

"ALGUNAS CONSIDERACIONES JURIDICAS DEL REGIMEN DE LA FUNDACION".

Por Dña. Alicia LORENZO CRUZ.

Profesora Titular de Derecho Civil de Escuela Universitaria.
Universidad de Extremadura.

S U M A R I O

Concepto y caracteres.
El contenido.
El fin.
El patrimonio (la dotación).
Requisitos del título.
Adquisición de la personalidad.
Registro de fundaciones.
La organización y órganos.
El patronato.
El protectorado.
Las fundaciones en el marco constitucional y estatutario. Problemas competenciales.
Conflicto de leyes regionales en materia de fundaciones.
Fundación-Empresa.

“Si las fundaciones no existieran, habría que inventarlas, para que realizaran justamente lo que es su función primordial: ser vanguardia de la sociedad, vanguardia social.”

J.L. SANPEDRO

CONCEPTO Y CARACTERES

Para delimitar el concepto de fundación, es necesario establecer cuales son los requisitos que deben darse en la práctica para que una figura jurídica pueda ser reconocida como fundación¹.

1. Ha sido señalado que el concepto moderno de las fundaciones procede de las llamadas causas pías, que eran instituciones de beneficencia privada o pública, que bajo el influjo del cristianismo comenzaron a aparecer en la última etapa del Derecho Romano. Son asilos para ancianos o para peregrinos, hospicios, hospitales y otras instituciones semejantes. En la época clásica, todo aquel que quería realizar un fin duradero con su patrimonio sólo podía donarlo o dejarlo *mortis causa* a una persona determinada con la obligación de ésta de destinar las rentas al fin deseado. En todos estos casos no había, por supuesto, persona jurídica. El titular del patrimonio era el propietario en virtud de lo que se consideraba como disposición sub modo. Para constreñir al cumplimiento de los fines previstos en el legado modal, se ordenaba el paso de los bienes a otra persona distinta en caso de incumplimiento. En las *piae causae* no se plantea el problema de la personalidad jurídica, sino solamente el problema práctico de fomentar el fervor de la caridad cristiana. Como tenía un eminente perfil religioso, en ellas las autoridades religiosas, señaladamente los obispos, cumplían funciones muy importantes de vigilancia y fiscalización.

En la Edad Moderna subsiste, por una parte, esta misma idea de favorecer las actividades de beneficencia y el enclave general en el ordenamiento jurídico del fenómeno de la beneficencia. En esta Edad, sin embargo, la figura de la fundación se utiliza también para vincular un conjunto de bienes a las atenciones, necesidades o intereses de una familia. Aparecen así, sobre todo en el centro de Europa, las fundaciones familiares. DÍEZ PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, V.I, Madrid 1989, pág. 659.

La Ilustración no es favorable a las fundaciones, y menos la revolución francesa. que

Pero resulta que el concepto no es ni pacífico en la doctrina, ni claro en la legislación, ni neto en sus perfiles prácticos.

Ya don Federico de Castro² afirmaba, que “el Código Civil no define la fundación, habrá pues que deducir su concepto de la consideración que ella tenía en su época³, y la que se manifiesta en las disposiciones posteriores que la han ido regulando”.

Aunque no es fácil extraer un concepto de las primeras disposiciones que regulaban las fundaciones, no ocurre lo mismo en las disposiciones más recientes.

Así el Reglamento de fundaciones culturales de 1972 dice que tendrán el carácter de fundaciones culturales privadas aquellos patrimonios

justifica la disolución de los incontables institutos eclesiásticos y de caridad de naturaleza fundacional con la razón de ser el Estado el único representante de los intereses generales, y por tanto el sujeto de todas las fundaciones.

En España las fundaciones vienen afectadas, al ser consideradas como “manos muertas”, por la legislación desvinculadora y desamortizadora, en el siglo XIX, bajo la cual caen los “fideicomisos, patronatos... y cualquier vinculación de bienes” así como las “obras pías” prohibiendo su fundación para el futuro, al inicio del trienio constitucional, el Art. 14 de la Ley de 11 de octubre de 1820, si bien poco después el Art. 28 de la Ley de 27 diciembre de 1821 exceptuaba de la disolución automática a los “establecimientos particulares de beneficencia”, a los que, sin embargo, se aplicaron las leyes prohibitivas de la tenencia de inmuebles, a excepción de los que ocupaban (Art. 2º y 25). Sobre el tema MALUQUER. *La persona jurídica fundación en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)* Barcelona 1983.

Modernamente hubo un renacimiento muy importante de las fundaciones. No puede discutirse que son un cauce idóneo para la realización de los designios filantrópicos de los poseedores de grandes fortunas. No obstante, pueden rastrearse también algunos otros datos que presentan un significativo interés, entre ellos el trato fiscal favorable que se da a las atribuciones patrimoniales de carácter gratuito dedicadas a fines benéficos, etc. También en la época actual, dadas las numerosas actividades que de todo orden (cultural, sanitario, etc.) debe de afrontar el Estado moderno, se están impulsando en grado creciente las Fundaciones. Y, concretamente en nuestra Patria, un texto anterior e inmediato, el Fuero de los Españoles, estableció que: “El Estado mantendrá Instituciones de asistencia y amparará y propulsará las creadas por la Iglesia, las Corporaciones y los particulares”. RICO PÉREZ, *Las fundaciones en la Constitución española*, Madrid 1982, pág. 69.

2. DE CASTRO, *La persona jurídica*, Civitas, Madrid 1981, pág. 293.

3. Han de tenerse en cuenta, Ley sobre Beneficencia pública y privada, de 20 de junio de 1849 y su Reg., RD de 14 de mayo de 1852; RD de 14 de marzo de 1899, e Instrucción de la misma fecha; RD de 27 de septiembre de 1912 sobre protectorado por el ministerio de Instrucción pública (benéfico-docentes) e Instrucción de 4 de julio de 1913.

autónomos administrados sin fin de lucro y destinados primordialmente por sus fundadores a la educación, investigación científica o técnica o cualquier otra actividad cultural. La Ley catalana de fundaciones (Ley 1/1982 de 3 de marzo), define como tales, las constituidas en el ejercicio del derecho de fundación, reconocido en la Constitución, por las personas naturales o jurídicas privadas que afecten un patrimonio a realización, sin ánimo de lucro, de fines de interés general. En términos casi idénticos se pronuncia la Ley gallega de 25 de junio de 1983.

La proposición de Ley General sobre Fundaciones Privadas y Entidades análogas, presentado al Senado en el año 1978, definía la fundación como institución que mediante un patrimonio autónomo aportado sin fin de lucro, se proponga destinar su renta a la satisfacción de una necesidad general o a la prestación de un servicio de interés público⁴.

Por último, la comisión que redactó el anteproyecto para la Subsecretaría del ministerio de Justicia en el año 1981, las definía de forma negativa, al decir que son fundaciones las organizaciones de carácter no asociativo que por voluntad expresa de sus creadores y sin ánimo de lucro, ven afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de actividades de interés general.

El Prof. LACRUZ⁵ la define como la persona jurídica privada que el ordenamiento reconoce cuando un sujeto de derecho (o varios), el *fundador*, dispone para el futuro el destino de unos bienes al servicio permanente de una finalidad de interés general. Una persona que, como se ve, no es colectiva, no tiene socios.

Pero lo más característico de la fundación, frente a la asociación no es su falta de socios, sino la causa de ella: como la fundación supone el planteamiento de un fin altruista y unos medios para alcanzarlo, tal planteamiento es su ley, dejando de depender de la voluntad del fundador; mientras la asociación es, en cada momento, lo que quieran los socios: ellos pueden transformarla a los cinco o cincuenta años de su constitución,

4. Cuyos puntos más destacados pueden consultarse, extractados en RICO PÉREZ, *Las Fundaciones en la Constitución Española*. Madrid, 1982, pág. 187 y ss.

5. LACRUZ, revisado en este tema por LUNA SERRANO *Elementos de Derecho Civil I. Parte General de Derecho civil, Vol. II Personas*. Barcelona 1990, pág. 298.

cambiar sus objetivos y actividades, modificar su sistema de gobierno o disolverla y suprimirla, pues la asociación son ellos.

La fundación está asentada en el negocio jurídico fundacional, que es la declaración de voluntad, no recepticia e irrevocable, de constituirla, dotándola del bien o bienes con el que se cumplirá el fin de interés público o general perseguido. Hemos de añadir que el negocio jurídico creador de la fundación puede ser tanto entre vivos como por causa de muerte, es decir “inter vivos” o “mortis causa”, (ambas modalidades las analizaremos durante este estudio). Afirmación ésta que cabe deducir del art. 5º-1 del Decreto de 21 de Julio de 1972 cuando dice que “la voluntad fundacional puede manifestarse en cualquier forma susceptible de producir efectos jurídicos”; y todavía más claramente de la ley 44-1 del Fuero Nuevo de Navarra, que permite crear fundaciones por actos “inter vivos” o “mortis causa” en Navarra.

Con referencia a la configuración jurídica del negocio jurídico “inter vivos” por el que se crea una fundación, entiende la doctrina que se trata de un negocio jurídico unilateral, tratándose generalmente de una voluntad individual, pero puede suceder que los fundadores sean varios, es decir, que concorra una pluralidad de personas en una acto conjunto, pero no por ello será un contrato, porque no son voluntades convergentes, sino paralelas. Es decir: hay pluralidad de sujetos, pero en *una* sola parte negocial. (Sent. de 23 de junio de 1964). Aquella declaración unilateral de voluntad, formulada por una o por varias personas, no es recepticia; no va dirigida especialmente a nadie, sino genéricamente a la sociedad, y, por lo tanto, una vez hecha es irrevocable. (argumento *ex* art. 5º-1 del Decreto de 21 de julio de 1972).

Tratándose de la constitución de fundaciones por negocio jurídico “mortis causa” será también un negocio jurídico unilateral, no recepticio, pero a diferencia de la constitución por negocio jurídico entre vivos, el que siga la vía testamentaria deberá atenerse a los requisitos de forma que establece la ley para los negocios de última voluntad, y además la nota de la irrevocabilidad no la adquirirá hasta después de la muerte del testador, por cuanto en vida del mismo el testamento es siempre revocable (art. 737 C.c.), como veremos en su momento.

Nos obstante, si la creación de la fundación se lleva a cabo mediante forma testamentaria válida, cuando el testador nombre heredera a la

fundación que ordena constituir en el propio testamento, se plantea el problema, manifiesta LACRUZ⁶, de cómo pueda heredar una persona que aún no existe al morir el causante. Algunos lo resuelven, en un plano dogmático, considerando nacida la fundación en el momento mismo de la muerte del fundador (en la jurisprudencia, S. 7 de abril de 1920 y 9 de febrero 1948), pero es más realista pensar que el caudal relicto se reserva en favor del ente a constituir, el cual lo recibirá, una vez constituido, como si hubiera existido en el momento de fallecer el causante: mediante una ficción análoga a la que permite suceder al concebido. Para obviar este problema la S.2 de junio 1952 apunta como solución la de entender llamada a la fundación como heredero fideicomisario, siendo fiduciarios los herederos abintestato del fundador. Algunos fundadores optan por encomendar a los instituidos herederos la creación del ente.

En el caso de la S. 8 de febrero de 1980, “la doctrina legal de que la voluntad del causante puede en su testamento crear una fundación, naciendo la persona jurídica desde el día del fallecimiento del testador se mantiene... pero adaptándola a la especial situación de hecho de la que resulta que el día de la muerte nació más que una persona jurídica un patrimonio destinado a un fin, concretamente a “obras benéficas de tipo moral, religioso, docente o de protección a la mujer”, de modo que fueron después los albaceas, dentro de sus amplísimas facultades, quienes dieron forma a la fundación, creando una persona jurídica fundacional”.

En el campo estrictamente privado la institución es promovida por la voluntad del fundador; esto es, el instituyente declara querer que un cierto instituto u otra obra surja con carácter de autonomía, precisa el fin y la individualidad y asigna normalmente el patrimonio necesario para su funcionamiento⁷. Este acto -en opinión BONET⁸- se llama negocio de fundación.

El procedimiento de fundación presenta dos aspectos: el de que el

6. LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil I*, op. cit. pág. 315 y 316.

7. FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, traducción española, Madrid, 1929. pág. 730.

8. BONET RAMÓN, *Comentario a la sentencia de 9 de febrero de 1948*, en “Revista de Derecho Privado”. 1948. pág. 567.

fundador crea una personalidad de fundación y el de que atribuye a ella un determinado patrimonio. El acto fundacional es por eso simultáneamente personal y real. Estos aspectos están unidos por un estrecho vínculo que les viene dado por el fin al cual sirven sujeto y objeto.

EL CONTENIDO

El contenido esencial del acto de fundación reside en la determinación del fin, que da un sello y fisonomía propia a la nueva obra que se quiere crear.

Como hemos podido ver en los textos, se dan tres elementos considerados precisos para la configuración de la fundación, que son, la existencia de un patrimonio, la presencia de una organización y la subordinación de ambos aspectos al cumplimiento de un fin. No se trata de tres negocios (dotación, organización y fijación del fin), ni de dos (dotación y organización para un fin), sino de un negocio único (dotación organizada para un fin)⁹. Sin embargo, este triple requisito sin matizaciones no es suficiente para delimitar el concepto de fundación, ya que patrimonio, organización y fin tienen también otras personas jurídicas, como las propias asociaciones. Es por ello, por lo que quizás en el Anteproyecto del Ministerio de Justicia acudía a un elemento negativo, y delimitaba las fundaciones como organizaciones no asociativas para destacar, mediante esta calificación, que no son suficientes los anteriores requisitos para tipificar una fundación. Y es la propia ley a la que corresponde fijar los límites y requisitos precisos para adquirir la personalidad jurídica, la cual en términos generales, empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a Derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas (Art. 35, 1º-C.c.), y termina con su extinción.

EL FIN

De acuerdo con lo dispuesto en los Arts. 1.271-1.273 del C.c. con referencia al objeto de todo negocio jurídico en general, y por tanto, aplicable también al objeto del negocio jurídico en virtud del cual se constituye una

9. NART, *La fundación*, en "Revista de Derecho Privado", 1951, pág. 495.

fundación, con la misma el fundador o fundadores deben perseguir un objeto o fin que reúna los requisitos de posible, lícito y determinado.

Según el artículo 35 del Código civil, son personas jurídicas las “fundaciones de interés público reconocidas por la ley”, por tanto el fin de la fundación ha de ser de interés público, debiendo entenderse dicha expresión como fin que interesa a la colectividad encaminado a promover de alguna manera el bien general. Excluyendo de esta forma la posibilidad de que los fines sean el beneficio de personas concretas y determinadas. Ya es de observar que este mismo artículo habla por ejemplo, de asociaciones de interés público y de asociaciones de interés particular, mientras que al hablar de las fundaciones el legislador alude únicamente a las de interés público, por lo que cabe deducir que no cabían las fundaciones de interés privado, con el fin de evitar que por medio de las mismas pudiesen organizarse nuevamente vinculaciones de interés particular o familiar rechazadas por el ordenamiento jurídico español desde la Ley de 11 de octubre de 1820, tema que suscitó gran polémica en la doctrina jurídica española, como veremos. De ahí la necesidad de que los beneficiarios sean colectivos de personas indeterminadas. Por lo que es más expresiva la frase actual Art. 34-1 de la Constitución¹⁰ que establece que “se reconoce el derecho de fundación para *finés de interés general*, con arreglo a la ley”.

Además teniendo en cuenta que a raíz de la codificación civil las vinculaciones que cumplían una función social, subsistieron, y pasan a poder configurarse como una persona jurídica de tipo fundacional, y que según el susodicho Art. 35-1 C.c. ha de ser necesariamente de interés público, este interés público equivale por tanto a interés social, es decir,

10. Nuestra Constitución recoge en la sección 2ª del capítulo segundo, título I, entre los derechos fundamentales el derecho de fundación, no vamos a exponer la trayectoria que siguió este reconocimiento constitucional del derecho de fundación supone que el contenido esencial de éste se halla, en virtud del Art. 53 de la Constitución, sustraído a la voluntad del legislador, quien no podrá atentar contra tal núcleo irreductible, pues de otro modo, es decir, si se dejase al Parlamento la configuración de la fundación, la ley podría poner a ésta tales exigencias que vaciasen el derecho de sustancia. Además al añadir la propia Constitución que “con arreglo a la ley”, esta Ley tiene por misión establecer los cauces a través de los cuales deba ejercerse este derecho, pero en ningún momento poner cortapisas a coartar el mismo. Sólo para salvaguardia del orden público, pueden, creo, establecerse requisitos o cortapisas al derecho de fundación que recorten el mismo.

que una fundación sólo puede tener por objeto o fin una actividad que de no existir tal fundación, habría de asumir el Estado en interés de la sociedad. como señala LOPEZ JACOISTE, “el requisito del “interés público” exigido por el Art. 35 del C.c. para que la fundación pueda tener personalidad jurídica, parece consistir simplemente en esto: que el beneficio a reportar tenga efectivamente un destinatario popular o relativamente popular, esto es, personalmente indeterminado. En efecto, la indicación del interés público conduce hacia un destinatario colectivo, mejor dicho identificado con la sociedad. Pero la expresión jurídica adecuada de tal destino social está, paradójicamente, en la indeterminación del destinatario individual: interés público es el compartible con cualquiera o por un amplio círculo de personas; lo cual supone destinatarios indeterminados o, al menos, relativamente indeterminados. En esto consiste la despersonalización del beneficio conferido por la fundación: se ofrece a las personas no en su individual consideración, sino en tanto se encuentren en una determinada situación o necesidad. En esta situación o necesidad, apreciada precisamente en cuanto común a un círculo de personas considerable, radica o consiste el interés público que la fundación atiende”¹¹.

Con anterioridad a la Constitución la doctrina discutió vivamente en torno al concepto “interés público” recogido en el Código civil, lo que plantea la cuestión de si pueden existir Fundaciones de interés particular, sobre todo en torno a la posibilidad o no de las fundaciones familiares.

DE DIEGO y CASTAN¹², no tratan específicamente de la cuestión, pero en sus obras de carácter general admiten la existencia de fundaciones de interés particular y hasta exclusivamente familiar.

DE BUEN¹³ elimina el problema puesto que opina que no repugna a un sentido lato de la palabra fundación concebirla sin personalidad.

GALLARDO¹⁴ se limita a afirmar que toda fundación con carácter altruista será válida.

11. LÓPEZ JACOISTE “*La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones*” en Revista de Derecho Privado 1965, pág. 578.

12. DE DIEGO, *Curso*. Madrid 1923, II, pág. 217. CASTAN, *Derecho civil español, común y foral*, 8ª ed. Madrid, 1952, tomo I, vol. II, pág. 286.

13. DE BUEN, Notas a COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, trad. espa., Madrid, 1942, II, pág. 498.

14. GALLARDO, voz *Fundación* en *Diccionario de Derecho Privado*, dirigido por CASSO y CERVERA, Barcelona 1950, pág. 2.008.

Con mayor amplitud de argumentos mantiene las tesis afirmativa CARDENAS apoyándose en los argumentos de: “si correlativamente a las asociaciones se admite la personalidad de las sociedades civiles y mercantiles, parece que junto a las fundaciones de interés público debieran aceptarse la de interés particular, agregando que “si la persona jurídica consiste fundamentalmente en un recurso técnico del derecho, este instrumento no tiene por qué monopolizarlo la supremacía del interés público y debe ponerse igualmente a disposición de los particulares para la consecución de sus privativos fines”¹⁵.

Sin embargo, contra esta postura se pronunció el Profesor DE CASTRO más recientemente¹⁶, analizando con acierto y agudeza la cuestión en conexión con las leyes desvinculadoras, se pregunta: ¿pueden vincularse bienes indefinidamente o a perpetuidad para ponerlos al servicio de un interés particular?; y afirma: “las leyes desvinculadoras vedan terminantemente y del modo más general las vinculaciones y las prohibiciones de disponer. Una sola excepción se hace y es en favor de las fundaciones benéficas fundadas y dirigidas por particulares; más es porque en ellas se atiende a los intereses colectivos, a los intereses público (cuyos términos ya fueron empleados en la R.O. de 25 de marzo de 1846). Por ello, con una exactitud a la que no se ha hecho la debida justicia -concluye con acierto DE CASTRO-, “el Código civil sólo admite como personas jurídicas las fundaciones de interés público reconocidas”.

A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo, en ya viejas Sentencias de 20 de septiembre de 1864 y 5 de julio de 1875, consideró nulas las Fundaciones para socorro y alivio de los parientes del fundador y en las que se excluyen terminante y permanentemente a los extraños.

A modo de conclusiones claras y tajantes podemos tomar las afirmaciones de AMOROS sobre este tema: “Las leyes desvinculadoras y desamortizadoras vinieron a poner fin a todas las Fundaciones perpetuas de carácter familiar, cualquiera que fuera la naturaleza de los bienes afectados.

15. CARDENAS. *Las fundaciones familiares de Derecho privado*, en “Revista de Derecho Privado”, 1952, pág. 584.

16. DE CASTRO, *Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares*, en “Anuario de Derecho civil”, 1953, pág. 645.

El sistema vigente después del Código impide la vinculación de bienes de modo perpetuo e indefinido en favor de los parientes o de la familia del fundador. Y así se habla en el Código de las *fundaciones de interés público reconocidas por la ley* (Art. 35-1º). En nuestro Derecho sólo son válidas las Fundaciones benéficas. Las exclusivamente familiares son inválidas. Así resulta de nuestras leyes y de la interpretación dada por la jurisprudencia”.

Aprobada nuestra Constitución la cuestión ha dejado de ser tal. El Art. 34-1º como hemos dicho sólo reconoce el derecho de Fundación “para fines de interés general”, con lo cual el interés público se convierte en integrante esencial de toda Fundación. Con ello, la Constitución concibe el derecho de Fundación en concordancia con el espíritu social que impregna el Derecho civil de nuestro tiempo. Por lo que el tema está resuelto y es opinión común que no caben fundaciones familiares, aunque dicho precepto no deba interpretarse restrictivamente, y, en este sentido, cabría admitir cláusulas fundacionales que otorguen una simple preferencia a determinados parientes o familiares. Lo que no admite claramente la Constitución son las Fundaciones exclusivamente familiares. Además un interés familiar no es un interés general, y nuestra Constitución al reconocer el derecho a fundar para fines de interés general deja fuera y no reconoce dicho derecho para fines de interés particular. Pero como opina DE PRADA “no es seguro que una solución tan tajante de no admitirlas sea la más acertada. Si se examinan atentamente los argumentos cruzados entre Cárdenas y De Castro, ambos están pensando en fundaciones perpetuas, más allá por tanto de los límites establecidos en el Art. 781 del C.c.; tal vez no hubiera sido inoportuno el permitir que con carácter temporal se pudieran constituir este tipo de fundaciones. No faltan razones que lo hacen aconsejable. Es indudable que en nuestro derecho falta la figura del *trust*¹⁷, del que tan abundante uso se

17. El *trust* es una institución jurídica de derecho privado y de carácter esencialmente fiduciario que permite a una primera persona transferir bienes a una segunda persona llamada *trustee* (hombre de confianza) en provecho de una tercera persona (*beneficiary*). Se instituye con una finalidad de interés privado, como puede ser el interés familiar, es decir, si el beneficiario es un particular designado nominalmente, se habrá instituido un *private trust*. y si se instituye con una finalidad de interés general, es decir, en beneficio de una colectividad indeterminada, se habrá instituido un *charitable trust*, *charitable body*, o simplemente *a charity*.

Este sistema presenta un interés particular, principalmente porque se basa en un

hace en el derecho anglosajón. ...puede haber razones de peso que aconsejaran estas fundaciones temporales para fines particulares. Por ejemplo, en esta época en que asistimos a la disolución de muchas familias, podría éste haber sido un vehículo para la protección de dignísimos intereses familiares, como son la educación y mantenimiento de hijos y nietos, la protección de miembros débiles como los disminuidos psíquicos o físicos todo ello mediante instituciones que pongan los bienes al resguardo de situaciones de crisis que tan frecuentes son hoy. Por último, y en un régimen de libertad, el derecho de la persona debería reconocerse con carácter general y el Estado, y en su nombre la legislación, sólo debería limitarlo en aquellos supuestos en que el orden público o los derechos de los demás lo exigieran. En nuestro caso esta limitación no debería ir más allá de la temporal del artículo 781 o del carácter inmoral o ilícito de los fines...”¹⁸.

Con el requisito de la generalidad del fin de la fundación, nuestro Derecho le impide destinar los beneficios a una persona concreta y determinada: así, el Reglamento de Fundaciones culturales exige que los destinatarios de sus beneficios sean esencialmente colectividades indeterminadas de personas; y el Art. 5º de la Ley catalana dice que la finalidad fundacional debe “beneficiar a personas no individualmente determinadas”: siendo esa indeterminación la que justifica la concesión de personalidad jurídica a las fundaciones y los beneficios legales de que disfrutan (también Ley gallega, Arts. 1º-1 y 2º-2).

La exigencia de “interés general” podría ser interpretada, con todo, como un presupuesto de la protección constitucional, y no en el sentido de negar eficacia a las fundaciones de interés personal y familiar. Pero el Art. 35 del C.c., a su vez, al incluir en el elenco de las personas jurídicas a “las

procedimiento que excluye la noción de personalidad moral. La institución del *trust* tiene una gran flexibilidad y puede ser utilizada para cualquier fin que no sea ilícito o contrario al orden público. Si bien el *charitable trust* en su esencia puede clasificarse como una fundación fiduciaria, aventaja a ésta en cuanto a la seguridad en el cumplimiento del fin, autonomía de los bienes para lograr dicho fin y permanencia, sin perjuicio de que en cuanto a la duración cabe que ésta sea limitada por voluntad del fundador.

18. DE PRADA, *Una futura ley de fundaciones (I)* en Actualidad civil, septiembre 1989, pág. 2.621.

fundaciones de interés público reconocidas por la Ley”, y no mencionar a las de interés privado, sin duda niega que hoy todavía puedan constituirse. No será viable, por tanto, según el Prof. LACRUZ, “una fundación para proporcionar carrera universitaria o alimentos a los descendientes directos del fundador; o para mantener en pie la casa familiar; o para administrar la industria del fundador y entregar los productos líquidos a sus herederos”¹⁹.

Ahora bien, tras estas frases (interés público, fines de carácter general) se esconde un problema más hondo como apuntan DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, y es el de preguntarnos si las fundaciones han de ser benéficas siempre. La Constitución reconoce simplemente el derecho de fundación para fines de carácter general, y es evidente que dentro de estos fines los benéficos no son más que un aspecto, entendiendo por beneficiencia el socorro del necesitado económicamente. Pero el premio que otorga una fundación para el que presente la mejor obra literaria o artística, las ayudas o becas que concede para realizar determinados trabajos sin exigir ninguna contraprestación económica, no hay duda de que promueven fines que interesan a la colectividad. De ahí que el derecho de fundación hoy haya que reconocerlo sin el anclaje forzado que supone la beneficiencia, en otras palabras, hay que interpretar el texto constitucional abiertamente. Lo esencial debe ser que no haya lucro alguno para la fundación, no exigiendo que sus beneficiarios, que siempre han de ser indeterminados, sean personas menesterosas exclusivamente²⁰.

La determinación del fin es el contenido esencial del acto de fundación, dado que da un sello y fisonomía propia a la obra nueva que quiere crear, por lo que es uno de los requisitos que debemos señalar.

La determinación del fin corresponde exclusivamente al fundador. Y de acuerdo con el Art. 34 de la Constitución presupone un campo más amplio que el de fines benéfico asistenciales, abarcando cualquier actividad lícita y determinada en el ámbito de los fines que integran la noción de bienestar social o el campo de actuación de los servicios sociales. En definitiva no sólo cabe hoy ya la fundación benéfico-asistencial dedicada

19. LACRUZ, *op. cit.* pág. 309.

20. DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistemas de Derecho civil. Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica.* Madrid 1989 pág. 661.

a la satisfacción gratuita de necesidades físicas o intelectuales, sino también fundaciones en un campo de actuación ampliado a cualquier actividad para los citados fines de interés general.

Dicho fin ha de estar suficientemente concretado porque sin la fundación se crea es para algo y este algo es causa del negocio y fin destinador del organismo. Por lo común, manifiesta LACRUZ “el fundador puntualiza la finalidad fundacional con un mínimo de detalle: la concesión de becas a jóvenes con vocación para la numismática; el mantenimiento de un hospital para niños situado en tal lugar, etc. Mas no es indispensable la concreción de la fijación de los fines, si se han determinado los medios”²¹.

Observamos, sin embargo, que el Tribunal Supremo no se muestra exigente en cuanto a la concreción del fin por cuanto en la S. de 2 de julio de 1952 considera que “se dibuja claramente la creación de una fundación” en un caso en que el testador destinó el resto de su fortuna empleando la siguiente fórmula: “a obras benéficas para perpetuar mi nombre”; en cuya manifestación de voluntad debemos subrayar una ausencia absoluta de determinación del fin, aunque queda a salvo, en todo caso, un carácter altruista (de interés general).

No se excluye la posibilidad de que las fundaciones puedan perseguir varios fines, simultáneos o disyuntivos. En caso de perseguirse fines simultáneos, deben ser homogéneos y conciliables, al objeto de evitar que la diversidad de fines disgreguen la unidad del ente. Cuando los fines son simultáneos se suele caracterizar la fundación por su fin predominante, si bien no siempre resulta fácil la indagación para determinar cuál sea éste. Si la fundación persigue fines disyuntivos, cuando uno de ellos no se puede alcanzar por cualquier circunstancia, su actividad se orienta a la consecución del fin sustitutivo.

Otro requisito es el de su licitud, pero no basta que la finalidad perseguida se desenvuelva dentro de las limitaciones impuestas por la moralidad y el orden público, acatando los principios fundamentales de la Sociedad, ya que no es permisible que los bienes se destinen de modo grotesco, arbitrario, frívolo ridículo, a objetivos que desvirtúen su función

21. LACRUZ, *op. cit.* pág. 310.

característica, aun cuando tales objetivos no puedan calificarse de ilícitos²². Así, no es correcto imaginar fundaciones para que un artista fracasado pudiera destinar sus bienes a crearse una fama para la posteridad, o para conservar una vivienda como si el fundador siguiera habitándola, o para considerar habitantes de la casa a ciertos animales, etc...

Por tanto, el fin que se asuma como núcleo de la fundación tiene que ser de utilidad o beneficiencia, empleando esta palabra en su concepto amplio de “virtud de practicar el bien o hacer obras útiles en provecho del prójimo”, es decir ha de ser altruista y social, desinteresado por parte del fundador y valioso para la colectividad, de acuerdo con las exigencias históricas de cada momento. (En lo relativo al carácter altruista exigible a la finalidad de la fundación, se entendió en principio en el sentido de no poder ésta percibir precio alguno por sus prestaciones. Así, en las Instrucciones de 1875 y 1899, es éste “un rasgo crucial, dice MORELL²³, que va a provocar desde entonces una honda perturbación en el sistema jurídico positivo de la beneficiencia particular”. Con escasas excepciones, rige esta norma de modo general hasta que el Art. 24-3º del Reglamento de fundaciones culturales permite en ellas el pago del servicio por los beneficiarios, mas sin que pueda exceder “de lo que corresponda al coste real del servicio, sin margen comercial de ninguna clase”. En igual sentido el Art. 19 de la Ley gallega. Como señala LACRUZ, esta obsesión por la gratuidad de las concretas e individuales prestaciones de la fundación responde probablemente a la preocupación de que los beneficios fiscales no se concedan a ninguna actividad de ganancia mercantil, a fin de evitar la competencia con los empresarios regularmente establecidos y que satisfacen todos sus impuestos.

Sin embargo en el Derecho navarro, el carácter altruista exigible a la fundación no puede interpretarse, en el sentido de que no pueda ésta exigir precio alguno por sus prestaciones. En realidad, aquella exigencia se cifra

22. Durante el siglo XIX las finalidades fundacionales posibles se habían restringido a lo que la ley llamaba beneficiencia; expresión, a su vez, limitada al socorro de los pobres, inválidos (a lo más, a la enseñanza). Superada luego esta concepción administrativa, la doctrina conviene ahí en que la iniciativa a cuyo servicio se establece la fundación ha de ser altruista y social, es decir, desinteresada por parte del fundador y valiosa para la colectividad.

23. En LACRUZ, *op. cit.* pág. 310.

realmente en la no existencia de **ganancias repartibles**, no en que la fundación no pueda percibir por sus servicios una remuneración, incluso superior a su coste estricto. La no necesidad de que los servicios de la fundación sean gratuitos para el Derecho navarro se deriva del principio general de libertad que preside su régimen jurídico, y aparece confirmada por el Art. 7º 4 del acuerdo de la Diputación Foral de 2 de diciembre de 1976, sobre régimen fiscal de las fundaciones declaradas de interés social, que exige, para obtener tal calificación administrativa, “que las prestaciones o servicios sean gratuitos”, pero pudiendo la Diputación, “en casos especiales, debidamente justificados (...), autorizar excepciones a este principio, en la forma y con los límites que se determinen”; de donde se deduce que pueden las fundaciones navarras cobrar un precio por sus prestaciones, incluso superior al coste estricto de éstas, estando condicionada a la gratuidad sólo la obtención de los beneficios fiscales derivados de la calificación administrativa de interés social, y aún esto último con posibles excepciones²⁴.

Por tanto dentro de estos límites el objetivo de la fundación puede ser eminentemente abierto en sus posibilidades. Cabe favorecer, así, la divulgación de unas ideas; el cultivo de un arte o de una rama de la ciencia; el paisaje, la fauna o determinados animales; la conservación de bosques y monumentos, o uno de ellos; el socorro de alguna necesidad o desgracia humana, psíquica o física, el fomento de una virtud o cualidad, etc. Así cabe invocar el carácter tendencialmente abierto de la legislación sobre fundaciones, como resulta en primer lugar del Art. 2º del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, que después de enumerar una serie de establecimientos benéficos, termina con el giro “y otros análogos”; así como el Decreto de 21 de julio de 1972 por el que se aprueba el Reglamento de las fundaciones culturales privadas y entidades análogas”. El mismo criterio abierto sigue la ley 44 del Fuero Nuevo de Navarra, que permite la constitución de “fundaciones de caridad, fomento o de otro interés social evidente,...”.

La relación establecida entre el objeto o fin de la fundación y el interés social que la misma debe cumplir, permite establecer todavía unas nuevas

24. PEDRO DE PABLO CONTRERAS *Curso de Derecho civil Navarro, Tomo I, Introducción. Parte general*, Pamplona 1990, pág. 431.

precisiones en orden a los fines de la fundación. Cabe cuestionar al efecto si estos fines han de ser inalterables, duraderos o perennes o si se permite igualmente la constitución de fundaciones evidentemente de interés general, pero destinadas a subvenir unas necesidades sociales transitorias.

Los ordenamientos jurídicos que admiten la figura fundacional suelen otorgar su protección a la voluntad del fundador, dicha voluntad, en cuanto determinante del fin de la fundación y de los modos como debe realizarse, constituye la norma suprema de la fundación²⁵. De ahí el carácter de inalterabilidad, que el fin fundacional no puede ser cambiado ni modificado por una acto de voluntad posterior al acto fundacional, ya proceda aquél de terceras personas o aun del mismo fundador²⁶.

Sin embargo, esta inalterabilidad del fin fundacional no es absoluta. Sería perjudicial para la fundación, si así lo fuera, porque se habría cerrado el camino a la necesaria adaptación a las circunstancias y privado de la posibilidad de subsistir en aquellos casos en que esta subsistencia sólo fuera posible, gracias a una mutación del fin fundacional.

Por esto, la solución dada por los ordenamientos jurídicos al conflicto entre el respeto a la voluntad del fundador y a la subsistencia de ésta, consiste en posibilitar la alteración del fin, por parte de la autoridad de control, exigiendo, como presupuesto para el ejercicio de estas facultades, que se haya producido la pérdida del interés del fin o limitando dicho ejercicio, si bien se requiere que la alteración se realice manteniendo la fidelidad sustancial a la voluntad inicial del fundador²⁷. A este propósito se

25. De aquí concluye la doctrina que la fundación es, al contrario que la asociación, una institución heterónoma sometida a un régimen dimanante de una voluntad exterior a ella. En nuestra doctrina DE BUEN, *Notas de derecho civil español a la traducción del Curso elemental de Derecho civil* de A. COLIN, y CAPITANT. Madrid, 1923, II-1, pág. 453; CÁRDENAS, *Fundación*, *op. cit.* pág. 386.

26. Este rasgo del fin fundacional es admitido universalmente por la doctrina.

27. La laguna de nuestro C.c. en este punto es colmada por las disposiciones administrativas reguladoras del ejercicio del Protectorado sobre los diversos tipos de fundaciones. Inst. 14 de marzo de 1899, Art. 7º-2º, Instr. 24 de julio de 1913, Art. 5º-2º. Estas disposiciones reciben una aplicación inmediata en el caso, en que la modificación es llevada a cabo por la mencionada autoridad, y una aplicación analógica, en el caso, en que los patronos de la fundación, debidamente autorizados por el fundador en los estatutos, lleven a cabo la modificación.

orienta la posibilidad de que los fundadores otorguen a las personas encargadas de regir en el futuro la fundación, la facultad de modificar el fin de la misma, en los supuestos y con los límites por ellos fijados. Para evitar el que una fundación pueda llegar a tener que sufrir un cambio de su fin, sería aconsejable a los fundadores la formulación de éste con suficiente precisión para que quede claramente determinado, y, a su vez lo suficientemente elástico para que, sin necesidad de modificaciones, sea susceptible de acomodación a las circunstancias cambiantes y a la continua evolución histórica.

En pro de la exigencia de que el fin de la fundación sea duradero, continuo o con vocación de perennidad cabe alegar, en primer término, que la legislación sobre fundaciones privadas se centra en torno a las denominadas benéficas y culturales, y como la demanda colectiva de asistencia física y cultural ha sido y continúa siendo una necesidad constante, de ahí que la legislación sobre fundaciones privadas parta de la idea implícita del carácter duradero o indefinido de la fundación. La vocación de duración indefinida, es una característica típica del fin fundacional²⁸. Lo cierto es que la legislación vigente no exige que el fin sea duradero o perenne, tampoco el legislador pide que en los estatutos fundacionales se contenga previsión alguna sobre la duración de esta persona jurídica. Y dada la generalidad de ciertos preceptos en nuestro Ordenamiento, como el Art.2º del Real Decreto de 1899 entre otros, será también aplicable a las fundaciones lo dispuesto en el Art. 39 del C.c. sobre causas de extinción de las personas jurídicas²⁹.

28. Tesis que se reafirma teniendo en cuenta los precedentes de la misma, por cuanto la vinculación tenía como una de sus características fundamentales la perpetuidad, y al convertirse las vinculaciones perpetuas de interés social en las fundaciones de interés público Art. 35-1 C.c., cabe también de ello deducir que el legislador está pensando siempre en una duración tendencialmente perpetua o indefinida de las fundaciones, por cuanto las mismas sólo se constituirán para atender necesidades sociales en todo tiempo sentidas.

29. Véase sobre el tema CAFFARENA LAPORTA, *El artículo 39 del Código civil y la extinción de las fundaciones*, Centenario del Código civil (1889-1989), T.I, (Asociación de Profesores de Derecho civil), Madrid 1990, págs. 371 y ss. y Vid. *Constitución, Modificación y Extinción de las Fundaciones en Presente y Futuro de las Fundaciones*, Madrid 1990, págs. 50 y ss.

Cabría pensar que este requisito de la duración o perennidad del fin no es esencial para la constitución de una fundación en el sistema jurídico español, por cuanto la ley no lo exige en ningún momento; sólo a través del requisito del interés público, que conforme al Art. 35, 1 C.c. debe reunir toda fundación, es posible dar alguna relevancia a la permanencia del fin³⁰, no obstante este elemento está ínsito en la concepción misma del instituto: fundación.

No cabe sostener la inmovilismo del fin señalado por el fundador de una vez para siempre, ya que ha de ser interpretado en su adecuación a la vida social para cuya eficaz beneficio se erigió.

Los fines hay que adecuarlos al interés colectivo que encarnan, y ello incluye su incesante devenir. En este sentido y con visión de futuro la Instrucción de 14 de marzo de 1899 prevé la incoación de expedientes encaminados a reformar las disposiciones de una fundación “para ponerlas en armonía con las nuevas conveniencias sociales” (Art. 67, 4º), precepto que permite afirmar que a nuestro Derecho positivo no se le escapó el sentido dinámico del fin fundacional.

EL PATRIMONIO (LA DOTACIÓN)

Como manifiesta DE CASTRO, “la fundación está asentada en el negocio fundacional; en la declaración de voluntad del fundador o fundadores de crear una fundación benéfica y de dotarla. Negocio de naturaleza constitutiva, no encajable en otros tipos de negocio. La dotación, respecto del fundador, es un negocio de causa gratuita (empobrecimiento de su patrimonio sin contraprestación económica); pero es bien distinta de la donación, por su conexión sustantiva con el destino de servir al fin para el que la fundación se ha creado; y también, en que no hay lugar para la aceptación dado su carácter de interés público, reconocido por la ley”³¹.

En las definiciones de fundación examinadas, destaca como nota común de la fundación la referencia al patrimonio. El Reglamento de fundaciones

30. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*. Valladolid, 1969, pág. 33.

31. DE CASTRO *op. cit.* pág. 297.

y el proyecto del grupo mixto hablan de patrominio autónomo; la Ley catalana y el proyecto del Ministerio de Justicia hablan de afectar el patrimonio. Por lo que se plantea el problema de su necesidad para que ésta exista y subsista. De lo dicho parece que habría que deducir una solución afirmativa. Sin embargo, las opiniones de la doctrina distan bastante de ser unánimemente favorables a esta solución, aunque la opinión afirmativa es predominante³².

En opinión de DIEZ PICAZO y GULLON no parece exacto separar el negocio de creación del ente o persona jurídica del negocio de dotación del mismo, como lo hace un sector de la doctrina. El ente no nace sin la adscripción de bienes; el ente “fundación” es la personificación de un patrimonio destinado a un fin, luego sin patrimonio no hay ente. El fundador no crea el ente y coetánea o posteriormente lo dota, sino que aquel surge a la vida jurídica por una destinación de bienes a la realización del fin que se propone. Destinación y creación de la persona jurídica “fundación” forman un todo único³³.

Esto se ve muy claro en las fundaciones culturales privadas. El Art. 5º.2º del Decreto de 1972 determina, entre los requisitos de constitución, la necesidad de otorgar la Carta Fundacional. Según el Art. 6º, en esa Carta ha de manifestarse la voluntad de constituir una fundación cultural privada, y su dotación inicial, con expresión en su caso, de la inversión de los distintos elementos patrimoniales que la integran. También se detecta la unidad en las fundaciones laborales (Art. 3º Decreto de 1961), y además está la definición del Art. 1º del Reglamento de fundaciones culturales como “patrimonios autónomos”, y la Ley 44-1 del Fuero Nuevo de Navarra. Finalmente, exige de modo rotundo la dotación la S. de 22 de marzo de 1983. Por tanto en nuestro ordenamiento, habida cuenta de las disposiciones

32. En nuestra doctrina acogen este punto de vista, SÁNCHEZ ROMAN, *Estudios de derecho civil*, 2ª ed. Madrid 1911, pág. 135; DE BUEN, *op. cit.* pág. 453; CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil*, Madrid. 1959 I, pág. 213; MANRESA, *Comentarios*, I. pág. 183; CÁRDENAS, *Fundación, op. cit.* pág. 520; NART *op. cit.* pág. 488. COSSIO, *Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica*, ADC, 7 (1954) pág. 642.

En cambio niegan la esencialidad de patrimonio a la fundación FERRARA *op. cit.* pág. 55 y 181 ss., BONET *Compendio de Derecho civil* Madrid 1959 I, pág. 531, CASTAN *Derecho civil español I-2*, 10ª ed. Madrid. 1963, pág. 392 y 394.

33. DÍEZ-PICAZO *op. cit.* pág. 663.

especiales sobre la materia, se impone la conclusión de que el patrimonio es elemento esencial a la fundación, toda vez que ésta viene definida por el conjunto de bienes y derechos destinados al cumplimiento del fin fundacional³⁴; por ello en opinión de VALERO AGÚNDEZ “la doctrina española, que estima que el patrimonio fundacional no es elemento esencial de la fundación, no interpreta adecuadamente el Derecho positivo”³⁵.

En nuestra legislación, no cabe duda de la necesidad del requisito esencial de la dotación, pero esto no quiere decir que la futura ley no pueda introducir ciertos elementos de flexibilidad en este punto, ya que como señala LÓPEZ JACOISTE, “aunque la liberalidad es esencial para la fundación, esto no quiere decir que se precise absoluta simultaneidad entre acto fundacional y efectiva dotación”³⁶. Propugna este autor la introducción entre nosotros de la llamada fundación receptora, que es aquélla en la que ya se ha realizado el acto de dotación, de modo que cuente con su elemento patrimonial, pero en la cual el fundador ha previsto expresamente que otras personas le acompañen en la liberalidad posteriormente, de tal suerte que son fundaciones abiertas a ulteriores aportaciones por parte de otros fundadores.

En definitiva expresa DE PRADA, sería introducir en el mecanismo de constitución de las fundaciones, una institución similar a la fundación sucesiva existente ya para las Sociedades Anónimas. En unos momentos como los actuales en que se está fomentando la institución del mecenazgo, la ley deberá hacer posible la creación de fundaciones con un programa, y apertura de un período prudente que permita captar las ayudas económicas precisas para su puesta en marcha³⁷.

En opinión de VILASECA, el patrimonio inicial es necesario, sin perjuicio de que, la aportación patrimonial pueda completarse o ampliar con posterioridad al acto constitutivo mediante nuevas aportaciones del propio fundador o terceras personas, las cuales incrementen el capital y quedan sujetas al mismo régimen que aquél; y sin perjuicio de que del

34. Así expresamente, R.D. 27 de septiembre de 1912, art. 2º; Intr. 20 de julio de 1926, Art. 2º; O. 25 de enero de 1962, Art. 3º.

35. VALERO AGÚNDEZ. *op. cit.* pág. 41.

36. LÓPEZ JACOISTE *op. cit.* pág. 15.

37. DE PRADA, *op. cit.* pág. 2.623.

propio patrimonio inicial formen parte cuotas o subvenciones periódicas que ofrezcan las necesarias garantías de continuidad y volumen³⁸.

En cuanto al problema de la necesidad o no de que el patrimonio inicial sea de cuantía suficiente para el cumplimiento de los fines, resulta lógica la exigencia de esa cuantía cualificada en el patrimonio inicial, con el objeto de que no se produzcan situaciones como las referidas por NART: “cualquier persona podría saturar el mundo jurídico de bellas fundaciones... sobre el papel, brindando a la generosidad de los demás sus brillantes ideas para que las doten económicamente”³⁹; por lo que para evitar este peligro, la fundación ha de tener recursos suficientes para obtener sus fines, dado que al ser de interés general, habrán de tener cierta entidad. Es más el Art. 8-3º de la Instrucción de 1899, todavía en vigor para las fundaciones llamadas “benéficas”, requiere que éstas se mantengan de sus propios recursos principalmente, y aunque la vigencia del precepto es dudosa y en todo caso limitada, la idea directriz sí es válida.

Esto no excluye la posibilidad de fundaciones “recaudadoras”, es decir, que se proponen atraer recursos para el cumplimiento de sus fines; trasladando el punto clave de la dotación a la organización. Pero tales fundaciones deben tener una viabilidad propia, suficiente para un programa mínimo que se pueda llevar a cabo con las rentas del capital fundacional.

Parecidamente dispone el Art. 3º-3 de la Ley catalana: “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 éstos fuera plenamente garantizada en una cuantía suficiente para cumplir las finalidades fundacionales”. En este último caso, el patrimonio consistirá inicialmente en derechos de crédito realizables, pero no falta. El Art. 7º 2 de la Ley gallega, más severo, prohíbe constituir la fundación “sin una dotación inicial, aunque se expresa en los Estatutos el compromiso de dotación sucesiva periódica”: exige una “dotación inicial suficiente para el cumplimiento de sus fines” (Art. 7º-3).

Respecto del patrimonio de la fundación interesa también puntualizar qué bienes y derechos pueden integrarlo. Según el Art. 7º del Real Decreto

38. VILASECA. *Una ley de fundaciones*, R.J.C. 1977, pág. 588.

39. NART, *op. cit.* pág. 494.

de 14 de marzo de 1899 son bienes propios de la beneficencia particular todos los que actualmente posean, y en las fundaciones culturales privadas con arreglo al Art. 25 del Decreto de 21 de julio de 1972 las fundaciones sujetas al mismo “podrán poseer toda clase de bienes”.

Conforme a las transcritas disposiciones cabe afirmar con carácter general que el patrimonio de la fundación pueden integrarlo bienes y derechos de cualquier clase, pero tal afirmación debe ser objeto de algunas puntualizaciones. En primer lugar, debe señalarse que la fundación es titular de un patrimonio que se le atribuye para cumplir el interés público (interés general) que determinó su creación, y a la consecución de tal fin debe destinar los frutos, rentas o productos que se obtengan de su patrimonio. Por consiguiente, cabe afirmar que si no todos, por lo menos la mayor parte de los bienes que integran el patrimonio de las fundaciones deben tener el carácter de bienes fructíferos, por cuanto de otra suerte la fundación podría fácilmente encontrarse en situación de no poder cumplir los fines que determinaron su creación.

Y dadas estas características de que las fundaciones, por su propia naturaleza, persiguen normalmente un fin permanente o estable, de ello cabe deducir también que si no todos, por lo menos buena parte de los bienes que integran el patrimonio de la fundación han de ser bienes no consumibles ni deteriorables, pues la tesis opuesta llevaría en la práctica a generalizar las fundaciones con un fin transitorio al tener que extinguirse las mismas por la pérdida de su patrimonio.

En cuanto a las fundaciones culturales privadas la cuestión es clara, ya que según el mencionado Art. 25 del Decreto de 21 de julio de 1972 las fundaciones “podrán poseer toda clase de bienes”, y añadiendo el siguiente Art. 26-2 que si se trata de bienes inmuebles se inscribirán a nombre de la fundación en el Registro de la Propiedad, desaparece pues, de la actual normativa toda referencia a la legislación desvinculadora, y a la vista de ello cabe abogar por reconocer un valor ejemplar a estos Arts. 25 y 26 del mencionado Decreto, en el sentido de hacer extensiva las directrices a toda clase de fundaciones. Por cuanto a tenor de lo dicho en este y anteriores apartados, el patrimonio de las fundaciones debe estar integrado fundamentalmente por bienes fructíferos y no consumibles, no cabe duda que tales características pueden predicarse sin mayores reparos de los bienes inmuebles en general.

Cabe, pues, el distinguir por separado lo que es el patrimonio inicial,

el que se le atribuye al momento de constituirse la nueva persona jurídica, y las adquisiciones de bienes que se realicen después; el inicial, como hemos dicho en epígrafes anteriores, recibe el nombre de dotación, pues según el Art. 6º y 5º del Decreto de 21 de julio de 1972 en la carta fundacional debe figurar, aparte otros extremos que ahora no interesan, “la dotación inicial de la Fundación”. En este sentido, la dotación puede definirse como un negocio jurídico en virtud de la cual una determinada masa patrimonial se transmite desde el patrimonio del o los fundadores al de la fundación, que de esta suerte se convierte en titular de los bienes transmitidos. Por lo que a este negocio jurídico de dotación debe calificarse de unilateral por cuanto él mismo se perfecciona con la sola declaración de voluntad del fundador, -o en su caso de los fundadores-, pero sin que para su perfección se exija la aceptación, por cuanto tal aceptación no puede prestarla la fundación, que en este momento carece todavía de personalidad jurídica. Pero como también indicamos anteriormente, esta dotación inicial puede completarse o aplicarse con posterioridad al acto constitucional a través de nuevas aportaciones del propio fundador o de terceras personas, (incluso cuotas o subvenciones periódicas) cuyo conjunto integra el llamado patrimonio fundacional.

Otra de las características del negocio de dotación es la de ser un negocio jurídico con causa gratuita, por cuanto el o los fundadores disponen en este caso de una parte o de la totalidad de su patrimonio sin recibir contraprestación alguna (Art. 1274 C.c.). Esta liberalidad que lleva en sí la idea de dotación se distingue de la donación ordinaria no sólo por la nota antes aludida del carácter unilateral de la dotación (mientras que la donación es un negocio jurídico bilateral Art. 623 y 629 C.c.). La donación es un acto de liberalidad a favor de una persona determinada, como resulta del Art. 618 C.c. que la define como “un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra”; mientras que en la dotación la liberalidad está destinada a la creación de un ente social a través del cual los rendimientos a ser posible sin mengua del capital, serán destinados al cumplimiento de un fin de interés general, que necesariamente comporta un mayor grado de indeterminación de los destinatarios o beneficiarios⁴⁰.

40. LÓPEZ JACOISTE *La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas fundaciones*. Revista de Derecho Privado, 1965, pág. 582.

Por ello, podemos decir, que mientras la donación cabe configurarla como una liberalidad directa a favor del donatario, la dotación opera como una liberalidad indirecta, como por demás es común a todos los negocios fiduciarios⁴¹, que por medio de un rodeo persigue una finalidad que por muy diversos motivos no se quiere obtener directamente, pero ello no excluye que también en la dotación predomine una causa liberal o gratuita, y en este caso a favor de personas indeterminadas.

En cuanto al problema de la forma de la dotación, la ley lo deja sin resolver, La donación es un negocio jurídico eminentemente formal (Arts. 632 y 633 C.c.), y puede surgir la duda acerca de si tales requisitos de forma los establece la ley sólo para la donación o si, por el contrario, pueden aplicarse también a los demás negocios con causa gratuita, que se regularían a semejanza de la donación, como prototipo de los negocios de esta clase. Parece preferible esta última postura, por cuanto el legislador mira siempre con cierta prevención los negocios con causa gratuita, y para paliar en lo posible los perjuicios que de los mismos pueden seguirse al disponente, acreedores y legitimarios exige como medida precautoria unos estrictos requisitos de forma. Y como la causa gratuita informa también el negocio jurídico de dotación de acuerdo con lo dicho hace un momento, cabe abogar por la aplicación a la dotación de los requisitos de forma que exigen los Arts. 632 y 633 C.c. para las donaciones⁴².

En lo referente a la revocación, la donación, como negocio jurídico bilateral, es irrevocable por la sola voluntad del donante una vez perfeccionada por la aceptación del donatario (Art. 629 y 1256 C.c.). La dotación, se ha hecho notar antes, se configura como un negocio jurídico unilateral, y a la vista de ello cabe preguntar si se le aplicará el régimen de los negocios jurídicos unilaterales, caracterizados por el principio general de la revocación (Art. 737 C.c. para el testamento y Art. 1732 para el poder), o si se seguirá el principio general de la no revocación aplicable también a la donación. Parece preferible esta última tesis, que cabe apoyar

41. Por cuanto entre el fundador y los destinatarios definitivos de la libertad se intercala la persona jurídica fundación, a la que se atribuye una titularidad más bien formal sobre los bienes que integran la dotación para mejor atender un interés público o general que la ley estima digno de protección.

42. ALBALADEJO, *Derecho civil, tomo I-I*° pág. 424.

en la consideración de que como la dotación se dirige a la creación de una persona jurídica que cumple un interés público y social, (Art. 35, 1 C.c.), interés general (Art. 34-1 C.E.), la protección de este interés debe estimarse preferente al de favorecer la libre revocación de la liberalidad, que sólo tiene sentido cuando el conflicto se da entre intereses estrictamente privados.

En los casos en que se permite la revocación de los negocios jurídicos con causa gratuita por estimarse preferente la protección del interés de otras personas, que según el legislador no deben quedar perjudicadas por la liberalidad, cabe preguntar si este régimen valdrá también para la dotación. Así el Art. 644 C.c. admite la revocación de donaciones por supervivencia o por superveniencia de hijos, y a la vista de ello cabe cuestionar si podrá el fundador solicitar la revocación de una dotación hecha a una fundación cuando no tenía hijos o reputaba muertos los que hubiese tenido. Cabe observar al respecto que si hay negocios con causa gratuita susceptibles de revocación por supervivencia o superveniencia de hijos, cual la donación, quizás cabe abogar por la aplicación por analogía a la dotación los preceptos del Código civil relativos a la revocación de donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos.

Referente a la reducción de liberalidades para que queden a salvo las legítimas, los Art. 654 y 655 C.c. emplean la palabra donación como sinónima de liberalidad o de cualquier negocio con causa gratuita que implique un desplazamiento patrimonial sin correspectivo. Por lo que las dotaciones a una fundación serán susceptibles de reducción por inoficiosidad aplicando aquí el espíritu que informa a los Arts. 654 y 655 C.c. Y en cuanto al deber de saneamiento debe entenderse que cuando el Art. 638 C.c. dice que el donante no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, establece realmente una regla aplicable a todas aquellas transmisiones que vienen informadas por una causa de liberalidad, y por tanto, el precepto valdrá igualmente para la dotación.

REQUISITOS DEL TÍTULO

Como decíamos al principio, el negocio jurídico fundacional puede tener lugar por actos inter vivos y mortis causa, sin que la forma o modo de constitución que se emplee suponga variación en la naturaleza del ente que se erige.

En general nada impide la creación de una fundación aunque sea en documento privado, ya que su válida constitución no está sujeta a una determinada "forma de ser".

Las legislaciones difieren en cuanto a los requisitos de forma del título fundacional⁴³, y en el Derecho positivo español la normativa no es uniforme; salvo la aplicación analógica de los preceptos sobre donaciones, el negocio de fundación no requiere de modo general una específica, así el Real Decreto y la Instrucción de 14 de marzo de 1899 sobre la beneficencia particular no requieren ninguna determinada, pero si se dota de bienes inmuebles, y dado que desde el punto de vista del fundador se lleva a cabo una disposición gratuita, estará sujeta al otorgamiento de la escritura pública (Art. 633 C.c.); criterio que sigue la s. de 22 de marzo de 1983, al entender que toda fundación a la que se aporten bienes inmuebles debe constituirse en escritura pública. En cambio, en las fundaciones culturales aunque según el Art. 5º-1 del Decreto de 1972 "la voluntad fundacional puede manifestarse en cualquier forma susceptible de producir efectos jurídicos", la validez de tal expresión de voluntad no exime del otorgamiento de la llamada "Carta Fundacional", que es requisito constitutivo de la fundación, y que ha de realizarse en escritura pública, en la que constarán todos los extremos que en él se enumeran, entre ellos los Estatutos. A su vez, según el Art. 5º 2 del Reglamento de 1972, "la inscripción en el Registro de fundaciones culturales privadas es un requisito esencial para la adquisición, por la fundación, de la personalidad jurídica, e implica el reconocimiento por el Estado del interés público de la fundación", también el Fuero Nuevo de Navarra, Ley 44, y la Ley catalana de 1982. En Navarra según la Ley 44. 2º la fundación por acto "*inter vivos*" ha de hacerse en escritura pública. Los pactos creadores de las Fundaciones laborales, según el Decreto de 1961, se celebrarán con las formalidades establecidas por los Convenios Colectivos Sindicales (Art. 3).

43. El Código civil alemán en su Art. 81 preceptúa que el acto de fundación entre vivos debe realizarse por escrito.

En cambio el Código civil Italiano de 1942 dispone en el Art. 14, que el negocio de fundación debe hacerse por documento público o testamento.

No obstante, aunque teóricamente si la dotación consiste en bienes muebles no sería preciso la realización de escritura pública en general (salvo para las fundaciones culturales), la utilidad de la escritura en la práctica ha llevado a que incluso en aquellos supuestos en que la ley no lo exige, el negocio se realiza de esta forma.

ADQUISICIÓN DE LA PERSONALIDAD

La doctrina ha discutido sobre este punto dos cuestiones que podrían confundirse, una es el momento en que la fundación adquiere personalidad jurídica y otra, indudablemente ligada a la anterior, que requisitos son precisos para ello.

Un sector de la doctrina, basándose en la S de 7 de abril de 1920, que invoca el Art. 35 del C.c. “su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiese quedado válidamente constituida”, entiende que la fundación adquiere la personalidad jurídica desde el momento mismo de expresarse la voluntad fundacional, es decir que la adquiere por el mero hecho de su existencia.

Por tanto, si las normas jurídicas a las que debe atenerse el fundador se han observado, no se exige ningún acto posterior de reconocimiento estatal⁴⁴ para la adquisición de la personalidad jurídica, la Administración interviene luego, efectivamente, pero sólo para clasificar a una fundación (como benéfica, cultural, etc.) al objeto de precisar que Ministerio ha de ejercer el Protectorado del Gobierno sobre la fundación según su fin, y para que pueda gozar de los beneficios o ventajas que se acuerden (p. ej. exenciones fiscales a las fundaciones clasificadas).

Otro sector, sin embargo, no interpreta el Art. 35 del C.c. de idéntica manera: hay una cierta tendencia a entender que la disposición informal es

44. Sin embargo, hay quien defiende que es precisa la intervención administrativa ya que las fundaciones no quedan válidamente constituidas con arreglo a derecho sólo cuando se ha producido el negocio fundacional, cualquiera que sea la forma que éste adopte, sino cuando ese negocio ha dado origen a un ente de interés público, y como esta constatación solo puede hacerla el Estado esto trae como consecuencia que el surgimiento de la personalidad jurídica requiere en todo caso una intervención administrativa. DE PRADA *Una futura Ley de Fundaciones. (II)* op. cit. pág. 2.682.

válida en cuanto mandato de crear el ente, pero sin que la personalidad surja hasta el cumplimiento de las formalidades que dan el ser a la fundación, (Redacción de los Estatutos y constitución de sus órganos; en las fundaciones culturales, carta de fundación e inscripción en el Registro) ésta es la solución que adoptó, no sin recibir algunas críticas, el Reglamento de Fundaciones Culturales de 1972, el Fuero Nuevo de Navarra, así como siguiendo su ejemplo, las Leyes catalana y gallega y el Anteproyecto del Ministerio de Justicia.

Mas en cuanto a las fundaciones culturales, VILASECA entiende que los indicados requisitos no se pueden poner como condición de la adquisición de la personalidad jurídica por un precepto de rango reglamentario sin desbordar el articulado de la Ley General de Educación, al hallarse en contradicción con el Código civil. En efecto, se puede condicionar a ciertas formalidades el reconocimiento del ente por la Administración, pero aun sin ellas tiene una existencia embrionaria que le permite atender a su constitución formal y, desde luego, recibir donaciones, así como contratar y litigar desde el momento en que tenga una representación suficiente.

El criterio de la jurisprudencia en S. de 22 de marzo de 1983 es, que “en el actual momento legislativo y a la espera de la ley que desarrollará el derecho de fundación para fines de interés general acogido en el Art. 34 en relación con el Art. 53 de la Constitución, la deficiente regulación subsiguiente al ya citado Art. 35 del C.c., mayoritariamente exige que la voluntad fundacional se manifieste libremente pero erigiendo en requisito esencial para la adquisición por la Fundación de la personalidad jurídica que la carta fundacional se otorgue precisamente en escritura pública con especificaciones mínimas, y la toma de razón de la misma en un Registro público”.

REGISTRO DE FUNDACIONES

Conforme al régimen jurídico adoptado por la constitución de las personas jurídicas, varía la incidencia de su registración; en todo caso, su régimen no es general, aunque, sería deseable que lo fuese⁴⁵. Por tanto, hay

45. Según propuso VILASECA el Registro de Fundaciones “debe ser llevado por la autoridad judicial, siendo en todo paralelo al Registro Civil de las personas físicas, para que quede más clara la naturaleza privada de la persona jurídica fundacional y la función esencialmente de constatación y probanza que corresponde al registro” ... VILASECA MARCET, *Una ley de fundaciones privadas*, en *RJC* 1977, pág. 593 y ss.

que atender a cada tipo de persona jurídica. Recordemos que para las fundaciones benéficas no se exige una forma especial, pero será rara su constitución sin escritura pública; además hay que tener en cuenta la obligatoriedad de la inscripción en el Registro de la Propiedad de sus inmuebles, según lo dispuesto en el Art. 8º, 2 del R.D. de 14 de marzo de 1899⁴⁶, y ésta presupone el instrumento público. En la constitución de las fundaciones culturales privadas se exige escritura pública y su registración por el Ministerio de Cultura según D 21 de junio 1972, (que lleva implícita la previa calificación registral positiva y reconocimiento), ambas con valor constitutivo, pues con arreglo a su Art. 83-1 “la inscripción de las Fundaciones culturales privadas españolas en el Registro es un requisito constitutivo de su personalidad jurídica y sólo procederá cuando previamente hayan sido reconocidas y calificadas como tales por el Ministerio de Educación y Ciencia”. Criterio que reafirma el Art. 5º-2 del propio Decreto cuando dice que “la inscripción de la misma en el Registro de Fundaciones Culturales Privadas que es un requisito esencial para la adquisición por la Fundación de la personalidad jurídica... “Inscripción igualmente constitutiva en las leyes catalana y gallega (Arts. 6.1 y 8.1 y 2 respectivamente).

El título II del repetido Decreto de 21 de julio de 1972 regula detalladamente el registro de fundaciones culturales privadas. Esquemáticamente cabe indicar aquí que según el Art. 73-1 “el Registro de Fundaciones Culturales Privadas, constituido en el Ministerio de Educación y Ciencia, tiene por objeto la inscripción de los actos relativos a las Instituciones reguladas en el título primero de este Reglamento”. Según el Art. 84 el trámite de inscripción de una fundación requiere una solicitud, que debe ir acompañada de carta fundacional y, en su caso, del documento que inicialmente haya recogido la voluntad fundacional; la aceptación de sus cargos por parte de los miembros del órgano encargado del gobierno y dirección de la fundación cuando tales extremos no consten en la carta fundacional; y el presupuesto correspondiente al primer ejercicio económico.

46. Art. 8º, 2 del R.D. de 14 de marzo de 1899 “Si consistieren en inmuebles o derechos reales, se inscribirán en el plazo de un año en los Registros de la Propiedad respectivos a nombre de las fundaciones a que pertenezcan hasta que se realice su venta cuando proceda, dándose cuenta por los representantes legítimos de dichas fundaciones a la Dirección General de haberlo verificado.”

Recibida esta solicitud, el Registro formula propuesta acerca de si procede conceder o denegar la inscripción interesada, propuesta que además debe ser informada por la Subcomisión de Ejercicio del Protectorado y por la Asesoría Jurídica del Ministerio; y a la vista de esta propuesta e informes el Ministerio de Educación y Ciencia resuelve en orden al reconocimiento, calificación y procedencia de la inscripción de la constitución de una fundación cultural privada (Art. 85-1). Según el Art. 78-1 del propio Reglamento “el Registro de Fundaciones Culturales Privadas es público”, igualmente en la Ley catalana Art. 10-3, y gallega Art. 11.2.

En todo caso, como ha observado LACRUZ, para las Fundaciones no es mandato constitucional la existencia de un Registro, pues el Art. 34 de la Constitución no se remite al párrafo 3 del Art. 22 que lo exige para las Asociaciones. De ahí no se sigue que no pueda establecerse tal Registro por la Ley que regule en su día el derecho de Fundación. En todo caso, si de acuerdo con la propia Constitución, la inscripción de las Asociaciones no tiene carácter constitutivo, sino que se exige “a los solos efectos de publicidad”, la eventual inscripción obligatoria de la Fundación en el correspondiente Registro no debería tener un carácter distinto.

LA ORGANIZACIÓN Y ÓRGANOS

Consolidado el patrimonio, y para que el fin fundacional sea realizables es necesaria una organización. La organización se traduce en una conducta ordenada -estatuida- que por serlo ofrece el valor de substrato de una personalidad jurídica que el orden jurídico reconoce.

La organización del ente fundacional puede ser ordenada por el fundador, aunque también puede no proceder de la voluntad del fundador, estructurándose más tardíamente, en el momento de constituirse la persona jurídica, en la carta fundacional. No es así, un requisito de la creación, sino de la constitución del ente. En cualquier caso, es un elemento indispensable para que la fundación realice sus fines, lo cual sólo puede hacer mediante órganos, y asimismo para la gestión del patrimonio. Los órganos pueden ser muy distintos según las clases, y tener competencias diferentes: cabe, e incluso es frecuente, confiar la gestión al órgano de gobierno de otra persona jurídica.

El ordenamiento de la administración, las modalidades de las rentas,

la forma de goce de los destinatarios, pueden faltar en el acto de fundación, sin que por ello sea nulo el acto.

La legislación administrativa vigente respeta, en lo relativo a los órganos de la fundación, la voluntad del fundador, quien puede determinar la estructura y funcionamiento de la misma, si bien con restricciones en cuanto a las fundaciones culturales clasificadas, cuyos estatutos no pueden contradecir al Reglamento de 1972 (Art. 3º-1). Las fundaciones sujetas al Derecho foral navarro se rigen -dice la ley 45- del Fuero Nuevo “por la voluntad del fundador, manifestada en el acto constitutivo y en los Estatutos, que será suplida en lo no previsto e integrada en su interpretación por las disposiciones contenidas en el libro segundo de esta Compilación” (que trata de las donaciones y sucesiones).

EL PATRONATO

No existiendo en las fundaciones socios que sirvan a través de Asambleas Generales de órgano de decisión respecto a la organización y elección de los encargados de la administración y gobierno de la fundación, será el fundador en el acto de fundación, o bien ulteriormente el Protectorado cuando completa la expresión de voluntad de aquél, quien establecerá el órgano de gestión (los patronos) que se ocupe de la administración y dirección de la nueva persona jurídica en el doble aspecto del disfrute y defensa de los bienes para obtener de ellos el rendimiento preciso; y de la aplicación de las rentas a las finalidades fundacionales, así como, en general, del gobierno del ente.

El Código Civil nada establece limitándose en el Art. 37 a hacer una referencia a “las reglas de su institución”. El Reglamento de fundaciones culturales -y desde él las leyes autonómicas y proyectos de ley que tanto se han basado en el mismo- contiene un capítulo destinado a este tema, y el Art. 9º del Reglamento de 1972, “cuando la dirección de la fundación esté encomendada a una persona jurídica, la ejercerá ésta por medio de sus órganos de gobierno”.

Al patrono corresponde la gestión diligente de la fundación.

Así lo especifica, para Navarra, la ley 46 del Fuero Nuevo: “salvo que otra cosa se disponga en los Estatutos, corresponden al Patronato, plenamente y sin limitación alguna, las facultades siguientes: 1ª Las de administración

y disposición del patrimonio de la fundación; 2ª La de interpretar la voluntad del fundador; 3ª Las de inversión, realización, transformación y depósito de los bienes y aplicación de los mismos a los fines fundacionales; 4ª Las de confeccionar los presupuestos y aprobar las cuentas por sí solo y con plenitud de efectos”. La ley catalana es más detallada y se inspira en el Reglamento de 1972. Con arreglo a ella, el patronato, que contará como mínimo con tres miembros, tiene la representación de la fundación. “Los patronos ejercen su cargo gratuitamente, pero pueden ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que éste les produzca” (Art. 11)⁴⁷. También detalla mucho la composición y atribuciones del patronato la Ley gallega (Arts. 12 y ss.).

En la vieja Instrucción de 1899 las facultades de los patronos se hallan muy recortadas por la precisión de pedir licencia para múltiples actos de escasa significación, desde las enajenaciones hasta la contratación de personal, al Ministerio, o, por delegación suya, al Gobierno civil (ahora, eventualmente, a la Comunidad autónoma)⁴⁸.

47. Art. 11 “Cualquier fundación debe contar por lo menos con un órgano de gobierno con el nombre del patronato. Los estatutos determinarán su composición y funcionamiento de acuerdo con el apartado 1.e) del artículo 9º. 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 de patrono 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.

4. Si los estatutos no lo prohíbe, el patronato puede delegar sus facultades en uno, o más de uno de sus miembros y nombrar apoderados generales o especiales con funciones y responsabilidad mancomunadas o solidarias. Nunca son delegables la aprobación de las cuentas, la formulación del presupuesto, la enajenación y el gravamen de los bienes inmuebles y de los valores mobiliarios no cotizados en bolsa ni cualquier otro acto que necesite la autorización o aprobación del protectorado.

5. Los patronos ejercen su cargo gratuitamente, pero pueden ser reembolsados de los gastos, debidamente justificados, que éste les produzca.

6. (Redactado según la Ley 21/1985 de 8 de noviembre) Los patronos entran en funciones después de haber aceptado expresamente el cargo. Los que sean nombrados en una reunión del patronato pueden aceptar el cargo en el mismo acto, lo que certificará el Secretario, sin perjuicio de las otras formas de aceptación señaladas en el Art. 8.e).”

48. LACRUZ *Elementos de Derecho Civil I, Parte General* op. cit. pág. 320.

Los patronos tiene obligación de llevar la contabilidad y rendir cuentas periódicas, o al menos justificar el cumplimiento de las cargas de la fundación: no haciéndolo, pueden ser removidos, y asimismo por cualquier otra causa justa (Art. 11, ley 1849; Art. 7, Instrucción 1899).

En cuanto al tema del *quorum*, en las Fundaciones Culturales, el Reglamento es inflexible, exige en su Art. 11.b. para que la reunión del Consejo sea válida que concurra al menos la mitad más uno de sus componentes. Y establece que “estos no podrán abstenerse de votar o votar en blanco”. Los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos. En principio, puede haber actos de simple administración que deberían poder tomarse incluso sin ese *quorum* de asistencia. En cambio, hay otros asuntos para los que ese *quorum* parece corto. De hecho los Estatutos pueden prever *quorum* más elevados para ciertos acuerdos de especial transcendencia como la modificación, fusión, o extinción de la fundación. Quizás la futura ley debería ser más detallada en estos puntos, prever la posibilidad de establecer *quorum* distintos para primeras o segundas convocatorias al estilo de lo que hace la Ley de Sociedades Anónimas y tal vez reforzar el *quorum* para los actos más importantes⁴⁹.

El cargo de miembro del patronato debe ser gratuito. El Reglamento de Fundaciones Culturales se guardó de decirlo. Si lo establece, en cambio, la Ley Catalana (Art. 11.5) pero no la Gallega ni el anteproyecto del Ministerio de Justicia. De todas formas, da igual ya que lo exigen las leyes fiscales para la concesión de los escasos beneficios que conceden a las fundaciones, y de ahí lo ha tomado la Ley Catalana.

EL PROTECTORADO

Considerado el interés general de la finalidad, de las fundaciones y por tanto el interés público de su cumplimiento, las legislaciones suelen disponer una supervisión de la mano pública sobre las actividades de prestación del ente y la gestión de sus bienes sin perjuicio de la obligación de cada administrador, cuando son varios, de impedir o denunciar el incumplimiento de los otros (por ej. el Art. 18 del Reglamento de fundaciones culturales).

49. DE PRADA. *Una futura Ley de Fundaciones (II)* op. cit. pág. 2.684.

Se trata de una tutela en la que lo que se tutela es el interés general y no el particular del tutelado, es decir, a la inversa que en la tutela de las personas físicas.

En el Derecho español la vigilancia incumbe a la Administración que la realiza mediante la institución del Protectorado⁵⁰, ejercido por el Ministerio de Sanidad para las fundaciones benéficas y laborales y por el de Educación y Ciencia y el de Cultura (según los casos) para las culturales.

En relación a las benéficas, como apuntábamos a pie de página, el Estado tiene una amplia facultad de inspección que le atribuyó ya la ley de 20 de junio 1849. Corresponde al Ministerio de la Gobernación, “autorizar a los representantes legítimos de las fundaciones, cuando no lo estuvieran por otro título, para defender los derechos de éstas ante los tribunales de justicia; para transigir sus litigios; para vender sus bienes inmuebles no amortizados; para convertir en títulos al portador las inscripciones intransferibles y para negociar los demás valores representativos del capital” (Art. 7º-4, Instrucción 1899).

50. La institución del Protectorado es un fruto apresurado de la necesidad de salvar los establecimientos de beneficencia de las consecuencias de las leyes desvinculadoras. Como explica MALUQUER MONTES, si bien la ley de desvinculación hacía referencia a los establecimientos de beneficencia, por cuanto al considerarlos manos muertas, les prohibía adquirir toda clase de bienes, la aplicación de aquella ley a estos establecimientos representó para el país un grave problema. Junto a la imposibilidad de adquirir bienes la circunstancia de estar muchos de ellos regentados por patronatos afectados por la desvinculación dio lugar a la extinción de muchos de ellos. El Gobierno, a finales de la primera mitad del siglo XIX se dio cuenta de que extendiendo de tal manera los principios desvinculadores, se extinguían del mismo modo muchos de los establecimientos de beneficencia y que, al tiempo, su debilidad le impedía hacerse cargo de la actividad que en mayor o menor grado estos desarrollaban. Esto le llevó a preparar con cierta celeridad, sigue diciendo Maluquer, la ley de beneficencia publicada el 20 de junio de 1849 y curiosamente aún vigente que además de regular la acción del Estado se propuso salvar de la desvinculación los establecimientos de beneficencia de tipo particular. De esta Ley arranca y en ella se apoyan las sucesivas instrucciones que regulaban el Protectorado del Estado sobre los establecimientos de beneficencia. La labor del Protectorado -dice el Art. 1 de la Instrucción aprobada por R.D. de 14 de marzo de 1899 y aún vigente, si bien sólo para las fundaciones denominadas benéficas- “comprenderá las facultades necesarias para lograr que sea cumplida la voluntad de los fundadores en lo que interese a colectividades indeterminadas”. MALUQUER DE MONTES *La Fundación como persona jurídica en la Codificación Civil: De vinculación a persona (Estudio de un proceso)*. Barcelona 1983, pág. 102.

En la Instrucción de 1899 el Protectorado se presenta como una garantía del cumplimiento de la voluntad de los fundadores: un órgano al servicio de esa voluntad. Con todo, como dice MORELL⁵¹, si las fundaciones se tutelan por el Derecho en atención a que cumplen una finalidad de interés general, “parece que en el futuro esta concepción del Protectorado debiera cambiar de acento y no solamente asumir el escrupuloso respeto de la voluntad fundacional, sino también la vigilancia de cómo y por qué la entidad benéfica cumple la finalidad de interés general para la que nació y para la que vive”.

En cuanto a las fundaciones culturales el D. 1972 establece con mayor precisión, de una parte las obligaciones de los patronos que las gobiernan, y de otra las atribuciones del Protectorado que las vigila. Hace responsables a los patronos a las fundación (Art. 16) en los términos previstos por el C.c., determina los supuestos de su cese (Art. 17) o suspensión; la necesidad de que las fundaciones lleven una contabilidad minuciosa (Arts. 35 y ss.) Por su parte el Protectorado interviene en la fundación cuando haya sospecha de graves irregularidades en el cumplimiento de sus deberes por parte de los órganos de gobierno y dirección; aprueba las normas complementarias de los estatutos elaboradas por los patronos (Art. 20); toma conocimiento de las becas, subvenciones y ayudas económicas que se otorguen por la fundación a los beneficiarios; aprueba los presupuestos, tarifas de servicio, etc.; concede licencia para las enajenaciones; para aceptar herencia sin beneficio de inventario o donaciones o legados con carga; para ejercer actividades industriales o mercantiles; entablar litigios, etc. El Protectorado puede acordar investigaciones extraordinarias e inspecciones de las fundaciones culturales; promover de oficio los expedientes de modificación, fusión o extinción, e intervenir en las propuestas de reforma de su reglamentación (Art. 104 y 105).

Sin embargo en la actualidad como afirma DEL CAMPO ARBULO⁵², las funciones del Protectorado se plantean de una manera más amplia y también más generosa que se venían planteando con anterioridad, desde

51. MORELL *Notas sobre el arcaísmo de las fundaciones benéficas*, en REDA., 1978.

52. DEL CAMPO ARBULO, *Perspectiva de las fundaciones en Las Fundaciones y los Protectorados*. T.F. Centro de Fundaciones, Madrid 1986, pág. 38 y 39.

hace casi un siglo, y que es una función global, que es una función de tutela, como su propio nombre dice, una función de protección. No solamente se trata de controlar, no solamente se trata de inspeccionar, sino que se trata también de ayudar, se trata también de informar y, en definitiva, de arropar a las Fundaciones, de promover, por consiguiente, por vía de fomento el desarrollo de sus actividades.

Desde otro punto de vista, tenemos que las funciones de los Protectorados presentan un problema que es el que se desprende de la diversidad de los centros administrativos desde los que esas funciones se imparten. Porque efectivamente, hablamos de los Protectorados y no del Protectorado. Existen a nivel central diversos Protectorados según el bloque de actividades que es sustancial en las Fundaciones, según las clases de las Fundaciones. Hay Fundaciones culturales, Fundaciones mixtas, Fundaciones de otros tipos que dan lugar a distintas clases de Protectorado. Pero aún más, ocurre que el hecho de que las Comunidades autónomas reciban transferencias de facultades en materias de cultura, en materia de beneficencia, etc., multiplica esos centros, esas unidades administrativas de protectorado, con lo cual puede producirse una desconexión, una falta de coordinación y unas soluciones diferentes a problemas que pueden ser los mismos. Entonces entiende DEL CAMPO ARBULO que, además de estas funciones que vienen siendo tradicionales en los Protectorados, que además de estas otras funciones que se postulan en los últimos intentos legislativos, parece que, en algún modo, sería deseable que existiese como una función más del Protectorado en singular, la de coordinación de todas aquellas unidades administrativas que lo desempeñan y lo regulan a fin de llegar a soluciones que sean homogéneas, en problemas que tengan también un planteamiento homogéneo.

La Ley Catalana de Fundaciones privadas de 3 de marzo de 1982 abarca todos los aspectos, civiles y administrativos, de las mismas, y acaso deba su extensión a la falta de legislación general y moderna, y el D 160/1982, de 27 de mayo, aprueba la Instrucción para la organización y el funcionamiento del Protectorado de la Generalidad. Galicia ha hecho lo mismo por Ley 22 junio de 1983, relativamente a entes que realicen "fines generales de interés gallego y desarrollen sus funciones en Galicia" (Art. 1º), el Protectorado corresponde a la Xunta. Por lo que sería un logro

importante se plantea LACRUZ⁵³, unificar la legislación en la materia por convenio de los territorios.

Por otro lado, respecto a la transferencia de competencias a Protectorados territoriales, en concreto por el Ministerio de Educación y Ciencia se ha reestructurado dicho Protectorado, en el sentido, de que con la Constitución y por la entrada en vigor de los Estatutos de autonomía, según GARCIA CUERPO⁵⁴, aquel Protectorado del Estado que recaía sobre un colectivo de unas dos mil fundaciones benéfico-docentes, ha transferido sus competencias sobre unas mil fundaciones. Es decir, la mitad de las que antes estaban sujetas al Protectorado del Ministerio de Educación y Ciencia, ya lo están a Protectorados territoriales, además de Cataluña y Galicia como hemos dicho en el párrafo anterior, siguiendo por Andalucía, Comunidad Valenciana y Canarias. También formalmente está prevista, aunque todavía -marzo de 1985- no se haya realizado el traspaso de funciones respecto a las del País Vasco.

LAS FUNDACIONES EN EL MARCO CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIO.-PROBLEMAS COMPETENCIALES

La intervención administrativa en las fundaciones como mencionamos puede ser regulada y asumida por las Comunidades autónomas en virtud del Art. 148 de la Constitución. Los aspectos civiles son de la competencia de las Comunidades con Derecho civil propio; al menos, en la interpretación más amplia del Art. 149-1-8.

En rigor, fuera de los territorios forales, los Parlamentos regionales sólo pueden legislar, en su caso, sobre aspectos administrativos: en particular la atribución a las Comunidades Autónomas de las potestades inherentes al ejercicio del Protectorado, no ofrece duda. Sin embargo, la potestad legislativa en la vertiente de la personalidad o capacidad, y regulación de sus elementos constitutivos, no está perfectamente regulada como ocurren en el Derecho comparado.

53. LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil, Parte General*, op. cit. pág. 306.

54. GARCÍA CUERPO *Perspectiva del Protectorado del Ministerio de Educación y Ciencia*, en *Las Fundaciones* Op. cit. T.F. 1986, pág. 66.

En cuanto a la competencia legislativa, cuando en las Compilaciones de Derecho foral o especial no tuvieran normativa alguna reguladora sobre fundaciones, cabría negar a las Comunidades autónomas potestad para legislar sobre ellas de acuerdo con el Art. 149-1-8 de la C.E., “el Estado tiene competencia exclusiva en la legislación civil, únicamente las CC.AA. con derecho civiles, forales y especiales, ostentan competencia en este ámbito en relación a la “conservación”, “modificación” y “desarrollo” de los mismos.

En la misma línea el Art. 10.5. del Estatuto Vasco “La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias:...5 “Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia”.

¿Cuál es el alcance concreto de la cláusula constitucional, en el caso de las CC AA con Derecho foral y especial? Una interpretación literal del Art. 149.1.8 conduciría a la conclusión que las CC. AA. solamente podrán conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil, pero no crear status jurídicos nuevos.

Los Estatutos Vascos (Art. 10º.13), Catalán (Art. 9º.24), Gallego (Art. 27º.26), Navarra (Arts. 44º.20), etc. no obstante, lo señalado atribuyen competencia exclusiva a las CC. AA. respectivas en materia de fundaciones, fruto de las cuales sería la Ley de Fundaciones Privadas Catalana, Gallega y Navarra.

A este propósito precisamente, la publicación de la Ley de Fundaciones Privadas Catalanas, que abarca todos los aspectos civiles y administrativos, se planteó la cuestión de que entraban en concurrencia dos competencias exclusivas, una estatal, y otra de la Generalidad, y ello motivó la interposición por parte del Gobierno Central, de un recurso de inconstitucionalidad con fecha 9 de junio de 1982; núm. de registro 207/1928. El Gobierno Central pretendió que se diera solución a la cuestión de si los preceptos de la Ley Catalana podían incluirse dentro del contenido inherente a la competencia que el Estatuto de Autonomía otorga a la Generalidad (núm. 24 del Art. 9) o, por el contrario, en el inherente a las reservadas al Estado por el Art. 149.1.8, de la Constitución⁵⁵. La tesis que

55. En concepto de “competencia exclusiva” es impreciso y su estudio ha sido abordado por la doctrina Avelino BLASCO *Sobre el concepto de competencias exclusivas*, en Revista

se defendió en el recurso fue que la Generalidad de Cataluña carece de competencia sobre la legislación civil, salvo en los estrechos límites que vienen implícitos en las facultades de conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil especial, por lo que se estimaba infringido el Art. 149.1.8 de la Constitución y también como consecuencia el Art. 9,2 del Estatuto de Autonomía. Según el recurrente la competencia exclusiva que el Estatuto de Autonomía de Cataluña otorga a la Generalidad sobre ciertas especies de fundaciones, es la competencia de vigilancia del cumplimiento fiel de la voluntad del fundador y del uso apropiado del patrimonio para el fin de interés general que funciona como causa de la creación de esas personas jurídicas, es decir, el Protectorado, pero no la regulación de los elementos de una fundación, patrimonio y organización.

El Gobierno Central desistió del recurso interpuesto, y el Tribunal Constitucional acuerda levantar la suspensión de la vigencia de la Ley 1/1982, de 3 de marzo, del Parlamento de Cataluña, de Fundaciones Privadas, por Auto núm. 375/1982 de 30 de noviembre de 1982; suspensión que había sido acordada por providencia de 23 de junio último y publicada en el BOE de 6 de junio y DOGC del día 14 del mismo mes y año.

La doctrina civilista ha venido ocupándose del problema de competencia de las CC.AA. en materia de fundaciones y a la luz del Art. 149.1.8 y del Art. 149.3 de la C.E., DIEZ PICAZO mantiene la tesis, de que podría sostenerse que la competencia exclusiva de las CC.AA. citadas en materia de legislación de fundaciones *ex novo*, y no de “conservación, modificación o desarrollo”, sería de éstas en la medida que entendemos que no entra en el ámbito de aplicación material del Art. 149.1.8, sino más bien en el de la cláusula residual de Art. 149.3 de la Constitución, a cuyo tenor “las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos”.

Por último, señalar cuáles han sido los criterios utilizados en los EE.AA.

Española de Derecho Administrativo, Civitas 1981, nº 29, pág. 307 y ss. R. ENTRENA, *Curso de Derecho Administrativo*, 5ª Ed. pág. 187. GARCÍA TREVIJANO, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, Vol. I 2ª Ed. pág. 404. MUÑOZ MACHADO *La interpretación estatutaria del sistema constitucional de distribución de competencias*, en Revista del Departamento de Derecho Político de la UNED, nº 5.

para la atribución de esa competencia exclusiva: los Estatutos vascos (Art. 10-13) y catalán (Art. 9-24) conceden competencia exclusiva a la respectiva Comunidad en materia de fundaciones **“en tanto desarrollen principalmente sus funciones”** en el territorio en cuestión; en tanto que el Art. 27 del Estatuto de Galicia atribuye competencia exclusiva a la Comunidad sobre **“el régimen de las fundaciones de interés gallego”**, precisión ésta que introduce elementos de ambigüedad, y el Estatuto de Navarra atribuye al Parlamento competencia exclusiva sobre las **“fundaciones constituidas con arreglo al derecho foral”** (Art. 44-20). En la misma línea, aunque más limitadamente el Est. de Baleares, Art. 16 a)⁵⁶.

Otro aspecto que conviene valorar es el contenido de los Estatutos de Autonomía enumerados, cuyos preceptos plantean entre otros el problema de **¿cómo debe interpretarse la exigencia de que “desarrollen principalmente (o esencialmente) sus funciones” en un determinado territorio?** Este criterio puede plantear conflictos porque una fundación domiciliada y con representación legal en otro lugar pudiera quedar sometida a un determinado Estatuto de Autonomía si lleva a cabo principalmente sus funciones en esta Comunidad Autónoma. Además, el criterio de la principalidad de sus funciones en muchos casos solamente podría fijarse por aproximación.

CONFLICTO DE LEYES REGIONALES EN MATERIA DE FUNDACIONES

Con dicha atribución constitucional del Art. 149 C.E. y estatutaria de competencia por los Estatutos de Autonomía en materia de fundaciones, se ha venido a enriquecer la problemática de los conflictos interregionales⁵⁷-

56. Pero también, y en términos idéntico, muchos otros Estatutos confieren a la Comunidad competencia en materia de fundaciones, exclusiva o no, actual o futura: Rioja, Art. 10-3 (fundaciones de interés exclusivo para Rioja); Valencia, Art. 31-23 (sigue el modelo catalán); Andalucía, Art. 13-25 (idem); Canarias, Art. 29-7 (las que desarrollen esencialmente sus funciones allí); Castilla-La Mancha, Art. 31-1 m); Castilla-León, Art. 29-1, 1^o; Extremadura, Art. 10 c).

57. GARAU JUANEDA, *Comunidades Autónomas y Derecho interregional*, en Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho Internacional, Santiago de Compostela, 1982, pág. 14 y ss. ARCE JANARIZ, *Constitución y Derechos Civiles forales*, Madrid 1988; *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Madrid 1988.

en el orden civil y las soluciones jurídico-positivas del capítulo V del Título Preliminar del C.c., en particular su *Art. 16*, en cuya virtud “Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades:

1º Será ley personal la determinada por la vecindad civil.

2º No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del Art. 12 sobre calificación, remisión y orden público...⁵⁸

La vecindad civil, de este modo, como ocurre en el Art. 9-11 con la nacionalidad para el orden internacional, sufriría una extensión a las personas jurídicas. La ley personal de la fundación determinaría los problemas que se plantean en orden a la capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción en los conflictos regionales que pudieran plantearse en estas materias.

Nos encontramos así ante un problema importante. Si bien el Art. 14, 2 y 3⁵⁹, determina la vecindad civil de las personas físicas, no soluciona el problema para las personas jurídicas, planteándose la necesidad de determinar los criterios en cuya virtud una persona jurídica fundación podrá tener la condición de vecino de una Comunidad determinada a los efectos de impedir los posibles conflictos positivos o negativos de leyes personales. Se trata de una cuestión similar a la planteada por la nacionalidad de personas jurídicas en el tráfico internacional, resuelta como se sabe - dada la no conformidad entre los criterios contenidos en el Código civil y el Código de comercio- por el cumulativo de la constitución-domicilio, con la salvedad introducida por la reciente Ley de Sociedades Anónimas en favor del domicilio.

Por otra parte, en virtud del Art. 149.8 (inciso 2) de la Constitución española no parece posible que pudiera plantearse conflicto de competencia

58. La modificación del Art. 16.1 tras la reforma de Ley 11/1990, de 14 de octubre (BOE. de 18 de octubre de 1990), sustancial en el ámbito de las personas físicas no altera, no obstante la problemática de las personas jurídicas. Lo mismo ocurre con la reciente Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad.

59. Dicho Art. aunque también sufre alteración en el ámbito de las personas físicas, con la reforma de 15 de octubre Ley 11/1990 (BOE de 18 de octubre), sigue sin contemplar a las personas jurídicas.

entre el Estado y las CC.AA. en este extremo. Atribuye de manera clara competencia exclusiva al Estado en materia de conflictos de leyes. Lo que impide a las CC.AA. promulgar leyes sobre fundaciones en las cuales se decidan criterios por los que éstas pudieran tener la condición de fundación de una Comunidad Autónoma determinada. Aquellas eventuales leyes en materia de fundaciones de CC.AA. en cualquier caso podrán declarar la eficacia territorial de cuantas disposiciones de las mismas hagan referencia a las competencias administrativas que correspondan a las CC.AA. en materia de fundaciones.

FUNDACIÓN-EMPRESA

Es importante hacer referencia a la problemática que suscita dicho tema, ya que en plano teórico se ha llegado a parangonar la fundación con la empresa e incluso a presentarla como nueva forma de empresa económica.

Ocurre frecuentemente que no puede cumplirse el fin fundacional como apuntábamos en páginas anteriores, con las rentas de un patrimonio estático y en su consecuencia, paralelamente a las actividades del cumplimiento del fin, con dichas rentas han de desarrollarse actividades encaminadas a la obtención de los recursos para el cumplimiento de los fines propios de la institución.

La doctrina se pregunta por la idoneidad de la fundación, ente al servicio del interés general, para ser titular de una empresa mercantil que ha de tener como fin el ejercicio de una actividad empresarial que debe perseguir la obtención de la máxima ganancia.

Sobre ello existen diversas opiniones, entre ellos los que niegan la posibilidad de cualquier fundación-empresa, alegando la incompatibilidad entre la vocación altruista de la una y el ánimo de lucro que constituye la esencia de la otra. La ganancia -dicen- no es nunca “de interés general”. Este planteamiento adolece en opinión de LACRUZ⁶⁰, “de rigidez y unilateralidad”.

Algunos mercantilistas niegan la posibilidad de la fundación empresa

60. LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil I; Parte General*, op. cit. pág. 328.

porque ésta no puede ser comerciante en virtud de lo dispuesto en el Art. 1º del Código de comercio que preceptúa que son comerciantes las personas individuales y las compañías mercantiles.

Frente a esta opinión se afirma que el texto del citado artículo no representa una negación, sino una laguna, siendo aplicable a las fundaciones, por analogía, la disciplina del comerciante individual que hoy se distingue no ya por su figura sino por el ejercicio habitual del comercio.

En el mismo sentido negativo DÍEZ PICAZO⁶¹ afirma que la realización de actividades mercantiles produce una colisión entre el estatuto jurídico de las fundaciones, muy ligado al Derecho administrativo, y el estatuto jurídico del empresario, que viene dado por el Derecho mercantil, especialmente en los problemas de quiebra y liquidación.

Sin embargo otro sector de la doctrina admite la posibilidad de la fundación empresa, entre ellos LÓPEZ JACOISTE⁶² ha llegado a afirmar que la fundación puede desarrollar lícitamente actividades que le reporten ventajas objetivas, lo cual no desvirtúa la intención benéfica que las impulsa en tanto se adscriben efectivamente al fin fundacional. Y asimismo VALERO AGÚNDEZ⁶³ igualmente estima que no existen serios obstáculos para que la fundación ejerza una actividad mercantil, agregando que los obstáculos serían de tipo práctico y gerencial.

LACRUZ⁶⁴ entiende que el ejercicio de actividad mercantil no parece la forma más adecuada para que la fundación recabe ingresos, a menos que se trate de actividades que en sí mismas tengan una finalidad altruista de interés general, por ejemplo, la producción de unos objetos tradicionales y artísticos que desdeñe la iniciativa privada; y posteriormente⁶⁵ insiste en

61. Cfr. PÉREZ DE ARMIÑAN, *Análisis de las aportaciones presentadas en los coloquios de Fundaciones en relación con el estudio de la Fundación en el Derecho español*, en TF (núm. 2), pág. 41.

62. LÓPEZ JACOISTE, *La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones*, en RDP 1965, pág. 607.

63. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como empresa*, Valladolid 1973.

64. LACRUZ, *Aportaciones para una futura Ley de fundaciones*, en Temas de fundaciones, 2, Madrid 1979, pág. 136.

65. LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil I. Parte General de Derecho Civil*, op. cit. pág. 327 y ss.

este aspecto de la cuestión puntualizando que si la actuación en la vida económica puede entrañar eventualmente una utilidad para el procomún (fin de interés general), tal actuación puede proponerse como objetivo de una fundación mientras no genere ganancias privadas para unos asociados y se destine los beneficios al servicio de las finalidades filantrópicas del ente; hemos de tener en cuenta, en que si bien es esencial al concepto de empresa la idea de ganancia, no lo es la de ganancia partible; y que, por otro lado, también la obtención de lucro es esencial a la fundación -aunque deba ser totalmente ajena a la voluntad del fundador y al fin mismo del ente fundacional-, ya que si no obtiene rendimiento de los bienes vinculados no puede subsistir ni cumplir permanentemente su finalidad última de interés social. Es indiferente -dice- que el lucro consista en el cobro de unas rentas de capitales mobiliarios o inmobiliarios o bien en la obtención de unas ganancias ejerciendo actividad empresarial.

En el aspecto organizativo, H. L. STEUCK señala, que la gestión de un patrimonio fundacional ordinario suele realizarse conforme a directrices y puntos de vista burocráticos, y en el caso de la fundación -empresa es incapaz de abarcar con éxito los aspectos empresariales que requieren una dirección con iniciativa, visión empresarial y libertad de movimientos. De ahí que el fundador puede tener en cuenta las antedichas necesidades y al redactar las cláusulas fundacionales esbozar la organización que considere más adecuada, incluso inspirándose en lo preciso en la estructura de las sociedades mercantiles.

No obstante, para el caso en que la fundación sea accionista incluso del total del capital de la sociedad mercantil, tal como ocurre en importantes fundaciones en opinión de BADENES⁶⁶, debe tenerse en cuenta por lo que se refiere a la realización *directa* de actividades empresariales, una doble exigencia:

Evitar que la organización fundacional se dedique a la persecución de objetivos económicos con abuso de su personalidad jurídica, y es necesario un patrimonio de tal magnitud que las responsabilidades derivadas del

66. BADENES *Las fundaciones de Derecho privado*, op. cit. pág. 90.

ejercicio de las actividades de que se trata, puedan ser cubiertas con las rentas de otros elementos del patrimonio, especialmente con la finalidad de hacer improbable un perjuicio que implicara la desaparición del conjunto patrimonial.