

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

Las nuevas liberalidades de mecenazgo (*)

CARLOS VATTIER FUENZALIDA
Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: 1. La evolución y la actualidad del mecenazgo. 2. Las fuentes y los supuestos legales. 3. La constitución de entidades sin finalidad lucrativa, en particular de fundaciones. 4. Las donaciones a favor de ciertas entidades no lucrativas. 5. La adquisición de obras de arte para oferta de donación. 6. El convenio de colaboración o patrocinio empresarial. 7. La liberalidad y las ventajas del mecenas.

LA EVOLUCIÓN Y LA ACTUALIDAD DEL MECENAZGO

Como es bien sabido, el mecenazgo es una figura muy antigua que en los últimos años ha cobrado una gran importancia y actualidad. Sus orígenes se remontan al siglo I d.C., en que destaca la gran labor que realizada por Cayo Cilnio MECENAS a favor del Emperador Augusto, quien, como militar, diplomático y prefecto de la policía, supo utilizar la cultura y la promoción del arte como instrumento de poder, constituyéndose, como dice A. GOBIN (*Le mécénat. Histoire-Droit-Fiscalité*, París, 1987, p. 21), en una especie de ministro de propaganda del Imperio.

Según pone de relieve el mismo autor, es en el Renacimiento cuando el mecenazgo alcanza su máximo esplendor, aunque decae más tarde hasta resurgir en nuestros días. En efecto, recuerda M. BIANCA, en el mismo sentido, que el Descubrimiento de América se pudo realizar gracias al mecenazgo de la Reina Isabel la Católica a Cristóbal Colón (*I contratti di sponsorizzazione*, Rímimi, 1990, p. 15), y se sabe que los Príncipes italianos construyeron palacios, iglesias, museos y bibliotecas, además de la pintura, la escultura y la música, para transmitir, en ocasiones de forma calculada, la imagen de poder y de riqueza. En la

(*) Trabajo entregado a mediados de 1995.

Edad Moderna esta tradición fue continuada por la Monarquía y, desde el siglo pasado, por el Estado, con lo que el mecenazgo pasa a depender de los siempre escasos fondos públicos y a quedar subordinado a un segundo plano ante otros gastos prioritarios desde el punto de vista de los intereses públicos (A. GOBIN, *op. cit.*, p. 24 y ss.).

Hoy en día, el mecenazgo adquiere un nuevo protagonismo por multitud de causas que, a juicio de A. SÁENZ DE MIERA, van desde la crisis del Estado del Bienestar, hasta la aparición incesante de nuevos fines de interés general que el Estado —sobre todo el Estado pequeño del neo-liberalismo— no puede atender directamente. A esto se une, por otra parte, el desarrollo económico que confiere una mayor presencia a la sociedad civil en los asuntos públicos, la cual se articula en las más variadas ONGs, que exigen tutela pública y ayuda económica para alcanzar sus fines (*Las fundaciones como instituciones sociales. El mecenazgo*, en *Presente y futuro de las fundaciones*, coord. por R. De Lorenzo y M.A. Cabra de Luna, Madrid, 1990, p. 59 y ss.).

Desde otro punto de vista, el descubrimiento por los especialistas en *marketing* de la publicidad indirecta, que es acaso tan eficaz como la publicidad directa de un producto, una empresa o una marca, confiere también un nuevo papel al mecenazgo en la política comercial de las empresas. Es indirecta, en este sentido, la publicidad que se obtiene con el patrocinio privado de obras benéficas, culturales, deportivas, protección del patrimonio histórico u otras de interés general (*Vid.* L. CORREDOIRA Y ALFONSO, *El patrocinio. Su régimen jurídico en España y en la C.E.E.*, Barcelona, 1991, p. 40 y ss., y V. ZENO-ZENCOVICH y F. ASSUMA, *Publicità e sponsorizzazioni*, Padova, 1991, p. 101 y ss.). «De forma global —ha escrito L. DIEZ PICAZO—, se trata de romper la imagen de un capitalismo duro y sin escrúpulos que de no relacionarse directamente con formas de publicidad difusa serían perfectamente benéficas» (*El contrato de sponsorización*, en *ADC*. 1994, p. 7). Incluso existen asociaciones, como la Asociación Española para el Desarrollo del Mecenazgo Empresarial, así como empresas, cuyo objeto es el mecenazgo o la esponsorización, las cuales operan también a nivel europeo, como la empresa que se denomina Sponcom (C. WOLTON, *Desarrollo del mecenazgo europeo: SPONCOM*, en *Fundaciones y mecenazgo en el Estado del Bienestar*, Temas de fundaciones, n.º 11, Madrid, 1988, p. 47 y ss.).

En suma, debido a este conjunto de factores, el mecenazgo viene a significar, hoy por hoy, una nueva modalidad de «privatización» de funciones públicas, que el Estado protege, a la vez que controla, mediante la concesión de determinados beneficios tributarios a quienes colaboran económicamente en ciertos y determinados actos o actividades de interés general.

Dada esta compleja fenomenología, no debe extrañarnos que, desde el punto de vista jurídico —y jurídico-privado, que es el que nos interesa aquí— existan distintos medios o instrumentos técnicos que

permiten alcanzar la finalidad altruista perseguida por el mecenazgo; por eso, tras mencionar las diversas posibilidades que ofrece el ordenamiento, vamos a estudiar las fuentes y los supuestos legales que son propios del mismo, para centrarnos luego en aquéllos que comportan una liberalidad o una donación.

2. LAS FUENTES Y LOS SUPUESTOS LEGALES

En efecto, dada la antigüedad de la figura, es de notar que caben diversos cauces a través de los cuales se puede articular el mecenazgo. Junto a las clásicas liberalidades *inter vivos* —como las donaciones— están los distintos mecanismos testamentarios —como los legados o las sustituciones fideicomisarias—; unas y otros convergen, como es bien sabido, en la constitución de fundaciones, a las que se deben añadir las asociaciones regidas todavía por la preconstitucional Ley 191/1964, de 24 de diciembre (LA). Además de estas figuras caracterizadas por la nota de gratuidad, hay otras que, por otra parte, tienen un marcado carácter oneroso; es el caso, entre otros, del contrato atípico de encargo de obra intelectual y los contratos que se han regulado recientemente la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual (LPI) —que en su corta vigencia ha sufrido ya varias reformas—, como los contratos de edición, de representación teatral y ejecución musical o de producción o transformación de obra audiovisual (*Vid.* nuestro trabajo *La propiedad intelectual (Estudio sistemático de la Ley 22/1987)*, en *ADC.* 1993, p. 1090-1096). A estos contratos se une, en fin, el contrato de patrocinio publicitario contemplado, aunque no regulado, por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad (LGP).

Pese a este verdadero arsenal de instrumentos jurídicos, faltaba un régimen específico del mecenazgo que, según la feliz expresión de D. Ignacio SERRANO Y SERRANO (*Régimen de comarcas y fincas mejorables. Estudio de la ley de 21 de julio de 1971*, en *Jornadas ítalo-españolas de Derecho agrario*, Valladolid, 1976, p. 28), desencadenara el quehacer interesado de los particulares; un régimen que, en concreto, lo hiciera económica y fiscalmente atractivo a los empresarios, y tal es la *ratio* de la nueva regulación del mecenazgo.

En efecto, una primera manifestación en este sentido es la Resolución del Consejo de Ministros de Cultura de la CEE, de 13 de noviembre de 1986, según la cual el patrocinio empresarial de actividades culturales constituye una buena combinación de recursos públicos y privados que beneficia a ambas partes (*Vid.* F. CÁNOVAS SÁNCHEZ, *Patrocinio y mecenazgo en el horizonte europeo de los 90*, en *Las fundaciones y la sociedad civil*, coord. por F. De Lorenzo y M.A. Cabra de Luná, Madrid, 1992, p. 241 y ss.). Al año siguiente se promulga en Francia la Ley 571, de 23 de julio de 1987, reformada en 1990, sobre el desarrollo del mecenazgo (*Vid.* *Les fondations un mécénat pour no-*

tre temps?, coord. por Ch. Debbasch, Aix-Marseille, 1987), que nuestro legislador parece haber tenido en cuenta.

Por su parte, en España, en el año 1988, se promulga la Ley 12/1988, de 5 de mayo, que establece incentivos fiscales para la Expo 92, el V Centenario del Descubrimiento de América y los Juegos Olímpicos de 1992, en la que también se ha inspirado el legislador, al menos, en sus aspectos fiscales. Tras varias Propositiones de Ley, que no prosperaron, en la pasada Legislatura de las Cortes se presentó un Proyecto de Ley que no llegó a ser discutido al no ser defendido por el Ministro de Economía y Hacienda; en la presente Legislatura, dicho Proyecto se ha integrado con el de fundaciones y ha pasado a ser el Título II de la vigente Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, Ley que se puede denominar, de forma abreviada, de fundaciones y mecenazgo (LFM). Así, pues, se ha impuesto aquí el modelo francés, pese a la opinión discrepante de algún autor, como J.L. PIÑAR MANANAS (*Las fundaciones: jurisprudencia y pautas de futuro*, en *Las fundaciones y la sociedad civil*, cit., p. 208-209), con lo que se ha duplicado casi el régimen de las fundaciones, al tiempo que se las ha encuadrado en el contexto más amplio del mecenazgo.

Es el mencionado Título II de la LFM el que nos interesa aquí, pues, entre otros supuestos de mecenazgo, contempla diversas liberalidades que, a falta de un régimen propio, se deben reconducir, en último término, al esquema básico de las donaciones. Sólo que nos encontramos con una disciplina sumamente innovadora que, no sólo modifica el régimen de la forma de la donación de bienes muebles, sino que admite la obligación de donar o la donación obligatoria, confiere cierta eficacia real a la promesa de donación e incide, por ello, en la discutida naturaleza jurídica de la donación.

La relevancia de la nueva disciplina se aprecia, en efecto, si la contrastamos con esta última cuestión. Recordemos, muy brevemente, que la doctrina está dividida al respecto y que mantiene tres posturas diferentes. Para la primera postura, la donación es sólo un modo de adquirir el dominio, que transmite la propiedad inmediatamente una vez expresado el consentimiento en la forma apropiada y cuyo efecto traslativo puede diferirse únicamente por un plazo o una condición pendientes; por consiguiente, no tiene cabida en nuestro Derecho, ni la promesa de donación, ni la donación obligatoria. Esta postura la mantiene, por ejemplo, L. Díez-Picazo últimamente (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 4.^a ed. 1993, p. 313), y la ha acogido la vieja STS. de 6 de junio de 1908, que se ha reiterado por la de 22 de junio de 1962.

La segunda postura, sin negar lo anterior, admite, además, la donación obligatoria u obligacional, que surge del contrato de donación y en virtud del cual el futuro donante contrae la obligación de dar la cosa objeto de la donación, contrato que tampoco se equipara a la promesa

de donación; de acuerdo con esto, la transmisión operaría, igual que en la compraventa, por la entrega o tradición de la cosa donada. Esta postura, que ha defendido M. ALBAJADEJO (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, VIII-2, dir. por el mismo, Madrid, 1986, p. 7 y ss., y *Comentario del Código Civil*, I, Madrid, 1991, p. 1572 y ss.), concita los mayores apoyos de la doctrina y la jurisprudencia (*Vid.* E. ROCA I TRÍAS, en *Derecho de Obligaciones y Contratos*, coord. por R. Valpuesta, Valencia, 1994, p. 595, y J. RAMS ALBESA, en J.L. LACRUZ BERDEJO *et al.* *Elementos de Derecho civil*, II-2, Barcelona, 3.^a ed. 1995, p. 91-93).

Por último, J. L. DE LOS MOZOS estima que cabe el contrato de donación, pero no la obligación de donar, así como también la promesa unilateral de donación (*La donación en el Código civil y el problema de su naturaleza jurídica*, ahora en *Método, sistemas y categorías jurídicas*, Madrid, 1988, p. 333 y ss., y *En torno a la eficacia jurídica de la promesa*, en *Academia Sevillana del Notariado*, V, Madrid, 1991, p. 151-156)

Hecho este breve recordatorio, podemos examinar las nuevas liberalidades de mecenazgo. Aparte de otros supuestos que contempla la LFM, están próximas a la donación las hipótesis siguientes: (a) la constitución de entidades sin finalidad lucrativa, en particular de fundaciones; (b) las donaciones a favor de ciertas entidades no lucrativas; (c) la adquisición de obras de arte para oferta de donación, y (d) el convenio de colaboración o patrocinio empresarial. En efecto, los llamados programas prioritarios de mecenazgo dependen de fondos públicos (art. 67 LFM) y responden, por ello, a una problemática diferente; algo semejante ocurre con la prestación directa de determinados servicios culturales (art. 70 LFM), ya que supone un contrato bilateral y oneroso entre las partes contratantes. Veamos, pues, los genuinos supuestos que nos interesan.

3. LA CONSTITUCIÓN DE ENTIDADES SIN FINALIDAD LUCRATIVA, EN PARTICULAR DE FUNDACIONES

El primero de estos supuestos es la constitución de entidades sin fin de lucro, dado que están exentas del impuesto sobre sociedades y de los tributos locales (arts. 48 y 58 LFM). Estas entidades, como todas las personas jurídicas que carecen de fin lucrativo, erróneamente o no (*Vid.* F. PANTALEÓN PRIETO, *Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código civil)*, en *ADC*. 1993, p. 5 y ss.), pueden ser del tipo fundación y del tipo asociación.

En cuanto al tipo fundación, se trata de las fundaciones inscritas en el Registro del Ministerio de Justicia e Interior, que reúnan los requisitos especiales del Título II de la LFM (art. 41 LFM), los cuales coinciden, con pequeñas variaciones de expresión, con los requisitos

generales establecidos en el Título I, que son comunes a todas las fundaciones. Aparte de la norma relativa al domicilio fiscal (art. 45 LFM), la principal diferencia se refiere a las actividades económicas que puede realizar la fundación. Es sabido que la fundación, con carácter general, está habilitada para llevar a cabo actividades de esta índole, pero no puede participar en las sociedades personalistas, sino que debe proceder a la transformación de las mismas en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, en las que puede tener incluso una participación mayoritaria (art. 22 LFM). Pues bien, para someterse al régimen especial, la fundación debe acreditar ante el Ministerio de Economía y Hacienda que estas participaciones coadyuvan al mejor cumplimiento de los fines fundacionales y que no vulneran la finalidad no lucrativa; en caso contrario, el Ministerio puede denegar de forma motivada la aplicación del régimen especial (art. 42.1.c LFM). Lo que no impide, en opinión de A. REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, que la fundación ejerza actividades económicas no coincidentes con su finalidad, siempre que no constituyan su actividad principal (*La nueva Ley de Fundaciones*, Madrid, 1994, p. 135); y ello, sin perjuicio de que la fundación pueda adaptarse a las exigencias del Ministerio, con lo que esta diferencia, en rigor, desaparece. El régimen especial, en fin, se aplica a toda clase de fundaciones, en particular a las fundaciones constituidas por las comunidades religiosas (D.a. 3.a LFM) y a las extranjeras respecto de su delegación en España (D.a. 16.a LFM), así como a las confesiones religiosas reconocidas (D.a. 5.a LFM), la Cruz Roja y la ONCE (D.a. 4.ª LFM).

Consecuencia de esto, es que la constitución de tales fundaciones puede hacerse por acto *inter vivos* o por testamento; en el primer caso —que es el único que nos interesa aquí—, se realiza mediante escritura pública (art. 7.1 y 2 LFM), en la que debe figurar, entre otros extremos, «la dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación» (art. 8.c LFM). La dotación puede consistir, por regla general, en bienes y derechos de cualquier clase, siempre que sea adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines (art. 10.1 LFM); si consiste en dinero, su cuantía se fija en pesetas, en tanto que, si consiste en otros bienes, su valor se ha de cuantificar y expresar también en dinero, y en ambos casos se debe acreditar ante el Notario la realidad de las aportaciones (art. 10.3 LFM).

Como es sabido, el nuevo régimen mantiene el discutible criterio de la inscripción constitutiva, de manera que sólo pueden existir legalmente las fundaciones inscritas, que adquieren la personalidad jurídica desde la inscripción en el Registro de Fundaciones y son las únicas autorizadas para utilizar la denominación de fundación (art. 3 LFM). Por eso, pendiente la inscripción, los futuros patronos pueden realizar los actos conducentes a la obtención de la misma, además de los actos urgentes, los cuales se entenderán asumidos automáticamente por la fundación cuando obtenga la personalidad jurídica; entretanto, «la responsabilidad se hará efectiva sobre el patrimonio fundacional, y, no al-

canzando éste, responderán solidariamente los (futuros) patronos» (art. 11 LFM).

Es claro, pues, que estamos ante un acto de liberalidad o beneficencia. Se trata, en efecto, una declaración unilateral de voluntad del fundador, de carácter gratuito, cuya causa es la mera liberalidad del bienhechor (art. 1274 CC) y cuyo régimen es el de la donación (art. 618 CC). Pero hay, al menos, dos diferencias importantes que conviene destacar, ya que se derivan de ellas consecuencias sustanciales; diferencias que se refieren tanto al requisito de aceptación de la donación como a la eficacia traslativa de la misma.

Por una parte, la constitución de la fundación no requiere aceptación sino que, como acabamos de ver, adquiere retroactiva y automáticamente los bienes que forman la dotación, junto con la asunción de los actos realizados por los futuros patronos, una vez practicada la inscripción. Esto no quiere decir, sin embargo, que durante el intervalo entre la escritura y la inscripción no se haya perfeccionado el acto de constitución, como da a entender el art. 623 CC, sino que este acto, a diferencia de la donación, es un acto unilateral no recepticio. De acuerdo con la interpretación más probable del citado precepto (*Vid. E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Los artículos 623 y 629 del Código civil y la naturaleza de la donación, en RDP. 1964, p. 275 y ss.*), la donación desde la aceptación es irrevocable; pero en nuestro caso, no cabe la revocación, aún antes de la inscripción, no sólo porque la aceptación no es aquí necesaria, sino porque otorgada la escritura de constitución el acto se ha perfeccionado y consumado por la declaración de voluntad del fundador.

En otras palabras, otorgada la escritura, se ha agotado ya el poder de disposición del fundador para volverse atrás, puesto que el acto de constitución se ha perfeccionado por el solo hecho de emitir su voluntad en la forma legalmente prevista. Si esta reconstrucción es correcta, significa que el acto constitutivo de una fundación equivale a una promesa unilateral de donación de la que surge la obligación unilateral, también, que incumbe al fundador, de transmitir la titularidad a la futura fundación de los bienes y derechos que componen la dotación, mediante la entrega solemne de los mismos (arts. 632 y 633 CC).

Por otra parte, la segunda diferencia que hemos anunciado se refiere a que la adquisición por la fundación de tales bienes y derechos está diferida, asimismo, al momento de la inscripción. No puede tener lugar antes, ya que no ostenta personalidad jurídica; pero esto no quiere decir que el acto constitutivo de la fundación carezca de toda eficacia real. Por el contrario, la promesa de donación produce aquí un patrimonio especial y separado dentro de la masa de bienes y derechos perteneciente al fundador, el cual se halla adscrito o destinado por su voluntad a la futura fundación. Aunque no es bastante para provocar la adquisición por la fundación, todavía no inscrita, tiene, sin embargo, el

efecto negativo de incomunicar los bienes que forman parte de la dotación respecto de los restantes bienes del fundador.

Prueba de ello es que el patrimonio fundacional, como hemos visto, responde de forma directa y preferente ante los terceros por las deudas contraídas por los futuros patronos, dado que la responsabilidad de éstos, aunque solidaria, es meramente subsidiaria. Hay aquí, pues, un verdadero *ius ad rem* a favor de la futura fundación, con arreglo a la concepción clásica de esta figura que ha recordado y recuperado J.L. DE LOS MOZOS recientemente (*El Derecho de los bienes en el Código civil*, ahora en *Estudios sobre Derecho de los bienes*, Madrid, 1991, p. 22-24); tal *ius ad rem* impide al fundador disponer de los bienes integrados en la dotación, al tiempo que habilita a los patronos para exigir al mismo, en nombre de la futura fundación, los gastos de conservación conforme a la diligencia media (art. 1094 CC), los frutos y rentas desde la escritura de constitución, y, tras la inscripción, la entrega de los bienes que componen la dotación (art. 1095 CC). Los patronos pueden contar, en esta fase intermedia, con el asesoramiento y apoyo del respectivo Protectorado (art. 32.1.ª LFM).

Así, pues, los dos rasgos que distinguen al acto constitutivo de una fundación conducen al mismo resultado, y es que dicho acto, una vez perfeccionado por la escritura pública, crea una situación jurídica subjetiva nueva que es inmodificable por el fundador y que le vincula a la futura fundación a la vez que es oponible, activa y pasivamente, frente a terceros. Aunque esta situación se parece a un derecho real, no puede considerarse así, pues, al recaer sobre bienes propios del fundador, no tiene cabida un auténtico derecho subjetivo; se trata más bien de una de aquellas situaciones jurídicas secundarias que F. DE CASTRO calificaba como interina y, en concreto, una situación jurídica de pendencia (*Derecho Civil de España*, I, reed. Madrid, 1984, p. 613). Su función es semejante a la antigua *insinuatio* de las donaciones, pues anuncia a los acreedores y a otros interesados —como los legitimados para pedir la declaración de prodigalidad (art. 294 CC)— que los bienes del fundador están en trance de disminución y que la separación de patrimonios y responsabilidades se ha producido por el acto de constitución.

Por lo que atañe al tipo asociación, es menos problemático y más restringido que el tipo anterior pues abarca solamente a las asociaciones declaradas de utilidad pública por el Ministerio de Justicia e Interior (art. 41 LFM). Merecen esta declaración aquellas asociaciones ya constituidas, según las disposiciones generales de la LA, para alcanzar cualquier fin no lucrativo y de interés general, que, entre otros requisitos, cuenten con medios suficientes, tengan dos años de antigüedad y estén abiertas a todo beneficiario, asociado o no, en que concurren las circunstancias determinadas por el fin (D.a. 13.ª LFM). En particular, el régimen especial es aplicable a las federaciones de asociaciones de utilidad pública (D.a. 15.ª LFM), a las asocia-

ciones deportivas (D.a. 17.^a LFM) y sus federaciones y al Comité Olímpico Español (D.a. 12.^a LFM).

Dada la falta de finalidad lucrativa que es propia de estas asociaciones, las aportaciones hechas a su favor constituyen auténticas donaciones. Lo que debe entenderse así, como veremos, tanto si se trata de las aportaciones iniciales efectuadas al momento de la constitución, como de las que tengan lugar en un momento ulterior, y lo mismo sean las cuotas periódicas que aportaciones ocasionales. La única particularidad de estas donaciones es que son donaciones onerosas con carga, gravamen o modo; por eso, según su importe, en relación con el valor de la carga, se rigen por las reglas generales de la donación o, en su caso, de los contratos (arts. 619 y 622 CC).

4. LAS DONACIONES A FAVOR DE CIERTAS ENTIDADES NO LUCRATIVAS

Así lo ha entendido la LFM, con razón, al contemplar las que llama aportaciones a favor de entidades sin finalidad lucrativa, las cuales se traducen en determinadas donaciones efectuadas a favor de las mismas. Mientras el donante puede ser cualquier persona física o jurídica que esté sujeta al impuesto sobre la renta o al impuesto sobre sociedades, el donatario ha de ser, en cambio, una de las entidades mencionadas en el supuesto anterior (arts. 59-I y 63.1 LFM), a las que hay que añadir el Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales; las Universidades y Centros públicos de investigación, así como los Colegios mayores; el Instituto de España, las Reales Academias y los organismos nacionales y autonómicos de teatro, música, conservación de la naturaleza, y de prevención y atención de minusválidas (d.a. 6.^a LFM).

El objeto de la donación puede ser de índole diversa. Por una parte, se trata de bienes integrantes del patrimonio histórico español, lo mismo por estar inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural que en el Inventario General de Bienes Muebles no declarados de interés cultural, o bien de obras de arte de calidad garantizada oficialmente —mediante informe de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación del Ministerio de Cultura (art. 60.1 LFM)—, siempre que se hagan a favor de entidades museísticas o de difusión artística y que se obliguen a la exposición pública de las mismas (arts. 59-I.1 y 63.1.^a LFM).

Es de señalar que esta donación debe encuadrarse, además, en las normas sobre protección y tráfico de bienes muebles e inmuebles, que establece la Ley 16/1985, de 25 de junio, de patrimonio histórico español (LPHE). De aquí que el mencionado deber de exposición venga a reiterar, un tanto inútilmente, la misma obligación ya establecida, lo mismo para bienes muebles e inmuebles declarados de interés cultural

(art. 13.2 LPHE), que para los muebles que figuren en el Inventario (art. 26.5.b LPHE). Puesto que se trata de una enajenación a título gratuito, de una u otra clase de bienes, parece que no caben los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración competente (art. 38 LPHE). En fin, en el caso de las fundaciones extranjeras con delegación en España (art. 5 LFM), si la donación se hace a favor de esta última, no hay exportación porque el objeto no ha salido físicamente del territorio español (art. 5.1 LPHE), pero la ulterior transmisión a la sede matriz, requiere la autorización administrativa previa y el pago de la correspondiente tasa (art. 30 LPHE).

Por otro lado, la donación puede consistir en cualquier clase de bienes muebles o inmuebles que formen parte del capital de la entidad donataria, o se utilicen en la realización de actividades para alcanzar sus fines, o se destinen a la conservación o restauración de bienes del patrimonio histórico español inscritos en los mencionados Registro o Inventario (Arts. 59-I.2 y 3 y 63.1.b y c LFM). En el caso particular de las asociaciones, las cuotas de afiliación, como decíamos, se consideran como donaciones, siempre que no se correspondan con una prestación de servicios a favor del asociado (art. 59-II LFM).

Ahora bien, es la entidad donataria la que debe justificar la donación mediante una certificación otorgada por ella misma en la que debe constar, entre otros aspectos, el documento público o auténtico que acredite la entrega del bien donado cuando no sea dinero, la destinación del mismo y el carácter irrevocable de la donación (art. 66 LFM).

Varias son las consideraciones que hay que hacer sobre el régimen de estas especiales donaciones. Por un lado, aunque se califican como donaciones puras y simples (arts. 59-I y 63.1 LFM), es claro que estamos ante una nueva hipótesis de donaciones onerosas con carga, gravamen o modo, puesto que la entidad donataria está obligada a darles el destino predispuesto por el donante o, en su defecto, el que se acomode a los fines generales propios de la misma.

Por otro lado, la LFM incide en el régimen general de la forma solemne de la donación, y lo modifica en lo que concierne a los bienes muebles. Como es sabido, la donación de inmuebles exige escritura pública en la que se deben expresar los bienes donados y el valor de las cargas (art. 633 CC), lo que mantiene implícitamente la LFM; y la donación de cosas muebles puede ser verbal o manual por ser simultánea a la entrega, o bien puede hacerse por escrito (art. 632 CC), cualquier escrito, incluso en documento privado. Esto es lo que mantiene la LFM, también, sólo para el dinero, pero no para los demás bienes muebles, al exigir que la donación conste siempre en documento público o auténtico (art. 66-I.3 LFM)

Por último, como ha observado A. MARTÍNEZ LAFUENTE, parece que la mención expresa del carácter irrevocable de la donación, que debe figurar en la certificación otorgada por la donataria (art. 66-I.5 LFM), no es bastante, en cambio, para modificar el Dere-

cho común (*Fundaciones y Mecenazgo. Análisis Jurídico-Tributario de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*, Pamplona, 1995, p. 169-170), al que hay que entender que, a diferencia del caso anterior, la LFM aquí se remite. Por consiguiente, esta donación será revocable por incumplimiento de la carga o destino del objeto donado (art. 647-I CC); y cuando el donante sea persona física, se podrá revocar por supervivencia o superveniencia de hijos (art. 644 CC). Por el contrario, sólo pueden ser irrevocables las donaciones hechas por personas jurídicas. Buena prueba de que esto debe entenderse así, es que la propia LFM dispone que, en caso de revocación, deben devolverse a Hacienda los beneficios tributarios con los intereses de demora (art. 66-II LFM).

5. LA ADQUISICIÓN DE OBRAS DE ARTE PARA OFERTA DE DONACIÓN

Sumamente original es, por su parte, la nueva figura de la adquisición de obras de arte para oferta de donación, puesto que consagra el caso quizá único en nuestro Derecho de una donación no transmisiva o meramente obligacional, y por eso incide directamente, a diferencia del acto constitutivo de una fundación, en la naturaleza jurídica de la donación. Se trata de un supuesto complejo y de formación progresiva que se despliega en estos tres momentos, a saber: el momento de la adquisición de la obra de arte; el momento de la oferta y aceptación de la donación, y el momento de la entrega o transmisión a favor de la donataria.

En este caso, el adquirente puede ser una persona jurídica sujeta al impuesto sobre sociedades o un empresario o profesional acogido al régimen de estimación directa en el impuesto sobre la renta. El destinatario ha de ser alguna de las entidades públicas o privadas que pueden ser donatarias, que ya conocemos, salvo las confesiones religiosas, la Cruz Roja y la ONCE (art.69.1-I LFM). El objeto debe ser una obra de arte en el sentido de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del impuesto sobre el valor añadido (art. 69-III LFM), es decir, los dibujos y pinturas hechos a mano, las litografías y grabados firmados y numerados, y las estatuas y esculturas originales (art.20.1.27 LIVA). La obra debe ser calificada y tasada por la Junta de Valoración del Ministerio de Cultura (art. 69.1-II.a LFM). Aunque nada se dice, es aconsejable que contrato se haga, al menos, por escrito.

En el primer momento, tenemos la adquisición por compra de la obra por el futuro donante. A. MARTÍNEZ LAFUENTE piensa, con razón, que vale cualquier título oneroso, como la permuta o la adjudicación en pago de deudas (*Op. cit.*, p. 191); pero hay que excluir la adquisición a título gratuito, pues desaparece el gasto que justifica el beneficio fiscal conferido al adquirente (art. 69.2 LFM). La futura donación es un elemento esencial de la adquisición, que puede articularse como causa de la misma, o como una condición resolutoria expresa, de

manera que su incumplimiento la deja sin efecto. Estamos, pues, ante un contrato mixto que une, por un lado, la compraventa u otro título oneroso y, por el otro, la futura donación, cuya ineficacia se comunica a la adquisición.

Es de notar, por otra parte, que esta adquisición puede ser relevante a los efectos del patrimonio histórico español y de los derechos de los autores de obras plásticas. En efecto, en caso que la obra se haya declarado de interés cultural, la Administración ostenta, como sabemos, los derechos de tanteo y retracto por la enajenación onerosa de la misma (art. 38 LPHE). Sin embargo, dado que estamos ante una ley posterior e incompatible con la anterior, hay que entender que tales derechos se han derogado tácitamente para el caso concreto que examinamos. Asimismo, la adquisición de la obra de arte puede provocar el *droit de suite* o canon de reventa que corresponde al artista plástico, si ha tenido lugar en subasta pública, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente comercial (art. 24.1 LPI, reformado por Ley 20/1992, de 7 de julio). Pero en este caso, a diferencia del anterior, se trata de normas compatibles que pueden operar conjuntamente.

El segundo momento consiste en la oferta de donación y la correspondiente aceptación. La oferta debe ser formulada por el futuro donante al mes siguiente de la adquisición y en su virtud queda obligado a entregar la obra al donatario dentro del plazo máximo de cinco años (art. 69-II.a y b LFM). Aunque no se trate de una donación transmisiva, se exige una doble aceptación por el futuro donatario, una provisional y otra definitiva. La aceptación provisional se puede producir en el mismo acto de adquisición o bien como consecuencia de la oferta; en ambos casos, desencadena el doble efecto de la tasación de la obra por la Junta, cuyo informe ha de emitirse en tres meses, y de habilitar al futuro donante para acogerse a los beneficios fiscales, a no ser que retire la oferta (art. 69-II.a y 69.2 LFM). Si ésta se mantiene, la aceptación definitiva debe manifestarse a continuación y no exige formalidad alguna.

Así, pues, la oferta de donación descrita equivale a una promesa unilateral, la cual, aunque es revocable, vincula al futuro donante y le obliga a perfeccionar la donación dentro del plazo indicado; pero carece de las consecuencias sustantivas que, como vimos, se desprenden del acto constitutivo de una fundación. Antes bien, es en virtud de la aceptación de dicha oferta que se produce una promesa bilateral de donación, la cual constituye, en rigor, un auténtico contrato de donación. Este contrato es muy significativo puesto que determina, no sólo la obligación de donar, sino otros importantes efectos que inciden de inmediato en la posición jurídica del futuro donante. En efecto, a partir de este momento, no puede revocar la futura donación; no puede disponer de la obra en favor de terceros; debe entregarla en la fecha acordada, dentro de los cinco años a contar de la aceptación definitiva;

durante este tiempo, debe tolerar la exhibición pública y la investigación de la obra; en fin, en caso de liquidación —por quiebra, por ejemplo— la obra se debe adjudicar en propiedad a la futura donataria (art. 69-II.a-f LFM).

Varias son las consecuencias que se derivan de este régimen. En primer lugar, no sólo es una notable excepción a la presunción de que los actos gratuitos se celebran en fraude de acreedores (art. 1297-I CC) —que acaso se puede justificar por el precio de la adquisición onerosa—, sino que representa, además, un privilegio especialísimo a favor del futuro donatario, cuya preferencia se puede asimilar a la de la prenda (art. 1922.2 CC). En segundo lugar, es claro que la obligación que surge del contrato de donación es una obligación de dar y convierte al futuro donatario, según advierte A. MARTÍNEZ LAFUENTE, en un acreedor del dominio de la obra de arte (*Op. cit.* p. 192); y de aquí se desprende que, mientras los gastos de conservación corresponden al futuro donante (art. 1094 CC), los frutos, y en especial la plusvalía, en cambio, pertenecen al futuro donatario (art. 1095 CC). Por último, es de resaltar que este contrato de donación tiene, además, cierta eficacia real ya que crea, igual que el acto constitutivo de una fundación, un *ius ad rem*, semejante al que conocemos, a favor del futuro donatario.

Esto es así, a nuestro modo de ver, porque el contrato de donación produce, aquí también, la separación o el desapoderamiento de la obra de arte en el patrimonio del futuro donante. En este caso, dicho efecto negativo se presenta con más claridad aun que en el acto constitutivo de la fundación, puesto que el futuro donante, aunque ostenta la posesión de la obra de arte, no sólo pierde los frutos y el poder de disposición, sino que la titularidad de dicho derecho corresponde al futuro donatario, incluso antes de que la donación se haya perfeccionado.

En fin, el tercer momento es el de la perfección de la donación por la entrega de la obra de arte y, como consecuencia de ella, la donación se consuma. Es claro que esta entrega desempeña aquí la misma función transmisiva o traslativa que la tradición (art. 609-II CC); como se trata de una cosa mueble, la entrega puede hacerse en forma manual o mediante un documento escrito (art. 632 CC). Antes de la entrega, la entidad donataria tenía sólo un derecho de crédito, reforzado por el *ius ad rem* que conocemos y ahora, una vez recorrido el complejo itinerario descrito, ostenta la propiedad de la obra donada.

Así, pues, en suma, es en el cuadro general de las donaciones en el se aprecia la originalidad de esta nueva figura; y ello, no sólo porque consagra en el plano legislativo un claro supuesto de donación obligatoria sino porque confiere al contrato de donación la eficacia real que acabamos de ver.

6. EL CONVENIO DE COLABORACIÓN O PATROCINIO EMPRESARIAL

De no menor interés es, por último, el llamado convenio de colaboración empresarial porque se refiere, además, al mecenazgo en sentido propio, el cual, por contraste con el patrocinio publicitario, se puede denominar patrocinio empresarial. Según la definición legal, se trata de un convenio escrito por el que la entidad sin fin de lucro recibe de la empresa colaboradora una «ayuda económica» -así la llama la LFM- para la realización de actividades tendentes a la satisfacción de fines de interés general, obligándose a difundir la participación del colaborador, y sin que pueda consistir en una participación en las ventas o en los beneficios (art. 68-I LFM). En otras palabras, estamos ante un contrato en cuya virtud el patrocinador dona cualquier clase de bienes o derechos a la entidad patrocinada a fin de realizar las mencionadas actividades, sin que el patrocinador pueda participar en las ventas o beneficios resultantes de las mismas, a cambio de que se divulgue o difunda dicha donación.

Los requisitos de este nuevo contrato son, pues, los siguientes. Por un lado, el patrocinador puede ser cualquier empresa sujeta al impuesto sobre sociedades, o cualquier empresario o profesional sujeto al impuesto sobre la renta. Por otro lado, el patrocinado ha de ser cualquier entidad sin finalidad lucrativa, tanto del tipo fundación como del tipo asociación, que ya conocemos. Enseguida, el objeto del contrato es una donación típica o traslativa que, como ha señalado A. MARTÍNEZ LAFUENTE, debe ser de valor fijo y entregado de presente (*Op. cit.*, p. 184). Además, la entidad patrocinada asume una doble obligación de hacer, que consiste, por una parte, en destinar los bienes donados a actividades encaminadas a la realización de sus propios fines de interés general y, por la otra, en difundir la donación efectuada por el patrocinador, quien puede también llevar a cabo por sí mismo esta difusión. El último requisito es que el contrato debe constar por escrito.

A la vista de estos presupuestos, es claro que el patrocinio empresarial, así configurado, difiere del patrocinio publicitario (art. 68-V LFM), es decir, el contrato de esponsorización —el popular *sponsor*—, como lo recalca la propia Exposición de Motivos de la LFM, aunque no esclarece bien el criterio de esta distinción. Nos dice que, mientras el patrocinio publicitario no obedece a fines de interés general sino que es de índole publicitaria, el patrocinio empresarial, en cambio, aunque también está motivado por la difusión de la personalidad del patrocinador, se encamina preferentemente al beneficio de la entidad patrocinada (pár. VIII-II). Este criterio, aparte de ser tautológico —es publicitario el patrocinio de índole publicitaria— es inexacto y erróneo. Inexacto porque alude al elemento subjetivo de la intención del patrocinador; y erróneo porque el patrocinio publicitario se dirige también a la financiación de actividades de interés general. En efecto, de acuerdo con la noción legal de este último, el patrocinio publicitario es un contrato por

el que el patrocinado se obliga a colaborar en la publicidad del patrocinador a cambio de una «ayuda económica» —también— para la realización de su propia actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole (art. 24 LGP).

Las similitudes con el patrocinio empresarial son, pues, patentes, y por eso hay que buscar un criterio objetivo que nos permita distinguir los dos tipos de patrocinio. Poco se avanza en esta dirección cuando se afirma que el patrocinio publicitario es una forma nueva y más sofisticada de la publicidad empresarial, mientras que el término mecenazgo (o patrocinio empresarial) se reserva para definir la proyección de la imagen de la empresa en la sociedad y, en especial, la responsabilidad social de la misma en el ámbito cultural (A. SAENZ DE MIERA, *op. cit.*, p. 81); y ello porque esto, sin ser falso, describe el fenómeno, pero no explica su naturaleza jurídica. Por el contrario, acierta L. DÍEZ-PICAZO al señalar que, mientras el patrocinio publicitario es un contrato bilateral y oneroso, en el que la ayuda económica es el precio de la actividad propia del patrocinado, el patrocinio empresarial es, en cambio, un contrato unilateral y gratuito, en el que la ayuda económica es una liberalidad. A su juicio, la notoriedad o difusión del mecenazas -en nuestro caso, la empresa patrocinadora- no altera la gratuidad del contrato por la amplitud o elasticidad de la causa liberal que caracteriza a los contratos de beneficencia (*El contrato de esponsorización, cit.*, p. 8). Por eso, hay que descartar la tesis que ha sostenido en Italia C. MANCINI según la cual estaríamos ante un contrato gratuito atípico (*Il contratto gratuito atipico*, en *Contr. impr.* 1986, p. 934-935). Por consiguiente, el patrocinio empresarial debe considerarse, en nuestro Derecho, como un contrato típico y gratuito que, como todas las liberalidades, se rige supletoriamente por las reglas generales de la donación (art. 618 CC). Se debe resaltar, sin embargo, que se trata aquí de una clásica donación transmisiva y de eficacia real inmediata, que está unida a la carga, gravamen o modo consistente en la doble obligación de hacer que, según vimos, contrae la entidad patrocinada y cuyo incumplimiento provoca, como sabemos, la revocación de la donación.

En definitiva, es esta diferente naturaleza jurídica —gratuita u onerosa— la que permite distinguir, conforme a un criterio objetivo, los dos tipos de patrocinio y, a su vez, calificar el concreto contrato establecido por los contratantes. Asimismo, esta naturaleza objetiva es la que explica las características más destacadas del patrocinio empresarial, a saber: el patrocinador no puede participar en los beneficios; el patrocinado sólo puede ser una entidad no lucrativa; su objeto debe ser una donación con carga, gravamen o modo, y no otra prestación; su régimen tributario es distinto e —inexplicablemente— menos favorable al contribuyente que el del patrocinio publicitario, dado que éste es un gasto de la explotación que se deduce en su integridad.

7. LA LIBERALIDAD Y LAS VENTAJAS DEL MECENAS

Tras este repaso de las nuevas liberalidades previstas por la LFM, se aprecia fácilmente que el mecenazgo aparece como la causa genérica de una serie de supuestos y que se puede articular a través de los distintos cauces que hemos visto. Estos supuestos pueden consistir lo mismo en actos unilaterales que bilaterales, pero de ellos sólo resulta obligado el mecenas; por eso, se trata de actos unilaterales y gratuitos, que no siempre se identifican con la donación, sino que pertenecen, por regla general, a la categoría flexible de las liberalidades.

En todo caso, la liberalidad se estima compatible con determinadas ventajas que puede obtener el mecenas, entre las que destaca el llamado retorno publicitario, en virtud del cual se da a conocer o se divulga la liberalidad que ha llevado a cabo. Esta ventaja no es exclusiva del patrocinio empresarial, sino que se puede alcanzar por otras vías, incluso más sutiles, como la denominación de la fundación, la placa recordatoria del donante o su familia, o la sede o local donde se exhiben las obras de arte antes de ser donadas a la entidad no lucrativa.

En última instancia, son estas ventajas las que constituyen el motivo interesado que impulsa al mecenas, quien, movido también por los beneficios fiscales, contribuye a la actuación de los fines de interés general; sin estas ventajas, pues, tales fines podrían quedar sin atender. Acertado o no este modelo, hay que reconocer que responde con fidelidad al liberalismo postmoderno de este fin de siglo.