglied eines Stiftungsorgan oder eine im Dienst der Stiftung stehende Person beteiligt ist.*

(2) *Was in Absatz 1 für die Veräußerung oder sonstige Verfügung bestimmt ist, gilt auch für die Eingehung einer Verpflichtung zu einer solcher Verfügung.*

(3) *Für die in Absatz 1 Nrn. 3, 5, 6 und 7 abgeführten Angelegenheiten soll eine allgemeine Genehmigung erteilt werden, wenn es die ordnungsmäßige Verwaltung einer Stiftung erfordert.*

(4) *Soweit eine wesentliche Veränderung im Sinn von Absatz 1 Nr. 4 ein Baudenkmal, ein Bodendenkmal oder ein eingetragenes bewegliches Denkmal betrifft, enthält eine hierfür nach dem Denkmalschutzgesetz erforderliche Erlaubnis oder eine an deren Stelle tretende Baugenehmigung oder baurechtliche Zustimmung zugleich die Genehmigung nach Absatz 1 Nr. 4.”*

fundación, la exención de la declaración obligatoria para ciertos tipos de medidas sometidas a comunicación.⁷⁶⁹

La ley de Schleswig–Holstein, de reciente factura (marzo de 2000) sigue la innovación de Baden–Württemberg. Con un idéntico principio de conservación del patrimonio (§ 4.1), establece también un sistema de control con comunicaciones, aunque doblando el plazo para la producción del silencio administrativo afirmativo. Quedan sometidos a este régimen las modificaciones del patrimonio fundacional que sean importantes para la existencia de la fundación, la concesión de subvenciones gratuitas que no atiendan a la realización del fin de la fundación, la aceptación de obligaciones que no se efectúen en el ámbito de empresarial corriente, la enajenación o modificación esencial de objetos con valor científico, histórico o artístico particular. Por otra parte, el Protectorado queda facultado para establecer excepciones a la exigencia de declaración.⁷⁷⁰ Hay que hacer notar que esta liberalización (el antiguo artículo 9 exigía autorización, sin silencio administrativo) se compensa en la nueva ley

⁷⁶⁹ Alemania. Stiftungsgesetz für Baden–Württemberg. § 13 “Anzeigepflicht.

(1)¹ *Der Stiftungsbehörde sind im voraus anzuzeigen*

1. *die Aufnahme von Darlehen, die Übernahme von Bürgschaften, die Veräußerung und Belastung von Grundstücken und die Begründung sonstiger Verpflichtungen, wenn die Erfüllung der Verpflichtungen das Stiftungsvermögen besonders belasten kann,*

2. *unentgeltliche Zuwendungen der Stiftung, die nicht der Erfüllung des Stiftungszweck dienen,*

3. *die Annahme unentgeltlicher Zuwendungen, wenn sie mit das Stiftungsvermögen besonders belastenden Bedingungen oder Auflagen verbunden sind, und*

4. *Rechtsgeschäfte der Stiftung mit Mitgliedern von Stiftungsorganen.*

² *Eine Maßnahme, die nach S. 1 anzuzeigen ist, darf erst durchgeführt werden, wenn die Stiftungsbehörde ihre Rechtmäßigkeit bestätigt oder die Maßnahme nicht innerhalb von zwei Wochen beanstandet hat.* ³ *Die Stiftungsbehörde kann einer Stiftung für bestimmte Arten von anzeigepflichtigen Maßnahmen allgemein Befreiung von der Anzeigepflicht erteilen.*

(2) *Abs. 1 gilt nicht für Stiftungen, die ausschließlich dem Wohl einer oder mehrerer bestimmter Familien dienen.*”

⁷⁷⁰ Alemania. Gesetz über rechtsfähige Stiftungen des bürgerlichen Rechts Vom 2. März 2000. Schleswig–Holstein. § 9 “Anzeigepflichtige Handlungen

(1) *Die Stiftung hat bei der zuständigen Behörde folgende Maßnahmen anzuzeigen:*

1. *Umschichtungen des Stiftungsvermögens, die für den Bestand der Stiftung bedeutsam sind,*

2. *die Gewährung unentgeltlicher Zuwendungen, die nicht zur Erfüllung des Stiftungszweckes vorgenommen werden sollen,*

3. *die Eingehung von Verbindlichkeiten, die nicht im Rahmen des laufenden Geschäftsbetriebes erfolgt,*

4. *die Veräußerung oder wesentliche Veränderung von Sachen, die einen besonderen wissenschaftlichen, geschichtlichen oder künstlerischen Wert haben.*

Widerspricht die zuständige Behörde nicht innerhalb von vier Wochen seit Zugang der Anzeige, gilt die Maßnahme als genehmigt.

(2) *Die zuständige Behörde kann Ausnahmen von der Anzeigepflicht zulassen.*”

con el establecimiento de amplísimas facultades de inspección para la Administración, que antes no existían.⁷⁷¹

3.2.2. Inglaterra

La *Charities Act*, vigente –en su forma actual– desde 1993 para Inglaterra y Gales, contiene numerosas disposiciones que dan cabal cuenta de la preocupación legislativa por la correcta administración de la entidad, permitiendo a los *Commissioners* una poderosa injerencia en la marcha de la gestión del patrimonio.⁷⁷² Con todo, es en la Parte V de la ley, referida a los inmuebles de la *charity*, donde mejor se perfila esta prevención del Parlamento. La referida parte, que contiene las secciones 36 a 40, se abre con la restricción general de que, conforme a las provisiones que siguen, ningún inmueble que la *charity* tenga en propiedad o en *trust* puede ser vendido, alquilado o enajenado de cualquier otro modo sin una orden judicial o de los *Commissioners*. Además, antes de acordar una operación, los *trustees* deben obtener un informe escrito de un tasador autorizado e independiente, anunciar la operación del modo y por el tiempo recomendado por el perito (salvo que el mismo perito indique la conveniencia de no hacerlo) y adoptar la decisión sobre la base del convencimiento de que los términos de la disposición propuesta son los mejores que pueden razonablemente obtenerse. No queda aquí la ley. Si la propiedad que detenta la *charity* ha sido obtenida con el modo (en términos de derecho continental) de ser usada para los propósitos –o alguno de ellos– de la *charity*, los *trustees* deben, adicionalmente, dar noticia pública de la proyectada operación, y tomar en consideración lo que se les represente. La sección 39 y la sección 40 concluyen estableciendo algunas hipótesis de excepción.⁷⁷³

⁷⁷¹ Alemania. Gesetz über rechtsfähige Stiftungen des bürgerlichen Rechts Vom 2. März 2000. Schleswig-Holstein. § 8 “Aufsicht und Unterrichtung.

(1) Die zuständige Behörde übt die Aufsicht darüber aus, dass Rechtsvorschriften, das Stiftungsgeschäft und die Satzung beachtet werden.

(2) Die zuständige Behörde kann sich jederzeit über alle Angelegenheiten der Stiftung unterrichten; sie kann insbesondere Einrichtungen der Stiftung besichtigen sowie Berichte, Akten, Beschlüsse, Sitzungsniederschriften und sonstige Unterlagen einsehen oder auf Kosten der Stiftung anfordern, ferner die Geschäfts- und Kassenführung prüfen oder auf Kosten der Stiftung durch Sachverständige prüfen lassen. Der Vorstand hat die Bediensteten der zuständigen Behörde und die von ihr beauftragten Sachverständigen bei der Prüfung auf Verlangen zu unterstützen.

(3) Der Vorstand hat der zuständigen Behörde jede Änderung der Zusammensetzung eines Stiftungsorgans unverzüglich anzuzeigen.”

⁷⁷² Especialmente respecto de operaciones relacionadas eventualmente con la enajenación o gravamen de bienes, *vid.* los preceptos de la Sección 18, (1) b), vii; la Sección 21; y las Secciones 26 y 27.

⁷⁷³ Reino Unido. Charities Act 1993. Part V Charity Land.
“Section 36 Restrictions on dispositions.

(1) Subject to the following provisions of this section and section 40 below, no land held by or in trust for a charity shall be sold, leased or otherwise disposed of without an order of the court or of the Commissioners. (...)

(3) Except where the proposed disposition is the granting of such a lease as is mentioned in subsection (5) below, the charity trustees must, before entering into an agreement for the sale, or (as the case may be) for a lease or other disposition, of the land: (a) obtain and consider a written report on the proposed disposition from a qualified surveyor instructed by the trustees and acting exclusively for the charity; (b) advertise the proposed disposition for such period and in such manner as the surveyor has advised in his report (unless he has there advised that it would not be in the best interests of the charity to advertise the proposed disposition); and (c) decide that they are satisfied, having considered the surveyor's report, that the terms on which the disposition is proposed to be made are the best that can reasonably be obtained for the charity.

(4) For the purposes of subsection (3) above a person is a qualified surveyor if: (a) he is a fellow or professional associate of the Royal Institution of Chartered Surveyors or of the Incorporated Society of Valuers and Auctioneers or satisfies such other requirement or requirements as may be prescribed by regulations made by the Secretary of State; and (b) he is reasonably believed by the charity trustees to have ability in, and experience of, the valuation of land of the particular kind, and in the particular area, in question; and any report prepared for the purposes of that subsection shall contain such information, and deal with such matters, as may be prescribed by regulations so made.

(5) Where the proposed disposition is the granting of a lease for a term ending not more than seven years after it is granted (other than one granted wholly or partly in consideration of a fine), the charity trustees must, before entering into an agreement for the lease-

(a) obtain and consider the advice on the proposed disposition of a person who is reasonably believed by the trustees to have the requisite ability and practical experience to provide them with competent advice on the proposed disposition; and

(b) decide that they are satisfied, having considered that person's advice, that the terms on which the disposition is proposed to be made are the best that can reasonably be obtained for the charity.

(6) Where: (a) any land is held by or in trust for a charity, and

(b) the trusts on which it is so held stipulate that it is to be used for the purposes, or any particular purposes, of the charity, then (subject to subsections (7) and (8) below and without prejudice to the operation of the preceding provisions of this section) the land shall not be sold, leased or otherwise disposed of unless the charity trustees have previously: (i) given public notice of the proposed disposition, inviting representations to be made to them within a time specified in the notice, being not less than one month from the date of the notice; and (ii) taken into consideration any representations made to them within that time about the proposed disposition.

(7) Subsection (6) above shall not apply to any such disposition of land as is there mentioned if- (a) the disposition is to be effected with a view to acquiring by way of replacement other property which is to be held on the trusts referred to in paragraph (b) of that subsection; or (b) the disposition is the granting of a lease for a term ending not more than two years after it is granted (other than one granted wholly or partly in consideration of a fine).

(8) The Commissioners may direct: (a) that subsection (6) above shall not apply to dispositions of land held by or in trust for a charity or class of charities (whether generally or only in the case of a specified class of dispositions or land, or otherwise as may be provided in the direction), or (b) that that subsection shall not apply to a particular disposition of land held by or in trust for a charity; if, on an application made to them in writing by or on behalf of the charity or charities in question, the Commissioners are satisfied that it would be in the interests of the charity or charities for them to give the direction.

(9) The restrictions on disposition imposed by this section apply notwithstanding anything in the trusts of a charity; but nothing in this section applies:

Luego, se contemplan, también respecto de los inmuebles, restricciones a la posibilidad de hipotecar o gravar, exactamente en los mismos términos generales que la enajenación: no puede hipotecarse ni gravarse la propiedad de una *charity* sin autorización judicial o de los *Commissioners*. El largo desarrollo reglamentario del principio ocupa toda la sección 38, además de las disposiciones suplementarias de la sección 39.⁷⁷⁴

3.2.3. Italia

En un contraste agudo con las disposiciones alemana e inglesa, que intentan dar protección al patrimonio de la fundación mediante la estructuración de un sistema de autorizaciones administrativas para la enajenación y el gravamen de aquellos bienes

(a) to any disposition for which general or special authority is expressly given (without the authority being made subject to the sanction of an order of the court) by any statutory provision contained in or having effect under an Act of Parliament or by any scheme legally established; or

(b) to any disposition of land held by or in trust for a charity which: (i) is made to another charity otherwise than for the best price that can reasonably be obtained, and (ii) is authorised to be so made by the trusts of the first-mentioned charity; or

(c) to the granting, by or on behalf of a charity and in accordance with its trusts, of a lease to any beneficiary under those trusts where the lease: (i) is granted otherwise than for the best rent that can reasonably be obtained; and (ii) is intended to enable the demised premises to be occupied for the purposes, or any particular purposes, of the charity. (...)

Section 37 Supplementary provisions relating to dispositions. (...)

⁷⁷⁴ Reino Unido. Charities Act 1993. Part V Charity Land.

“Section 38 Restrictions on mortgaging.

(1) Subject to subsection (2) below, no mortgage of land held by or in trust for a charity shall be granted without an order of the court or of the Commissioners.

(2) Subsection (1) above shall not apply to a mortgage of any such land by way of security for the repayment of a loan where the charity trustees have, before executing the mortgage, obtained and considered proper advice, given to them in writing, on the matters mentioned in subsection (3) below.

(3) Those matters are: (a) whether the proposed loan is necessary in order for the charity trustees to be able to pursue the particular course of action in connection with which the loan is sought by them; (b) whether the terms of the proposed loan are reasonable having regard to the status of the charity as a prospective borrower; and (c) the ability of the charity to repay on those terms the sum proposed to be borrowed.

(4) For the purposes of subsection (2) above proper advice is the advice of a person: (a) who is reasonably believed by the charity trustees to be qualified by his ability in and practical experience of financial matters; and (b) who has no financial interest in the making of the loan in question; and such advice may constitute proper advice for those purposes notwithstanding that the person giving it does so in the course of his employment as an officer or employee of the charity or of the charity trustees.

(5) This section applies notwithstanding anything in the trusts of a charity; but nothing in this section applies to any mortgage for which general or special authority is given as mentioned in section 36(9)(a) above. (...)

Section 39 Supplementary provisions relating to mortgaging. (...)

Section 40 Release of charity rentcharges. (...)

que revisten una significación especial para la entidad fundacional, la disciplina dogmática italiana guarda al respecto un absoluto silencio.

Este silencio del Código supone, en la teoría y con independencia de que hoy en día las percepciones sociales hayan cambiado, la omisiva concreción legislativa del temor del legislador a la mano muerta y la consiguiente acumulación de riqueza fuera del tráfico jurídico normal, y por ello, no debe leerse como una manifestación de liberalismo o de confianza hacia los gestores de las fundaciones, sino como una demostración de que al poder legislativo la disminución o la extinción patrimonial de las fundaciones le resulta completamente indiferente, en el mejor de los casos, y conveniente, en el peor. En la práctica, supone la ausencia de controles legales administrativos a la enajenación o el gravamen de bienes de las fundaciones, sean de la naturaleza que sean, e integren o no la dotación o el patrimonio no dotacional.

A pesar de esta ausencia, y reconociendo que “no hay límites explícitos a la depauperación patrimonial”, ALPA ha intentado sistematizar, en un plano más general que las limitaciones exclusivamente dogmáticas, la cuestión de las enajenaciones en el Derecho italiano. “A este respecto, es necesario distinguir entre activos líquidos y activos ilíquidos. En el primer caso, el pago de prestaciones, la realización de expensas, etc., se deben considerar libres de limitación, siempre, obviamente, que sean efecto de actos compatibles con la persecución del fin; en el segundo caso, el tema es más complejo porque atañe, directamente, al vínculo de destinación impreso a los bienes que forman parte del patrimonio. ¿Qué naturaleza jurídica tiene este vínculo? ¿En qué casos es posible sustraer estos bienes del patrimonio, alienándolos? Este aspecto es de particular relieve, y presenta (...) bastante novedad, puesto que raramente en doctrina, aunque se discute mucho sobre las adquisiciones, se aborda el problema de las enajenaciones. El sistema de control es triple: (a) las enajenaciones pueden contrastarse con el fin de la fundación, con el estatuto (o con el acto constitutivo); en tal caso, hay una ulterior responsabilidad de los administradores, los cuales responden según las reglas del mandato (art. 18); (b) si el vínculo al fin está inscrito, la enajenación supone que el bien circula, pero vinculado, y la naturaleza del vínculo se considera real; (c) los estatutos, o los actos constitutivos, pueden establecer la modalidad con la cual se puede proceder a la enajenación de bienes que forman parte del patrimonio; en caso de deliberaciones contrarias al estatuto, el acto es nulo.”⁷⁷⁵

⁷⁷⁵ ALPA: “Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia”, p. 29.

3.2.4. Francia

Se ha insinuado antes que en Francia el tema de la enajenación resulta mucho menos importante que el control de las adquisiciones. Además, la cuestión sobre la necesidad de autorizar la enajenación, hipoteca o prenda de los bienes de la fundación resulta polémica.⁷⁷⁶ Ya se sabe que buena parte de la regulación fundacional emana, en el vecino país, de la *sui generis* fuente del Consejo de Estado, muy en especial respecto de las fundaciones “normales” o reconocidas de utilidad pública. Pues bien, parte significativa de dicha regulación se encauza jurídicamente por la vía de la adopción por parte de la fundación del “estatuto tipo” aprobado por el Consejo. Ahora bien, dicho estatuto tipo impera (Art. 9, primer apartado) que las deliberaciones del consejo de administración relativas a la enajenación de bienes muebles e inmuebles dotacionales, a la constitución de hipotecas y a las prendas, no tienen valor sin aprobación administrativa.⁷⁷⁷ Sin embargo, el Decreto 66-388 de 13 de junio de 1966, relativo a la tutela administrativa de asociaciones, fundaciones y congregaciones, no prevé dicha aprobación más que para los derechos reales inmuebles y las prendas, si los estatutos la prevén.⁷⁷⁸ Por tanto, la doctrina ha denunciado que parece haber una contradicción entre la imposición práctica del estatuto tipo actualmente vigente, y la aprobación facultativa que permite el precitado Decreto. Frente a dicho desacuerdo, se sostiene con práctica unanimidad que debe primar lo dispuesto por el Decreto. Por tanto, debe entenderse que la aprobación administrativa no resulta imperativa más que en los casos en que los estatutos así lo prevean, y que la Administración, a la luz del referido Decreto, no puede imponer el texto estatutario del Consejo de Estado.⁷⁷⁹

⁷⁷⁶ BARON Y DELSOL: *Les fondations*, pp. 51 y 59.

⁷⁷⁷ Puede consultarse el texto del referido estatuto tipo en BARON Y DELSOL: *Les fondations*, Annexe IV, pp. 260 y ss.

⁷⁷⁸ Francia. Décret 66-388 du 13 juin 1966 relatif à la tutelle administrative des associations, fondations et congrégations. Article 5 (Mod. par l'article 1^{er} du Décret N° 84-132 du 21 février 1984). “Lorsque les associations ou les fondations reconnues d'utilité publique ont dans leurs statuts une disposition soumettant à autorisation administrative les opérations portant sur les droits réels immobiliers, les emprunts, l'aliénation ou le emploi des biens mobiliers dépendant de la dotation ou du fonds de réserve, cette autorisation est donnée par arrêté du commissaire de la République du département où est la siège de l'association ou de la fondation”.

⁷⁷⁹ MACQUERON *et al.*: *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Associations et Fondations, 1999-2000*, p. 1020; BARON Y DELSOL; *Les fondations*, p. 51, Nota Núm. 70. Sin hacer explícita su postura, VALLÉE ni siquiera aborda el tema de una supuesta necesidad de aprobación para las enajenaciones y gravámenes: simplemente omite la cuestión, tratando en cambio, con detalle, la necesidad de autorizar las adquisiciones (VALLÉE: *Les fondations et le mécénat d'entreprise*, pp. 37 a 42).

3.2.5. Otros ordenamientos

La actual ley federal austríaca, como se ha expresado antes incidentalmente, ha variado radicalmente el sistema previo de control. En efecto, de unos mecanismos enteramente basados en la intervención administrativa, se ha pasado a un diseño sistémico cuya arquitectura descansa, esencialmente, en el establecimiento de controles internos por órganos designados total o parcialmente por la autoridad judicial (el auditor y al consejo de vigilancia); en la intervención judicial para los casos de discrepancia interna; y en la concesión de derechos de inspección e información a los beneficiarios. En relación con la necesidad de autorizaciones especiales para determinados negocios jurídicos, la ley vigente ha homologado la situación de las fundaciones a la de las sociedades anónimas. En efecto, el Consejo de Vigilancia debe supervisar la dirección y la gestión de la fundación (sin perjuicio de que la declaración fundacional pueda extender su ámbito normal de competencia), y para ello tiene los poderes de información e información que se detallan en el § 95 Ap. (2) y (3) de la Ley de Sociedades Anónimas de 1965; además, debe autorizar los negocios descritos en el § 95 Ap. 5 N.º 1, 2, 4 a 6 de la misma ley.⁷⁸⁰ En relación con esta clase de negocios, el citado texto de derecho mercantil exige la anuencia del Consejo de Vigilancia para la adquisición y la cesión de participaciones, así como la adquisición, la cesión y el cierre de empresas e industrias; para la adquisición, la cesión y el gravamen de bienes inmuebles; para las inversiones que sobrepasen por sí solas o en conjunto los costes de compra determinados para el ejercicio; para la aceptación de créditos o préstamos que sobrepasen individualmente o en conjunto el monto determinado para el ejercicio; y la concesión de préstamos y créditos, en tanto ello no forme parte de la actividad empresarial habitual.⁷⁸¹

⁷⁸⁰ Austria. Privatstiftungsgesetz. § 25. Aufgaben des Aufsichtsrats, Vertretung der Privatstiftung.

“(1) Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung und die Gebarung der Privatstiftung zu überwachen. Für das Auskunfts- und Einsichtsrecht des Aufsichtsrats gilt § 95 Abs. 2 und 3, für die Zustimmung zu bestimmten Geschäften der Privatstiftung § 95 Abs. 5, Z 1, 2, 4 bis 6 Aktiengesetz 1965 sinngemäß.

(2) Der Aufgabenbereich des nach § 22 Abs. 1 Z 2 bestellten Aufsichtsrats ist auf Angelegenheiten der einheitlichen Leitung oder unmittelbaren Beherrschung inländischer Kapitalgesellschaften beziehungsweise inländischer Genossenschaften beschränkt.

(3) Der Aufsichtsrat vertritt die Privatstiftung bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern.

(4) Die Stiftungserklärung kann den Zuständigkeitsbereich des Aufsichtsrats nach Abs. 1 bis 3 erweitern.

(5) Für die Einberufung des nach § 22 Abs. 1 bestellten Aufsichtsrats gilt § 94 Aktiengesetz 1965.”

⁷⁸¹ Austria. Aktiengesetz 1965. § 95. “Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats (...)

En el caso de la disciplina fundacional de Suiza, se produce un fenómeno equivalente al de Alemania. A partir de una norma puramente competencial y teleológica del Código Civil (el ya citado art. 84), son las normas de los diversos cantones las que diseñan mecanismos específicos de control de la gestión patrimonial. Ni siquiera una exposición sintética de las normas de cada cantón es aquí posible, de modo que me limitaré a señalar que el rango de medidas y de intensidades del control es tanto o más variado que en el caso germano, y a enumerar algunas de las herramientas de que dispone la Administración. Entre ellas se cuentan el deber de los órganos de someter los estatutos (incluidas sus modificaciones) y la vigencia de ciertas disposiciones del negocio fundacional a la aprobación del Protectorado, los precedentemente citados deberes de presentar informes y de llevar contabilidad y el correlativo derecho del Protectorado de verificar y auditar las cuentas, el cumplimiento de parámetros legales y prácticos de nivel federal y cantonal sobre la inversión de los bienes (medidas indirectas preventivas); el establecimiento de un delegado del Protectorado en la administración de la fundación, la conservación (depósito) del patrimonio en manos de la autoridad pública, la autorización previa para ciertos negocios jurídicos (medidas preventivas directas); los requerimientos y advertencias del Protectorado a los órganos de la fundación, las instrucciones u órdenes, la supresión o modificación de decisiones de los órganos, la imposición de sanciones administrativas; la remoción y restablecimiento de los órganos, la instauración de querrelas contra los órganos o contra terceros, la demanda de indemnización de daños

(2) Der Aufsichtsrat kann vom Vorstand jederzeit einen Bericht über die Angelegenheiten der Gesellschaft einschließlich ihrer Beziehungen zu einem Konzernunternehmen verlangen. Auch ein einzelnes Mitglied kann einen Bericht, jedoch nur an den Aufsichtsrat als solchen, verlangen; lehnt der Vorstand die Berichterstattung ab, so kann der Bericht nur dann verlangt werden, wenn ein anderes Aufsichtsratsmitglied das Verlangen unterstützt. Der Vorsitzende des Aufsichtsrats kann einen Bericht auch ohne Unterstützung eines anderen Aufsichtsratsmitglieds verlangen.

(3) Der Aufsichtsrat kann die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände, namentlich die Gesellschaftskasse und die Bestände an Wertpapieren und Waren, einsehen und prüfen, er kann damit auch einzelne Mitglieder oder für bestimmte Aufgaben besondere Sachverständige beauftragen. (...)

(5) Maßnahmen der Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden. Folgende Geschäfte sollen jedoch nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden:

1. der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen (§ 228 HGB) sowie der Erwerb, die Veräußerung und die Stilllegung von Unternehmen und Betrieben;

2. der Erwerb, die Veräußerung und die Belastung von Liegenschaften; (...)

4. Investitionen, die bestimmte Anschaffungskosten im einzelnen und insgesamt in einem Geschäftsjahr übersteigen;

5. die Aufnahme von Anleihen, Darlehen und Krediten, die einen bestimmten Betrag im einzelnen und insgesamt in einem Geschäftsjahr übersteigen;

6. die Gewährung von Darlehen und Krediten, soweit sie nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört; (...)"

y perjuicios contra los órganos (medidas represivas); dejando sin mención una serie larga de medidas cautelares provisionarias.⁷⁸²

El Código Civil neerlandés, coherente con la tradición liberal que lo inspira, no impone restricciones legales directas de carácter administrativo a la disposición patrimonial. Sin embargo, en principio el patronato no está facultado, salvo permisión estatutaria, para celebrar contratos que supongan la adquisición, enajenación o gravamen de bienes registrables, así como para celebrar contratos que obliguen a la fundación como fiador o codeudor solidario, por obligaciones propias o de terceros. Los estatutos pueden vincular esta facultad a limitaciones y condiciones. Es decir, frente al silencio estatutario, la ley impide la realización de esos actos.⁷⁸³

La ley danesa sobre fundaciones y ciertas asociaciones, de 1992, contiene también restricciones a la libre disposición de determinados derechos. En efecto, exige autorización previa del Protectorado para disponer de los bienes con los que la fundación ha sido establecida, o que los han reemplazado; de los bienes que la fundación ha recibido en donación, herencia o legado, o los que los han reemplazado, a menos que el testador o en donante haya determinado que el bien pueda utilizarse en prestaciones; y de los bienes que correspondan a rentas que deban destinarse a consolidar el patrimonio fundacional. Sin perjuicio de lo anterior, la directiva puede enajenar sin autorización administrativa los bienes que correspondan a excedentes del año financiero previo, que según las reglas de las leyes fiscales deban incluirse en la declaración de ingresos fiscalmente afectos de la fundación.⁷⁸⁴

⁷⁸² Para una indicación de las normas que rigen en cada cantón, *vid.* RIEMER: *Berner Kommentar*, pp. 518 a 523. Para una exposición particular de cada mecanismo de control, *vid.* RIEMER: *Op. cit.*, pp. 557 a 591.

⁷⁸³ Holanda. *Burgerlijk Wetboek*. Artikel 291. 1) *Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de stichting.* 2) *Slechts indien dit uit de statuten voortvloeit, is het bestuur bevoegd te besluiten tot het aangaan van overeenkomsten tot verkrijging, vervreemding en bezwaring van registergoederen, en tot het aangaan van overeenkomsten waarbij de stichting zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van een ander verbindt. De statuten kunnen deze bevoegdheid aan beperkingen en voorwaarden binden. De uitsluiting, beperkingen en voorwaarden gelden mede voor de bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de stichting ter zake van deze handelingen, tenzij de statuten anders bepalen.*"

⁷⁸⁴ Dinamarca. *Lov om fond og visse foreninger* (Lov 698, 11/08/1992) § 9. "En fonds bestyrelse må kun med fondsmyndighedens samtykke uddele:

- 1) *de aktiver, der forelå ved fondens stiftelse, eller hvad der træder i stedet herfor,*
- 2) *de aktiver, som senere tilfalder fonden som arv eller gave, eller hvad der træder i stedet herfor, medmindre arveladeren eller giveren har bestemt, at aktiverne skal anvendes til uddeling, og*
- 3) *de aktiver, der modsvarer overskud, som er henlagt til konsolidering af fondens formue.*

En el caso de Irlanda, la disposición de inmuebles se encuentra detenidamente regulada. En efecto la autoridad administrativa (*the Commissioners of Charitable Donations and Bequests for Ireland*, abreviado *Board* —que traduciré como Consejo—, un cuerpo colegiado de hasta once integrantes, designado y pagado por el Parlamento, y aproximadamente equivalente a los *Commissioners* ingleses), debe autorizar (sección 34) toda disposición, hipoteca o gravamen de inmuebles detentados por una *charity*. La disposición incluye la venta, la permuta por otro inmueble, la celebración de arriendos u otros contratos de tenencia, sea en calidad de arrendador o de arrendatario (Subsec. 6). El Consejo sólo autorizará la operación cuando resulte ventajosa para la *charity*, para la determinación de lo cual tiene poder para inquirir toda clase de información. Al dar la autorización, puede además dar instrucciones sobre la inversión del dinero obtenido (Subsec. 1 y 4). Cuando se pretenda realizar una disposición para un propósito ajeno del fin de la *charity*, aún cuando su consideración básica no incluya el valor de mercado, pero se dirija al beneficio colectivo; el Consejo podrá autorizarla si comprueba que la disposición propuesta efectivamente beneficiará tanto a un *charitable purpose*, como al interés general, pudiendo, además realizar instrucciones específicas (Subsec. 2 y 4). Adicionalmente, y esto resulta completamente ajeno a los sistemas de Derecho Continental, el Consejo puede, si lo estima pertinente, actuar de oficio en esta materia (Subsec. 3). Finalmente, puede también autorizar retroactivamente operaciones realizadas sin su preceptiva anuencia (Subsec. 5).⁷⁸⁵

Stk. 2. Uanset bestemmelsen i stk. 1 kan en fonds bestyrelse uden fondsmyndighedens samtykke uddele aktiver svarende til det foregående regnskabsårs nettokursgevinster, som efter reglerne i kursgevinstloven skal medregnes ved opgørelsen af fondens skattepligtige indkomst. Bestyrelsens beslutning om at anvende aktiverne til uddeling skal være truffet inden 6 måneder efter det foregående regnskabsårs afslutning. I øvrigt finder § 29, stk. 1, tilsvarende anvendelse.

Stk. 3. De aktiver, der er nævnt i stk. 1, må kun overdrages eller pantsættes efter regler, der fastsættes af justitsministeren, eller med fondsmyndighedens samtykke, jf. dog stk. 2.

Stk. 4. Den i stk. 1 og 3 nævnte rådighedsindskrænkning skal i videst muligt omfang sikres ved notering, tinglysning eller på anden måde.

Stk. 5. Det kan bestemmes i vedtægten, at de i stk. 1 nævnte aktiver skal anvendes til uddeling i løbet af et nærmere fastsat tidsrum.”

⁷⁸⁵ Irlanda. Charities Act 1961 and 1973. Section 34 of Principal Act. “Power of Board to authorise or make sale, exchange, certain other dispositions of, or mortgages of charity land.

(1) Where an application is made to the Board by the trustees of any charity comprising land representing that—

(a) a specified disposition of the land can be effected on terms which would be advantageous to the charity, or

(b) it would be advantageous to the charity to raise a particular sum of money by mortgaging, or charging by way of security for the repayment of the sum to be borrowed, the land or any part thereof for purposes specified in the application,

the Board may if they think fit, inquire into the circumstances, and if, after inquiry, they are satisfied that the proposed disposition, mortgage or charge would be advantageous to the charity, they

Como si lo anterior no fuese suficiente, la disposición material de los inmuebles también se halla fuertemente regulada. En efecto, la sección 37 requiere la autorización del Consejo, y permite su intervención de oficio, para la cesión parcial del inmueble (incluyendo la cesión para el trabajo de cualquier mina), la excavación y extracción de piedras, arcilla, grava u otros minerales, la tala de árboles, el tendido de caminos, la realización de drenajes, la construcción de cualquier nuevo edificio, la reparación, alteración reconstrucción o remoción total de cualquier edificio existente, la realización de cualquier otra mejora o alteración en el estado y condición del inmueble.⁷⁸⁶

may authorise that disposition, mortgage or charge and give such directions in relation thereto (including directions for securing the due investment or application of the money arising therefrom for the benefit of the charity) as they think fit.

(2) Where an application is made to the Board by the trustees of any charity comprising land representing that a specified disposition of the land for the benefit of a specified charitable purpose other than a purpose of the charity of which they are trustees, being a disposition the consideration for which is not the market value, would, if effected, operate for the benefit of the public, the Board may, if they think fit, inquire into the circumstances, and if, after inquiry, they are satisfied that the proposed disposition would both be for the benefit of the specified charitable purpose and operate for the benefit of the public, they may authorise that disposition and give such directions in relation thereto (including directions for securing the due investment or application of any money arising therefrom for the benefit of the charity) as they think fit.

(3) If it appears to the Board in respect of any charity comprising land of which they are trustees that it would be advantageous to the charity to: (a) make any disposition of the land, or (b) raise money by mortgaging, or charging by way of security for the repayment of the sum to be borrowed, all or any part of the land of the charity; they may make that disposition of the land or so raise the money, and the money arising therefrom shall be invested or applied by them for the benefit of the charity in such manner as they think fit.

(4) Every mortgage or charge authorised under subsection (1) shall be effected in such manner as the Board may approve and shall contain such conditions (including conditions relating to the repayment of principal moneys, or the redemption and reconveyance of land which is subject to the mortgage or charge) or other provisions, if any, as the Board shall require.

(5) The Board may, if they think proper, authorise under this section, with retrospective effect, a specific disposition, mortgage or charge, made without such authority.

(6) In this section "disposition", in relation to land means a disposition of the land by: (a) selling it, or (b) exchanging it for other land, or (c) surrendering a lease or other contract of tenancy of it, or (d) accepting a surrender of a lease or other contract of tenancy of it."

⁷⁸⁶ Irlanda. Charities Act 1961 and 1973. Section 37 of Principal Act. "Power of Board or trustees of trustees of charity, with authority of Board, to let land, etc., to do repairs, etc., and raise money for those purposes.

(1) In this section 'act to which this section applies' means, in relation to a charity comprising land, any of the following: (a) the letting of the land (including letting on leases for working any mine), (b) the digging or raising of stone, clay, gravel or other minerals on the land, (c) the cutting of timber on the land, (d) the forming or laying out of any new road or street through the land, (e) the making of drains or sewers through the land, (f) the erection of any new building on the land, (g) the repair, alteration, rebuilding or total removal of any existing building on the land, (h) the making of any other improvements or alterations in the state or condition of the land.

(2) If it appears to the trustees of any charity comprising land that the doing of any act to which this section applies would be for the benefit of the charity, they may lay before the Board a

En el caso portugués, “no existe (...) un principio general de carácter reglado para la supervisión estatal de las fundaciones (...). A la luz de la nueva ley civil (1967), puede decirse que el derecho portugués se inclina más bien a la abstención del Estado en los asuntos de la fundación.”⁷⁸⁷ Con todo, es posible que exista algún grado de control. “A fin de que las fundaciones puedan estar subordinadas a una vigilancia estatal (que se ejercerá bajo la forma de una tutela sobre la gestión), ellas deben, en el proceso de autorización, ser reconocidas como instituciones de utilidad pública de carácter administrativo. Este carácter se atribuye por el Gobierno a las instituciones establecidas por personas privadas cuyos fines sean la asistencia o la formación, y su actividad se limite a una categoría de personas de un cierto sector geográfico. Puede decirse que las fundaciones de utilidad pública de este tipo tienen un carácter puramente local y su actividad se restringe a un determinado ámbito (municipio, distrito, provincia). Por otra parte, si una fundación es reconocida, en un sentido amplio, como de interés general, porque su actividad deba extenderse, por ejemplo, sobre varios ámbitos, entonces la supervisión puede adoptar diferentes formas, comenzando por la ausencia total de interferencia estatal (como es el caso con la Fundación Gulbenkian) hasta la supervisión según las disposiciones generales de tutela administrativa.”⁷⁸⁸ No existe, pues, en Portugal, un control específico, de carácter legal y generalmente reglado, para la enajenación de bienes y derechos.

Tampoco contienen regulaciones específicas sobre la disposición de bienes y derechos las leyes Grecia, Bélgica, Luxemburgo y Liechtenstein.

statement and proposal in relation to the doing of that act, and thereupon: (a) the Board, if they think that the doing of the act to which the statement and proposal relate (with or without modifications or alterations) would be beneficial to the charity, may make such order for or in relation to the doing of the act and any circumstances connected therewith, as they think fit, though the act is not authorised or permitted by the trust; (b) the Board may by that order authorise the application of any moneys belonging to the charity for the act.

(3) If it appears to the Board in respect of any charity comprising land of which they are trustees that the doing of any act to which this section applies would be for the benefit of the charity, they may do that act.

(4) The Board may, if they think proper, authorise, with retrospective effect, any act to which this section applies done without such authority.”

⁷⁸⁷ BLANCO: “Portugal”, p. 329. El paréntesis con el año del Código Civil es mío.

⁷⁸⁸ *Loc. cit.*

3.3. Derecho nacional

La legislación estatal estructura, en el artículo 19, un sistema de control construido sobre dos bases: la homologación de trato para enajenaciones, gravámenes, transacciones y aceptación de arbitrajes de equidad (lo que tiene una lógica evidente, ya que, como se sabe, los efectos económicos finales suelen ser idénticos en todos esos casos); y la adopción de tres mecanismos de control: la autorización previa, la información posterior específica y la constancia registral adicional,⁷⁸⁹ exigidos para los actos antes mencionados en función de la naturaleza del bien o derecho que constituye su objeto.

3.3.1. Actos sometidos a autorización previa del Protectorado

En el marco general esbozado previamente, la Ley de Fundaciones ha establecido, en el artículo 19, que requieren la autorización previa y específica del Protectorado los siguientes actos:

- a) Los actos de enajenación o gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación fundacional.
- b) Los actos de enajenación o gravamen² de los bienes y derechos que estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales
- c) Los actos de enajenación o gravamen de los bienes y derechos que representen un valor superior al veinte por cien del activo de la fundación que resulte del último balance anual.
- d) Los actos que comprometan a la fundación en arbitrajes de equidad respecto de alguno de los bienes enumerados previamente.
- e) Las transacciones que involucren alguno de los bienes enumerados previamente.

COBO GÁLVEZ ha puesto de relieve que esta regulación se justifica en el interés legislativo en garantizar la permanencia de la dotación fundacional, en proteger a aquellos bienes que directamente permiten satisfacer la actividad de interés general que

⁷⁸⁹ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 226 distingue cuatro mecanismos, al separar el trato de la simple dación en cuenta, de lo que él llama autorización-comunicación, que operaría para los arbitrajes en equidad, en los casos de silencio afirmativo de la Administración. Se trata de una lectura errónea del precepto del artículo 19.3 que al exigir la autorización o, *en su caso*, la información, se está claramente refiriendo a la diferencia de trato entre los bienes enumerados en el apartado 1 respecto de aquellos otros que, por exclusión, caen en el apartado 2. No hay, pues, cuatro mecanismos de control en la ley estatal, sino sólo tres.

tiene encomendada la organización, y en impedir o prevenir la descapitalización patrimonial de la fundación.⁷⁹⁰

3.3.1.1. Problemas de interpretación

Intentaré en este apartado una revisión de los principales problemas generales de interpretación que se plantean respecto de esta norma. El tratamiento de cuestiones específicas lo reservo para la revisión del desarrollo reglamentario del artículo 19.

3.3.1.1.1. Las enajenaciones a título gratuito

Un primer problema general de interpretación del artículo 19 estriba en que de su texto no resulta fácil colegir directamente si existe una intención legislativa de realizar distinciones en relación a la naturaleza de las enajenaciones que regula. Esto es, si consagra o no diferencia de trato para las enajenaciones a título oneroso, respecto de las disposiciones patrimoniales gratuitas. Tal oscuridad no fue despejada por el Reglamento.

Una buena parte de la doctrina ha omitido referirse directamente al tema (aunque algunos lo han hecho de modo incidental).⁷⁹¹ Entre quienes lo han abordado, y planteándose en contra de la igualdad de trato (es decir, manteniendo la idea de que las enajenaciones gratuitas no requieren autorización), OLMOS VICENTE ha sostenido: “Al hablar de enajenaciones, no olvidamos que éstas pueden ser no sólo onerosas sino que también existen las gratuitas, como podrían ser las que se efectuaran en cumplimiento de fines o en cumplimiento de una condición impuesta sobre una donación o un legado; pero no son estas, las gratuitas, a las que se refiere la ley y desarrolla el Reglamento, sino las onerosas o con contraprestación. Por tanto, es a éstas a las que en lo sucesivo nos referimos, si bien incluyendo sus variadas formas, como compraventa, dación en pago, permuta, etc.”⁷⁹² El autor, con todo, parece olvidar que es perfectamente posible concebir una enajenación gratuita que no sea un acto de cumplimiento de fines, y que opere respecto de un bien no donado ni legado por un tercero, o donado o legado sin condición alguna. Esas enajenaciones merecen, por tanto, atención doctrinal en cuanto a sus requisitos de procedencia.

⁷⁹⁰ COBO GÁLVEZ: *Op. cit.*, p. 165 y 166.

⁷⁹¹ Así COBO GÁLVEZ: “Comentario a los Arts. 17 a 20”; HUERTA HUERTA y HUERTA IZIAR DE LA FUENTE: *Fundaciones*; LÓPEZ-NIETO: *Manual de Fundaciones*; REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI: *La Nueva Ley de Fundaciones*, DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*; DE PRADA GÓNZÁLEZ: “Aspectos Notariales de la Ley de Fundaciones”, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO: “El Patrimonio de las Fundaciones: su Enajenación y Gravamen”, entre otros.

⁷⁹² OLMOS VICENTE: “El Régimen de Autorizaciones...”, p. 154.

El problema sí ha sido visto, en cambio, por GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, que ha sostenido al respecto que “conviene reparar brevemente en una aparente paradoja de la Ley de Fundaciones, pues parece que exige una autorización para algunos contratos sinalagmáticos de la fundación y no la requiere cuando la fundación no obtiene una contraprestación contractual (...) No tendría sentido que la fundación estuviera obligada a recabar autorización del Protectorado para transigir y sin embargo pudiera ceder gratuitamente sus bienes o derechos. En realidad no existe tal antítesis, de una parte debe tenerse en cuenta que (...) como regla general, las fundaciones deberán realizar gratuitamente su actividad (...). Además, no debe perderse de vista el mandato del artículo 21 de la Ley de Fundaciones, que obliga a los patronos a destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas a los fines de la fundación, a sensu contrario, y aquí reside el dato crucial, la ley prohíbe las liberalidades de la fundación que no tengan por objeto el cumplimiento de los fines fundacionales. La razón por la que la fundación no deberá exigir (*sic*) autorización para realizar negocios jurídicos a título gratuito resulta clara: tiene prohibidas las liberalidades, siempre que no las realice en el cumplimiento de los fines fundacionales, y en este caso sería inoperante exigir una autorización para cada acto singular de la fundación.”⁷⁹³

Con todo y ser éste un razonamiento hábil, hay ciertos datos que no acaban de ajustar completamente en esa tesis. Primero: La tesis supone una limitación a la capacidad de las fundaciones establecida tácitamente por la determinación de su objeto, no obstante la opinión general de la doctrina en sentido contrario. Segundo: La prohibición de los actos gratuitos fuera del fin fundacional contradice el artículo 6.2 de la Ley de Fundaciones, que permite que una fundación constituya otra fundación, lo que supone –por definición– la disposición gratuita de una dotación para esa nueva fundación. Y tercero: El autor soslaya la posibilidad de una enajenación gratuita dentro del ámbito de los fines fundacionales, y que supere los parámetros cuantitativos que suponen en general la necesidad de requerir autorización, y por tanto, no se plantea ni cuestiona ese problema. Dedicaré algunas líneas a profundizar cada una de estas objeciones.

En relación con una supuesta limitación de la capacidad de las personas jurídicas en razón del propósito para el que han sido creadas, CAFFARENA LAPORTA resumía así el problema: “¿Queda limitada la capacidad de las personas jurídicas al ámbito a que se refiere el fin que persiguen? Frente a lo que podría pensarse en una

⁷⁹³ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La Fundación: Un Estudio Jurídico*, p. 148.

primera aproximación al tema, las conclusiones a que se ha llegado sobre el artículo 37 (del Código Civil) no obligan a dar una respuesta afirmativa a la cuestión. El hecho de que (...) el fundador haya(n) querido que el ente creado persiga un determinado fin y éste se haga constar en los estatutos del mismo (...) no implica necesariamente una voluntad de limitar su capacidad al ámbito de dicho fin. (...) Por otra parte parece excesivo exigir a quienes contratan con una persona jurídica que valoren y se aseguren de la adecuación entre el negocio concluido y el objeto social. Por todo ello la mayoría de los autores y la jurisprudencia del TS se inclinan en línea de principio por entender que la capacidad de las personas jurídicas no se limita al ámbito de su objeto. (...) Ello no es obstáculo para que pueda derivarse alguna responsabilidad para los administradores por aquellos actos que exceden del objeto social.”⁷⁹⁴ Así pues, “la regla general es la plena capacidad tanto respecto de las relaciones obligatorias como respecto de las relaciones jurídico reales.”⁷⁹⁵ Esta plena capacidad supone que una prohibición de celebrar actos a título gratuito fuera del ámbito del fin, deba ser, al menos, expresa y de rango legal. Ahora ¿Es posible colegir del mandato del artículo 21 a) de la Ley de Fundaciones una prohibición tal? Me parece que la finalidad de la norma no es ésta, y que su redacción (“Las fundaciones están obligadas a: a) Destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas, de acuerdo con la presente Ley y los Estatutos de la fundación, a sus fines fundacionales”) no autoriza tampoco a establecer a partir de él una prohibición que limite la capacidad de las fundaciones. Otra cosa es que una donación efectuada fuera del objeto fundacional pueda no encontrarse justificada y sea objetivamente perjudicial para el patrimonio fundacional, y pueda eventualmente dar lugar a las responsabilidades correspondientes.⁷⁹⁶ Por otra parte, una prohibición expresa, y de rango legal, tampoco podría estar formulada en términos absolutos, porque es perfectamente concebible que causas de interés público –u otras– justifiquen sobradamente una enajenación gratuita extraordinaria. Así lo ha entendido

⁷⁹⁴ CAFFARENA LAPORTA: “Comentario a los Arts. 35 a 41 del Código Civil”, p. 242. En el mismo sentido, y sólo a título ejemplar, ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho Civil, I, Introducción y Parte General* (Volumen Primero: “Introducción y Derecho de la Persona”, p. 432; y NIETO ALONSO: *Fundaciones: Su capacidad*, p. 40. Respecto de la jurisprudencia, puede consultarse la sentencia del tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1959.

⁷⁹⁵ CAFFARENA LAPORTA: “Comentario a los Arts. 35 a 41 del Código Civil”, p. 243. No obsta a esa conclusión la matización realizada por LÓPEZ JACOISTE: “La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones”, p. 602; y recogida por CARRANCHO HERRERO: *La constitución de fundaciones*, p. 204, en el sentido de que la capacidad de la fundación, sin estar restringida, se encuentra “orientada” por el fin.

⁷⁹⁶ Creo, por la inversa, que la Fundación sí puede efectuar, por ejemplo, donaciones esporádicas de carácter caritativo (del tipo de una contribución para las víctimas de un desastre) que, aunque objetivamente significan un perjuicio patrimonial, no debieran importar responsabilidad de los patronos.

alguna legislación extranjera⁷⁹⁷, y en España, por ejemplo, la normativa gallega, en cuya ley se prohíbe la enajenación gratuita sólo respecto de los inmuebles destinados directamente al cumplimiento del fin, y cuyo Reglamento prevé que la cesión gratuita de inmuebles o de establecimientos industriales o mercantiles sea autorizada por el Protectorado cuando concurren fines de utilidad pública o interés social.⁷⁹⁸ Otro camino es el ensayado por la más reciente ley valenciana⁷⁹⁹, que también impera la onerosidad de las enajenaciones de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, constituyan o no dotación, pero esta vez haciendo excepción cuando se trata de prestaciones propias del cumplimiento del fin fundacional. En la ley valenciana, claro está, la cuestión se presentará en relación a la laxitud o rigor con que se interprete la expresión “prestaciones”.

El segundo elemento que contradice la tesis de la prohibición de los actos gratuitos fuera de aquellos de persecución del fin fundacional es el artículo 6.2 de la Ley de Fundaciones, que resulta claro en el sentido de permitir que una fundación se constituya, a su turno, en fundadora⁸⁰⁰, lo que supone –por definición– la disposición

⁷⁹⁷ Recuérdese los preceptos de las leyes de fundaciones de Baden–Württemberg (§ 13, (1) Nr.2) y de Schleswig–Holstein (§ 9 (1) Nr. 2), que someten a autorización administrativa y comunicación previa con derecho de objeción, respectivamente, la realización de liberalidades fuera del fin fundacional. *Vid.* el texto de los párrafos en las Notas Núm. 769 y 770. Exactamente en la misma línea puede insertarse la Sección 34 (2) de las *Charities Act 1961 and 1973* irlandesa, que permite autorizar las disposiciones fuera del fin específico de la *charity* cuando se dirigen a un *charitable purpose*, y además son de pública utilidad, aunque la operación no se lleve a efecto en condiciones de valor de mercado. *Vid.* su texto en Nota Núm. 785.

⁷⁹⁸ Artículo 20. “1. Los bienes inmuebles de la Fundación destinados con carácter permanente al cumplimiento directo de la finalidad fundacional, sólo podrán ser enajenados a título oneroso, en las condiciones establecidas por el fundador o en las que señale el Protectorado para cada caso. 2. Los demás bienes y derechos podrán ser enajenados solamente para reinvertir el precio en otros de la misma naturaleza si el Protectorado, en el plazo de tres meses a partir de la comunicación del órgano de gobierno, no se opusiere. (...)” Por su parte, el Reglamento de esa Ley autonómica establece, en su artículo 22. 2 que “Para la venta, permuta, cesión gratuita o gravamen de sus bienes inmuebles o de los establecimientos industriales o mercantiles que eventualmente posean, las fundaciones deberán obtener previa autorización del Protectorado. La cesión gratuita sólo será autorizada para fines de utilidad pública o interés social apreciado por el Protectorado (...)”

⁷⁹⁹ Artículo 22.1 “1. La enajenación, gravamen o cualesquiera otros actos de disposición o de administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, constituyan o no dotación, serán de título oneroso, debiendo estar justificada en todo caso la necesidad o conveniencia de tales actos, así como la inversión prevista de la contraprestación, salvo que se trate de prestaciones propias del cumplimiento del fin fundacional.”

⁸⁰⁰ Como, por otra parte, ya había indicado una sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1987: “(...) el desarrollo de su objeto podrá efectuarse mediante la creación de otras fundaciones, asociaciones, cooperativas, sociedades u otras entidades jurídicas de cualquier naturaleza que las leyes permitan, y participando en el desarrollo de las actividades de otras fundaciones, asociaciones, cooperativas, sociedades y otras personas jurídicas o físicas que, de algún modo, puedan servir a los fines perseguidos.” (Considerando Tercero)

gratuita de una dotación para esa nueva fundación.⁸⁰¹ DE PRADA GONZÁLEZ ha observado que esta posibilidad supone un acto de disposición gratuito para el que parece que la fundación no está autorizada. Por ello, sólo admite los casos en que estatutariamente se prevea la posibilidad, indicando que si no ocurre así, la cuestión es muy compleja, por tres motivos: porque una disposición tal sobrepasa las facultades del patronato, porque sólo sería admisible si hubiera coincidencia de fines, y porque el destino legalmente determinado de rentas e ingresos (art. 25) no la admite.⁸⁰² La conexión entre la posibilidad fundacional de fundar y la exigencia de autorización para negocios gratuitos también ha sido percibida por DEL CAMPO ARBULO, aunque con una conclusión equivocada, como se verá. En efecto, el autor reseña las objeciones doctrinales a la realización de liberalidades fuera del fin fundacional, y las tacha de “escrúpulos técnicos”, sosteniendo a continuación que normalmente la fundación creada por otra tendrá fines semejantes ya que la creación obedece a razones de mejor operativa o de especialización (aunque admite como perfectamente posible que ello no sea así); que puede destinarse a dotar una nueva fundación el porcentaje de rentas que ha de ser invertido; y no se requiere autorización administrativa, en virtud del último inciso del art. 19.1 (“Tal autorización no será necesaria en el caso de los actos de disposición de donaciones o subvenciones conforme a los fines establecidos por el donante o por la correspondiente norma”) ya que el artículo 6.3 opera como “la correspondiente norma”.⁸⁰³ Esta última conclusión resulta de una lectura errónea del artículo 19.1. Los actos de disposición a los que se refiere el precepto son aquellos de bienes o recursos donados a la fundación, con la obligación de emplearlos de una manera determinada por el propio donante, o por la norma que concede la subvención. Por eso, la enajenación que comentamos —la dotación de una nueva fundación— no cabe en la excepción prevista.

⁸⁰¹ VATTIER FUENZALIDA: “Observaciones sobre la Constitución, la Modificación y la Extinción de las fundaciones”, p. 1456, ha sostenido, específicamente respecto de esta posibilidad, que su concreción requiere autorización administrativa: “(...) las fundaciones pueden constituir a su vez otras fundaciones, si ello es necesario y compatible con los fines de la Fundación matriz, pero con dos limitaciones. Por un lado, la dotación de la segunda Fundación, conforme al artículo 19 de la Ley de Fundaciones, requiere autorización administrativa por ser una enajenación que efectúa la primera; y por otro lado, dicha dotación debe entrar en la parte de los ingresos netos que ésta debe dedicar a la realización de sus fines, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley de Fundaciones, pero no en la parte destinada a incrementar su propia dotación.” PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ, aún reconociendo que la cuestión de la titularidad, por parte de las fundaciones, del derecho constitucional de fundación está abierta a debate, creen que es posible admitir la respuesta afirmativa. (PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ: *Derecho de Fundaciones y voluntad del fundador*, p. 113)

⁸⁰² DE PRADA GONZÁLEZ: “Aspectos notariales de la Ley de Fundaciones”, p. 214 y ss. Mismo texto en los trabajos posteriores titulados “Constitución, Modificación y Extinción de fundaciones en la nueva ley”, p. 35 a 39; y “Constitución de las fundaciones: capacidad, fines y dotación”, pp. 139 y 140.

⁸⁰³ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, pp. 110 y 111.

En tercer lugar, indiqué que la omisión de los negocios gratuitos del alcance del artículo 19 soslaya la posibilidad de actos de esa clase, que satisfagan los parámetros del precepto. Es decir, la tesis identifica los negocios gratuitos con las prestaciones ordinarias que la fundación realiza a sus beneficiarios (normalmente de un monto porcentualmente muy bajo, mirado individualmente cada negocio) y deja sin regulación legal la enajenación o gravamen gratuitos de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o que estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, o representen un valor superior al 20 por 100 del activo de la Fundación. Esta omisión resulta grave, porque puede conducir a que la fundación se “suicide”, ahogándose en el profundo pozo de sus propios fines. En efecto, es frecuente que las necesidades cuya cobertura constituya fines de interés general sean tan amplias como para consumir una cantidad prácticamente ilimitada de recursos, sin acabar con esas necesidades. ¿Es razonable permitir que la fundación destine gratuitamente a sus fines unos recursos de una entidad tal que haga peligrar o derechamente impidan su viabilidad futura? Puede que la respuesta sea afirmativa, porque un caso excepcional lo justifique, pero no sin una previa autorización administrativa. Estas enajenaciones gratuitas extraordinarias ponen en riesgo el patrimonio fundacional, y por tanto la propia pervivencia de la entidad. Este riesgo atenta contra la presumible voluntad del fundador, y contra el interés general. Tanto la una como el otro deben querer la permanencia en el tiempo de un capital que satisfaga el fin que justifica la existencia de la fundación. Si así no fuese, el fundador no habría destinado recursos al fin por la vía de la fundación, sino por otro mecanismo jurídico diverso; y la Administración no hubiera aprobado su existencia.

La cuestión, pues, resulta más compleja de lo que parece. En síntesis, en el ámbito estatal, y a falta de una mayor claridad legal, me parece, en contra de las opiniones de los autores que he citado, que hay que entender incluidas en el régimen del artículo 19 a las enajenaciones gratuitas, cuando concurren las circunstancias referidas en el precepto, por cierto. Ello, porque creo que no pueden entenderse prohibidas las liberalidades fuera del fin, conforme a lo razonado precedentemente, y porque dos lecturas del artículo 19 conducen a esa conclusión: *A fortiori*, si se exige autorización para los negocios sinalagmáticos, con mayor razón debe exigirse para las gratuidades. Y en seguida, no distinguiendo el precepto, no parece que quepa la distinción por vía interpretativa. Esta conclusión no pugna con la constatación de que

la fundación realiza su actividad general de forma gratuita⁸⁰⁴, y no obstaculiza esa actividad normal, porque en cualquier caso quedan fuera del régimen de autorización las liberalidades que signifiquen menos de un 20% del activo (y las demás no requieren ni siquiera comunicación inmediata), siempre y cuando no se trate de bienes dotacionales o directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales. En otras palabras, aplicar el artículo 19 a las enajenaciones gratuitas no entorpece en lo más mínimo la marcha normal de la fundación, y permite el control administrativo de eventos que, estando legalmente permitidos, pueden poner en riesgo el patrimonio fundacional con mayor fuerza que las disposiciones onerosas.

3.3.1.1.2. Autorización respecto de bienes muebles

Respecto de los bienes dotacionales ¿es también necesario requerir autorización cuando se trata de bienes muebles? La literalidad de la norma apunta la respuesta afirmativa. Sin embargo, COBO GÁLVEZ sostuvo que “esta interpretación va más allá de lo razonable; no podemos entender que el legislador haya deseado que la enajenación de los bienes muebles que, por ejemplo, formen parte de la dotación de un hospital (instrumental médico, mobiliario) requiera de autorización administrativa. Hubiera sido más lógico que se utilizara la técnica empleada en el apartado 2 de la enumeración de los bienes: inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, valores inmobiliarios y objetos de extraordinario valor. Considero que es a estos bienes a los que se está refiriendo el legislador.”⁸⁰⁵ El hecho de que el artículo 7 del Reglamento se haya limitado, en esta materia, a repetir el precepto del artículo 19, no colabora, por cierto, a esclarecer la muy justificada duda.⁸⁰⁶ LINARES ANDRÉS, en contrario, piensa que la reiteración constituye una afirmación: “Tras la promulgación del Reglamento esta interpretación es insostenible, porque el artículo 7.1 dispone expresamente que la enajenación o gravamen de bienes muebles que formen parte de la dotación fundacional o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales o representen un valor superior al 20% del activo de la fundación que resulte del último balance anual, requieren autorización previa del Protectorado.” Al respecto, creo que la mera reiteración del precepto legal, aunque desglosado, que hace el Reglamento, no invalida la interpretación paliativa de COBO, que intenta resolver problemas prácticos verdaderos.

⁸⁰⁴ Extremo que, por otra parte, es muy discutible, como veremos más adelante al tratar la posibilidad de que las fundaciones perciban ingresos contraprestacionales por sus actividades.

⁸⁰⁵ COBO GÁLVEZ: *Op. cit.*, p. 165 y 166.

⁸⁰⁶ LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*, p. 159.

Me parece que razones de pura prudencia práctica aconsejan seguir el criterio citado. Con todo, parece razonable sugerir un cambio legislativo en ese sentido, porque es claro que la interpretación propuesta fuerza el texto mucho más de lo conveniente. Es probable que sea empíricamente infrecuente que las dotaciones fundacionales comprendan bienes muebles de valor escaso, porque de lo contrario se hubiera ya producido una importante presión por el cambio regulatorio. Asimismo, resulta sintomático que autores posteriores hayan omitido por completo la cuestión planteada.⁸⁰⁷

3.3.1.1.3. Bienes que integran la dotación

La segunda cuestión interpretativa planteada por COBO es la relativa a la composición de la dotación fundacional, cuestión que lleva directamente al análisis del binomio patrimonio–dotación, y específicamente a la pregunta de si se trata, en verdad, de expresiones con campo semántico legal coincidente, o por el contrario, se trata de términos en relación de género y especie.

Como se ha indicado antes, la Ley utiliza dos conceptos diversos al referirse al activo fundacional. En primer lugar, emplea la voz “dotación”, cuya regulación matriz se encuentra en los artículos 8 c) y 10, y luego, habla de “patrimonio”, y destina al tratamiento del tema todo el capítulo IV. También se ha dicho previamente que la regulación de la dotación, más allá del momento de la puesta en marcha de la nueva fundación, resulta en la ley muy oscura, y que por ello, la cuestión de cuáles sean los bienes que la integran, pasado ese instante genético, resulta bastante espinosa.

Como el tema ya se ha abordado antes, a propósito precisamente del juego del binomio dotación – patrimonio, a esa parte me remito, sin más que una breve reiteración de la conclusión a que en esa parte se llegaba: Menos es más, o menos sintéticamente, cuanto más estricta sea la interpretación respecto de los bienes que integran la dotación, mejor.⁸⁰⁸

⁸⁰⁷ Así lo hacen GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La Fundación: Un Estudio Jurídico*, p. 149 y 162; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO: “El patrimonio de las fundaciones: su enajenación y gravamen”; HUERTA HUERTA y HUERTA IZIAR DE LA FUENTE: *Fundaciones*, p. 585; FERRANDO VILLALBA: “La Dotación Fundacional...”, pp. 1606 a 1608. Aborda en cambio el punto, dándole al precepto su extensión máxima, esto es, incluyendo los bienes muebles (con el objeto de abonar su postura crítica de la norma), ORTI VALLEJO: “Notas sobre la capacidad de las fundaciones”, p. 885.

⁸⁰⁸ *Vid.* el tratamiento analítico del tema en el Capítulo 3. Dotación y patrimonio, de la Primera Parte, en la pág. 211.

3.3.1.1.4. Vinculación directa al fin fundacional

Otra pregunta surgía al plantear la cuestión relativa a qué ha de entenderse por “bienes directamente vinculados al fin fundacional.” Evidentemente, todos los bienes de la fundación, por definición, se encuentran afectos al fin propio de ella, de modo que la dificultad estribaba en saber qué entiende la ley por vinculación “directa”. COBO sostuvo que “la interpretación debe tener carácter restrictivo, es decir, sólo aquellos bienes dedicados específicamente al cumplimiento del fin fundacional, debiendo quedar excluidos aquellos que no estén estrechamente relacionados con el objeto fundacional que se presta. Creo que no cabe otra interpretación que la restrictiva, cuando se trata de limitar la libre gestión de los órganos de gobierno de la fundación.”⁸⁰⁹ La posición de autor era muy razonable, por cuanto estamos hablando de bienes no dotacionales, que no superan un 20% del activo patrimonial. ¿Tenía sentido que una fundación hospitalaria no pudiera enajenar libremente parte del instrumental médico, o que una fundación educacional no pudiera actualizar sin trabas sus libros de texto, o que una fundación de asistencia a los desposeídos no pudiera vender (¡o donar!) con entera libertad las mantas con las que arropa a los mendigos que pasan la noche en sus instalaciones?

La cuestión ha quedado relativamente despejada luego de la dictación del Reglamento, que zanja el tema estableciendo, en su artículo 4.1, que “se entiende que los bienes y derechos de la fundación están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, cuando dicha vinculación esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del Patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada que realice una aportación voluntaria a la fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados. Asimismo, la vinculación a que se refiere el párrafo anterior podrá realizarse por resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial.” Esta definición reglamentaria, que objetiva notoriamente la ambigüedad de la ley, y resulta por ello inicialmente afortunada, tiende a aminorar las facultades discrecionales de que gozaba el Protectorado. Por cierto que quedarán casos residuales sin cubrir (por ejemplo, una fundación cultural que mantiene un museo, una de cuyas piezas más importantes es un bien no dotacional y que no ha sido objeto de la declaración a que se refiere el Reglamento), casos que, sin embargo, quedarán sujetos al régimen de comunicación inmediata, y en todo caso, al sistema de responsabilidad de los patronos que configura la Ley. La norma legislativa no puede, so pretexto de

⁸⁰⁹ COBO GÁLVEZ: “Comentario a los artículos 17 a 20”, p. 167.

cubrir absolutamente todas las hipótesis potencialmente peligrosas, consagrar una regulación que trabe gravemente la gestión de la generalidad de las fundaciones.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ ha analizado con detalle la disposición reglamentaria que nos ocupa⁸¹⁰, y ha puntualizado, respecto de la declaración misma, que la exigencia de que sea expresa excluye la posibilidad de una apreciación de la vinculación en atención a la función que desarrollan los bienes o derechos en la fundación. En otras palabras, sin declaración formal, no hay jurídicamente vinculación directa. En otros términos, el mencionado autor postula para el acto de vinculación una naturaleza constitutiva, y no meramente declarativa. El propósito de certeza jurídica que anima esa propuesta es loable, y además tiene el mérito de poner de relieve una cuestión adicional. Si la declaración es constitutiva, ¿Cualquier bien puede ser declarado directamente vinculado al fin, o se requiere que ese bien satisfaga unas ciertas condiciones mínimas de efectiva conexión material con el fin fundacional? El problema resulta francamente espinoso, puesto que –por un lado– es deseable que la declaración efectuada refleje una cierta realidad empírica; pero –por otra parte– no resulta fácil fundamentar una limitación a la potestad que el Reglamento entrega para la calificación. Creo que la cuestión puede zanjarse atendiendo al rango normativo de las dos normas implicadas. El mandato de la norma superior establece un criterio material insoslayable: efectiva vinculación al fin; la norma reglamentaria, en aras de la seguridad jurídica, exige una formalidad adicional: la declaración. Por tanto, hay que entender –aunque parezca un malabarismo lingüístico– que la ley limita (*ex ante*) la posibilidad reglamentaria de declarar directamente vinculados al fin fundacional a los bienes y derechos que efectivamente tienen una vinculación directa con ese fin; y que el reglamento limita (*ex post*) la posibilidad de considerar directamente vinculado al fin a un bien o derecho que no haya sido objeto previo de la respectiva declaración, aunque tenga una positiva conexión material con el fin.

Por otra parte, el mismo GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ ha propuesto la idea de que la consideración de bien directamente vinculado pueda recibirla también un bien que no se encuentre formalmente incluido en el patrimonio (ya que éste sólo se integra por los bienes y derechos susceptibles de valoración económica) y que puedan, por tanto, ser objeto de la declaración derechos sin contenido patrimonial, como los morales de autor.⁸¹¹

⁸¹⁰ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La fundación: Un estudio jurídico*, p. 150.

⁸¹¹ *Loc. cit.*

Respecto de los sujetos que pueden realizar la declaración, el autor no ve dificultades hermenéuticas cuando es efectuada por el Patronato o por un tercer donante. En cuanto al Patronato, y hecha la salvedad de que al actuar de esa manera el Patronato autolimita sus potestades (GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ apunta con agudeza que lo más probable es que tal declaración tenga por objeto limitar la autonomía de la voluntad de los futuros patronos de la fundación), tal declaración puede realizarla en cualquier momento y respecto de cualquier bien. Es cierto que puede plantear alguna extrañeza el hecho de que pueda el Patronato realizar esta afectación, y no pueda luego el mismo Patronato realizar una declaración contraria, que desafecte los bienes. Sin embargo, parece que esta irrevocabilidad no es rara en el Derecho de Fundaciones, y sólo quedaría cuestionar el rango puramente reglamentario de la norma que tácitamente la establece. En relación al tercero ajeno a la fundación que realiza una donación, se trata de un mecanismo que le permite otorgar un mayor grado de protección al bien donado, y no se plantean a su respecto mayores problemas.

Sin embargo, se presentan ciertos problemas interpretativos en relación con la declaración que haga el fundador, el Protectorado y la autoridad judicial.

En efecto, respecto del fundador se sostiene que “habrá de entenderse que el fundador únicamente podrá llevar a cabo la calificación de los bienes y derechos de la fundación en el momento de su constitución.”⁸¹² Esta posibilidad es difícilmente inteligible porque, por definición, todos los bienes que el fundador afecte a los fines fundacionales en el momento de la constitución forman parte de la dotación (Art. 8, c), y gozan ya del máximo de la protección legal. El mismo autor lo había reconocido previamente cuando, al referirse a la dotación fundacional, sostuvo que “la diferencia entre patrimonio y dotación permitiría constituir una fundación con una dotación adecuada y suficiente y además atribuirla al mismo tiempo de otros derechos con la calificación de mero patrimonio. Sin embargo, la práctica de los Protectorados viene otorgando la calificación de dotación a todo el patrimonio que se atribuye a la fundación en el momento de la constitución, sin permitir la distinción (...)”⁸¹³ Respecto de este tema, otro autor apuntaba que “tal vez no tenga mucho sentido la mención (...) del fundador. Parece una deferencia de la ley hacia su figura, pues (...) al crear una nueva persona jurídica queda legalmente desvinculado de ella y de los bienes que aportó. Aunque (...) siempre podría, como cualquier persona capacitada para ello,

⁸¹² *Loc. cit.*

⁸¹³ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La fundación: Un estudio jurídico*, p. 75.

donar bienes con destino a la dotación.”⁸¹⁴ En cualquier caso, una tal posibilidad sólo es entendible en un inexistente contexto en el que no todos los bienes dotacionales gozan de ese nivel máximo de protección, y entonces se faculta al fundador para otorgárselo a aquellos que legalmente carecen de él. Parece, pues, que es mejor prescindir del fundador como sujeto activo de esta declaración. Su mención sólo contribuye a crear confusión, y en una eventual reforma de la normativa sobre este tema, debiera eliminarse. El fundador será siempre un tercero respecto de la persona jurídica por él creada, o todo lo más, un miembro de su Patronato.

Respecto del Protectorado, hay que concordar con GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ en el sentido que, no atribuyendo la ley en parte alguna a esa entidad la facultad de calificar los bienes y derechos de la fundación, debe entenderse que el único contexto justificatorio de tal declaración es el de la intervención de la fundación que prevé el artículo 34 de la Ley, en el momento en que el Protectorado asuma “todas las atribuciones legales y estatutarias del Patronato durante el tiempo que determine el Juez.” Una interpretación más amplia de esta norma reglamentaria la colocaría en una situación muy difícilmente sostenible respecto de su legalidad.

Por fin, creo que la atribución que hace el Reglamento a la autoridad judicial para calificar un bien como “directamente vinculado” al cumplimiento de los fines es derechamente ilegal, incluso considerando el intento de GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ de ampararla –junto con la atribución conferida al Protectorado– bajo el manto del artículo 34. En efecto, éste sólo permite al juez decretar que el Protectorado asume las funciones del Patronato, y determinar el tiempo de la intervención. No hay, por tanto, un espacio legal para que la autoridad judicial, en momento alguno, realice una declaración tal.⁸¹⁵

3.3.1.1.5. El cálculo del veinte por cien

Una última cuestión espinosa, de entre las planteadas por COBO GÁLVEZ, es la relativa a los bienes y derechos “que representen un valor superior al 20% del activo de la fundación que resulte del último balance anual”. ¿Se refiere aquí la ley al valor del bien individual que es objeto de la operación, o se refiere a la cuantía del negocio jurídico, cuando se trate de varios bienes? El autor mencionado sostiene que “cabe

⁸¹⁴ OLMOS VICENTE: “El Régimen de Autorizaciones...”, p. 158.

⁸¹⁵ ORTI VALLEJO: “Notas sobre la capacidad de las fundaciones”, p. 885 echa esta hipótesis, junto con la anterior, en el mismo saco, y considera que en ambos casos el Reglamento se excede, y que hubiera sido muy preferible un discreto silencio que hubiera permitido fijar criterios objetivos a la propia práctica diaria, y en última instancia a los Tribunales.

entender que el citado límite sólo opera individualmente en la enajenación o gravamen de cada bien o derecho que comprende el patrimonio, puesto que no existe referencia alguna específica a la globalidad, salvo el uso del plural en «bienes» y «derechos». Avala también esta interpretación lo establecido en el apartado 4 en relación con las anotaciones en el Registro de Fundaciones, al diferenciar las enajenaciones y gravámenes a que se refiere este artículo (superiores al 20%) de las superiores al 10%, para las que exige la obligación de dejar constancia anualmente en dicho Registro.⁸¹⁶ El autor admite que esta interpretación “puede dar lugar a la picaresca de que los órganos de gobierno trocean una operación de enajenación o gravamen en partes para evitarse el trámite de la autorización previa.”⁸¹⁷ La verdad es que esa posibilidad existe cualquiera sea la línea interpretativa que se siga respecto de este artículo. Tanto puede “trocearse” la enajenación de un solo bien que represente más del vigésimo patrimonial (cediendo primero un porcentaje de la propiedad, y quedando el adquirente como copropietario con la fundación, y luego cediendo el remanente fundacional) como la de un conjunto de bienes. Para esas situaciones debe –nuevamente– quedar el régimen general de nulidad por fraude a la ley (Art. 6.4 del Código Civil) y el régimen específico de responsabilidad de los patronos consagrado por la ley (Art. 15). Respecto de esta norma, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ ha precisado con acierto que la redacción del precepto supone que el cálculo porcentual se haga a partir del activo bruto, esto es, sin descontar al patrimonio las obligaciones de la fundación. Ello supone una mayor dificultad para alcanzar el vigésimo, y por tanto, importa una menor restricción a la libertad de administrar del Patronato.⁸¹⁸

3.3.1.1.6. La “enajenación y gravamen” del dinero

El mismo GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, en relación con el artículo 19, ha apuntado una cuestión que él mismo anuncia de difícil respuesta, respecto de la enajenación o gravamen del dinero.⁸¹⁹

En principio, es claro que desde el punto de vista económico el dinero es un bien más, sea cual sea la categoría jurídica precisa a la que se lo adscriba. Por tanto, es plausible la duda respecto de la dotación que se constituya total o parcialmente en una suma de dinero, y con ella quiera la fundación adquirir otro bien; o respecto de un precio que la fundación quiera pagar por un bien, que exceda del 20% del activo

⁸¹⁶ COBO GÁLVEZ: “Comentario a los artículos 17 a 20”, p. 167.

⁸¹⁷ *Loc. cit.*

⁸¹⁸ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La Fundación: Un Estudio Jurídico*, p. 151.

⁸¹⁹ *Id.*, p. 151 y 152.

fundacional. ¿Se aplican a esas operaciones, en que la fundación dispone del dinero, los controles del artículo 19?

Aunque con muchas dudas teleológicas, en el sentido que su interpretación pudiera permitir un quebranto patrimonial a la fundación, el autor se muestra partidario de no sujetar la disposición del dinero a la autorización del Protectorado. Por una parte, la fungibilidad esencial del dinero impide saber si una cierta cantidad es o no dotacional (salvo inmediatamente después de constituida la fundación). Por otro lado, la lógica de la redacción legal parece apuntar a esta solución. La idea de bienes o derechos “que representen un valor” indica una operación de cuantificación que el dinero no requiere. *Ad extremum*, la expresión “enajenación” no se utiliza nunca en la técnica legislativa para referirse a las adquisiciones, y si la Ley de Fundaciones hubiera querido comprenderlas, lo hubiera dicho expresamente. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, sin embargo, hace presente que esta argumentación no es igualmente aplicable a los gravámenes, respecto de los cuales el espíritu de la ley es inequívoco.

En contra, VERDERA SERVER ha afirmado la inclusión de la disposición del dinero en las exigencias del artículo 19. En cuanto al fondo, expresa que “no tiene buen sentido que una fundación pueda quedar absolutamente descapitalizada a través de la decisión de su Patronato en aquellos casos en que las aportaciones fundacionales, iniciales o posteriores, han consistido en sumas pecuniarias. ¿Es lógico que para enajenar una finca rústica carente de valor se requiera, cuando menos, dar cuenta inmediata al Protectorado y la disposición de cuantiosas sumas de dinero no quede sometida a ningún control? Claro está que ello no nos debe hacer incurrir en el defecto contrario que supondría que cualquier disposición dineraria de la fundación debiera estar sometida a cierto control administrativo. Las pautas que en este punto brinda la Ley de Fundaciones (...) son suficientes siempre que de las mismas no se excluya al dinero. En conclusión, creo que también ciertas (pero no todas) las disposiciones de dinero por parte de la fundación deben incluirse en los supuestos englobados por el artículo 19. Aunque el artículo 19.1 hable de «enajenación y gravamen» (...) en realidad hay que someter a autorización cualquier «disposición» (*cfr.* Art. 17.2) de bienes y derechos fundacionales, incluido el dinero, que cumpla las exigencias del artículo 19.1 de la Ley de Fundaciones.”⁸²⁰ Inmediatamente después, sin embargo, el autor reconoce como “cuestión distinta” la posibilidad de identificar una cierta suma a los efectos de reunir los requisitos previstos por el artículo 19.⁸²¹

⁸²⁰ VERDERA SERVER: “La Autocontratación en las Fundaciones”, p. 107.

⁸²¹ *Loc. cit.*

Frente al punto así esbozado, me parece que debe mantenerse la idea de que, en principio, la disposición del dinero no esté sujeta a la autorización administrativa. Las razones dogmáticas, y las prácticas derivadas de la fungibilidad del dinero avalan mejor esta postura que la contraria, y esta línea es consistente con el principio de libertad de administración que debe inspirar cualquier interpretación de las funciones del Protectorado. Sin embargo, creo que esas razones son válidas sólo cuando la disposición del dinero signifique una contrapartida equivalente para la fundación (esto es, cuando la fundación adquiera un bien o derecho). Me parece, pues, que debiera seguirse el criterio contrario cuando se trate de enajenar el dinero a título gratuito. Es decir, creo que es posible leer el artículo 19 en el sentido de que el dinero sólo se enajena o se lo grava cuando se dispone gratuitamente de él. Todos los casos intermedios entre la contraprestación equivalente y la pura liberalidad (como la compra sobrevalorada) deben quedar reservados para la aplicación de las normas generales de ineficacia, si procede, y de las normas sobre responsabilidad de los patronos. Esta lectura de la ley tiene la ventaja adicional de solucionar la dificultad que plantea el trato aplicable a los gravámenes. Cuando se trate de gravar el dinero sin una contrapartida económica (como en un aval gratuito a un tercero) se requerirá autorización. Si el gravamen supone una contrapartida para la fundación, tal asenso no será necesario. Además, resulta perfectamente coherente con la interpretación propuesta acápite atrás para los actos gratuitos.

3.3.1.2. El procedimiento de autorización

El procedimiento a través del cual deben las fundaciones solicitar la autorización administrativa que les permita cumplir lo dispuesto en el artículo 19.1 se encuentra normado por el Reglamento de Fundaciones, que destina a ello su Capítulo II. Son de aplicación general, además, las prescripciones de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC).⁸²²

El Reglamento destina disposiciones separadas para los casos de enajenación de inmuebles, gravamen de inmuebles, enajenación y gravamen de establecimientos mercantiles e industriales, enajenación y gravamen de muebles, enajenación y

⁸²² Para una revisión del contenido de esa Ley, en relación con la materia que nos ocupa, puede consultarse GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La fundación: Un estudio jurídico*, p. 153 y siguientes. El análisis se realiza con anterioridad a las modificaciones introducidas en esa Ley por la ley 4/1999, pero

gravamen de valores, y enajenación y gravamen de participaciones mayoritarias. El procedimiento básico, con todo, es el contenido el artículo 4, respecto de la enajenación de inmuebles. Revisaré éste, en consecuencia, con mayor detalle, y trataré sólo las especialidades respecto de los demás.⁸²³

3.3.1.2.1. Enajenación de inmuebles

Además de los requisitos generales de toda solicitud administrativa, la de autorización para enajenar un inmueble fundacional (de aquellos a los que se refiere el artículo 19.1 de la Ley de Fundaciones) debe acompañarse, a tenor de lo dispuesto en el mencionado artículo 4 del Reglamento, de los siguientes documentos:

- a) Certificación del Patronato de la fundación del acuerdo de enajenación.
- b) Memoria acreditativa de las características del bien o derecho objeto de la enajenación y de los elementos y condiciones del negocio jurídico, con exposición de las razones en que se fundamenta la enajenación e indicación del destino del importe.
- c) Una valoración de los bienes o derechos con arreglo a criterios de mercado.

Se trata, en primer término, de posibilitar al Protectorado la información suficiente para juzgar la validez del proceso de formación de la voluntad fundacional. Este tipo de acuerdos, sobre decisiones que requieren autorización administrativa, deben ser necesariamente adoptados por el patronato en forma colegiada, ya que, en virtud del artículo 14, tales actos no son delegables. Es relevante, en consecuencia, que el Protectorado conozca la forma en que se ha adoptado la decisión. En ausencia de una norma que aclare el punto, la certificación deberá ser expedida por el secretario de la fundación, o la persona que haga sus veces, contando con el visto bueno del presidente.

Los literales b) y c) pretenden proveer al Protectorado de la información necesaria para ejercer, por un lado, el control de legalidad de la operación, para lo cual requiere en primer lugar, conocer la situación jurídica del bien o derecho que es objeto del acto propuesto. Esto es, si forma parte de la dotación, si está declarado “directamente vinculado” al fin fundacional, o si su valor supera el veinte por cien del activo. Además, debe el Protectorado conocer las condiciones en las que se celebrará el negocio jurídico propuesto para ejercer a cabalidad el control de legalidad del mismo.

dichas modificaciones no afectaron las normas sobre procedimiento administrativo que se vinculan con las solicitudes de autorización.

⁸²³ Seguiré aquí de cerca la metódica exposición de GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *Op. cit.*, pp. 149 a 178.

Además, el Protectorado ejerce en esta materia un control de oportunidad negativo. Por ello, es necesario que se le dé cuenta de las razones tenidas a la vista para proponer el negocio, del destino que tendrá el importe de la operación, y del valor de mercado que se estima para el bien que es objeto de ella, extremos todos que son fundamentales para el efectivo cumplimiento del papel que la ley ha asignado al Protectorado.

Si la solicitud adolece de defectos, en los términos del artículo 33 de la Ley de Fundaciones, esto es, si “la solicitud no reúne los requisitos necesarios o no se presenta debidamente documentada”, el Protectorado se lo hará saber a la fundación mediante un acto motivado, y el plazo para resolver la solicitud quedará interrumpido, comenzándose a contar de nuevo desde el momento en que los defectos hayan sido subsanados. El Reglamento precisó el modo en que esta reanudación del plazo se produce, expresando que lo hace “por el tiempo que reste” (Art. 4.4 del Reglamento). GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ apunta que ésta es la única oportunidad de que goza el Protectorado para impugnar una solicitud defectuosa. Si no la repara en ese tiempo procedimental, no podrá luego rechazar la solicitud por defectos formales o de documentación.⁸²⁴

El Reglamento continúa delineando el procedimiento expresando, en el apartado 3 del artículo 4, que “la solicitud que formule el Patronato de la fundación será informada por el Protectorado, que podrá exigir una valoración pericial.” Conforme a la LPC, la fundación podrá, durante el llamado período de instrucción, esto es, hasta el momento previo a la emisión del informe, aducir cuantas alegaciones y aportar cuantos documentos y otros elementos de juicio estime pertinentes, los que deberán ser tenidos en cuenta por el Protectorado (Art. 79.1 LPC).

Del informe o propuesta de resolución que elabore el Protectorado debe darse audiencia a la fundación (Art. 84.1 LPC), trámite que abre una nueva oportunidad de presentar alegaciones que respalden la solicitud, en el plazo y forma que la citada disposición establece. Esta norma se superpone con el texto del artículo 4.3 del Reglamento, que establece que “si el informe fuera contrario a la autorización se dará traslado al Patronato para que alegue lo que corresponda en un plazo de quince días.” Discrepo aquí de GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, que postula que el artículo 4.3 citado regula momentos distintos del procedimiento administrativo, y que, en consecuencia,

⁸²⁴ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *Op. cit.*, p. 155

hay una triple oportunidad para que la fundación presente alegaciones: durante la instrucción (Art. 79.1 LPC), en el trámite de audiencia de la propuesta de resolución (Art. 84.1 LPC), y después de la emisión de un informe negativo (Art. 4.3 del Reglamento)⁸²⁵. Me parece que –máxime siendo susceptibles de recurso las decisiones de un Protectorado– debe bastar con la doble oportunidad que la fundación tiene al homologar el “informe” de que habla el Reglamento con la “propuesta de resolución” de la LPC. Esta conclusión se refuerza si se considera que la fundación ya cuenta con una oportunidad preliminar de presentar todas las alegaciones y documentos que le parezca conveniente, en el momento de presentar la solicitud.

El procedimiento concluye con la resolución del Protectorado, que habrá de otorgar o denegar la autorización para enajenar en el plazo máximo de tres meses, contados a partir de la recepción de la solicitud (Art. 33 de la Ley). Como regla general, si la resolución es estimatoria, no deberá fundarse. Caso contrario, deberá ser adecuadamente motivada, lo que supone una referencia sucinta a los hechos y a los fundamentos de derecho que basan la decisión adoptada. La resolución debe, asimismo, expresar los recursos que contra ella procedan, los órganos ante los que hayan de presentarse y el plazo para interponerlos (Art. 89.3 LPC).

En relación al fondo, se ha sostenido que el Protectorado no goza aquí de una potestad discrecional, sino que debe juzgar negativamente sólo sobre la base de aplicar al caso concreto alguno de estos tres conceptos jurídicos indeterminados contenidos en la Ley de Fundaciones: vulneración del recto ejercicio del derecho de fundación (Art. 32.1); vulneración de la obligación de destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas a sus fines fundacionales (Art. 21, a); y violación de la obligación de mantener plenamente el rendimiento y utilidad de los bienes y derechos (Art. 12.1).⁸²⁶

En relación con el procedimiento, hay que indicar, finalmente, que tanto la Ley (Art. 33) como el Reglamento (Art. 4.4), contienen una norma estableciendo un silencio afirmativo de la Administración, en términos tales que, “transcurrido el plazo sin que haya recaído resolución, podrá entenderse estimada la solicitud”. Tal posibilidad se halla reglamentada en la Ley 30/1992 (Art. 43 LPC), y no constituye, por tanto, una especialidad de la Ley de Fundaciones. El empleo de la forma verbal facultativa “podrá”, sin referirla específicamente al interesado, podría generar, sin

⁸²⁵ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *Op. cit.*, pp. 156 y 157.

⁸²⁶ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *Op. cit.*, p. 158.

embargo, una cuota de incertidumbre que hubiera sido aconsejable evitar. En cualquier caso, la LPC es clara al respecto, indicando que:

“Artículo 43.1 En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo según proceda, sin perjuicio de la resolución que la administración deba dictar en la forma prevista en el apartado 4 de este artículo

2. Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario. Quedan exceptuados de esta previsión los procedimientos de ejercicio del derecho de petición a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio.

No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo.

3. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento.

La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente.

4. (...)”⁸²⁷

Para concluir, cabe recordar la última obligación de la fundación en relación con la enajenación de inmuebles. Una vez realizada ésta, al tenor del apartado 5 del artículo 4 del Reglamento, “en el plazo de un mes, se remitirá al Protectorado en ejemplar duplicado el título de enajenación, a efectos de su oportuna constancia en el Protectorado e inscripción en el Registro de Fundaciones.” Esta obligación tiene por objeto posibilitar al Protectorado el contraste entre las condiciones contractuales efectivamente pactadas, y aquellas informadas previamente a la autorización, a efectos de hacer efectiva una eventual responsabilidad de los patronos.

3.3.1.2.2. *Gravamen de bienes inmuebles*

Como he indicado previamente, el procedimiento básico para todas las solicitudes de autorización es el esbozado antes para la enajenación de los inmuebles

⁸²⁷ La Disposición Adicional Vigésimo novena de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, publicada el 30/12/00, BOE N.º 313, pp 46.708, (más conocida como “Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 2001”), contiene una serie larga (Anexo N.º 2) de procedimientos a los que se aplica la excepción del número segundo del precepto transcrito, pero los relativos a la Ley de Fundaciones no se incluyeron, por lo que sigue plenamente vigente para los procedimientos de la Ley el silencio positivo del número primero.

que forman parte de la dotación, que se hayan declarado directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales o que representen un valor superior al 20 por 100 del activo. Por ello, mencionaré aquí sólo las particularidades relativas a las solicitudes para gravar esos mismos bienes.

El procedimiento sólo difiere en la solicitud, que, según lo exige el artículo 5.2.a) del Reglamento, “cuando se trate de préstamos hipotecarios, se ha de determinar expresamente la cuantía y el destino del principal, la valoración del bien de conformidad con los criterios utilizados habitualmente por las entidades de crédito, los intereses pactados y el plazo para el cumplimiento de la obligación garantizada.” Como se aprecia “el Reglamento trata de prever todos los elementos que pueden incidir sobre el bien gravado con la hipoteca, así, la cuantía del principal y su destino, los intereses, etc., sin embargo, no se prevé una cláusula muy común en los préstamos hipotecarios y de gran incidencia sobre el bien gravado, se trata de la cuantía por la que el bien queda afecto para satisfacer los gastos de apremio. (...) Entendemos que esta cláusula también habrá de ponerse en conocimiento del Protectorado.”⁸²⁸

En cambio, “cuando se trate de usufructos, derechos de superficie u otra clase de gravámenes sobre tales bienes, se ha de expresar el valor de los derechos reales que se pretende constituir, su duración y los elementos y condiciones esenciales del gravamen. A efectos de valoración del derecho real que se pretenda constituir se estará a lo prevenido en las normas reguladoras del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales relativas a la constitución de derechos reales” (Art. 5.2.b) del Reglamento). Como se ve, aquí la información reglamentariamente requerida es menos pormenorizada que respecto de las hipotecas, atendida la enorme variabilidad práctica que presentan los otros derechos reales.

3.3.1.2.3. Enajenación y gravamen de establecimientos mercantiles o industriales

Dispone el artículo 6 del Reglamento que “Para enajenar establecimientos mercantiles o industriales, así como para establecer gravámenes sobre los mismos, son de aplicación las previsiones contenidas en los artículos 4 y 5 de este Reglamento”. Por cierto, se trata de establecimientos que formen parte de la dotación, que se hayan declarado directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales o que representen un valor superior al 20 por 100 del activo. No existe, por tanto, diferencia

⁸²⁸ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *Op. cit.*, pp. 159 y 160.

alguna en cuanto al procedimiento respecto de los que ya se han descrito para la enajenación y el gravamen de bienes inmuebles.

La particularidad se encuentra aquí –y eso es lo que justifica la norma– en la naturaleza específica del bien objeto del contrato. Hay que recordar que la Ley permite a las fundaciones el ejercicio directo de actividades mercantiles o industriales (Art. 23.6), y es a ese tipo de empresas al que se refiere la norma en comento, y no a participaciones societarias de que la fundación pueda ser titular. Se trata, pues, de la enajenación o gravamen de lo que la doctrina civil, recurriendo al auxilio de definiciones económicas, define como “una unidad dentro del patrimonio de la fundación, consistente en una ordenación de los factores de la producción bajo la racionalidad impuesta por el mercado.”⁸²⁹

3.3.1.2.4. Enajenación y gravamen de bienes muebles

Cuando se trate de enajenar bienes muebles que formen parte de la dotación, que se hayan declarado directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales o que representen un valor superior al 20 por 100 del activo, el Reglamento remite (Art. 7.1) al procedimiento establecido para la enajenación de inmuebles, con la sola salvedad de omitir, en la solicitud, la inclusión de una valoración del bien con arreglo a criterios de mercado. Vale decir, sólo es necesario acompañar a la solicitud la certificación del Patronato de la fundación del acuerdo de enajenación, y la memoria acreditativa de las características del bien o derecho objeto de la enajenación y de los elementos y condiciones del negocio jurídico, con exposición de las razones en que se fundamenta la enajenación e indicación del destino del importe (Art. 4.2 *a*) y *b*) del Reglamento).

3.3.1.2.5. Enajenación y gravamen de valores

El artículo 8 del Reglamento ordena la autorización previa del Protectorado para la enajenación o gravamen de valores, esto es, “documentos que contienen un compromiso unilateral de realizar una determinada prestación, generalmente dineraria, a favor de quien sea el legítimo tenedor del referido documento”⁸³⁰, cuando estos valores formen parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales o representen un valor superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado.

⁸²⁹ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *Op. cit.*, p. 162.

⁸³⁰ Voz «Títulos Valores», Diccionario de Derecho, Bosch, cit. por GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *Op. cit.*, p. 163.

El procedimiento es, nuevamente, el previsto para los inmuebles en el artículo 4 del Reglamento, y aunque el artículo 8 no lo dice, hay que entender que se aplican las modificaciones previstas en el artículo 5 cuando se trata de gravar. La documentación que debe acompañar a la solicitud de autorización es la que se establece en el apartado 2, a) y b) del artículo 4 de este Reglamento.

La especialidad de la enajenación o gravamen de valores se refiere a la regulación del cómputo de la cuantía de los valores. En este sentido, el artículo 8 establece que para determinar el porcentaje del 20 por 100 del activo “se acumularán las enajenaciones de los valores efectuadas desde la aprobación del último balance anual hasta la aprobación del siguiente.” La norma tiene por preciso objeto evitar la burla de la autorización previa por el mecanismo de enajenar en negocios jurídicos diversos y sucesivos, aunque su diseño supone, como pone de relieve críticamente GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, que superado el límite anual del 20 por 100, cada nueva enajenación, por pequeña que sea, deberá ser autorizada administrativamente.

Asimismo, el citado artículo 8.3 dispone que “si los valores cotizaran en Bolsa (...), a la solicitud se acompañará valoración de dichos valores de acuerdo con la cotización media del último trimestre. Si los valores no cotizaran en Bolsa (...) se acreditará su valor por certificación de Perito. Tratándose de valores negociables, el valor será el teórico al tiempo del último balance aprobado.”

3.3.1.2.6. Enajenación y gravamen de participaciones mayoritarias

El artículo 9 del Reglamento, que también regula la adquisición de estas participaciones, establece la necesidad de requerir autorización previa para la enajenación y gravamen de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles no personalistas, otra vez, cuando estas participaciones formen parte de la dotación o estén directamente vinculadas al cumplimiento de los fines fundacionales o representen un valor superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance anual. Nuevamente, la norma reglamentaria se remite, en cuanto a la solicitud y el procedimiento, al contemplado para los inmuebles, con exclusión de la valoración de mercado del bien que es objeto del negocio propuesto.

Dispone el apartado 3 del referido artículo 9 que “se entenderá por participación mayoritaria aquella que represente más del 50 por 100 del capital social o de los derechos de voto, computándose a todos los efectos tanto las participaciones

directas como las indirectas.” Ahora bien, según GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, si la participación no es mayoritaria, pero de todos modos cumple alguna de las otras condiciones matrices del artículo 19 de la ley, esto es, si es dotacional, o está directamente vinculada a la realización de los fines, o representa un valor superior al 20 por 100 del activo, se requerirá igualmente autorización previa, por aplicación de la norma reglamentaria relativa a los valores (Art. 8 del Reglamento)⁸³¹. Esa constatación, claro, hace surgir la pregunta por el sentido final del apartado primero del artículo 9, puesto que el procedimiento en uno y otro caso es exactamente el mismo.

3.3.1.2.7. Transacciones y compromisos en árbitros de equidad

Los autores del Reglamento no consideraron pertinente desarrollar un procedimiento especial para los casos previstos en el artículo 19.3, esto es, la necesaria autorización para comprometer en árbitros de equidad o para celebrar transacciones respecto de los bienes y derechos a que nos hemos estado refiriendo. La única mención reglamentaria al tema se encuentra en el artículo 22. 5.c), que al referirse a las atribuciones del Protectorado, repite la idea del artículo 19.3 de la Ley, indicando que “son funciones en relación con el patrimonio de la fundación: c) Autorizar transacciones y compromisos en árbitros de equidad en los supuestos previstos en la letra anterior.”

Frente a tal ausencia normativa, las fundaciones deberán adaptar al caso concreto más parecido la solicitud correspondiente, intentando aportar al Protectorado la máxima información de que dispongan. Éste, a su turno, requerirá las adiciones o correcciones que juzgue pertinentes, al amparo del procedimiento general establecido en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3.3.1.2.8. Autorizaciones anuales para contratar

El Reglamento no ha podido dejar de apreciar que la estructuración normativa completa del sistema de control de enajenaciones diseñado por el artículo 19 de la Ley 30/1994 iba a hacer imposible el manejo patrimonial corriente de aquellas fundaciones que se dedican a la construcción o promoción de viviendas sociales, cuyo “giro ordinario” está constituido por la enajenación de inmuebles; e iba a hacer muy perjudicial –por lento– el manejo de las acciones con cotización bursátil, manejo que requiere una velocidad de decisión que no es compatible con ninguna intervención administrativa.

⁸³¹ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *Op. cit.*, p. 164.

Intentando proveer una solución al problema, y encontrándose con un silencio legal al respecto, se diseñó un mecanismo de autorizaciones genéricas de carácter anual, para esos específicos casos, cuya legalidad se encuentra cubierta, para GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, en el terreno de los principios informativos de la Ley, entre los que se halla la promoción del recto ejercicio del derecho de fundación, sin llegar a un intervencionismo que pudiera ser esterilizante y paralizador.⁸³²

En concreto, el artículo 4.7, que genera para el Protectorado una potestad discrecional al momento de decidir la concesión o no de la autorización anual, establece:

“Artículo 4.7 Excepcionalmente, y cuando el fin o la actividad fundacional así lo aconsejen, el Protectorado, a solicitud de la fundación interesada, podrá otorgar una autorización anual para enajenar en cualquier momento los bienes inmuebles que se relacionen en la solicitud o los que vengan a sustituir a aquéllos.

El Patronato comunicará trimestralmente al Protectorado los negocios jurídicos efectuados, quien podrá revocar la autorización cuando éstos sean lesivos para los intereses de la fundación, sin perjuicio de la eficacia de los negocios jurídicos ya efectuados.”

Por su parte, y en relación con la enajenación de valores bursátiles, el artículo 8.4. estatuye:

“Artículo 8.4. En el caso de valores que coticen en Bolsa, la fundación podrá solicitar al comienzo del ejercicio autorización para enajenar en cualquier momento a lo largo del ejercicio los valores que se detallen en la solicitud de autorización o los que vengan a sustituirlos. El Protectorado, si las circunstancias del caso lo hicieran aconsejable, podrá conceder dicha autorización siempre que los valores se enajenen por un precio superior al de adquisición, salvo que circunstancias de mercado aconsejen lo contrario, en cuyo caso se hará mención expresa de este extremo tanto en la solicitud de autorización como en el escrito de concesión de la misma.

El Patronato comunicará trimestralmente al Protectorado las enajenaciones o gravámenes efectuados, quien podrá revocar la autorización si considera perjudiciales aquéllos para los intereses de la fundación, sin perjuicio de la eficacia de las operaciones ya efectuadas.”

A pesar de la buena intención de estas normas, su redacción no ha dejado de producir quejas. En este sentido, LINARES ANDRÉS (que califica de “sorprendente” la posibilidad de revocar la autorización anual) indica que “podemos plantear al respecto todo tipo de dudas: ¿qué naturaleza jurídica y alcance destructor del negocio jurídico lesivo para los intereses de la fundación tiene la «revocación» por el Protectorado del

⁸³² GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *Op. cit.*, p. 165, citando la Exposición de Motivos de la Ley.

permiso que él mismo otorgó? ¿Puede el Protectorado ejercer contra el patrono en este caso la acción de responsabilidad, si éste había actuado confiando en su autorización?

“Creemos que esta norma reduce sensiblemente la libertad de actuación de los patronos de la fundación, que normalmente actúan de buena fe y diligentemente, y, por el contrario, concede al Protectorado unas facultades excesivas que pueden originar actuaciones arbitrarias. En este caso la actuación del Protectorado sobrepasa el campo de la vigilancia-fiscalización y se inmiscuye de lleno en el campo de gestión fundacional, que debía ser, a nuestro juicio, exclusivo del patronato, dado el duro sistema de responsabilidad al que está sometido.

“Se puede criticar nuestra postura y alegar que el Patronato siempre tiene abierta la posibilidad de denunciar ante el juez la actuación arbitraria del Protectorado, pero no hay que engañarse: es una solución con altos costes económicos que en la mayoría de los casos será inútil por su demora.”⁸³³

Me parece que la usualmente muy lúcida autora se equivoca en esta ocasión, y dirige por ello una crítica francamente injusta al Reglamento. En el plano general, porque el Reglamento estructura una salida ingeniosa a una situación que constituía una verdadera trampa legal. En consecuencia, sólo es de agradecer que el Reglamento haga que el Protectorado renuncie al control que, caso a caso y *ex ante*, le confiere la ley. Por ello, es perfectamente normal, y entendible, que la autoridad administrativa se reserve el derecho de retomar ese control si comprueba que la fundación ha traicionado la confianza depositada en ella. Por otra parte, parece difícil concebir un Protectorado que, en el ejercicio de estas potestades, se empeñe en “actuaciones arbitrarias.” Más parece que las Administraciones pecarán por defecto de control y fiscalización que por exceso. En relación a lo particular, creo que las dos normas que son objeto de este comentario son muy claras en cuanto a salvaguardar absolutamente la validez plena de los negocios u operaciones ya efectuados, que pudieran devenir ineficaces por otras causas, pero jamás por falta de autorización del Protectorado.

3.3.1.3. La revocación del acto autorizatorio

Un tema muy poco tratado es el relativo a la posibilidad de que el Protectorado revoque la autorización que había previamente concedido. CABRA DE LUNA, que sí plantea el tema, indica escuetamente que “en este supuesto habría que tener en cuenta

⁸³³ LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*, p. 171.

las limitaciones establecidas legalmente respecto de los actos administrativos declarativos de derechos.”⁸³⁴

El antiguo texto de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) efectivamente determinaba las condiciones en las cuales la revocación de un acto administrativo es permisible.⁸³⁵ Tal norma era susceptible de interpretarse de diversos modos, atendida la ambigüedad de la expresión “no declarativos de derechos”, de modo que podía considerarse la posibilidad de que se revocara una autorización como la que nos ocupa, en ciertos y determinados supuestos (no “en cualquier momento”, por cierto), y con las limitaciones previstas en el artículo 106.

Sin embargo, la última modificación de esa Ley, producida por la Ley 4/1999⁸³⁶, excluye categóricamente la posibilidad de revocación de la autorización, como se colige de la supresión de la expresión “no declarativos de derechos”, pudiendo ahora revocarse sólo los actos de gravamen o desfavorables (como se ha visto respecto del que niega la autorización). De manera, pues, que el órgano administrativo se encuentra ahora imposibilitado de revocar la autorización ya concedida, y por tanto, la concesión de la autorización debe entenderse irrevocable.

3.3.1.4. La ausencia de la preceptiva autorización

3.3.1.4.1. Generalidades

La Ley de Fundaciones se ha preocupado de establecer algunas de las consecuencias aplicables al caso en que una fundación omita la preceptiva autorización, y enajene sin ella un bien a un tercero (posible responsabilidad de los patronos) pero ha guardado un riguroso y desafortunado silencio respecto de otros ámbitos (esto es, no se pronuncia respecto de la validez o la eficacia del acto celebrado

⁸³⁴ CABRA DE LUNA: *El tercer sector*, p. 447.

⁸³⁵ España. Ley 30/1992: Art. 105.1: “Revocación de Actos. Las Administraciones Públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos expresos o presuntos, no declarativos de derechos, y los de gravamen, siempre que tal revocación no sea contraria al orden jurídico.”

Art. 106: “Límites de la Revisión. Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de la acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.”

⁸³⁶ Ley 04/1999: Art. 105.1: “Revocación de Actos. Las Administraciones Públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al orden jurídico.”

en esas condiciones). Lo propio ocurre respecto de los demás negocios jurídicos de la fundación necesitados legalmente de autorización administrativa (la aceptación de legados o donaciones con cargas que puedan desnaturalizar el fin fundacional, repudiación de herencias o legados, omisión de la aceptación de donaciones, contrato de los patronos con la fundación) por lo que las consideraciones que aquí se realizarán resultan válidas para todos esos casos.

Me referiré primero, y muy brevemente (por el carácter subjetivo o personal de la cuestión, que escapa al ámbito predeterminado de este trabajo), al tema de la responsabilidad de los patronos. La ley establece, en el artículo 15, una responsabilidad genérica de los patronos por los actos que resulten dañinos para la fundación, en términos tales que “los patronos responderán frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados negligentemente. Quedarán exentos de responsabilidad quienes se opusieron expresamente al acuerdo determinante de la misma o no hubiesen participado en su adopción” (art. 15.2).⁸³⁷ Como ha puesto de relieve LINARES ANDRÉS, esta acción es independiente de la que, en su caso, pudiera entablar un posible tercero perjudicado contra el patrono responsable.⁸³⁸ Probablemente tal situación se pudiera producir con acreedores de la fundación, que ven perjudicados sus derechos al empobrecerse ésta.

Ahora bien, esta acción de responsabilidad no puede fundarse exclusivamente en la existencia de mala fe por parte de los patronos (esto es, en su conocimiento de que se debía solicitar autorización previa), como parece postular GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ⁸³⁹, sino en la existencia de un efectivo perjuicio patrimonial a la fundación. Por

⁸³⁷ Como ha hecho ver alguna doctrina, la redacción de la norma no parece del todo feliz en este punto, ya que iguala jurídicamente dos situaciones que son muy disímiles, como lo son la oposición expresa y la simple no participación. Con ello, se desincentiva la participación activa de todos los patronos en la conducción de la Fundación. La disposición debiera equiparar la situación del que se opone expresamente sólo a la de aquel que por causas calificadas debidamente justificadas no hubiere participado en la adopción del acuerdo. En este sentido se pronuncian SALELLES CLIMENT y VERDERA SERVER: *El patronato*, pp. 216 y 217, arguyendo que los interesados pueden demostrar falta de diligencia en la no participación, “lo cual supondrá la responsabilidad del patrono”. En semejante línea, y con importante aparato argumentativo, RIVERO HERNÁNDEZ: “Responsabilidad de los patronos de una fundación frente a terceros”, pp. 748 a 750. Proponiendo que la exoneración de responsabilidad por la “no participación” no incluya al inasistente contumaz, ni al patrono que, informado de la materia a tratarse, dejas de asistir sin causa justificada, CAÑIZARES ALEX: “La responsabilidad de los patronos”, p. 5123.

⁸³⁸ LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*, p. 185.

⁸³⁹ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La fundación: Un estudio jurídico*, p. 185, indica que si el Protectorado estima que hubiera concedido la autorización, debe subsanar, sin perjuicio de que emprenda la acción de responsabilidad contra los patronos. Por contrario, opina que “en todo caso si el

ello, no me parece plausible la hipótesis que plantea ese autor de que el Protectorado subsane, y reclame paralelamente responsabilidad a los patronos, o que no subsane y deje de reclamar tal responsabilidad. Si hay motivos para convalidar el acto, es que en él no hay daño para la fundación, y sin daño, no puede haber responsabilidad. Por el contrario, si el Protectorado rehusa confirmar el negocio, es porque hay perjuicio patrimonial, y en tal caso, no debiera dejar de reclamarse la responsabilidad de los patronos que aprobaron la celebración del acto, si tal daño se produjo por dolo o negligencia de los patronos.

Hay que agregar que durante el procedimiento judicial en que se juzga la responsabilidad de los patronos puede acordarse cautelarmente la suspensión del cargo (Art. 16.3), cesación que el juez está legalmente autorizado para transformar en definitiva si se comprueba la responsabilidad (Art. 16 *e*) y *d*) de la Ley de Fundaciones).

Sin embargo de las anteriores breves consideraciones sobre la eventual responsabilidad de los patronos, y tal como se expresó al comienzo de este acápite, paradójicamente la Ley de Fundaciones, que configura un extenso –y a veces complejo– sistema de control administrativo sobre la gestión patrimonial de las fundaciones, no contiene una regulación que comprenda las consecuencias jurídicas que, respecto del negocio jurídico en concreto, deben ser conectadas al caso en que se omita la preceptiva autorización, y se enajene un bien a un tercero. En otras palabras, nada establece la ley respecto de la eficacia del negocio celebrado en esas condiciones. El Reglamento de Fundaciones ha intentado paliar los desconcertantes efectos interpretativos de este silencio legal respecto de los efectos jurídicos de los negocios celebrados sin la correspondiente autorización (y llamados por ello “defectuosos”), y en su artículo 10 establece:

“Artículo 10. Enajenaciones y gravámenes defectuosos.

1. El Protectorado, cuando tenga conocimiento de que se han realizado enajenaciones y gravámenes sin la preceptiva autorización, requerirá al Patronato cuanta información considere conveniente. El Patronato dispondrá de un plazo de quince días para suministrar dicha información.

2. El Protectorado, a la vista de las circunstancias concurrentes, y ponderando especialmente la existencia de buena fe por parte de la fundación, resolverá sobre la procedencia de subsanar el defecto otorgando la pertinente autorización o de entablar la acción de responsabilidad a que se refiere el artículo 15.3, b), de la Ley 30/1994, de

Patronato obró de buena fe, no será objeto de acción de responsabilidad, y en caso contrario el Protectorado deberá ejercitar esta acción.”

24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.

3. En caso de que las enajenaciones y gravámenes a que se refiere el presente artículo pretendan formalizarse en documento público el fedatario otorgará el acto sometiéndolo a la condición suspensiva de obtención de la autorización correspondiente.”

Como puede apreciarse, el meollo de la disposición transcrita se encuentra en la posibilidad del Protectorado de, alternativamente, subsanar el defecto, otorgando la autorización en forma retroactiva, o ejercer la acción de responsabilidad del artículo 15, decisión que deberá tomar ponderando las circunstancias concurrentes y la existencia de buena fe por parte de la fundación. Ello significa que la laguna normativa subsiste, en tanto no es todavía posible saber qué efecto debe seguirse para el negocio jurídico en caso de que la subsanación no sea otorgada.⁸⁴⁰

Frente a tal laguna, se plantean dos posiciones genéricas encontradas: propugnar la validez y plena eficacia del negocio, o considerarlo sujeto a alguna clase de ineficacia.⁸⁴¹ (A su turno, la doctrina se divide respecto del tipo específico de ineficacia que afectaría al negocio).

3.3.1.4.2. *La tesis de la validez y plena eficacia del negocio*

La denominada tesis de la conservación del negocio, que postula la validez del mismo, y además, su plena eficacia inmediata, hace primar la seguridad del tercero que ha contratado con la fundación. Además, se menciona que el proyecto de Reglamento previó inicialmente la nulidad de pleno Derecho para los negocios defectuosos, referencia que fue luego suprimida, lo que indicaría una voluntad del redactor en el

⁸⁴⁰ La laguna es idéntica en el Derecho autonómico. CUÑAT EDO y LINARES ANDRÉS: “Las fundaciones en la Comunidad Autónoma Valenciana”, p. 2964, hacen notar que “la ley valenciana, siguiendo el criterio de la estatal y las autonómicas, también guarda silencio sobre las consecuencias de la realización de un acto sin autorización administrativa”, y barajan algunas hipótesis de modo retórico, sin plantear una solución específica para el caso valenciano.

⁸⁴¹ Las legislaciones germanas que abordan el tema y que contemplan alguna forma de control previo se inclinan por considerar anulable el negocio celebrado (Hessisches Stiftungsgesetz, § 13 (1); Bremisches Stiftungsgesetz § 13 (1); Stiftungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen § 13 (1); Schleswig-Holstein. Gesetz über rechtsfähige Stiftungen des bürgerlichen Rechts, § 11; Berliner Stiftungsgesetze, § 9 (3); Stiftungsgesetz Rheinland-Pfalz, § 35; y Stiftungsgesetz der DDR, § 19 (2).

La cuestión aquí analizada se discutía también en Italia, en términos semejantes, pero a propósito de la hoy derogada norma que exigía autorización para adquirir ciertos bienes. “Se discute, en cambio, sobre la naturaleza del acto de autorización: doctrina y jurisprudencia están divididas y la disputa no se ha calmado. Hay quien sostiene que la autorización tiene sólo un poder suspensivo de la eficacia del acto, dejando intacta su validez; hay quien mantiene que la autorización es una verdadera y propia *condictio iuris*, cuya inexistencia comporta la invalidez del negocio” (ALPA: “Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia”, p. 28).

sentido de preferir, en definitiva, la validez del negocio jurídico. Abundaría en esta postura la constatación empírica de que el Registro de Fundaciones, configurado como un mecanismo de seguridad para los terceros, no cumple en verdad con tal pretensión.⁸⁴²

Ha argumentado extensamente a favor de la validez del negocio DÍAZ BRITO⁸⁴³. A partir de la constatación de un ánimo liberalizador en el espíritu general del Reglamento, el autor desarrolla su tesis sosteniendo que el objetivo de las autorizaciones previas es informar al Protectorado, con el fin de que éste pueda advertir a la fundación sobre una operación peligrosa para su patrimonio, o bien ejercitar la acción de responsabilidad si corresponde. A continuación analiza los criterios con los que debe el Protectorado juzgar la infracción, sosteniendo a su respecto que las “circunstancias concurrentes” sólo se refieren a la justificación de la enajenación realizada sin autorización, mas no a la conveniencia de la enajenación para la fundación. Junto con ello, sostiene una interpretación muy amplia de lo que debe entenderse por “buena fe”, entendiéndolo que la hay cuando el patronato “aún siendo consciente de que incumple una obligación legal, decide realizar una enajenación o gravamen sin solicitar autorización previa con el fin de evitar un daño o conseguir un beneficio para la fundación. La buena fe existirá, por tanto, cuando el Patronato considere que el interés de la fundación obliga a realizar la enajenación o gravamen prescindiendo de solicitar la autorización correspondiente.”⁸⁴⁴ Establecido lo cual, argumenta que el Reglamento no contempla la invalidez del negocio, porque la posibilidad de subsanar es incompatible con la nulidad radical, y porque el Reglamento no contempla para nada esa posibilidad donde debió haberlo hecho en buena lógica: como alternativa a la subsanación. Ahora bien, no estando afectados los negocios en cuestión por invalidez alguna, el autor se pregunta si los afecta alguna clase de ineficacia, concluyendo que la eficacia del acto sólo se verá condicionada, *ex* artículo 10.3 del Reglamento, a la autorización de Protectorado en los casos en que las partes lo celebren directamente en documento público. Más complicada ve DÍAZ BRITO la hipótesis en que las partes han celebrado el acto en documento privado y quieren luego elevarlo a instrumento público, porque en tal evento, un contrato perfeccionado y que

⁸⁴² GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *Op. cit.*, pp. 185 y 186 expone sintéticamente esta posición y la de la ineficacia, pareciendo preferir la segunda.

⁸⁴³ DÍAZ BRITO: “La validez de los actos de disposición y gravamen de los bienes fundacionales”. El autor separa el tratamiento del tema respecto de las legislaciones autonómicas, a las que no se aplica el artículo 10 del Reglamento, y respecto de la normativa estatal. Me concentraré en su análisis de esta última, sin perjuicio de indicar aquí que el autor llega a la misma conclusión respecto de las leyes autonómicas: plena validez del negocio jurídico celebrado sin autorización previa.

⁸⁴⁴ DÍAZ BRITO: *Op. cit.*, p. 894.

ya puede haber generado efectos tan importantes como la transmisión de la propiedad, vería sobrevenidamente condicionada su eficacia. Por ello, concluye que el artículo 10.3 del Reglamento vulnera el principio de jerarquía normativa y excede de lo que debe ser el desarrollo reglamentario de la una ley.⁸⁴⁵

Creo que en contra de la tesis de la validez, en plan general, puede argumentarse, en primer lugar, sobre la base de consideraciones finalistas en la propia Ley de Fundaciones. En efecto, y tal como se ha revisado previamente, ésta consagra un régimen de control basado en dos mecanismos diversos: la autorización previa y la comunicación inmediata, según de qué bien o derecho se trate. Pues bien, si la falta de autorización no se anuda hermenéuticamente a una sanción de ineficacia del negocio jurídico celebrado, queda como consecuencia únicamente la responsabilidad de los patronos. Por su parte, respecto de los actos que sólo requieren comunicación *ex post*, y que generan un perjuicio para la fundación, también la consecuencia es la persecución de las responsabilidades de los patronos. En la tesis de la conservación del negocio, pues, el régimen diverso que consagra el artículo 19 se difumina, hasta desaparecer en el terreno de las consecuencias (de hecho, la propia tesis de DÍAZ BRITO, como se explicó, parte del supuesto de entender que el régimen de autorizaciones previas tiene el mismo fin que el de la información administrativa). Por el contrario, me parece que esa diferenciación legal debe tener algún significado práctico, y una interpretación del problema que nos ocupa que no produzca una diferencia práctica entre ambos procedimientos administrativos, en el plano de las consecuencias, debiera ser rechazada. Si el legislador hubiese creído pertinente consagrar un sistema de “autorizaciones” cuya finalidad fuera la mera información, con fines preventivos, lo hubiera dicho con claridad. El lenguaje jurídico es suficientemente rico en matices como para que el legislador se viera obligado a utilizar la expresión “autorizar”, donde se quería indicar “informar”. En esta línea se encuentra la posición de ROJO AJURIA, que dentro de un contexto muy crítico hacia el sistema, afirma que “el artículo 19 de la Ley nada dice acerca de la sanción jurídica por la falta de autorización previa del Protectorado. Tampoco parece necesario. El artículo 32

⁸⁴⁵ Sin perjuicio de referirme más adelante a la tesis de la validez del negocio, en general, quiero aquí adelantar que la objeción planteada por DÍAZ BRITO al artículo 10.3 del Reglamento, me parece equivocada. En efecto, el autor basa su argumento en la circunstancia de que el contrato en documento público es un nuevo contrato, distinto del primero, y *en el que no interviene la voluntad de las partes*. La verdad es que no es así. El artículo 10.3 se limita a instruir a un funcionario (el “fedatario”) para que someta el acto a condición suspensiva, pero ello no obsta a la plena libertad de las partes para, alternativamente, persistir en su acuerdo privado previo, o para consentir en un nuevo acto, esta vez con la condición incluida. Siendo las partes las que consienten el nuevo marco obligacional, el contrato previo, y sus efectos, se extinguen según las reglas generales.

establece que el Protectorado asegurará la legalidad del funcionamiento de la fundación, y legitima, en todo caso, al Protectorado para impugnar los actos y acuerdos del Patronato que sean contrarios a los preceptos legales. Pues bien, aplicando los conceptos generales del Derecho civil todo parece indicar que, salvo una posible ratificación posterior, el acto realizado podrá ser impugnado por el Protectorado y, por lo tanto, declarado ineficaz. Hay una falta de legitimación para realizar tales actos. Las consecuencias son, por lo tanto, graves, pero son las que establece la ley. No creemos que el artículo 19.1 pueda desvirtuarse en su claro significado, aunque se haga con el loable fin de evitar resultados absurdos. En primer lugar, no creemos que se pueda debilitar el significado de la necesidad de autorización previa (..) aunque se conceda mediante el silencio. No puede considerarse que la autorización previa del artículo 19.1 sea una simple *puesta en conocimiento* del Protectorado, que podrá recabar datos y oponerse si lo estima oportuno, porque precisamente es en el artículo 19.2 en el que se regulan los supuestos en los que *se dará cuenta inmediatamente al Protectorado*. La autorización del apartado primero y el dar cuenta del apartado segundo se contraponen en el artículo 19 de la Ley claramente.”⁸⁴⁶

Por otra parte, el hecho de que el Reglamento denomine “subsanción” al otorgamiento *ex post* de la autorización, así como que califique de “defectuosos” a los actos celebrados sin ella, resulta sintomático de que no los considera plenamente eficaces. Si, como sostienen los partidarios de la conservación del negocio jurídico, éste fuera válido sin la preceptiva autorización, la norma que faculta al Protectorado para subsanar sería por completo inútil, habiendo debido el Reglamento limitarse a reglar las condiciones en que hubiere que ejercer o no la acción de responsabilidad. Por otra parte, es claro que no podía el Reglamento establecer ineficacias de ninguna clase, por lo que no me parece lícito interpretar su silencio como una adhesión a la tesis de la validez del negocio celebrado sin autorización.

Un argumento adicional en contra de la validez puede encontrarse en los artículos 4.7 y 8.4 del Reglamento. Como se recordará, ambas normas contemplan la posibilidad de una autorización anual para enajenar. Pues bien, ambos preceptos contemplan asimismo la posibilidad de que el Protectorado revoque la autorización cuando los actos celebrados hayan resultado, a su juicio, lesivos para los intereses de la fundación, ello “sin perjuicio de la eficacia” de los negocios jurídicos u operaciones ya efectuados. Esto es, un negocio celebrado bajo el “paraguas” de la autorización anual, aunque sea lesivo para la fundación, es plenamente eficaz. *Sensu contrario*, pues, hay

⁸⁴⁶ ROJO AJURIA: “Patrimonio y gestión económica de las fundaciones”, p. 113.

que entender que el Reglamento considera que el acto que no cuente con dicha autorización adolece de alguna clase de ineficacia.⁸⁴⁷

ROJO AJURIA apunta otra línea argumentativa contra la validez. “En el mismo Reglamento encontramos otros supuestos en los que, existiendo una falta de legitimación, hay una remisión al artículo 10. Son los casos de aceptación de legados o donaciones con cargas, repudiación de una herencia o legado y no aceptación de una donación sin previa autorización del Protectorado (art. 11.4 y 5). Si el artículo 10 sólo se plantea dos alternativas, subsanación del defecto o responsabilidad de los patronos, excluyendo la posibilidad de impugnación del acto, ¿cómo se soluciona el problema de la aceptación de legados o donaciones con *cargas que puedan desnaturalizar el fin fundacional*? Es indudable que la acción de responsabilidad contra el Patronato no evita la posible *desnaturalización del fin fundacional*. Ésta sólo se puede evitar impugnando tal aceptación: privando de eficacia a un acto realizado sin la legitimación necesaria.”⁸⁴⁸

Cabe, pues, descartar categóricamente como solución de la cuestión, en el plano de *lege lata*, la validez y consiguiente plena eficacia del negocio celebrado sin la autorización requerida. Es menester, en consecuencia, revisar las diversas posibilidades que la doctrina ha explorado para fundar alguna clase ineficacia para tal negocio.

3.3.1.4.3. Las posibilidades clásicas de ineficacia negocial

Una primera posibilidad consiste en considerar el acto nulo radicalmente, absolutamente o de pleno Derecho. A favor de la nulidad del acto celebrado sin la preceptiva autorización se esgrimen argumentos de teoría general del negocio jurídico, fundando la referida sanción de modos diversos. Se ha dicho, en primer término, que faltaría en estos casos el consentimiento de la fundación, cuya voluntad debe necesariamente ser completada por la autorización administrativa. Faltando un requisito esencial del negocio jurídico, éste sólo puede entenderse como radicalmente nulo. Se ha sostenido también que el acto en cuestión traspasa los márgenes permitidos a la autonomía privada, determinados por el artículo 1255 del Código Civil, infringiendo una norma imperativa o prohibitiva, cuya consecuencia es, asimismo, la

⁸⁴⁷ Este argumento se halla también en ROJO AJURIA: “Patrimonio y gestión económica de las fundaciones”, p. 117.

⁸⁴⁸ ROJO AJURIA: *Op. cit.*, p. 116.

nulidad radical del negocio, salvo que se establezca una consecuencia diversa (Art. 6.3 del Código Civil), lo que no ocurre en la especie.⁸⁴⁹

Pese a la aparente fuerza dogmática de la anterior argumentación, es preciso tener presente que el ámbito de aplicación concreto del precepto que contiene el artículo 6.3 es mucho menos amplio de lo que sus categóricos y generales términos sugieren. En efecto, la doctrina y la jurisprudencia han debido construir unos diques intelectuales que evitan el desborde de la nulidad radical, y su extensión a prácticamente cualquier supuesto de irregularidad negocial. Así, “se ha hecho notar que el artículo 6.3 del Código Civil conmina de nulidad los actos *contrarios* a la norma, pero no los meramente *no conformes* a ella, y que el establecimiento de un efecto distinto para el caso de contravención no ha de ser, necesariamente, expreso, sino que puede inferirse de la naturaleza y la finalidad de la norma infringida.”⁸⁵⁰ En la misma línea, y resaltando los efectos de una extensión indebida de la nulidad radical, De los Mozos ha sostenido que no conviene exagerar el propio concepto de nulidad estructural “porque ello nos haría caer en las consecuencias derivadas de toda generalización y de toda abstracción, perdiéndose en la penumbra en que quedaría la rica variedad jurídica jurídica de numerosos supuestos, en los que se manifiesta la imperfección estructural del negocio, y que la mejor doctrina ha calificado de *negocios incompletos*, en los que hay que comprender no sólo aquellos en que falten los requisitos del artículo 1261, o la forma esencialmente requerida en determinados negocios (por ejemplo, arts. 632, 633, 1321, 1669, 1875, etc.), sino también otros *presupuestos* específicos requeridos para su validez, como el *poder suficiente* para llevar a cabo el negocio (por ejemplo, arts. 1259, 1413, etc.), o la necesidad de la aprobación o de la autorización *judicial* (por ejemplo, arts. 173, 1444, etc.).”⁸⁵¹

La anterior restricción a la aplicación generalizada de la nulidad de pleno Derecho resulta importante, porque las consecuencias de la antedicha solución son drásticas. En primer término, el negocio no producirá efectos de ninguna clase, y “por ello mismo, los desplazamientos patrimoniales eventualmente realizados de acuerdo con el contrato nulo deben deshacerse, volviendo las cosas a la situación que tendrían

⁸⁴⁹ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *Op. cit.*, pp. 185 y 186, que expone, como se dijo antes, ecuéñimemente los argumentos de ambas posturas.

⁸⁵⁰ LACRUZ BERDEJO, LUNA SERRANO y RIVERO HERNÁNDEZ: *Elementos de Derecho Civil*, I, Vol. 3º, p. 274, con cita de la homogénea jurisprudencia del Tribunal Supremo. En el mismo sentido, y con cita jurisprudencial más abundante, DE CASTRO Y BRAVO: *El negocio jurídico*, p. 473.

⁸⁵¹ DE LOS MOZOS: *El negocio jurídico*, p. 577.

si el contrato nunca se hubiera celebrado.”⁸⁵² Enseguida, y aún cuando la nulidad no precisa declaración judicial, para los casos en que haya surgido una apariencia negocial, está legitimado para solicitar la declaración judicial correspondiente cualquier interesado, haya sido o no parte en el contrato, y en este caso, sea o no ajeno al Protectorado (y puede declararse por el juez, de oficio). Luego, la nulidad es definitiva. No la sana el paso del tiempo (la acción para la declaración de la nulidad es imprescriptible), ni resulta susceptible de confirmación de ninguna especie. Por otra parte, si el negocio es nulo, existe la posibilidad de que el Registrador niegue la inscripción del bien de que se trate.⁸⁵³

La doctrina (y la jurisprudencia anterior a la ley vigente, respecto de las normas previas que también exigían autorización) tiende –razonablemente– a estimar excesivos, para el caso concreto, los efectos de la nulidad. Así, por ejemplo, LINARES ANDRÉS, que expone con detalle las drásticas consecuencias que se siguen de considerar el acto radicalmente nulo, y que concluye que esta clase de ineficacia debe descartarse por razones de política jurídica: Es una sanción excesivamente grave considerando que la fundación puede haber recibido una contraprestación justa, y no considera la posibilidad de una aprobación administrativa posterior.^{854/855}

Desde luego, esta opinión debió compartirse por los redactores del Reglamento que, en la parca medida de sus posibilidades, han intentado paliar los problemas que una interpretación conducente a la nulidad radical produce. De ese modo, no sólo consagra (como una subsanación), la posibilidad de una autorización administrativa *ex post*, sino que además impera al fedatario ante el que se pretende celebrar el acto que formalice el documento que contiene el negocio, sometiéndolo a la condición

⁸⁵² LACRUZ BERDEJO, LUNA SERRANO y RIVERO HERNÁNDEZ: *Elementos de Derecho Civil*, I, Vol. 3º, p. 281.

⁸⁵³ Véase, con un catálogo de los efectos de la nulidad, DE CASTRO Y BRAVO: *El negocio jurídico*, pp. 475 a 484; DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, p. 473 a 480; LACRUZ BERDEJO, LUNA SERRANO y RIVERO HERNÁNDEZ: *Elementos de Derecho Civil*, I, Vol. 3º, pp. 280 y 281; LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil*, pp. 494 y 495.

⁸⁵⁴ LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*, p. 186 y ss. La autora expone los razonamientos sucintamente expuestos, e indica que “la mayoría de la doctrina considera que el acto realizado sin autorización administrativa previa *es nulo de pleno derecho*, igual que ocurre con los actos que realiza el tutor sin la preceptiva autorización judicial”, aunque no indica quién conforma esa “mayoría doctrinal.”

⁸⁵⁵ En coherencia con esta opinión, los Tribunales, según LINARES ANDRÉS: *Op. cit.*, p. 191, muy pocas veces declararon la nulidad de un acto realizado sin autorización administrativa previa, o sin seguir los requisitos legales, buscando para justificar la decisión –o la ausencia de decisión– los argumentos más dispares. Un interesante análisis en LINARES ANDRÉS: *Op. cit.*, p. 191 a 194.

suspensiva de obtención de la autorización.⁸⁵⁶ Al permitir la referida sanación del negocio, por otra parte, el Reglamento implícitamente impide considerar correcta la solución de la nulidad radical, ya que esta es, por definición, insubsanable.⁸⁵⁷

Por todo este cúmulo de circunstancias o consecuencias jurídicamente anudadas a la nulidad radical, parte importante de la doctrina ha intentado construir soluciones alternativas, que hagan posible eludir su aplicación, en los términos permitidos por la jurisprudencia, es decir, estableciendo por inferencia, a partir de la naturaleza y la finalidad de la norma infringida, un efecto distinto de la nulidad para el caso de contravención.

Como es natural, la opción técnica que se encuentra más a mano, descartada la nulidad, es la anulabilidad. OLMOS VICENTE, desde antes de la aparición del Reglamento, se ha mostrado partidario de la aplicación de esa sanción, fundándola en la incapacidad de la fundación. A propósito de los actos respecto de las cuales en que el Patronato ha interpretado no ser necesaria la previa autorización, sino sólo la comunicación administrativa, sostenía que “pudiera el órgano de control no sólo disentir sino estar en lo cierto al declarar la necesidad de la autorización previa. El acto, en tal caso, sería nulo, al faltar la necesaria capacidad plena del Patronato para realizarlo”⁸⁵⁸ El autor mantiene su criterio después del Reglamento. “Personalmente opino, salvo otro criterio mejor fundado en Derecho, que los efectos de la falta de autorización son más graves que el simple expediente de responsabilidad, pues puede acarrear la nulidad del contrato; porque las fundaciones, como los menores de edad, tienen restringida, para los casos tasados legalmente establecidos, su capacidad de obrar y en consecuencia necesitan completarla para que sus actos sean válidos,”⁸⁵⁹

⁸⁵⁶ El apartado 3 del artículo 10 dice que el fedatario “otorgará” el acto, lo que ha motivado la justa queja de un autor, indicando que los que otorgan el acto son las partes, y nunca el fedatario. OLMOS VICENTE: “El régimen de autorizaciones...”, p. 172. En el mismo sentido PAU PEDRÓN: “El Registro de Fundaciones”, p. 46, quien además agrega que, como el hecho condicionante es un requisito de legalidad, el acto no resulta inscribible, a pesar de los términos del artículo 10.3. Sólo después de obtenida la autorización exigida por la ley (art. 19) –sostiene– podrá inscribirse el acto en el Registro (*Loc. cit.*).

⁸⁵⁷ *Vid.* los textos citados en Nota Núm. 853.

⁸⁵⁸ OLMOS VICENTE: “Novedades en materia de Protectorados, patronatos, patrimonio y Registro”, p. 86.

⁸⁵⁹ OLMOS VICENTE: “El Régimen de autorizaciones...”, p. 171. ORTI VALLEJO: “Notas sobre la capacidad de las fundaciones”, p. 887, también se declara partidario de la anulabilidad, aunque con fundamento escaso: “Algo de esto sanciona el art. 10 del Reglamento de Fundaciones, intitulado enajenaciones y gravámenes defectuosos, que permite que el Protectorado subsane el vicio de que adolece el acto dispositivo y otorgue la autorización posteriormente a la realización del mismo. Yo entiendo que el propio legislador está dando entrada a la posibilidad de calificar como meramente

agregando que el retiro de la sanción de ineficacia del Proyecto de Reglamento no puede interpretarse como una toma de posición del redactor, sino sólo como una enmienda al constatar que la materia no es propia de un simple Reglamento, al margen de las leyes civiles y mercantiles.⁸⁶⁰

Esta última tesis, claro, resulta inadmisibles para quienes opugnan la plena capacidad de las fundaciones. LINARES ANDRÉS, por ejemplo, sostuvo: “En todo caso, no podemos admitir que sea anulable el acto realizado con falta de autorización administrativa previa alegando falta de capacidad de la fundación para realizar la venta, al tener capacidad de obrar limitada, y por realizar el acto sin el suplemento de ésta necesario. Ya hemos explicado que nuestra tesis parte de reconocer plena capacidad a las fundaciones.”⁸⁶¹ Por ello, la autora sólo admite la anulabilidad “en el caso de que el acuerdo del órgano de administración o Patronato en el que se decide la venta no fuera válido por incumplir normas estatutarias que imponen la necesidad de que se reúna un número determinado de patronos o que vote a favor del acuerdo un porcentaje de éstos. Parece que para impugnar este acuerdo estarán legitimados tanto los patronos, tal como se especifique en los estatutos, como el Protectorado (art. 32,3 Ley de Fundaciones). También se podría plantear el supuesto de que uno o varios patronos fueran coaccionados para que votaran a favor del acuerdo de venta (1300, 1301 Cc.).”⁸⁶² La autora, con todo, aparte de rechazar la anulabilidad, mantiene un silencio difícil de interpretar respecto de los casos “normales” en que el Patronato adopta válidamente la correspondiente decisión.

Además de resultar esta vertiente de anulabilidad por incapacidad difícilmente compatible con la plena capacidad que se reconoce a las fundaciones, y aún cuando la tesis de la anulabilidad presenta algunas ventajas respecto de la nulidad radical, su aplicación a este caso no resulta demasiado afortunada. Ante el silencio legal, no queda más alternativa que remitirse al régimen general de la anulabilidad para inquirir por los caracteres que esta sanción tendría, aplicada al caso que nos ocupa. Y al revisar esos

anulable el acto dispositivo realizado sin la autorización del Protectorado.” El detalle del cual parece el autor olvidarse, y que resulta clave, es que el autor del Reglamento no es “el legislador”. Si así fuera, fundar la anulabilidad sería indudablemente más sencillo.

⁸⁶⁰ Así lo confirma el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Reglamento de Fundaciones, que recuerda que: “como consecuencia de diversas observaciones (como las del Consejo General del Notariado) que oponían la imposibilidad de que el Reglamento declare la nulidad de negocios jurídicos al margen de la legislación civil y mercantil, se suprimió la referencia a la nulidad de las enajenaciones y gravámenes carentes de la debida autorización.”

⁸⁶¹ LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*, p. 195.

⁸⁶² *Loc. cit.*

caracteres, el engranaje de la anulabilidad con nuestro caso concreto comienza a chirriar.

En primer término, respecto de la legitimación para la acción. Resulta que la regla legal establece (art. 1302 del Código Civil) que la acción sólo puede ser ejercitada por la parte obligada principal o subsidiariamente en protección de cuyo específico interés la ley ha establecido la anulabilidad. Esto es, “el Código Civil (...) excluye de la acción a los terceros (aunque tengan interés en la anulación) pero además a la parte no afectada por el vicio (...)”.⁸⁶³ Como se comprende, esta disciplina de la legitimación activa para intentar la anulabilidad casa bastante mal con la necesidad de que, en el caso del negocio no autorizado, sea el Protectorado (un tercero) el único habilitado para impetrar la actividad jurisdiccional.

Luego, es preciso tener presente que “(...) las causas de anulabilidad son disponibles para las partes, y por tanto, sanables. Las causas de nulidad, en por el contrario, son de *derecho necesario* y de carácter absolutamente indisponible, por atentar contra el orden público.”⁸⁶⁴ En esta disponibilidad para las partes se funda la posibilidad de que la parte afectada pueda confirmar el negocio, sea expresa, sea tácitamente. Dicho de otra manera, la confirmación incumbe, en el régimen normal de la anulabilidad, a la parte que sufre el vicio, hecho que calza muy mal con la “subsanción” que el Reglamento permite efectuar al Protectorado (y con la cual la doctrina concuerda ampliamente), que como representante del Estado, es técnicamente un tercero respecto del negocio jurídico celebrado por la fundación (a menos que se considerase al Protectorado como un órgano integrado en la propia estructura de la fundación, extremo que muy pocos estarían dispuestos a aceptar, especialmente entre los administradores fundacionales).

Otro extremo que no parece ajustarse demasiado bien a la situación del contrato realizado sin la preceptiva autorización es el relativo a los plazos. Como se sabe, conforme al artículo 1301 del Código Civil este plazo “sólo durará cuatro años”. Al margen de la disputa acerca de la naturaleza del plazo (de caducidad⁸⁶⁵ o de

⁸⁶³ LACRUZ BERDEJO, LUNA SERRANO y RIVERO HERNÁNDEZ: *Elementos de Derecho Civil*, I, Vol. 3º, p. 285. Además, y en el mismo sentido, véase DE CASTRO Y BRAVO: *El negocio jurídico*, p. 506; DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, p. 490 a 491; LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil*, p. 500.

⁸⁶⁴ LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil*, p. 502.

⁸⁶⁵ Así DE CASTRO Y BRAVO: *El negocio jurídico*, p. 509; DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, p. 491.

prescripción⁸⁶⁶), y de la cuestión acerca de si un plazo como ese resulta adecuado para un caso en el que se encuentra involucrado el interés general, cabe la pregunta acerca del *dies a quo* desde el que deba comenzar computarse si se aplica al caso del contrato sin autorización.

Todos los desajustes antes mencionados se producen, naturalmente, porque el fundamento último del conjunto de caracteres que singularizan al régimen de la anulabilidad se encuentra en la protección de un interés privado, singular, que ha sido vulnerado por la otra parte contratante.⁸⁶⁷ Tal fundamento, como se comprende, es completamente ajeno a la situación del contrato en que la fundación omite el trámite de la previa autorización. Aquí el interés que se intenta salvaguardar es uno de naturaleza general, y con la protección de ese interés público deben coordinarse las características de la solución que se este caso se diseñe.

3.3.1.4.4. Algunas soluciones alternativas

Descartada la validez del negocio jurídico celebrado sin la autorización porque esa solución no se compadece en lo más mínimo con el régimen dogmático general aplicable; desechada también su nulidad radical, por la gravedad de sus consecuencias, y por no resultar compatible con la subsanación del negocio que permite el Reglamento; y puesta en entredicho la anulabilidad, debido a que su fundamento en la protección de un interés particular no resulta calzar adecuadamente con la necesaria protección del interés general que subyace al mecanismo autorizatorio, ni con la capacidad plena que se reconoce a las fundaciones, parece que se hace necesaria la búsqueda de alguna construcción más ingeniosa que permita salvar los inconvenientes en que las anteriores propuestas tropiezan.

En esa búsqueda, alguna doctrina intentó, antes incluso de la dictación de la Ley de Fundaciones, construir alguna solución que evitara los inconvenientes de la nulidad radical. “En este sentido, COSSÍO defendió que el acto realizado por cualquiera de los órganos de una persona jurídica, más allá y fuera de los límites de su propia competencia (supuesto en el que parece incluíble la realización de un acto sin autorización administrativa del Protectorado) sería radicalmente nulo y absolutamente insubsanable, aunque ratificable según el art. 1892 Cc. Por tanto, el acto nulo

⁸⁶⁶ Así LACRUZ BERDEJO, LUNA SERRANO y RIVERO HERNÁNDEZ: *Elementos de Derecho Civil*, I, Vol. 3º, p. 285.

⁸⁶⁷ Sobre el fundamento de la anulabilidad en la protección de intereses particulares, véase, *ad ex.*, DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, p. 486; o DE CASTRO Y BRAVO: *El negocio jurídico*, p. 497.

radicalmente que adolece de un defecto inicial no subsanable y cuya ineficacia podría ser alegada en cualquier momento, sin embargo sería concebido como un negocio jurídico incompleto en el que falta la voluntad del sujeto, y que «exige para producir efectos, que nazca, mediante la ratificación, la voluntad que faltaba»⁸⁶⁸ La solución, claro, es ingeniosa, y probablemente insinúa una dirección general correcta, pero es técnicamente inadmisibles, porque confunde los conceptos de validez y de oponibilidad, forzando atrozmente el sentido de las normas sobre gestión de negocios, que suponen siempre un acto válido, sólo que inoponible.

Luego, existe la posibilidad técnica, avalada por la redacción del artículo 10.3 del Reglamento (“3. En caso de que las enajenaciones y gravámenes a que se refiere el presente artículo pretendan formalizarse en documento público el fedatario otorgará el acto sometiéndolo a la condición suspensiva de obtención de la autorización correspondiente.”), de considerar el negocio celebrado sin la preceptiva autorización como uno de naturaleza condicional. A propósito de la naturaleza de la actuación del “*falsus procurator*” resumía DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN⁸⁶⁹, siguiendo la exposición de RIVERO HERNÁNDEZ⁸⁷⁰: “Las dificultades que ocasionan los puntos de vista de la nulidad y de la anulabilidad han hecho que algún sector doctrinal prefiera limitarse a hablar de eficacia suspendida o de inoponibilidad. El negocio es válido, pero ineficaz, sin eficacia actual, sin la eficacia propia del tipo negocial correspondiente, la cual, se dice, queda suspendida o condicionada al advenimiento de la ratificación. La ratificación opera así como una condición de eficacia del acto.” Y luego, apuntaba los inconvenientes de la teoría: “El problema que este tipo de razonamiento plantea estriba probablemente en que a la ratificación no se la puede calificar rigurosamente como condición en sentido técnico, ya que no se trata de un evento futuro e incierto al que voluntariamente las partes someten la eficacia del negocio, sino que se trata más bien de una pura *conditio iuris*, sin perjuicio de que en casos especiales los autores del negocio puedan efectivamente articularla como condición.”⁸⁷¹ En principio, y en términos generales, la objeción parece razonable, pero respecto del específico caso que ocupa estas líneas, su fuerza se debilita. En efecto, el hecho de que el Reglamento impere al fedatario que incluya en el acto la condición suspensiva de obtención de la autorización hace más que plausible la hipótesis de la eficacia condicionada, y hace menos relevante el hecho de que no se trate, estrictamente, de un hecho futuro e incierto pactado convencionalmente. Se

⁸⁶⁸ LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*, p. 189.

⁸⁶⁹ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *La representación en el Derecho Privado*, p. 219.

⁸⁷⁰ RIVERO HERNÁNDEZ: “Naturaleza y situación del *falsus procurator*”, p. 1066 y ss.

⁸⁷¹ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *Loc. cit.*

trataría, pues, de una condición algo atípica, pero condición al fin y al cabo, impuesta por el Estado; imposición que tampoco debiera extrañar tanto en tiempos de moderado dirigismo contractual.

Una segunda posibilidad, formulada por CARRASCO PERERA con el proyecto de la Ley de Fundaciones en la mano, pero antes de la vigencia del Reglamento, postula la aplicación analógica del artículo 1259 del Código Civil (disposición que, a pesar de su redacción, la doctrina está conteste en desestimar como caso de nulidad o anulabilidad⁸⁷²), a pesar de no tratarse en la especie de un caso de representación (porque la fundación no representa al Protectorado). De esta manera, conseguía el autor abrir puerta a una autorización del Protectorado hecha con posterioridad a la enajenación, así como permitir un desistimiento del tercero en tanto esa “ratificación” no se produjera.⁸⁷³ VERDERA SERVER, a propósito de la falta de autorización para el autocontrato, argumenta también que “el silencio de la ley y del reglamento en torno a la legitimación, a los plazos de ejercicio, etc., de la acción de impugnación de ese acto dificultan su asimilación al régimen propio y peculiar de la anulabilidad”⁸⁷⁴ por lo que se decanta por considerar el autocontrato como un negocio incompleto o en vías de formación, y le hace aplicable el artículo 1259 del Código Civil.⁸⁷⁵ El propio VERDERA SERVER adelanta un par de objeciones a la solución propuesta: en primer término, referirse a un negocio incompleto, careciéndose de un régimen normativo claro aplicable a los mismos abre un campo de indefinición, que es, por otra parte, la que se utiliza para evitar excesivos compromisos doctrinales en torno a los efectos de este tipo de negocio. Por otro lado, reconoce que el artículo 1259 está pensado prevalentemente para supuestos en que la ratificación o autorización corresponde al propio representado, y en la especie, el Protectorado no puede identificarse con la fundación.⁸⁷⁶

Las objeciones que expone el autor son atendibles, pero es evidente que no son un obstáculo suficiente que determine, sin más, a desechar la tesis. Es claro que, ante la

⁸⁷² *Vid.*, por todos, DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *La representación en el Derecho Privado*, pp. 222 y 223.

⁸⁷³ CARRASCO PERERA, A., en ponencia en Seminario sobre *Fundaciones, Mecenazgo y Sociedad Civil en el umbral del siglo XXI*, U. de Castilla La Mancha, Cuenca, julio de 1994, cit. por LINARES ANDRÉS: *Op. cit.*, p. 188.

⁸⁷⁴ VERDERA SERVER: “La Autocontratación en las Fundaciones”, p. 139. También en la misma posición MARÍN GARCÍA DE LEONARDO: “El Patrimonio de las Fundaciones: Su Enajenación y Gravamen”, p. 3323, Nota 33.

⁸⁷⁵ Un planteamiento amplio de la cuestión se encuentra en DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN: “Comentario al artículo 1259”, pp. 439 a 441.

⁸⁷⁶ VERDERA SERVER: “La Autocontratación en las Fundaciones”, p. 139.

ausencia de una sanción legalmente determinada, ninguna de las soluciones alternativas a la nulidad radical podrá resultar perfecta, en el sentido de que todas y cada una de sus consecuencias resulten acoplarse sin grietas al caso concreto. Cualquiera sea la solución que se acepte, el intérprete deberá estar dispuesto a aceptar alguna dosis de incomodidad en el ajuste de la solución genérica al caso concreto.

Ahora bien, la decisión acerca de la mejor salida al problema (es decir, la menos insatisfactoria) pasa por revisar con detención las consecuencias de cada una de las dos soluciones últimamente propuestas, y muy en particular, las consecuencias en que ellas difieren. Es cierta la afirmación de VERDERA SERVER en el sentido de que la incertidumbre de estas construcciones es alta, y que de hecho, esa incertidumbre se utiliza por los autores para evitar excesivos compromisos en cuanto a los efectos del negocio. Pero pese a esa incerteza, algunos extremos sí resultan medianamente claros. Tanto la teoría de la eficacia condicional como la del negocio incompleto o en vías de formación permiten evitar los graves efectos de la nulidad radical, sortean exitosamente los inconvenientes de la anulabilidad, permiten la “validación” del negocio por el Protectorado, en coherencia con la permisión reglamentaria, e impiden la producción de efectos del negocio hasta tanto aquella no se produzca.⁸⁷⁷ También, por una pura cuestión de lógica, es medianamente claro que en dos puntos divergen de modo importante. Son ellos el relativo al tiempo en que, dada por el Protectorado la autorización, debe entenderse celebrado el negocio; y el relativo a la posibilidad del otro contratante (la parte que contrató con la fundación) de desistirse (de revocar, en los términos del artículo 1259).

Si el negocio celebrado sin autorización se entiende como uno de eficacia suspendida, en virtud de la retroactividad de la condición cumplida, debe necesariamente considerarse que, dada la autorización, el negocio se entiende celebrado, y se entiende producir todos sus efectos, desde el momento en que las partes lo acordaron. Si, en cambio, lo realizado por las partes se entiende como un negocio en vías de formación, que resulta completado por la autorización del Protectorado, por definición es el momento en que se produce dicha autorización el que marca el inicio de la existencia y eficacia del negocio.

⁸⁷⁷ En cualquier caso, respecto de esta “confirmación” comparto la idea de que “la subsanación del negocio jurídico no es una potestad discrecional del Protectorado, sino que deberá proceder a la subsanación mediante el otorgamiento de la autorización cuando, de haberse solicitado la autorización, el Protectorado la habría otorgado; asimismo, deberá denegar la autorización, si de haberse elevado la solicitud en tiempo, el Protectorado la habría denegado.” (GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La fundación: Un estudio jurídico*, p. 184).

Enseguida, si la situación fáctica se entiende como un negocio incompleto al que se aplica el artículo 1259, la contraparte de la fundación podrá desistirse en tanto no se preste por el Protectorado la correspondiente autorización.⁸⁷⁸ Si, por el contrario, el negocio se entiende simplemente condicional, tal posibilidad le está vedada.

La cuestión, por tanto, y a pesar de la incertidumbre de unas soluciones construidas con fundamento dogmático tan incierto, consiste en determinar, *a priori*, si resulta conveniente que la contraparte de la fundación pueda desistirse, y si es técnicamente saludable que los efectos del negocio se produzcan sólo desde la autorización administrativa. En mi opinión, que confieso precaria, no se justifica otorgar a la contraparte de la fundación, que se presume concedora de la ley aplicable, la posibilidad de retractarse sin más de un negocio que, en los hechos, había concurrido a formar con voluntad firme y decidida de producción de efectos jurídicos. Por otra parte, no veo razón para que, dada la autorización administrativa, no pueda ésta operar retroactivamente, haciendo eficaz el negocio desde su celebración. Esta solución calza mejor, además, con la calidad de tercero al negocio que verdaderamente ostenta el Protectorado, y con los términos del artículo 10 del Reglamento.

Desde luego que, en un plano de *lege ferenda*, hubiera sido muy deseable que la ley no hubiera silenciado el tema, y hubiese establecido formalmente alguna fórmula de ineficacia. Una eventual reforma legal debiera dar cuenta de este punto, en la medida en que se mantengan las autorizaciones previas, o un expediente técnico equivalente, como mecanismo de control.

3.3.2. Actos con régimen de comunicación inmediata

Como se indicó al comenzar el análisis de la regulación de la enajenación y gravamen de bienes del patrimonio fundacional, el segundo de los mecanismos de

⁸⁷⁸ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN se percató de que los efectos de una interpretación literal, que permite al tercer contratante desistirse libremente, no son del todo deseables, e intenta construir una limitación entendiendo la “revocación” como “el conjunto de medidas de defensa del interés del tercero, que según el ordenamiento, protejan a éste” lo que permite, según el “pensar que no es nunca una revocación libre, (y) que sólo será posible a través del mutuo disenso de representante y tercero”. Con todo, el autor reconoce que la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo es la contraria, citando la contundente sentencia de 22 de junio de 1946, en la que se estableció que “en los contratos ratificables, la parte que contrata en su propio nombre tiene la posibilidad de separarse del convenio, revocando su consentimiento antes de que se produzca la ratificación, por lo mismo que, hasta ese instante, al no haberse producido la concurrencia de dos voluntades, no existe vínculo obligatorio alguno.” (*Vid.* DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN: “Comentario al artículo 1259”, p. 441.

control previstos por la ley es el de la comunicación administrativa. La consagración de este procedimiento, de menor intensidad que el anterior, se realiza legislativamente en el apartado 2 del artículo 19, procediendo por exclusión, en los siguientes términos:

“Artículo 19.2. De la enajenación o gravamen de los bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, valores mobiliarios que representen participaciones significativas en los anteriores y objetos de extraordinario valor, no incluidos en el apartado anterior, se dará cuenta inmediatamente al Protectorado.”

La comunicación que se requiere en la disposición transcrita supone la puesta en conocimiento del Protectorado del negocio jurídico ya celebrado. No se trata, pues, de una condición de validez del negocio jurídico en cuestión, sino de un mecanismo a través del cual pueda la Administración ejercer de modo completo las funciones que la ley y el Reglamento le atribuyen en relación con las fundaciones. El desacuerdo del Protectorado con el negocio realizado, o con sus condiciones, no afectará en absoluto su validez, aunque pueda, evidentemente, tener consecuencias en el plano de la responsabilidad de los patronos por la gestión patrimonial, responsabilidad que incumbe al Protectorado ejercitar.

En síntesis, quedan sujetos al mecanismo de comunicación administrativa los siguientes actos:

a) La enajenación, gravamen, transacción o sometimiento a arbitraje de equidad de bienes inmuebles, cuando no se requiera de autorización previa.

El párrafo 6 del artículo 4 del Reglamento detalla esta obligación cuando de enajenaciones se trata, transformando la indeterminada inmediatez con la que –según la ley– la fundación debe proceder, a un muy razonable plazo de 10 días⁸⁷⁹. Además, establece que la comunicación se acompañará de una exposición de las circunstancias concurrentes en el negocio jurídico. Por cierto, las fundaciones que cuentan con una autorización anual, al amparo del artículo 4.7 del Reglamento, no deben prestar esta información al Protectorado, sino la trimestral que esa disposición establece.

⁸⁷⁹ En contra, esto es, estimando excesivo el plazo de 10 días, existe un dictamen del Consejo de Estado. En el comentario al artículo 4, se señala que “ha de indicarse que la comunicación al Protectorado será «inmediata» (como dice el artículo 8.2 del proyecto) y que parece excesivo –y no justificado–, a la vista de la Ley, el establecimiento de un plazo de diez días. La misma observación ha de hacerse a los artículos 5.4 y 7.2.” Dictamen del Consejo de Estado Nº 272/96, de 22 de febrero, relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal.

El referido plazo de 10 días para informar se mantiene cuando se trata de la imposición de un gravamen a un inmueble fundacional, según el artículo 5.4 del Reglamento. A su tenor, la información que debe enviarse al Protectorado es la misma que cuando se trata de solicitar una autorización, es decir, la contemplada en el apartado 2 del citado artículo 5: si se trata de hipotecas, la cuantía y el destino del principal, la valoración del bien de conformidad con los criterios utilizados habitualmente por las entidades de crédito, los intereses pactados y el plazo para el cumplimiento de la obligación garantizada. Si, por el contrario, se trata de usufructos, derechos de superficie u otra clase de gravámenes sobre tales bienes, se ha de expresar el valor de los derechos reales que se pretende constituir, su duración y los elementos y condiciones esenciales del gravamen.

b) La enajenación, gravamen, transacción o sometimiento a arbitraje de equidad de establecimientos mercantiles o industriales, igualmente, en los casos en que no se requiera autorización previa.

Según el artículo 6 del Reglamento, son aquí de directa aplicación las normas procedimentales previstas para la enajenación y gravamen de los bienes inmuebles, de manera que no cabe sino remitirse a los anteriores comentarios.

c) La enajenación, gravamen, transacción o sometimiento a arbitraje de equidad de valores mobiliarios que representen participaciones significativas en los anteriores.

Todo acto de estas clases sobre títulos que representen participaciones significativas en la propiedad inmobiliaria o en el capital de entidades mercantiles o industriales queda sujeto al régimen de comunicación administrativa, siempre que no precise de previa autorización; y siempre y cuando se cumpla la condición de magnitud prevista por el Reglamento.

Éste determina (Artículo 8.2) que son participaciones significativas aquellas que representen más del 25 por 100 del capital social o de los derechos de voto, computándose a estos efectos tanto las participaciones directas como las indirectas. Asimismo, expresa que la referida comunicación se acompañará de una exposición de las circunstancias concurrentes en el negocio jurídico.

Hay que hacer notar que, curiosamente, en esta ocasión el Reglamento ha mantenido el plazo legal indeterminado de “inmediatez” que contiene la Ley, y no lo

ha concretado, como en las anteriores ocasiones, a un término determinado de diez días. Aunque ello genera sin duda un espacio de apreciación prudencial, me parece que el criterio –administrativo o judicial– de fijación del plazo debe mantenerse cerca de un término de 10 días, tanto por analogía con las demás disposiciones reglamentarias que así lo establecen⁸⁸⁰, como por considerar que un lapso menor podría ser gravoso para las fundaciones.

La exposición de las circunstancias concurrentes en el negocio jurídico deberá acompañarse de una valoración de los títulos objeto del negocio jurídico, en los términos del artículo 8.3 del Reglamento, ya transcrito al revisar el procedimiento de autorización.

d) La enajenación, gravamen, transacción o sometimiento a arbitraje de equidad de objetos de extraordinario valor.

El artículo 19.2 de la Ley ha dejado a la preocupación reglamentaria la determinación de lo que haya de entenderse por “objetos de extraordinario valor”. “En general este concepto (...) parece referirse al valor de manera abstracta, ya sea patrimonial, artístico, histórico, etc., pero en el caso concreto de las fundaciones, el carácter de extraordinario no comprende el valor patrimonial. Efectivamente, las reglas (...) por las que se someten a autorización previa los negocios jurídicos que exceden del 20% del activo de la fundación hacen inoperante la dimensión patrimonial del valor extraordinario. De igual manera lo ha comprendido el redactor del Reglamento (...), pues define el valor extraordinario de los bienes en atención a cualidades de éstos que no son económicas.”⁸⁸¹

En efecto, el artículo 7.2 del Reglamento prescribe que:

“A los efectos de lo previsto en este apartado se considerarán objetos de extraordinario valor aquellos bienes muebles que hayan sido declarados bien de interés cultural o estén incluidos en el Inventario General de Bienes Muebles o que posean relevancia para el Patrimonio Histórico Español conforme al artículo 1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, así como aquellos otros en los que concurren características únicas o excepcionales en cuanto a su autoría, procedencia, diseño, forma o composición material.”

⁸⁸⁰ En el mismo sentido, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *Op. cit.*, p. 176.

⁸⁸¹ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *Op. cit.*, p. 172.

Como se puede apreciar, el Reglamento reconoce una vertiente objetiva para lo consideración del valor extraordinario (declaración formal o inclusión en inventario especial), vertiente que no genera mayor dificultad, y que se puede referir a bienes que formen parte del patrimonio documental, arqueológico, artístico, histórico, etc. Además, el Reglamento consagra una vertiente subjetiva, respecto de la cual el criterio matriz es su unicidad o excepcionalidad. Frente a la duda en un caso concreto, parece recomendable informar.

e) La enajenación, gravamen, transacción o sometimiento a arbitraje de equidad de participaciones mayoritarias.

La ley prohíbe la participación de las fundaciones en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales (Art. 22), a causa del obvio riesgo que comportan para unos bienes destinados a fines de interés general, pero permite la participación, incluso mayoritaria, en sociedades no personalistas, a condición de cumplir con la obligación de dar cuenta de dicha participación mayoritaria al Protectorado en cuanto ésta se produzca.

Sin embargo del texto legal, el Reglamento ha exigido a las fundaciones comunicación administrativa no sólo de la adquisición, sino de la enajenación y gravamen de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles, cuando no se requiera autorización previa. (Artículo 9.2).⁸⁸²

El Reglamento entiende, como no podía ser de otra manera, que se entenderá por participación mayoritaria aquella que represente más del 50 por 100 del capital social o de los derechos de voto, computándose a todos los efectos tanto las participaciones directas como las indirectas (Art. 9.3).

Otra particularidad consiste en que los actos que involucren a estas participaciones mayoritarias “deberán ser puestos en conocimiento del Protectorado en cuanto se produzcan”. La expresión, estrechamente emparentada con la de “inmediatamente” que emplea el artículo 8.2, debe interpretarse a mi juicio de igual

⁸⁸² GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *Op. cit.*, p. 174, entiende que la imposición de esta obligación adicional carece de cobertura legal, y por tanto incurre en un supuesto de *ultra vires*. El Consejo de Estado, en cambio, no opone reparos a la redacción de la norma. Comentario al Artículo 9, Dictamen del Consejo de Estado N° 272/96, de 22 de febrero, relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal. No aluden al tema OLMOS VICENTE:

manera. Finalmente, el Reglamento establece que la comunicación debe acompañarse de una exposición de las circunstancias concurrentes en el negocio jurídico, así como cualesquiera otros extremos relevantes que el Patronato estime necesarios para una adecuada información del Protectorado.

Ad extremum, y esto es igualmente válido para todos los casos revisados en que es necesaria la comunicación administrativa, hay que indicar que su ausencia determina –eventualmente, y en la medida en que se produzcan perjuicios para la fundación– la responsabilidad de los patronos, en los términos del artículo 15 de la Ley de Fundaciones, pero no amenaza la plena eficacia del negocio jurídico celebrado.

3.3.3. Actos sometidos a régimen de constancia registral adicional

Un tercer mecanismo de control por el Protectorado de la actividad patrimonial de las fundaciones lo constituye la necesidad de hacer constar en el Registro de Fundaciones, en régimen anual, ciertos actos. Esta constancia, como se ha dicho ya anteriormente respecto de la constancia patrimonial general que exige el artículo 18 de la Ley de Fundaciones, no tiene el carácter de inscripción registral, y es adicional a las inscripciones normales de los mismos actos en el Registro Mercantil o de la Propiedad.

La ley dispone que deberá realizarse esta constancia anual respecto de todos los actos para los cuales se requiere autorización, todos aquellos cuya realización debe ser informada, y finalmente, de cualquier otro acto que suponga una alteración patrimonial superior al 10% del activo de la fundación (Art. 19.4).

Este es un mecanismo que, a la vista de las obligaciones periódicas que la ley impone a las fundaciones en el artículo 23, admitiría una revisión, pues hay con esas obligaciones un grado importante de superposición de objetivos.

3.3.4. El residuo de libre disposición

Hecha la anterior revisión de las normas que imponen a los administradores fundacionales un sistema de control a su administración patrimonial, me parece apropiado, para completar el panorama, realizar una breve recapitulación inversa, esto es, fijar la atención en el residuo que la ley deja sin control directo de ninguna especie (esto es, sólo deja el mecanismo de la constancia registral adicional anual y el

“El régimen de autorizaciones...”, p. 169; ni MARÍN GARCÍA DE LEONARDO: “El patrimonio de las fundaciones: Su enajenación y gravamen”, pp. 3318 y ss.

mecanismo informativo general relativo a la memoria, inventario, balance y cuenta de resultados que también con carácter anual exige el artículo 23).

Quedan pues, fuera del control administrativo directo:

a) Los actos de disposición de donaciones (en realidad, la ley debiera referirse a bienes donados) o subvenciones conforme a los fines establecidos por el donante o por la correspondiente norma.

Se ha sostenido que “la razón de que este tipo de actos no requieran autorización se encuentra en que con estas ventas las fundaciones no se descapitalizan, sino que, por el contrario, obtienen liquidez que les puede ser muy necesaria, o al menos útil, para el cumplimiento de sus fines. (...) no se trata de vender bienes que figuren en el patrimonio de la fundación, sino de convertir en metálico las donaciones en especie.”⁸⁸³ Aunque es cierto que esa pudo ser la intención legislativa, la verdad es que la norma de exclusión se aplica igualmente a las enajenaciones gratuitas, porque su justificación se encuentra, como ha puesto de relieve otro autor, en “la misma naturaleza de las cosas. Si la donación o la subvención son otorgadas para que la fundación destine los correspondientes fondos a finalidades específicas, una eventual desautorización del Protectorado al respecto daría o podría dar lugar a que la fundación se viese imposibilitada para aceptar la donación finalista o no pudiera solicitar la subvención afectada, al operar el incumplimiento de los fines buscados por quienes las otorgaron o concedieron como una condición suspensiva o resolutoria.”⁸⁸⁴ Por otra parte, y como se verá en detalle más adelante, las donaciones con cargas que puedan desnaturalizar el fin fundacional requieren, en virtud del artículo 20.2, la previa autorización del Protectorado, por lo que hay que entender que las donaciones que nos ocupan son siempre compatibles con el fin fundacional.

LINARES ANDRÉS ha sostenido que en este caso, no siendo necesaria la autorización previa, sí parece imperativa la comunicación posterior al Protectorado, y funda su aserto en las normas de la ley y el Reglamento que exigen esta comunicación, sin mayores distinciones, para los casos de enajenación o gravamen de bienes para los que no se requiere autorización.⁸⁸⁵ Creo que la conclusión es equivocada porque ante

⁸⁸³ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO: “El Patrimonio de la fundación: Su enajenación y gravamen”, p. 3324.

⁸⁸⁴ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 228. En el mismo sentido, OLMOS VICENTE: “Novedades en materia de Protectorados, patronatos, patrimonio y registro”, p. 83.

⁸⁸⁵ LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*, p. 164.

la duda interpretativa es preferible el criterio favorable a la fundación, y a minorar las restricciones a su gestión. Por otra parte, hay que recordar que se trata de donaciones cuya finalidad está dentro del fin de la propia fundación, (de lo contrario ha debido autorizar su aceptación el Protectorado, *ex* artículo 20.2, y en ese caso carece de sentido una comunicación posterior), y que respecto de las subvenciones, una comunicación de cada acto de disposición de ellas podría atentar gravemente contra la marcha normal de algunas fundaciones cuya actividad se basa, en medida importante, en la administración de esas subvenciones. Finalmente, será extraño el caso de que un Protectorado desconozca la norma en virtud de la cual una fundación bajo su cuidado obtiene una subvención, y por tanto, tampoco tiene demasiado sentido exigir una comunicación inmediata, cuando de todos modos el Protectorado recibirá, en régimen anual, una información completa (Art. 23 de la Ley).

b) Los actos de enajenación de bienes muebles, siempre que no sean parte de la dotación, ni estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines, ni tengan un extraordinario valor, ni representen un valor superior al 20% del activo.

Respecto de los muebles dotacionales, hay que recordar aquí la conveniencia de la interpretación propuesta por COBO GÁLVEZ, en orden a restringir la aplicación del régimen de autorización a las participaciones en establecimientos mercantiles o industriales, valores inmobiliarios y objetos de extraordinario valor.

c) Los actos de enajenación de valores mobiliarios, siempre que no representen participaciones significativas (superiores al 25%) en propiedad inmobiliaria ni comercial o industrial, ni sean tampoco parte de la dotación, ni estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines, ni tengan un extraordinario valor, ni representen un valor superior al 20% del activo.

Sostendré en unas líneas finales de este capítulo que este residuo genera un espacio razonable para el desarrollo de la actividad fundacional normal, actividad que, en consecuencia, no se ve afectada significativamente por el régimen de control. Pese a lo cual, el referido sistema es susceptible de numerosas y profundas enmiendas.

3.4. Las soluciones autonómicas

Como se avanzó al comenzar este capítulo dedicado a la enajenación y gravamen de los bienes de la fundación, la materia que nos ocupa se encuentra –según la Disposición Final Primera de la ley– fuera del núcleo de obligada aplicación para las

Autonomías, razón por la cual las Comunidades Autónomas que han asumido sus competencias en relación con las fundaciones han podido legislar válidamente de modo diverso al elegido por la ley estatal.

Ya antes de la vigencia de la Ley 30/1994 las legislaciones autonómicas preexistentes apuntaban criterios diversos. Así, la ley catalana 1/1982 de 3 de marzo, sólo exigía la autorización previa del Protectorado para “gravar los bienes de la dotación o consumir una parte de éstos” (Art. 4.3) y para invertir “todo o parte del patrimonio de una fundación en empresas mercantiles, siempre que se atribuya a aquélla la calidad de comerciante en términos legales” (Art. 4.4). El resto de la actividad fundacional es controlado, pues, *a posteriori* por la vía del examen del inventario–balance, de la memoria de actividades y gestión económica, y de la liquidación de presupuesto del año anterior que anualmente la fundación debe formular y depositar en el Registro de Fundaciones (Art. 13). Por cierto, el Protectorado goza de todas las facultades legales para cumplir adecuadamente con su cometido (Art. 15, y Decreto 160/1982, de 27 de mayo, que aprueba la Instrucción para la Organización y Funcionamiento del Protectorado de la Generalitat sobre las Fundaciones Privadas de Cataluña).⁸⁸⁶

La Ley de Régimen de las Fundaciones de Interés Gallego (7/1983, de 25 de junio), por su parte, ensaya un sistema diferente, de mayor intervención administrativa. Para la enajenación a título oneroso de los inmuebles, sean o no dotacionales, que estén destinados con carácter permanente al cumplimiento directo de la finalidad fundacional, exige autorización y determinación de las condiciones por parte del Protectorado, en defecto de voluntad expresa del fundador al respecto (Art. 20.1). La citada ley dejó una gruesa laguna acerca de las enajenaciones gratuitas, laguna que hubo de ser salvada por el Decreto 193/1984, de 6 de septiembre, sobre Reglamento de Organización y Funcionamiento del Protectorado de las Fundaciones de Interés Gallego, cuyo artículo 22.2 exige también la previa autorización del Protectorado, puntualizando que ésta sólo será concedida para fines de utilidad pública o interés social. Además, la citada norma exige que las ventas se realicen mediante subasta pública, con posibilidad de dispensa por Protectorado (Art. 22.2 c.). Ese mismo Decreto destina su artículo 23.1 a regular otro tema omitido en la Ley autonómica: el del manejo de valores bursátiles, eximiendo de autorización cuando la venta se haga al precio de cotización. Para enajenar los demás bienes y derechos, se establece un sistema de comunicación–autorización, de tal forma que la fundación puede proceder

⁸⁸⁶ PUIG I FERRIOL: “Les fundacions privades catalanes”, p. 142 y 144.

si, comunicada la intención al Protectorado, éste no se opone en el plazo de tres meses (Art. 20.2), sistema que es regulado en detalle por el artículo 23.2 del Decreto. Finalmente, se reitera la idea catalana respecto de la dotación, al exigir autorización previa del Protectorado para gravar los bienes de la dotación o consumir una parte de éstos, cualquiera sea su naturaleza (Art. 20.3 de la ley autonómica).

La Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, aprobada por ley 1/1973, de 1 de marzo, contiene las leyes 42 a 47 que se refieren a las fundaciones. A la materia que nos ocupa se aboca, en particular, la Ley 46, cuyo apartado primero dispone: “Ley 46. Salvo que otra cosa se disponga en los Estatutos, corresponden al Patronato, plenamente y sin limitación alguna, las facultades siguientes: 1. Las de administración y disposición del patrimonio de la fundación. 2. (...)”. Eses plenos poderes, en lo relativo a la enajenación del patrimonio, no resultaron alterados por la Ley 10 de Navarra, de 1996, que modificó parte importante de la disciplina fundacional de esa comunidad foral.⁸⁸⁷

Una línea política diferente había sido plasmada legislativamente, con anterioridad a la ley estatal, en la Ley de Fundaciones del País Vasco (Ley 12/1994, de 17 de junio). Esa ley configura un sistema de control sobre la base de comunicaciones, pero de naturaleza *ex post*, exigiendo dación inmediata de cuenta al Protectorado cuando se dispone, grava o somete a arbitraje o transacción un bien o derecho que forma parte de la dotación patrimonial, o esté directamente adscrito al cumplimiento de los fines, o su valor sea superior al 20% del activo de la fundación que resulte del último balance anual (Art. 22).⁸⁸⁸

Por su parte, la antigua Ley 1/1990, de 28 de enero, de Fundaciones Canarias, contenía un régimen aún más estricto que el gallego, pero la nueva Ley (2/1998, de 6 de abril) presenta un radical cambio de criterio. En efecto, a partir de la directriz de su Exposición de Motivos, que sostiene que “la nueva Ley parte de los principios de libertad y flexibilidad en cuanto a la gestión de las fundaciones, superando las tradicionales restricciones normativas. En consonancia con ello, se configura un Protectorado de Fundaciones Canarias cuya actividad ya no es eminentemente fiscalizadora, sino que ostenta equilibradamente funciones de asesoramiento, apoyo y control de las fundaciones”, estructura en su artículo 13 un sistema de comunicaciones

⁸⁸⁷ Vid. MUÑOZ LOMBARDÍA: “Las fundaciones en Navarra”, p. 4140.

⁸⁸⁸ Un análisis comparativo con la ley estatal, sobre la base de la resolución de la tensión público-privado en ambas regulaciones, en GOMEZA VILLA: “Comparación de la Ley de Fundaciones del País Vasco con la ley 30/1994”, p. 332 y 333.

previas para ciertos bienes, y de plena autonomía para el resto. La norma establece que:

“1. Los actos de enajenación y gravamen, así como las transacciones de los bienes y derechos de la fundación, deberán ser comunicados con al menos treinta días de antelación al Protectorado de Fundaciones Canarias, en los siguientes casos:

a) Siempre que se refieran a los que integran la dotación fundacional o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales.

b) Cuando afecten al patrimonio o representen un valor superior al treinta por ciento del activo de la fundación que resulte del último balance anual.

2. Deberán ser comunicados al Protectorado de Fundaciones Canarias los actos de disposición y gravamen, así como las transacciones de los bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, valores mobiliarios que representen participaciones significativas en los anteriores y objetos de extraordinario valor.”

Este sistema de comunicaciones se complementa con la posibilidad, prevista en el artículo 36, de que el Protectorado de Fundaciones Canarias asuma la gestión de la fundación “cuando, advertida una grave irregularidad en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la fundación o una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada, el Patronato no atendiera al requerimiento del Protectorado de Fundaciones Canarias, una vez oído aquél, para la adopción de las medidas correctoras que se estimen pertinentes en el plazo que se fije.” DÍAZ BRITO, que ha dedicado particular atención a la legislación fundacional canaria, ha sostenido que pese al aparente avance, en realidad tampoco se avanza demasiado en términos de facilitar la gestión y “si se tiene en cuenta la flexibilidad que ha dado a los preceptos de la Ley de Fundaciones el Reglamento que la desarrolla, podría llegar a concluirse, incluso, que el sistema actualmente vigente en Canarias resulta más perjudicial para los intereses de las fundaciones que el contemplado en la normativa estatal.”⁸⁸⁹

Con posterioridad a la vigencia de la ley estatal, se han dictado también, además de la mencionada ley canaria, sendas leyes de fundaciones por las Comunidades de Madrid (1/1998, de 2 de marzo) y Valencia (8/1998, de 9 de diciembre).

La primera establece un sistema idéntico al de la Ley de Fundaciones del País Vasco, pero reemplazando la indeterminada comunicación inmediata por una comunicación dentro del plazo de un mes (Art. 16).

⁸⁸⁹ DÍAZ BRITO: “La normativa canaria sobre fundaciones”, p. 3934.

La ley valenciana, en cambio, retoma la línea de mayor injerencia administrativa sugerida por la ley estatal, y construye una arquitectura de control muy parecida, pero agregando los arrendamientos al grupo de actos sometidos a control previo. Se trata, pues, de un caso excepcional dentro de las leyes autonómicas, que insta un sistema de control más extenso que el estatal.⁸⁹⁰ Por ello, vale la pena transcribir las partes pertinentes del artículo 22 de la ley valenciana.

Artículo 22. Enajenación y gravamen de los bienes de la fundación.

Régimen de autorizaciones y comunicaciones.

1. La enajenación, gravamen o cualesquiera otros actos de disposición o de administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, constituyan o no dotación, serán de título oneroso, debiendo estar justificada en todo caso la necesidad o conveniencia de tales actos, así como la inversión prevista de la contraprestación, salvo que se trate de prestaciones propias del cumplimiento del fin fundacional.

2. Para la enajenación, gravamen o arrendamiento de los bienes y derechos, a los que se refiere el punto anterior, se requerirá la autorización previa del Protectorado. Dicha autorización no será necesaria en los siguientes supuestos:

a) Bienes o derechos cuyo valor no supere el 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance anual, salvo que se trate de bienes comprendidos en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, o en la Ley 4/1998, de 11 de junio, de la Generalidad Valenciana, del Patrimonio Cultural Valenciano.

b) Valores que coticen en bolsa.

c) Actos de disposición de bienes adquiridos por donación o en virtud de subvenciones conforme a los fines establecidos por el donante o por la correspondiente norma.

3. La solicitud de autorización deberá ir acompañada de una valoración pericial que acredite la adecuación a precios de mercado de la contraprestación económica que vaya a recibir la fundación por la disposición, el gravamen o el arrendamiento. Dicha valoración será debidamente comprobada por el Protectorado.

4. Asimismo, de la enajenación, gravamen o arrendamiento de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, valores mobiliarios que representen participaciones significativas en aquéllos y objetos de extraordinario valor en los que no se necesite autorización, se dará cuenta inmediatamente al Protectorado, siempre y cuando representen un valor superior al 10 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance anual.

5. Se requerirá autorización previa del Protectorado, o, en su caso, comunicación, para comprometer en arbitrios de equidad o celebrar transacciones respecto de los bienes y derechos a que se refieren los apartados anteriores.

En la solicitud de autorización o en la comunicación deberá justificarse la inexistencia de perjuicio económico para la fundación.

6. (...)

7. Las enajenaciones, gravámenes, arrendamientos, compromisos y transacciones a que se refiere este artículo, así como en general todas las alteraciones

⁸⁹⁰ CUÑAT EDO y LINARES ANDRÉS: "Las fundaciones en la Comunidad Autónoma Valenciana", p. 2961 hacen ver que "uno de los temas en los que se demuestra la concepción intervencionista del Protectorado en la Ley valenciana es sin duda el de la enajenación y gravamen de los bienes de la fundación", y desarrollan su exposición en tono crítico.

superiores al 10 por 100 del activo de la fundación que no requieran autorización previa del Protectorado, se harán constar anualmente en el Registro de Fundaciones al término del ejercicio económico.

8. (...)

9. El plazo para resolver sobre la concesión de las autorizaciones a que se refiere este artículo será de tres meses, salvo que por resolución motivada del Protectorado se considere investigar determinados aspectos que garantice la legalidad de lo solicitado, en cuyo caso se podrá ampliar el plazo a tres meses más. Transcurrido el plazo para resolver sin que haya recaído resolución expresa, se podrán entender estimadas las solicitudes de autorización. El plazo para resolver la solicitud se interrumpirá por causa imputable al interesado, comenzando a contar de nuevo desde el momento en que tal causa haya desaparecido.”

3.5. Una aproximación valorativa

La doctrina ha reaccionado de modo dispar frente al contenido del artículo 19 de la ley. Una primera toma de posición tendió a aplaudir la norma, considerándola un buen punto de equilibrio entre la libertad y el intervencionismo administrativo. Así, y en términos generales respecto de la tensión legislativa entre libertad e intervención, TOMÁS Y VALIENTE apuntaba que “la pura, desnuda y excesiva intervención administrativa de antes ha sido sustituida, si se me permite la expresión, por un régimen legal flexiblemente imperativo, en que se ha querido combinar la imposición de garantías legales con el respeto a la voluntad y el fomento a la iniciativa de los fundadores. La fórmula no es mala ni torpe.”⁸⁹¹ Asimismo en un tono laudatorio, COBO GÁLVEZ afirmaba que el procedimiento del artículo 19 “varía del que establecía la legislación anterior (...) incorporando mayor precisión en la determinación de los actos que han de someterse a uno u otro régimen y liberalizando del régimen de autorización aquellas actuaciones que no afecten de forma sustancial a la continuidad de la fundación.”⁸⁹²

OLMOS VICENTE, quizá exagerando el grado de suavización de la intervención administrativa, indicaba que “la nueva ley (...) amplía la capacidad de las fundaciones, por cuanto ya no precisan autorización para enajenar o gravar, salvo en los supuestos expresamente establecidos por la norma, que constituyen excepciones, «*numerus clausus*», no susceptibles de ampliación a discreción de la Administración. Se produce, por tanto, una liberalización importante.”⁸⁹³ Sin perjuicio de lo cual, termina por considerar que “es posible y deseable que el régimen de autorizaciones para enajenar y

⁸⁹¹ TOMÁS Y VALIENTE: “Estudio Previo”, N° III, p. XLII.

⁸⁹² COBO GÁLVEZ: “Comentario a los Arts. 17 a 20”, p. 165.

⁸⁹³ OLMOS VICENTE: “El Régimen de autorizaciones...”, p. 155. La misma apreciación positiva, en general respecto de la concepción de la intervención administrativa en las fundaciones, la había expresado el autor en “El Protectorado de las fundaciones. El Registro”, p. 175.

gravar bienes de las fundaciones se suavice y atenúe en forma tal que las fundaciones no lo consideren una carga o traba a su gestión, sino garantía para los fundadores y la sociedad en general de la correcta actuación del Patronato y la transparencia de la Institución.”⁸⁹⁴

Sin embargo, la mayoría de las opiniones doctrinales sobre el precepto son francamente duras. Críticas ha recibido la norma desde antes de su nacimiento. En efecto, durante la tramitación parlamentaria del mismo no faltaron enmiendas que intentaron variar su contenido. Así, hubo enmiendas del Grupo Parlamentario Popular, que intentó tasar las causas de rechazo de la solicitud por el Protectorado, para evitar una posible arbitrariedad, y suprimir la inmediatez de la comunicación⁸⁹⁵. El Grupo Parlamentario Catalán sugirió, por su parte, suprimir la constancia en el registro de fundaciones, así como suprimir la autorización para transigir y comprometer del apartado 3⁸⁹⁶.

Promulgada la Ley, otros autores han sido francamente agresivos con la norma que nos ocupa, y con el grado de intervención que consagra. Así, DE PRADA GONZÁLEZ, respecto del proyecto de ley, sostenía con dureza que en este punto es donde “se nota un mayor conservadurismo y dependencia del viejo Reglamento de 1972, sin que se haya atrevido a romper con el control *a priori* del Protectorado, que se ha demostrado en la práctica innecesario”⁸⁹⁷, tachando al sistema de “anacrónico” y culpando a los Protectorados de “menospreciar la labor de los patronos (...) introduciendo al Protectorado en funciones para las que en la práctica no está preparado.”⁸⁹⁸ Respecto de la ley, el mismo autor sostenía con posterioridad que “lo que, a mi juicio, no tiene sentido, es duplicar el control exigiéndolo previamente para determinados actos y luego *a posteriori*. Por desgracia nuestra Ley ha incurrido en este error y ha multiplicado las exigencias de autorizaciones complicando extraordinariamente la vida y burocracia de unos entes que no suelen, ni deben, estar

⁸⁹⁴ OLMOS VICENTE: *Op cit*, p. 174.

⁸⁹⁵ Enmiendas Núm. 287 y 288, del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, y Enmiendas Núm. 185 y 186, del Grupo Parlamentario Popular en el Senado. Comentarios a la Ley de Fundaciones e Incentivos Fiscales, Tomo II, *Documentos*, p. 164 y p. 361, respectivamente. En línea coincidente, la enmienda Núm. 204, de Coalición Canaria en el Congreso.

⁸⁹⁶ Enmiendas Núm. 99, 100 y 101, del Grupo Parlamentario Catalán (*Convergencia i Unió*) en el Congreso; y Enmienda Núm. 92, del Grupo Parlamentario Catalán (*Convergencia i Unió*) en el Senado. Comentarios a la Ley de Fundaciones e Incentivos Fiscales, Tomo II, *Documentos*, p. 105 y 329.

⁸⁹⁷ DE PRADA GONZÁLEZ: “Algunas observaciones en torno al Proyecto de Ley de Fundaciones”, p. 856.

⁸⁹⁸ DE PRADA GONZÁLEZ: *Op. cit.*, p. 857.

sobrados de personal.”⁸⁹⁹ DEL CAMPO ARBULO, en semejante vena crítica, habla del “empeño intervencionista” y especifica que “con excepción de las donaciones o subvenciones que la fundación reciba, la totalidad de los actos de disposición o gravamen de los bienes y derechos de que aquella sea titular requiere, ineluctablemente, de la intervención del Protectorado. Se trata, en definitiva, acaso del precepto más constrictivo de las facultades ordinarias del Patronato que la Ley de Fundaciones contempla.”⁹⁰⁰ En la misma línea, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO sostuvo que “con este precepto el legislador ha perdido la oportunidad de eliminar los inconvenientes que, al amparo de la legislación anterior venían planteándose en torno a la exigencia de la autorización del Protectorado como mecanismo de control del funcionamiento de las fundaciones.”⁹⁰¹ Y luego: “A pesar de que el legislador estatal tenía ante sí el panorama que acabamos de exponer, fundamentalmente la Ley de Fundaciones del País Vasco, lo que va a hacer es mantener, aunque quitándole cierto rigor, muchas de las trabas existentes al amparo de la legislación anterior”,⁹⁰² lo que significa para la autora un desprecio de la tarea de los patronos, y una equivocada orientación de la tarea público-administrativa, que debe dirigirse hacia un conocimiento de las actividades, solicitando información cuando sea el caso, y ejercitando la correspondiente responsabilidad cuando corresponda. REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, por su parte, apuntó también que el caso de las enajenaciones “debiera ser objeto de comunicación al Protectorado, no de autorización previa, porque con frecuencia se presentan oportunidades que no son compatibles con esperas que pueden llegar a los tres meses en que ya operará el instituto del silencio. Ante lo terminante de la ley, cabrá formalizar la venta si bien bajo condición suspensiva de su autorización, pero esta medida puede no ser suficiente en la práctica.”⁹⁰³ LINARES ANDRÉS también parece estar de acuerdo con las críticas de los autores⁹⁰⁴, y más recientemente, ORTI VALLEJO ha expresado que “en este asunto existe un excesivo intervencionismo y control de la Administración que me atrevo a calificar de asfixiante”⁹⁰⁵ y luego ha calificado el sistema de “aberrante” y “lamentable”. ROJO

⁸⁹⁹ DE PRADA GONZÁLEZ: “Patrimonios adscritos a fines”, p. 169.

⁹⁰⁰ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 225 y 226.

⁹⁰¹ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO: “El patrimonio de las fundaciones: Su enajenación y gravamen”, p. 3318.

⁹⁰² *Id.*, p. 3320.

⁹⁰³ REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI: *La Nueva Ley de Fundaciones*, p. 88.

⁹⁰⁴ LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*, p. 165 a 170.

⁹⁰⁵ ORTI VALLEJO: “Notas sobre la capacidad de las fundaciones”, p. 872.

AJURIA también ha indicado que el sistema del artículo 19 es desmesurado, carente de justificación lógica, más rígido que la legislación anterior y la autonómica.⁹⁰⁶

MARTÍNEZ NIETO, evaluando el conjunto de las actuaciones encargadas por la legalidad vigente al Protectorado, apuntaba que “una observación superficial y sin referencias comparadas puede llevar a la conclusión apresurada de que son muchas y quizá en algún punto excesivas las funciones del Protectorado, pudiéndose sustituir algunas autorizaciones previas por simples comunicaciones posteriores, y limitar las funciones de control en beneficio de un desarrollo mayor de las competencias de asesoramiento y apoyo a las fundaciones existentes y en proceso de creación.”⁹⁰⁷ Apunta acto seguido que, siendo válida esta observación, las potestades administrativas en otras áreas como banca, industria, espectáculos públicos, medio ambiente, sanidad, tráfico, educación, son mucho más intensas y extensas, y —a diferencia de lo que ocurre en sede fundacional— con capacidad de autotutela administrativa, apoyada por un “amplio repertorio de infracciones y sanciones que le otorgan un poder formidable para determinar políticas públicas dirigidas al correcto ejercicio de los derechos y obligaciones que se contienen en numerosas normas sectoriales para las más variadas actividades privadas en las que se compromete el interés público de una manera menos intensa que en el ejercicio del derecho de fundación, en cuyas normas no se prevén potestades disciplinarias para las fundaciones en casos en que hubiera sido muy sencillo establecer un régimen sancionador específico.”⁹⁰⁸

Me parece que en esta materia la citada es una visión ecuaníme. En efecto, es cierto que la legislación estatal (el conjunto de ley y Reglamento) parece a primera vista, particularmente frente a alguna normativa autonómica, draconianamente intervencionista. Sin embargo, creo que la perspectiva adecuada para mirar ese conjunto legislativo no es la del volumen de eventos sometidos a algún tipo de intervención, aisladamente considerado; sino debe mirarse en relación a la actividad normal de la fundación. En otras palabras, para juzgar el sistema no deben “contarse”

⁹⁰⁶ ROJO AJURIA: “Patrimonio y gestión económica de las Fundaciones”, p. 121. También YUSTE GRIJALBA ha sido crítico con el sistema general de intervención estatal; “En todas estas operaciones patrimoniales y financieras, los patronatos están carentes de autonomía, dependen de la decisión que en cada caso tomen las autoridades administrativas titulares del Protectorado, en una suerte de *capitis diminutio* de las personas responsables a quienes el fundador ha encomendado el cumplimiento de su voluntad y la administración de los bienes privados cedidos a la fundación.” (YUSTE GRIJALBA: “Autonomía de las fundaciones e intervención pública del Protectorado”, p. 220).

⁹⁰⁷ MARTÍNEZ NIETO: “El Protectorado de las fundaciones”, p. 1628.

⁹⁰⁸ *Loc. cit.*

los eventos de intervención administrativa, sino más bien “pesarse”, en relación con la actividad normal de la fundación. En este sentido, me parece que sólo puede considerarse excesivo aquel mecanismo administrativo de control que trabe, impida o retarde la marcha ordinaria de la actividad fundacional. Las cautelas que el legislador despliega fuera del ámbito de esa actividad cotidiana de cumplimiento de sus fines se encuentran justificadas, en el terreno de los principios, en el papel que debe cumplir el Estado frente a las fundaciones, y en el terreno de la práctica, por el trato de favor que las fundaciones reciben del Estado.

Como postulé a propósito de la inclusión de los actos gratuitos en el campo de aplicación del artículo 19, y como ha quedado claro al analizar, por exclusión, el ámbito de libre administración de que gozan los Patronatos, la Ley de Fundaciones configura un sistema de control bastante abigarrado, pero que, en lo general, no afecta significativamente al funcionamiento cotidiano de las fundaciones, y no entraba significativamente la ejecución de las actividades normales tendentes a la consecución de los fines establecidos por el fundador. El acento legislativo y reglamentario está puesto, como se ha tenido ocasión de ver, en los eventos patrimoniales de carácter extraordinario.

Con todo, esa multitud heterogénea y abigarrada de controles de diversa índole, que sin impedir la marcha normal de la fundación, la perturban un tanto, provoca el intento de realizar aquí una aproximación valorativa general, a la luz de la experiencia comparada, del sistema de control diseñado por el legislador. Procediendo a una revisión en orden inverso, hay que señalar, en primer término, que parece sobrar, por excesivo, el mecanismo de constancia registral anual. Considerando la cantidad y la calidad de la información requerida como obligación periódica impuesta a las fundaciones por el artículo 23 (hay que recordar que se debe presentar el inventario, el balance de situación y la cuenta de resultados, en los que consten de modo cierto la situación económica, financiera y patrimonial de la Fundación y elaborar una memoria expresiva de las actividades fundacionales y de la gestión económica que incluya el cuadro de financiación así como del exacto grado de cumplimiento de los fines fundacionales), puede detectarse un grado importante de superposición de objetivos, y por ello, debiera suprimirse el deber establecido por el artículo 19.4.

El mecanismo de comunicación *ex post* con carácter inmediato (10 días según Reglamento), pese a no haber recibido el grueso del ataque doctrinal, y por el contrario, resultar la opción preferida por una parte considerable de los autores para

reemplazar al régimen de autorizaciones, me parece también susceptible de profunda revisión. En efecto, creo que vale la pena preguntarse por el sentido práctico, real, que puede tener una comunicación posterior “inmediata”. Se ha dicho ya que este instrumento no incide en lo más mínimo en la validez y eficacia del negocio celebrado, y que se trata de un sistema que permite al Protectorado ejercer con celeridad las eventuales acciones de responsabilidad a que pudiera dar lugar su celebración. Pues bien, con una Administración Pública que no se caracteriza precisamente por su expedición ¿tiene algún sentido, esto es, algún propósito práctico verdadero comunicarle de inmediato la realización de una operación? Antes del término del año corriente ¿Va a ganar alguien por prescripción indebidamente algún bien? ¿Va a caducar algún derecho? ¿Se va a extinguir alguna acción que deba ejercer el Protectorado? Como la respuesta es invariablemente negativa, no diviso razones poderosas que justifiquen el mantenimiento de un mecanismo que resulta, en la práctica, de muy escasa utilidad, y que recarga la administración de las fundaciones. Una información precisa de carácter anual –o todo lo más, semestral– debiera bastar para satisfacer el propósito legislativo.

Respecto del sistema de control previo, y sin perjuicio de todas las observaciones específicas que sobre la regulación del régimen de autorizaciones se han realizado en este trabajo, me parece que debe mantenerse, seleccionando cuidadosamente los eventos patrimoniales que a él se someten. La relevancia del interés general que se halla comprometido en la actividad de las fundaciones y las ventajas fiscales y de otra índole que el Estado concede a las fundaciones en razón de la persecución de ese interés general, justifican sobradamente, a mi juicio, presencia de un control previo sobre negocios que puedan poner en riesgo la satisfacción duradera de los fines fundacionales. Ese control, por otra parte, no debe ser percibido como una manifestación de desconfianza hacia las fundaciones; *quod contra*, y desde una perspectiva de los ordenamientos comparados, como una señal del aprecio social hacia la labor de esas entidades y de la preocupación por su pervivencia en el tiempo. Ahora bien, un sistema de control previo no tiene por qué configurarse necesariamente al modo de la actual Ley de Fundaciones, a través de un régimen de autorizaciones. La experiencia de otros países europeos provee un amplio repertorio de soluciones alternativas, según se ha tenido ocasión de ver. Las legislaciones alemanas más modernas, por ejemplo, tienden a establecer un régimen de comunicación administrativa previa, comunicación que permite al poder público ejercer un derecho de objeción o veto en un plazo relativamente breve (que oscila entre dos semanas y dos meses para casos muy calificados, siendo un término medio el de cuatro semanas).

Confirmada por la Administración la legalidad del negocio, o transcurrido el plazo sin haber respuesta, la fundación puede realizar sin más el acto pretendido. No parece imposible pensar en adaptar un sistema como ese en una reforma de fondo del sistema de control de la gestión patrimonial de las fundaciones en España. Un sistema tal debiera satisfacer tanto a la Administración (porque conserva el efectivo poder de impedir la realización de una operación pernicioso para la fundación, y con un plazo breve de silencio administrativo positivo no debe sentirse obligada a pronunciarse respecto de cada caso) y al sector privado, que vería desaparecer la necesidad de someterse a autorizaciones (que resultan formalmente odiosas), disminuir ostensiblemente las tareas de información debidas al Protectorado, los costes asociados a ellas, e incrementar la agilidad de la gestión patrimonial.

En resumen (y esto vale también para los eventos de incremento patrimonial de que se tratará en el capítulo siguiente), me parece necesario simplificar el sistema de control patrimonial, decidiendo –ojalá consensualmente– qué eventos extraordinarios merecen un control *ex ante*, estableciendo para ellos un sistema de comunicación previa con derecho administrativo de objeción y silencio positivo en un plazo breve, e incluir el resto de los eventos patrimoniales en la información periódica que deben las fundaciones entregar anualmente en virtud del artículo 23.

Capítulo 4. Adquisición de bienes

Como se dejó expresado al comenzar el capítulo anterior, relativo al control administrativo de la enajenación de bienes fundacionales, existe una marcada correlación inversa entre esos controles y los legalmente diseñados para la adquisición de bienes, correlación que depende de la percepción que la sociedad tenga del fenómeno fundacional. Expresada de modo esquemático, la ecuación parece ser ésta: mejor consideración de la institución, más controles a la enajenación, menos a la adquisición; peor consideración, menos controles a la enajenación, más a la adquisición.

Por otra parte, no toda adquisición de bienes resulta susceptible de igual control legislativo. Salvo para los ordenamientos, como el francés, que hace a las personas jurídicas operar *sub specialitas principio*, y en los que, en consecuencia, también las adquisiciones a título oneroso tienen el límite de no caer fuera del ámbito material determinado por los fines de la fundación, la mayor parte de las disciplinas fundacionales deja las adquisiciones onerosas normales entregadas a la libertad de administración de la entidad, y se detiene en aspectos diversos del incremento patrimonial. Muy especialmente, en las adquisiciones a título gratuito, y respecto de las onerosas, sólo en la adquisición de participaciones industriales, y en la posibilidad de realizar incrementos patrimoniales cobrando por los servicios prestados en persecución del fin.

4.1. Derecho comparado

4.1.1. Alemania

La materia relacionada con las adquisiciones, tanto desde el punto de vista de la capacidad jurídica de las fundaciones, como desde la posibilidad de establecer restricciones o requisitos para ciertos eventos de incremento patrimonial, ha sufrido el Alemania una modificación en línea de principios en el último tiempo. En efecto, como lo expresaba VON TUHR, en general para la capacidad de goce de las personas jurídicas “el artículo 86 de la ley de introducción permite a las legislaciones locales fijar limitaciones de esta clase en cuanto se trate de adquisiciones cuyo valor supera los

5.000 marcos.”⁹⁰⁹ Sin embargo, el legislador germano ha derogado el contenido de la de la citada norma, reemplazándolo por un precepto que, en su redacción de julio de 2001, establece la posibilidad para el gobierno federal de establecer restricciones a la capacidad jurídica de personas físicas y jurídicas extranjeras, en virtud del principio de reciprocidad.⁹¹⁰ La facultad de limitar la titularidad de bienes y derechos por parte de los gobiernos de los *Länder* ha quedado, pues, abrogada. Sin perjuicio de lo cual, los Estados pueden aún imponer requisitos o condiciones a dichas adquisiciones, pero — como se verá— han tendido a no hacerlo, y en el tiempo, a disminuir las existentes.

Así, ni la *Berliner Stiftungsgesetz* ni la *Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch Hamburg* contienen exigencias específicas de ninguna clase a este respecto, y tampoco lo hacen las leyes de Brandenburg, Bremen, Hesse, Baja Sajonia; Saarland; y la de los *Länder* de la antigua DDR. Tampoco impone condiciones la ley de Rheinland-Pfalz, que ha derogado la norma que establecía como mecanismo de control a las autorizaciones administrativas (antiguo párrafo 34).

En cambio, la ley bávara exige autorización administrativa para aceptar donaciones de capital, ligadas a una carga que exceda de modo duradero el valor de donación, o que sirvan a un fin más amplio o diverso que la fundación principal; así como para aceptar préstamos, en tanto que no se destine a la liquidación de deudas, o el préstamo sea necesario para la asunción de gastos previstos en el presupuesto y sea amortizado de nuevo dentro del mismo ejercicio de ingresos corrientes; y para concluir contratos de garantía y negocios jurídicos semejantes que tengan por objeto la seguridad de una deuda ajena. Asimismo, según se dijera a propósito de las enajenación, se exige autorización, para negocios jurídicos que comprometan los ingresos ordinarios propios de la fundación, con un costo total de más de un 20% de ellos (con un mínimo de 150.000 DM —o 76.693, 78 euros), o de más de un 10% de las

⁹⁰⁹ VON TUHR: *Derecho Civil, I,2, Las personas*, p. 466.

⁹¹⁰ Alemania. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuches (In der Fassung der Bekanntmachung vom 21.9.1994, Zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.7.2001) Artikel 86 “Vorschriften, die den Erwerb von Rechten durch Ausländer oder durch juristische Personen, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung nicht im Bundesgebiet haben (ausländische juristische Personen), beschränken oder von einer Genehmigung abhängig machen, finden vom 30. Juli 1998 keine Anwendung mehr. Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates den Erwerb von Rechten durch Ausländer oder ausländische juristische Personen zu beschränken und von der Erteilung einer Genehmigung abhängig machen, wenn Deutsche und inländische juristische Personen in dem betreffenden Staat in dem Erwerb von Rechten eingeschränkt werden und außenpolitische Gründe, insbesondere das Retorsionsrecht, dies erfordern. Satz 2 gilt nicht für Ausländer und ausländische juristische Personen aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union.”

rentas anuales (con un mínimo de 100.000 DM —o 51.129,19 euros), según el último ejercicio contable anual presentado o auditado (Art. 27 (1) N.º 6).⁹¹¹ La legislación de Nordrhein–Westphalen contempla la exigencia de autorización administrativa para la aceptación de liberalidades que impongan a la fundación cargas o condiciones no insignificanamente gravosas⁹¹², la ley de Baden–Württemberg exige comunicación previa, con derecho a veto de la administración, para la aceptación de liberalidades, cuando vinculen al patrimonio de la fundación con condiciones o gravámenes⁹¹³, la Ley de Fundaciones de Mecklenburg–Vorpommern la exige para las “modificaciones patrimoniales que sean importantes para la existencia o el fin de la fundación, lo que incluye —a discreción de los gestores de la fundación— las adquisiciones de relevancia, además de imperarla especialmente para las liberalidades hechas con el patrimonio de la fundación que no sirvan a la realización del fin fundacional⁹¹⁴; mientras la reciente ley de Schleswig–Holstein impera comunicación administrativa sólo para las “modificaciones del patrimonio fundacional que sean importantes para la existencia de la fundación”.⁹¹⁵

4.1.2. Italia

No existen en Italia restricciones a la posibilidad de detentar toda clase de bienes, como se indicara a propósito de la capacidad jurídica de las fundaciones en ese país.⁹¹⁶ Sin embargo, respecto de los negocios de adquisición de bienes, y sus restricciones, la situación en Italia resulta radicalmente diversa antes y después del mes de mayo de 1997. En efecto, hasta esa fecha tenía pleno vigor el artículo 17 del *Codice Civile*, que disponía la necesidad de someter a autorización administrativa la adquisición, por parte de asociaciones y fundaciones, de inmuebles, y la aceptación de herencias, legados y donaciones.⁹¹⁷ La restricción, agudísima, ya que dejaba en la libre gestión de los administradores de la fundación única y exclusivamente la adquisición

⁹¹¹ Alemania. Bayerisches Stiftungsgesetz. Art. 27 (1) Nr. 1, 5 y 6. *Vid.* el texto completo de la disposición en Nota Núm. 768.

⁹¹² Alemania. Stiftungsgesetz für das Land Nordrhein–Westfalen vom 21. Juni 1977. § 21, (1), 2. *Vid.* el texto completo de la disposición en Nota Núm. 765.

⁹¹³ Alemania. Stiftungsgesetz für Baden–Württemberg. § 13, (1), 3. *Vid.* el texto completo de la disposición en Nota Núm. 769.

⁹¹⁴ Alemania. Stiftungsgesetz für das Land Mecklenburg–Vorpommern. § 20.3. *Vid.* el texto completo de la disposición en Nota Núm. 766.

⁹¹⁵ Alemania. Gesetz über rechtsfähige Stiftungen des bürgerlichen Rechts Vom 2. März 2000. Schleswig–Holstein. § 9 (1) Nr. 1. *Vid.* el texto completo de la disposición en Nota Núm. 770.

⁹¹⁶ ALPA: “Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia”, p. 27.

⁹¹⁷ Italia. Codice Civile. Art. 17 (Derogado) “Acquisto di immobili e accettazione di donazioni, eredità e legati. *La persona giuridica non può acquistare beni immobili, né accettare donazioni o eredità, né conseguire legati senza l'autorizzazione governativa (473, 782; att. 5-7).*”

de bienes muebles a título oneroso, tenía como función primigenia el control de la "manomorta", al igual que en otros ordenamientos europeos. Con todo, la jurisprudencia y la doctrina venían hace ya tiempo buscando justificaciones adicionales a la vigencia de la norma, descubriendo en ella una función de protección de la integridad del fin perseguido por la fundación; una función de tutela de la capacidad de respuesta a sus obligaciones de la persona jurídica mediante el control de adquisiciones riesgosas (en evidente conexión con la existencia inicial de un patrimonio que -justamente respecto del fin y de esa capacidad de respuesta- la Administración había juzgado suficiente);⁹¹⁸ así como la función de protección de los parientes del testador.⁹¹⁹

Sin embargo, en 1997 se dictó la Ley de 15 de mayo, N.º 127, cuyo artículo 13 deroga categóricamente el referido artículo 17 del código civil.⁹²⁰ La citada ley, que se titula "*Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo*", y que es en realidad una colección de disposiciones sobre temas muy diversos, en definitiva viene a determinar el fin de una etapa en el control de la gestión patrimonial en Italia, de un modo que la doctrina ha calificado de "*inglorioso*". "Aunque una reforma del sistema de autorizaciones era hace tiempo anunciada y esperada, es sin embargo sorprendente el modo con el cual se ha procedido a la supresión radical del instituto. Siguiendo una técnica legislativa que se viene afirmando desde hace algún tiempo, resulta que se inserta azarosamente en una elefantiásica norma—contenedor una norma (el art. 13) que opera una pequeña revolución en el mundo de las personas jurídicas."⁹²¹ En efecto, a fuer de constar la abrogación en una ley miscelánea, ésta no ha sido precedida de un debate orgánico sobre la cuestión de la intervención administrativa en las entidades no lucrativas, y desde el punto de vista formal, tampoco se ha preocupado de aclarar la vigencia o derogación de ciertas normas conectadas indirectamente con la exigencia del antiguo

Senza questa autorizzazione, l'acquisto e l'accettazione non hanno effetto."

⁹¹⁸ GALGANO: "Delle persone giuridiche", p. 244.

⁹¹⁹ Para una exposición detallada de las funciones con la que se justificaba la existencia de la norma, vid. IORIO: *Persone giuridiche*, pp. 194 a 198.

⁹²⁰ Italia. Legge 15.5.1997, N. 127. Art. 13. Abrogazione delle disposizioni che prevedono autorizzazioni ad accettare lasciti e donazioni e ad acquistare beni stabili.

"1. L'articolo 17 del codice civile e la l. 21.6.1896, N. 218, sono abrogati; sono altresì abrogate le altre disposizioni che prescrivono autorizzazioni per l'acquisto di immobili o per accettazione di donazioni, eredità e legati da parte di persone giuridiche, associazioni e fondazioni.

2. Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche alle acquisizioni deliberate o verificatesi in data anteriore a quella di entrata in vigore prima della presente legge."

⁹²¹ DE GIORGI: "L'autorizzazione agli acquisti delle persone giuridiche. Ingloriosa fine di un istituto secolare", p. 1015.

artículo 17. Es claro para la doctrina que las normas en directa dependencia de la extinta disposición quedan también derogadas, como ocurre con los tres apartados de la disposición de actuación quinta⁹²², con la parte final del artículo 473 del *Codice*⁹²³, y el cuarto apartado del artículo 782 del mismo cuerpo legislativo.⁹²⁴ Sin embargo, la situación de normas como el artículo 600 del Código es actualmente bastante más oscura, aunque la doctrina tiende a considerarlo aún vigente.⁹²⁵ En cualquier caso, y pese a la forma poco digna de morir de la institución, la defunción ha sido saludada por la doctrina, que ha visto cómo se acaba un instituto considerado “obsoleto” y ya no se ajusta a las “exigencias y a las características actuales de los entes no lucrativos”.⁹²⁶

“El régimen actual, por tanto, supone la aplicación a la persona jurídica de los primeros tres apartados del artículo 782 del Código Civil: Una vez que la donación sea notificada, pues, el acto de liberalidad debe considerarse perfecto y donante y donatario no pueden ya revocar su declaración.”⁹²⁷ En síntesis, al día de hoy puede

⁹²² Italia. Codice Civile. Disp. Att. Art. 5.

“La domanda per ottenere l'autorizzazione prevista nell'art. 17 del codice deve essere presentata al prefetto della provincia in cui la persona giuridica ha la sua sede (Cod. Civ. 46) e accompagnata dai documenti necessari per dimostrare l'entità, le condizioni, l'opportunità dell'acquisto, nonché la destinazione dei beni.

Il prefetto raccoglie le opportune informazioni, sente, quando trattasi di atti di ultima volontà, coloro ai quali per successione sarebbero devoluti i beni lasciati alla persona giuridica e, ove non sia delegato a concedere la chiesta autorizzazione, trasmette la domanda al ministero competente secondo l'attività che la persona giuridica svolge. In tal caso l'autorizzazione è data con decreto del Presidente della Repubblica.

Durante il procedimento i rappresentanti della persona giuridica possono compiere gli atti che tendono a conservarne i diritti.”

⁹²³ Italia. Codice Civile. Art. 473 “Eredità devolute a persone giuridiche.

“L'accettazione delle eredità devolute alle persone giuridiche non può farsi che col beneficio d'inventario, osservate le disposizioni della legge circa l'autorizzazione governativa (17).

Questo articolo non si applica alle società (2247).”

⁹²⁴ Italia. Codice Civile. Art. 782 Forma della donazione.

“La donazione deve essere fatta per atto pubblico (2699), sotto pena di nullità. Se ha per oggetto cose mobili, essa non è valida che per quelle specificate con indicazione del loro valore nell'atto medesimo della donazione, ovvero in una nota a parte sottoscritta dal donante, dal donatario e dal notaio.

L'accettazione può essere fatta nell'atto stesso o con atto pubblico posteriore. In questo caso la donazione non è perfetta se non dal momento in cui l'atto di accettazione è notificato al donante.

Prima che la donazione sia perfetta, tanto il donante quanto il donatario possono revocare la loro dichiarazione.

Se la donazione è fatta a una persona giuridica, il donante non può revocare la sua dichiarazione dopo che gli è stata notificata la domanda diretta a ottenere dall'autorità governativa l'autorizzazione ad accettare (17). Trascorso un anno dalla notificazione senza che l'autorizzazione sia stata concessa, la dichiarazione può essere revocata.”

⁹²⁵ IORIO: *Personne giuridiche*, pp. 199 y 200.

⁹²⁶ IORIO: *Op. cit.*, p. 194.

⁹²⁷ IORIO: *Op. cit.*, p. 199.

decirse que en la disciplina fundacional italiana no existe restricción alguna a la adquisición de liberalidades ni a la adquisición de inmuebles.

4.1.3. Francia

Como se ha venido diciendo con alguna reiteración, la legislación francesa sobre fundaciones –inspirada en un tradicional recelo frente a la institución– ha puesto un acento considerable en el control del incremento patrimonial.

Una buena muestra del talante de la disciplina fundacional gala en esta materia lo constituye la reciente regulación de las fundaciones de empresa. Respecto de esta clase de fundaciones, las restricciones se agudizan, en consideración al carácter primariamente temporal de la figura. En efecto, la fundación de empresa puede, en principio, realizar todos los actos que no le estén prohibidos estatutariamente, pero no puede –como se ha hecho ver a propósito de la dotación– adquirir ni poseer más inmuebles que los necesarios para el fin que se propone.⁹²⁸ Pero además, a esta clase de fundaciones le está estrictamente vedado recibir donaciones o legados, y también les es prohibido recurrir a la colecta pública.⁹²⁹

En cambio, las fundaciones reconocidas de utilidad pública pueden recibir bienes a título gratuito, bajo dos condiciones básicas. Una de orden legal, es la exigencia general impuesta por el Código Civil, que supedita su eficacia a la autorización administrativa, en todos los casos.⁹³⁰ La segunda, de naturaleza

⁹²⁸ Francia. Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987. Article 19-3 (inséré par Loi n° 90-559 du 4 juillet 1990) “*La fondation d'entreprise peut, sous réserve des dispositions de l'article 19-8, faire tous les actes de la vie civile qui ne sont pas interdits par ses statuts mais elle ne peut acquérir ou posséder d'autres immeubles que ceux nécessaires au but qu'elle se propose. Toutes les valeurs mobilières doivent être placées en titres nominatifs, en titres pour lesquels est établi le bordereau de références nominatives prévu à l'article 55 de la loi n° 87-416 du 17 juin 1987 sur l'épargne ou en valeurs admises par la Banque de France en garanties d'avances. Lorsque la fondation d'entreprise détient des actions des sociétés fondatrices ou de sociétés contrôlées par elles, la fondation ne peut exercer les droits de vote attachés à ces actions.*”

⁹²⁹ Francia. Francia. Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987. Article 19-8 (inséré par Loi n° 90-559 du 4 juillet 1990). “*Les ressources de la fondation d'entreprise comprennent:*

1° *Les versements des fondateurs à l'exception de la dotation initiale;*

2° *Les subventions de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics;*

3° *Le produit des rétributions pour services rendus;*

4° *Les revenus de la dotation initiale et des ressources mentionnés aux 1°, 2° et 3° ci-dessus.*

Sous peine de retrait de l'autorisation administrative prévue à l'article 19-1, la fondation d'entreprise ne peut faire appel à la générosité publique; elle ne peut recevoir de dons ni de legs.”

⁹³⁰ Francia. Code Civil. Art. 910. “*Les dispositions entre vifs ou par testament, au profit des hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique, n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par une ordonnance royale (un décret).*”

administrativa, es que según la doctrina del Consejo de Estado, para que una fundación pueda aceptar una liberalidad con cargas, las cargas no deben resultar contrarias a la especialidad de la fundación, determinada por su fin.⁹³¹

La misma norma civil, en cambio, e interpretada *a contrario sensu*, lleva a la conclusión de que las fundaciones no requieren autorización alguna para repudiar liberalidades.⁹³²

La preceptiva exigencia genérica de aprobación pública ha sido reglamentariamente desarrollada por el Decreto 66-388, según cuyos preceptos corresponde la autorización a autoridades diversas según el montante de la liberalidad,⁹³³ y que regula además otros extremos de forma.⁹³⁴ Contra una decisión negativa, procede un recurso de administrativo fundado en un error manifiesto de apreciación. Por su parte, los herederos o legatarios del autor de la liberalidad disponen, en caso de aprobación, de la misma acción administrativa, y de las acciones judiciales que competan, argumentando la nulidad de la disposición, o la desnaturalización de la voluntad del testador.⁹³⁵

En cambio, la práctica administrativa establecida determina que la autorización no es necesaria para las donaciones manuales,⁹³⁶ salvo —de nuevo según la doctrina del *Conseil*— que se trate de bienes que por su naturaleza o importancia tengan una significación patrimonial tal que afecten a la dotación (en la especie, se trataba de un portafolio con valores al portador); o que estén gravados con alguna carga por efecto

⁹³¹ POMEY: *Traité des fondations d'utilité publique*, p. 419; MACQUERON *et al.*: *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Associations et Fondations, 1999-2000*, p. 1022.

⁹³² MACQUERON *et al.*: *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Associations et Fondations, 1999-2000*, p. 1022.

⁹³³ Francia. Décret N° 66-388 du 13 juin 1966 relatif à la tutelle administrative des associations, fondations et congrégations. Article 1^{er} (Mod. par l'article 1^{er} du Décret N° 84-132 du 21 février 1984). "*Sous réserve des dispositions des articles 7 et 8 de la loi du 4 février 1901, l'acceptation des dons et legs faits aux établissements d'utilité publique ou aux associations culturelles est autorisée par arrêté du commissaire de la République du département où est le siège de l'établissement ou de l'association quand le valeur de la libéralité est inférieure ou égale à cinq million de francs. Cette acceptation est autorisée par décret en Conseil d'État quand le valeur de la libéralité dépasse cinq millions de francs; toutefois, dans ce dernier cas, il est statué par arrêté du ministre de l'intérieur à la condition que ledit arrêté soit pris conformément à l'avis du Conseil d'État.*"

⁹³⁴ Vid. una exposición sintética en VALLÉE: *Les fondations et le mécénat d'entreprise*, p. 34.

⁹³⁵ MACQUERON *et al.*: *Op. cit.*, p. 1025.

⁹³⁶ POMEY: *Op. cit.*, p. 213; MACQUERON *et al.*: *Op. cit.*, p. 1024.

de un pacto anexo, casos que vuelven a requerir de la previa aprobación por el poder público.⁹³⁷

En cuanto a la posibilidad de adquirir y detentar participaciones industriales, el Derecho francés veda –para todas las fundaciones– la participación en sociedades colectivas, como consecuencia de que la fundación no puede detentar directamente la calidad de comerciante.⁹³⁸ La ley francesa exige, para las fundaciones de empresa, que todos los valores mobiliarios deban ser colocados en títulos nominativos, en títulos para los cuales se ha establecido un marco legal de referencias nominativas, o en valores admitidos por el Banco de Francia en garantía de avances. Una limitación adicional, para evitar influencias indebidas (las denominadas acciones de autocontrol), consiste en que cuando la fundación de empresa detente acciones de las sociedades fundadoras, o de empresas controladas por ellas, la fundación no puede ejercer e derecho a voto que esas acciones suponen.⁹³⁹ Esta limitación rige de igual modo para las fundaciones de utilidad pública.⁹⁴⁰

Respecto de la posibilidad de que las fundaciones puedan percibir ingresos de sus beneficiarios, por servicios prestados, POMEY sostenía –antes de la ley de 1987– que en el régimen francés, a diferencia del inglés, tradicionalmente restrictivo en la materia, la respuesta está determinada, más que por un formalismo sacrosanto, por el espíritu de la institución. Así, si el carácter desinteresado de la fundación le impide perseguir directamente beneficios a distribuir, nada impide que destine sus excedentes a reinversión en el objeto mismo de la obra. Por otra parte, aunque ese carácter desinteresado le impide detentar directamente la posición de comerciante, y por tanto, la realización directa de actividades lucrativas, puede ejecutarlas a título accesorio, cuando la persecución del fin lo requiera, sea de manera ocasional, o incluso permanente.⁹⁴¹ Este criterio ha sido refrendado por la vigente legislación. Después de la vigencia de la ley, y tanto para fundaciones normales como para fundaciones de empresa, el principio es que la fundación puede hacerse retribuir por ciertas prestaciones de servicios (*vid.* art. 19–8, N.º 3 de la ley francesa, citado en Nota Núm. 929), a condición de respetar los criterios enunciados por la administración fiscal.⁹⁴² Estos criterios, que condicionan la exoneración fiscal, son los siguientes: la actividad

⁹³⁷ MACQUERON *et al.*: *Op. cit.*, p. 1024.

⁹³⁸ MACQUERON *et al.*: *Op. cit.*, p. 1005.

⁹³⁹ Francia. Loi n.º 87-571 du 23 juillet 1987. Article 19-3 (*Vid.* texto en Nota Núm.928)

⁹⁴⁰ Francia. Loi 96–590 du 2 juillet 1996, art. 7, ál. 2.

⁹⁴¹ POMEY: *Traité des fondations d'utilité publique*, p. 121.

⁹⁴² VALLÉE: *Les fondations et le mécénat d'entreprise*, p. 36

debe enmarcarse estrictamente en el fin desinteresado de la fundación, y contribuir por su naturaleza, y no sólo financieramente, a la realización de ese fin; la gestión no debe procurar beneficio material directo o indirecto a los fundadores o directivos; no debe buscarse la obtención sistemática de excedentes; éstos deben reinvertirse en la misma obra; y la actividad ejercida debe revestir una cierta utilidad social.⁹⁴³

4.1.4. Inglaterra y Gales

No existe en la regulación inglesa de las *Charities* un control administrativo particular e individualizado sobre determinados actos que importen un incremento patrimonial, como sí lo hay para las enajenaciones de ciertos bienes, en circunstancias ordinarias. Ello significa que en la materia pueden los *trustees* actuar con entera libertad y sin injerencia alguna de los *Commissioners*, mientras no exista una irregularidad que justifique esa intromisión.

Si una tal circunstancia se produce, la ley prevé un abanico bastante amplio y detallado de disposiciones que permiten, en un plano más general que el control sobre negocios aislados, la supervisión patrimonial de la *charity*. La cita detallada de ese conjunto normativo resulta aquí casi físicamente imposible, de modo que me limitaré a comentar las secciones más relevantes de la ley, transcribiendo su texto en extracto. El conjunto del tema (que la doctrina reconoce como un tópico altamente complejo⁹⁴⁴) es desarrollado por la Parte IV de la *Charities Act 1993 (Application of Property Cy-près⁹⁴⁵ and Assistance and Supervision)*. Entre otros asuntos, se establecen aquí los poderes de los *Commissioners* para determinar en conjunto con la *High Court*, programas generales de administración para la entidad, así como adoptar medidas específicas en protección de sus bienes, que van desde la remoción de un patrono hasta el cese de un simple empleado, pasando por la transferencia de propiedades, desde o hacia la *charity*.⁹⁴⁶ Además, pueden los *Commissioners* ejercitar determinados poderes

⁹⁴³ Instrucción de 27 de mayo de 1977, de la Dirección General de Impuestos, *cit.* por VALLÉE: *Les fondations et le mécénat d'entreprise*, p. 18.

⁹⁴⁴ SWADLING: "Property: General Principles", pp. 366.

⁹⁴⁵ La doctrina conocida con el galicismo *cy-près* permite, en ciertas condiciones y bajo determinadas circunstancias, aplicar a un propósito caritativo próximo y análogo (*the next best thing*) los bienes y derechos que se han asignado para un propósito caritativo que falla, impidiendo de este modo que vuelvan al ámbito del interés particular (cosa que ocurre siempre cuando se trata de un *non charitable trust*, sin interés público comprometido). Para una exposición detallada, vid. SWADLING: "Property: General Principles", pp. 367 a 370.

⁹⁴⁶ Reino Unido. *Charities Act 1993*. Section 16 "Concurrent jurisdiction with High Court for certain purposes.

(1) *Subject to the provisions of this Act, the Commissioners may by order exercise the same jurisdiction and powers as are exercisable by the High Court in charity proceedings for the following purposes-*

especiales de actuación, en forma autónoma, cuando se ha realizado una investigación (en los términos de la sección 8) y los *Commissioners* han concluido que existe una conducta o manejo inadecuado de la *charity*, y/o que es necesario adoptar medidas para la protección del patrimonio o para asegurar su apropiada aplicación a los fines, se permite suspender (subsección 1) o remover (subsección 2) a un *trustee* o a cualquier persona relacionada laboralmente con la entidad, designar patronos adicionales, transferir la propiedad al *Official Custodian*,⁹⁴⁷ hacer requerimientos a terceros para otras transferencias, ordenar a terceros que detenten propiedades de la *charity* su inmovilización, salvo aprobación previa de los *Commissioners*; ordenar a los deudores no realizar ningún pago sin aprobación previa; restringir las transacciones que pueden realizarse, o la naturaleza o monto de los pagos que pueden hacerse; o designar un interventor.⁹⁴⁸

(a) *establishing a scheme for the administration of a charity;*

(b) *appointing, discharging or removing a charity trustee or trustee for a charity, or removing an officer or employee;*

(c) *vesting or transferring property, or requiring or entitling any person to call for or make any transfer of property or any payment.*

(2) *Where the court directs a scheme for the administration of a charity to be established, the court may by order refer the matter to the Commissioners for them to prepare or settle a scheme in accordance with such directions (if any) as the court sees fit to give, and any such order may provide for the scheme to be put into effect by order of the Commissioners as if prepared under subsection (1) above and without any further order of the court. (...)*

(4) *Subject to the following subsections, the Commissioners shall not exercise their jurisdiction under this section as respects any charity, except-*

(a) *on the application of the charity; or*

(b) *on an order of the court under subsection (2) above; or*

(c) *in the case of a charity other than an exempt charity, on the application of the Attorney General. (...)*

(6) *Where in the case of a charity, other than an exempt charity, the Commissioners are satisfied that the charity trustees ought in the interests of the charity to apply for a scheme, but have unreasonably refused or neglected to do so and the Commissioners have given the charity trustees an opportunity to make representations to them, the Commissioners may proceed as if an application for a scheme had been made by the charity but the Commissioners shall not have power in a case where they act by virtue of this subsection to alter the purposes of a charity, unless forty years have elapsed from the date of its foundation. (...)*

⁹⁴⁷ El *Official Custodian for Charities* (Charities Act 1993, secciones 2, 21 y 22) es un funcionario estatal que presta el servicio (generalmente voluntario) de radicar en sí la propiedad de las *charities*, de modo de proveer una base estable y eludir la necesidad de transferencias cada vez que se reemplaza un *trustee* (SWADLING: "Property: General Principles", pp. 366). ¡Complejidades del *Common Law* de difícil comprensión para nosotros, los limitados habitantes del continente!

⁹⁴⁸ Reino Unido. Charities Act 1993. Section 18 "Power to act for protection of charities.

(1) *Where, at any time after they have instituted an inquiry under section 8 above with respect to any charity, the Commissioners are satisfied-*

(a) *that there is or has been any misconduct or mismanagement in the administration of the charity; or*

Adicionalmente a estos poderes que pudieran conceptuarse como excepcionales, los *Commissioners* gozan de la facultad de ordenar la realización de un negocio, cada vez que les parezca que una cierta acción que está siendo considerada por la administración de la *charity* resulta conveniente a sus intereses, incluso aunque la acción esté normalmente fuera del ámbito de poder de los administradores. En este sentido, pueden ordenar la ejecución de una transacción en especial, la celebración de un determinado compromiso, una cierta aplicación del patrimonio, o un determinado gasto, entre otros.⁹⁴⁹ Asimismo, pueden autorizar a los trustees para efectuar cualquier

(b) that it is necessary or desirable to act for the purpose of protecting the property of the charity or securing a proper application for the purposes of the charity of that property or of property coming to the charity,

the Commissioners may of their own motion do one or more of the following things-

(i) by order suspend any trustee, charity trustee, officer, agent or employee of the charity from the exercise of his office or employment pending consideration being given to his removal (whether under this section or otherwise);

(ii) by order appoint such number of additional charity trustees as they consider necessary for the proper administration of the charity;

(iii) by order vest any property held by or in trust for the charity in the official custodian, or require the persons in whom any such property is vested to transfer it to him, or appoint any person to transfer any such property to him;

(iv) order any person who holds any property on behalf of the charity, or of any trustee for it, not to part with the property without the approval of the Commissioners;

(v) order any debtor of the charity not to make any payment in or towards the discharge of his liability to the charity without the approval of the Commissioners;

(vi) by order restrict (notwithstanding anything in the trusts of the charity) the transactions which may be entered into, or the nature or amount of the payments which may be made, in the administration of the charity without the approval of the Commissioners;

(vii) by order appoint (in accordance with section 19 below) a receiver and manager in respect of the property and affairs of the charity. (...)"

⁹⁴⁹ Reino Unido. Charities Act 1993. Section 26 "Power to authorise dealings with charity property etc.

(1) Subject to the provisions of this section, where it appears to the Commissioners that any action proposed or contemplated in the administration of a charity is expedient in the interests of the charity, they may by order sanction that action, whether or not it would otherwise be within the powers exercisable by the charity trustees in the administration of the charity; and anything done under the authority of such an order shall be deemed to be properly done in the exercise of those powers.

(2) An order under this section may be made so as to authorise a particular transaction, compromise or the like, or a particular application of property, or so as to give a more general authority, and (without prejudice to the generality of subsection (1) above) may authorise a charity to use common premises, or employ a common staff, or otherwise combine for any purpose of administration, with any other charity.

(3) An order under this section may give directions as to the manner in which any expenditure is to be borne and as to other matters connected with or arising out of the action thereby authorised; and where anything is done in pursuance of an authority given by any such order, any directions given in connection therewith shall be binding on the charity trustees for the time being as if contained in the trusts of the charity; but any such directions may on the application of the charity be modified or superseded by a further order.(...)"

aplicación del patrimonio, o para renunciar a títulos de adquisición de bienes, cada vez que los trustees carezcan de poder para hacerlo, pero se vean compelidos moralmente a ello.⁹⁵⁰ Finalmente, la sección 29 establece un poder general de los *Commissioners* para aconsejar, con validez legal, a los *trustees* en relación con cualquier materia relativa a sus deberes.⁹⁵¹

4.1.5. Otros ordenamientos

En Holanda, como se indicara a propósito de la enajenación de bienes, no existen condiciones legales directamente establecidas para la adquisición de derechos. Sin embargo, el patronato no puede, si no cuenta con autorización de los estatutos para ello, celebrar contratos que determinen la adquisición de bienes registrables, entre otros actos. Además, los estatutos pueden vincular esta facultad a limitaciones y condiciones.⁹⁵²

El caso de Bélgica es más categórico. A pesar de que, en virtud del artículo 40 de la ley⁹⁵³, la supervisión estatal se limita a una constatación de correspondencia de la

⁹⁵⁰ Reino Unido. Charities Act 1993. Section 27 "Power to authorise ex gratia payments etc.

(1) Subject to subsection (3) below, the Commissioners may by order exercise the same power as is exercisable by the Attorney General to authorise the charity trustees of a charity-

(a) to make any application of property of the charity, or

(b) to waive to any extent, on behalf of the charity, its entitlement to receive any property, in a case where the charity trustees-

(i) (apart from this section) have no power to do so, but

(ii) in all the circumstances regard themselves as being under a moral obligation to do so. (...)"

⁹⁵¹ Reino Unido. Charities Act 1993. Section 29 "Power to advise charity trustees.

(1) The Commissioners may on the written application of any charity trustee give him their opinion or advice on any matter affecting the performance of his duties as such.

(2) A charity trustee or trustee for a charity acting in accordance with the opinion or advice of the Commissioners given under this section with respect to the charity shall be deemed, as regards his responsibility for so acting, to have acted in accordance with his trust, unless, when he does so, either-

(a) he knows or has reasonable cause to suspect that the opinion or advice was given in ignorance of material facts; or

(b) the decision of the court has been obtained on the matter or proceedings are pending to obtain one."

⁹⁵² Holanda. Burgerlijk Wetboek. Artikel 291. 1) Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de stichting. 2) Slechts indien dit uit de statuten voortvloeit, is het bestuur bevoegd te besluiten tot het aangaan van overeenkomsten tot verkrijging, vervreemding en bezwaring van registergoederen, en tot het aangaan van overeenkomsten waarbij de stichting zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van een ander verbindt. De statuten kunnen deze bevoegdheid aan beperkingen en voorwaarden binden. De uitsluiting, beperkingen en voorwaarden gelden mede voor de bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de stichting ter zake van deze handelingen, tenzij de statuten anders bepalen."

⁹⁵³ Véase su texto en Nota Núm. 663.

acción fundacional con la ley y con los estatutos, y por ello –en principio– el gobierno no puede interferir en la dirección de la fundación ni vetar, modificar o completar las resoluciones de sus órganos,⁹⁵⁴ la misma ley, en virtud de una modificación no demasiado antigua, exige que toda liberalidad, *inter vivos* o *mortis causa*, dirigida a un establecimiento de utilidad pública, debe ser objeto de autorización gubernamental. Se exceptúan únicamente las gratuidades mobiliarias de valor no superior a 400.000 francos.⁹⁵⁵ Luxemburgo posee también restricciones a la adquisición de bienes y derechos por vía de negocios no lucrativos, que superen el medio millón de francos (12.394,68 euros), aunque permitiendo la aceptación provisional a título conservatorio, y habilitando un recurso contra la decisión administrativa, a interponerse en el plazo de 10 días de la notificación correspondiente.⁹⁵⁶

La ley federal austríaca, como se indicara a propósito de la enajenación de bienes, contempla la necesidad de autorizar por el Consejo de Vigilancia ciertos los negocios descritos en el § 95 Ap. 5 N.º 1, 2, 4 a 6 de la Ley de Sociedades Anónimas. En relación con la adquisición de bienes, la ley mercantil exige la anuencia del

⁹⁵⁴ ANSIAUX y ALLARD: “Belgien”, p. 50.

⁹⁵⁵ Bélgica. Loi du 27 Juin 1921. Art. 36. (Mod. par Loi 1991-07-18/31, art. 2, 002; En vigueur: 05-08-1991). “*Toute libéralité entre vifs et ou testamentaire, adressée à un établissement d'utilité publique, doit être autorisée par le Gouvernement. Néanmoins, cette autorisation n'est pas requise pour l'acceptation des libéralités mobilières dont la valeur n'excède pas 400 000 francs. Le Roi peut adapter ce montant à l'évolution monétaire.*” Según el Art. 10, sección 8, del Real Decreto de 20 de julio de 2000 (Arrêté royal portant exécution en matière de justice de la loi du 26 juin 2000 relative à l'introduction de l'euro dans la législation concernant les matières visées à l'article 78 de la Constitution, publicado el 30-08-2000, para entrar en vigor el 01-01-2002), la suma de 400.000 francos debe reemplazarse por 10.000 euros.

⁹⁵⁶ Luxemburgo. Loi sur les associations sans but lucratif et les établissements d'utilité publique (Loi du 21 avril 1928) Art. 36. “*Les libéralités entre vifs ou testamentaires au profit d'un établissement d'utilité publique n'auront d'effet qu'autant qu'elles seront autorisées suivant la distinction établie par l'art. 16.*

Les dispositions des alinéas 2 et 4 du même article seront applicables.”

Art. 16. “*Les libéralités entre vifs ou testamentaires au profit d'une association sans but lucratif n'auront d'effet qu'autant qu'elles seront autorisées par un arrêté grand-ducal. Cette autorisation ne sera pas requise pour l'acceptation des libéralités mobilières dont la valeur n'excède pas 500 000 francs (loi du 22 février 1984).*

Toutefois l'acceptation de la libéralité et la demande en délivrance pourront être faites provisoirement, à titre conservatoire, par l'association.

L'autorisation ne sera accordée que si l'association s'est conformée aux dispositions des articles 3 et 9 et si elle a déposé au greffe du tribunal civil ses comptes annuels depuis sa création ou tout au moins ses comptes se rapportant au dix derniers exercices annuels.

Un recours contre la décision intervenue est ouvert tant à l'association qui a demandé l'autorisation, qu'aux donateurs ou aux ayants cause du testateur, auprès du Comité du contentieux du Conseil d'Etat, qui statue dans les formes prescrites para l'art. 34 de la loi du 16 janvier 1866. Ce recours doit être formé, sous peine de déchéance, dans le délai de dix jours à compter de la notification de la décision aux parties intéressées.”

Consejo de Vigilancia para la adquisición de participaciones, y de empresas e industrias; para la adquisición de bienes inmuebles; para la aceptación de créditos o préstamos que sobrepasen individualmente o en conjunto el monto determinado para el ejercicio; y la concesión de préstamos y créditos, en tanto ello no forme parte de la actividad empresarial habitual.⁹⁵⁷ A propósito de la adquisición de participaciones industriales, vale la pena recordar aquí que la ley austríaca establece, en sede de principios, y junto con la definición de fundación, las restricciones en relación con la actividad empresarial: la fundación no puede ejercer una actividad profesional que vaya más allá de un mero ejercicio accesorio y secundario (esto es, queda vedada la fundación–empresa), ni hacerse cargo de la dirección de una sociedad comercial; ni ser socio personalmente responsable de una sociedad colectiva de derecho mercantil o de una sociedad laboral registrada.⁹⁵⁸

No existen normas especiales que condicionen o restrinjan la adquisición de bienes y derechos en los mandatos legales de Portugal, Grecia, o Liechtenstein.

4.2. Derecho nacional

La adquisición de bienes, tema algo menos polémico que su enajenación, aparece regulada por la Ley de Fundaciones en cuatro disposiciones principales. El artículo 17, que permite sin limitaciones la adquisición de toda clase de derechos; el artículo 20, que regula la adquisición de bienes a título gratuito (herencias, legados y donaciones); el artículo 22, que, aunque ubicado fuera del capítulo legal relativo al patrimonio, regula la adquisición de participaciones societarias, y finalmente, el artículo 24, que zanja una antigua polémica, permitiendo a las fundaciones la percepción de ingresos como contrapartida de las prestaciones efectuadas en el ámbito del cumplimiento de sus fines.

Al tratar en el capítulo introductorio el tema de la composición del patrimonio, dejé expresado que el artículo 17.1 de la ley no pretende en lo más mínimo establecer una hipotética “definición” del patrimonio fundacional, sino que, por el contrario, tiene

⁹⁵⁷ Austria. Vid. los textos de los párrafos 25 de la *Privatstiftungsgesetz* y 95 de la *Aktiengesetz* en Notas Núm. 780 y 781.

⁹⁵⁸ Austria. *Privatstiftungsgesetz* (PSG, BGBl. Nr. 694/1993). § 1. “Begriff. (...) (2) *Eine Privatstiftung darf nicht*

1. *eine gewerbsmäßige Tätigkeit, die über eine bloße Nebentätigkeit hinausgeht, ausüben;*

2. *die Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft übernehmen;*

3. *persönlich haftender Gesellschafter einer Personengesellschaft des Handelsrechts oder einer eingetragenen Erwerbsgesellschaft sein.*”

el operativo propósito de abrir la puerta normativa para que las fundaciones adquieran toda clase de bienes, sin más limitaciones que las que luego se verán respecto de las gratuidades y de las participaciones sociales. El precepto viene así a ratificar lo que ya se había dicho en el artículo 10 respecto del patrimonio dotacional, ahora refiriendo la permisión no al instante del nacimiento de la fundación, sino a toda su vida futura.

Estas disposiciones, pues, tienen notable relevancia, por cuanto confirman el criterio del Código Civil de conferir plena capacidad de goce –en el ámbito patrimonial– a las personas jurídicas, y a las fundaciones en particular.⁹⁵⁹ Comentando el artículo 38 de ese Código, CAFFARENA LAPORTA sostenía categóricamente que “la regla general es la plena capacidad tanto respecto de las relaciones obligatorias como respecto de las relaciones jurídico reales.”⁹⁶⁰ Hoy pues, resulta incontestable que las fundaciones pueden ser titulares de toda clase de bienes y derechos.⁹⁶¹

Con todo, probablemente el punto de mayor relevancia de cuantos están relacionados con el activo patrimonial, el tema en el que la Ley de Fundaciones ha sido más revolucionaria respecto de la regulación antigua, es el relativo a la adquisición directa de empresas, y de participaciones empresariales. El tema, que constituye por sí sólo un objeto de estudio de grueso calado, no será objeto de análisis más que incidental en este trabajo, a propósito, según ya se ha visto, de la enajenación de establecimientos industriales, o de la enajenación de participaciones societarias; o bien de la adquisición de estas últimas, que presenta alguna peculiaridad. En cualquier caso, valga la afirmación de que la posibilidad de que la fundación sea titular de participaciones en sociedades empresariales está ampliamente consagrada en la ley, con limitación sólo para la participación en sociedades personalistas; y de que la posibilidad de desarrollo directo de actividades empresariales (la llamada fundación–empresa) se encuentra consagrada, de un modo algo tangencial, cuando se regula la enajenación de establecimientos mercantiles o industriales (Art. 19.2) y cuando se impera que la contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de Comercio cuando realicen directamente actividades mercantiles o industriales (art. 23.6).

⁹⁵⁹ Un análisis detenido de la restrictiva regulación previa al Código Civil, y de su evolución hasta la Ley 30/1994 se encuentra en LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*, p. 126 a 130.

⁹⁶⁰ CAFFARENA LAPORTA: “Comentario a los Arts. 35 a 41”, p. 243.

⁹⁶¹ Véase, al respecto, los apartados sobre los bienes que pueden integrar la dotación, y a qué títulos pueden hacerlo, en las págs. 94 y 108, respectivamente.

En el marco de la plena capacidad de goce de las fundaciones, los acápites que siguen se destinarán, pues, al examen de las adquisiciones respecto de las cuales la Ley de Fundaciones impone a los gestores alguna actividad o requisito adicional, que limita o condiciona esa plena capacidad, así como al análisis de la permisión legal de percepción de ingresos por las actividades fundacionales.

4.2.1. Adquisición de herencias y donaciones

Mediante la regulación que contiene el artículo 20 de la ley se pretende otorgar al patrimonio fundacional una doble protección. Se trata, por una parte, de evitar “presentes griegos” que terminen significando para la fundación un menoscabo patrimonial o una desviación de sus fines; y por la otra, de evitar la pérdida de oportunidades que puede significar para una fundación el repudio de una herencia hecho por un Patronato con conflicto de intereses.

4.2.1.1. La aceptación de herencias

4.2.1.1.1. La regulación legal y sus consecuencias

La primera materia que regula el artículo 20 es la relativa a la aceptación de herencias. El apartado primero establece que “la aceptación de herencias por las fundaciones se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario”, precepto que el artículo 11.1 del Reglamento se limita a reproducir.

Como se sabe, el beneficio de inventario supone que el heredero no se vea obligado a pagar las deudas y cargas de la herencia sino hasta concurrencia de los bienes hereditarios, amén de conservar contra la masa de la herencia los derechos y acciones que el heredero tenía contra el causante, y de impedir, a todos los efectos legales, la confusión del patrimonio del causante con el del heredero (Art. 1023 del Código Civil). No habiendo otra precisión legal o reglamentaria, hay que entender que son aplicables, en su integridad, las normas generales sobre el beneficio de inventario contenidas en los artículos 1010 a 1034 del Código Civil, preceptos que establecen el cumplimiento de una serie de cargas, procedimientos y plazos para hacer efectivo el beneficio, y cuyo incumplimiento determina su pérdida.

Frente a la norma del artículo 20.1, y a la consecuente aplicación de los procedimientos civiles, las reacciones son –otra vez– muy dispares. Mientras por una parte se justifica la norma “en la concepción (...) de que la fundación ha de ser objeto de tutela no sólo por parte del Protectorado para garantizar el interés general, sino

también mediante preceptos específicos (...) que pretenden la seguridad patrimonial de la fundación incluso frente a los propios donantes y administradores”⁹⁶² o, más aún, se plantea una mayor intervención administrativa para evitar que una omisión del Patronato suponga la pérdida del beneficio para la fundación⁹⁶³, por otra se critica de raíz la norma, aunque comprendiendo su intuitiva justificación.

En esta posición crítica destacan DEL CAMPO ARBULO y DE PRADA GONZÁLEZ. Sostiene el primero (después de concordar con la crítica genérica al sistema civil del beneficio de inventario, cuya excepcionalidad supone añadir un injustificado privilegio a los acreedores) que “la imposición a las fundaciones de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario (...) obedece a razones intuitivas que revelan, una vez más, el concepto que el legislador tiene de los entes fundacionales como precisados, en todo caso, de una protección exterior a ellos (...) Tal punto de partida no puede ser compartido sin reservas cuando se contempla la pujanza del mundo fundacional en nuestros días y la especialización de la mayoría de los patronatos que, normalmente, están en condiciones de juzgar por sí mismos, con los mejores elementos de juicio, acerca de si conviene o no en cada caso aceptar para la fundación las herencias que ésta reciba, con carácter puro y simple o a beneficio de inventario.”⁹⁶⁴ DE PRADA GONZÁLEZ, por su parte, sostuvo que “el hecho de entender aceptada siempre la herencia a beneficio de inventario, que parece una norma protectora de las fundaciones, es en realidad un perjuicio para ellas. El beneficio de inventario está previsto en nuestro Derecho como una facultad concedida al heredero de la que puede o no usar libremente y para evitar la responsabilidad por deudas del causante. Pero su uso implica una serie de enojosos trámites judiciales que, entre otras cosas, encarece y retarda la libre disposición de los bienes, de aquí que su uso sea muy poco frecuente. Imponerlo con carácter forzoso a las fundaciones judicializa la adquisición de la herencia por la fundación (...)” para terminar sugiriendo que mientras se mantenga el actual sistema “tal vez sea más conveniente para las fundaciones dejarle los bienes por vía de legado que por vía de herencia.”⁹⁶⁵

⁹⁶² COBO GÁLVEZ: “Comentario a los Arts. 17 a 20”, p. 171. Con la misma idea, REBOLLO ÁLAVERZ-AMANDI: *La Nueva Ley de Fundaciones*, p. 51, considera que se trata “de una cautela lógica, que se estima suficiente por cuanto para la aceptación de herencias no se exige la autorización del Protectorado.”

⁹⁶³ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La Fundación: Un Estudio Jurídico*, p. 179.

⁹⁶⁴ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 236.

⁹⁶⁵ DE PRADA GONZÁLEZ: “Aspectos Notariales de la Ley de Fundaciones”, p. 261. Siguiéndole literalmente, HUERTA HUERTA y HUERTA IZLAR DE LA FUENTE: *Fundaciones*, p. 589.

Es difícil, en esta materia, no reconocer razón a los críticos de la ley. La postura de GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, en el sentido de imperar una acción administrativa para evitar la pérdida del beneficio, se interna en un campo de intervención que va mucho más allá de lo razonable. Una reforma legal futura debiera pues, o dejar a criterio del Patronato la modalidad de aceptación de la herencia (quedando los posibles perjuicios cubiertos con el régimen de responsabilidad de los patronos); o bien –puestos a establecer privilegios– declarar no aplicables los preceptos del Código Civil relacionados con el beneficio, y diseñar para las fundaciones un mecanismo simple y efectivo en su reemplazo. Desde luego, me parece más sencilla, igualitaria y expedita la primera solución, esto es, prescindir de la regla del artículo 20.1.

4.2.1.1.2. Las regulaciones autonómicas

El primer apartado del artículo 20, que contiene la prescripción que ocupa estas líneas, constituye, según la Disposición Final Primera de la Ley de Fundaciones, norma de aplicación general, al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8ª de la Constitución, a todas las fundaciones incluso a aquéllas cuya competencia corresponda, de acuerdo con lo previsto en sus respectivos Estatutos de Autonomía, a las Comunidades Autónomas, siendo de aplicación supletoria en las Comunidades Autónomas con competencia en materia de derecho civil, foral o especial. Por ello, las legislaciones autonómicas tienden, en esta materia, a seguir un partido semejante al de la regulación estatal. Desde antes de esa regulación, lo hacían tanto la ley catalana⁹⁶⁶, como la gallega.⁹⁶⁷ Asimismo, las leyes canaria⁹⁶⁸ y la valenciana⁹⁶⁹ contienen normas que imperan la aceptación a beneficio de inventario.

En cambio, adopta un modelo diverso la Ley de Fundaciones del País Vasco. Ésta permite al Patronato aceptar o repudiar libremente herencias, legados o donaciones, contemplando el interés de la fundación, con la obligación de comunicarlo siempre al Protectorado, de modo que éste pueda ejercer las acciones de

⁹⁶⁶ Cataluña. Ley 1/1982. Artículo 6.4. “Las herencias a favor de una Fundación se entienden aceptadas siempre a beneficio de inventario.”

⁹⁶⁷ Galicia. Ley 7/1983. Artículo 15.2. “Las herencias a favor de una Fundación se entienden aceptadas siempre a beneficio de inventario.”

⁹⁶⁸ Canarias. Ley 2/1998. Artículo 14.1. “La aceptación de herencias por las fundaciones se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario.”

⁹⁶⁹ Valencia. Ley 8/1998. Artículo 22.6. *In fine*. “La aceptación de las herencias por las fundaciones será siempre hecha a beneficio de inventario.”

responsabilidad en contra de los administradores, si de su actuación se ha derivado algún perjuicio.⁹⁷⁰

La ley madrileña, por su parte, y respetando su carencia de título competencial sobre la materia (por ausencia de competencia en materia de derecho civil, foral o especial) opta por silenciar el tema, y no repetir la norma estatal. En efecto, el artículo 17, que regula el tema de las herencias y donaciones, se limita a establecer la necesidad de autorizar administrativamente la aceptación de legados o donaciones con cargas que puedan desnaturalizar el fin fundacional, así como la repudiación de herencias y legados, y la no aceptación de donaciones, agregando que en defecto de la autorización administrativa, puede requerirse la aprobación judicial, la que se concederá o no con audiencia del Ministerio público.⁹⁷¹ Del cual silencio sólo cabe colegir la aplicación directa de la ley estatal, por imperativo de su Disposición Final Primera.

Mucho más oscuro resulta, en cambio, el silencio parcial de la ley foral navarra. Parcial, porque la ley 46 de la Compilación establece que “salvo que otra cosa se disponga en los estatutos, corresponden al Patronato, plenamente y sin limitación alguna, las facultades siguientes: 1. Las de administración y disposición del patrimonio de la fundación. 2. La de interpretar la voluntad del fundador. 3. Las de inversión, realización, transformación y depósito de los bienes y aplicación de los mismos a los fines fundacionales. (...)”. La cuestión pues, es la siguiente: ¿Basta esa atribución general de facultades al Patronato para impedir la aplicación supletoria del artículo 20.1 de la ley estatal? Aunque resulta difícil una respuesta categórica, me parece que en el contexto liberal que inspira la legislación navarra (sólo en parte atenuada por la las disposiciones de la Ley (Navarra)10/1996), la norma en comento debe interpretarse en el sentido de dejar al Patronato la decisión acerca del modo de aceptar una herencia, bajo su entera responsabilidad.

⁹⁷⁰ País Vasco. Ley 12/1994. Artículo 21. “*Liberalidades*. Los representantes de la fundación podrán aceptar o repudiar herencias, legados o donaciones siempre que lo consideren conveniente para la fundación, pero deberán ponerlo en conocimiento del Protectorado, que podrá ejercer judicialmente las acciones de responsabilidad procedentes frente a los miembros del órgano de gobierno, cuando de su actuación se derive algún perjuicio para aquélla.”

⁹⁷¹ Madrid. Ley 1/1998. Artículo 17. “1. La aceptación de legados o donaciones con cargas que puedan desnaturalizar el fin fundacional requerirá la previa autorización del Protectorado. 2. No se podrán repudiar herencias o legados ni dejar de aceptar donaciones sin la previa autorización del Protectorado o, en defecto de ésta, sin la aprobación judicial con audiencia del Ministerio público.”

4.2.1.2. La aceptación de legados y donaciones

4.2.1.2.1. Regulación estatal

El artículo 20.2 establece que “la aceptación de legados o donaciones con cargas que puedan desnaturalizar el fin fundacional requerirá la previa autorización del Protectorado.” Omíto aquí una exposición de las dos figuras civiles a que alude la disposición, y simplemente me limito a recordar que se trata de figuras diversas pero que comparten unos elementos que justifican su tratamiento unitario desde la Ley de Fundaciones: su gratuidad, y la posibilidad de establecer modos o cargas que el beneficiario debe cumplir (Arts. 618 y 619 del Código Civil, respecto de la donación, y 858 respecto de los legados). De la norma se colige, *sensu contrario*, que el patronato es libre para aceptar legados y donaciones puros y simples (no para repudiar o dejar de aceptar, como se verá más adelante). En cualquier caso, aquí la intención legislativa no es, como en el caso anterior, la protección de la integridad patrimonial, sino la protección de la pureza de la actividad fundacional; ya que el monto del gravamen, por definición legal, nunca puede superar el valor de lo donado o legado.

La doctrina ha manifestado su perplejidad frente a la norma. Una primera cuestión consiste en saber si la norma legal exige o no la actuación del Protectorado frente a toda liberalidad modal, o sólo frente a aquellas que el Patronato previamente considere que puedan desvirtuar el fin. La mayor parte de los autores que han tratado el tema han considerado, siguiendo el tenor literal de la norma, que la primera potestad para calificar la naturaleza de la carga le corresponde al Patronato, y sólo si éste considera que hay riesgo de desnaturalización debe acudir al Protectorado para que juzgue en definitiva.

Así COBO GÁLVEZ sostuvo que el concepto debe ser interpretado en cada caso por el Patronato, valorando si la carga puede desnaturalizar el fin fundacional.⁹⁷² OLMOS VICENTE, mucho más recientemente, y comentando el Reglamento, coincide con esa apreciación, precisando que está sujeta a autorización “únicamente aquella que pueda desnaturalizar el fin fundacional. La dificultad estriba en la ponderación *a priori* por el Patronato de la concurrencia de dicha desnaturalización.”⁹⁷³ DE PRADA

⁹⁷² COBO GÁLVEZ: “Comentario a los Arts. 17 a 20”, p. 173. Siguen a COBO, *ad litteram*, LÓPEZ-NIETO Y MALLO: *Manual de Fundaciones*, p. 233; y HUERTA HUERTA y HUERTA IZIAR DE LA FUENTE: *Fundaciones*, p. 589 a 591. En la misma posición se encuentran también SALVADOR CRESPO: “El Régimen jurídico de las donaciones en la nueva regulación de las fundaciones”, p. 1645, y MARTÍNEZ NIETO: “El Protectorado de las fundaciones”, p. 1625.

⁹⁷³ OLMOS VICENTE: “El Régimen de Autorizaciones...”, p. 170.

GONZÁLEZ, en el mismo sentido, apuntaba que “el precepto no deja de ser curioso ya que si la carga impuesta puede desnaturalizar el fin fundacional lo lógico es que se prohibiera la aceptación. De todas formas el juicio sobre la naturaleza de la carga parece corresponder al Patronato, quien decidirá acudir o no al Protectorado. Y éste no podrá interferir la decisión del Patronato si no es haciendo uso de las facultades de inspección que la Ley concede al Protectorado.”⁹⁷⁴ DEL CAMPO ARBULO mantiene la misma idea: “Lo curioso del precepto es que la circunstancia de si la donación o el legado son susceptibles de desnaturalizar el fin fundacional se encomienda más al criterio del Patronato que al del Protectorado, en contra de lo que pudiera parecer. Si el Patronato entiende plenamente regular la liberalidad –aunque objetivamente no lo fuere– no tiene por qué solicitar autorización alguna al Protectorado sino que debe, simplemente, aceptarla. Por otra parte, si la aceptase y, conocida por el Protectorado, éste la juzgara desnaturalizadora del fin fundacional, no se sabe en qué forma podría pretender la nulidad de la carga en sí misma, aunque sí estaría en su mano demandar la responsabilidad de los patronos.”⁹⁷⁵ Asimismo en esta posición puede ubicarse la opinión de ÁLVAREZ ÁLVAREZ, quien sostiene que el Patronato podría aceptar por sí mismo cuando se trate de legados o donaciones con cargas “que de ninguna manera afecten al fin fundacional. Por ejemplo, si siendo una fundación de ayuda al Tercer Mundo, la carga es que vaya a una zona determinada de él.”⁹⁷⁶

En cambio, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ entiende que esta interpretación contraría la finalidad del precepto legal, cual es hacer partícipe al Protectorado junto a la fundación de la decisión de aceptar una liberalidad onerosa. “(...) se dejaría sin contenido al mandato legal, pues resultaría que el Protectorado no podría cumplir su misión de valorar cuándo una carga puede desvirtuar el fin fundacional, ya que esta decisión quedaría a la exclusiva voluntad del Patronato de la fundación. Antes bien, consideramos que la precisión de la ley se refiere a la finalidad del control del Protectorado, esto es, la ley no está distinguiendo dos tipos de liberalidades con cargas: unas que a juicio del Patronato de la fundación no pueden desvirtuar los fines fundacionales; otras que sí, y en consecuencia el Protectorado debe autorizar su aceptación. Lo que la ley dispone es que se someta al control del Protectorado la aceptación de cualquier liberalidad con carga y que posteriormente éste autorice sólo aquellas que no puedan desvirtuar los fines fundacionales.”⁹⁷⁷ Luego, sostiene que el

⁹⁷⁴ DE PRADA GONZÁLEZ: “Aspectos Notariales de la Ley de Fundaciones”, pp. 261 y 262.

⁹⁷⁵ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 239. Más recientemente, ORTI VALLEJO: “Notas sobre la capacidad de las fundaciones”, p. 889, ha planteado la misma perplejidad.

⁹⁷⁶ ÁLVAREZ ÁLVAREZ: “El patronato y el gobierno de las fundaciones”, p. 244.

⁹⁷⁷ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La Fundación: Un Estudio Jurídico*, p. 182.

desarrollo reglamentario del precepto del artículo 20.2 abona esta tesis, aunque no explica bien cómo.

En relación al punto relativo al desarrollo reglamentario, hay que decir que los numerales 2 a 4 del artículo 11 del Reglamento mantienen la duda planteada, puesto que se limitan en lo adjetivo a estructurar un procedimiento (básicamente por remisión a los de enajenación y gravamen de inmuebles), a crear un mecanismo de posible modificación estatutaria como condición de aceptación de la liberalidad onerosa, y a hacer aplicable a este caso el muy dudoso procedimiento relativo a las enajenaciones defectuosas que contempla el artículo 10 del Reglamento. Estipulan los referidos apartados:

“Artículo 11. Herencias, legados y donaciones en favor de las fundaciones.

1. (...)

2. La aceptación de legados o donaciones con cargas que puedan desnaturalizar el fin fundacional requerirá la previa autorización del Protectorado (artículo 20.2 de la Ley).

La documentación que deba acompañar a la solicitud será la prevista en los artículos 4 ó 5 de este Reglamento, según que la carga consista en una enajenación o gravamen. Si consistiere en la prestación de un servicio por parte de la fundación, ésta informará de las condiciones de las cargas y de los medios que exija su cumplimiento.

El procedimiento para el otorgamiento de la autorización se ajustará a lo dispuesto en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 4 de este Reglamento.

Para otorgar esta autorización, el Protectorado ponderará si dicha aceptación modifica la voluntad expresa del fundador o los fines fundacionales.

3. Al ponderar las circunstancias señaladas en el apartado anterior, el Protectorado puede condicionar la concesión de la autorización a la modificación de los Estatutos. La resolución del Protectorado contendrá una relación de las causas y de los preceptos que impiden la aceptación pura y simple, y una redacción alternativa para los artículos que deban ser modificados.

4. En los supuestos de aceptación de legados o donaciones con cargas sin autorización del Protectorado o sin atender a las condiciones impuestas por éste, el Protectorado actuará conforme a lo previsto en el artículo 10 del presente Reglamento.

5. (...)

Como se aprecia, en el contenido del texto del precepto reglamentario no parece haber indicios que favorezcan la tesis de GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ. Por otra parte, el legislador tendría que haber sido poseedor de una muy torpe redacción para, habiendo querido legislar según la tesis del autor, haber pergeñado el apartado segundo del modo que lo hizo. Simplemente tal hipótesis no parece plausible, estando a la mano redacciones sencillas como “la aceptación de legados o donaciones con cargas requerirá la previa autorización del Protectorado, que la otorgará si la carga no desnaturaliza el fin fundacional”, o cualquiera otra equivalente.

La segunda cuestión a que la norma del artículo 20.2 nos enfrenta es la de determinar qué debe interpretarse como “carga que pueda desnaturalizar el fin fundacional”. Se trata, por cierto, de un concepto jurídico indeterminado que debe ser valorado en primer término por el Patronato, a efectos de solicitar o no la correspondiente autorización, y luego por el Protectorado, a efectos de concederla o denegarla.

En este sentido, se ha dicho que sería tal carga aquella que impusiera a la fundación la obligación de abandonar o cambiar su fin.⁹⁷⁸ Después de la dictación del Reglamento, sin embargo, hay que aceptar como lícita la posibilidad de que el fin fundacional se desvíe un tanto del previsto por el fundador, al extremo que se haga necesario el cambio estatutario.

En cambio, se sostuvo que una carga que pretenda que el donante o su familia o la del causante se beneficien de las prestaciones fundacionales no llega a desnaturalizar el fin, porque resulta ser una cosa muy distinta de las interdictas fundaciones familiares de que habla el artículo 2.3 de la ley.⁹⁷⁹ En contra, LINARES ANDRÉS ha argumentado que tal carga no es jurídicamente admisible, porque “nunca se podrá hacer por vía de donación lo que no se pudo hacer al crear la fundación, esto es, la determinación de los beneficiarios. Pero es que además en este caso nos encontramos con un escollo adicional representado por el artículo 21, c): las fundaciones están obligadas a actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios. El hecho de que una persona realice una donación a una fundación, no puede nunca traducirse en un trato de favor respecto a los demás sujetos que cumplen los requisitos objetivos fijados en los Estatutos para ser beneficiarios”. Esta argumentación parece poderosa, pero en verdad hay que coincidir con COBO GÁLVEZ. En efecto, la tesis de LINARES ANDRÉS confunde a los beneficiarios de la fundación con los beneficiarios (tal vez podría llamárseles acreedores) del modo o carga. Es posible, incluso, que la prestación que unos y otros reciban de la fundación sea exactamente la misma, pero la calidad jurídica en que la reciben es diversa. Por otra parte, no debe olvidarse que, descontando el valor de la carga, la donación modal supone siempre un incremento patrimonial para la fundación, y por ello, un aumento de sus posibilidades prestacionales, esto es, una mejora de las prestaciones o una ampliación de los beneficiarios.

⁹⁷⁸ COBO GÁLVEZ: “Comentario a los Arts. 17 a 20”, pp. 172 y 173. Nuevamente lo siguen literalmente LÓPEZ-NIETO Y MALLO: *Manual de Fundaciones*, p. 233; y HUERTA HUERTA y HUERTA IZIAR DE LA FUENTE: *Fundaciones*, p. 589 a 591.

⁹⁷⁹ COBO GÁLVEZ: “Comentario a los Arts. 17 a 20”, pp. 172 y 173.

En cualquier caso, y en plano más general, lo cierto es que existe una enorme carga de ambigüedad en la idea de que el fin pueda “desnaturalizarse”, esto es, dejar de ser el que es, por la aceptación de una liberalidad modal, y en esa carga de equívocidad radica la justificada perplejidad de la doctrina frente a la norma. En verdad, un evento de orden material, como el ingreso al patrimonio de un determinado bien, por definición, y aunque vaya ligado a un destino teleológico diverso al que inspira la acción de la fundación, nunca puede hacer que el fin fundacional deje de ser el que es. El fin es una pura idea abstracta, y como tal, sólo susceptible de desnaturalizarse en el mismo plano de la abstracción en donde reside. Piénsese en una fundación cuya finalidad es la rehabilitación de drogadictos, que recibe un inmueble para destinarlo a la educación de niños pobres. Ese hecho no “desnaturaliza” el propósito de la fundación, que sigue siendo el mismo, sino que únicamente le impone una actividad que se encuentra al margen de sus propósitos originales. En otras palabras, lo que puede producir una liberalidad con cargas es que obligue a que la actividad de la fundación comience a adquirir una dirección teleológica desviada (sin haber en la expresión ninguna nota de disvalor) en relación con su propósito original. Por ello, la disposición ganaría en claridad si se refiriese a las gratuidades con cargas que impongan una actividad extraña al fin de la fundación. Esa es una cuestión objetiva, que el Patronato puede juzgar con nitidez, y por cuyo juzgamiento erróneo pudiera hacerse, en el evento de resultados perjudiciales para la fundación, jurídicamente responsable.⁹⁸⁰

Otro punto que resulta oscuro es el relativo a la admisibilidad –y el régimen aplicable– a una donación con cláusula de reversión al donante, que se encuentra consagrada por el artículo 641 del Código Civil.⁹⁸¹ La obscuridad deriva, en este caso,

⁹⁸⁰ Por otra parte, y aunque se fuerce un tanto la literalidad del texto legal, es posible pensar que la posibilidad de que la carga “desnaturalice el fin de la fundación” vaya más allá del puro campo del fin fundacional, esto es, del ámbito teleológico, y se instale en el ámbito metodológico. Es decir, que afecte a los principios que rigen el funcionamiento de una fundación. Si se trata de principios de índole legal, pudiera sostenerse una sanción de nulidad radical parcial para la cláusula que contiene la carga. La duda es mayor, en cambio, si la carga afecta a principios de actuación de carácter estatutario. Supóngase que los estatutos prevén que la selección de beneficiarios, de entre el universo de potenciales candidatos, para la concesión de unas becas de estudios universitarios se realice atendiendo a un criterio estricto de pobreza, y que la liberalidad recibida impone una selección –alternativa o adicional, que tanto da– atendiendo a criterios de proveniencia regional.

⁹⁸¹ España. Código Civil. Art. 641. “Podrá establecerse válidamente la reversión a favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no a favor de otras personas sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias.

La reversión estipulada por el donante en favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior, es nula; pero no producirá la nulidad de la donación.”

de la proximidad de la figura con la reversión de los bienes dotacionales, que una buena parte de la doctrina estima improcedente después de la dictación de la Ley de Fundaciones (antes, el texto del artículo 39 del Código Civil hizo que se mantuviera mayoritariamente, y también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la posición contraria).⁹⁸² A mi juicio, y aunque se suelen mezclar, se trata de cuestiones (la reversión de los bienes dotacionales al fundador y la donación con cláusula de reversión) que deben mantenerse separadas, puesto que el fondo del asunto es diverso en cada caso. Sin entrar para nada en la polémica de la reversión de los bienes dotacionales, creo que mantener una posición negativa respecto de ésta, no obliga a rechazar la donación del artículo 641, desde el momento en que el negocio jurídico fundacional se encuentra dotado de unos perfiles dogmáticos completamente autónomos que hacen imposible su asimilación con la donación. La permisón general de la donación con cláusula de reversión que establece el artículo 641 del Código Civil (permisión respecto de la que no existen motivos jurídicos para no hacer igualmente aplicable cuando la donataria es una fundación) no supone, por tanto, un implícito beneplácito legislativo para el establecimiento de la reversión de la dotación fundacional. Con todo, no puede dejar de reconocerse que la admisión de la donación con cláusula de reversión en el Derecho de Fundaciones puede conllevar un riesgo de fraudes, y un efecto económico pernicioso a largo plazo, por el desincentivo que supone para las donaciones puras y simples. Particularmente significativo resulta, a estos respectos, el hecho de que la reversión puede condicionarse “a cualquier caso y circunstancia” y no sólo al evento de la extinción de la fundación. Por ello, me parece que este tipo de donaciones deben considerarse, en principio, “desnaturalizadoras del fin fundacional” y someterse, por tanto, a la previa aprobación del Protectorado, que deberá admitirlas en los casos en que se justifique debidamente la imposibilidad o inconveniencia de una donación sin reversión.⁹⁸³

⁹⁸² Véase, por todos, la opinión de CAFFARENA LAPORTA: “Comentario a los Arts. 27 a 31”, p. 278 a 285, que cita además, las sentencias principales del Tribunal Supremo. En contra, esto es, sosteniendo la posibilidad de la reversión, puede verse DURÁN RIVACOBÁ: *El negocio jurídico fundacional*, p. 219, que argumenta de *lege ferenda*; y más recientemente, y con un interesante aparato argumentativo en el plano de *lega lata*, SALVADOR CODERCH Y SEUBA TORREBLANCA: “Fundaciones, Interés General y Títulos de Aportación”, pp. 1856 y 1857. Los autores citados, sin embargo, igualan jurídicamente la situación de la reversión de los bienes dotacionales con las donaciones con cláusula de reversión, supuestos que me parece mejor mantener claramente deslindados. Véase el siguiente texto: “(...) a partir de la aprobación de la Ley 30/1994, la mayor parte de la doctrina se ha manifestado en contra de las donaciones con cláusula de reversión del art. 641 del Código Civil, es decir, en contra de que el fundador pueda establecer una cláusula de reversión a su favor o al de terceras personas” (p. 1857), que pone de manifiesto la confusión a que hacía antes referencia.

⁹⁸³ En el mismo sentido, SALVADOR CODERCH Y SEUBA TORREBLANCA: *Loc. cit.*, aunque extienden la solución a la aportación inicial de la dotación, tesis que no comparto. En contra de la asimilación, y también mezclando la reversión de la dotación con la posibilidad de recibir donaciones

Una cuestión final que se ha planteado está vinculada con la propia pertinencia de la norma que nos ocupa. DEL CAMPO ARBULO sostuvo que la norma, tal como está redactada, parece inadmisibles, porque parece autorizar al Protectorado a aprobar la aceptación de una liberalidad que desnaturalice el fin fundacional. Por otra parte, “si la carga (...) se refiere al interés general, aunque no entre en la actividad normalmente realizada por la fundación ésta debe aceptar (el legado o la donación) puesto que el principio de especialización de la fundación (...) no puede ser obstáculo para que se acepten medios con que cumplir otros fines también de interés general. No sería admisible, por ejemplo, que una fundación cultural hubiera de rechazar una manda o una donación porque tienen la carga de destinar parte de su importe a obras benéficas de carácter asistencial. El camino lógico a seguir pasa por aceptar esos actos gratuitos y luego, disponer de su importe a favor de entidades benéficas, pues así lo demanda la economía del interés general. En principio, por tanto, no puede ser entendida la norma de manera literal. Si la carga se refiere a la disposición del legado o donación en provecho de particulares, habrá que distinguir entre si absorbe o no la totalidad de la liberalidad. En el primer caso, la fundación no podrá aceptarla, por meras razones de incompetencia para ello, pero sí en el segundo, considerando que sólo se acepta la porción residual de aquella que ha de destinarse a fines de interés general.”⁹⁸⁴ Además, DEL CAMPO ARBULO critica como “chocante” que la ley silencie el tema relativo al eventual perjuicio patrimonial que la fundación puede sufrir al aceptar una donación o legado con cargas.⁹⁸⁵ Este último extremo parece excesivo, porque, según ya ha quedado dicho, el monto del gravamen, por definición legal, nunca puede superar el valor de lo donado o legado. Así lo establece el Código Civil, en el artículo 858.2 respecto de los legados y en el artículo 619 respecto de las donaciones.

En relación a la justificación material del precepto, y contra la opinión antes citada, me parece que es necesaria una norma como la que se comenta en estas líneas (aunque con una redacción que mejore su comprensión y su aplicabilidad). En la medida en que se está de acuerdo con la necesidad de que sea el Estado el que, al inicio de la existencia de la persona jurídica, determine (*ex art. 36.2 de la ley*) que sus fines son efectivamente de interés general (y sobre esa base se le otorgue la personalidad jurídica y una serie de otras ventajas que no es el momento de enumerar) no puede sino estarse también de acuerdo en que una modificación implícita de esos fines, sea por

con cláusula de reversión, GOMEZA VILLA: “Comparación de la Ley de Fundaciones del País Vasco con la ley 30/1994”, p. 318.

⁹⁸⁴ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, pp. 238 y 239.

⁹⁸⁵ *Id.*, p. 240.

ampliación, sea por restricción, sea por cambio en sentido estricto, requiere también del asenso estatal. Adicionalmente, puede argüirse que si el Estado se reserva un juicio inicial sobre la suficiencia patrimonial en relación con los fines propuestos, parece natural que una modificación patrimonial que supone una modificación implícita de los fines deba también ser sometida al juicio de la Administración.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, creo que la norma ganaría notablemente si su redacción estableciera que si una donación o legado contiene cargas que supongan el ejercicio de una actividad extraña al fin de la fundación, o establece para cualquier caso o circunstancia la reversión al donante, el Patronato deberá requerir la autorización del Protectorado para manifestar su aceptación”, o un imperativo equivalente. Una prescripción de esa especie sería, además, mucho más coherente con la disposición reglamentaria que desarrolla al actual artículo 20.2.

4.2.1.2.2. Regulaciones autonómicas

Actualmente, tanto la Ley de Fundaciones Canarias⁹⁸⁶, como la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana⁹⁸⁷, cuanto la Ley de la Comunidad de Madrid⁹⁸⁸ siguen literalmente la senda trazada por la legislación estatal. Un caso curioso lo representa la ley canaria que, antes de la vigencia de la actual ley, tenía un texto que imperaba la autorización expresa del Protectorado siempre que se quisiera aceptar una donación o legado oneroso (antiguo artículo 15.3). El afán liberalizador hizo cambiar pues, una norma clara y operativa por un texto posiblemente menos intervencionista, pero confuso y problemático, en los términos que hemos revisado.

Son especiales a este respecto la ley catalana, la Ley de Fundaciones de Interés Gallego y la ley vasca. La normativa catalana, en primer lugar, no regula expresamente el punto, y por ello, deja la decisión en manos del Patronato. La Ley de Fundaciones de Interés Gallego dedica su artículo 15.4. a regular el punto, estableciendo que “para la aceptación de legados y donaciones con carga será necesaria, asimismo, la autorización expresa del Protectorado”. Esto es, Galicia ha mantenido la norma que modificó Canarias, según se ha dicho. Finalmente, al artículo 21 de la ley de Fundaciones del

⁹⁸⁶ Canarias. Ley 2/1998. “Artículo 14.2. La aceptación de legados o donaciones con cargas que puedan desnaturalizar el fin fundacional, requerirá la previa autorización del Protectorado de Fundaciones Canarias.”

⁹⁸⁷ Valencia. Ley 8/1998. Artículo 22.6. *Primer apartado*. La aceptación de legados o donaciones con cargas que puedan desnaturalizar el fin fundacional o absorber su valor requerirá la previa autorización del Protectorado.”

⁹⁸⁸ Madrid. Ley 1/1998. Artículo 17.1. “La aceptación de legados o donaciones con cargas que puedan desnaturalizar el fin fundacional requerirá la previa autorización del Protectorado.”

País Vasco, ya transcrita, deja la decisión siempre en manos del Patronato, con obligación de comunicar el acuerdo adoptado al Protectorado.

4.2.1.3. La repudiación de herencias y legados

4.2.1.3.1. Regulación estatal

El último extremo a que hace referencia el artículo 20 es el referido a la repudiación de herencias o legados, actos que se equiparan con la falta de aceptación de donaciones. Prescribe el apartado tercero que “no se podrán repudiar herencias o legados ni dejar de aceptar donaciones sin la previa autorización del Protectorado, o en defecto de éste sin la aprobación judicial con audiencia del Ministerio público.”

Por su parte, el artículo 11.5 del Reglamento hace aplicable al caso de transgresión lo dispuesto respecto de las enajenaciones defectuosas.

El artículo 20 tiene su inmediato antecedente en el artículo 993 del Código Civil, al que vino a modificar parcialmente, que establece que “los legítimos representantes de las asociaciones, corporaciones y fundaciones capaces de adquirir podrán aceptar la herencia que a las mismas se dejare; mas para repudiarla necesitan la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio público.” Esta disposición del Código causó franca extrañeza doctrinal por la amplitud de sus términos, por lo que los autores tendieron con unanimidad a entender su aplicación restringida a las personas jurídicas de interés público, entre las que se cuenta a la fundación. Asimismo, su alcance fue interpretado restrictivamente, excluyendo de su ámbito a los legados y las donaciones.⁹⁸⁹

La divergencia de los textos legales citados ha planteado a algunos autores la cuestión de si se requiere siempre la autorización judicial, como impera el Código Civil, o sólo en defecto de la aprobación administrativa, como postula la Ley de Fundaciones. La mayor parte de los autores piensan que, como ley posterior y especial, debe prevalecer el texto del artículo 20, y por tanto, hay que entender suprimida la necesidad de obtener en todo caso la autorización judicial.⁹⁹⁰

⁹⁸⁹ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, pp. 241 y 242.

⁹⁹⁰ Plantean expresamente la cuestión en estos términos COBO GÁLVEZ: “Comentario a los arts. 17 a 20”, p. 173; NIETO ALONSO: *Fundaciones: Su Capacidad*, p. 143; y REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI: *La Nueva Ley de Fundaciones*, p. 52.

Así las cosas, resulta que la Ley de Fundaciones ha sido, por una parte, más exigente que la anterior regulación civil, en cuanto exige autorización no sólo para las herencias, sino también para legados y donaciones; y por otra, ha rebajado las exigencias, en cuanto a que es menos oneroso obtener una autorización administrativa que una judicial.

La doctrina, una vez más tiende a ser crítica con esta norma. DEL CAMPO ARBULO afirma que “debiera haberse dejado a los patronatos plena libertad para el rechazo de herencias, legados y donaciones. No existen motivos para suponer que si son beneficiosos para la fundación vayan a ser rechazados por unos patronos en los que hay que presumir la diligencia”.⁹⁹¹ DE PRADA GONZÁLEZ, habitualmente crítico con el texto legal, declara también esta vez que “una vez más se carga a las fundaciones de requisitos perturbadores para su funcionamiento, con clara desconfianza en el Patronato que gozó, en cambio, de la confianza del fundador.”⁹⁹²

NIETO ALONSO, en cambio, parece no acabar de decidirse al respecto: “Soy partidaria de un control por el Protectorado, o bien sustituir esta exigencia por una aprobación *ex post* (¿?) judicial como manda el art. 993 del CC.”⁹⁹³ Luego, y ya en un plano de *lege ferenda*, se proclama partidaria de privar a las fundaciones del *ius delationis*, en el sentido de impedirles repudiar. “Sumo mi opinión a los que se basan en criterios de interés general que aconsejan la irrepudiación. Las fundaciones, no debemos olvidarlo, adquieren la herencia para cumplir una función de interés público.”⁹⁹⁴ En contra de esta idea, hay que citar la argumentación de DEL CAMPO ARBULO, quien siguiendo a GULLÓN BALLESTEROS, indica que “no se debe pensar que todo aquello que se done a una fundación es un beneficio para ella. En efecto, sobre todo en el ámbito de las fundaciones culturales, es conocida la argucia del artista mediocre que dona sus obras a una fundación prestigiosa con la carga de su exposición (...) o para la mera inclusión en el fichero de su biblioteca, en aras del logro de una innecesaria popularidad y en perjuicio del estándar cultural de la fundación misma. Quien se encuentra más capacitada en estos casos para juzgar acerca de sus propios intereses –y por tanto, de los de la sociedad– es la propia fundación, no el Protectorado.”⁹⁹⁵ Sin necesidad de llegar a esos extremos, es posible una infinidad de

⁹⁹¹ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 243.

⁹⁹² DE PRADA GONZÁLEZ: “Aspectos Notariales de la Ley de Fundaciones”, p. 262.

⁹⁹³ NIETO ALONSO: *Fundaciones: Su Capacidad*, p. 143. El paréntesis con la interrogación es mío.

⁹⁹⁴ NIETO ALONSO: *Op. cit.*, p. 145.

⁹⁹⁵ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 243.

casos de legados o donaciones que, sin ser jurídicamente onerosos, terminen siendo muy gravosos para la fundación. Así, la donación de objetos que, cualquiera sea su naturaleza, requieran de una dispendiosa conservación; o de objetos para cuyo aprovechamiento la fundación deba realizar gastos importantes, para los que puede no estar financieramente preparada.

En síntesis, creo que en esta ocasión hay que coincidir, en un plano general, con los críticos de la norma, y aumentar la autonomía de la fundación, incluyendo los casos de repudiación en el sistema general de información administrativa que se decida adoptar. Quizá pudiera mantenerse la cautela legal para los casos en que pueda haber conflicto de intereses entre la fundación y miembros del Patronato, como en el caso de que miembros del Patronato sean herederos de quien ha dejado un legado a la fundación, o sean directamente coherederos con ella, pero es probable que la concreción legislativa de una tal diferenciación suponga un casuismo exagerado, y que en definitiva resulte más acertado dejar que la solución de los eventuales problemas generados esa clase de intereses en colisión se produzca en sede de responsabilidad.

4.2.1.3.2. Regulación autonómica

El apartado tercero del artículo 20 constituye legislación básica procesal, dictada por el Estado al amparo del artículo 19.1.6 de la Constitución Española, según la propia Disposición Final Primera de la Ley de Fundaciones. El panorama autonómico, como lógica consecuencia, no difiere mayormente del régimen de la Ley 30/1994.

Una excepción parcial la constituye el caso de Cataluña, cuya ley de fundaciones, en su artículo 6.3 prescribe que la repudiación de herencias requiere la autorización del Protectorado. Nada se dice, en tanto, acerca de legados y donaciones, y por ello queda la duda en torno a si recobra a su respecto el Patronato la plenitud de sus potestades, o si se aplica subsidiariamente la ley estatal.

Asimismo excepcional es el caso del País Vasco, cuya liberal ley dispone, en su artículo 21, que he transcrito con anterioridad, que la fundación puede repudiar herencias, legados o donaciones libremente, con el solo requisito de ponerlo en conocimiento del Protectorado, el que podría ejercer las acciones de responsabilidad cuando exista perjuicio para la fundación.

Las leyes navarras guardan silencio sobre el punto, pero me parece claro que en contexto de la ley 47.1, antes citada, puede el Patronato repudiar con entera libertad.

En el caso de Galicia, el artículo 20.2 del Reglamento requiere para este caso “autorización previa y expresa” del Protectorado. Las legislaciones autonómicas de Madrid (Art. 17.2), Valencia (Art. 22.6), y Canarias (Art 14.3) tienen un sentido idéntico a la legislación estatal, esto es, imperan para repudiar herencias o legados, y para rechazar donaciones, la previa autorización del Protectorado y, en su defecto, la aprobación judicial con audiencia del Ministerio público.

4.2.2. Adquisición de participaciones en sociedades

Tal como se dejó dicho en la Introducción de este trabajo, la realización de actividades mercantiles por parte de las fundaciones, sea directamente, sea por la tenencia de participaciones sociales, constituye un tema autónomo que no constituye el objeto de estas páginas. Sin embargo, en cuanto las participaciones societarias son un bien o derecho más que puede entrar o salir del patrimonio fundacional, es necesario abordar su trato, en la exclusiva medida en que esos eventos determinan una alteración patrimonial.⁹⁹⁶

4.2.2.1. La participación en sociedades personalistas

Como se ha revisado con anterioridad, la ley permite que el patrimonio de las fundaciones se integre con toda clase de derechos susceptibles de valoración pecuniaria (Art. 17.1), y por tanto su adquisición a título oneroso no tiene mayores restricciones. Con todo, la ley realiza una excepción, referida a las participaciones en sociedades mercantiles personalistas. El objeto de la norma, claro, estriba en proteger el patrimonio fundacional de la ilimitada responsabilidad que se deriva de la calidad de socio de una persona jurídica de esa especie.

En este sentido, el artículo 22.1 de la ley dispone que “Las fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales.”

⁹⁹⁶ Sobre el tema de fondo se ha escrito bastante, desde la clásica monografía de VALERO AGÚNDEZ: *La Fundación como forma de empresa* (Valladolid, 1969), hasta textos más recientes como NIETO ALONSO: *Fundaciones: su capacidad. Especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales*; LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*; LINARES ANDRÉS: “La actividad económica de las fundaciones”; ROJO AJURIA: “Patrimonio y Gestión Económica de las fundaciones”; GARCÍA GARNICA: “La actividad de empresa y las fundaciones...”; PEDREIRA MENÉNDEZ: *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*, entre otros.

Con la norma citada, queda excluida la fundación de detentar participaciones en sociedades colectivas y comanditarias, sea simple o por acciones.⁹⁹⁷ Respecto de éstas últimas se ha precisado que “sólo debiera proscribirse la participación fundacional en concepto de socio colectivo pero no en la de comanditario pues, conforme a lo establecido por el artículo 148 del Código de Comercio, la responsabilidad de esta última clase de socios por las deudas de la sociedad queda limitada a los fondos puestos o por poner en la comandita, con lo que la limitación de responsabilidad de la fundación se produciría ya *ipso facto* por su propia posición en la sociedad.”⁹⁹⁸

En relación al objetivo que la norma persigue se ha hecho ver que “(...) el legislador incurre en una profunda contradicción, pues de una parte prohíbe que el patrimonio de la fundación esté integrado por participaciones en sociedades que carezcan de limitación de responsabilidad (se entiende que para no exponer todo el patrimonio de la fundación a los eventuales acreedores) y de otra parte, la ley permite a las fundaciones desarrollar directamente actividades mercantiles o industriales, sin la intermediación de una sociedad mercantil. Esto es, nos encontramos con que la fundación no puede ser titular de un determinado tipo de participaciones, por temor a que se vea obligada a responder subsidiariamente de las deudas sociales, y sin embargo, la fundación puede ostentar la condición de empresario individual respondiendo directa y universalmente en ese concepto.”⁹⁹⁹ LINARES ANDRÉS se expresa con aún mayor dureza respecto de la norma, indicando que está en contradicción con el sistema de responsabilidad no limitada de la fundación, que se deduce del silencio de la ley; y que esta norma, concurriendo con otra que permite el ejercicio directo de actividades mercantiles o industriales, resulta absurda.¹⁰⁰⁰ En el plano puramente teórico, debe reconocerse que la observación es justa. Sin embargo,

⁹⁹⁷ Así lo sostiene, por ejemplo, CABRA DE LUNA: “Comentario a los arts. 21 a 26”, p. 193.

⁹⁹⁸ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 258. Como se aprecia, el autor plantea la cuestión en un terreno puramente deóntico. En cambio, REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI: *La Nueva Ley de Fundaciones*, p. 58 había sostenido antes que las Fundaciones pueden de hecho ser socios comanditarios o capitalistas. En verdad, se divisan pocas razones de fondo para negar la posibilidad. También en esta línea se inscribe NIETO ALONSO: *Fundaciones: Su Capacidad*, p. 352, aunque con cautela, derivada de la constatación de que legalmente (art. 148 *in fine* del código de Comercio) el socio comanditario no puede hacer acto alguno de administración, lo que supone la limitación de las posibilidades de actuación de la capacidad de las Fundaciones. LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*, p. 264, resulta, en cambio, categórica: “No entrará en juego esta norma si la Fundación es socio no colectivo de una sociedad comanditaria.” ORTI VALLEJO: “Notas sobre la capacidad de las fundaciones”, p. 879, comparte esta idea, y también lo hace GARCÍA GARNICA: “La actividad de empresa y las fundaciones a la luz de la Ley 30/1994”, p. 530 y 547.

⁹⁹⁹ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La Fundación: Un Estudio Jurídico*, p. 187.

¹⁰⁰⁰ LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*, p. 265.

creo que —conscientemente o no— el legislador logra con esta norma prevenir una responsabilidad ilimitada inadvertida, derivada “indirectamente” de la participación en una sociedad colectiva; sin impedir, por otra parte, que la fundación, perfectamente consciente de los riesgos del mercado y la competencia, decida convertirse en fundación–empresa, sometiéndose enteramente a los peligros patrimoniales que ello importa.

En cuanto a estas participaciones cuya tenencia es prohibida, puede ocurrir, sin embargo, que formen parte de la dotación inicial. Tal situación está regulada por el apartado segundo del artículo 22, que establece que “cuando formen parte de la dotación participaciones en las sociedades a las que se refiere el apartado anterior y dicha participación sea mayoritaria, la fundación deberá promover la transformación de aquéllas a fin de que adopten una forma jurídica en la que quede limitada su responsabilidad.”

El desarrollo reglamentario de esta disposición, que supone el establecimiento de un procedimiento administrativo, se encuentra en el artículo 9.4. del correspondiente Real Decreto. El procedimiento importa unos plazos para la transformación, o la obligación alternativa de poner a la venta la participación. Esta obligación de venta resuelve, con aparente solvencia, una serie de problemas que los autores habían previsto en la aplicación de la norma legal. Entre ellos, la participación minoritaria, que no le permite a la fundación promover la transformación social; la existencia de normas legales o estatutarias que exijan para la transformación un quórum al que la fundación no llegue a pesar de su participación mayoritaria.¹⁰⁰¹ PEDREIRA MENÉNDEZ, sin embargo, apunta con lucidez que “el legislador no ha previsto dos posibles problemas. En primer lugar, no ha tenido en cuenta que en la sociedad colectiva, para poder cambiar su estructura, se ha de contar con la opinión de los demás socios colectivos, tanto para la enajenación de su participación, como para variar la forma jurídica de la entidad, por lo que la fundación por sí sola no podrá acometer ese cambio, incluso cuando posea una participación mayoritaria. Y en segundo lugar, la transformación de la sociedad personalista no excluye la responsabilidad de la fundación por las deudas anteriores que pudiera tener contraídas la entidad.”¹⁰⁰² La primera objeción es posible de salvar hermenéuticamente: puesto

¹⁰⁰¹ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 258; REBOLLO ÁLVAREZ–AMANDI: *La Nueva Ley de Fundaciones*, p. 58; LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*, p. 266.

¹⁰⁰² PEDREIRA MENÉNDEZ: *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*, p. 293. Las normas que fundan el aserto del autor son, respectivamente, el artículo 143 del Código de Comercio (Art. 143. “Ningún socio podrá transmitir a otra persona el interés que tenga en la compañía,

que los socios han debido consentir el ingreso de la fundación en la sociedad, y se presume conocen la ley aplicable, pudiera, en caso de conflicto, presumirse su consentimiento para la consiguiente transformación o enajenación. La segunda observación, en cambio, es poderosa e incontestable. No queda más remedio que hacerla presente, de modo que las decisiones de los administradores fundacionales (y en su caso, del Protectorado) se adopten con conciencia plena del riesgo que esas normas (absolutamente razonables, por otra parte) pudieran entrañar para el patrimonio de la fundación.

De modo que cuando formen parte de la dotación fundacional participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles personalistas, y el Patronato no proceda *motu proprio* a promover la transformación que limite la responsabilidad, el Protectorado emitirá un requerimiento a la fundación para que lo haga, fijándole un plazo que no podrá ser inferior a dos meses. Si, pese a sus esfuerzos —o por su ausencia— el Patronato no pudiera efectuar tal transformación en el plazo fijado por el Protectorado, éste le requerirá nuevamente para que ponga en venta las participaciones fijando a tal efecto un plazo, plazo en cuya fijación el Protectorado debe considerar que se no se produzca quebranto patrimonial a la fundación.

El Reglamento, pese a la omisión legislativa respecto de las participaciones minoritarias, las somete al mismo régimen de venta obligatoria.

Agrega el referido apartado 4 que si, habiendo sido requerido, el Patronato no pusiera en venta las participaciones, el Protectorado, a la vista de las circunstancias concurrentes y especialmente de la existencia de buena fe por parte de la fundación, podrá ejercitar la acción de responsabilidad establecida en el artículo 15 de la Ley. Esta solución ha sido criticada por ROJO AJURIA, porque parece que da a entender que se

ni sustituirla en su lugar para que desempeñe los oficios que a él le tocan en la administración social, sin que preceda el consentimiento de los socios”) y los artículos 232 de la Ley de Sociedades Anónimas (Art. 232. *Responsabilidad por deudas anteriores*. “La transformación de Sociedades colectivas o comanditarias en Sociedades anónimas no libera a los socios colectivos de la Sociedad transformada de responder solidaria y personalmente, con todos sus bienes, de las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación de la Sociedad, a no ser que los acreedores hayan consentido expresamente la transformación.”) y 92.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Artículo 92. *Transformación de sociedades civiles, colectivas, comanditarias, anónimas o agrupaciones de interés económico, en sociedad de responsabilidad limitada*. “(...) 3. Salvo que los acreedores sociales hubieran consentido expresamente la transformación, subsistirá la responsabilidad de los socios colectivos o de los socios de la sociedad civil transformada por las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación de la sociedad. Esta responsabilidad prescribirá a los

permite que la situación anómala de tenencia de participaciones se perpetúe en el tiempo, y que simplemente se traslade la responsabilidad a los patronos. Ello resulta inaceptable para el autor, porque significa confundir los planos de la validez y de la responsabilidad, y postula que en este caso debe el Protectorado instar judicialmente a la venta.¹⁰⁰³

Concluye la regulación reglamentaria en esta materia aclarando lo que debe entenderse, para estos efectos, por “participación mayoritaria” (el punto generaba alguna duda porque, como había señalado CABRA DE LUNA, “hoy en día se puede tener una posición dominante en una sociedad mercantil con un porcentaje bastante inferior (al 50%)”¹⁰⁰⁴. Se entenderá por participación mayoritaria aquella que represente más del 50 por 100 del capital social o de los derechos de voto, computándose a todos los efectos tanto las participaciones directas como las indirectas.

Vuelvo ahora a la norma primaria del artículo 22.1, porque el sentido y alcance exacto de la norma continúa siendo algo oscuro. En efecto, no hay claridad en cuanto a si se prohíbe la adquisición o bien sólo la tenencia de este tipo de participaciones. En la primera posición se encuentra GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, que ha sostenido que “el único supuesto legal en que la fundación puede ser titular de este tipo de participaciones es cuando formen parte de la dotación inicial, pues la fundación no podría haber adquirido esas participaciones y si le hubiesen sido ofrecidas en donación, legado o herencia debería haberlas rechazado.”¹⁰⁰⁵ Otros autores, en cambio, postulan que “no se puede prohibir a las fundaciones la adquisición de la condición de socio colectivo, pero sí pueden remediarla (...)”¹⁰⁰⁶

Creo que razones de equiparidad analógica con las participaciones de esta clase que forman parte de la dotación, de interpretación restrictiva de las normas de

cinco años a contar desde la publicación de la transformación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil».”).

¹⁰⁰³ ROJO AJURIA: “Patrimonio y Gestión Económica de las Fundaciones”, p. 124.

¹⁰⁰⁴ CABRA DE LUNA: “Comentario a los arts. 21 a 26”, p. 194.

¹⁰⁰⁵ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *Op. cit.*, p. 187.

¹⁰⁰⁶ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 258. OLMOS VICENTE: “El Régimen de Autorizaciones...”, p. 169 parece encontrarse en la misma posición, aunque no resulta muy explícito. ORTÍ VALLEJO: “Notas sobre la capacidad de las fundaciones”, p. 879, postula una salida intermedia, entendiéndola prohibida sólo la adquisición onerosa: “Para preservar el patrimonio de la Fundación de los riesgos que comporta la participación en estas sociedades, lo que no se podía hacer es impedir que la Fundación adquiriese por la vía dotacional o, posteriormente por vía de donaciones, participaciones en este tipo de sociedades, porque ello iría en detrimento de la propia Fundación. Indirectamente, la norma entiendo que prohíbe a las fundaciones adquirir a título oneroso participaciones en estas sociedades.”

excepción (el artículo 22.1 restringe el alcance del principio general contenido en el artículo 17) y finalmente, de pura economía patrimonial (carece de sentido rechazar una donación que puede ser valiosa o una venta muy conveniente, sólo porque su objeto consiste en una participación social colectiva, cuando esa situación puede remediarse perfectamente, transformando la sociedad o vendiendo la participación), aconsejan interpretar el artículo 22.1 en un sentido prohibitivo sólo respecto del mantenimiento en el patrimonio fundacional de participaciones societarias que lo pongan integralmente en riesgo; pero no su mera adquisición. Esta lectura del precepto es perfectamente compatible con su texto: “tener”, que es lo prohibido por la disposición, significa esencialmente “poseer y disfrutar”¹⁰⁰⁷, y ello supone semánticamente un espacio de tiempo más o menos prolongado. Por ello, hay que entender que las fundaciones pueden adquirir estas participaciones, siempre que no las “posean y disfruten” en el tiempo. Por tanto, no cabe sino aplicar a estos casos, por vía analógica, el procedimiento previsto para la situación en que la dotación de la fundación esté integrada por participaciones en sociedades personalistas, esto es, transformación o venta.

4.2.2.2. La participación en sociedades no personalistas

A diferencia de lo que ocurre con las sociedades personalistas, no existe legalmente restricción alguna a la adquisición y tenencia por parte de las fundaciones de participaciones en sociedades, cualquiera sea su forma jurídica específica, en que la responsabilidad por las deudas sociales esté limitada al aporte realizado.

El principio está consagrado en el artículo 22.3, que establece que “las fundaciones podrán participar mayoritariamente en sociedades no personalistas y deberán dar cuenta de dicha participación mayoritaria al Protectorado en cuanto ésta se produzca.” “En consecuencia, y de acuerdo con la ley, pueden existir las denominadas «fundaciones de cartera», grandes patrimonios empresariales que aseguran la continuidad de los paquetes accionariales mayoritarios mediante la constitución de fundaciones, en cuanto que se trata de entes de duración indefinida cuya vida está regida por la voluntad del fundador(...)”¹⁰⁰⁸ Esta amplia posibilidad no tiene más restricciones que las contempladas en el artículo 42.1, c) de la ley, que establece los requisitos para que la fundación pueda efectivamente gozar del régimen fiscal de favor

¹⁰⁰⁷ Diccionario de la Lengua Española, R.A.E., 21ª edición, voz “tener”, 2ª acepción.

¹⁰⁰⁸ CABRA DE LUNA: “Comentario a los arts. 21 a 26”, p. 194.

establecido en el Título II de la misma.¹⁰⁰⁹ Entre ellos, se prescribe que las fundaciones, “en el caso de ser titulares, directa o indirectamente, de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles” deberán “acreditar, ante el Ministerio de Economía y Hacienda a través del órgano de Protectorado correspondiente (...) la existencia de dichas participaciones así como que la titularidad de las mismas coadyuva al mejor cumplimiento de los fines recogidos en la letra a) de este apartado 1 y no supone una vulneración de los principios fundamentales de actuación de las entidades mencionadas en este Título.” La misma norma agrega que “el Ministerio de Economía y Hacienda podrá denegar, de forma motivada, el disfrute del régimen fiscal regulado en este Título en aquellos casos en que no se justifique que tales participaciones cumplen los requisitos antes mencionados.”¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁹ Un interesante estudio de la evolución pre-legislativa de esta norma, y de su coordinación con el artículo 42,1, c) puede verse en LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*, p. 271.

¹⁰¹⁰ La norma tiene un extenso desarrollo reglamentario en el artículo 1 del Real Decreto 765/1995, de 5 de mayo, que regula determinadas cuestiones del régimen de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, cuyo texto transcribo.

“Artículo 1. Acreditación de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles.

1. Para disfrutar del régimen previsto en el título II de la ley 30/1994, de 24 de Noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, las entidades que sean titulares de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles, deberán acreditar ante el Ministerio de Economía y Hacienda su existencia, así como que la titularidad de las mismas coadyuva al mejor cumplimiento de los fines recogidos en el artículo 42.1.a) de la citada ley y no supone una vulneración de los principios fundamentales de actuación de las entidades mencionadas.

Se entenderá que son participaciones mayoritarias aquéllas que representen más del 50 por 100 del capital social o de los derechos de voto, computándose a estos efectos tanto las participaciones directas como las indirectas.

2. El correspondiente escrito se dirigirá al órgano de Protectorado respectivo al mismo tiempo que se comunica dicha titularidad y, en todo caso, antes de que finalice el ejercicio en el que se desea que surta efectos. (...)

3. El cumplimiento de los requisitos legales se acreditará mediante la aportación de los siguientes documentos:

a) Documento fehaciente en el que conste la adquisición de la participación, el importe y la fecha de la misma; en el caso de adquisiciones sucesivas deberán acreditarse las fechas de las mismas y las características de cada una de ellas con independencia.

b) Una memoria en la que describa y justifique la contribución a los fines del artículo 42.1.a) de la ley 30/1994, del 24 de noviembre, de las participaciones en cuestión.

c) Justificación de los ingresos, ya sea por dividendos o por otros conceptos, derivados de estas participaciones.

4. El órgano de Protectorado (...) remitirá dicha documentación, en un plazo de tres meses, al Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, acompañada de su informe sobre la idoneidad de la justificación aportada por la entidad interesada. La realización de esta actuación se notificará al interesado a efectos del cómputo del plazo a que se refiere el siguiente apartado.

5. El Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria podrá denegar, de forma motivada, el disfrute del régimen especial dentro de los tres meses siguientes a la recepción de la documentación procedente del Protectorado (...), cuando la titularidad de las

Como puede apreciarse, la ley establece aquí una cautela adicional, que no es necesaria con la adquisición de ningún otro bien o derecho: impera una dación inmediata de cuenta de la producción de la referida participación.

La exigencia legal se halla desarrollada reglamentariamente en el artículo 9.2 del Reglamento (en conjunto con su enajenación y gravamen). La disposición establece:

“2. La adquisición de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles no personalistas (...) no necesitarán autorización previa pero deberán ser puestos en conocimiento del Protectorado en cuanto se produzcan. Dicha comunicación se acompañará de una exposición de las circunstancias concurrentes en el negocio jurídico, así como cualesquiera otros extremos relevantes que el Patronato estime necesarios para una adecuada información.

Lo previsto en este apartado será de aplicación tanto a las adquisiciones de participaciones mayoritarias que se efectúen en un solo acto como a la adquisición de participaciones minoritarias que, acumulada a adquisiciones anteriores, dé lugar a que la fundación ostente una participación mayoritaria en una sociedad mercantil no personalista.”

participaciones no coadyuve a la realización de los fines provistos en el artículo 421 a) de la ley 30/1994, del 24 de Noviembre, o suponga una vulneración de los principios fundamentales de actuación de las entidades contempladas en la ley 30/1994, de 24 de Noviembre.

Se entenderá que concurren estas circunstancias cuando:

a) La actividad de la sociedad participada no guarde relación con el fin de interés general perseguido por la fundación (...), bien directamente, mediante la prestación de servicios accesorios o subordinados, bien indirectamente, contribuyendo económicamente a la realización de los fines de interés general a través de los rendimientos obtenidos por dicha participación en el capital.

b) La actividad principal de la fundación (...) sea la tenencia o gestión de las empresas participadas.

La resolución denegatoria será recurrible en la vía económica y administrativa.

Las resoluciones denegatorias que se dicten se comunicarán asimismo al órgano de Protectorado de que la fundación dependa (...).

6. Transcurrido el plazo provisto en el apartado anterior se podrá entender efectuada debidamente dicha acreditación, si bien la eficacia de la misma quedará condicionada a la concurrencia, en todo momento, de las condiciones y requisitos previstos en la ley 30/1994, del 24 de Noviembre, y en el presente Real Decreto.”

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de la legalidad de varias de las prescripciones del citado Decreto, rechazando la pretensión de que se declarase su ilegalidad, aunque haciendo ver —con notable ironía en algunos pasajes— los defectos de la redacción reglamentaria. La demanda “puede entenderse como una advertencia y una queja por la falta de rigor terminológico y técnico-jurídico de los textos legales, crítica razonable, pero que no justifica una declaración tan trascendental como es siempre la declaración de nulidad de pleno Derecho de una disposición reglamentaria, cuando, además, el precepto discutido no origina el menor atisbo de indefensión para las fundaciones (...)” (STS de 16 de septiembre de 1998. Ponente Sr. Alfonso Gota Losada).

Por cierto, el criterio de definición de participación “mayoritaria” es exactamente el mismo que en el caso de las participaciones en sociedades personalistas (Art. 9.3 del Reglamento).

Ante la indefinición reglamentaria respecto del plazo, hay que entender que la fundación no puede tardar un tiempo superior a los diez días que el Reglamento contempla para otros efectos¹⁰¹¹. También es de notar que, “además de exigir la tradicional acreditación de las circunstancias concurrentes en el negocio jurídico, (...) la comunicación también se acompañará de «cualesquiera otros extremos relevantes que el Patronato estime necesarios para una adecuada información», el redactor de la norma ha sido consciente de que en una materia tan compleja como la de las participaciones societarias en entidades mercantiles, el Protectorado puede no estar suficientemente informado con los solos elementos del negocio jurídico, pues las participaciones pueden tener efectos jurídicos extracontractuales de interés para el Protectorado. En un alarde de confianza en las fundaciones, al tiempo que de modestia en el conocimiento de esta materia, el Reglamento ha remitido al Patronato la decisión de la información que debe facilitar para un adecuado conocimiento por parte de la Administración.”¹⁰¹²

4.2.2.3. Las regulaciones autonómicas

La materia relativa a la adquisición de participaciones societarias es una que, conforme al intento de distribución competencial realizado por la Disposición Final Primera de la ley, corresponde plenamente a las Comunidades Autónomas. Aunque las regulaciones autonómicas suelen ser, como se ha podido apreciar en otras materias, más permisivas que la ley estatal, en este tema relativo a la adquisición de participaciones empresariales se produce el fenómeno contrario. Las leyes autonómicas resultan, en general, más restrictivas que la ley 30/1994.

Así, la ley catalana de 1982, en su artículo 4.4, establece que “la inversión de todo o de una parte del patrimonio de una fundación en empresas mercantiles, siempre que atribuya a aquella la calidad de comerciante en términos legales, debe ser autorizada por el Protectorado.” CABRA DE LUNA ha criticado la disposición, sosteniendo que “contrasta este criterio con el expresado por el artículo 4 de la misma ley catalana, que establece un principio de plena movilidad del capital de la fundación, en cuanto a su inversión respecta, siempre y cuando el producto de los bienes que se

¹⁰¹¹ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La Fundación: Un Estudio Jurídico*, p. 177.

¹⁰¹² *Loc. cit.*

hayan enajenado vaya a ser reinvertido en otros bienes fructíferos y el Protectorado no se oponga a esa enajenación. Es decir, no se trata tanto de que el Protectorado autorice determinadas actuaciones, sino de que en un plazo determinado no muestre su disconformidad; para estos casos (participación accionarial) se huye de la técnica de la autorización para utilizar la de la comunicación, fórmula mucho más ágil que la anterior.”¹⁰¹³

La ley gallega no aborda el tema, “pues el legislador autonómico pensó que se podría conculcar el artículo 149.1.6.^a de la CE, que atribuye como competencia exclusiva del Estado la legislación mercantil (*B.O. del Parlamento de Galicia*, núm 104, de 27 de mayo de 1983, pág. 2055). Aunque cabe una interpretación extensiva en base al artículo 16.2 de la ley gallega, que establece que los miembros del órgano de gobierno están obligados a conservar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación y mantener plenamente la productividad de los mismos, según criterios financieros y de acuerdo con las circunstancias económicas. Quedando, por tanto, en la órbita del Patronato la determinación cuando menos de las participaciones accionariales. Cabe también una interpretación extensiva, ya que tratándose el derecho de fundación de un derecho de libertad, todo lo que no esté prohibido expresamente está permitido.”¹⁰¹⁴

Inciendiando drásticamente en el silencio de la Compilación, que había sido interpretado como una permisión amplia¹⁰¹⁵, la ley foral navarra 10/1996 destina su artículo 10 al tratamiento de la participación en sociedades mercantiles, siguiendo un partido general muy semejante al de la regulación legal y reglamentaria de nivel estatal, con excepción de la necesidad de comunicación inmediata al Protectorado, que aquí se cambia por una “acreditación”, sin plazo, de que la participación coadyuva al cumplimiento del fin fundacional. La norma prescribe que “las Fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales. Cuando formen parte de la dotación participaciones en las sociedades a las que se refiere el párrafo anterior y dicha participación sea mayoritaria, la fundación deberá realizar de modo inmediato las actuaciones precisas para la transformación de aquéllas a fin de que adopten una forma jurídica en la que quede limitada su responsabilidad. En el caso de ser titulares, directa o indirectamente, de participaciones en sociedades mercantiles distintas de las referidas

¹⁰¹³ CABRA DE LUNA: “Comentario a los Arts. 21 a 26”, p. 185.

¹⁰¹⁴ CABRA DE LUNA: “Comentario a los Arts. 21 a 26”, p. 186. En el mismo sentido, NIETO ALONSO: *Fundaciones: Su Capacidad*, p. 347.

¹⁰¹⁵ CABRA DE LUNA: “Comentario a los Arts. 21 a 26”, p. 187.

en el primer párrafo del número anterior, deberán acreditar, ante el Departamento de Economía y Hacienda, que la titularidad de las mismas coadyuva al mejor cumplimiento de los fines fundacionales y no supone una vulneración del régimen establecido en esta Ley Foral. El Departamento de Economía y Hacienda podrá denegar, de forma motivada, el disfrute del régimen fiscal regulado en esta Ley Foral en aquellos casos en que no se justifique que tales participaciones cumplen los requisitos antes mencionados.”

Con respecto al País Vasco, el artículo 25 de la ley reconoce con nitidez el desarrollo de actividades empresariales, en términos tales que la fundación puede realizar, por sí misma, actividades mercantiles o industriales cuando éstas tengan relación con los fines fundacionales o estén al servicio de los mismos. Cuando no ocurra así, la fundación deberá realizarlas a través de sociedades, incluidas las de economía social, que tengan limitada la responsabilidad de sus socios. Finalmente, y manteniendo su línea de evitar el sistema de autorizaciones previas, la norma establece que todas estas actividades empresariales deberán ser puestas en conocimiento del Protectorado.¹⁰¹⁶

La Ley de Fundaciones Canarias destina su artículo 27 al tratamiento del tema, resultando más restrictiva que la norma vasca, y ciertamente mucho más que la estatal. Dispone el referido precepto:

“Artículo 27.

1. La fundación podrá realizar por sí misma actividades empresariales sólo cuando éstas estén directamente relacionadas con el fin fundacional o sean estrictamente necesarias para el sostenimiento de la actividad fundacional. El Patronato deberá comunicar al Protectorado de Fundaciones Canarias el inicio de las actividades en un plazo no superior a veinte días.

2. Las fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales.

Las fundaciones podrán participar en sociedades no personalistas. Si la participación es mayoritaria, será necesaria la autorización previa del Protectorado de Fundaciones Canarias para que la misma pueda llevarse a cabo. En caso contrario bastará con que el Patronato comunique al Protectorado de Fundaciones Canarias la participación.”

La reciente Ley de fundaciones de Valencia sigue el modelo vasco, aunque es más exigente con el ejercicio directo de actividades empresariales, porque exige “coincidencia” con el fin fundacional, en lugar de la “relación” o “servicio” con que se

¹⁰¹⁶ Vid. CABRA DE LUNA: “Comentario a los Arts. 21 a 26”, p. 186; GOMEZA VILLA: “Comparación de la Ley de Fundaciones del País Vasco con la ley 30/1994”, pp. 306 a 312.

contenta el legislador vasco. El artículo 20.3 establece que las fundaciones “También podrán obtener rendimientos mediante el ejercicio por sí mismas de actividades mercantiles o industriales, siempre que coincidan con el objeto o finalidad específica de la fundación. En el caso de que no coincidan tales actividades con el fin fundacional, éstas deberán realizarse a través de cualquier tipo de sociedad que tenga limitada la responsabilidad de sus socios. Se comunicarán al Protectorado las actividades comprendidas en este apartado.”

Finalmente, la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, en su artículo 19, sigue al pie de la letra al artículo 22 de la ley estatal, por lo que omito su cita.

4.2.3. La percepción de ingresos por las actividades fundacionales

La idea de la fundación puramente benéfica, esto es, la idea de que las fundaciones deben necesariamente satisfacer el fin de interés general al que está destinado su patrimonio y toda su actividad por medio de actos jurídicos exclusivamente gratuitos ha quedado largamente superada. Hoy, y salvo alguna excepción doctrinal,¹⁰¹⁷ los autores están contestes en que puede pensarse que todas las prestaciones realizadas por la fundación sean retribuidas, sin que ello desnaturalice a la fundación, si se respetan los parámetros legales a los que luego me referiré. Incluso desde antes de la vigencia de la ley actual, la doctrina venía sosteniendo sin ambages esta posibilidad, y pidiendo su consagración normativa.¹⁰¹⁸

4.2.3.1. El mandato legal permisivo.

En consecuencia con la opinión doctrinal más autorizada, dispone el artículo 24, resolviendo tajantemente la cuestión relativa a la posibilidad de que las fundaciones impongan contrapartidas pecuniarias por la prestación de sus beneficios, que las fundaciones pueden obtener ingresos por sus actividades siempre que ello no suponga una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios.

La norma vino a consagrar la ruptura, profusamente avanzada por la doctrina, de la concepción que vinculaba de modo estricto a las fundaciones con la beneficencia. La definición de “las instituciones de beneficencia como los establecimientos, fundaciones y asociaciones permanentes destinados a la «satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas» (...) partía, pues, de una concepción que se

¹⁰¹⁷ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La fundación: Un estudio jurídico*, p. 148.

¹⁰¹⁸ Por ejemplo, LACRUZ BERDEJO: “Aportación para una futura Ley de Fundaciones”, p. 271; y CAFFARENA LAPORTA: *El régimen jurídico de las fundaciones*, p. 96.

sustentaba en el trípode «fundación–beneficencia–gratuidad absoluta», que dio lugar al modelo de fundación rentista.”¹⁰¹⁹ Ese modelo, basado de modo esencial en la idea de la pobreza del beneficiario, fue lentamente dando paso a uno diverso, que reemplazaba la persecución de la pura beneficencia por la persecución de fines de interés general, desplazando a un plano muy ulterior la pobreza de los beneficiarios. A este proceso no fue en absoluto ajeno, según pone de relieve un autor, el surgimiento de una sociedad opulenta, con un Estado de bienestar consolidado, en la que –casi por definición– las necesidades básicas de la población (que se encargaban de cubrir gratuitamente las instituciones de beneficencia) se encuentran felizmente satisfechas.¹⁰²⁰

Por otra parte, según había denunciado DE LORENZO GARCÍA, la situación de restricción legal “lleva en muchos casos a la descapitalización y empobrecimiento progresivo (...) y en otros a depender económicamente de una forma exclusiva de la caridad ajena a través de donaciones, subvenciones, etc., pudiendo en algunas circunstancias convertirse esta dependencia externa en orientaciones respecto a las actividades a realizar.”¹⁰²¹ El mismo autor sostuvo que “en consecuencia, me inclino por una solución de *lege ferenda* en la que se compatibilice la posibilidad de obtener ingresos por las actividades de las fundaciones, como medio de mantener su capacidad económica de acción y no caer en la descapitalización gradual, con la garantía de estas contraprestaciones de los beneficiarios no supongan una limitación injustificada del ámbito personal de aplicación de sus prestaciones.”¹⁰²²

Por todo ello, en el momento de legislar, el tema era ya doctrinariamente pacífico¹⁰²³, y se entendió claramente que la innovación se enmarcaba en la línea política de modernización que constituye declaradamente la espina dorsal del texto legal, de modo que el precepto del artículo 24 pasó sin controversia ni modificación alguna desde el Proyecto enviado al Parlamento por el gobierno, al texto definitivo de la ley.

¹⁰¹⁹ CABRA DE LUNA: “Comentario a los Arts. 21 a 26”, p. 216.

¹⁰²⁰ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, pp. 277.

¹⁰²¹ DE LORENZO GARCÍA: *El Nuevo Derecho de Fundaciones*, p. 395.

¹⁰²² DE LORENZO GARCÍA: *Op. cit.*, p. 396.

¹⁰²³ Una revisión de las opiniones previas a la ley, y del estado normativo previo, puede encontrarse en DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 277 y siguientes. Asimismo, CABRA DE LUNA: “Comentario a los Arts. 21 a 26”, p. 216 y 217, incluye “Antecedentes” que abordan la materia.

La norma que comentamos no sólo significa una excepción de grueso calibre al antiguo principio general de gratuidad de las actividades fundacionales¹⁰²⁴, sino que en verdad “supone, en el contexto de la ley, el reconocimiento de que aquellas (las fundaciones) pueden llevar a cabo explotaciones económicas fiscalmente primadas, siempre que tales actividades económicas se dirijan a la cobertura de finalidades de interés general.”¹⁰²⁵

Una cuestión relevante, atendido el silencio legal sobre el punto, es si la fundación puede incluir un margen comercial en el precio que cobra por una prestación o servicio. Los autores tienden a inclinarse por la afirmativa, siempre que se atienda a la capacidad de pago de los posibles beneficiarios, de modo de no producir una exclusión injustificada.¹⁰²⁶

Finalmente, cabe precisar que, tratándose de una norma permisiva, en el caso de que el fundador (en ejercicio del deber impuesto por el artículo 9 *d*), que impone incluir en el Estatuto “las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios”) haya prohibido el cobro por las prestaciones fundacionales, o indirectamente haya establecido su gratuidad, deberá respetarse su voluntad, *ex* artículo 1.2.¹⁰²⁷

4.2.3.2. Los límites legales

Con todo, la habilitación del legal del artículo 24 tiene limitaciones significativas, que es preciso revisar con alguna detención. Las fronteras de la permisión tienen en la Ley de Fundaciones una doble vertiente: de una parte, una limitación directa, estrictamente civil, y unos condicionantes indirectos, de índole fiscal.

La primera limitación importante a la permisión del artículo 24 se halla en ese mismo precepto, y constituye una concreta consagración adicional del principio de no discriminación arbitraria, consagración que se erige ahora como límite de la posibilidad de percibir ingresos. En efecto, se trata de que el cobro por las prestaciones

¹⁰²⁴ Principio que GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La Fundación: Un estudio jurídico*, p. 197, cree todavía vigente.

¹⁰²⁵ DEL CAMPO ARBULO: *Op. cit.*, p. 284.

¹⁰²⁶ CABRA DE LUNA: *Op. cit.*, p. 220; DEL CAMPO ARBULO: *Op. cit.*, p. 282. El último autor sostiene que la Fundación está prácticamente obligada a situar sus tarifas a niveles de mercado, si quiere evitar la sospecha de competencia desleal (p. 286).

¹⁰²⁷ Así lo consagra formalmente la ley canaria, que luego revisaré.

fundacionales no produzca “una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios.”

Dos aspectos resultan claros al abordar esta frontera legal. La primera, que la limitación de los beneficiarios es, por la propia naturaleza de las cosas, absolutamente inevitable. En efecto, y tal como se indicara al tratar el principio de no discriminación, la escasez de medios frente a la multiplicidad de las necesidades impone casi todas las fundaciones una selección de sus beneficiarios efectivos, y en este sentido, la elección de quienes presenten mayores méritos, capacidades, virtudes o penurias no sólo no supone una discriminación censurable, sino que constituye la forma correcta de cumplir el fin de interés general al cual está afectado el patrimonio fundacional. Incluso criterios de pura oportunidad suelen imponerse en la selección de beneficiarios (como cuando se permite el acceso a un concierto a los primeros que llegan), sin que ello pueda calificarse, en lo más mínimo, de ilegítimo. El segundo aspecto que debe considerarse, y que deriva del anterior, es que la limitación a que se refiere el artículo 24 tiene que ver, precisamente, con la capacidad económica de los usuarios de la prestación fundacional.

La cuestión espinosa, con el actual texto legal, consiste en la determinación de cuándo una fundación está limitando injustificadamente el ámbito de sus beneficiarios, al exigir la fundación una contraprestación por sus servicios. Según GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, “la actividad de la fundación producirá una limitación injustificada del ámbito de sus beneficiarios, cuando la obtención de ingresos no permita reconocer las características fundamentales de la entidad: la ausencia de ánimo de lucro y la afectación a un fin de interés general. (...) Habrá que entender prohibida la percepción de ingresos por la fundación cuando no permita favorecer directamente a colectividades genéricas, o el número de estas colectividades sea tan reducido que no guarde una proporción con la actividad de la fundación.”¹⁰²⁸

Es claro que la norma requerirá una dosis importante de precisión por parte, en primer lugar, de las decisiones que en el marco de su poder de control adopten los Protectorados, y luego, por parte de los tribunales. Sin embargo, me parece que esperar al desdibujamiento conceptual de la fundación para comenzar a considerar que se ha incurrido en una transgresión al artículo 24 genera un campo excesivo de permisividad para la actividad remunerada de la fundación. Me parece que en esta materia hay que partir del análisis del universo estatutario de beneficiarios, al que se refiere el artículo 9

¹⁰²⁸ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La Fundación. Un estudio jurídico*, p. 197 y 198.

de la Ley de Fundaciones. Considerando ese universo como conjunto relevante, creo que debe entenderse que un cobro es injustificadamente limitativo cuando dificulte el acceso a lo que se pudiera denominar “beneficiario estatutario medio”. Un criterio como el expuesto resguarda de mejor manera el fin de interés general que persigue la fundación, y –me parece– es de aplicación más operativa para quien deba juzgar una presunta infracción del artículo 24.

En segundo término, en esta materia es menester tener en consideración una serie de condiciones indirectas impuestas legalmente a la posibilidad de que las fundaciones cobren por sus prestaciones, de naturaleza completamente diversa, y que dicen relación con la tutela, en el plano del orden público económico, de la libre competencia. Se estructuran, estas condiciones, como requisitos para el acceso de la fundación a los beneficios fiscales, de modo tal que si se incumplen, la fundación carezca de ellos, y opere en condiciones de igualdad con el resto de operadores del mercado.¹⁰²⁹ Como es natural, puede ocurrir que la fundación concorra en el mercado con empresarios que realizan actividades homólogas. En principio, *ex* artículo 42.2, quedan excluidas del régimen de privilegio fiscal a las entidades “cuya actividad principal consista en la realización de actividades mercantiles.”¹⁰³⁰ En tal caso, la fundación sólo podrá obtener exención tributaria (artículo 48.2) si su explotación económica coincide con el objeto o finalidad específica de la entidad, esto es, con el fin de interés general; y según el artículo 48.2 de la ley, se produce esa coincidencia “cuando las actividades que en dichas explotaciones se realicen persigan el cumplimiento de los fines contemplados en el artículo 42.1, a), cuando el disfrute de esta exención no produzca distorsiones en la competencia en relación con empresas que realicen la misma actividad y sus destinatarios sean colectividades genéricas de personas”.¹⁰³¹

¹⁰²⁹ Un análisis crítico del conjunto de condiciones de acceso al régimen tributario especial se encuentra en la monografía de PEDREIRA MENÉNDEZ: *Régimen tributario de las fundaciones en la Ley 30/1994: Condiciones para su obtención*, pp. 51 a 135. Específicamente respecto del requisito de que la explotación económica coincida con el fin de la fundación, *vid.* pp. 101 a 105.

¹⁰³⁰ Esta restricción de principios, de signo contrario a la permisión de percepción de ingresos efectuada por el artículo 24, ha sido criticada duramente por PEDREIRA MENÉNDEZ: *Régimen tributario de las fundaciones en la Ley 30/1994: Condiciones para su obtención*, p. 104, señalando que su correcta inteligencia es que el precepto “tan sólo prohíbe el ejercicio de actividades mercantiles que sean ajenas al objeto o finalidad específica de la fundación; únicamente en tal supuesto, y siempre que la actividad tuviese el carácter de «principal», las fundaciones quedarían excluidas del régimen fiscal que regula el Título II de la Ley 30/1994.” En el mismo sentido se había pronunciado antes REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI: *La nueva Ley de Fundaciones*, p. 132.

DEL CAMPO ARBULO ha indicado que “de todo el extenso catálogo de conductas prohibidas por la LCD (la ley sobre competencia desleal, 3/1991, de 10 de enero) (...) sólo cabe retener dos en las que podrían incurrir las fundaciones, que son los actos de discriminación y los de venta a pérdida. El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios puede ciertamente ser considerado como el correlato de la prohibición de que la fundación limite de modo injustificado el ámbito de sus posible beneficiarios (...). En cuanto a la venta a pérdida o realizada bajo coste, aunque podría, en general, no reputarse aplicable a las fundaciones, dada la finalidad que con el precio político de perseguiría —el interés general— viene a constituirse en una razón más para que cuando la fundación desee obtener ingresos por sus actividades los fije a precio de mercado.”¹⁰³² En el mismo sentido, LINARES ANDRÉS: “Debemos recordar que al utilizar esta facultad tampoco se podrán vulnerar los principios que rigen la libre competencia ni incurrir en una actuación que suponga competencia desleal. Lo cual se traduce, en relación con la venta a pérdida, en que si el cumplimiento de su fin de interés general significa que se dedican a ofrecer bienes y servicios a cambio de una contraprestación, no conviene que ésta sea inferior a los precios de mercado, para el caso de que un determinado empresario individual o una sociedad mercantil ofrezcan los mismos bienes o servicios.”¹⁰³³ Cabría agregar tan sólo la obviedad de que esa fijación a precio de mercado es menester únicamente cuando la fundación compite, en un segmento específico del mercado, con otros actores económicos, pero que no es necesaria cuando la fundación realiza actividades que no significan una competencia efectiva en algún segmento determinado del mercado. En tal caso la fundación podrá libremente fijar un precio igual o bajo el coste del servicio.

Hay que hacer notar que la regulación legal, bajo la apariencia de conservar el principio de gratuidad de la actividad fundacional, en realidad produce una inversión de la regla general: la fundaciones deben percibir ingresos por sus prestaciones, en condiciones de mercado, cautelando no limitar injustificadamente el ámbito de sus beneficiarios, salvo que no concurran con otros agentes económicos en su sector específico de acción.

¹⁰³¹ El artículo citado fue modificado, como aparece en el texto, por el Art. 16.1 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

¹⁰³² DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 287.

¹⁰³³ LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*, p. 293.

Una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Burgos, Castilla y León,¹⁰³⁴ pone en juego las cuestiones antes apuntadas. La fundación actora recurre de una decisión del Ayuntamiento de Burgos que le niega una exención fiscal a la actividad de residencia estudiantil que –entre otras– desarrolla. El Ayuntamiento considera que la actividad no se halla exenta por tratarse de actividad remunerada, por no ser el preciso objeto social de la Congregación actora, y porque el reconocimiento del beneficio fiscal solicitado comportaría una competencia desleal para con el resto de las Residencias Estudiantiles. El Tribunal constata que la actividad sí se encuentra dentro del fin fundacional, y que éste se encuadra dentro de lo que la ley considera intereses generales, y agrega acto seguido que “no puede pretenderse (como el Ayuntamiento demandado sostiene), que el reconocimiento de la exención interesada engendra competencia desleal con relación a otras residencias de estudiantes en cuanto por un lado dicha exigencia ha de entenderse referida a la actividad en sí desempeñada, y por otro es la propia Ley 30/1994 al pretender «incentivar» determinadas actividades la que originaría -en su caso- el privilegio inherente de cualquier manera a la actividad de fomento cual la aquí perseguida.”

Finalmente, y en relación con esta materia, existe una hipótesis que puede plantear algunas complicaciones. Se trata de la posibilidad, que hay que admitir, de que el fundador restrinja la capacidad de la fundación para cobrar por sus servicios. Desde luego, no hay problema alguno si se trata de una fundación que no compite, pero la cuestión surge cuando la prohibición o limitación impuesta por el fundador se produce respecto de un ámbito donde existe competencia empresarial (supóngase una fundación destinada a la edición y reparto gratuito –o a precio muy bajo– de textos educativos). Me parece que una tal disposición no puede reputarse contraria a la Ley, en los términos del artículo 9.2. Por tanto, si el conflicto se genera en el plano de la libertad de competencia, podrá darse el caso de que la fundación deba modificar sus estatutos para poder percibir ingresos, en los términos previstos por el artículo 27. En caso que el fundador haya prohibido la modificación, esta norma la posibilita igualmente, con autorización administrativa previa.

4.2.3.3. La normativa autonómica

El artículo 24, de acuerdo con la Disposición Final Primera de la Ley, no constituye normativa básica ni de aplicación general, y por ello, prevalecen frente a él

¹⁰³⁴ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Burgos, Castilla y León, de 2 de octubre de 1996, en Recurso Contencioso-Administrativo Núm. 1418/1995, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la que fue ponente la Ilma. Sra. D^a Amalia Basanta Rodríguez.

las regulaciones autonómicas. Tanto las normativas anteriores a la Ley de Fundaciones cuanto las dictadas con posterioridad, configuran un paisaje que varía en dosis no despreciables de la norma estatal.

La ley catalana, de 1982, omite referirse al tema. CABRA DE LUNA sostuvo que ello “ha de ser interpretado como un reconocimiento, siquiera implícito, de la posibilidad que tienen las fundaciones en su ámbito de cobrar u obtener ingresos por los servicios que prestan, sin perjuicio de que esta actividad se haya de enmarcar en la concepción general de la fundación como institución «sin ánimo de lucro»”¹⁰³⁵

Galicia, por su parte, fue la primera Comunidad Autónoma en abordar expresamente la materia. Lo hizo en términos doblemente restrictivos: En primer término, requería autorización del Protectorado, y luego, fijaba el máximo a percibir en el valor del coste del servicio, esto es, impedía la percepción de márgenes comerciales (Art. 19). En 1991, el precepto se reformó, manteniendo el límite de cuantía, pero eliminando la necesidad de autorización administrativa.

El País Vasco, en 1994, también abordó el punto, ahora con un talante más permisivo. El artículo 29 de la ley vasca establece que:

“Artículo 29. Los servicios que presta una fundación a sus beneficiarios podrán ser remunerados siempre que:

- a) No sea contrario a la voluntad fundacional.
- b) El importe obtenido se destine a los fines fundacionales.
- c) No implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios.”

Para CABRA DE LUNA, “se ha optado, pues, por un enfoque innovador, que ha reconocido la gestión actual de la realidad fundacional, con criterios de libertad, responsabilidad y flexibilidad frente a las restricciones anteriores en esta materia.”¹⁰³⁶

La actual Ley de Fundaciones Canarias, en su artículo 26, reitera literalmente el enunciado del precepto de la ley vasca (la ley anterior silenciaba el punto).¹⁰³⁷

¹⁰³⁵ CABRA DE LUNA: “Comentario a los Arts. 21 a 26”, p. 218.

¹⁰³⁶ *Ibid.*, p. 219.

¹⁰³⁷ Canarias. Ley 2/1998. Artículo 26. “Los servicios que presta una fundación a sus beneficiarios podrán ser remunerados siempre que: a) No sea contrario a la voluntad fundacional. b) El importe obtenido se destine a los fines fundacionales. c) No implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios.”

La más reciente ley valenciana de fundaciones, en su artículo 20.2, resulta más restrictiva, en cuanto impide percibir un margen comercial. Establece la citada disposición que “las fundaciones podrán obtener ingresos mediante el cobro de precios a sus beneficiarios, que no podrán exceder, en su conjunto, del coste del servicio que les preste, el cual nunca será mayor del precio de mercado, debiéndose ponderar la capacidad económica individual de los beneficiarios para la determinación de sus cuantías.” “Existe una mezcla en este régimen entre la posibilidad de captar ingresos, y que estos no se obtengan haciendo al beneficiario que obtiene prestaciones de la fundación de peor condición que si los adquiere en el mercado, y de ahí el límite elegido.”¹⁰³⁸

La ley de la Comunidad de Madrid (Artículo 20) adopta el liberal partido de la normativa estatal: “Las fundaciones podrán obtener ingresos por sus actividades siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios.”

¹⁰³⁸ CUÑAT EDO y LINARES ANDRÉS: “Las fundaciones en la Comunidad Autónoma Valenciana”, p. 2959.

Capítulo 5. Destino de Rentas e Ingresos

5.1. Preliminar

En relación con la tensión legislativa entre los extremos de la conservación del patrimonio fundacional y su efectiva destinación a los fines de interés general a los que fue afectado¹⁰³⁹, la ley ha optado por el tajante partido de establecer un mínimo porcentual de las rentas e ingresos que las fundaciones deben imperativamente destinar a la realización de sus actividades, y que, en consecuencia, no pueden capitalizar. La norma satisface la doble finalidad de evitar la acumulación indefinida de capitales posiblemente improductivos (las llamadas “manos muertas”) y de hacer efectiva en la práctica la vinculación del patrimonio a unos fines de interés general. Se siguió pues, la recomendación de DE LORENZO GARCÍA: “sería conveniente que el ordenamiento jurídico establezca la obligación de dedicar efectivamente un alto porcentaje de sus ingresos y rentas a la realización de actividades y prestaciones propias de sus fines fundacionales, al objeto de evitar la inactividad o pasividad extrema que se constata en gran número de fundaciones, lo que comporta obviamente un flagrante incumplimiento de sus fines por omisión.”¹⁰⁴⁰

Durante la tramitación parlamentaria del Proyecto quedó claro que existía consenso en el terreno de los principios inspiradores, pero se debatió el modo de concretarlos. Por una parte, se sostuvo la necesidad de fijar, para el cumplimiento de los fines, un porcentaje mínimo de destino del patrimonio.¹⁰⁴¹ Por la otra, la fijación de un porcentaje de los ingresos, que fue la postura que finalmente la ley acogió. Ferrer i Riba ha explicado las ventajas relativas de cada sistema: “Una regla de destinación basada en un porcentaje de las rentas –como la que se ha introducido en los ordenamientos españoles– puede ser un incentivo para invertir en valores poco

¹⁰³⁹ FERRER I RIBA: “Les finalitats fundacionals: la seva naturalesa, compliment i modificació”, p. 143 denomina a esta tensión bipolar la “disyuntiva acumulación/distribución”, indicando que también puede esta disyuntiva explicarse como una entre beneficiarios presentes y futuros, esto es, como una cuestión de equidad intergeneracional.

¹⁰⁴⁰ DE LORENZO GARCÍA: *El Nuevo Derecho de Fundaciones*, p. 398.

¹⁰⁴¹ Enmiendas Núm. 300, del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso; y 196 y 197, del Grupo Parlamentario Popular en el Senado. La argumentación que sustentaba las enmiendas era interesante: Los ingresos son eventuales, y pueden, por tanto, no darse. Estableciendo un porcentaje del patrimonio (se propuso un 2%) se obliga a las fundaciones a una gestión adecuada, que genere los ingresos que permitan compensar el desgaste patrimonial. *Comentarios a la Ley de Fundaciones e Incentivos Fiscales*, Tomo II, Documentos, pp. 169 y 365, respectivamente.

fructíferos, pero de elevada apreciación (por ejemplo, la adquisición y tenencia de acciones o participaciones en sociedades que reforzar sus fondos propios en lugar de repartir dividendos). De esta manera, la entidad busca su fortaleza financiera sin vulnerar los preceptos legales, y lo hace en perjuicio del interés general que ha de satisfacer, al cual destina menos recursos de los que destinaría con una política de inversión diferente. Por esta razón, en la legislación norteamericana se prefiere una *pay-out rule* basada en un porcentaje del patrimonio destinado a inversión (actualmente, el 5% del valor venal de los activos afectados a inversión) y no basada en las rentas. La regla de destinación de un porcentaje sobre ingresos es relativamente neutra respecto de la política de inversiones de la fundación: así, si ésta invierte en activos poco o nada rentables, la regla del 80% (el autor se refiere al porcentaje de la ley catalana) es completamente inocua. Por el contrario, la regla de destinación de un porcentaje sobre el capital estimula la inversión en activos fructíferos y penaliza las inversiones desafortunadas. Si la fundación no obtiene rentas en la cuantía necesaria para cubrir el porcentaje legal, tendrá que consumir parte de su capital. Si, al contrario, consigue ganar más, podrá acumular el excedente. Es un sistema más exigente, particularmente efectivo para estimular una política de inversiones dinámica, pero que tiene algunos inconvenientes importantes: primero, puede incentivar que se corran riesgos excesivos, en busca de una rentabilidad alta, y segundo, no tiene en cuenta –a no ser que el porcentaje se reajuste periódicamente– las variaciones en algunos indicadores económicos esenciales (por ejemplo, los tipos de interés) que pueden condicionar de modo decisivo la rentabilidad de las inversiones.”

“La regla de destinación obligatoria tiene sentido en las fundaciones de dotación, pero resulta poco operativa y más bien perturbadora en las fundaciones que realizan principalmente actividades empresariales en cumplimiento de la finalidad fundacional. En la fundación clásica de erogación, la adquisición y la destinación de los recursos son dos actividades conceptual y materialmente separadas, que se desenvuelven en fases sucesivas. (...) Cuando una fundación, empero, cumple su finalidad mediante una actividad empresarial, esta separación puede quedar difuminada: la actividad que da lugar a la obtención de recursos puede ser también aquella que cumple el fin fundacional (si la fundación produce bienes o presta servicios culturales, educativos o sanitarios, su provisión es, en ella misma, la finalidad). En ellas, la eventual obtención de ganancias no es un dato que indique necesariamente un buen ejercicio económico, como en las fundaciones de dotación. Si la actividad es intrínsecamente de interés general, no tiene sentido alguno impedir que los beneficios generados por ella puedan ser capitalizados en todo o en gran parte. Al

contrario, la reinversión de los excedentes podría servir para compensar la conocida dificultad de las entidades no lucrativas para acceder al mercado de capitales. Por eso, las reglas de destinación forzosa, en las fundaciones que dependen substancialmente de los ingresos de sus actividades empresariales, son inútiles y nocivas.”¹⁰⁴²

En definitiva, el texto legal estatal finalmente aprobado, al que por lo demás ya me he referido con anterioridad a propósito de otros temas, es el siguiente:

“Artículo 25. Destino de rentas e ingresos.

1. A la realización de los fines fundacionales, deberá ser destinado, al menos, el 70 por 100 de las rentas o cualesquiera otros ingresos netos que, previa deducción de impuestos, obtenga la fundación, debiéndose destinar el resto, deducidos los gastos de administración, a incrementar la dotación fundacional. Las aportaciones efectuadas en concepto de dotación patrimonial, bien en el momento de su constitución, bien en un momento posterior, no serán computables a los efectos de lo previsto en este apartado.

2. La fundación podrá hacer efectivo el destino de la proporción de las rentas e ingresos a que se refiere el apartado anterior en el plazo de tres años a partir del momento de su obtención.

3. De conformidad con los artículos 12.2 y 17.2, se entiende por gastos de administración aquéllos directamente ocasionados a los órganos de gobierno por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, y de los que los patronos tienen derecho a resarcirse de acuerdo con el artículo 13.6.

Reglamentariamente se determinará la proporción máxima de dichos gastos.”

La opción legislativa nacional es muy infrecuente en Derecho Comparado, ya que la mayor parte de los ordenamientos fundacionales omiten el tema, dejando entregada la cuestión del efectivo destino de los recursos al fin de la fundación a la responsabilidad de los administradores de la fundación (como en los casos de Francia, Italia, Portugal, Grecia, Bélgica, Luxemburgo, Liechtenstein) o consagran una norma de principio que exige la dedicación del patrimonio al fin, al estilo del artículo 21 *a*) de la ley española, pero sin una determinación cuantitativa, y/o regulan el destino de las rentas hacia el fin y hacia el incremento patrimonial, pero sin establecer porcentajes fijos, como la mayor parte de los ordenamientos de los *Länder* alemanes.

Alguna de estas regulaciones es muy básica, como la de Hesse, que se limita a establecer que las rentas del patrimonio y las donaciones recibidas no pueden ser utilizadas sino conforme al fin de la fundación, agregando que lo mismo rige en el caso

¹⁰⁴² FERRER I RIBA: “Les finalitats fundacionals: la seva naturalesa, compliment i modificació”, p. 145. El paréntesis aclaratorio es mío.

de las enajenaciones de la dotación autorizadas por el Protectorado,¹⁰⁴³ o la de Baviera, que sólo expresa que el estatuto debe contener disposiciones sobre el empleo de las rentas de la fundación (Art. 8), y que las rentas del capital de la fundación y de las donaciones eventuales (subvenciones), destinadas a su utilización, no pueden ser empleados más que de acuerdo al fin fundacional.¹⁰⁴⁴ Menos incompleta es la ley del Saarland, que determina que las rentas del capital fundacional y de las donaciones a la fundación deben ser utilizadas exclusivamente para el fin de la fundación y para la cobertura de gastos de administración, así como para la formación de reservas necesarias. Asimismo, expresa que las rentas pueden incrementar el patrimonio de la fundación, si así se ha previsto en los estatutos o de ser necesario, en un caso particular, para garantizar la productividad futura del patrimonio. Finalmente, precisa que las liberalidades deben incrementar el patrimonio fundacional, si el autor así lo determina. Por otra parte, permite acordar a los miembros de los órganos de la fundación el derecho al reembolso de los gastos razonables, y establece que en caso de servicios remunerados de los integrantes de los órganos, la clase y el alcance de las tareas y de las remuneraciones deben ser regulados por escrito antes del comienzo de la actividad.¹⁰⁴⁵ La misma línea sigue la ley de la Baja Sajonia, agregando el principio de que los gastos de administración deben ser mantenidos en su mínima expresión, y que cuando una autoridad pública es integrante de un órgano, en la duda, la fundación sólo debe reembolsar gastos.¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴³ Alemania. Hessisches Stiftungsgesetz. § 6 “Stiftungsvermögen (...) (3) Der Ertrag des Stiftungsvermögens und Zuwendungen dürfen nur entsprechend dem Stiftungszweck verwendet werden. Das gleiche gilt im Falle des Abs. 1 Satz 2 für das Stiftungsvermögen.”

¹⁰⁴⁴ Alemania. Bayerisches Stiftungsgesetz. Art. 8. “Satzung (...) (2) Die Satzung hat Bestimmungen (...) über die Verwendung des Stiftungsertrags zu enthalten. (...)”

Art. 12 “Verwendung des Ertrags und der Zuschüsse. Der Ertrag des Stiftungsvermögens und etwaige zum Verbrauch bestimmte Zuwendungen (Zuschüsse) dürfen nur entsprechend dem Stiftungszweck verwendet werden.”

¹⁰⁴⁵ Alemania. Saarländisches Stiftungsgesetz. § 5 “Stiftungsverwaltung. (...) (2) Den Mitgliedern der Stiftungsorgane kann Anspruch auf Ersatz angemessener Auslagen gewährt werden. Bei entgeltlicher Tätigkeit von Organmitgliedern sind Art und Umfang der Leistungen und Vergütungen vor Aufnahme der Tätigkeit schriftlich zu regeln. Die Haftung der Mitglieder der Stiftungsorgane gegenüber der Stiftung kann auf Vorsatz und große Fahrlässigkeit beschränkt werden.”

§ 6. “Stiftungsvermögen. (...) (2) Die Erträge des Stiftungsvermögens und Zuwendungen an die Stiftung sind ausschließlich für den Stiftungszweck und zur Deckung der Verwaltungskosten der Stiftung sowie zur Bildung notwendiger Rücklagen zu verwenden. Sie können dem Stiftungsvermögen zugeführt werden, wenn es in der Satzung vorgesehen oder im Einzelfalle notwendig ist, um die Ertragskraft des Vermögens auch in Zukunft sicherzustellen. Zuwendungen müssen dem Stiftungsvermögen zugeführt werden, wenn der Zuwendende es bestimmt (Zustiftung).”

¹⁰⁴⁶ Alemania. Niedersächsisches Stiftungsgesetz. § 6 “Verwaltung der Stiftung. (...) (2) Die Erträge des Stiftungsvermögens und Zuwendungen an die Stiftung sind ausschließlich für den Stiftungszweck zu verwenden. Sie dürfen der Vermögensmasse zugeführt werden, wenn es die Satzung vorsieht oder wenn es zum Ausgleich von Vermögensverlusten erforderlich ist. (...)”

En idénticos principios se inspira la norma sobre gastos de administración de Mecklemburg–Vorpommern, con redacción parecida. Con un grado creciente de complejidad, regula el destino de la rentas de modo semejante al de Brandemburgo y Nordrhein–Westfalen, que se describirán a continuación.¹⁰⁴⁷ Los mismos principios subyacen a la regulación de Renania Palatinado, con una técnica legislativa y una soluciones dogmáticas sólo ligeramente diversas.¹⁰⁴⁸

(4) Die Verwaltungskosten sind auf ein Mindestmaß zu beschränken. Die Mitglieder der Stiftungsorgane haben Anspruch auf Ersatz angemessener Auslagen. Bei entgeltlicher Tätigkeit von Organmitgliedern sind Art und Umfang der Dienstleistungen und der Vergütung vor Aufnahme der Tätigkeit schriftlich zu regeln. Ist eine Behörde Stiftungsorgan, so hat die Stiftung im Zweifel nur die Auslagen zu ersetzen.”

¹⁰⁴⁷ Stiftungsgesetz für das Land Mecklemburg–Vorpommern. § 8 “Verwaltung der Stiftung, Haftung, Kosten. (...) (3) Die Stiftung ist sparsam und wirtschaftlich zu verwalten. Die Organmitglieder haben Anspruch auf ersatz angemessener Auslagen, sofern die Satzung dies vorsieht. Ist eine Behörde Stiftungsorgan, so hat die Stiftung nur die notwendigen persönlichen und sächlichen Verwaltungskosten zu erstatten.”

§ 10 “Erträge.

(1) Die Erträge des Stiftungsvermögens und Zuwendungen an die Stiftung sind ausschließlich für den Stiftungszweck zu verwenden. Dasgleiche gilt im Falle des § 9 Ap. (1) Satz 2 für das Stiftungsvermögen.

(2) Erträge und Zuwendungen dürfen dem Vermögensmasse zugeführt werden, wenn

a) es die Satzung vorsieht,

b) sie zur Erfüllung des Stiftungszwecks keine Verwendung finden,

c) dies zu Erhaltung des Stiftungsvermögens in seinem Wert geboten ist.

In den Fällen a) und c) ist die Genehmigung der Stiftungsbehörde erforderlich.

(3) Reichen Erträge und Zuwendungen zur Erfüllung des Stiftungszwecks nicht mehr aus, so sollen sie dem Stiftungsvermögen zugeführt werden, sofern erwartet werden kann, daß aus den Erträgen des vergrößerten Stiftungsvermögens in absehbarer Zeit der Stiftungszweck nachhaltig erfüllt werden kann.”

¹⁰⁴⁸ Alemania. Stiftungsgesetz Rheinland–Pfalz. § 5 Vorbereitung der Entscheidung, Inhalt der Satzung. (...) (2) Die Satzung soll Bestimmungen enthalten über: (...) e) die Verwendung des Stiftungsvermögens und seines Ertrages” (...)

§ 15 Erträge

“(1) Die Erträge des Stiftungsvermögens sind ausschließlich für den Stiftungszweck zu verwenden.

(2) Zum Ausgleich von Vermögenverlusten können die Erträge auch der Vermögensmasse zugeführt werden.

(3) Wenn die Stiftungserträge zur nachhaltigen Verwirklichung des Stiftungszwecks nicht mehr ausreichen, sollen sie dem Vermögen zugeführt werden, sofern in absehbarer Zeit das vergrößerten Stiftungsvermögens zu dauernden und nachhaltigen Leistungen für den Stiftungszweck imstande ist.”

§ 16 Kosten

“(1) Die Verwaltungskosten sind auf ein Mindestmaß zu beschränken.

(2) Mitglieder der Stiftungsorgane haben Anspruch auf Ersatz ihrer Auslagen. Ein Anspruch auf Vergütung für Dienstleistungen besteht nur, wenn eine unentgeltliche Geschäftsführung wegen des Umfangs der Tätigkeit nicht zumutbar ist.

(3) Bei entgeltlicher Tätigkeit der Stiftungsorgane sind Art und Umfang der Dienstleistungen und der Vergütung vor Aufnahme der Tätigkeit schriftlich zu regeln.

El párrafo 7 de la Ley de Fundaciones de Bremen, que impone la conservación de la dotación fundacional, exige que las rentas del patrimonio fundacional y las donaciones que reciba la fundación deban ser utilizados exclusivamente en el fin de la fundación y en la cobertura de los gastos necesarios de administración; pero agrega que la utilización en el fin fundacional comprende la formación de las reservas apropiadas. Asimismo, puntualiza que las rentas e ingresos extraordinarios pueden destinarse a incrementar el patrimonio fundacional, en caso que así esté previsto por los estatutos o para mantener el valor del patrimonio de la fundación, y que las donaciones deben incrementar el patrimonio si así lo ha determinado el donante. Un mandato notable se contiene en el apartado 4, que determina que si las rentas y otros ingresos devienen insuficientes para la realización del fin, deben destinarse a incrementar el capital, en espera de que las rentas se aumenten, y el fin de la fundación pueda ser realizado en un futuro próximo de modo eficaz.¹⁰⁴⁹

La ley de Brandemburg, más reciente, reitera esas ideas, las desarrolla, e introduce más controles. De esa guisa, establece que las rentas y otros ingresos pueden incrementar el capital de la fundación en tanto que: *a)* no puedan ser utilizadas en la realización del fin fundacional, *b)* así se requiera para mantener el valor del patrimonio fundacional, y *c)* los estatutos lo prevean así; pero imperando, para los casos *a)* y *b)* autorización del Protectorado.¹⁰⁵⁰ Idénticas provisiones contiene la ley de fundaciones del *Land Nordrhein-Westfalen*.¹⁰⁵¹

(4) Ist eine Behörde einer anderen juristischen Person des öffentlichen Rechts Stiftungsorgan, so hat die Stiftung im Zweifel nur die Auslagen der Verwaltung zu ersetzen."

¹⁰⁴⁹ Alemania. Bremisches Stiftungsgesetz vom 7. März 1989. § 7 "Stiftungsvermögen und Erträge.

(1) Das Stiftungsvermögen ist in seinem Bestand ungeschmälert zu erhalten. Die Stiftungsbehörde kann Ausnahmen zulassen, wenn der Stifterwille anders nicht zu verwirklichen ist und der Bestand der Stiftung für angemessene Zeit gewährleistet ist.

(2) Das Stiftungsvermögen ist von anderem Vermögen getrennt zu halten.

(3) Die Erträge des Stiftungsvermögens und Zuwendungen an die Stiftung sind ausschließlich für den Stiftungszweck und zur Deckung der notwendigen Verwaltungskosten der Stiftung zu verwenden; die Verwendung für den Stiftungszweck schließt die Bildung angemessener Rücklagen ein. Sie können dem Stiftungsvermögen zugeführt werden, soweit es die Satzung vorsieht oder zur Erhaltung des Stiftungsvermögens in seinem Wert angezeigt ist. Zuwendungen sind dem Stiftungsvermögen zuzuführen, wenn der Zuwendende es bestimmt.

(4) Reichen Stiftungserträge und Zuwendungen zur Erfüllung des Stiftungszwecks nicht aus, so sollen sie dem Stiftungsvermögen zugeführt werden, sofern erwartet werden kann, daß aus den Erträgen des vergrößerten Stiftungsvermögens in absehbarer Zeit der Stiftungszweck nachhaltig erfüllt werden kann."

¹⁰⁵⁰ Alemania. Stiftungsgesetz für das Land Brandenburg vom 27. Juni 1995.

La reciente ley de fundaciones de Schleswig-Holstein contiene una completa regulación de la cuestión del destino de rentas e ingresos, en el contexto del párrafo destinado a la administración de la fundación, en la línea de las legislaciones antes citadas. Así, se prescribe que las rentas del capital de la fundación, así como las donaciones de terceros deben ser utilizados en el fin fundacional y en los gastos de administración necesarios. Sin embargo, esto no rige para las donaciones de un tercero que vayan destinadas, según su voluntad, a incrementar el capital de la fundación. Estas donaciones devienen parte del capital de la fundación. Con todo, los órganos pueden destinar rentas al capital, cuando ello sea necesario para asegurar la capacidad productiva futura del capital, o cuando esas rentas no encuentren empleo específico para la satisfacción del fin fundacional. Lo anterior vale también para las donaciones de terceros, salvo que ello no sea contrario a su voluntad declarada. Finalmente, se permite también que en caso que el capital fundacional se debilite de modo que la realización durable del fin no parezca ya asegurada, el Protectorado puede disponer que las rentas se acumulen, en todo o parte, y se destinen al capital de la fundación, hasta que la fundación sea eficaz nuevamente. La ley también regula la posibilidad de compensar a los miembros de los órganos de la fundación: Si éstos no son llamados a la administración de la fundación en razón de su cargo, el estatuto puede prever el reembolso de los gastos necesarios y del lucro cesante, o la concesión de una apropiada indemnización por los gastos.¹⁰⁵²

§ 10 "Erträge des Stiftungsvermögens.

(1) *Die Erträge des Stiftungsvermögens und die nicht zu seiner Vermehrung bestimmten Zuwendungen an die Stiftung sind entsprechend dem Stiftungszweck zu verwenden.*

(2) *Erträge und Zuwendungen können dem Stiftungsvermögen zugeführt werden, soweit*

a) sie zur Erfüllung des Stiftungszwecks keine Verwendung finden,

b) dies zur Erhaltung des Stiftungsvermögens in seinem Wert angezeigt ist oder

c) die Satzung es vorsieht.

In den Fällen a) und b) ist die Zustimmung der Stiftungsbehörde erforderlich.

(3) *Reichen die Erträge des Stiftungsvermögens und Zuwendungen Dritter zur Erfüllung des Stiftungszwecks nicht mehr aus, so sollen sie dem Stiftungsvermögen zugeführt werden, sofern erwartet werden kann, daß aus den Erträgen des vergrößerten Stiftungsvermögens in absehbarer Zeit der Stiftungszweck nachhaltig erfüllt werden kann."*

¹⁰⁵¹ Alemania. Stiftungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen. § 8. El texto es prácticamente igual al del párrafo 10 de la ley de Brandenburg, por lo que ahorro su transcripción.

¹⁰⁵² Alemania. Gesetz über rechtsfähige Stiftungen des bürgerlichen Rechts Vom 2. März 2000. Schleswig-Holstein. § 4 "Verwaltung der Stiftung. (...)

(3) *Die Erträge des Stiftungsvermögens sowie die Zuwendungen von Dritten sind für den Stiftungszweck und die notwendigen Verwaltungskosten der Stiftung zu verwenden. Dies gilt jedoch nicht für Zuwendungen von Dritten, die nach dem Willen der oder des Zuwendenden dazu bestimmt sind, dem Stiftungsvermögen zugeführt zu werden (Zustiftungen). Diese werden Bestandteil des Stiftungsvermögens nach Absatz 2 Satz 1.*

La ley federal austríaca aborda también el tema de los gastos de administración, y muy en particular, la cuestión de la remuneración de los integrantes del Patronato y del Consejo de Vigilancia, sin establecer porcentajes determinados. Resulta muy interesante aquí la evolución legislativa. A partir de una norma muy restrictiva, el sistema se liberalizó –y judicializó– sensiblemente con la ley de 1993. La anterior ley federal prescribía que los órganos de la fundación sólo podían pedir una remuneración por su actividad, cuando ella estuviera expresamente prevista en el estatuto, con la prevención de que la concesión de remuneración no trabase la prestación de servicios a los beneficiarios, y estableciendo que en los demás casos la actividad de los órganos es honoraria, pudiendo sólo exigir reembolso de los gastos necesarios.¹⁰⁵³ La actual invierte los términos del principio: Salvo que en la declaración fundacional se prevea algo diverso, debe acordarse a los miembros del Patronato una remuneración por su actividad, acorde con sus tareas y con la situación de la fundación. El monto de la remuneración, en tanto en la declaración fundacional no se prevea algo diverso, debe determinarse judicialmente (antes lo hacía –cuando se podía– la Administración) a instancia de un órgano de la fundación o de un miembro de uno de esos órganos.¹⁰⁵⁴

(4) Die Stiftungsorgane können Erträge dem Stiftungsvermögen zuführen, sofern dies notwendig ist, um die Ertragskraft des Stiftungsvermögens auch in Zukunft sicherzustellen, oder soweit sie im Einzelfall zur Erfüllung des Stiftungszwecks keine Verwendung finden. Dies gilt auch für Zuwendungen von Dritten, sofern dies nicht deren erklärtem Willen widerspricht.

(5) Ist das Stiftungsvermögen einer Stiftung derart geschwächt, dass die nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks nicht mehr gewährleistet erscheint, so kann die zuständige Behörde anordnen, dass die Erträge des Stiftungsvermögens ganz oder teilweise so lange anzusammeln und dem Stiftungsvermögen zuzuführen sind, bis die Stiftung wieder leistungsfähig ist.

(6) Sind die Mitglieder der Stiftungsorgane nicht hauptamtlich zur Verwaltung der Stiftung berufen, so kann die Satzung den Ersatz ihrer notwendigen Auslagen und ihres entgangenen Arbeitsverdienstes oder die Gewährung einer angemessenen Aufwandsentschädigung vorsehen. (...).”

¹⁰⁵³ Austria. Bundesgesetz vom 27. November 1974 über Stiftungen und Fonds. (Derogada). § 15. Bestimmungen über die Stiftungsorgane. “(...) (2) Die Stiftungsorgane haben Anspruch auf Entschädigung für ihre Tätigkeit nur aus den Erträgen der Stiftung und nur so weit, als die Entschädigung in der Stiftungssatzung ausdrücklich vorgesehen und der Tätigkeit des Stiftungsorgans angemessen ist sowie mit den Erträgen der Stiftung in Einklang steht. Durch die Gewährung der Entschädigung darf weiters die Zuerkennung von Stiftungsgenüssen nicht wesentlich beeinträchtigt werden. Sonst ist die Tätigkeit der Stiftungsorgane ehrenamtlich; sie haben nur Anspruch auf Ersatz der notwendigen Barauslagen. (3) Über die Entschädigung entscheidet die Stiftungsbehörde. (...)”

¹⁰⁵⁴ Austria. Privatstiftungsgesetz (PSG, BGBl. Nr. 694/1993) § 19. “Vergütung der Mitglieder des Stiftungsvorstands.

(1) Soweit in der Stiftungserklärung nichts anderes vorgesehen ist, ist den Mitgliedern des Stiftungsvorstands für ihre Tätigkeit eine mit ihren Aufgaben und mit der Lage der Privatstiftung in Einklang stehende Vergütung zu gewähren.

(2) Die Höhe der Vergütung ist, soweit in der Stiftungserklärung nichts anderes vorgesehen ist, auf Antrag eines Stiftungsorgans oder eines Organmitglieds vom Gericht zu bestimmen.”

Lo propio rige para los integrantes del Consejo de Vigilancia, conforme al § 19, que tiene, *mutatis mutandis*, una redacción equivalente, por lo que ahorro su transcripción.

5.2. La base de cálculo

De vuelta en la disciplina nacional, la doctrina tiende a estar plenamente de acuerdo con la finalidad inspiradora de la norma que contiene el artículo 25¹⁰⁵⁵, que resulta una concreción del principio sentado en el artículo 21 *a*). Sin embargo, su redacción resulta confusa cuando se intenta aplicarla en la práctica, y por ello ha sido objeto de severa y a veces justificada crítica.

La primera cuestión que suscita dudas se refiere a la base sobre la que deben aplicarse los porcentajes establecidos en el artículo 25. Para determinarla, una primera operación consiste en excluir ciertas partidas, por mandato del propio legislador. Son ellas “las aportaciones efectuadas en concepto de dotación patrimonial, bien en el momento de su constitución, bien en un momento posterior” (Art. 25.1 *in fine*). A propósito de esta exclusión cabe aquí recordar la tesis expansiva de DEL CAMPO ARBULO, que permite al Patronato calificar como dotacional a cualquier parte de los dichos ingresos o rentas. Al tratar el tema relativo a la composición de la dotación (a propósito de la enajenación de bienes) se expusieron los argumentos que rebaten esa tesis. Por tanto, se excluirán, conforme a la norma, los impuestos, los gastos de administración, y los aportes en concepto de dotación, entendiendo por aportes las agregaciones al patrimonio fundacional que pueda hacer el fundador o terceros, y nunca los ingresos provenientes de la propia actividad fundacional o de las rentas del patrimonio.

Establecido lo cual, cabe ahora preguntarse por el concepto de rentas netas que la ley utiliza. Con el solo texto legal en la mano, podía entenderse que renta neta es “el excedente resultante tras deducir los gastos a las partidas de ingresos. De modo que la base sobre la que aplicar el porcentaje de destino obligatorio será la siguiente: de la totalidad de los ingresos se deducen las siguientes partidas: los gastos, los gastos de administración, los impuestos y las aportaciones a la dotación; dando como resultante las rentas netas.”¹⁰⁵⁶

¹⁰⁵⁵ Una excepción la constituyen REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI: *La Nueva Ley de Fundaciones*, p. 68, que sostiene que “fijar unas proporciones al margen de una realidad tan variada es poner a la institución un corsé que puede ser muy perjudicial para el desarrollo y la materialización de sus fines”; y GOMEZA VILLA: “Comparación de la Ley de Fundaciones del País Vasco con la ley 30/1994”, p. 335, que indica que “constituye una injustificada limitación que condiciona el futuro patrimonial de las fundaciones, lo que a la postre no servirá sino para que las propias fundaciones encuentren caminos indirectos de defensa patrimonial, vía sociedades participadas que permitan controlar los ingresos consumibles y los ingresos capitalizables fuera de esta norma, produciendo el efecto rebote de desconfianza.”

¹⁰⁵⁶ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La fundación: Un estudio jurídico*, p. 201.

La cuestión se complica, sin embargo, a la vista del desarrollo reglamentario. En efecto, el artículo 14.1 del Reglamento establece que “a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 25 de la Ley 30/1994, se consideran rentas o cualesquiera otros ingresos netos, el resultado de deducir de los ingresos brutos obtenidos en el ejercicio por la fundación los gastos necesarios para su obtención, con excepción de aquellos a que se refiere el apartado 4 del presente artículo” (los gastos de administración). El centro de la polémica radica en el concepto de “gasto necesario para su obtención” que emplea el Reglamento, por el contrario de la ley, que se limita a hablar de rentas netas, lo que supone no hacer distinción en los gastos.

Al respecto, se sostienen dos tesis principales: la llamada “monista” y la “dualista”¹⁰⁵⁷ La primera atiende al mandato legal, y prescinde del Reglamento, y considera que no hay más que un tipo de gastos, los cuales se descuentan de los ingresos para generar la base a la que aplicar el 70%.¹⁰⁵⁸ La tesis dualista, en cambio, se afirma en la calificación reglamentaria de los gastos “necesarios para producir los ingresos”, para sostener que son tales aquellos incurridos por la fundación que desarrolla una actividad económica con el objeto de procurarse recursos. Los gastos incurridos para la realización de los fines fundacionales no se califican de necesarios para obtener ingresos (aunque la fundación cobre por sus prestaciones, *ex* artículo 24), y no se computan por tanto en el cálculo de la base. Como se comprende, las consecuencias económicas de seguir una o otra tesis son diversas. En la tesis monista, como se descuentan siempre todos los gastos, la base resulta siempre menor. Por tanto, resulta menor también el porcentaje destinado a fines, y menor (y esto no es baladí) el porcentaje máximo que puede destinarse a gastos de administración. La tesis dual consigue en cambio, al restar sólo los gastos ocasionados para una actividad económica no relacionada con el fin fundacional, no restar gastos cuando la fundación

¹⁰⁵⁷ Hay que advertir aquí que sigo la exposición de GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *Op. cit.*, p. 201 a 205; el autor se declara partidario de la tesis dual. DEL CAMPO ARBULO, que también utiliza las expresiones “monista” y “dualista”, las refiere en verdad a ideas por completo diversas, en relación con su particular tesis de que el Patronato puede extraer montos de la base de cálculo, “aportándolas” a la dotación. Así, monista es la postura del Reglamento que establece que la base para el cálculo es “siempre y sólo el conjunto de rentas e ingresos netos disminuido en los impuestos generales pagados”, mientras que dual es la tesis de la ley, que contempla esa misma base “si no se han hecho aportaciones voluntarias a dotación, porque en este último caso las mismas no serán computables en la base”. DEL CAMPO ARBULO: “El destino de Rentas e Ingresos...”, p. 209.

¹⁰⁵⁸ Así, por ejemplo, CABRA DE LUNA: “Comentario a los Arts. 21 a 26”, p. 228, señala que las rentas e ingresos netos se obtienen de la siguiente manera: “de los ingresos brutos se han de restar los «gastos de gestión o generales», o sea, de infraestructura, y los de producción o «directos», así como los gastos indirectos procedentes por amortizaciones y provisiones necesarias.”

no ejerce dicha actividad, y restar sólo aquellos cuando sí la ejerce. Con ello, la base aumenta considerablemente, en todos los casos.

Cualquiera sea el partido que se adopte en relación a este punto, y alguno hay que adoptar, deben considerarse los siguientes datos: Primero, que aunque aparentemente las dos tesis son radicalmente diferentes en sus consecuencias económicas, en verdad resultan muy distintas sólo en lo relativo a las posibilidades de capitalización de ingresos y en los montos de los gastos de administración. Ello es así porque el 70% restante, cuando los ingresos se minoran con todos los gastos (tesis monista) será pequeño, pero en compensación los gastos ejecutados en la persecución de fines serán grandes. Ese porcentaje dedicado a los fines, será en cambio numéricamente más grande en la tesis dualista, pero en compensación no se computará en los gastos. Dicho de otro modo, las cantidades destinadas a ejecución de actividades relacionadas con los fines de la fundación se computan como gastos de un ejercicio (tesis monista) o como inversión en fines de los siguientes ejercicios (tesis dualista). O sea, que respecto del destino a los fines, las dos tesis resultan tener efectos parecidos, en la medida en que se considera no un ejercicio aislado, sino el conjunto de la actividad fundacional. Segundo, que la tesis dualista no necesariamente es más fiel al Reglamento que la monista. En efecto, interpretar la expresión reglamentaria “gastos necesarios para su obtención” sólo con aquellos gastos efectuados en la realización de actividades económicas no vinculadas con el fin, es tan prescindente del texto como olvidarse de la expresión, que es lo que hace la tesis monista.

La decisión, pues, deberá adoptarse sobre una base más político-económica que jurídica, y dependerá fundamentalmente de la suficiencia y eficacia con que los administradores fundacionales puedan operar con uno u otro monto porcentual de gastos de administración; así como de la medida en la que se quiera permitir o limitar la capitalización de las fundaciones.

Además, valdría la pena reflexionar, sobre la base de la experiencia empírica de los años de vigencia de la ley, acerca de si pudiera ser conveniente establecer alguna norma que consagre un salida excepcional, cuya decisión incumba al Protectorado, que permita una capitalización superior, cuando las circunstancias lo justifiquen, al estilo de las disposiciones alemanas que he transcrito al comenzar este capítulo.

5.3. Plazo y destino a fines

La ley estipula que el monto que debe destinarse al cumplimiento de los fines se aplique en un plazo de tres años desde su obtención. El Reglamento ha venido a precisar la forma de contar este plazo, disponiendo “14.2. (...) Dicho destino deberá hacerse efectivo en el plazo máximo de tres años a partir del momento de la obtención de las rentas o ingresos. Este plazo se computará por ejercicios, iniciándose desde el siguiente en que se hayan obtenido los ingresos o rentas. A los solos efectos de determinar los ingresos o rentas a los que se refiere este apartado, y sin que ello incida en el cálculo de los impuestos correspondientes a los mismos, tales ingresos o rentas se entenderán obtenidos en el momento de su cobro efectivo por la fundación.”

De modo que el Reglamento aporta las siguientes dos novedades: establece un cómputo por ejercicios, y no por años, lo que significa ampliar el plazo en todos los casos, puesto que el plazo comienza a correr desde el ejercicio siguiente a la obtención de los ingresos; y luego, establece, como medio de protección del patrimonio fundacional, la regla del cobro efectivo, y no del devengo. Así se evita que la fundación se vea obligada a gastar un porcentaje de unos ingresos que aún no ha obtenido.

Respecto de la redacción del artículo 25, en lo que se refiere al destino del porcentaje “a la realización de los fines fundacionales”, se ha dicho que “en realidad el destino deberá hacerse efectivo en las actividades necesarias para la realización de los fines fundacionales. El objeto de esta precisión tiene importantes consecuencias, pues habrán de entenderse incluidos en el porcentaje de gasto necesario los gastos incurridos en la organización y estructura de la fundación, tales como los gastos de personal, material, suministros, etc.”¹⁰⁵⁹ Hay que concordar.

5.4. Los gastos de administración

Realizadas, de la manera que sea, las operaciones tendentes a determinar las rentas e ingresos netos de la fundación, recibirán aplicación las prescripciones de los apartados 3 a 5 del artículo 14 del Reglamento. La norma matriz, es el apartado tercero, que establece que “el resto de los ingresos o rentas netas se destinará a incrementar la dotación fundacional, una vez deducidos los gastos de administración.”

¹⁰⁵⁹ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La fundación: Un estudio jurídico*, p. 206.

Los párrafos siguientes se dedican a regular el espinoso tema de los gastos de administración.

Cabe recordar que la ley venía señalando en el artículo 25.3, que “de conformidad con los artículos 12.2 y 17.2, se entiende por gastos de administración aquéllos directamente ocasionados a los órganos de gobierno por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, y de los que los patronos tienen derecho a resarcirse de acuerdo con el artículo 13.6”, agregando que reglamentariamente se determinará la proporción máxima de dichos gastos.

Pues bien, el Reglamento establece que “son gastos de administración aquellos directamente ocasionados a los órganos de gobierno por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación. En particular, tendrán esa consideración los gastos debidamente justificados de los que los patronos tienen derechos a ser resarcidos”, y fija la proporción máxima de estos gastos indicando que su importe no podrá ser superior al 10 por 100 de los ingresos o rentas netos obtenidos en el ejercicio. Creyendo el redactor que tal límite puede ser insuficiente en la práctica, agrega la posibilidad de que, previa solicitud debidamente justificada del Patronato, el Protectorado autorice, para cada ejercicio, la elevación de dicho importe hasta un máximo del 20 por 100. El Reglamento ha sido más dádivo aún, ya que prevé el caso de que ni aún así se posibilite una adecuada gestión de su patrimonio, caso en el cual se faculta al Protectorado para autorizar, excepcionalmente y para un ejercicio determinado, que el importe de los gastos de administración se calcule en función del importe del patrimonio neto de la fundación, con el límite máximo del 5 por 100, siempre que con ello no se disminuya la dotación fundacional.¹⁰⁶⁰

La problemática de los gastos de administración, que está íntimamente vinculada a la exigencia de ejercicio gratuito del cargo de patrono, sin embargo, es compleja y muy técnica. CABRA DE LUNA, antes de la vigencia del Reglamento, hacía ver que la ley estatal había seguido el partido tradicional, con hondas raíces en la normativa fiscal española, de asimilar el ejercicio del cargo de patrono a la filantropía, en toda su extensión. Apuntaba que era difícil encajar en el concepto de “gastos

¹⁰⁶⁰ Una crítica fundamentada del contenido de este apartado puede verse en GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La fundación: Un estudio jurídico*, p. 209, quien además alberga serias dudas sobre su legalidad. En cualquier caso, la redacción actual del precepto reglamentario parece dar razón a los partidarios de la tesis monista para el cálculo de la base sobre la que aplicar los porcentajes del artículo 25 de la Ley. En efecto, sólo con un tal sistema es posible que se dé el caso previsto en el Reglamento.

ocasionados” el lucro cesante derivado de abandonar actividades rentables, por lo que queda excluida toda posibilidad de retribuir a los patronos. Al mismo tiempo, hacía ver que la opción más moderna intenta no dejar escapar a personas capaces, que sin una compensación no accederían a los patronatos de las fundaciones, aplaudiendo la opción gallega, que apuntaba en esa dirección, al permitir el pago de dietas por asistencia.¹⁰⁶¹ Concordaba también con DE PRADA GONZÁLEZ, que —antes de la ley— hacía presentes los riesgos de la opción finalmente elegida: “la norma que prohíbe la retribución de los miembros del Patronato sin distinción alguna obliga a buscar formas indirectas de retribuir que bordean, cuando no caen, en el fraude de la ley, o bien a apartar del gobierno de la fundación a las personas que efectivamente lo llevan, creando por encima de ellos un cuerpo de notables que prestan su nombre para incluirlos en el Patronato, y que no suelen estar muy enterados de las actividades de la fundación, cuyo peso recae sobre órganos inferiores de carácter ejecutivo que en la práctica concentran todo el poder real de la institución.”¹⁰⁶²

Otros autores, como PEDREIRA MENÉNDEZ, han celebrado la norma: “Para algún sector doctrinal este límite a los gastos de administración que ha establecido la ley es del todo innecesario y debería de desaparecer, estos gastos deben de ser los que resulten razonables, puesto que ya existe una rendición de cuentas para controlar la veracidad y adecuación de los mismos. Nosotros no coincidimos con estos autores y creemos que un diez por ciento de las rentas anuales de la entidad es una cifra adecuada y razonable para retribuir los gastos de los patronos. No se debe olvidar que la aceptación del cargo de patrono de una fundación es una opción voluntaria, que vincula al que lo acepta con una entidad sin ánimo de lucro, por lo que no es lógico que se pueda llegar a obtener un lucro privado entre sus directivos.”¹⁰⁶³

5.5. Las normativas autonómicas

El artículo 25, en conformidad con la Disposición Final Primera de la ley, no es normativa básica ni de general aplicación. Por tanto, frente a ella prevalecen las

No parece concebible que con el sistema dualista pueda ser necesario un 20% para gastos de administración, o que se imposibilite una “adecuada gestión del patrimonio.”

¹⁰⁶¹ CABRA DE LUNA: “Comentario a los Arts. 21 a 26”, p. 232.

¹⁰⁶² DE PRADA GONZÁLEZ: “Observaciones en torno a una futura Ley de Fundaciones”, conferencia de 1988 en el Colegio Notarial de Sevilla, cit. por CABRA DE LUNA: “Comentario a los Arts. 21 a 26”, p. 231. El notario y autor reitera su opinión en “Algunas Observaciones en torno al Proyecto de Ley de Fundaciones”, p. 856. En la misma posición, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La fundación: Un estudio jurídico*, p. 209.

ordenaciones autonómicas. Sin embargo, se observa en ellas una importante dosis de homogeneidad.

Una norma cuantitativamente diversa de la estatal es la vigente en Cataluña. El artículo 5.2 de la Ley de Fundaciones de esa Comunidad Autónoma prescribe que “a la realización de la finalidad fundacional debe ser destinado, al menos, el 80% de las rentas que obtenga la fundación y de los otros ingresos que no formen parte de la dotación de la fundación.”¹⁰⁶⁴

El precepto catalán es literalmente repetido por la Ley de Fundaciones de Interés Gallego, en su artículo 7.5. Sin embargo, la última modificación de la normativa gallega agrega un dato de gran interés. El nuevo (en realidad, no tanto: de 22 de junio de 1991) artículo 14.3. de la ley gallega expresa que “los miembros del órgano de gobierno ejercerán su cargo de forma gratuita, sin perjuicio del derecho a que se les reembolsen los gastos, debidamente justificados, que éste les produzca, así como el abono de las dietas por asistencia que, en su caso, fije su órgano de gobierno, dentro de los límites que se determinen reglamentariamente, y siempre y cuando no prohiban el abono de tales gastos los respectivos estatutos.” Por su parte, el apartado 4, *in fine*, da un salto aún mayor: “Cuando el apoderado general de una fundación fuese miembro del órgano de gobierno y ejerciese sus funciones con dedicación exclusiva, se determinará reglamentariamente la posibilidad de su retribución, si los estatutos así lo hubiesen previsto.”

La ley de Fundaciones del País Vasco (Art. 30) prescribe que “el destino de al menos el 70% de los ingresos de la fundación, obtenidos por todos los conceptos, deberá ser la realización de los fines determinados por la voluntad fundacional, salvo que se trate de aportaciones efectuadas en concepto de dotación patrimonial, bien en el momento de su constitución, bien en un momento posterior. El resto deberá destinarse a incrementar la dotación fundacional, una vez deducidos los gastos de administración, que no podrán sobrepasar en ningún caso la proporción que reglamentariamente se determine. Asimismo, reglamentariamente se determinarán las partidas que se imputarán a gastos de administración. La fundación podrá hacer efectivo el destino de la proporción de las rentas e ingresos a que se refiere el presente artículo en el plazo de tres años a partir del momento de su obtención.”

¹⁰⁶³ PEDREIRA MENÉNDEZ: *Régimen tributario de las fundaciones en la Ley 30/1994: Condiciones para su obtención*, p. 114.

¹⁰⁶⁴ FERRER I RIBA: “Les finalitats fundacionals: la seva naturalesa, compliment i modificació”, pp. 143 a 147.

Las legislaciones posteriores a la ley estatal siguen aproximadamente su modelo. Así, la ley civil foral de Navarra (Ley 10/1996) establece en su artículo 9 la regla del 70 por ciento, excluyendo también del cómputo a las aportaciones efectuadas en concepto de dotación patrimonial, bien en el momento de su constitución, bien en un momento posterior. Sigue asimismo el modelo de la ley estatal en cuanto el resto debe destinarse a incrementar la dotación fundacional, una vez deducidos los gastos de administración, y en cuanto al plazo de tres años a partir del momento de la obtención para hacer efectivo el destino de ese porcentaje. También se sigue el modelo en el trato de los gastos de administración. En efecto, entiende por tales “aquéllos directamente ocasionados a los órganos de gobierno por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, y de los que los patronos tienen derecho a resarcirse.” Se aparta, en cambio, de la regulación estatal en cuanto fija el máximo de estos en el 10 por 100 de los ingresos netos que obtenga la fundación “por sus actividades ordinarias” (el artículo 14 del Reglamento de fundaciones se limita a indicar “ingresos o rentas netos obtenidos en el ejercicio”. Parece, pues, que los gastos de administración están más limitados aún en Navarra. Se aparta también el fuero navarro de la regulación estatal en cuanto no contempla la posibilidad excepcional de aumentar el porcentaje de gastos de administración. Sólo se posibilita alterar la regla del 70 por 100 “cuando se pretenda incrementar la dotación fundacional de la entidad y así lo autorice el Departamento de Economía y Hacienda, previa solicitud formulada ante el mismo.” Asimismo se introduce la novedad de que “el plazo de tres años (...) puede ser objeto de ampliación cuando el destino de las rentas se ajuste a un plan formulado por la fundación y aceptado por el Departamento de Economía y Hacienda. Transcurridos tres meses desde la solicitud o formulación del plan a que se refieren los dos párrafos anteriores de este número, sin que haya recaído resolución expresa, la entidad puede considerar estimada su propuesta.” Respecto de la posibilidad de remunerar a los patronos, la ley navarra no cierra la puerta, pero condiciona el régimen fiscal de favor a la absoluta gratuidad. Así, el artículo 13 establece que “para disfrutar del régimen previsto en esta Ley Foral los cargos de patrono de las Fundaciones deberán ser gratuitos, sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione. Asimismo, tales personas deberán carecer de interés económico en los resultados de la actividad, por sí mismos o a través de persona interpuesta.”

También se aproxima al modelo estatal la Ley de Fundaciones Canarias, en su artículo 28. La norma ordena:

“Artículo 28.

1. La fundación deberá destinar a la realización del fin fundacional al menos el 70 por 100 de las rentas e ingresos netos obtenidos anualmente, previa deducción de impuestos. No se considerarán rentas ni ingresos a estos efectos las cantidades aportadas en concepto de dotación fundacional. Las rentas e ingresos restantes, deducidos los gastos de administración, se destinarán a incrementar la dotación fundacional de la fundación.

2. El destino de la proporción de rentas e ingresos a que se refiere el apartado anterior podrá hacerse efectivo en el plazo de tres años a partir del momento de su obtención.

3. Se entiende por gastos de administración aquéllos directamente ocasionados a los órganos de gobierno por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación y de los que los patronos tienen derecho a resarcirse de acuerdo con lo previsto en el artículo 19.2 de esta Ley.

La Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, en su artículo 22, establece que “A la realización de los fines fundacionales, deberá ser destinado, al menos, el 70 por 100 de las rentas o cualesquiera otros ingresos netos que, previa deducción de impuestos, obtenga la fundación, debiéndose destinar el resto, deducidos los gastos de administración, a incrementar la dotación fundacional. Las aportaciones efectuadas en concepto de dotación patrimonial, bien en el momento de su constitución, bien en un momento posterior, no serán computables a los efectos de lo previsto en este apartado.” Asimismo, indica que “la fundación podrá hacer efectivo el destino de la proporción de las rentas e ingresos a que se refiere el apartado anterior en el plazo de tres años a partir del momento de su obtención”, y que “se entiende por gastos de administración aquellos directamente ocasionados a los órganos de gobierno por la administración de bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, y de los que los patronos tiene derecho a resarcirse por el ejercicio de su cargo”, agregando que reglamentariamente se determinará tanto la proporción máxima de dichos gastos como las partidas que se imputarán a los mismos.

La reciente Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, en su artículo 20.4, establece que “las fundaciones aplicarán las rentas o cualesquiera otros ingresos netos que obtengan, previa deducción de impuestos, de acuerdo con los siguientes porcentajes: a) El 70 por 100 a la realización de los fines fundacionales, debiendo ser aplicados en el plazo máximo de tres ejercicios económicos a partir del momento de su obtención, siendo el inicial el siguiente al en que se generaron. b) A gastos de administración, hasta un máximo del 10 por 100 de los ingresos o rentas netos obtenidos en el ejercicio. Excepcionalmente, el Protectorado, previa solicitud del patronato documentalmente justificada, podrá autorizar el aumento de dicho porcentaje, sin que en ningún caso exceda del 20 por 100. c) A incrementar la dotación fundacional, el resto.”

Agrega, apartado seguido, que “se entiende por gastos de administración aquellos directamente ocasionados al patronato por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, y los que los patronos tienen derecho a resarcirse de acuerdo con el artículo 13.5 de esta Ley.”

Capítulo 6. Autocontratación y conflicto de intereses

6.1. Preliminar

El artículo 26 de la ley –bajo el sugestivo pero equivocado rótulo de “Autocontratación”– es la única norma que establece una limitación no vinculada a un tipo de bienes o de negocios, sino estructuradas sobre la base de la consideración de los sujetos que intervienen. Por ello, el tema es muy relevante, ya que puede incidir en la actividad normal de la fundación, y referirse a cualquier clase de derecho.

Como se sabe, la paradójicamente exacta denominación de autocontrato se aplica por la doctrina a la descripción de un conjunto de figuras en que la celebración de un negocio bilateral se lleva a cabo por una sola persona. Frente a la constatación de la posibilidad técnica de su existencia, un grupo –minoritario– de autores le ha negado admisibilidad jurídica, fundamentalmente sobre la base de la ausencia de dos voluntades diversas.¹⁰⁶⁵ La mayoría de la doctrina, sin embargo, tiende a admitir la figura como jurídicamente posible, aunque pugna en relación a si considerarla como de naturaleza contractual o bien como una declaración unilateral de voluntad.¹⁰⁶⁶ Al respecto coincido con quienes sostienen que la especulación conceptualista acerca de la naturaleza jurídica del autocontrato es inútil, puesto que en definitiva se trata de reflexionar (y juzgar) sobre la conveniencia de un resultado, más que sobre la supuesta naturaleza del evento que lo genera.¹⁰⁶⁷

A los efectos que aquí interesan, hay autocontrato cuando el autor del negocio interviene en su propio nombre y representando a otro; y cuando el autor interviene con poder de representación de dos partes, cuyos patrimonios resultan afectados.¹⁰⁶⁸ Para ninguno de estos casos contiene el ordenamiento jurídico nacional una regulación

¹⁰⁶⁵ DÍAZ DE ENTRE-SOTOS: *El Autocontrato*, pp. 49 y ss., cita doctrina comparada que sustenta esta posición.

¹⁰⁶⁶ Para una relación resumida, *Vid.* DÍAZ DE ENTRE-SOTOS: *El Autocontrato*, pp. 51 y ss.

¹⁰⁶⁷ En este sentido, DÍAZ DE ENTRE-SOTOS: *Op. cit.*, p. 67, siguiendo a PUIG BRUTAU.

¹⁰⁶⁸ Esto es, no consideraré como autocontratación la figura en la cual una persona que es titular de más de un patrimonio celebra consigo mismo un acto en virtud del cual vincula esos dos patrimonios, porque el conflicto se presenta con terceros que no son representados, por lo que el enfrentamiento de intereses es de naturaleza por completo diversa. En otros términos, consideraré que no hay autocontratación sin representación. Para una explicación completa de cada una de estas hipótesis, *Vid.* DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *La Representación*, pp. 200 y ss.

de orden general, por lo que la norma del artículo 26 aparece como un caso especial sin un marco legal de adscripción de carácter genérico.

6.2. Derecho comparado

La orfandad en que se encuentra la norma española de la Ley de Fundaciones contrasta con la situación de otros ordenamientos civiles europeos. Así, el Código Civil italiano de 1942 establece, en su Art. 1395, que es anulable el contrato concluido por el representante consigo mismo, en su propio nombre o como representante de otra parte, salvo que el representado lo haya autorizado específicamente, o cuando el contenido del contrato esté determinado de manera que excluya la posibilidad de conflicto de intereses. En caso de celebración ilegítima, la acción de impugnación sólo puede ser ejercitada por el representado.¹⁰⁶⁹ Por cierto, esta norma común resulta enteramente aplicable a la disciplina de las fundaciones.

También el Código Civil de Portugal posee una norma de general aplicación. Su artículo 261 dispone que es anulable el negocio celebrado por el representante consigo mismo, ya sea en su propio nombre, ya sea en representación de tercero, a no ser que el representado haya específicamente consentido la celebración, o que el negocio excluya por su naturaleza la posibilidad de conflicto de intereses. El texto dogmático luso agrega que se considera celebrado por el representante el negocio realizado por aquel en quien hubieran sido sustituidos los poderes de representación.¹⁰⁷⁰

Finalmente (aunque es cronológicamente el primero), el código alemán determina que un representante no puede, en tanto otra cosa no le esté permitida, celebrar en nombre del representado consigo mismo, en nombre propio o como

¹⁰⁶⁹ Codice Civile Italiano. Art. 1395. "Contratto con se stesso.

E' annullabile (1471 e seguenti) il contratto che il rappresentante conclude con se stesso, in proprio o come rappresentante di un'altra parte, a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificatamente ovvero il contenuto del contratto sia determinato in modo da escludere la possibilità di conflitto d'interessi (1735).

L'impugnazione può essere proposta soltanto dal rappresentato (1471)."

¹⁰⁷⁰ Código Civil de Portugal. Art. 261° "Negócio consigo mesmo.

1. *É anulável o negócio celebrado pelo representante consigo mesmo, seja em nome próprio, seja em representação de terceiro, a não ser que o representado tenha especificadamente consentido na celebração, ou que o negócio exclua por sua natureza a possibilidade de um conflito de interesses.*

2. *Considera-se celebrado pelo representante, para o efeito do número precedente, o negócio realizado por aquele em quem tiverem sido substabelecidos os poderes de representação."*

representante de un tercero, un negocio jurídico, a no ser que el negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación.¹⁰⁷¹

Sin perjuicio de la antes transcrita disposición general sobre la autocontratación, algunos *Länder* han estimado oportuno incluir, en sus respectivas leyes especiales, una referencia explícita a la hipótesis autocontractual en las fundaciones. Así lo ha hecho la Ley de Fundaciones de Baviera, que estipula – reiterando la disposición del BGB– que el órgano generalmente competente para representar a la fundación no puede concluir negocios jurídicos en nombre de la fundación con sí mismo, a nombre propio o en tanto representante de un tercero, a menos que el negocio jurídico consista exclusivamente en la ejecución de una obligación. Agrega, sin embargo, como solución ciertamente novedosa y única, la idea de que el Protectorado debe disponer, para esa clase de negocios jurídicos, un representante especial.¹⁰⁷² Si en lugar del órgano generalmente competente, la fundación contrata con un miembro de un órgano de la fundación, o meramente con una persona que esté al servicio de la fundación, el precepto aplicable es el artículo 27 (1) 7, que prescribe para dichos casos la autorización previa del Protectorado.¹⁰⁷³

Mucho más escueta, entendiendo que las hipótesis propiamente autocontractuales se hallan cubiertas por el Código Civil, la Ley de Fundaciones de Baden–Württemberg se limita a exigir comunicación administrativa previa (con poder de objeción) para los casos en que, sin haber autocontrato, se presenta un potencial conflicto de intereses, esto es, en los casos en que la fundación contrata con un integrante del patronato.¹⁰⁷⁴ Exactamente lo mismo hace la ley de Mecklemburg–Vorpommern.¹⁰⁷⁵

¹⁰⁷¹ Alemania. § 181 “*Insichgeschäft. Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.*”

¹⁰⁷² Alemania. Bayerisches Stiftungsgesetz. Art. 22 “*Rechtsgeschäfte der Stiftung mit sich selbst. Das zur Vertretung der Stiftung allgemein zuständige Organ kann Rechtsgeschäfte im Namen der Stiftung mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten nicht vornehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Die Stiftungsaufsichtsbehörde hat für solche Rechtsgeschäfte jeweils einen besonderen Vertreter zu bestellen.*”

¹⁰⁷³ Alemania. Bayerisches Stiftungsgesetz. Art. 27, (1), Nr. 7. *Vid.* el texto en la Nota Núm. 768.

¹⁰⁷⁴ Alemania. Stiftungsgesetz für Baden–Württemberg. § 13.4. *Vid.* el texto en la Nota Núm. 769.

¹⁰⁷⁵ Alemania. Stiftungsgesetz für das Land Mecklenburg–Vorpommern. § 20.4. *Vid.* el texto en la Nota Núm. 766.

En cambio, la ley de Nordrhein–Westfalen somete a autorización administrativa (no a comunicación) los negocios jurídicos celebrados por quien ostente la representación de la fundación, con sí mismo a nombre propio o como representante de un tercero, con lo que deja sin cobertura legal –esto es, permitidos sin condiciones– los negocios celebrados por la fundación con un integrante del patronato que no ostenta la representación de la fundación.¹⁰⁷⁶

Finalmente, la recientemente modificada (1998) ley de Renania–Palatinado contiene sobre la materia reglas muy diversas a las anteriores. En efecto, prescribe que en los negocios jurídicos de la fundación con un miembro de un órgano de la misma, debe excluirse a éste de la representación de la fundación, a menos que el negocio consista exclusivamente en la ejecución de una obligación. Esto es, opta por evitar el autocontrato (dejando la protección de los intereses de la fundación en el resto de integrantes del órgano), en vez de someterlo a condiciones. Luego, establece una incompatibilidad general, estipulando que un miembro de un órgano de la fundación no puede participar en la deliberación ni en la votación de asuntos en que la decisión puede significar una ventaja o desventaja directa para sí mismo, su cónyuge, sus parientes consanguíneos hasta el tercer grado o sus parientes por afinidad (vínculo matrimonial) hasta el segundo grado o una persona representada por él en virtud legal o convencionalmente. Finalmente, permite que el estatuto de las fundaciones privadas regule la representación y celebración de negocios de un modo diverso al legalmente dispuesto (el estatuto y sus modificaciones requieren, claro está, autorización administrativa, *ex* §§ 5, 7 y 21 de la ley).¹⁰⁷⁷

¹⁰⁷⁶ Alemania. Stiftungsgesetz für das Land Nordrhein–Westfalen vom 21. Juni 1977. § 21, (1), 5. *Vid.* el texto completo de la disposición en Nota Núm. 765.

¹⁰⁷⁷ Stiftungsgesetz Rheinland–Pfalz von 22. April 1966 (Zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes vom 6.7.1998). § 18 “Interessenkollision.

(1) *Bei Rechtsgeschäften der Stiftung mit einem Mitglied eines Stiftungsorgans ist dieses von der Vertretung der Stiftung ausgeschlossen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.*

(2) *Ein Mitglied eines Stiftungsorgans kann an der Beratung und Abstimmung von Angelegenheiten nicht teilnehmen, wenn die Entscheidung ihm selbst, seinem Ehegatten, seinen Verwandten bis zum Dritten oder Verschwägerten bis zum zweiten Grade oder einer von ihm kraft Gesetzes oder Vollmacht vertretenen Person einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann. Dies gilt nicht für Wahlen.*

(3) *Die Satzung von Privatstiftungen kann die Vertretung und Geschäftsführung abweichend von Absatz 1 und 2 regeln. Bei Familienstiftungen gilt vorbehaltlich anderer Satzungsbestimmungen das Verbot des Absatzes 2 nur für die Beratung und Abstimmung von Angelegenheiten, die das Mitglied des Organs selbst oder seinen Ehegatten betreffen.”*

La ley federal austríaca de fundaciones privadas, remediando el silencio de la ley anterior, establece mecanismos novedosos. Si la fundación tiene consejo de vigilancia, éste representa a la fundación en los negocios jurídicos que deba celebrar con integrantes del Patronato. En caso que la fundación carezca de ese órgano de supervisión, el negocio jurídico de la fundación un integrante del Patronato requiere el acuerdo de la totalidad de los demás miembros del órgano, y luego, aprobación judicial.¹⁰⁷⁸

6.3. El conflicto de intereses en el Derecho nacional

6.3.1. La Ley de Fundaciones y su Reglamento

El hecho de que la fundación, en tanto persona jurídica, sólo pueda actuar por medio de un representante supone la posibilidad lógica de que en el ámbito de su administración se produzca el fenómeno autocontractual. Una opinión encontrada es la de GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, que sostiene que por mérito de los términos del artículo 14.1, que impide la delegación de funciones del Patronato respecto de actos que estén sujetos a la autorización del Protectorado, no es posible en materia de fundaciones hablar de auténtica autocontratación; sino a lo sumo, de un conflicto de intereses.¹⁰⁷⁹ Me parece, sin embargo, que lo que dicha disposición prohíbe es que el Patronato se desentienda del proceso decisional (esto es, del proceso de formación de la voluntad en el seno de la fundación), respecto de actos que requieran la preceptiva autorización previa; pero no obsta, a mi juicio, a que la celebración del negocio (y probablemente la decisión de alguno de sus términos no esenciales) quede a cargo de un apoderado o delegado.¹⁰⁸⁰ Si se entiende la norma al modo de GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, el artículo 26 pierde todo su sentido, y se produce un verdadero callejón sin salida de carácter lógico: El artículo 26 exige autorización del Protectorado para autocontratar, el 14.1 impide la delegación cuando hay exigencia de autorización, y como no se puede delegar, no se puede, en consecuencia, autocontratar.

¹⁰⁷⁸ Austria. Privatstiftungsgesetz (PSG, BGBl. Nr. 694/1993). § 25. Aufgaben des Aufsichtsrats Vertretung der Privatstiftung. (...) (3) *Der Aufsichtsrat vertritt die Privatstiftung bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern. (...)* § 17. "Aufgaben des Stiftungsvorstands, Vertretung der Privatstiftung. (...) (5) *Wenn die Privatstiftung keinen Aufsichtsrat hat, bedürfen Rechtsgeschäfte der Privatstiftung mit einem Mitglied des Stiftungsvorstands der Genehmigung aller übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstands und des Gerichts.*"

¹⁰⁷⁹ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La Fundación: Un estudio jurídico*, p. 108.

¹⁰⁸⁰ VERDERA SERVER: "El autocontrato en las fundaciones", p. 127, apunta acertadamente que el Reglamento, al exigir —como documento que la Fundación ha de acompañar a la solicitud de

Por otra parte, es legalmente evidente que la posibilidad autocontractual fue advertida por el legislador, cuya regulación –novedosa en el Derecho español¹⁰⁸¹– del artículo 26 escuetamente prescribe que “los patronos podrán contratar con la fundación, ya sea a nombre propio o de un tercero, previa autorización del Protectorado”. Esta autorización es necesaria tanto para contratos de ejecución instantánea, como una compraventa, o para negocios que establezcan relaciones a desarrollar en el tiempo, como si un Patrono ejerce remuneradamente el cargo de gerente, o mantiene relaciones laborales o profesionales de otra índole con la fundación.¹⁰⁸²

6.3.1.2. El mecanismo del artículo 26

6.3.1.2.1. *Ámbito de aplicación*

La primera cuestión que salta a la vista al leer el texto del precepto que comento es que tiene un alcance diverso al que sugiere su epígrafe. En efecto, a partir de las modalidades de representación que la ley permite a las fundaciones, es posible determinar que el campo aplicativo del artículo 26 resulta bastante distinto que el de la

autorización para autocontratar– la “certificación del acuerdo del Patronato por el que se dispone la realización de la autocontratación” (Art. 15.2, b) avala esta posición.

¹⁰⁸¹ Las normas estatales previas omitieron el tema, y en la legislación autonómica anterior sólo la Ley de Fundaciones del País Vasco, dictada sólo unos meses antes de la ley estatal (y que por ello, da cuenta de los temas abordados en los trabajos preparatorios de ésta) contiene una norma referida al tema, estableciendo la prohibición de la autocontratación, salvo autorización del Protectorado (Art. 14).

En idéntico sentido primariamente prohibitivo se orientaba la primera versión del Anteproyecto (que además incluía en la prohibición los contratos con el cónyuge o parientes directos de los patronos) y la versión finalmente enviada por el Gobierno a las Cortes. Durante la tramitación del Proyecto en el Parlamento, sin embargo, una propuesta de enmienda del Grupo Parlamentario Catalán (*Convergència i Unió*) destinada a invertir la redacción de la norma, dándole un sentido primariamente afirmativo, tuvo éxito, quedando el texto con la configuración vigente. La justificación del cambio fue que “en numerosos Patronatos de fundaciones están presentes entidades públicas y/o empresas privadas, que, afortunadamente, suscriben contratos y/o convenios con la fundación en cuyo Patronato están representados, en virtud de los cuales subvencionan o ayudan económicamente a la fundación de forma periódica.” Enmienda Num. 106, del Grupo Parlamentario Catalán (*Convergència i Unió*) en el Congreso. Comentarios a la Ley de Fundaciones e Incentivos Fiscales, Tomo II, Documentos, p. 107.

¹⁰⁸² DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 306 y 307, sostiene que la ley permite estas posibilidades, particularmente la figura del Patrono gerente, aunque desincentivadas por el artículo 43, que niega trato fiscal preferente a aquellas Fundaciones en que los patronos “tengan interés económico en los resultados de la actividad.” El tema es espinoso, pero puede argumentarse, en contra, que si el gerente tiene una remuneración fija, no relacionada con las ganancias o pérdidas de la actividad desarrollada, carece en realidad de interés en los resultados, y por ello, la Fundación podría seguir recibiendo trato privilegiado. En este sentido se manifiestan GIMÉNEZ-REYNA y ZURDO Y RUIZ-AYÚCAR: “Comentario a los Arts. 40 a 46”, p. 404.

pura autocontratación, extendiéndose a casos que no son autocontractuales, y quedándose sin regir situaciones que positivamente lo son.

El primero de estos extremos ha sido advertido por un autor: “(...) el artículo 26 de la Ley (que) se refiere, en los términos más amplios, a todo patrono, y por tanto, también al que no ha recibido delegación alguna de facultades.”¹⁰⁸³ “(...) el alcance del artículo 26 de la Ley de Fundaciones no puede entenderse referido a las hipótesis de autocontratación propiamente dicha, sino que va mucho más allá. En definitiva, lo que este precepto establece es, de hecho, una incompatibilidad del patrono para contratar con la fundación, incompatibilidad de la que puede ser dispensado por el Protectorado.”¹⁰⁸⁴

La falencia descrita resulta naturalmente del juego de los términos del artículo 26, con las disposiciones sobre gobierno y administración de la fundación que contienen los artículos 12 y 14 de la Ley, particularmente¹⁰⁸⁵. El primero establece que el gobierno y representación de las fundaciones reside en el Patronato, que necesariamente debe ser colegiado. A su turno, el artículo 14 permite la delegación de facultades del Patronato en alguno de sus miembros, y el apoderamiento general (gerente o director general) o especial de un tercero (mandatario especial o director técnico).¹⁰⁸⁶ Como contraparte de la fundación (excluyendo al tercero absoluto) pueden actuar el propio Patronato, actuando en nombre de un tercero; todos los integrantes del Patronato, por sí mismos, o en nombre de un tercero; un patrono representante, por sí mismo, o actuando por otra persona; un patrono no delegado, por sí, o por otra persona; el gerente, por sí mismo, o representando a un tercero; y un mandatario especial, por sí mismo, o actuando en representación de otro.

¹⁰⁸³ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 304. Hasta donde sé, es el único autor que ha advertido la incoherencia entre el título del artículo 26 y su contenido. VERDERA SERVER: “El autocontrato en las fundaciones”, destaca que la Ley deja sin regular la situación de los apoderados (p. 92), y luego apunta que “dada la exigencia de pluripersonalidad en el órgano de gobierno fundacional, la autocontratación sólo se planteará, en sentido estricto, cuando todos los miembros del Patronato contraten a la vez con la Fundación.” (p. 97).

¹⁰⁸⁴ DEL CAMPO ARBULO: *Op. cit.*, p. 305.

¹⁰⁸⁵ También pudiera citarse el artículo 17.2 en cuya virtud “la administración y disposición del patrimonio corresponderá al Patronato en la forma establecida en los Estatutos y con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley.”

¹⁰⁸⁶ Para una explicación detallada de las modalidades de representación de la Fundación, *Vid.* SALELLES CLIMENT y VERDERA SERVER: *El Patronato*, Cap. V, “Estructura del Patronato”, pp. 103 a 124.

Esta doble constatación permite desglosar una serie de hipótesis fácticas de combinación bastante extensa, cuyo análisis no cabe aquí, pero que permiten extraer tres conclusiones básicas.

Existen, en primer término, los casos “normales” en que parece que estaban pensando los redactores al diseñar el actual artículo 26 de la Ley. Son situaciones en que se produce autocontrato, y se aplica sin más el artículo 26. Por ejemplo, el caso en que el Patronato ha delegado la representación en uno de sus miembros, y éste contrata con la fundación, vinculando su patrimonio personal, o el caso en que el Patronato ha delegado la representación en uno de sus miembros, y éste contrata con la fundación, pero vinculando el patrimonio de un tercero cuya representación también ostenta.

Luego, existen supuestos en los que, a pesar de existir autocontrato, no se pueden aplicar los términos del artículo 26. Se trata, fundamentalmente, del conjunto de casos en los que el Patronato ha conferido un poder general o un poder especial a un tercero y éste contrata con la fundación, vinculando su patrimonio personal, o bien vinculando el patrimonio de un tercero cuya representación también ostente. Revisaré más adelante de qué modo el reglamento ha cubierto esta laguna. Pero también es autocontractual –y carece de cobertura legal y reglamentaria– la hipótesis en que el órgano contrata consigo mismo, para sí o porque la Fundación ha recibido poder de un tercero para realizar un cierto contrato.¹⁰⁸⁷

Luego, hay que considerar un grupo de supuestos en los que no hay autocontrato, o es muy discutible que lo haya, pero respecto de los cuales se hace plenamente aplicable el artículo 26, dada la amplitud de sus términos. Tal aplicación es afortunada porque aunque no se trate de hipótesis autocontractuales, el conflicto de intereses se plantea de modo parecido, aunque morigerado, como en el caso de un patrono no delegado que contrata, obligando su peculio personal, con la fundación, representada por el Patronato.

Ahora bien, la falencia legal de dejar anónimos varios supuestos autocontractuales fue detectada por el Gobierno, que intentó salvarla –al menos de

¹⁰⁸⁷ Supóngase que A otorga poder suficiente, por escritura pública, a la Fundación X, para que, representada por su Patronato, realice todos los actos y contratos que sean necesarios para traspasar a la misma Fundación el dominio del bien N, de propiedad de A. Este es un supuesto que debiera encontrarse cubierto por la norma citada, porque es tan posible el abuso o desviación a favor de la Fundación como del tercero representado por ella. La norma del art. 22 de la Ley de Fundaciones

modo parcial- en el momento de la dictación del correspondiente Reglamento, dentro de las limitaciones naturales de la potestad reglamentaria. El Reglamentario norma el tema en su artículo 15, cuyo apartado 5º dispone que “La autocontratación de los apoderados generales o especiales con la fundación, en el ámbito de su respectivo apoderamiento, requerirá la autorización previa, expresa y especial del Patronato”.

Respecto de esta norma, CABRA DE LUNA¹⁰⁸⁸ sostuvo que es razonable y lógica, pero redundante. En verdad no es así, puesto que claramente se refiere a algunas de las situaciones que no están cubiertas por el artículo 26 de la Ley. Como puede apreciarse, “esta referencia reglamentaria a los apoderados, que carece de base legal, se plantea en unos términos completamente distintos por lo que respecta a los sujetos afectados, al objeto de la limitación y los requisitos de la autorización. (...) la diferencia fundamental radica en que cuando se trata de los patronos, el control tiene carácter externo a la fundación; y en cambio, en relación a la autocontratación de los apoderados, ese control es interno a la fundación en cuanto es asumido por el propio Patronato.”¹⁰⁸⁹

Se ha sostenido también que “la autorización para que los apoderados puedan contratar excluye la ratificación posterior de los negocios jurídicos, ya que deberá tener carácter previo (...)”¹⁰⁹⁰ Con todo, no se divisa razón plausible para exigir que la autorización del Patronato sea necesariamente previa, en circunstancias que, como se verá, la doctrina admite la posibilidad de que el Protectorado autorice *ex post*, validando el acto, el contrato de un patrono con la fundación. Ahora bien, es claro que la ratificación se encontraría excluida si la norma que comento tuviera rango legal. Como se trata de un puro Reglamento, pudiera sostenerse que –pese a su texto- puede el Patronato ratificar, en ejercicio de los principios generales del Derecho Privado.

Además, el artículo 15.5 del Reglamento no hace posible una sanción de ineficacia para el acto celebrado en contravención con la norma, debido a su naturaleza puramente reglamentaria. En otras palabras, para garantizar la eficacia de la disposición, ésta debiera tener rango legal. Tal rango, además, pondría al precepto a resguardo de ataques basados en la extralimitación de la potestad reglamentaria, que hoy no pueden considerarse impensables.

bávara, en cambio, cubre perfectamente todos los casos autocontractuales, ya que se refiere al “órgano generalmente competente para representar a la fundación”.

¹⁰⁸⁸ CABRA DE LUNA: *El Tercer Sector*, p. 447.

¹⁰⁸⁹ VERDERA SERVER: “El autocontrato en las fundaciones”, p. 91.

¹⁰⁹⁰ GARCÍA-ANDRADE: *La Fundación: Un estudio jurídico*, p. 110.

Finalmente, la norma supone que la autorización no debe entenderse “concedida implícitamente en ningún apoderamiento, pues el Reglamento exige que sea expresa; y finalmente, deberá ser especial para cada negocio jurídico de autocontratación, sin que pueda entenderse otorgada en poderes generales de administración o disposición; de esta manera, el patronato de la fundación conocerá cada uno de los casos de autocontratación del apoderado con la fundación.”¹⁰⁹¹

6.3.1.2.2. El procedimiento de autorización

El Reglamento detalla el procedimiento a seguirse en caso de que alguno de los patronos quiera contratar con la fundación. Para ello es necesaria una solicitud de autorización para autocontratar, que “será cursada al Protectorado por el Patronato, y habrá de ir acompañada por la siguiente documentación:

- a) Copia del documento en que se pretende formalizar el negocio jurídico de autocontratación.
- b) Certificación del acuerdo del Patronato por el que se dispone la realización de la autocontratación.
- c) Documento acreditativo de los recursos económicos destinados al negocio jurídico, así como justificación del valor actual del bien o servicio que se desea contratar con el Patrono.” (Art. 15.2 del Reglamento).

La doctrina tiende a coincidir respecto a que la autorización debe solicitarse y ser otorgada acto por acto, en concreto, no habiendo lugar para una autorización genérica por parte del Protectorado.¹⁰⁹² Con la normativa actual, no parece posible otra opción, pero hay que dejar anotado que esta solución, en casos de fundaciones que desarrollen su actividad principalmente con aportes periódicos de sus patronos, puede entorpecer bastante la gestión. El problema se solucionaría automáticamente si la autorización se exigiera sólo para los negocios onerosos para la fundación.

Luego, el Reglamento establece un plazo de tres meses para resolver la solicitud, y la presume resuelta favorablemente si ha transcurrido ese plazo sin respuesta expresa. Con todo, “el plazo para resolver quedará interrumpido cuando la solicitud no reúna los requisitos necesarios o no se presente debidamente documentada

¹⁰⁹¹ *Loc. cit.*

¹⁰⁹² REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI: *La Nueva Ley de Fundaciones*, p. 71. En el mismo sentido, LÓPEZ-NIETO Y MALLO: *Manual de fundaciones*, p. 254. VERDERA SERVER: “El autocontrato en las fundaciones”, p. 123, se pregunta por la posibilidad de aplicar analógicamente la posibilidad de las autorizaciones anuales, y –aún reconociendo que la cuestión es muy dudosa– se inclina por la negativa.

y el Protectorado así lo estime mediante acto motivado que notificará al Patronato. El plazo se reanudará por el tiempo que reste, desde el momento en que tales defectos se hayan subsanado. Las resoluciones han de ser siempre motivadas” (Art. 15.3 del Reglamento).

A continuación, el Reglamento establece los criterios de actuación del Protectorado en la materia, determinando los supuestos en los que este organismo deberá rechazar la solicitud. Ello ocurrirá:

b) Cuando el negocio jurídico encubra una remuneración por el ejercicio del Patronato

a) Cuando el valor de la contraprestación que deba recibir la fundación sea inferior al valor de la prestación que deba realizar la misma.

Sin embargo, debe señalarse que la naturaleza de la norma que establece estos dos supuestos (“El Protectorado denegará la autorización para autocontratar en los siguientes supuestos:...” Art. 15.4 del Reglamento) es oscura. En efecto, el tenor literal de la disposición no permite sostener con nitidez que se trate de las únicas hipótesis en que puede producirse la negativa, esto es, que la enumeración de causas es *numerus clausus*. Por el contrario, su redacción no cierra –a mi juicio- la posibilidad de que el Protectorado justifique un rechazo por una causa diferente. CABRA DE LUNA, por una parte, y VERDERA SERVER, de la otra, han sostenido la primera posición: El primero ha indicado que “(...) sólo caben dos supuestos reglados de denegación (...) En todos los demás casos ha de entenderse que la valoración del Protectorado ha de ser positiva...”¹⁰⁹³ CABRA DE LUNA cita en su apoyo un dictamen del Consejo de Estado cuyo sentido, en verdad, provee de sustento a la tesis contraria: “las funciones asignadas al Protectorado en este aspecto (...) no pueden concebirse como absolutamente regladas, sino que deberá valorar las circunstancias concurrentes dentro del ámbito que le está encomendado (...)”¹⁰⁹⁴ VERDERA SERVER, por su parte, ha sostenido la tesis del *numerus clausus* sobre la base de considerar que se trata controles administrativos que limitan la autonomía propia de los entes fundacionales, por lo que deben ser interpretados restrictivamente.¹⁰⁹⁵

En relación a este específico punto, me parece razonable –contra las opiniones expuestas– pensar en el Protectorado como un órgano que ejerza un margen de

¹⁰⁹³ CABRA DE LUNA: *El Tercer Sector*, p. 445.

¹⁰⁹⁴ Dictamen Número 1.035/1996, de 30 de abril, cit. por CABRA DE LUNA: *El Tercer Sector*, p. 446.

¹⁰⁹⁵ VERDERA SERVER: “El autocontrato en las fundaciones”, p. 130.

discreción para decidir la autorización, y no se limite a comprobar de un modo puramente automático la presencia de las únicas causas regladas de rechazo. El rango puramente reglamentario de las normas que condicionan la autorización abre esta posibilidad. La interpretación contraria conduce a la necesidad de permitir situaciones anómalas, como el caso de la fundación que compra a un patrono, a precio de mercado, un bien que realmente no necesita, facilitándole así una liquidez inmediata. Aquí no se encubre una remuneración, ni el valor de las prestaciones recíprocas es inequitativo, pero es evidente que el negocio no es conveniente para la fundación. Sin embargo, la posición jurídica del Protectorado será muy diversa según si el caso se ajusta o no a alguna de las hipótesis reguladas. En el primer caso, para fundar su rechazo (El artículo 15.3 establece que las resoluciones han de ser siempre motivadas) bastará con que el Patronato justifique la inclusión del negocio solicitado en la norma reglamentaria; en el segundo, una presunción de licitud ampara al negocio cuya autorización se pide, y por tanto, la motivación del rechazo deberá ser sustantiva, de fondo, justificando el desvío de los fines fundacionales, o una clara falta de oportunidad o conveniencia.

6.3.1.2.3. El problema de la sanción. Remisión

Al igual que ocurre cuando se omite la preceptiva autorización para enajenar, en el evento de que se produjeran para la fundación daños y perjuicios como consecuencia de la celebración de un autocontrato en contra del criterio del Protectorado, o sin requerir su asenso, se puede producir un supuesto de responsabilidad de los patronos que lo hubieran consentido, conforme al artículo 15 de la Ley.

Respecto de la incidencia de la falta de autorización en la propia estructura del negocio celebrado, se ha sostenido que el autocontrato en esa situación adolece de ineficacia. Tal aseveración, con todo, debe necesariamente ser matizada. En efecto, el artículo 26 de la Ley no se pronuncia respecto de la clase de ineficacia que afecta al acto celebrado sin autorización. Es más, ni siquiera establece que deba haber alguna clase de ineficacia jurídica en un acto tal. Sobre su exclusiva base, por tanto, no puede sostenerse una sanción que prive de efectos al autocontrato no permitido. Sólo el artículo 32, relativo a las funciones del Protectorado, que tiene su apartado tercero destinado específicamente al ejercicio de acciones en representación de la fundación, contiene una referencia a supuestos de ineficacia, ya que establece la función del Protectorado de “impugnar los actos y acuerdos del Patronato que sean contrarios a los preceptos legales y estatutarios por los que se rige la fundación.”

De hecho, y puesto que el Derecho español carece de una regulación general de la autocontratación¹⁰⁹⁶, la sanción que con mayor naturalidad surge de su ordenamiento privado, para el caso específico de la autocontratación en las fundaciones, es la nulidad radical o de pleno derecho, por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil. Esto, porque en el caso de las fundaciones existe una norma imperativa (el artículo 26 de la Ley) que se viola cuando se autocontrata sin la autorización del Protectorado. Sin embargo, la doctrina ha desechado con buen criterio esta sanción por su gravedad extrema (al igual que en el caso de las enajenaciones defectuosas) y porque es incompatible con la posibilidad, respecto de la cual la doctrina está conteste, de que en el caso de las fundaciones, el Protectorado puede subsanar o convalidar *ex post facto* el contrato celebrado sin su anuencia. Así CABRA DE LUNA,¹⁰⁹⁷ y siguiéndolo, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ,¹⁰⁹⁸ han postulado como sanción aplicable la anulabilidad, aunque sin dar cuenta de los problemas de fundamentación que se presentan (CABRA DE LUNA habla de “abuso de representación” y no se hace ningún problema para vincularlo directamente a una anulabilidad).¹⁰⁹⁹ Se hace cargo del problema, en cambio, LINARES ANDRÉS,¹¹⁰⁰ quien sigue la línea argumental de DÍAZ DE ENTRE-SOTOS para fundar la anulabilidad. Implícitamente, OLMOS VICENTE postula también la anulabilidad, esta vez fundada en una incapacidad del Patronato.¹¹⁰¹

Una postura diversa ha mantenido VERDERA SERVER, que argumenta que “el silencio de la ley y del reglamento en torno a la legitimación, a los plazos de ejercicio, etc., de la acción de impugnación de ese acto dificultan su asimilación al régimen propio y peculiar de la anulabilidad”¹¹⁰² por lo que se decanta por considerar el autocontrato como un negocio incompleto o en vías de formación, y le hace aplicable el artículo 1259 del Código Civil. También pudiera sostenerse, con DIEZ PICAZO Y

¹⁰⁹⁶ Para una exposición detenida del estado de la cuestión en la doctrina nacional, *vid.* DÍAZ DE ENTRE-SOTOS: *El Autocontrato*; o RIVERO HERNÁNDEZ: “Naturaleza y situación del *falsus procurator*”, p. 1066 y ss., cuya exposición sigue DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *La Representación*, pp. 218 y 219.

¹⁰⁹⁷ CABRA DE LUNA: “Comentario a los Arts. 21 a 26”, p. 237; y *El Tercer Sector*, p. 447.

¹⁰⁹⁸ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La Fundación: Un estudio jurídico*, p. 109.

¹⁰⁹⁹ En idéntica situación, HUERTA HUERTA y HUERTA IZLAR DE LA FUENTE: *Fundaciones*, p. 518.

¹¹⁰⁰ LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*, p. 221.

¹¹⁰¹ OLMOS VICENTE: “Novedades en materia de Protectorados, Patronatos, Patrimonio y Registro”, p. 86.

¹¹⁰² VERDERA SERVER: “La Autocontratación en las Fundaciones”, p. 139. Previamente habían sostenido la misma posición CARRASCO PERERA, A., en ponencia en Seminario sobre *Fundaciones, Mecenazgo y Sociedad Civil en el umbral del siglo XXI*, U. de Castilla La Mancha, Cuenca, julio de 1994, cit. por MARÍN GARCÍA DE LEONARDO: “El Patrimonio de las Fundaciones: Su Enajenación y Gravamen”, p. 3323, Nota 33; y la propia autora que lo cita.

PONCE DE LEÓN,¹¹⁰³ que el autocontrato sin autorización de quien debe prestarla debe asimilarse a la actuación del falso procurador, o del representante que se excede de los límites de su poder. Sin embargo, la solución dogmática para este caso no resulta en absoluto clara.

Nos encontramos, pues, para este caso, con una doble ausencia regulatoria. Por un lado, falta una regulación específica de la ineficacia del negocio en la propia Ley de Fundaciones, y de otra parte, carecemos de una regulación general (o de una construcción teórica unánimemente aceptada) sobre la eficacia del autocontrato. Por esa iterada carencia, y considerando que en este caso existen dos hechos relevantes (la falta de una preceptiva autorización, bajo la cual hay una hipótesis autocontractual) me parece razonable retener de este caso el primero de esos hechos esenciales: se trata de un negocio que requería la autorización del Protectorado, y tal autorización se omitió; y en consecuencia con ese hecho esencial, homologar su tratamiento al propuesto para los negocios de enajenación de derechos en los que se ha omitido la preceptiva autorización, de modo de proveer de un tratamiento unitario, en la Ley de Fundaciones, de los negocios “defectuosos”.¹¹⁰⁴

Con todo, es claro que una futura reforma legal debiera dar cuenta de este punto, y establecer formalmente un tipo de ineficacia, con el objeto de reducir la dosis de incerteza que hoy rodea el tema.

6.3.1.2.4. La validación retroactiva

El tema de una posible subsanación del vicio por el expediente de una autorización del Protectorado de carácter posterior a la celebración del autocontrato, no se regula ni en la Ley ni en el Reglamento (lo que constituye una inevitable consecuencia de la ausencia de regulación de alguna sanción de ineficacia para el acto). Con todo, los autores coinciden en que tal evento debe considerarse jurídicamente posible. Si se efectuara la autocontratación sin mediar autorización, puede “que se subsane y convalide ese defecto por el Protectorado aplicando por analogía el artículo 10.2 del propio Reglamento de Fundaciones de Competencia

¹¹⁰³ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *La Representación*, pp. 213 y 214. En cambio, CABRA DE LUNA: “Comentario a los Arts. 21 a 26”, p. 237, no se enreda en “tecnicismos” y habla derechamente de “abuso de representación que conduce a la anulación del contrato”.

¹¹⁰⁴ Véase el epígrafe 3.3.1.4. La ausencia de la preceptiva autorización, en la pág. 324.

Estatal¹¹⁰⁵ referente a las enajenaciones y gravámenes defectuosos (vid. arts. 1259 y 1892 del Código Civil) (...).”¹¹⁰⁶

Desde luego, no cabe esta convalidación si el Protectorado había previamente denegado la correspondiente autorización: en tal caso el acto es insubsanablemente nulo.¹¹⁰⁷ En otros términos, el Protectorado podría revocar libremente el acto administrativo por el que deniega la autorización, pero tal revocación sólo tendrá valor si se realiza antes de que el contrato se celebre, a efectos de determinar la futura confirmabilidad del negocio. Si la revocación ocurre después de la celebración del contrato, sólo cabría elevar una nueva solicitud para renovar el acto.

Asimismo, se ha sostenido –razonablemente, a mi juicio– la validez del autocontrato celebrado bajo condición suspensiva de que se obtenga la autorización del Protectorado con posterioridad.¹¹⁰⁸

Finalmente, respecto de la posibilidad de que el Protectorado intente retractarse de la autorización concedida para autocontratar, me remito a los comentarios realizados a propósito de la revocación de la autorización para enajenar.

6.3.1.3. Perspectiva crítica

En los párrafos que siguen intentaré sistematizar lo que me parecen las principales falencias regulatorias en el tema del autocontrato en el campo normativo fundacional.

El contenido del artículo 26 no se corresponde con su rótulo, pese a lo cual, y porque al epígrafe debe asignársele una mera función de identificación, derivada de plausibles exigencias de técnica legislativa (sumada a alguna tarea subsidiaria, y por

¹¹⁰⁵ “Artículo 10.2. El Protectorado, a la vista de las circunstancias concurrentes, y ponderando especialmente la existencia de buena fe por parte de la fundación, resolverá sobre la procedencia de subsanar el defecto otorgando la pertinente autorización o de entablar la acción de responsabilidad a que se refiere el artículo 15.3, b), de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.”

¹¹⁰⁶ CABRA DE LUNA: *El Tercer Sector*, p. 447. En idéntico sentido, aunque empleando un técnicamente peculiar lenguaje jurídico, HUERTA HUERTA y HUERTA IZIAR DE LA FUENTE: “(...) cabe una *convalidación posterior* que se articule por el Protectorado como una *ratificación* (...)” (*Fundaciones*, p. 518). Las cursivas son mías.

¹¹⁰⁷ CABRA DE LUNA: “Comentario a los Arts. 21 a 26”, p. 237; y HUERTA HUERTA y HUERTA IZIAR DE LA FUENTE: *Fundaciones*, p. 518.

¹¹⁰⁸ OLMOS VICENTE: “Novedades en materia de Protectorados, Patronatos, Patrimonio y Registro”, p. 84.

tanto secundaria, de auxilio hermenéutico) hay que dar al artículo 26 una interpretación amplia, dentro de los límites que su redacción permite. En cualquier caso, es claro que se impone, en una futura reforma legal, una modificación del epígrafe del artículo 26, que debe dejar de aludir a la autocontratación para referirse de manera más general al conflicto de intereses.

Enseguida, la normativa estatal deja sin regular la sustitución del apoderado. La sustitución de poderes es la hipótesis en que el representante delega poder en un tercero, para celebrar con él el contrato y no configurar formalmente un supuesto autocontractual. Esta omisión debiera también salvarse en una eventual reforma de la disposición. Es cierto, como sostiene DIEZ PICAZO¹¹⁰⁹, que formalmente no hay un autocontrato, puesto que aquí concurren dos personas, y que el problema puede solucionarse por la vía del objeto ilícito por fraude a la ley o por la vía de la simulación, pero no es menos cierto que esas vías indirectas pueden presentar fuertes dificultades probatorias, dificultades que, en materia de fundaciones, pueden verse agravadas por la inexistencia de un particular directamente perjudicado que inste —de modo inmediato— la persecución de las responsabilidades correspondientes.

Asimismo, la redacción vigente del artículo 26 omite regular el sensible tema de los contratos con los familiares de los patronos.¹¹¹⁰ En ellos, el conflicto de intereses se plantea de manera igualmente fuerte (quizá más fuerte) que en el contrato entre el mismo patrono y la fundación. Recordemos que el Anteproyecto de la Comisión Redactora constituida por el Ministerio de Asuntos Sociales normaba precisamente el punto, exigiendo en estos casos la autorización del Protectorado, y lo mismo hace hoy en día la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana. Hoy, en el ámbito de la ley estatal, no cabe sino considerar válido el contrato que obligue a la fundación para con el cónyuge o un familiar de un patrono (sin perjuicio de la responsabilidad en que éste pueda incurrir conforme al artículo 15 de la Ley, por no desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal). Una reforma de la ley debiera hacerse cargo de estas figuras, que presentan indudablemente un importante potencial conflictivo.

Por otra parte, hay que indicar que, en el triple plano de aligerar la carga administrativa de las fundaciones, facilitar las donaciones que sus patronos o administradores puedan hacerle, y morigerar la injerencia estatal en su marcha,

¹¹⁰⁹ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *La Representación*, p. 210.

¹¹¹⁰ Denuncia el problema VERDERA SERVER: "El autocontrato en las fundaciones", p. 99.

centrándola en los casos verdaderamente conflictivos, sería razonable no exigir de autorización previa a los autocontratos que importen un exclusivo beneficio para la fundación. Es decir, el artículo 26 no debiera aplicarse a los negocios gratuitos para la fundación, y en los que no deba ésta, en consecuencia, realizar contraprestación de ninguna especie o cuantía, tal y cual como lo sugería la enmienda propuesta por el Grupo Popular en su oportunidad, pero con fundamento en la ausencia total de posibilidad de conflicto de intereses, y no en que estas donaciones “son un tipo de contratos civiles”¹¹¹¹, expresión que -como argumento- me parece ininteligible.

Otro supuesto en que puede plantearse conflicto de intereses que la Ley ha dejado sin regulación, y que sólo VERDERA SERVER parece haber advertido, es el de la posibilidad de que la fundación contrate con un fundador que no sea patrono.¹¹¹² o con sus familiares, posibilidad que es perfectamente concebible a la luz de la normativa vigente. Es más, si se quisiera abusar de la figura de la persona jurídica fundacional, es probable que precisamente se recurriera al truco de dejar a los fundadores fuera del Patronato, poniendo en él a intermediarios de confianza, eludiendo de tal modo los controles pensados legalmente sólo para los patronos. El modelo de la norma navarra, al que me referiré luego, resulta incompleto, pues sólo cubre los casos de prestación de servicios retribuidos, dejando fuera a todo otro fenómeno obligacional diverso.

Finalmente, un último supuesto en el que es probable la presencia de intereses en conflicto, y que ha quedado sin regulación estatal es, como también ha puesto de relieve VERDERA SERVER, la hipótesis del contrato que obligue a la fundación para con una sociedad controlada por uno o más patronos.¹¹¹³ Son además igualmente conflictivos en potencia los contratos con sociedades en las que esa posición de control es detentada por el fundador, o por familiares de éste o de los patronos. Como se verá, la ley valenciana se hace cargo de alguna de estas posibilidades, exigiendo la autorización previa del Protectorado, aunque lo hace con carácter general para toda contratación, y no -como debiera ser- sólo para aquellos contratos en que devenga obligada la fundación.

¹¹¹¹ Enmienda Num. 303, del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, y Enmienda Num. 201, del Grupo Parlamentario Popular en el Senado. Comentarios a la Ley de Fundaciones e Incentivos Fiscales, Tomo II, Documentos, pp. 169 y 367, respectivamente.

¹¹¹² VERDERA SERVER: “El autocontrato en las fundaciones”, p. 95, indica que “cualquier persona (salvo que sea apoderada), por vinculada que esté con la Fundación, puede contratar con plena libertad con la misma: en esta situación se encuentra, por ejemplo, el fundador de la Fundación, en tanto no sea patrono (...)”

¹¹¹³ El peligro del contrato de la Fundación con una sociedad en la que un patrono tenga capacidad decisoria o posición prevalente ha sido advertido por VERDERA SERVER: *Op. cit.*, p. 99.

CABRA DE LUNA ha postulado recientemente que las próximas reformas a la Ley deben apuntar, en general, y en particular en el tema que abordamos, hacia otorgar una mayor confianza a los gestores de las fundaciones, y ha sugerido que en materia de autocontrato sólo se exija la mera comunicación de la autorización al Protectorado,¹¹¹⁴ opinión con la cual coincidiré sólo en parte. Parece conveniente avanzar hacia formas de control más livianas, pero creo que el aligeramiento no debe ser tan genérico como postula el citado autor, sino circunscribirse a los casos en que la fundación no asume obligación alguna frente a su contraparte, con lo que se solucionarían todos los casos de gratuidades de los patronos a la fundación, respecto de las cuales no debiera ser necesaria ni siquiera la comunicación *ex post*. En cambio, las cautelas frente a los autocontratos en que hay conflicto de intereses, me parece que deben mantenerse,¹¹¹⁵ idealmente con un sistema de control igual que el que se diseñe para las enajenaciones y adquisiciones que se estime pertinente mantener bajo vigilancia administrativa.

Además, debiera incluirse específicamente una sanción de ineficacia para el evento de contravención, sanción que no tiene por qué ser la anulabilidad, como quieren la mayoría de los autores, atendidas las razones que previamente se han expuesto.

En síntesis, pues, el epígrafe del artículo 26 es equivocado, y no se corresponde con su contenido. Luego, su texto es insuficiente porque no cubre todas las hipótesis peligrosas de autocontrato, no regula el supuesto de sustitución de poderes, omite regular el contrato de la fundación con un fundador no patrono o con sus familiares, omite regular el contrato de la fundación con cónyuges o parientes de los patronos, omite regular el contrato de la fundación con sociedades controladas por el fundador, por patronos o por cónyuges o parientes éstos, y finalmente, porque no determina alguna sanción de ineficacia por el incumplimiento. Por otra parte, el artículo 26 resulta excesivo, porque exige autorización incluso para los negocios enteramente gratuitos para la fundación, respecto de los cuales no debiera haber exigencia alguna.

¹¹¹⁴ CABRA DE LUNA: *El Tercer Sector*, pp. 570 y 571. En cambio, ORTI VALLEJO: "Notas sobre la capacidad de las fundaciones", p. 890, que es usualmente hipercrítico respecto de la ley, encuentra "satisfactoria" esta disposición.

¹¹¹⁵ En el mismo sentido, pero antes de la dictación de la ley, y específicamente respecto de la autorización del Protectorado para el autocontrato de los patronos con la Fundación, DE LORENZO GARCÍA: *El Nuevo Derecho de Fundaciones*, p 419.

6.3.2. El conflicto de intereses en las leyes autonómicas

De la legislación autonómica posterior a la Ley de Fundaciones estatal hay que hacer destacada mención, en esta materia, de la ley valenciana. Con su acostumbrado rigor casuístico, aunque discutiblemente ubicada en el artículo que lleva el epígrafe “Enajenación y gravamen de los bienes de la fundación”, la citada norma alude a la autocontratación en su artículo 22.8., que establece:

“Los patronos y sus parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo, no podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, salvo autorización del Protectorado. Igualmente, se requerirá dicha autorización cuando pretendan contratar con la fundación las sociedades de cualquier naturaleza en las que tengan participación mayoritaria las personas anteriormente indicadas. A estos efectos, se sumarán las participaciones que tengan cada uno de los patronos o familiares dentro de la misma sociedad.”¹¹¹⁶

También aborda el tema la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, pero se limita a reiterar literalmente la norma estatal, en su artículo 23. La ley foral de Navarra (10/1996), sin referirse directamente a la autocontratación, contempla un supuesto de incompatibilidad que cubre algunas hipótesis autocontractuales. Prevé el artículo 14 que “El cargo de patrono será incompatible con cualquier prestación de servicios a la entidad de carácter retribuido. Esta incompatibilidad alcanzará también al fundador y a su cónyuge.”

¹¹¹⁶ CUÑAT EDO y LINARES ANDRÉS: “Las fundaciones en la Comunidad Autónoma Valenciana”, p. 2963, constatan la amplitud de la norma en relación con la estatal, pero echan en falta que, a diferencia del Reglamento estatal, no se haya previsto “ninguna cautela para la contratación de los apoderados generales o especiales con la fundación, en el ámbito de su apoderamiento.”

Capítulo 7. Responsabilidad patrimonial

7.1. Planteamiento de la cuestión

La doctrina ha planteado, en relación con el pasivo de la fundación, es decir, a sus deudas u obligaciones, que “la nueva Ley de Fundaciones ha silenciado por completo un conjunto de relaciones jurídicas en las que se puede encontrar la fundación. Nos referimos a las deudas y a la responsabilidad patrimonial de la fundación que el texto legal no regula.”¹¹¹⁷ La cuestión relativa a la posibilidad irrestricta de las fundaciones para contraer obligaciones resulta doctrinariamente pacífica. En efecto, más allá de las consideraciones académicas que antes hemos reseñado sobre la “definición” legal del contenido del patrimonio fundacional, no hay ningún autor que sostenga la existencia de restricciones a la capacidad obligacional de las fundaciones. Así pues, la Ley de Fundaciones –al margen de las numerosas restricciones específicas a la capacidad de obrar que contempla– mantiene en general incólume el sentido del texto del artículo 38.1 de Código Civil: “Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución.”

El párrafo anterior insinúa que la ley no sólo ha silenciado el ítem relativo a las deudas, sino que ha extendido el manto de reserva sobre un aspecto vinculado de modo necesario al anterior: el de la responsabilidad patrimonial. El silencio legislativo es aquí notoriamente más lamentable.¹¹¹⁸ En efecto, a la vista de que la anterior legislación (no expresamente derogada por la Ley de Fundaciones) establecía mecanismos excepcionales de protección frente a la acción de los acreedores, la doctrina se ha visto obligada a realizar un esfuerzo de interpretación sistemática para concluir que, en su nuevo régimen, las fundaciones son plenamente responsables de sus deudas, en igualdad con los demás sujetos de Derecho en el ordenamiento privado, o bien, ha discrepado sosteniendo que el régimen excepcional sigue vigente. A la vista de la discordia doctrinal, este tema deberá analizarse con algún cuidado.

¹¹¹⁷ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: *La fundación: Un estudio jurídico*, p. 137.

¹¹¹⁸ MARÍN LÓPEZ: Prólogo a *Legislación sobre Fundaciones*, p. 34, es mucho más drástico, y habla de la “incuria del legislador”, de “desidia particularmente censurable” y de que “el legislador no se ha esforzado un ápice en aclarar en qué situación quedan las disposiciones que hasta ahora venían regulando las fundaciones.”

La base de la cuestión radica en la existencia, en la legislación anterior a la Ley de Fundaciones, de peculiaridades relativas al régimen de responsabilidad patrimonial de las fundaciones. Esencialmente, se trataba de proteger el patrimonio fundacional mediante el establecimiento de la inembargabilidad de sus bienes, o imperando la intermediación del Protectorado antes de proceder a la ejecución forzada de la obligación. Esta mediación se concretaba en la necesidad de dar cuenta previa al Protectorado, a efectos de que éste indicara la forma en que la fundación cumpliera con la obligación insoluta. El texto del artículo 10 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899 era categórico, indicando que “los bienes y rentas de las instituciones de la Beneficencia no podrán ser objeto de procedimientos de apremio. El Protectorado resolverá la forma de hacer efectivas las obligaciones que contra ellas resulten.”

La redacción de este precepto fue modificada por Decreto de 8 de marzo de 1955, quedando con el texto que a continuación transcribo:

“Ningún Tribunal podrá despachar mandamiento de ejecución al dictar providencias de embargo contra las rentas y bienes de las Instituciones Benéficas. Si por consecuencia de sentencias o resolución firme de los Tribunales hubiera de hacerse efectiva alguna cantidad, se estará a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de 1 de julio de 1911, y el Protectorado resolverá la forma de cumplir las obligaciones que contra tales instituciones resulten.”

Más morigerado en su afán proteccionista, pero con un núcleo básico común con el texto legal transcrito, el artículo 49 del Reglamento de las Fundaciones Culturales Privadas (Decreto 2930/1972, de 21 de julio) prescribía (o prescribe aún, si se acepta la hipótesis de su supervivencia) que:

“1. Cuando un Juzgado o Tribunal vaya a despachar un mandamiento de ejecución o una providencia de embargo contra las rentas y bienes de una fundación cultural privada, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual lo comunicará al Protectorado.

2. Si por consecuencia de sentencia o resolución firme de los Tribunales o las autoridades gubernativas la fundación hubiere de hacer efectiva alguna cantidad, se dará cuenta de ello al Protectorado, el cual oyendo a la fundación, comunicará al Tribunal o a la autoridad de que se trate la forma en que la fundación puede cumplir las obligaciones que contra ella resulten, a fin de que pueda ser tenida en cuenta en la ejecución de la sentencia o resolución que haya de acordarse.”

Pues bien, la Ley de Fundaciones, como se dijo, no regula el tema de la responsabilidad frente a terceros, y además, no deroga explícitamente las leyes que contienen las normas jurídicas transcritas, sino que se limita, luego de derogar

expresamente otras normas, a declarar que también quedan derogadas “cuantas disposiciones se opongan a la presente Ley”, de entre aquellas recogidas en los dos textos reglamentarios citados (Ley de Fundaciones, Disposición derogatoria única, inciso séptimo). Esta disposición, que ha sido muy justamente tachada de insuficiente y confusa¹¹¹⁹ deja abierta la cuestión de si esas normas proteccionistas deben entenderse subsistentes o, por el contrario, implícitamente derogadas.

7.2. El estado de la cuestión en la doctrina

Planteada así la cuestión, algunos autores han sostenido la pervivencia del procedimiento establecido en estas antiguas disposiciones. Singularmente, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO¹¹²⁰ sostuvo que las normas se hallan vigentes por ausencia de contradicción con la Ley de Fundaciones y que, aunque no tengan rango legal, ello no es obstáculo a su aplicabilidad, porque formalmente no establecen una inembargabilidad, sino sólo un procedimiento previo al embargo, que tiene por objeto intentar evitarlo, pero no excluirlo por completo. Hay que anotar que para establecer la inembargabilidad sí se requiere norma legal, en virtud de lo dispuesto en el antiguo artículo 1449 –cuyo contenido se corresponde con el actual artículo 601 N° 4°– de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹¹²¹, corroborado –en su específico ámbito– por el art. 114 del Reglamento General de Recaudación¹¹²²).

La misma propuesta ha sido defendida por CABRA DE LUNA, aunque luego afirma que “no cabe desconocer que la Ley 30/1994 introduce el principio de inembargabilidad para determinados bienes de fundaciones (dotacionales, vinculados expresamente al fin y de cierto valor), en cuanto establece para ellos inalienabilidad o

¹¹¹⁹ PIÑAR MAÑAS: “Comentario a las Disposiciones Derogatoria Única y Final Primera”, p. 707.

¹¹²⁰ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO: “El patrimonio de las fundaciones: su enajenación y gravamen”, p. 3326 y 3327.

¹¹²¹ El actual texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil se promulgó por Ley de 7 de enero de 2000, publicada en el Boletín Oficial del Estado al día siguiente. Su artículo 601 establece: “*Bienes absolutamente inembargables*. No serán en absoluto embargables:

- 1° Los bienes que hayan sido declarados inalienables,
- 2° Los derechos accesorios, que no sean alienables con independencia del principal,
- 3° Los bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial,
- 4° Los bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal.”

¹¹²² Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, publicado en el BOE el 1° de febrero del mismo año. Su artículo 114 reza: “*Bienes libres de embargo*. No se embargarán los bienes siguientes:

Los exceptuados de traba con carácter general por las leyes procesales u otras.

Los declarados en particular inembargables en virtud de ley

Aquellos de cuya realización se presume, a juicio de los órganos de recaudación, que resulte producto insuficiente para la cobertura del coste de dicha realización.”

prohibición de disponer relativa, al exigir en el artículo 19 la autorización del Protectorado para gravarlos, y gravamen —del tipo hipotecario— es el embargo, cuando menos de inmuebles, por lo que parece que tal embargo no será posible sin autorización del Protectorado que, en todo caso, puede sugerir al juez la fórmula en que se podría hacer efectiva la deuda, en evitación de tal embargo, y todo ello para salvar el cumplimiento de actividades de interés general.”¹¹²³ Esto es, CABRA DE LUNA parece defender un sistema dual: Procedimiento previo del decreto 2930/1972 para la generalidad de los bienes fundacionales, e inembargabilidad *ex* artículo 19 para los bienes contemplados en el número 1 de esa norma. Sin siquiera referirme a la complejidad de un sistema como el propuesto, sí indicaré aquí que extender la aplicación del artículo 19 a los casos de embargo judicial es un exceso hermenéutico. Ese precepto tiene por finalidad cautelar el interés público en la gestión de los administradores del patrimonio fundacional, y extenderlo al caso en que un poder del Estado determina el embargo de un bien de la fundación, en un proceso legalmente tramitado y en protección de los intereses legítimos de un tercero, contraría abiertamente ese propósito legislativo.

Sin aludir específicamente al tema que comento, LÓPEZ-NIETO Y MALLO sostuvo también la plena vigencia del Real Decreto de 14 de marzo de 1899 y del Decreto 2930/1972.¹¹²⁴

Por su parte, REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI,¹¹²⁵ coincidiendo con la anterior argumentación, apunta que incluso le parece defendible la idea de que la disposición derogatoria de la Ley 30/1994, al declarar vigentes las normas de 1899 y 1972 en cuanto no se opongan a ella, eleva su jerarquía normativa a la categoría de ley, con lo cual puede defenderse la inembargabilidad de los bienes del patrimonio fundacional. Mucho más recientemente, HUERTA HUERTA y HUERTA IZIAR DE LA FUENTE han resucitado esta tesis, sosteniendo que se encuentra abonada por “la consideración de que lo que se pretende defender con la regulación especial de los créditos contra la fundación no es la actuación de sus órganos a la hora de obligarse sino la continuidad de la institución por su interés social, que no debe ser obstaculizada por una ejecución judicial que, actuando al margen del Protectorado, substraiga los bienes de la

¹¹²³ CABRA DE LUNA: *El Tercer Sector*, p. 418.

¹¹²⁴ LÓPEZ-NIETO Y MALLO: *Manual de Fundaciones*, p. 99 y 100.

¹¹²⁵ REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI: *La Nueva Ley de Fundaciones*, p. 46 a 48.

fundación del cumplimiento del fin de interés general al que se encuentran afectados.”¹¹²⁶

PAU PEDRÓN ha manifestado su desacuerdo tanto con la tesis de MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, como con la de REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI. Respecto de la primera, ha sostenido que los bienes de las fundaciones benéficas eran efectivamente inembargables, tanto por la consideración doctrinal general como por la práctica registral, por lo que el argumento de la primera autora cae por su base. Respecto de la tesis de la elevación de rango, contraataca sosteniendo que “si bien las remisiones estáticas (no las dinámicas) hechas por una ley a una norma de rango inferior, sí atribuyen a ésta el mismo rango de la norma que hace la remisión, no sucede lo mismo con la simple declaración de que determinadas normas de rango inferior siguen en vigor, que no cambian por ello de rango.”¹¹²⁷ Por otra parte, y respecto del argumento relativo al “obstáculo” al interés social que supuestamente supone una ejecución judicial, ha expresado con vigor que “antes que la generosidad está la justicia: primero hay que pagar a los acreedores y después ser altruista.”¹¹²⁸

DEL CAMPO ARBULO también se ha decidido por la igualdad de trato, indicando que “si nuestro sistema jurídico administrativo prevé la degradación del rango de las normas jurídicas, y en particular, la deslegalización, no ampara el fenómeno contrario de elevación de ese rango, como no sea por la inclusión en una ley formal de un precepto de anterior naturaleza reglamentaria, y no es éste el caso. La Ley de Fundaciones no establece la inembargabilidad de los bienes y rentas de las fundaciones, y el régimen normativo anterior, sobre contradictorio, tiene la condición propia de los preceptos meramente reglamentarios, dictados en este caso, por cierto, con total ausencia de habilitación normativa de potestad. En consecuencia (...) la inembargabilidad (...) ha decaído, ya no existe, ni puede arbitrar el Protectorado soluciones sustitutorias, pues conforme al mandato del artículo 1449 párrafo tercero (actual 601, N.º 4º) la inembargabilidad de cualesquiera cantidades ha de ser declarada por disposiciones especiales *con rango de ley*, y la Ley de Fundaciones ha guardado un escrupuloso silencio al respecto.”¹¹²⁹ CAPILLA RONCERO se decanta asimismo por la embargabilidad: “A nuestro juicio ese privilegio desapareció con la reforma de 1984 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el R.D. Legislativo de 23 de septiembre 1988, que

¹¹²⁶ HUERTA HUERTA y HUERTA IZLAR DE LA FUENTE: *Fundaciones*, p. 593. En contra, CABRA DE LUNA: *Op. cit.*, p. 417.

¹¹²⁷ PAU PEDRÓN: “El Registro de Fundaciones”, p. 34.

¹¹²⁸ *Loc. cit.*

¹¹²⁹ DEL CAMPO ARBULO: *Ley de Fundaciones*, p. 215.

derogó la Ley de 1911 de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública. En consecuencia, el patrimonio de las fundaciones es, salvo privilegios singulares, embargable.”¹¹³⁰ LINARES ANDRÉS, que se refiere a este tipo de normas como “privilegios escandalosos”,¹¹³¹ descarta también la inembargabilidad, y frente al actual silencio legislativo, postula la igualdad de las fundaciones con el resto de los operadores jurídicos en relación al cumplimiento de sus obligaciones, aunque es bastante cauta para referirse a la tesis de la supervivencia de los antiguos procedimientos de consulta previa al Protectorado.¹¹³²

Propugnando también la plena igualdad de la fundación con el resto de los sujetos privados en materia de ejecución de obligaciones, pero con una argumentación que intenta ir más allá del silencio normativo, se ha pronunciado alguna doctrina. Para sostener la inexistencia de este privilegio, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ ha postulado la derogación implícita sobre la base de una lectura teleológica de la actual Ley de Fundaciones. Sostiene que el confesado propósito de la ley (en su Exposición de Motivos) es deshacer la anterior “maraña legislativa” y generar un sistema dotado de claridad, racionalidad y seguridad. Por tanto, todo cuanto se oponga a ese propósito en la anterior legislación, debe entenderse tácitamente derogado. Como las limitaciones a la responsabilidad contenidas en esa normativa antigua son justamente de la clase que no contribuye a crear seguridad jurídica, ni presenta caracteres de claridad ni racionalidad, ellas deben entenderse derogadas por la actual Ley de Fundaciones. El mecanismo argumentativo de GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ es claro: como en el terreno puramente normativo no hay contradicción entre el texto de la Ley de Fundaciones y las disposiciones antiguas (no puede haberlo, porque, como se ha reiterado, ésta no regula la materia) eleva la cuestión al nivel de los fines, y allí sí encuentra la contradicción que le permite sostener la derogación implícita.

Se puede coincidir con la meta del autor, pero me parece hermenéuticamente peligroso, en abstracto, el camino argumental que sigue. Me parece en cambio más razonable la vía que intenta, *in genere*, PIÑAR MAÑAS. Ese autor, preguntándose ampliamente por lo que ocurre con las normas que no contradicen expresa y claramente la ley pero sí su perspectiva, concluye en su abrogación, por dos caminos

¹¹³⁰ CAPILLA RONCERO: “Las personas jurídicas”, p. 716.

¹¹³¹ LINARES ANDRÉS: *Las Fundaciones. Personalidad, patrimonio, ...*, p. 146.

¹¹³² *Id.* p. 149. En un texto anterior, dedicado a la actividad empresarial de las fundaciones, la autora había sostenido ambiguamente, refiriéndose al tema, que “creemos que si bien se debe fomentar, amparar y proteger la actividad fundacional colmándola de privilegios, la actividad mercantil

distintos. En primer término, sostiene que muchas pueden entenderse como restricciones al ejercicio del derecho constitucional de fundación que, al no estar previstas en la ley, deben entenderse derogadas. Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, me parece a mí perfectamente posible mantener que una regulación proteccionista como la que comentamos constituye en verdad una restricción al ejercicio del derecho de fundación, ya que es bien que sabido el efecto final que esas regulaciones terminan por producir es la reticencia de los operadores jurídicos a contratar con los sujetos supuestamente “protegidos”. Luego, PIÑAR MAÑAS postula una especie de *sui generis* –pero intelectualmente ágil– derogación orgánica: Como la ley no distingue entre diversos tipos de fundaciones (culturales, docentes, asistenciales, etc.) y los sustituye por un tipo único, con un régimen jurídico unitario, no pueden entenderse vigentes regímenes normativos especiales que suponen la existencia de tipos fundacionales que ya no existen.¹¹³³ También en contra de la vigencia del antiguo privilegio se ha pronunciado recientemente MORILLO GONZÁLEZ, sosteniendo –junto con alguna jurisprudencia– que el actual marco legal de las fundaciones es muy diverso del de la pura beneficencia, y que por ello no puede aplicarse una regla pensada, en su día, para instituciones dedicadas a la estricta beneficencia.¹¹³⁴ La argumentación tiene el inconveniente de que deja la puerta abierta para que respecto de una fundación que efectivamente practique la beneficencia se considere vigente el privilegio. Alguna sentencia, como revisaré más adelante, ya lo ha hecho.

MARÍN LÓPEZ se apoya en una sentencia del Tribunal Constitucional (Sent. 113/1989, de 22 de junio) para afirmar la inconstitucionalidad de la tesis de la inembargabilidad. “Los límites constitucionales que conceden legitimidad a la inembargabilidad, señala el Tribunal (...) «se encuentran en el respeto a la dignidad humana, configurado como el primero de los fundamentos del orden político y de la paz social en el artículo 10.1 de la Constitución, al cual repugna [...] que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales, así como en la protección de la familia, el mantenimiento de la salud y el uso de una vivienda digna y adecuada»; (...) Con arreglo a estas premisas, es claro que la declaración de inembargabilidad absoluta de los bienes fundacionales, sin

desempeñada por una Fundación debe ser igual que la de cualquier otro comerciante” (LINARES: “La actividad económica de las fundaciones”, p. 1644).

¹¹³³ PIÑAR MAÑAS: “Comentario a las Disposiciones Derogatoria Única y Final Primera”, p. 708 y 709. En la misma posición, ORTI VALLEJO: “Notas sobre la capacidad de las fundaciones”, p. 883.

¹¹³⁴ MORILLO GONZÁLEZ: *La fundación: Concepto y elementos esenciales*, p. 154.

modulación de clase alguna, resulta contraria al artículo 24.1 CE. (...) (porque) si la última razón de la inembargabilidad radica en la necesidad de preservar un «mínimo vital», una «existencia digna» del deudor, como manifestación de la «dignidad humana», semejantes atributos no son predicables *prima facie* de las personas jurídicas.”¹¹³⁵

7.3. La respuesta de los Tribunales

Frente al silencio legislativo que la doctrina ha denunciado, ha existido en los Tribunales una divergencia de criterios semejante a la que impera entre los autores, aunque –como veremos– el Tribunal Supremo se encuentra ya estableciendo una jurisprudencia homogénea en torno a descartar la tesis de la inembargabilidad, al menos respecto de cierto tipo de fundaciones.

Por un lado, puede todavía apreciarse una cierta predisposición en los Tribunales a aceptar incluso la tesis de la inembargabilidad. Hay una interesante sentencia de la Audiencia Nacional¹¹³⁶ en la que indirectamente se concede validez a la tesis de la inembargabilidad (aunque la cuestión no constituye el preciso objeto de la litis, y no se argumenta jurídicamente a su respecto). Dice el fundamento 2º:

“La circunstancia (...) de que el carácter de fundación benéfica de la entidad recurrente determina la inembargabilidad de sus bienes, supone la nulidad de la providencia de apremio dictada por la Tesorería Territorial de la Seguridad Social. Sin embargo, ello no puede implicar la exención del pago de las cuotas en vía de apremio, ni, en consecuencia, la exoneración del recargo. Significa, sencillamente, que, al igual que en el caso de las entidades públicas, el pago forzoso no puede exigirse mediante la ejecución de los bienes del deudor, sino mediante la adopción de las medidas, de cualquier otra índole, que sean legalmente procedentes.”

En cambio, una sentencia reciente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid,¹¹³⁷ que tiene como preciso objeto *sub lite* la cuestión de la embargabilidad de los bienes fundacionales, se pronuncia directamente por la tesis de la supervivencia del Decreto de 1899 que establece la intangibilidad de esos bienes

¹¹³⁵ MARÍN LÓPEZ: Prólogo a *Legislación sobre Fundaciones*, pp. 40 y 41. El mismo texto en “Sobre la Ley de Fundaciones”, p. 1048.

¹¹³⁶ Sentencia de 3 de mayo de 1997, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 2641/1992 por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, y de la cual es ponente D. Pascual Lambert Serrano Iturrioz De Aulestia.

¹¹³⁷ Sentencia de 10 de enero de 2000, dictada en Recurso de Suplicación núm. 2072/1999, por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede Valladolid, Sala de lo Social, de la cual es ponente el Ilmo. Sr. D. Manuel María Benito López.

para los acreedores. La sentencia es extremadamente interesante porque intenta hacerse cargo de la cuestión de constitucionalidad y del problema de reserva legal que ha planteado la doctrina y porque –como diré más adelante– no resulta necesaria e íntegramente incompatible con sentencias de sentido aparentemente contrario dictadas por el Tribunal Supremo. Establece su fundamento único:

“La única cuestión planteada en el recurso queda concretada en determinar si son o no embargables los bienes de las Fundaciones; la ahora recurrente tiene el carácter de fundación benéfico-asistencial y como tal figura inscrita en el registro administrativo correspondiente.

La vigente Ley de Fundaciones de 24 de noviembre de 1994, no regula tal materia, mas su disposición derogatoria declara vigente, en lo que no se oponga a ella, el contenido del Real Decreto de Instrucción de 14 de marzo de 1899; y éste, modificado por Decreto de 18 de marzo de 1955, en su art. 10 establece «ningún tribunal podrá despachar mandamiento de ejecución al dictar providencias de embargo contra las rentas y bienes de las instituciones benéficas; si por consecuencia de sentencias o resolución firme de los tribunales hubiera de hacerse efectiva alguna cantidad, se estará a lo dispuesto en el art. 15 de la Ley de 1 de julio de 1911, y el protectorado resolverá la forma de cumplir las obligaciones que contra tales instituciones resulten»; establece pues una regla específica para evitar la ejecución de embargos contra los bienes de las Fundaciones, confiando al Protectorado, art. 66, la decisión sobre la forma de verificar el pago, teniendo en cuenta el derecho de los acreedores y el interés de la beneficencia; y no cabe entender que aquella disposición adolezca de incompatibilidad indudable con la norma suprema, en cuyo caso sería aplicable la disp. derog. 3ª CE, pues si bien incide como norma preconstitucional en un derecho fundamental, art. 24 CE, el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la ejecución de las resoluciones judiciales y también en parte organizatoria y habilitante de los poderes constitucionales, art. 117.3 y 103.1 CE en relación con los arts. 2.1, 11.3 y 18.2 LOPJ, debe entenderse que es siempre la jurisdicción ordinaria la competente para conocer de la ejecución de una sentencia, y aun cuando se atribuya al Protectorado modular la forma en que ha de cumplirse la resolución judicial, acordando el modo de verificar el pago y de hacer efectivas las obligaciones que resulten contra la institución benéfica, corresponde en última instancia al órgano judicial competente determinar si la propuesta presentada es o no ajustada al tenor literal del RD de 1899 y adoptar las medidas precisas para que el cumplimiento de la sentencia lo sea en sus propios términos, sin dilaciones indebidas y en el sentido mas favorable para la efectividad de aquel derecho fundamental; de otra parte, si bien tras la reforma introducida en el art. 1449 LECiv por la Ley 34/1984 se establece el concepto de reserva de ley para que se pueda declarar la inembargabilidad, no puede sin embargo tener efecto retroactivo para exigir un rango normativo determinado a normas anteriores a ella. Establecida así la vigencia de aquella disposición, resulta que la resolución impugnada, que obvia la comunicación al Protectorado de la ejecución despachada contra la Fundación recurrente y dispone sin más el embargo de sus bienes, infringe lo que aquellos preceptos establecen, y se impone por ello su revocación.”

De un modo parecido, en el sentido de rescatar de la inconstitucionalidad el procedimiento previo de consulta al Protectorado, pero muy anterior en el tiempo, una

sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya¹¹³⁸ sostiene que “este Tribunal se inclina por entender que no resulta necesaria una derogación expresa de los arts. 10 y 66 del Real Decreto de 1899 sino que atendiendo a una interpretación armónica con los derechos fundamentales (...) al Protectorado incumbirá modular el cumplimiento de la condena impuesta a la codemandada, teniendo en cuenta el derecho de los acreedores además del interés de la Beneficencia (...)” (sin perjuicio de que en el caso concreto se deja sin efecto la forma de cumplimiento de la obligación dispuesta por el Protectorado, por no proteger adecuadamente los derechos del acreedor).

Por el contrario, aunque sin pronunciarse en sede constitucional, otras sentencias, como las del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña,¹¹³⁹ que abordan directamente la materia, sustentan desde antes de la Ley 30/1994 el criterio favorable a abrogar la vigencia del privilegio de inembargabilidad.¹¹⁴⁰ El Tribunal Económico-Administrativo Regional había dictado una resolución reconociendo el derecho a la inembargabilidad de los bienes de la fundación reclamante (un hospital). El Tribunal Superior acoge el recurso contencioso-administrativo interpuesto, declarando no ajustada a Derecho la resolución impugnada. Establece el fundamento 2º:

“El artículo 10 del Real Decreto de 14 marzo 1899, por el que se reorganizaban los servicios de la beneficencia particular, establecía en su primitiva redacción que «los bienes y rentas de las Instituciones de Beneficencia, no podrán ser objeto de procedimiento de apremio. El Protectorado resolverá la forma de hacer efectivas las obligaciones que contra ellas resulten». Posteriormente, el Decreto de 18 marzo 1955, vino a modificar el transcrito precepto, imponiendo su redacción en los siguientes términos: «Ningún Tribunal podrá despachar mandamiento de ejecución ni dictar providencia de embargo contra las rentas y bienes de las Instituciones de Beneficencia, si por consecuencia de sentencia o resolución firme de los Tribunales hubiera de hacerse efectiva alguna cantidad, se estará a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de 1 julio 1911, y el Protectorado, resolverá la forma de cumplir las obligaciones que contra tales instituciones resulten».

Como bien señala la parte recurrente el Real Decreto de 14 marzo 1899, respondía a unas necesidades sociales que en modo alguno se pueden trasladar a la realidad social actual. Las entidades benéfico-privadas o públicas que en 1899

¹¹³⁸ Auto de 21 de octubre de 1991, en Rollo de Apelación núm. 151/1991, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, siendo ponente la Ilma. Sra. D^a María del Carmen García Mingo.

¹¹³⁹ Sentencia de 7-3-1994, núm. 160/1994, en Recurso contencioso-administrativo núm. 1391/1991, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de la cual es ponente el Ilmo. Sr. D. Emilio Berlanga Ribelles.

¹¹⁴⁰ No obstante, ese Tribunal ha mantenido el mismo criterio en ocasiones ulteriores. Véase el fundamento segundo de la Sentencia de 3 de abril de 2000, dictada en Recurso contencioso-administrativo núm. 881/1996, por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, y de la cual es ponente el mismo magistrado D. Emilio Berlanga Ribelles, que transcribe *ad litteram* el texto precitado (correctamente, porque es un caso perfectamente análogo).

atendían a la cobertura de todo un contingente de personas que no tenían de otro modo cubierta la prestación de asistencia sanitaria, cumplen en la actualidad una función meramente residual, máxime si tenemos en cuenta la decidida vocación universalista de la cobertura de dicha prestación que actualmente presta el Sistema de la Seguridad Social. Queda, por tanto, actualmente desprovisto de amparo normativo suficiente del derecho de inembargabilidad reconocido en el tantas veces citado Real Decreto de 1899, el cual únicamente tiene justificación en la parte actualmente insignificante, en que el Hospital deudor ejerce su función estrictamente benéfica.

Sin embargo, cabe señalar que el fin perseguido por la norma es la salvaguarda de las rentas y bienes fundacionales, sin los cuales la Institución se vería imposibilitada de desarrollar su actividad benéfica, y debe entenderse que esta salvaguarda debe ser extendida a todos los bienes muebles que se encuentren en la Institución con independencia de quién sea el usuario de los mismos, dado que no es posible hacer distinción entre los usuarios -en general serán utilizados independientemente por enfermos beneficiarios de las prestaciones de la Seguridad Social, procedentes de la beneficencia pública, o bien, aquellos que abonan ellos mismos los servicios prestados. Pero, como anota el Tribunal Económico-Administrativo, la situación económica social actual nada tiene que ver con la existente en 1899, «podría resultar más lógico y coherente que hoy el privilegio de la inembargabilidad fuese reconocido únicamente respecto de los bienes directamente afectos al fin funcional» ... pero concluye «no es tan evidente la inembargabilidad de las cantidades percibidas por la prestación de servicio como entidad concertada con la Seguridad Social».

Este Tribunal Jurisdiccional entiende que estas cantidades percibidas como pago de los servicios prestados no pueden ser consideradas rentas, menos aún bienes muebles, por lo que, por tanto, no les ampara el privilegio de la inembargabilidad, al sobrepasar, el espíritu de la norma, que era preservar los bienes fundacionales con los cuales la Institución podía ejercitar su actividad, porque las cantidades percibidas del Instituto Catalán de la Salud lo son precisamente como pago de los servicios prestados a los beneficiarios de la Seguridad Social, los que obviamente no reciben asistencia benéfica, por lo que cabe el embargo de las cantidades que percibe tal fundación en compensación económica por concertos con el citado Instituto Catalán de la Salud, lo que deriva en la estimación del recurso contencioso-administrativo.”

Hay, luego, otra sentencia¹¹⁴¹ en la que el Tribunal, esta vez, descarta la tesis de la inembargabilidad, salvando sí el procedimiento de audiencia previa. La sentencia deja sin efecto un auto del 8 julio 1994 que, en pieza separada de ejecución de sentencia, desestimó un Recurso de Reposición interpuesto contra unas Providencias dictadas por un Juzgado malagueño. La parte que nos interesa del fundamento primero afirma:

¹¹⁴¹ Sentencia de 5-12-1995, dictada en el Recurso de Suplicación, Rollo núm. 55/1995, por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, Sala de lo Social, de la cual es ponente el Ilmo. Sr. D. Luis Jacinto Maqueda Abreu.

“(…) Si se contempla la propia evolución legislativa se aprecia que tal criterio de inembargabilidad ha cedido incluso con anterioridad al texto constitucional de 1978. En efecto, el art. 10 RD 14 Mar. 1899 (en la redacción dada al mismo por el D 18 Mar. 1955) declaraba literalmente «ningún Tribunal podrá despachar mandamiento de ejecución ni dictar providencias de embargo contra las rentas y bienes de las Instituciones de Beneficencia. Si por consecuencia de sentencia o resolución firme de los Tribunales hubiere de hacerse efectiva alguna cantidad, se estará a lo dispuesto en el art. 15 Ley 1 Jul. 1911, y el Protectorado resolverá la forma de cumplir las obligaciones que contra tales instituciones resulten».

Sin embargo, el D 21 Jul. 1972 ya no niega el embargo o ejecución, (...) (y) dado que este Decreto deroga cuantas disposiciones sobre fundaciones culturales privadas e Instituciones análogas que se opongán a lo contenido en el mismo (por tanto, del RD de 1899), desaparece aquella prohibición de despachar mandamiento de embargo sobre los bienes de la fundación y sólo habrá de comunicarse para escuchar a la misma; en efecto, el precepto habla de que las indicaciones de la misma serán tenidas en cuenta, pero no señala que las mismas sean vinculantes para el Tribunal.

Obsérvese la distinta redacción del citado art. 49 con la redacción terminante del art. 44 LGP: «Los Tribunales, Jueces y Autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución, ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda Pública...», es claro por tanto que los bienes de las fundaciones no gozan de las prerrogativas señaladas en el RD de 1899. No es por otra parte el «derecho de fundación», art. 34, un derecho fundamental y que por tanto pudiera entrar en colisión y supeditar a aquel derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, antes al contrario su protección es inferior a aquélla. (...)”

En esta línea jurisprudencial pueden enmarcarse las recientes decisiones del Tribunal Supremo, que a partir de 1999, ha tenido ocasión de pronunciarse respecto del punto en varias oportunidades. La primera de ellas corresponde a la sentencia de 7 de julio del referido año¹¹⁴², en la que el alto tribunal declaró:

Fundamento único: (...) alega la recurrente la necesidad de aplicar por su claridad literal y en el sentido que se deriva de su letra, el artículo 10 del RD de 14 de marzo de 1899, que no admite una interpretación distinta que conduzca en nombre de la realidad actual a una interpretación que no sea la pura y absoluta de la total inembargabilidad de los bienes de la recurrente, siendo indiferente el volumen de las actividades no benéficas que realiza, sino que lo relevante es que la fundación sea benéfico-asistencial, sin distinción alguna y exclusión de ingresos procedentes del concierto con entes gestores de la Seguridad Social autonómicos, pues todos son rentas de la fundación.

En este particular del motivo que se analiza, no deja de observar la Sala la particular situación que se refleja en este proceso; pues junto a una indudable y amplia

¹¹⁴² Sentencia de 7 de julio de 1999, en Recurso de Casación núm. 5344/1993, dictada en sede de jurisdicción Contencioso Administrativo, por el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, siendo ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Carrión Moyano.

actividad del centro fundacional en cuestión referida a la asistencia sanitaria, principalmente dispensada en su mayor parte a pacientes terceros que no la perciben por título de beneficencia, sino por concierto de la recurrente con entes gestores de la Seguridad Social (así, el Institut Catalá de la Salut) o a título de pacientes privados que abonan personalmente todos sus gastos, lo que refleja una eficaz dispensación de la actividad sanitaria que reporta de todos ingresos del centro fundacional un 94% de los mismos, (...)

De otra parte debe también señalarse que la recurrente en el desarrollo del único motivo del recurso, al referirse al RD de 14 de marzo de 1899, cuyo artículo 10 estima infringido por la sentencia recurrida, parte de la afirmación de que dicho Real Decreto tiene valor de ley en sentido propio, hasta el punto de que al referirse al mismo le denomina Real Decreto Legislativo, lo que es impropio en tanto que conforme al modo de promulgarse el mismo en 1899, lo fue con el carácter de Real Decreto, es decir, de mera disposición reglamentaria del Gobierno, cuyo carácter viene conservando sin interrupción y de ello es muestra que cuando se reforma en el año 1955 (RCL 1955\507 y N DL 3322, nota), en el sentido antes expresado, se verifica por medio de un Decreto emanado del Consejo de Ministros; por lo que en definitiva, y sin perjuicio de la eficacia que pueda tener el artículo 10 del RD de 14 de marzo de 1899 como norma reglamentaria, su mandado de inembargabilidad de bienes y rentas de las fundaciones benéficas como la de autos, no se funda en norma con valor de ley en sentido propio, como alega la recurrente, máxime que tampoco es admisible la calificación que hace de la misma la recurrente como Real Decreto Legislativo, pues ésta es una categoría propia establecida en el artículo 85 Constitución Española como forma de legislación delegada, lo que es de imposible aplicación a una norma de 1899 que no se promulgó bajo la especie de legislación delegada por el Legislativo de la época, en el Gobierno a la sazón ejerciente. (...)

La Sala en el análisis de la cuestión propuesta tiene la legislación vigente en la época en que se producen los hechos, que es el artículo 10 del RD de 14 de marzo de 1899 en su modificación de 1955, y parte de la realidad de los mismos hechos en el tiempo que se producen; cuya realidad muestra la actividad empresarial en el ejercicio de la cual surgen los débitos reclamados a la Fundación por falta de cotización a la Seguridad Social por personal a su servicio, lo que la Fundación no niega; y cuya realidad muestra además las actividades propiamente empresariales (actividades económicas realizadas con ánimo de lucro) surgidas en el ámbito de las fundaciones como medio para conseguir su subsistencia mediante el ejercicio de actividades económicas adecuadas a la actividad del fin fundacional y también como instrumento adecuado para establecer empresas específicas con un alto componente de investigación (la Fundación Zeiss fue un paradigma), o aun conseguir la reactivación de empresas industriales después de conflictos bélicos mediante una amplia implicación económica y laboral de la sociedad; con lo que se ha tratado de distinguir entre actividades empresariales de las fundaciones y la fundación empresa, sin que falten corrientes doctrinales contrarias a ello junto a otras que lo admiten en cuanto sea razonable y adecuado al ordenamiento cumpliendo las exigencias del mismo.

De todo esto se deriva, en lo que hace al caso, una realidad social en la época de los hechos debatidos muy distinta a la existente cuando las normas aplicadas fueron promulgadas, por lo que atendiendo a lo establecido en el artículo 3.1 del CC no es precisamente la interpretación literal de las normas la aplicable, si se tiene presente el conjunto de intereses, también de satisfacción perentoria, implicados en la actividad de la fundación recurrente; intereses también de la más alta significación social, (...)

El Tribunal Supremo mantuvo este criterio para casos sucesivos con las mismas características, sin argumentación adicional, “por aplicación del principio de igualdad, que exige, conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, fallos iguales para supuestos iguales” (Sentencias de 15 de febrero de 2000 (en Recurso de Casación núm. 2354/1994, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, ponente Excmo. Sr. D. Antonio Martí García) y de 16 de mayo de 2000 (en Recurso de Casación núm. 3004/1994, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, mismo ponente). También en el mismo sentido, pueden consultarse las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2000 (en Recurso de Casación núm. 4047/1994, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Carrión Moyano) y de 5 de abril de 2000 (en Recurso de Casación núm. 3278/1994, misma sala, misma sección, mismo ponente).

7.4. Algún comentario a modo de conclusión

Con todo y parecer muy categóricas estas resoluciones del Tribunal Supremo, debe hacerse notar –como lo reconocen las mismas sentencias– que se trata de casos en que los supuestos fácticos resultan idénticos (embargabilidad de rentas, por deudas a la Seguridad Social, contraídas en ejercicio de una actividad empresarial no benéfica) y que el pronunciamiento del máximo tribunal se ha basado, muy precisamente, en esa configuración fáctica para resolver la cuestión, sin hacer un análisis general acerca del problema de la embargabilidad de los bienes fundacionales. En efecto, la argumentación del Tribunal se basa en que la inembargabilidad establecida por el Real Decreto de 14 de marzo de 1899 (en su redacción de 1955) no resulta aplicable en estos casos porque la actividad de las fundaciones recurrentes en la que se genera el débito que motivó los apremios, tiene una naturaleza empresarial, y es realizada con carácter principal por esas fundaciones, actividad desde luego distinta a la beneficencia contemplada en el citado decreto. En otras palabras, se trata de fundaciones empresa, y por ello no existen ya los supuestos benéficos del Decreto, el que deja por ello de ser aplicable. Este razonamiento, sin embargo, deja abierta la cuestión respecto de los casos en que ello no sea así, esto es, a los casos “regulares” en que una fundación no empresarial deje de satisfacer los créditos de sus acreedores y éstos insten al embargo y ejecución de sus bienes. Esta es la razón por la cual dije más atrás que la sentencia del Tribunal de Castilla y León que acepta la inembargabilidad no resulta necesaria e íntegramente incompatible con esta línea jurisprudencial. Esto es, el Tribunal Supremo podría aún, sin pecar de incoherencia, mantener sus decisiones para las fundaciones empresa, y aceptar el razonamiento contrario para la fundación normal. Por ello, es

necesario hacerse cargo de la argumentación que sustenta la citada sentencia castellano leonesa.

En relación con la cuestión relativa a la necesidad de reserva legal para el establecimiento de la inembargabilidad, la referida resolución la resuelve sosteniendo que “no puede sin embargo tener efecto retroactivo para exigir un rango normativo determinado a normas anteriores a ella”, coligiendo así directamente “la vigencia de aquella disposición” de lo que a su vez “resulta que la resolución impugnada, que obvia la comunicación al Protectorado de la ejecución despachada contra la Fundación recurrente y dispone sin más el embargo de sus bienes, infringe lo que aquellos preceptos establecen, y se impone por ello su revocación.” Resulta sorprendente, por decir lo menos, que un tribunal superior utilice un razonamiento como ése para juzgar la aplicabilidad de normas procesales. Como se sabe, éstas están diseñadas para regir *in actum*, con la única salvedad relativa a las gestiones, trámites y plazos en curso, y de que la propia norma nueva diga otra cosa. No se trata aquí de un derecho adquirido, ni mucho menos, al cual pueda aplicarse la interdicción del efecto legal retroactivo. No por nada una parte de la doctrina ha tenido que recurrir a una fantasiosa arquitectura de elevación de rango para mantener la aplicación del precepto en cuestión.

En cuanto a la cuestión relativa a la posible inconstitucionalidad, el Tribunal Superior castellano leonés se limita, si su razonamiento se reduce a lo esencial, a sostener que no hay tal incompatibilidad con la Constitución, porque la última palabra la tiene siempre el Tribunal, el que se preocupará de “determinar si la propuesta presentada (por el Protectorado) es o no ajustada al tenor literal del RD de 1899 y adoptar las medidas precisas para que el cumplimiento de la sentencia lo sea en sus propios términos, sin dilaciones indebidas y en el sentido mas favorable para la efectividad de aquel derecho fundamental.” En otras palabras, no existe contradicción constitucional porque los tribunales se encargan de que en la práctica no la haya. Me parece que la sentencia confunde los planos. De lo que se trata es de juzgar si el procedimiento establecido es o no congruente con el texto fundamental, al margen de que el procedimiento contemple la participación salvífica de los Tribunales de Justicia. Y ocurre que en el plano abstracto, un procedimiento previo, con derecho del Protectorado de determinar la forma de cumplimiento, resulta injustificado constitucionalmente y atentatorio contra el principio fundamental de igualdad.

Por otra parte, creo que es menester recordar, como elemento de juicio para la resolución de esta materia, que la dictación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,

del año 2000, habría sido una espléndida oportunidad para que el poder legislativo aclarara la cuestión, cosa que no hizo. Creo que no es posible extraer consecuencias hermenéuticas categóricas válidas a partir de ese silencio, pero sí pudiera sostenerse que la omisión es significativamente indiciaria de una voluntad legislativa de no establecer diferencias de trato a favor de las fundaciones. En segundo lugar, debe indicarse que la relevancia práctica de la cuestión que estoy revisando puede verse desgraciadamente ampliada en el caso de que los Protectorados, al amparo de las legislaciones autonómicas, o de una interpretación muy laxa del artículo 10, comiencen a aprobar la constitución de fundaciones con capitales muy insuficientes.

Para concluir, creo que debe descartarse la tesis de la inembargabilidad absoluta de los bienes fundacionales, no sólo cuando la fundación ejerce una actividad empresarial –como ya ha decidido el Tribunal Supremo– sino en todos los casos. El argumento de MARÍN LÓPEZ a favor de su inconstitucionalidad a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no resulta despreciable, y además, la idea de la continuidad de la fundación, presuntamente conseguida con esta restricción, cede frente a la constatación empírica de que una medida de protección mal diseñada, como sería el caso al entender elevadas a rango legal las normas anteriores a la Ley de Fundaciones, termina por perjudicar seriamente los intereses de los sujetos supuestamente beneficiados por la medida, y en el caso concreto, acabarían por dificultar la gestión patrimonial de las fundaciones, ante el temor de sus contrapartes contractuales de no tener un patrimonio en el que hacer efectivo su derecho de prenda general. Por otro lado, el rango irremediabilmente reglamentario del Decreto de 1899 (versión de 1955) que el mismo Tribunal Supremo también ha tenido ocasión de declarar, hace que las argumentaciones en contrario –tanto las doctrinales como las jurisprudenciales– resulten débiles y artificiosas.

No obstante, descartada la pretensión de inembargabilidad, aún queda abierta a debate si hay o no que entender que las fundaciones poseen junto con lo que se ha llamado “plenitud patrimonial”, una “plenitud de responsabilidad”. Esto es, que responden patrimonialmente en igualdad de condiciones con el resto de los sujetos de Derecho Privado o, por el contrario, que sus acreedores deben seguir un procedimiento previo de comunicación e informe del Protectorado correspondiente. Será el tribunal Supremo el que, en definitiva, deberá decidir la cuestión en uno u otro sentido, pero – en la duda de si una medida como aquella favorece o perjudica a las fundaciones– parece francamente preferible un criterio igualitario.

Consideraciones finales

I. El hecho de que las modificaciones conceptuales de la institución fundacional (que tienden a acentuar progresivamente su aspecto organizativo) resulten sistemáticamente correctas no constituye un obstáculo para que la noción de patrimonio siga siendo un elemento central en esa institución jurídica. Esa centralidad, determinada –tanto en nuestro ordenamiento cuanto en el Derecho Comparado– por la circunstancia de que la existencia de un patrimonio inicial sea el elemento que mejor caracteriza a las fundaciones frente a las demás personas jurídicas sin fines de lucro, supone dos consecuencias: la dotación o aportación inicial es un requisito esencial de validez del negocio jurídico fundacional, y el patrimonio es un elemento esencial de la fundación ya constituida, que no puede subsistir sin él.

II. Por lo anterior, la regulación de los extremos de la vida fundacional que tienen que ver con la aportación inicial del patrimonio (la dotación) y con su posterior gestión resultan particularmente relevantes. En este sentido, la contribución ordenadora y unificadora de la Ley 30/1994 debe valorarse y resaltarse. Sin embargo existen en esa regulación numerosos aspectos que han sido omitidos, o que adolecen de una solución defectuosa, sobre los cuales parece necesario llamar de nuevo la atención.

III. En el mismo orden en que las diversas cuestiones se han ido abordando, la primera que merece una detención en estas páginas finales es la relativa a la revocabilidad del negocio jurídico fundacional *inter vivos*. En un sistema de adquisición de la personalidad jurídica como el que nos rige, quedan abiertas las dos opciones encontradas de considerar revocable o irrevocable el negocio, y la alternativa debiera resolverse normativamente. He sostenido de *lege lata*, con la mayoría doctrinal, que el negocio debe considerarse actualmente irrevocable, pero es evidente que una reforma legal debiera hacerse cargo de este extremo, estableciendo formalmente la irrevocabilidad. La mayor parte de los autores coinciden en asignarle al negocio ese carácter, y sus razones jurídicas (carácter no recepticio del negocio fundacional, e incompatibilidad de la revocación del negocio con la regulación del artículo 11), sumadas a razones de política jurídica (evitación de fraudes, seriedad en la gestión de los intereses generales) resultan convincentes.

IV. Enseguida, merece la consideración legislativa la situación dominical del patrimonio en el tiempo medio entre la celebración del negocio fundacional y la efectiva inscripción de la fundación. Estando regulados ya los extremos relativos a la administración, representación y responsabilidad en ese tiempo medio, pudiera parecer

que la cuestión dominical puede perfectamente quedar en un discreto segundo plano, pero lo cierto es que la protección legal de los acreedores del fundador reclama, con fundamento, una interpretación que les permita concurrir sobre esos bienes y derechos, y la única hermenéutica posible que provee esa protección es la que conserva los bienes en el patrimonio del fundador hasta tanto no se cumpla la condición de eficacia de su declaración fundacional, que es el acceso al Registro.

V. Respecto de la suficiencia y adecuación de la dotación a los fines fundacionales, requisitos exigidos por el artículo 10.1 de la Ley 30/1994, he sostenido que la opción legislativa no sólo es la más conveniente, en cuanto permite un ejercicio de flexibilidad al tiempo que se protege a la propia institución fundacional, sino que además resulta ser la única opción verdaderamente coherente con la existencia de un derecho constitucional de fundación para fines de interés general. Sin embargo, el hecho de que la Disposición Final Primera no considere esta exigencia como una norma que establece una condición básica para el ejercicio igualitario del derecho constitucional de fundación resulta gravemente atentatorio contra, precisamente, ese ejercicio igualitario, ya que se están produciendo importantes desequilibrios al respecto, tanto en el plano de la normativa autonómica, cuanto en el plano de la pura aplicación administrativa de la exigencia. Una reforma legal debiera, por tanto hacerse cargo de este extremo.

VI. En relación con la suficiencia dotacional, otro punto que ha quedado sin regulación es el relativo al destino de los bienes y derechos en caso de que la Administración niegue, por insuficiencia o inadecuación de la dotación a los fines, el acceso de la fundación al Registro. Creo que hay razones poderosas, tanto dogmáticas como de política jurídica, que imponen en estos casos la devolución de los bienes al fundador o a sus herederos, y una reforma legal debiera establecerlo formalmente de ese modo.

VII. Respecto de la revocabilidad de la dotación patrimonial, vigente ya la fundación, por aplicación analógica de las normas civiles comunes que permiten la revocación de las donaciones, parece necesaria una norma que venga a zanjar la actual polémica doctrinal, existente respecto de la mayoría de las causas legales. Una solución acertada consistiría en consagrar legislativamente la posibilidad de revocar que incumbe a los herederos legitimarios perjudicados y a los acreedores del fundador, excluyendo las demás causas, con la única excepción de la del artículo 634 del Código Civil, relativo a la reserva de bienes suficientes para la razonable subsistencia futura

del donante y de su entorno inmediato. Esta conclusión viene impuesta por razones de fondo (los argumentos que sustentan la inaplicabilidad son de mayor peso argumental que los que apoyan la opción contraria) y por razones de forma (el principio *favor fundationis* impone esa solución en los casos de desacuerdo doctrinal).

VIII. Luego, y acerca de las fórmulas legalmente diseñadas como alternativas a la dotación total e inmediata, la Ley de Fundaciones las ha previsto como un modo de morigerar la exigencia de suficiencia, flexibilizar la entrega efectiva de la dotación y favorecer el derecho constitucional de fundación. En general, pues, la inclusión de estos instrumentos legales no puede sino aplaudirse. Con todo, algunos extremos, de menor envergadura, resultan susceptibles de mejora normativa. En particular, genera algún problema la posibilidad de considerar dotación el compromiso de aportes de terceros. A su respecto, sería conveniente precisar legalmente esta posibilidad como complementaria, y nunca como enteramente substitutiva, de la dotación efectiva realizada por el fundador. Esta dotación efectiva no puede ser menor que un veinticinco por ciento de la dotación total. Asimismo, la ambigua exigencia legal de que estos aportes se encuentren garantizados –formalmente, añade sin agregar nada el Reglamente– debiera clarificarse en el sentido de exigir únicamente que los aportes consten en títulos que lleven aparejada ejecución. Finalmente, es imperativo que una eventual reforma legal establezca la vigencia de un plazo máximo para ejecutar la aportación, cuando se trata de una obligación simplemente diferida en el tiempo, y no de una obligación de tracto sucesivo (para la que, por lógica, no debiera haber plazo alguno).

IX. Respecto del primero de los mecanismos legales de aumento de la dotación (la afectación posterior de bienes y derechos del artículo 10.2), parece conveniente su mantenimiento, ya que constituye una auto limitación realizada en un simple ejercicio de la autonomía privada, y como tal, absolutamente respetable en el contexto normativo del Derecho Privado. Eso sí, la posición del fundador como titular del derecho a declarar un bien como dotacional carece de sustento jurídico, y esa particular posibilidad legal debe ser eliminada.

X. En cuanto al segundo instrumento legal de aumento dotacional, esto es, el mecanismo imperativo previsto por el artículo 25, hay que concluir que –*ad interim* se produzca una reforma legal– debe ser interpretado lo más restrictivamente posible, para posibilitar algún juego práctico a lo que se ha denominado el “binomio dotación – patrimonio”. Sin perjuicio de ello, resulta altamente deseable que una modificación

legislativa se haga cargo de los problemas que genera la actual confusión entre una y otra idea, y aparte nítidamente los campos semánticos de los dos conceptos, dejando en la dotación sólo la aportación inicial hecha por el fundador, las agregaciones que *a posteriori* efectúe el Patronato, y las donaciones hechas a la fundación *sub modo* de pasar a integrar la dotación. El resto debe ser considerado patrimonio fundacional puro y simple, y por ello, libre de las restricciones que afectan a la dotación. Para lograr ese efecto, bastaría con que se estableciese que el porcentaje de rentas e ingresos que no se destina a fines pase a engrosar el patrimonio fundacional, en vez de la dotación fundacional, como en el texto vigente. Ello no impide, desde luego, que el Patronato decida, en el libérrimo ejercicio de sus facultades, incrementar con esos recursos la dotación, si lo estima conveniente o necesario.

XI. En cuanto al diseño legislativo de los mecanismos de supervisión o control de la actividad fundacional, parece, en primer lugar, necesario referirse a la norma contenida en el artículo 18 de la ley, que exige (correctamente) que la fundación figure como titular de los bienes y derechos que integran su patrimonio, pero que además exige, con un rigor administrativo en verdad desmesurado, que se hagan constar en su inventario y –conjunción que debe subrayarse– en el Registro de Fundaciones. Mientras la norma no se modifique, es preciso realizar una interpretación flexible de la norma, que no conduzca a su práctica inaplicabilidad empírica, dándola por cumplida con la incorporación anual del inventario, exigida por el Reglamento. Con todo, en el plano de *lege ferenda*, parece altamente deseable una modificación que así lo estableciera, o que –mejor aún– directamente suprimiese la referencia al Registro de Fundaciones, transformando a éste en un Registro personal, como es en todos los ordenamientos europeos que contemplan tal sistema.

XII. En relación a las obligaciones presupuestarias y contables y de información, parece menester tener a la vista las experiencias más próximas a la nuestra, como la francesa y la italiana, que demuestran las dificultades para establecer un flujo de información que no peque por exceso ni por defecto, y que permita ejercitar alguna supervisión real con los limitados medios de que dispone la autoridad administrativa para esa tarea. Sobre la base de las lecciones que pueden extraerse de la práctica francesa e italiana, y considerando las legislaciones germánicas, que tienden a otorgar a los Protectorados facultades para morigerar las obligaciones formales de ciertas fundaciones, atendiendo principalmente a su volumen, pudiera ser razonable atender, en una futura reforma legal, las críticas de la doctrina nacional. Posiblemente, además de evitar la duplicidad de información contable, de simplificar esa información

para las pequeñas y medianas fundaciones, y de suprimir la necesidad de presentar alguna información (como el proyecto presupuestario), pudiera estudiarse una norma al estilo holandés, o de algunas locales alemanas, que permiten al Protectorado establecer periodicidades distintas a las anuales.

XIII. Una buena parte de la batería de críticas que se han vertido sobre la Ley de Fundaciones se dirigen a las normas que diseñan la arquitectura del control administrativo sobre el patrimonio fundacional, en cuanto atañe a operaciones específicas de enajenación o gravamen de bienes, y a eventos que determinan su adquisición, principalmente a título gratuito. Sin embargo, hay que concluir, en un plano de máxima generalidad, que esas normas resultan, tanto a la luz del Derecho Comparado (hay importantes ordenamientos que contemplan restricciones equivalentes, y Europa no es el paraíso de libertad de administración que a veces se quiere presentar), cuanto miradas desde la perspectiva de la actividad normal de cumplimiento de sus fines de las fundaciones (la mayor parte de los preceptos de control no entraban esa actividad normal), mucho menos gravosas de lo que ha querido hacer ver un sector muy importante de la doctrina.

XIV. La muy general conclusión preliminar antes sintetizada no puede obstar a la realización de un abultado número de reproches al actual texto legislativo, de los cuales apuntaré aquí los más relevantes. En primer lugar, es grave que el artículo 19 no despeje la justificada duda acerca de la inclusión o exclusión en su alcance, de las disposiciones patrimoniales gratuitas. He sostenido de *lege lata* que las liberalidades que cumplan con las condiciones previstas en la citada disposición deben ser objeto de control administrativo, porque no parece posible establecer interpretativamente una limitación a la capacidad de las fundaciones en razón de su fin (la ley autoriza tácitamente las enajenaciones gratuitas al margen del fin cuando permite que una fundación constituya otra fundación), y porque es perfectamente concebible una enajenación gratuita dentro del ámbito de los fines fundacionales, que supere los parámetros que suponen la necesidad de control. No obstante, una clarificación legal en este sentido debiera aplaudirse.

XV. Asimismo, una exclusión legal de los muebles sin un valor especial del ámbito de aplicación del artículo 19.1 se hace muy necesaria. Una inclusión general no sólo es inconveniente jurídicamente, sino que puede conducir a un incumplimiento por simple imposibilidad práctica en muchas fundaciones. Mientras esa modificación no se produzca, hay que entender, con la correcta doctrina (y aunque el reglamento tampoco

ayude nada en este sentido) que la ley sólo quiere incluir a los objetos de extraordinario valor, como hace en la norma del apartado segundo.

XVI. Las dudas que se generaban respecto de lo que debía entenderse por “vinculación directa al fin fundacional” han quedado resueltas satisfactoriamente por el Reglamento. Sin embargo, el texto reglamentario ha abierto una nueva trinchera de debate, al establecer que pueden efectuar la declaración de un bien determinado como “vinculado directamente al fin” el fundador, el Protectorado y la autoridad judicial. La mención del fundador, siempre un tercero respecto de la persona jurídica por él creada, o todo lo más, un miembro de su Patronato, sólo contribuye a crear confusión, y en una eventual reforma de la normativa sobre este tema, debiera eliminarse. En cuanto al Protectorado, hay que puntualizar que el único contexto justificatorio de tal declaración es el de la intervención de la fundación (extremo que una reforma reglamentaria debiera aclarar, indicando que la potestad se ejerce “en el caso del artículo 34 de la Ley”. Por fin, la atribución que hace el Reglamento a la autoridad judicial para calificar un bien como “directamente vinculado” al cumplimiento de los fines es derechamente ilegal, y debe ser derogada. El artículo 34 sólo permite al juez decretar que el Protectorado asume las funciones del Patronato, y determinar el tiempo de la intervención. No existe un espacio legal para que la autoridad judicial, en momento alguno, realice una declaración tal.

XVII. Una cuestión puramente interpretativa en relación con el mismo artículo 19, respecto de la “enajenación o gravamen” del dinero. Es claro que siendo el dinero un bien más, resulta plausible la duda acerca de la aplicación de los controles del artículo 19 a operaciones en las que se dispone de él, como cuando con dinero dotacional quiere la fundación adquirir otro bien; o comprar un bien cuyo valor exceda del 20% del activo fundacional. He sostenido –por razones dogmáticas, prácticas y de principio– que la disposición del dinero no debe sujetarse, en general, a autorización administrativa. Sin embargo, creo que esas razones son válidas sólo cuando la disposición del dinero signifique una contrapartida equivalente para la fundación (esto es, cuando la fundación adquiera un bien o derecho). Por eso, he sostenido también que debiera seguirse el criterio contrario cuando se trate de enajenar el dinero a título gratuito.

XVIII. En cambio, un extremo de grave falencia dogmática –de nivel legal y reglamentario– es el relativo a las consecuencias legales de la ausencia de autorización en una operación realizada por los administradores de la fundación, respecto del

negocio jurídico en concreto. Frente a la laguna normativa, se plantean encontradamente las posiciones de la conservación del negocio, o de considerarlo sujeto a alguna clase de ineficacia. A su turno, se producen encontradas diferencias respecto del tipo específico de ineficacia que conviene a un negocio tal. He mantenido que la tesis de la plena validez y eficacia del negocio resulta insostenible en el actual contexto dogmático, y luego, he concurrido a la idea, sostenida por parte de la doctrina, de que las ineficacias estructurales (nulidad y anulabilidad) tampoco dan una respuesta adecuada a la situación del negocio celebrado sin la preceptiva autorización, y no subsanado por el Protectorado. Finalmente, debatiendo las alternativas de considerarlo como un negocio incompleto, o uno de eficacia condicional, la tesis se ha decantado por la última opción, por considerar que sus consecuencias (eficacia retroactiva dada la autorización, e imposibilidad de retractarse mientras ésta no se produce) se ajustan mejor al caso específico de que se trata. Con todo, resulta evidente que, en un plano de *lege ferenda*, hubiera sido muy deseable que la ley no hubiera silenciado el tema, y hubiese establecido formalmente la consecuencia jurídica pertinente. Si se mantienen las autorizaciones previas como mecanismo de control, es imperativo que una eventual reforma legal dé cabal cuenta de este punto.

XVIII. El mecanismo de comunicación *ex post* inmediata, pese a contar con simpatías doctrinales importantes, parece también susceptible de profunda reflexión. En verdad, no se divisa el sentido práctico que pueda tener una comunicación posterior “inmediata”. Ella no incide en la validez y eficacia del negocio celebrado, y no permite a la Administración ejercer poderes diversos de los que puede ejercer con una información de carácter anual. Por ello, no parece haber razones suficientes que justifiquen el mantenimiento de un mecanismo que resulta, en la práctica, de muy escasa utilidad, y que recarga la administración de las fundaciones.

XIX. En cuanto a los actos sometidos a régimen de constancia registral adicional, debe señalarse aquí que el mecanismo parece sobrar, por excesivo. Considerando la cantidad y la calidad de la información requerida como obligación periódica impuesta a las fundaciones por el artículo 23 (inventario, balance de situación y cuenta de resultados, con expresión cierta de la situación económica, financiera y patrimonial de la Fundación, más memoria de actividades, de gestión económica con cuadro de financiación, y del exacto grado de cumplimiento de los fines), puede detectarse un grado importante de superposición de objetivos, y por ello, debiera suprimirse el deber establecido por el artículo 19.4.

XX. En relación con la adquisición de bienes, y en el muy apropiado marco de la consagración legislativa de la plenitud patrimonial de las fundaciones, parece necesario volver a pensar algunos extremos relativos a la regulación específica de ciertos eventos de ingreso patrimonial. En primer lugar, respecto de la aceptación de herencias, que hoy se entiende *ope legis* hecha a beneficio de inventario (generando costes y tardanzas innecesarias, y mermando la capacidad de los patronatos), habría que dejar a criterio del Patronato la modalidad de aceptación de la herencia (quedando los posibles perjuicios cubiertos con el régimen de responsabilidad de los patronos), solución que resulta mucho más sencilla, igualitaria y expedita que la actual. Tal modificación legislativa puede hacerse de modo expreso, o de manera tácita, simplemente derogando la actual norma (Art. 20.1), y dejando que “hable” el silencio consecuente.

XXI. En cuanto a la aceptación de legados o donaciones con cargas, la actual redacción de la ley es muy insuficiente. En efecto, emplea una expresión de extraordinaria ambigüedad, como es la de “desnaturalización” del fin fundacional, que ha provocado la muy justificada perplejidad de la doctrina, y además deja sin determinar con claridad el titular de la facultad de calificar si una determinada carga “desnaturaliza” el fin de la fundación. Para concluir, no se refiere en absoluto, debiendo hacerlo, a las donaciones que puedan hacerse a la fundación, con cláusula de reversión al donante. Por ello, resulta conveniente una reforma que subsane estos defectos, estableciendo con nitidez que si la donación o legado contiene cargas que supongan el ejercicio de una actividad extraña al fin de la fundación, o se trata de una donación que establece para cualquier caso o circunstancia la reversión al donante, el Patronato deberá requerir la autorización del Protectorado para manifestar su aceptación.

XXII. En cuanto a imposibilidad en que hoy se encuentran las fundaciones de repudiar por sí mismas una herencia o legado, o de dejar de aceptar una donación, parece que hay que coincidir, en general, con los críticos de la norma, y buscar fórmulas que permitan incrementar la autonomía de la fundación, incluyendo los casos de repudiación en el sistema general de información administrativa que se adopte, en vez del vigente mecanismo de autorización previa. Un mecanismo tal permite al Protectorado perseguir las responsabilidades a que haya lugar, de modo oportuno, y permite que sea el patronato el que tome las decisiones que mejor convengan a la fundación.

XXIII. Sin perjuicio de la crítica específica al régimen de autorizaciones que aquí se ha sintetizado, me parece que debe mantenerse en la ley nacional un sistema de control previo, seleccionando con mayor cuidado los actos que a él se someten. El interés general comprometido en la actividad de las fundaciones y las ventajas que el Estado concede en razón de ese interés general, justifican la presencia de un control *ex ante* sobre negocios potencialmente riesgosos para la satisfacción duradera de los fines fundacionales. Ahora bien, que parezca necesario un sistema de control previo no significa que sea menester mantener el actual régimen de autorizaciones. La experiencia europea provee un amplio repertorio de soluciones alternativas, como el régimen de comunicación administrativa previa, con derecho de objeción o veto en un plazo relativamente breve, y con silencio positivo transcurrido que sea el término. La adaptación de un sistema como ese en una reforma de fondo del sistema de control de la gestión patrimonial de las fundaciones en España pudiera meditarse como un modo de satisfacer tanto a la Administración (que conserva el poder de impedir una operación inconveniente, y sin estar obligada a pronunciarse sobre cada caso) y al sector privado, que vería desaparecer la necesidad de someterse a autorizaciones (que resultan formalmente odiosas), disminuir ostensiblemente las tareas de información debidas al Protectorado, los costes asociados a ellas, e incrementar la agilidad de la gestión patrimonial.

XXIV. En resumen, parece necesario simplificar el sistema de control patrimonial, decidiendo –ojalá consensualmente entre los sectores interesados– qué eventos extraordinarios merecen un control *ex ante*, estableciendo para ellos un sistema de comunicación previa con derecho administrativo de objeción y silencio positivo en un plazo breve, e incluir el resto de los eventos patrimoniales en la información periódica que deben las fundaciones entregar anualmente en virtud del artículo 23, suprimiendo los mecanismos de comunicación posterior inmediata y de constancia registral adicional.

XXV. En relación con la tensión entre la conservación del patrimonio y su efectiva destinación a los fines, y con el tajante e insólito partido con el que la ley ha resuelto esa tensión (establecer un mínimo porcentual de las rentas que debe destinarse a fines, y que, en consecuencia, no puede capitalizarse), se impone una clarificación reglamentaria que determine con precisión la base de cálculo sobre la que deben aplicarse los porcentajes legales, enmienda que deberá adoptarse sobre un acuerdo político–económico sobre la eficacia con que los administradores fundacionales

puedan operar con uno u otro monto porcentual de gastos de administración; así como de la medida en la que se quiera permitir o limitar la capitalización de las fundaciones. Por otra parte, parece razonable reflexionar sobre la conveniencia de incluir, en una futura reforma legal, alguna regla de excepción, al estilo alemán, que permita una capitalización mayor en circunstancias excepcionales.

XXVI. Respecto de la problemática de los gastos de administración, la necesidad de que las fundaciones cuenten con personas capaces, que sin una compensación no accederían a los patronatos de las fundaciones, y de evitar la búsqueda de formas indirectas de retribuir que se aproximan al fraude legal, hace que sea deseable pensar en alguna solución alternativa a la actual. El Derecho comparado europeo provee un amplio abanico de soluciones alternativas.

XXVII. El fenómeno de la autocontratación, que debe enmarcarse sistemáticamente en el tema más amplio del conflicto de intereses, y que en las fundaciones puede revestir particular importancia (positiva, por las donaciones que los patronos puedan efectuar a la fundación, y negativa, por las posibilidades de concretar una colisión de intereses) tiene en la ley una regulación francamente deficitaria. En síntesis, el epígrafe del artículo 26 es equivocado, y no se corresponde con su contenido. Luego, el texto es insuficiente porque no cubre todas las hipótesis peligrosas de autocontrato, no regula el supuesto de sustitución de poderes, omite regular el contrato de la fundación con un fundador no patrono o con sus familiares, omite regular el contrato de la fundación con cónyuges o parientes de los patronos, omite regular el contrato de la fundación con sociedades controladas por el fundador, por patronos o por cónyuges o parientes éstos, y finalmente, porque no determina alguna sanción de ineficacia por el incumplimiento. Respecto de este último extremo, he sostenido en el texto que debiera considerarse al negocio celebrado sin la preceptiva autorización como un caso –en paralelo con las enajenaciones “defectuosas”– de negocio de eficacia condicionada o suspendida. Por otra parte, el artículo 26 resulta excesivo, porque exige autorización incluso para los negocios enteramente gratuitos para la fundación, respecto de los cuales no debiera haber exigencia alguna.

XXVIII. En relación con la responsabilidad patrimonial, último de los temas específicos que se abordan en este trabajo, cabe concluir –*lege lata*– desechando por completo la tesis de la inembargabilidad de los bienes de la fundación, no sólo –como ya lo ha establecido el Tribunal Supremo– para los casos de la fundación empresa, sino para todos los supuestos. Los argumentos que la sustentan resultan francamente

endebles. Dudosos resulta, en cambio, la necesidad de consultar al Protectorado antes de la ejecución, para que pueda éste proveer mecanismos alternativos de solución del conflicto. En la incertidumbre, parece mejor inclinarse por la plena igualdad de las fundaciones –en esta materia– con el resto de sujetos de Derecho Privado.

BIBLIOGRAFÍA¹¹⁴³

ALBÁCAR LÓPEZ, JOSÉ LUIS y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, MARIANO: *Código Civil: Doctrina y jurisprudencia*. Tomo I, Artículos 1 a 332. Editorial Trivium, Madrid, 1991.

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *Derecho Civil, I, Introducción y Parte General* (Volumen Primero: "Introducción y Derecho de la Persona"; Volumen Segundo: "La relación, las cosas y los hechos jurídicos"), Librería Bosch, Barcelona, 1996, 14ª edición.

ALFANDARI, ELIE: *Associations et Fondations en Europe. Régime Juridique et Fiscal*. Avec la collaboration de Amaury Nardone. Éditions Juris-Service/AGEC, Nouvelle Édition, Mise à Jour, Paris, Juin 1994.

ALPA, GUIDO: "Il Regime delle Fondazioni in Italia e in Francia", en *Le Fondazioni. Tradizione e Modernità*. Quaderni di Diritto Comparato. Materiali raccolti da Guido Alpa. Padova, CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1988.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, JOSÉ LUIS: "El patronato y el gobierno de las fundaciones", en *La Ley 30/1994 de Fundaciones. Ciclo de conferencias de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 1996, pp. 223 a 254.

ANSIAUX, PIERRE y ALLARD, FRANCIS: "Belgien", en *Stiftungen in Europa. Eine vergleichende Übersicht* (Redaktion: Klaus Neuhoﬀ und Uwe Pavel), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1971, pp. 35 a 60.

BARON, ERIC y DELSOL, XAVIER: *Les fondations reconnues d'utilité publique et d'entreprise. Régime juridique et fiscal*. Editions Juris-Service, Paris, 1992.

BLANCO, JOSÉ: "Portugal", en *Stiftungen in Europa. Eine vergleichende Übersicht* (Redaktion: Klaus Neuhoﬀ und Uwe Pavel), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1971, pp. 323 a 331.

BONET RAMÓN, FRANCISCO: "Comentario a la STS de 9 de febrero de 1948", en *Revista de Derecho Privado*, XXXII, 1948, pp. 565 a 568.

CABRA DE LUNA, MIGUEL ANGEL: "Comentario a los Arts. 21 a 26", en *Comentario a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Colección Solidaridad, Fundación ONCE, Escuela Libre Editorial, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 174 a 238.

CABRA DE LUNA, MIGUEL ANGEL: *El Tercer Sector y las Fundaciones de España hacia el nuevo milenio. Enfoque económico, sociológico y jurídico*. Colección Solidaridad, Fundación ONCE, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1998.

CAFFARENA LAPORTA, JORGE: "Competencia de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones", en MORENO QUESADA, BERNARDO (Coord.): *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*. Ponencias y comunicaciones a las Jornadas de Granada, mayo de 1988. Parlamento de Andalucía, Tecnos, 1989, pp. 25 a 41.

¹¹⁴³ Como se indicara en las Notas Preliminares de este trabajo, se recogen en esta Bibliografía exclusivamente los textos expresamente citados en el texto del trabajo.

CAFFARENA LAPORTA, JORGE: *El Régimen Jurídico de las Fundaciones: estudio para su reforma.* Ministerio de Asuntos Sociales, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.

CAFFARENA LAPORTA, JORGE: “El negocio fundacional y la constitución de las fundaciones” en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1995, Volumen XXXIV, pp. 83 a 102.

CAFFARENA LAPORTA, JORGE: “Comentario a los Arts. 35 a 41 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, Tomo I, pp. 235 a 256. Edición dirigida por Cándido Paz-Ares R., Luis Diez Picazo P. de L., Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador C.

CAFFARENA LAPORTA, JORGE: “Voz «Fundación»”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 3199 a 3204.

CAFFARENA LAPORTA, JORGE: “Comentario a los Arts. 6 a 9”, en *Comentario a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Colección Solidaridad, Fundación ONCE, Escuela Libre Editorial, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 45 a 84.

CAFFARENA LAPORTA, JORGE: “Comentario al Art. 11”, en *Comentario a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Colección Solidaridad, Fundación ONCE, Escuela Libre Editorial, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 95 a 102.

CAFFARENA LAPORTA, JORGE: “Comentario a los Arts. 27 a 31”, en *Comentario a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Colección Solidaridad, Fundación ONCE, Escuela Libre Editorial, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 239 a 285.

CAFFARENA LAPORTA, JORGE: “Extinción de las fundaciones y destino de los bienes de la fundación extinguida”, en *La Ley 30/1994 de Fundaciones. Ciclo de conferencias de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 1996, pp. 375 a 398.

CAFFARENA LAPORTA, JORGE: “Algunas cuestiones en relación a la constitución de las fundaciones en la Ley 30/1994”, en *Les persones jurídiques en el Dret Civil de Catalunya: associacions i fundacions* (Materials de les Novenes Jornades de Dret Català a Tossa. Tossa de Mar, 19 a 21 de setembre 1996), Coord.: Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 179 a 205.

CAÑIZARES ALEX, ALFONSO: “La responsabilidad de los patronos”, en **BERCOVITZ, RODRIGO y MARTÍNEZ – SIMANCAS, JULIÁN** (Directores): *Derechos Civiles de España*, Banco Santander Central Hispano, Aranzadi Editorial, Madrid, 2000. Volumen IX, pp. 5107 a 5127.

CAPILLA RONCERO, FRANCISCO: *La persona jurídica : funciones y disfunciones*, Tecnos, Madrid, 1984.

CAPILLA RONCERO, FRANCISCO: “Comentario a los Arts. 35 a 39”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo I, Vol. 3º. Edición dirigida por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2ª ed., 1993.

CAPILLA RONCERO, FRANCISCO: “Las personas jurídicas”, en **LÓPEZ LÓPEZ, ÁNGEL M. y MONTÉS PENADÉS, VICENTE.LUIS** (Coords.): *Derecho Civil, Parte General*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 631 a 719.

CARRANCHO HERRERO, MARÍA TERESA: *La Constitución de Fundaciones*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

CARRANCHO HERRERO, MARÍA TERESA: “Consideraciones críticas en torno al derecho de reversión de la dotación fundacional”, en *Actualidad Civil*, N.º 33, 11 a 17 de septiembre de 2000 (Recogido en el tomo 2000–4), pp. 1207 a 1220.

CARRASCO PERERA, ÁNGEL (Dir.): *Derecho Civil* (Introducción, Derecho de la persona, Derecho subjetivo, Derecho de Propiedad). Tecnos, Madrid, 1996.

CASSESE, SABINO: “La disciplina delle fondazioni: Situazione e Prospettive”, en *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Diritto Privato, 1. Persone, famiglia, successioni e proprietà, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998, pp. 161 a 171.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: “En torno a la teoría del patrimonio”, en *Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1950, p. 5 y ss.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo I, Introducción y Parte General, Vol. II, Teoría de la Relación Jurídica. Reimpresión de la decimocuarta edición, revisada y puesta al día por J. L. de los Mozos. Reus, Madrid, 1987.

COBO GÁLVEZ, PABLO: “Comentario al Artículo 10”, en *Comentario a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Colección Solidaridad, Fundación ONCE, Escuela Libre Editorial, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 85 a 94.

COBO GÁLVEZ, PABLO: “Comentario a los Artículos 17 a 20”, en *Comentario a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Colección Solidaridad, Fundación ONCE, Escuela Libre Editorial, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 147 a 173.

COING, HELMUT: “2. Titel. Juristische Personen”, in *J. von Staudingers kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Erstes Buch, Allgemeiner Teil §§ 1–89. J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1980, 12, neubearbeitete Auflage.

CUÑAT EDO, VICENTE y LINARES ANDRÉS, LUCÍA: “Las fundaciones en la Comunidad Autónoma Valenciana”, en BERCOVITZ, RODRIGO y MARTÍNEZ – SIMANCAS, JULIÁN (Directores): *Derechos Civiles de España*, Banco Santander Central Hispano, Aranzadi Editorial, Madrid, 2000. Volumen V, pp. 2923 a 2966.

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *El negocio jurídico*, Editorial Civitas S.A., Edición facsimilar de la edición original de 1971, Madrid, 1985.

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *La persona jurídica*, Editorial Civitas S.A., 1ª Edición, Madrid, 1981.

DE GIORGI, MARIA VITA: “Commentario artt. 11 a 35 del Codice Civile”, en *Commentario al Codice Civile*, diretto da Paolo Cendon. Unione Tipografica Editrice Torinese (UTET), Torino, 1991. Volume Primo, artt. 1–455, pp. 155 y ss.

DE GIORGI, MARIA VITA: “L'autorizzazione agli acquisti delle persone giuridiche. Ingloriosa fine di un istituto secolare”, en *Studium Iuris*, 10, 1997, Attualità e saggi, pp. 1010 a 1017.

DE GIORGI, MARÍA VITA: “La Persone Giuridiche. Capitolo Terzo: Le Fondazioni”, en *Trattato di diritto privato*, diretto da Pietro Rescigno, Tomo Primo: Persone e Famiglia. Unione Tipografico Editrice Torines (UTET), Torino, 2. ed., 1982; ristampa, 1989.

DE LORENZO GARCÍA, RAFAEL: “Comentario a los Arts. 12 a 16”, en *Comentario a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Colección Solidaridad, Fundación ONCE, Escuela Libre Editorial, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 103 a 146.

DE LORENZO GARCÍA, RAFAEL: *El Nuevo Derecho de Fundaciones*. Colección Solidaridad, Fundación ONCE, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1993.

DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *El negocio jurídico (Estudios de Derecho Civil)*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1987.

DE MARTINI, CORRADO: *Le Associazioni e Le Fondazioni. Disciplina giuridica, contabile e fiscale*, Etaslibri, Milano, 1990.

DE PRADA GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA: “Algunas Observaciones en torno al Proyecto de Ley de Fundaciones” en *Revista Jurídica La Ley*, Volumen 2/1993, p. 849 a 861.

DE PRADA GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA: “Aspectos notariales de la Ley de Fundaciones”, en *Revista Jurídica del Notariado*, Nº 11, julio–septiembre de 1994, pp. 203 a 282.

DE PRADA GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA: “Constitución de las fundaciones: capacidad, fines y dotación”, en *La Ley 30/1994 de Fundaciones. Ciclo de conferencias de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 1996, pp. 105 a 146.

DE PRADA GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA: “Constitución, modificación y Extinción de Fundaciones en la nueva Ley”, en OLMOS V., I. (Dir.): *Las Fundaciones. Su Nuevo Régimen Jurídico, Fiscal y Contable. Jornadas sobre la Nueva Ley de Fundaciones e Incentivos Fiscales*. Fundación Futuro – Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 1995, pp. 27 a 64.

DE PRADA GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA: “La Constitución de Fundaciones”, en PIÑAR M., J. L. y OLMOS V., I. (Dirs.): *Las Fundaciones. Desarrollo Reglamentario de la Ley*. Fundación Alfonso Martín Escudero – Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 1997, pp. 51 a 86.

DE PRADA GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA: “Las fundaciones hoy y mañana: Fines, constitución y extinción”, en *Hacia una nueva Ley de Fundaciones*, seminario celebrado en la U. Internacional Menéndez Pelayo de Santander, julio 1991. Fundación Marcelino Botín, 1992, pp. 77 a 96.

DE PRADA GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA: “Patrimonios adscritos a fines”, en *Revista Jurídica del Notariado*, Nº. 19, julio–septiembre de 1996, pp. 149 a 202.

DEBBASCH, CHARLES y LANGERON, PIERRE: *Les Fondations*. Presses Universitaires de France, Paris, 1992.

DEL CAMPO ARBULO, JOSÉ ANTONIO: “Constitución y funcionamiento de las fundaciones de interés general. Aspectos Jurídico–Administrativos de la Ley 30/94 de Fundaciones”, en *Jornadas sobre Fundaciones. Desarrollo de las ponencias*. Fundación por el futuro de la Bahía de Cádiz, Consejo Social Universidad de Cádiz, Cádiz, marzo de 1997, pp. 27 a 51.

DEL CAMPO ARBULO, JOSÉ ANTONIO: “El Destino de Rentas e Ingresos: Los Gastos de Administración”, en PIÑAR M., J. L. y OLMOS V., I. (Dirs.): *Las Fundaciones. Desarrollo*

Reglamentario de la Ley. Fundación Alfonso Martín Escudero – Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 1997, pp. 203 a 214.

DEL CAMPO ARBULO, JOSÉ ANTONIO: “Temas polémicos del Título I de la Ley y soluciones posibles”, en OLMOS V., I. (Dir.): *Las Fundaciones. Su Nuevo Régimen Jurídico, Fiscal y Contable. Jornadas sobre la Nueva Ley de Fundaciones e Incentivos Fiscales*. Fundación Futuro – Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 1995, pp. 101 a 127.

DEL CAMPO ARBULO, JOSÉ ANTONIO: *Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/94 de Fundaciones y de Incentivos a la Participación Privada en Actividades de Interés General*. Editado por Centro de Fundaciones – Fundación MAPFRE, Madrid, 1996.

DEL CASTILLO, LUIS: “Al hilo de una interesante sentencia en materia de fundaciones. Comentario a la STS (Sala 3ª) de 6 de junio de 1987”, en *La Ley*, 1987, 4, pp. 515 a 531.

DÍAZ ALABART, SILVIA: “Comentario a los artículos 644 a 646 del Código Civil”, en *Comentarios al del Código Civil y Compilaciones Forales*, con dirección de Manuel Albaladejo. Editorial Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas (Edersa), Tomo VIII, Volumen 2º, pp. 303 y ss.

DÍAZ BRITO, FRANCISCO J.: “A propósito de la Disposición Final Primera de la Ley de Fundaciones y Mecenazgo”, en *Actualidad Civil*, N.º 26, 23–29 de junio de 1997, Vol. 1997–2, pp. 571 a 584.

DÍAZ BRITO, FRANCISCO J.: “La normativa canaria sobre fundaciones”, en BERCOVITZ, RODRIGO y MARTÍNEZ – SIMANCAS, JULIÁN (Directores): *Derechos Civiles de España*, Banco Santander Central Hispano, Aranzadi Editorial, Madrid, 2000. Volumen VII, pp. 3913 a 3945.

DÍAZ BRITO, FRANCISCO J.: “La Validez de los Actos de Disposición y Gravamen de los Bienes Fundacionales realizados sin la Autorización Administrativa Previa”, en *Revista de Derecho Privado*, Diciembre de 1997, pp. 877 a 901.

DÍAZ BRITO, FRANCISCO J.: *Normativa y competencias de Canarias sobre fundaciones privadas*. Prólogo de Agustín Luna Serrano. Biblioteca de Derecho Privado, N.º 79. José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, MARÍA: *El Autocontrato*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1990.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I, Introducción y Teoría del Contrato, Civitas, Madrid, 5ª ed., 1996.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: *La representación en el Derecho Privado*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1979.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: “Comentario del Art. 1259 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, Tomo II, pp. 439 a 441. Edición dirigida por Cándido Paz-Ares R., Luis Diez Picazo P. de L., Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador C.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil* (Volumen I: “Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica”), Tecnos, Madrid, 1997, 9ª edición, Reimpresión 1998.

DURÁN RIVACOBIA, RAMÓN: *El Negocio Jurídico Fundacional*. Ed. Aranzadi, S.A., Elcano (Navarra), 1995.

ENNECCERUS, LUDWIG/NIPPERDEY, HANS KARL: *Derecho Civil (Parte General)*, Volumen I (Introducción, Derecho Objetivo, Derechos Subjetivos, Sujeto del Derecho, Objeto del Derecho). Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1953, 2ª ed.

ESPINOSA ANTA, J. LUIS: “La Fundación. El negocio jurídico fundacional”, en *Estudios de Derecho Privado*, dir. por Antonio de la E. Martínez-Radio, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, Tomo I, pp. 240 a 270.

FERRANDO VILLALBA, MARÍA DE LOURDES: “La dotación fundacional. Reflexiones en torno al artículo 10 de la Ley 30/1994”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LII, Fascículo IV, Octubre-Diciembre, 1999.

FERRARA, FRANCESCO: *Teoría de las personas jurídicas*. Traducida de la 2ª edición revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury. Editorial Reus, Madrid, 1929.

FERRER I RIBA, JOSEP: “El procés constitutiu d’una fundació en la Llei de 3 de març de 1982 de fundacions privades catalanes”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1984, p. 861 a 899.

FERRER I RIBA, JOSEP: “Les finalitats fundacionals: la seva naturalesa, compliment i modificació”, en *Les persones jurídiques en el Dret Civil de Catalunya: associacions i fundacions* (Materials de les Novenes Jornades de Dret Català a Tossa. Tossa de Mar, 19 a 21 de setembre 1996), Coord.: Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 129 a 177.

GALGANO, FRANCESCO: “Delle persone giuridiche: Art. 11-35”, en *Commentario del Codice Civile*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Libro primo: Delle persone e della famiglia (Disposizioni generali – Delle Associazioni e delle fondazioni). Nicola Zanichelli Editore, Bologna; Soc. ed. del Foro Italiano, Roma, 1969.

GALGANO, FRANCESCO: *Le Associazioni, Le Fondazioni, I Comitati*. Col. I Grandi Orientamenti della Giurisprudenza Civile e Commerciale, diretta da F. Galgano. Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1987.

GARCÍA AMIGO, MANUEL: *Instituciones de Derecho Civil I*, Parte General. Editorial Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1979.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, JORGE: *La Fundación: Un Estudio Jurídico*. Colección Solidaridad, Escuela Libre Editorial - Fundación ONCE, Madrid, 1997.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ: “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la Constitución Española”, en *Revista de Administración Pública* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), Nº 155, mayo-agosto de 2001, pp. 107 a 145.

GARCÍA GARNICA, Mª DEL CARMEN: “La actividad de empresa y las fundaciones a la luz de la Ley 30/1994”, en *Revista de Derecho Privado*, Julio-Agosto, 1999, pp. 524 a 552.

GIMÉNEZ-REYNA, ENRIQUE y ZURDO Y RUIZ-AYÚCAR, IGNACIO: “Comentario a los Arts. 40 a 47”, en *Comentario a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Colección Solidaridad, Fundación ONCE, Escuela Libre Editorial, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 345 a 423.

- GOMEZA VILLA, JOSÉ IGNACIO: "Comparación de la Ley de Fundaciones del País Vasco con la Ley 30/1994 de Fundaciones", en *Ciclo de conferencias de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 1996, pp. 287 a 345.
- GONZÁLEZ MARTÍN, ANA BEGOÑA: "La reforma y el desarrollo reglamentario de la Ley de Fundaciones gallega", en BERCOVITZ, RODRIGO y MARTÍNEZ – SIMANCAS, JULIÁN (Directores): *Derechos Civiles de España*, Banco Santander Central Hispano, Aranzadi Editorial, Madrid, 2000. Volumen IV, pp. 1809 a 1819.
- HENNERKES, BRUN–HAGEN y SCHIFFER, K. JAN: *Stiftungsrecht*. Fischer Taschenbuch Verlag (Frankfurt am Main) – Carl Heymanns Verlag (Köln), 2. Auflage, Oktober 1998.
- HÖRSTER, HEINRICH EWALD: *A Parte Geral do Código Civil Portugês. Teoria Geral do Direito Civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1992.
- HUERTA HUERTA, RAFAEL y HUERTA IZIAR DE LA FUENTE, CÉSAR: *Fundaciones: Régimen civil, administrativo y fiscal*. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1998.
- IORIO, GIOVANNI: *Le Fondazione*, Serie Il Diritto Privato Oggi, a cura di Paolo Cendon. Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1997.
- IORIO, GIOVANNI: *Le Persone. Volume II – Persone giuridiche*, Colección Il Diritto Privato nella Giurisprudenza, a cura di Paolo Cendon, Unione Tipografico Editrice Torinese (UTET), Torino, 2000.
- JIMÉNEZ MOLTÓ, ANA y HERNÁNDEZ DE TORO, PILAR: "Las fundaciones en la Comunidad de Madrid", en BERCOVITZ, RODRIGO y MARTÍNEZ – SIMANCAS, JULIÁN (Directores): *Derechos Civiles de España*, Banco Santander Central Hispano, Aranzadi Editorial, Madrid, 2000. Volumen IX, pp. 5047 a 5073.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "Aportación para una futura Ley de Fundaciones", en *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*, Tomo I: Parte General y Reales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, y José M^a Bosch, Editor, S.A., Barcelona, 1992, pp. 259 a 282.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS; LUNA SERRANO, AGUSTÍN y RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO: *Elementos de Derecho Civil*, I, Parte General del Derecho Civil (Volumen Tercero: El derecho subjetivo). José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1990.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, I, Parte General (Volumen Segundo: Personas). Dykinson, Madrid, 1999. Nueva edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado E.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, III, Derechos Reales, (Volumen Segundo: Derechos reales limitados, Situaciones de cotitularidad). Dykinson, Madrid, 2000, nueva edición revisada y puesta al día por Agustín Luna Serrano.
- LARENZ, KARL y WOLF, MANFRED: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, München, 1997 (8. Auflage)
- LARROUMET, CHRISTIAN: *Droit Civil*, Tome I, Introduction à l'étude du droit privé (Collection Droit Civil, dirigée par C. Larroumet. Série: Enseignement), Economica, Paris, 3^e édition, 1998.

LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS: *Principios de Derecho Civil*, Tomo Primero, Parte general y derecho de la persona. Trivium, Madrid, 4ª edición, 1995

LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS: "Dotación patrimonial e irreversibilidad de los bienes fundacionales", en *Boletín de la Facultad de derecho de la UNED*, 1993/4, pp. 91 y ss.

LAUROBA LACASA, MARÍA ELENA: "El régimen de fundaciones en Francia. Claves y caracteres de una regulación tardía", en *Les persones jurídiques en el Dret Civil de Catalunya: associacions i fundacions* (Materials de les Novenes Jornades de Dret Català a Tossa. Tossa de Mar, 19 a 21 de setembre 1996), Coord.: Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 511 a 543.

LINARES ANDRÉS, LUCÍA: "La actividad económica de las fundaciones", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º. 642, septiembre–Octubre 1997, pp. 1625 a 1665.

LINARES ANDRÉS, LUCÍA: *Las Fundaciones. Personalidad, Patrimonio, Funcionamiento y Actividades*. Tirant lo Blanch – Universitat de València, Valencia, 1998.

LÓPEZ JACOISTE, JOSÉ JAVIER: "La Fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones", en *Revista de Derecho Privado*, Tomo XLIX, 1965, pp. 567 a 609.

LÓPEZ-NIETO Y MALLO, FRANCISCO: *Manual de Fundaciones*, Editorial Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 1996.

MACQUERON, PATRICE et al., avec la RÉDACTION DES ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE: "5e Partie. Les Fondations" en *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Associations et Fondations, 1999–2000*. Juridique, fiscal, social comptable. Éditions Francis Lefebvre, Levallois, 1999.

MALUQUER DE MOTES BERNET, CARLOS J.: *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1993.

MALUQUER DE MOTES BERNET, CARLOS J.: *Manual de Fundacions*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1996.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA: "El patrimonio de las fundaciones: su enajenación y gravamen. Comentario al artículo 19 de la Ley de Fundaciones de 24 de noviembre de 1994", en *Revista General de Derecho*, 1995, pp. 3309 a 3327.

MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ: Prólogo (diciembre de 1997), Notas e Índices de *Legislación sobre Fundaciones*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ: "Sobre la Ley de Fundaciones", en *Boletín del Colegio de Registradores*, Núm. 37 (2ª Época), mayo 1998.

MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA CASTILLO, IÑIGO: "Constitución condicional de fundaciones: El respeto a la voluntad del fundador en el proceso de inscripción de la fundación como condición suspensiva del negocio fundacional", en REAL P., A. (Dir.): *Constitución y Extinción de fundaciones*, Centro de Fundaciones – Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 83 a 147.

MARTÍNEZ NIETO, ANTONIO: "El Protectorado de las Fundaciones", en *Revista Jurídica La Ley*, Volumen 5/1998, D-248, pp. 1623 a 1631.

- MESSINEO, FRANCESCO: *Manuale di diritto civile e commerciale: (codici e norme complementari)*, Vol. 1. Introduzione (L'ordinamento giuridico italiano. Dottrini generali), (1-48), 1957. A. Giuffrè, Milano, 9ª ed, 1954-1962.
- MORILLO GONZÁLEZ, FERNANDO: *El Proceso de Creación de una Fundación*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999.
- MORILLO GONZÁLEZ, FERNANDO: *La fundación: Concepto y elementos esenciales*, Editorial Tecnos, Madrid, 2001.
- MUÑOZ LOMBARDÍA, ALICIA: "Las fundaciones en Navarra", en BERCOVITZ, RODRIGO y MARTÍNEZ – SIMANCAS, JULIÁN (Directores): *Derechos Civiles de España*, Banco Santander Central Hispano, Aranzadi Editorial, Madrid, 2000. Volumen VII, pp. 4135 a 4144.
- NEUHOFF, KLAUS: "2. Titel: Juristische Personen – Stiftungen" in *Bürgerliches Besetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Kohlhammer Kommentar, Band 1, Allgemeiner Teil §§ 1–240. J Kohlhammer Verlag, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1987, Zwölfte neubearbeitete Auflage.
- NIETO ALONSO, ANTONIA: *Fundaciones: su capacidad. Especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales*. Fundación Pedro Barrié de la Maza, Conde de Fenosa, La Coruña, 1996.
- NÚÑEZ DE CELA Y PIÑOL, RAMÓN: "Las fundaciones en la Comunidad Valenciana", en BERCOVITZ, RODRIGO y MARTÍNEZ – SIMANCAS, JULIÁN (Directores): *Derechos Civiles de España*, Banco Santander Central Hispano, Aranzadi Editorial, Madrid, 2000. Volumen V, pp. 2967 a 2992.
- OLAIZOLA GARBISU, IDOIA: "Las fundaciones en Cataluña", en BERCOVITZ, RODRIGO y MARTÍNEZ – SIMANCAS, JULIÁN (Directores): *Derechos Civiles de España*, Banco Santander Central Hispano, Aranzadi Editorial, Madrid, 2000. Volumen II, pp. 705 a 715.
- OLMOS VICENTE, IGNACIO: "Novedades en materia de Protectorados, Patronatos, Patrimonio y Registro", en OLMOS V., I. (Dir.): *Las Fundaciones. Su Nuevo Régimen Jurídico, Fiscal y Contable. Jornadas sobre la Nueva Ley de Fundaciones e Incentivos Fiscales*. Fundación Futuro – Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 1995, pp. 67 a 97.
- OLMOS VICENTE, IGNACIO: "El Protectorado de las fundaciones. El Registro", en *La Ley 30/1994 de Fundaciones. Ciclo de conferencias de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 1996, pp. 147 a 198.
- OLMOS VICENTE, IGNACIO: "El Régimen de Autorizaciones para Enajenar y Gravar Bienes de las Fundaciones", en PIÑAR M., J. L. y OLMOS V., I. (Dirs.): *Las Fundaciones. Desarrollo Reglamentario de la Ley*. Fundación Alfonso Martín Escudero – Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 1997, pp. 151 a 174.
- ORTI VALLEJO, ANTONIO: "Notas sobre la capacidad de las fundaciones", en *Revista Actualidad Civil*, Nº. 36, 5 al 11 de octubre de 1998, pp. 871 a 892.
- PAU PEDRÓN, ANTONIO: "El Registro de Fundaciones", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº. 638, Enero–Febrero de 1997, pp. 9 a 64.
- PAVEL, UWE: "Schweiz", en *Stiftungen in Europa. Eine vergleichende Übersicht* (Redaktion: Klaus Neuhoff und Uwe Pavel), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden–Baden, 1971, pp. 61 a 108.

- PEDREIRA MENÉNDEZ, JOSÉ:** *Régimen tributario de las fundaciones en la Ley 30/1994: Condiciones para su obtención.* Aranzadi Editorial, 1998.
- PEDREIRA MENÉNDEZ, JOSÉ:** *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación.* Lex Nova, Valladolid, 1999.
- PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS:** “Las Fundaciones y la Constitución Española”, en *Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, (Tomo II, De los Derechos y Deberes Fundamentales) Editorial Civitas, Madrid, 1991.
- PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS:** “Comentario a los Artículos 1 a 5”, en *Comentario a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales.* Colección Solidaridad, Fundación ONCE, Escuela Libre Editorial, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 3 a 44.
- PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS:** “Comentario a los Artículos 32 a 39”, en *Comentario a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales.* Colección Solidaridad, Fundación ONCE, Escuela Libre Editorial, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 286 a 330.
- PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS:** “Comentario a las Disposiciones Derogatoria Única y Final Primera”, en *Comentario a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales.* Colección Solidaridad, Fundación ONCE, Escuela Libre Editorial, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 706 a 718.
- PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS y REAL PÉREZ, ALICIA:** *Derecho de Fundaciones y voluntad del fundador. Estudio, desde la evolución del Derecho español de fundaciones, del régimen jurídico de la voluntad del fundador en la Constitución de 1978 y en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre.* Prólogo de Eduardo García de Enterría. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, Barcelona, 2000.
- PIRES DE LIMA, F. y ANTUNES VARELA, JOAO DE MATOS:** *Código Civil Anotado* (Vol. 1, Artigos 1º a 761). Cuarta edición revisada y actualizada, con la colaboración de Manuel Henrique Mesquita. Coimbra Editora, Coimbra, 1987.
- PLOEG, TYMEN J. VAN DE:** “Las fundaciones en Europa: Visión de Derecho Comparado”, en *Hacia una nueva Ley de Fundaciones*, seminario celebrado en la U. Internacional Menéndez Pelayo de Santander, julio 1991. Fundación Marcelino Botín, 1992, pp. 49 a 58.
- POMEY, MICHEL:** *Traité des fondations d'utilité publique*, Presse Universitaires de France, Paris, 1980.
- PUES, LOTHAR:** *Stiftungen. Vermögen übertragen und verwalten*, Praxishandbuch, Deutscher Sparkassen Verlag, Stuttgart, 2. Überarbeitete und aktualisierte Auflage, 1999.
- PUIG FERRIOL, LUIS:** “El Patrimonio Fundacional en la Ley de fundaciones catalanas”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXVI, Fascículo III, Octubre-Diciembre 1983, pp. 1641 a 1656.
- PUIG I FERRIOL, LLUÍS:** “Les fundacions privades catalanes”, en PUIG I FERRIOL, LLUÍS y ROCA I TRÍAS, ENCARNA: *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Part General* (Obligacions i contractes, Drets reals, persona i familia), Volum I. Tirant lo Blanch, València, 1995, 4ª edició (Refosa i amb esmenes), pp. 131 a 146.

PUIG I FERRIOL, LLUIS: “Capítulo XVI: La Persona Jurídica (II)”, en PUIG I FERRIOL, LLUIS; GETE-ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN; GIL RODRÍGUEZ, JACINTO; y HUALDE SÁNCHEZ, JOSÉ JAVIER: *Manual de Derecho Civil*, Tomo I: Introducción y Derecho de la Persona. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997, pp. 389 a 411.

REAL PÉREZ, ALICIA: “Las fundaciones en proceso de formación. Comentario del artículo 11 de la ley 30/1994, de fundaciones”, en REAL P., A. (Dir.): *Constitución y Extinción de fundaciones*, Centro de Fundaciones – Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 149 a 261.

REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, ALEJANDRO: *La Nueva Ley de Fundaciones*. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1994.

RESCIGNO, PIETRO: “Fondazione (dir. civ.)”, en *Enciclopedia del Diritto*, direttore Francesco Calasso. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1968.

RICO PÉREZ, FRANCISCO: *Las fundaciones en la Constitución española*. Ilustre Colegio de Abogados de Toledo, Toledo, 1982.

RIEMER, HANS MICHAEL: “Das Personenrecht”, 3. Abteilung: Die juristische Personen, Dritter Teilband: Die Stiftungen. Systematischer Teil und kommentar zu Art. 80–89bis ZGB, en *Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Berner Kommentar (Kommentar zum schweizerischen Privatrecht)*. Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage des von Prof. Dr. Ernst Hafter begründeten Kommentars zum Personenrecht, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1975.

RIEMER, HANS MICHAEL: “Das deutsche Stiftungsrecht aus der Sicht des schweizerischen”, en *Stiftungen in Deutschland und Europa*, herausgegeben von A. CAMPENHAUSEN, H. KRONKE, O. WERNER, im Auftrag des Bundesverbandes Deutscher Stiftungen aus Anlaß seines 50jährigen Bestehens, mit Beiträgen zur Geschichte, zum Zivil-, Steuer- und Öffentlichen Recht sowie zur Rechtsvergleichung, IDW-Verlag GmbH, Düsseldorf, 1998, pp. 349 a 360.

RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO: “Naturaleza y situación del contrato del «*falsus procurator*»”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXIX, 1976, pp. 1047 y ss.

RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO: “Responsabilidad de los patronos de una fundación frente a terceros”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXVII, Marzo-Abril 2001, núm. 664, pp. 721 a 757.

ROGEL VIDE, CARLOS: *Derecho de la Persona*. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998.

ROJO AJURIA, LUIS: “Patrimonio y Gestión Económica de las Fundaciones”, en *El Régimen Jurídico de las Fundaciones*, Actas del Seminario Ítalo-Español, Barcelona, 19 a 21 de octubre de 1995, Fundació Abat Oliba, Barcelona, 1997.

ROMANELLI, VINCENZO MARIA: *Il Negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico* (V.1), Eugenio Jovene, Napoli, 1935.

ROMERO MORENO, JOSÉ MANUEL: “Las especialidades forales y autonómicas en el régimen jurídico de las fundaciones”, en BERCOVITZ, RODRIGO y MARTÍNEZ – SIMANCAS, JULIÁN (Directores): *Derechos Civiles de España*, Banco Santander Central Hispano, Aranzadi Editorial, Madrid, 2000. Volumen IX, pp. 5395 a 5417.

RUEDA MARFIL, MARIBEL: “La nueva regulación del derecho de fundación para fines de interés general”, en *Cuadernos de Investigación Cultural*, Junta de Andalucía, N.º 1, Noviembre de 1995, pp. 9 a 13.

SALVADOR CODERCH, PABLO y SEUBA TORREBLANCA, JOAN CARLES: “Fundaciones, Interés General y Títulos de Aportación”, en *Revista Jurídica La Ley*, Volumen 1/1998, D-29, pp. 1844 a 1861.

SALVADOR CRESPO, JUAN IGNACIO: “El Régimen Jurídico de las Donaciones en la Nueva Regulación de las Fundaciones”, en *Revista Jurídica La Ley*, Volumen 5/1997, D-240, pp. 1644 a 1647.

SEIFART, WERNER und VON CAMPENHAUSEN, AXEL FREIHERR – Bearbeiter: *Handbuch des Stiftungsrechts*. 2. Auflage, C.H.Beck'sche Verlagbuchhandlung, München, 1999.

SAELLES CLIMENT, JOSÉ RAMÓN y VERDERA SERVER, RAFAEL: *El Patronato de la Fundación*. Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 1997.

SERRA RODRÍGUEZ, ADELA: *Las Fundaciones: Elementos Esenciales y Constitución (Estudio conforme a la Ley 30/94, de 24 de noviembre, de fundaciones e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*. Editorial Práctica del Derecho, S.L., Valencia, 1995.

SERRANO ALONSO, EDUARDO: *Derecho de la Persona*. Editorial La Ley, Madrid, 1992.

SERRANO GARCÍA, IGNACIO: “Control y Gobierno de las Fundaciones a la luz de la ley 30/1994”, en *Revista Jurídica del Notariado*, Nº 14, abril – junio 1995. El mismo texto se encuentra en *El Régimen Jurídico de las Fundaciones*, Actas del Seminario Ítalo-Español, Barcelona, 19 a 21 de octubre de 1995, Fundació Abat Oliba, Barcelona, 1997.

SERRANO CHAMORRO, MARÍA EUGENIA: *Las Fundaciones. Dotación y patrimonio*, Civitas, Madrid, 2000. Prólogo de Ignacio Serrano García.

STERN, ELISABETH: “Der Einfluß des Stifters auf die Verwaltung der Stiftung” en *Stiftungen in Deutschland und Europa*, herausgegeben von A. CAMPENHAUSEN, H. KRONKE, O. WERNER, im Auftrag des Bundesverbandes Deutscher Stiftungen aus Anlaß seines 50jährigen Bestehens, mit Beiträgen zur Geschichte, zum Zivil-, Steuer- und Öffentlichen Recht sowie zur Rechtsvergleichung, IDW-Verlag GmbH, Düsseldorf, 1998, pp. 261 a 277.

STRICKRODT, GEORGE: *Stiftungsrecht: Geltende Vorschriften und rechtspolitische Vorschläge*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1977.

STRÖMHOLM, STIG: “Le Régime Juridique des Fondations en Droit Suédois”, en *Le Fondazioni. Tradizione e Modernità*. Quaderni di Diritto Comparato. Materiali raccolti da Guido Alpa. Padova, CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1988, pp. 125 a 140.

SWADLING, WILLIAM: “Property: General Principles, G) Property for Purposes”, en BIRKS, PETER (Ed.): *English Private Law*, Volume I (Sources of Law, Law of Persons, Law of Property). Series Oxford English Law. Oxford University Press, Oxford, 2000.

TAMBURRINO, GIUSEPPE: *Persone giuridiche e associazioni non riconosciute, comitati*. Serie: Giurisprudenza sistematica civile e commerciale. / Torino : Unione Tipografica Editrice Torinese (UTET), Torino, 1980.

- TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO:** “Estudio Previo”, en *Comentario a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Colección Solidaridad, Fundación ONCE, Escuela Libre Editorial, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- VALERO AGÜNDEZ, URBANO:** *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, 1969 (Tesis realizada bajo la dirección del Prof. Dr. D. José Girón Tena).
- VATTIER FUENZALIDA, CARLOS:** “Concepto, constitución y dotación de la fundación”, en *El Régimen Jurídico de las Fundaciones*, Actas del Seminario Ítalo-Español, Barcelona, 19 a 21 de octubre de 1995, Fundació Abat Oliba, Barcelona, 1997.
- VATTIER FUENZALIDA, CARLOS:** “Observaciones sobre la constitución, la modificación y la extinción de las fundaciones”, en *Revista Jurídica La Ley*, N.º. 3/1998, D-119, pp. 1455 a 1459.
- VALLÉE, THIERRY:** *Les Fondations et le mécénat d'entreprise*. Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires. Éditions Belfond, Paris, 1994.
- VERDERA SERVER, RAFAEL:** “La Autocontratación en las fundaciones (Los contratos entre la Fundación y sus patronos y apoderados)”, en *Revista Jurídica del Notariado*, N.º. 18, abril-junio, 1996, pp. 87 a 146.
- VON TUHR, A.:** *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán*. Vol. I¹: “Los Derechos Subjetivos y el Patrimonio”; Vol. I²: “Las Personas”. Trad. de Tito Ravá, prólogo de Tullio Ascarelli. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, Barcelona, 1998.
- YUSTE GRIJALBA, JOSÉ LUIS:** “Autonomía de las fundaciones y la intervención pública del Protectorado”, en *La Ley 30/1994 de Fundaciones. Ciclo de conferencias de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 1996, pp. 199 a 223.
- ZOPPINI, ANDREA:** “Considerazioni sulla fondazioni d'impresa e sulla fondazioni fiduciaria regolate da una recente legge francese”, en *Rivista de Diritto Civile*, Anno XXXVII, N.º 5, Settembre-Ottobre 1991, pp. 573 a 597.
- ZOPPINI, ANDREA:** *Le Fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Jovene Editore, Napoli, 1995.
- ZOPPINI, ANDREA:** “Note sulla costituzione della fondazioni”, en *El Régimen Jurídico de las Fundaciones*, Actas del Seminario Ítalo-Español, Barcelona, 19 a 21 de octubre de 1995, Fundació Abat Oliba, Barcelona, 1997, pp. 85 a 103.

