

La dotación fundacional. Reflexiones en torno al artículo 10 de la Ley 30/1994

MARÍA DE LOURDES FERRANDO VILLALBA

Profesora Ayudante

Departamento de Derecho Mercantil «Manuel Broseta Pont»

Universitat de València

SUMARIO: I. *Introducción*: 1. Antecedentes legislativos. 2. Concordancias: normas autonómicas y Derecho Comparado. 3. Tramitación parlamentaria del precepto y desarrollo reglamentario.-II. *Concepto y naturaleza jurídica de la dotación*: 1. Concepto y caracteres del negocio jurídico fundacional. 2. Delimitación respecto de figuras afines. 3. Revocabilidad e irrevocabilidad de la dotación.-III. *La dotación como elemento integrante del contenido esencial del derecho de fundación*: 1. Relevancia histórica de la dotación fundacional. 2. El contenido esencial del derecho de fundación: fin, patrimonio y organización. 3. Suficiencia y adecuación de la dotación: artículo 10.1., de la LF y 3.1., del RF: *a)* Bienes que pueden integrar la dotación. *b)* El título de la aportación. *c)* Adecuación y suficiencia de la dotación. *d)* Facultades del Patronato y del Protectorado en relación con los bienes integrantes de la dotación: identificación y valoración de los bienes. 4. *Formas de aportar la dotación*: *a)* La dotación sucesiva (art. 10.2., de la LF). *b)* La afectación de bienes por el fundador o el Patronato con posterioridad a la constitución de la fundación. *c)* Los compromisos de aportación de terceros (art. 10.4., de la LF). *d)* La efectiva formación de la dotación: artículo 10.3., de la LF. 5. Posibilidad de enajenación de bienes o derechos que integren la dotación.-IV. *Algunas consideraciones finales: la dotación fundacional en la fundación-empresa.*

I. INTRODUCCIÓN

La dotación, considerada como acto de afectación de bienes a los fines perseguidos por la fundación, constituye un elemento esencial de la misma. En efecto, la fundación únicamente adquirirá personalidad jurídica cuando se constituya con arreglo a lo dispuesto en la Ley, contemplándose la necesidad de realizar una atribución de bienes suficientes con el fin de que pueda iniciar y desarrollar posteriormente las actividades fundacionales.

Sin embargo, junto al concepto de dotación como acto de atribución de bienes a la entidad fundacional, se habla igualmente de dotación para hacer referencia al conjunto de bienes que han sido afectados a los fines fundacionales.

A ambas nociones nos referiremos en el curso de este trabajo. Intentaremos delimitar tanto la naturaleza como las formas posibles de realizar la dotación como acto y, simultáneamente, aludir al contenido de la dotación entendida como conjunto de bienes, y a los controles que se establecen sobre dichos bienes en orden a su disposición y gravamen.

Con carácter previo a todo ello, resulta de interés realizar una breve alusión a los antecedentes de la actual regulación de la dotación fundacional¹, así como a sus concordancias en otros ordenamientos europeos, y a las normas autonómicas que la contemplan.

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Los antecedentes inmediatos del artículo 10 de la LF pueden encontrarse en los artículos 4 y 5 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, sobre reorganización de servicios de la beneficencia particular e instrucción para el ejercicio del Protectorado del Gobierno sobre fundaciones culturales y docentes, así como en los artículos 6 y 25 del Decreto 2930/1972, de 21 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de las fundaciones culturales privadas y entidades análogas y de los servicios administrativos encargados del Protectorado sobre las mismas. No obstante, con anterioridad ya el artículo 38 del Código Civil, en su primer párrafo, reconocía a todas las personas físicas el derecho de «adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución».

¹ Dicha regulación se encuentra hoy, principalmente, en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, cuyo artículo 10 establece: «1. La dotación, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales.

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

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

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

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

Disponía el artículo 4 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, que «la Beneficencia particular comprende todas las instituciones benéficas creadas y dotadas con bienes particulares y cuyo patronazgo y administración fueron reglamentados por los respectivos fundadores», añadiendo su artículo 5 que «las instituciones particulares² no perderán este carácter por recibir alguna subvención del Estado, de la Provincia o del Municipio, siempre que aquella fuere voluntaria y no indispensable para la subsistencia de las fundaciones».

Para las fundaciones culturales privadas y entidades análogas resultaba de aplicación el artículo 6 del Decreto 2930/1972, de 21 de julio: «La Carta Fundacional se otorgará en escritura pública en la que se especificarán, sin perjuicio de todas aquellas condiciones lícitas que los fundadores establezcan, los siguientes extremos: la dotación inicial de la Fundación, con expresión, en su caso, de la inversión de los distintos elementos patrimoniales que la integren». En relación a los bienes de la fundación, disponía su artículo 25 que «con arreglo a lo previsto en el artículo 137.3 de la Ley General de Educación, las Fundaciones que estén constituidas regularmente de acuerdo con los preceptos de este Reglamento podrán poseer toda clase de bienes, ajustándose en sus actos de disposición y administración a las normas que les sean aplicables y destinando sus frutos, rentas y productos a los objetivos de la Institución, con arreglo a las previsiones de sus Estatutos».

2. CONCORDANCIAS: NORMAS AUTONÓMICAS Y DERECHO COMPARADO

Muchas de las normas autonómicas reguladoras de las fundaciones son anteriores a la Ley estatal. Se plantea, por tanto, en relación a éstas, el tema del ámbito de aplicación de estas normas y la supletoriedad, en determinados supuestos, de la normativa que con vocación de general aplicación al territorio español se dictó el 24 de noviembre de 1994³.

La Ley 1/1973, de 1 de marzo, *Compilación de Derecho Civil Foral* o *Fuero Nuevo de Navarra*⁴, en su artículo 44, bajo la rúbrica *Fundaciones*,

² El artículo 58 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899 establece qué se entiende a los efectos del mismo por fundaciones de carácter particular: «Para que una fundación pueda clasificarse como particular, se necesita: 1.º Que reúna las condiciones exigidas por el artículo 4 del Real Decreto de esta fecha. 2.º Que cumpla o pueda cumplir con el objeto de su institución o con el que tuvo desde tiempo inmemorial. 3.º Que se mantenga principalmente con el producto de sus bienes propios, sin ser socorrida por necesidad con fondos del Gobierno, de la Provincia o del Municipio, ni con repartos o arbitrios forzosos».

³ Al respecto, puede verse el análisis detallado sobre las concordancias y lagunas en las legislaciones autonómicas con respecto al articulado que contiene la ley estatal en BADENES GASSET, R., *El ordenamiento legal de las fundaciones*, Barcelona, 1996, pp. 14 a 25.

⁴ El 2 de julio de 1996 se aprobó para la Comunidad Foral de Navarra una ley foral específica sobre medidas tributarias aplicables a las fundaciones, con el fin de unificar los requisitos que las fundaciones debían cumplir para beneficiarse del régimen fiscal establecido por la Ley 30/1994.

regula tanto la forma de constitución como la dotación de la fundación. Se permite constituir fundaciones a cualquier persona por actos *inter vivos* o *mortis causa*, en cuyo caso el fundador podrá ordenar los estatutos al primer patronato o a otras personas. La dotación se podrá llevar a efecto, bien en el propio acto fundacional, bien delegando la asignación de bienes en otras personas⁵.

En segundo lugar, la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de regulación de las fundaciones privadas catalanas⁶, contempla de forma más detallada la dotación en sus artículos 3 y 4, en los que establece la forma de realizar la dotación, que podrá consistir en cualquier tipo de bienes, así como la posibilidad de aumentarla en un momento posterior, no considerándose como dotación el mero propósito de recaudar donativos⁷.

También la Ley 7/1983, de 22 de junio, del régimen de las fundaciones de interés gallego⁸ se ocupa, en su artículo 7, tanto de la aportación del patrimonio a la fundación como de su enajenación, afirmando además

⁵ Dispone la Ley 44 de la Compilación navarra: «Por actos *inter vivos* o *mortis causa*, cualquier persona puede crear en Navarra, sin necesidad de aprobación administrativa, Fundaciones de caridad, fomento o de otro interés social evidente, siempre que el fundador exprese su voluntad de conferir personalidad jurídica a la fundación, al determinar su fin y asignarle un patrimonio, que podrá consistir en bienes o derechos de cualquier clase.

La Fundación por acto *inter vivos* debe hacerse en escritura pública, en la que consten los estatutos que determinen el nombramiento, renovación, funcionamiento y atribuciones del Patronato.

En las Fundaciones por acto *mortis causa*, el fundador puede ordenar por el mismo los estatutos o encomendar su ordenación, total o parcialmente, al primer Patronato o a otras personas. Igualmente puede dotar de bienes a la Fundación, ya en el propio acto fundacional, ya en acto separado, ya delegando en otras personas la asignación de bienes, a título universal o singular.»

⁶ La Ley 21/1985, de 8 de noviembre, de la Generalitat Catalana, modificó sus artículos 11.6 y 13.1 y 2.

⁷ Artículo 3.1. La aportación del patrimonio fundacional debe realizarse por cesión gratuita entre vivos o por sucesión por causa de muerte, y puede consistir en bienes y derechos de cualquier tipo.

2. La dotación inicial puede ser aumentada más adelante por los fundadores o por terceras personas. Las fundaciones pueden recibir donativos destinados a la realización de las finalidades fundacionales.

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

Artículo 4.1. Los bienes que constituyen la dotación de una fundación pueden ser destinados con carácter permanente al cumplimiento directo de las finalidades fundacionales en forma de inmuebles, instalaciones o bienes de naturaleza mueble, adecuados para este cumplimiento. Estos bienes sólo pueden ser enajenados a título oneroso y en las condiciones establecidas por los fundadores excepto si el protectorado lo dispusiera de otra forma para un determinado supuesto.

2. El resto de la dotación debe ser invertida normalmente en bienes fructíferos, los cuales sólo podrán ser enajenados para reinvertir el precio que se obtenga de ellos en la adquisición de otros bienes fructíferos, que quedarán subrogados en lugar de los enajenados.

⁸ Modificada por Ley 11/1991, de 8 de noviembre.

la necesidad de existencia de una dotación inicial suficiente, sin perjuicio de su posible aumento posterior⁹.

Con posterioridad se dictó la Ley 1/1990, de 29 de enero, sobre normas reguladoras de las fundaciones canarias, que en sus artículos 7 y 14 regula la forma de realizar la dotación, así como su composición, debiendo estar constituida en todo caso por bienes y derechos de contenido patrimonial. Requisito de la dotación es su suficiencia, recogándose también un régimen especial de enajenación de los bienes integrantes de la misma¹⁰.

Finalmente, la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco regula en su artículo 9 la dotación patrimonial, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, debiendo ser suficientes para desarrollar el primer programa de actuación. La Ley vasca de fundaciones reconoce igualmente la posibilidad de dotación sucesiva y permite considerar como dotación las aportaciones de terceros, siempre que estuvieran garantizadas¹¹.

⁹ Artículo 7.1. La aportación del patrimonio fundacional debe realizarse por cesión gratuita entre vivos o por sucesión por causa de muerte, y puede consistir en bienes y derechos de cualquier tipo.

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

3. La dotación inicial suficiente para el cumplimiento de sus fines, podrá ser incrementada posteriormente por el fundador o terceras personas.

4. Los modos y las cargas que graven los bienes aportados no pueden absorber su valor. Tampoco pueden significar unos gastos anuales que impidan el destino de una parte de las rentas a los fines fundacionales, salvo que el Protectorado autorice la aportación atendiendo al interés de la Fundación.

5. A la realización de la finalidad fundacional debe ser destinado, cuando menos, el 80 por 100 de las rentas que obtenga la Fundación y de los otros ingresos que no formen parte de la dotación de la Fundación.

¹⁰ Artículo 7.1. La dotación patrimonial debe realizarse por actos *inter vivos* o de última voluntad, y consistirá en bienes y derechos de contenido patrimonial o económico.

2. Toda fundación debe constituirse con una dotación patrimonial suficiente para el cumplimiento de sus fines, con independencia de su incremento en virtud de aportaciones sucesivas a cargo del fundador o de terceras personas.

3. Los gravámenes que recaigan sobre la dotación patrimonial no podrán en ningún caso absorber su valor, ni representar unos gastos anuales que impidan el alcance de la finalidad fundacional en los términos previstos en la presente Ley. Excepcionalmente, el Protectorado podrá autorizar cargas de esta naturaleza en consideración del interés general fundacional.

Artículo 14.1. Los bienes integrantes de la dotación patrimonial de la fundación deben ser destinados de modo permanente a la satisfacción de los fines fundacionales.

2. Los bienes dotacionales podrán ser enajenados, pero exclusivamente al objeto de su reinversión en bienes de igual naturaleza. La enajenación se realizará siempre a título oneroso, según y conforme lo dispuesto en los estatutos fundacionales, o, en su defecto, por lo que señalare el Protectorado para cada supuesto.

¹¹ Artículo 9. *Dotación patrimonial.* 1. La dotación patrimonial podrá consistir en bienes y derechos de cualquier tipo, que habrán de ser suficientes para el desarrollo del primer programa de actuación, que deberá constar en la escritura fundacional junto con un estudio económico que acredite la viabilidad del mismo utilizando exclusivamente dichos recursos.

2. La aportación de la dotación patrimonial podrá hacerse en forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso inicial no será inferior al 30 por 100 del total previsto por la voluntad fundacional, debiéndose aportar el resto en un plazo de cinco años contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución. No obstante, cuando se trate de

Por tanto, en todas las normas autonómicas citadas se hace referencia a la dotación y al patrimonio fundacional, si bien en algunas de ellas con algunas divergencias respecto de la legislación estatal, que iremos señalando a lo largo del presente estudio.

No obstante, también con posterioridad se han dictado por algunas Comunidades Autónomas leyes sobre fundaciones. En concreto, se trata de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, y la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana.

La primera de las normas citadas, Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, se refiere, en su artículo 5¹², a la dotación fundacional. La norma sigue fielmente el contenido del artículo 10 de la LF de ámbito estatal. La diferencia fundamental entre ambas normas viene establecida por la posibilidad de que el plazo para aportar la dotación cuando sea sucesiva, puede ampliarse a diez años desde la constitución de la fundación, siempre y cuando su desembolso se asegure, desde el momento de la aportación, por cualquiera de los medios admitidos en Derecho.

En cuanto a la Ley 8/1998, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, esta norma se ocupa de la dotación en su artículo 11¹³, pudiendo destacar algunos aspectos de la misma con respecto al artículo 10 de la LF, a los que iremos haciendo referencia en los diferentes apartados de nuestro trabajo. En una primera aproximación conviene destacar que se establece un parámetro para determinar la adecuación y suficiencia de la dotación fundacional, así como también se determina la forma en

derechos podrá ampliarse dicho plazo en función de la naturaleza de los mismos, siempre que se den las garantías necesarias para asegurar su realización.

3. A los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se podrán considerar como dotación las aportaciones comprometidas por terceros, siempre que estuvieren garantizadas. En ningún caso se considerará como tal el mero propósito de recaudar donativos.

¹² Artículo 5. *Dotación*. 1. La dotación estará constituida por el conjunto de bienes y derechos de cualquier clase que se afecten por el fundador o fundadores al cumplimiento de los fines fundacionales en el momento de la constitución, así como los que, con posterioridad a dicho acto se reciban con tal carácter, o, en su caso, se afecten como dotación por acuerdo del Patronato.

2. La cuantía de la dotación habrá de fijarse en pesetas, tanto si consiste en dinero, como si se tratase de aportaciones no dinerarias. En este segundo caso habrán de incluirse en la escritura correspondiente los criterios de valoración aplicados y su adecuada justificación.

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

4. La aportación de la dotación podrá realizarse en forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso inicial no será menor al 25 por 100 de la cuantía establecida. El resto deberá hacerse efectivo dentro del plazo de cinco años desde la constitución de la fundación, o en plazo no superior a diez años si su desembolso se asegura, desde el momento de la aportación, por cualquiera de los medios admitidos en Derecho.

5. El régimen establecido en el apartado anterior, se aplicará, asimismo, a la dotación que consista en aportaciones realizadas por terceros.

¹³ Artículo 11. *Dotación de la fundación*. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, tendrán, asimismo, la consideración legal de dotación los bienes y derechos que durante la existen-

la cual deberán acreditarse ante el Notario autorizante las aportaciones no dinerarias.

Se ha de tener en cuenta, por otra parte, que la aplicación del artículo 10.1.º, de la LF será supletoria en estos territorios con competencia en materia de Derecho Civil, Foral o especial, siendo de común aplicación a las demás fundaciones por efecto de lo previsto en el artículo 149.1.8.ª de la CE, incluso a aquellas cuya competencia corresponda, de acuerdo con los respectivos Estatutos de Autonomía, a las Comunidades Autónomas¹⁴.

Del mismo modo, la legislación de otros países de nuestro entorno contempla la dotación como elemento esencial de la fundación. El Código Civil suizo, en el artículo 80¹⁵, requiere para la constitución de una

cia de la fundación se afecten por el fundador o el patronato con carácter permanente a los fines fundacionales.

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

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

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

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

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

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

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

Dichos documentos se incorporarán originales a la escritura pública.

5. La aportación de la dotación inicial podrá hacerse de forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso habrá de ser como mínimo del 25 por 100 de la misma; el resto se desembolsará en un plazo no superior a cinco años contados desde el otorgamiento de la escritura de la fundación, en las fechas que determine el patronato. Para acreditar la realidad y valoración de las aportaciones se estará a lo establecido en los apartados 3 y 4 de este artículo.

¹⁴ El texto de la Disposición final primera, 2, b) de la Ley de Fundaciones es del siguiente tenor: «Los artículos 6.2, 3 y 4; 7.3; 8; 9; 10.1; 11; 12.2; 15; 16.2; 17.1; 20.1; 27.1, 2 y 3; 28.2; 30.1, 2 y 3; 32.1 y 2 serán de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8.ª de la Constitución a todas las fundaciones incluso a aquellas cuya competencia corresponda, de acuerdo con lo previsto en sus respectivos Estatutos de Autonomía, a las Comunidades Autónomas. No obstante, todos estos artículos serán únicamente de aplicación supletoria en las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil, foral o especial».

¹⁵ Artículo 80: «Zur Errichtung einer Stiftung bedarf es der Widmung eines Vermögens für einen besonderen Zweck».

fundación la necesaria afectación de un patrimonio a un fin (acto de dotación). En el mismo sentido, el artículo 16 del Código Civil italiano exige que en el acto constitutivo y en los estatutos de la fundación se contengan la denominación del ente, la indicación del objeto, del patrimonio y de la sede, así como las normas sobre organización y administración. Igualmente, cuando se trate de fundaciones, exige el Código Civil italiano que se expresen los criterios y la modalidad de obtención de las rentas ¹⁶.

También el Código Civil portugués requiere en su artículo 186 ¹⁷ la expresión en el acto de constitución del fin de la fundación y de los bienes a ella destinados. La Ley belga de 27 de junio de 1921 sobre asociaciones sin fin de lucro y establecimientos de utilidad pública, reconoce en su artículo 27 ¹⁸ la posibilidad de que toda persona, previa autorización del gobierno, pueda afectar todos o parte de sus bienes a la creación de un establecimiento de utilidad pública.

Por otra parte, la Ley francesa de 23 de julio de 1987, sobre el mecenazgo, en la que se establece el estatuto jurídico de las fundaciones y las reconoce como entidades de utilidad pública, define en su artículo 18 a la fundación como acto por el cual una o varias personas físicas o jurídicas disponen la afectación irrevocable de bienes, derechos o recursos, a la realización de una obra de interés general y sin fin de lucro ¹⁹.

Por último, en el ordenamiento jurídico alemán se regulan las fundaciones en los §§ 80 a 88 del BGB, haciendo referencia, en su § 82 a la obligación, caso de aprobarse la fundación por las autoridades gubernativas, de aportar el fundador el patrimonio ofrecido en el negocio fundacional, entendiéndose transmitidos los derechos para cuya transmisión baste

¹⁶ Dispone el artículo 16 del Código Civil italiano, bajo la rúbrica *Atto costitutivo e statuto. Modificazioni*: «L'atto costitutivo e lo statuto devono contenere la denominazione dell'ente, l'indicazione dello scopo, del patrimonio e della sede, nonché le norme sull'ordinamento e sulla amministrazione. Devono anche determinare, ... quando trattasi di fondazioni, i criteri e le modalità di erogazione delle rendite.

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

Le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto devono essere approvate dall'autorità governativa nelle forme indicate nell'art. 12». El último párrafo del precepto resulta de aplicación únicamente a las asociaciones, ya que se establece un régimen particular para la modificación de las fundaciones en los artículos 26 y 28 del Código Civil italiano.

¹⁷ Artículo 186 del Código Civil portugués: «No acto de instituição deve o instituidor indicar o fim da fundação e especificar os bens que lhe sao destinados».

¹⁸ Dispone literalmente el precepto: «Toute personne peut moyennant l'approbation du Gouvernement, affecter par acte authentique ou par testament olographe tout ou partie de ses biens a la creation d'un établissement d'utilité publique».

¹⁹ El artículo 18 de la Ley francesa sobre mecenazgo define literalmente la fundación como «acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales decident l'affectation irrevocable de biens, droits ou ressources a la realisation d'une oeuvre d'interêt general et a but non lucratif». En Francia cuentan igualmente con una ley sobre fundaciones empresa, concretamente se trata de la Ley de 4 de julio de 1990.

la cesión con la mera aprobación de la fundación, en tanto no se deduzca del contrato fundacional ser otra la voluntad del fundador²⁰.

3. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA Y DESARROLLO REGLAMENTARIO DEL PRECEPTO

La tramitación parlamentaria del precepto transcurrió sin grandes variaciones respecto del texto del Proyecto de Ley remitido al Congreso. Además de pequeños retoques de estilo en los párrafos 1.º y 4.º, únicamente se produjeron dos modificaciones sustanciales.

La primera de ellas tuvo lugar por el planteamiento en el Congreso y el Senado de varias enmiendas que, o bien reclamaban una cantidad mínima para poder constituir una fundación²¹, o bien propugnaban la desaparición de la valoración por el Protectorado de la suficiencia de la dotación²², inclinándose otros incluso por la sustitución del término «suficiente» por el de «adecuada»²³ a la hora de valorar la dotación. La opción que se mantuvo no fue ninguna de las propuestas, sino que se optó por no incluir una cantidad mínima, debido a la gran variedad de fines de interés general que las fundaciones pueden perseguir. Se mantuvo el control del Protectorado sobre la suficiencia de la dotación y se incluyó a su vez, junto al criterio de la suficiencia, el matiz de la adecuación de la dotación a los fines fundacionales.

La segunda modificación fue consecuencia de una enmienda planteada en el Senado por el Grupo Parlamentario de CiU, concretamente la enmienda número 90, en la cual se propuso la adición de un segundo párrafo al apartado 2 del artículo 10, con el texto que se mantiene en la Ley²⁴, si bien con la única diferencia de haberse sustituido en el texto definitivo el término órgano de gobierno por el de Patronato.

²⁰ § 82 BGB: «[Übergang des Stiftungsvermögens] 1 Wird die Stiftung genehmigt, so ist der Stifter verpflichtet, das in dem Stiftungsgeschäfte zugesicherte Vermögen auf die Stiftung zu übertragen. 2 Rechte, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, gehen mit der Genehmigung auf die Stiftung über, sofern nicht aus dem Stiftungsgeschäfte sich ein anderer Wille des Stifters ergibt».

²¹ Enmienda al Senado número 17, del Grupo Parlamentario Vasco, que exigía un mínimo de diez millones de pesetas

²² Enmiendas al Congreso número 196, del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria y número 266 del Grupo Parlamentario Popular, en la que considera que el requisito de la suficiencia se excluye por la determinación en el párrafo 4.º del propio artículo 10 de que se considerarán como dotación el compromiso de aportaciones de terceros, siempre que estén garantizadas.

Enmiendas al Senado número 51, del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria y número 166 del Grupo Parlamentario Popular.

²³ Enmienda al Congreso número 95, presentada por el Diputado Miquel Roca i Junyent, del Grupo Parlamentario Convergència i Unió.

²⁴ El Grupo Parlamentario proponente de la enmienda justificó la misma por la propia configuración jurídica de fundación en el Proyecto, pues en él se partía de la misma como capital productor de rendimientos, lo que además se derivaba del contenido de los artículos 25.1 y 42.1 b) de la Ley. La adición de este párrafo fue solicitada también por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, enmienda número 167.

El desarrollo reglamentario de la Ley se ha llevado a cabo por el Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de las fundaciones de competencia estatal. En concreto, en su artículo 3²⁵ se regula la *dotación fundacional*, precepto al cual haremos referencia al hilo de nuestro estudio.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA DOTACIÓN

1. CONCEPTO Y CARACTERES DEL NEGOCIO JURÍDICO FUNDACIONAL.

Define el artículo 1.1.º de la Ley las fundaciones como «organizaciones²⁶ constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general»²⁷.

²⁵ Dispone dicho precepto: «1. El Protectorado comprobará que la dotación sea adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales.

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

3. El Protectorado velará en todo momento por la integridad y suficiencia de la dotación de acuerdo con las atribuciones que le confiere la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, y el presente Reglamento.

4. Los compromisos de aportaciones de terceros en favor de una fundación sólo tendrán la consideración de dotación si están garantizados formalmente por cualquiera de los medios admitidos en Derecho. Las garantías habrán de quedar descritas en la escritura fundacional.

5. En el supuesto de enajenación de bienes o derechos que formen parte de la dotación fundacional, el valor de la contraprestación habrá de integrarse en aquella».

²⁶ La relevancia que el precepto otorga al elemento organizativo es considerada un gran acierto de la nueva Ley de Fundaciones por TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio preliminar», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid, 1995, pp. XXXVIII y XXXIX, quien señala que las fundaciones ya no son siempre y en todo momento personas jurídicas, pero sí «organizaciones» que pueden adquirir personalidad jurídica por medio de una inscripción registral de carácter constitutivo y condicionado, pues podrá ser denegada en el supuesto de que los Estatutos o algún otro elemento de la escritura de constitución o, en su caso, de la disposición testamentaria no se ajustaran a «las prescripciones de la Ley». En el mismo sentido, PIÑAR MAÑAS, J. L., «Comentario al artículo 1 de la LF», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid, 1995, pp. 7 y 8.

²⁷ Los conceptos de fundación contenidos en las normas autonómicas concuerdan básicamente con el contenido en el citado artículo 1.1.º de la LF (véanse al respecto art. 2.1.º de la Ley catalana 1/1982, de 3 de marzo, de fundacions privades catalanes; art. 1.1.º de la Ley gallega 11/1991, de 8 de noviembre, de régimen de las Fundaciones de interés gallego; y art. 1.2.º de la Ley canaria 1/1990, de 29 de enero). La Ley vasca 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones, al igual que la Ley 1/1998, de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, no contiene el concepto de fundación, por considerar que se halla ya delimitado por la doctrina y la jurisprudencia. La misma postura se aprecia en las Leyes 44 a 47 de la Com-

La mayoría de la doctrina mantiene un concepto tradicional de fundación, en el cual se destaca la destinación de un patrimonio a un fin determinado²⁸. Sin embargo, en la actualidad se propugna una necesaria evolución de dicho concepto —ya al menos insinuada en la definición proporcionada por el precepto antes citado, que alude al elemento organizativo—, ya que en numerosas ocasiones otras fundaciones, cuya estructura y función no responden al esquema tradicional de las fundaciones-patrimonio, pueden resultar mucho más adecuadas para servir a los fines de interés general perseguidos por dichas entidades²⁹.

En este precepto se hace ya referencia al negocio fundacional, entendido como «negocio dirigido a la constitución de una fundación y que se lleva a cabo esencialmente mediante la afectación de un conjunto de bienes a un fin determinado, que ha de ser de *interés público*»³⁰.

pilación del Derecho Civil foral o Fuero Nuevo de Navarra, aunque la Ley Foral navarra 10/1996, de 2 de julio, de régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio, contiene en su Exposición de Motivos un concepto de fundación que después es desarrollado en el artículo 2 de la propia Ley citada. Un sistema parecido a este último parece haber sido adoptado por la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, en cuya Exposición de Motivos, si bien no se contempla expresamente una noción técnica de fundación, se hace referencia, de forma expresa, a que en dicha Ley «las fundaciones se sitúan y entienden no en la alternativa entre administración o sociedad, sino más bien como instrumento privado, surgido en la esfera de la libertad, para cumplir con protección de la administración fines a los que esta por sí sola no puede atender y que encajan en el ámbito de la función social de la propiedad».

²⁸ Así, para DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil, I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 9.ª ed., Madrid, 1997, p. 627, la fundación es «una organización creada libremente, con un patrimonio propio y distinto del de su fundador, destinado por voluntad de éste a la consecución de fines de interés general»; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, I, Parte general del Derecho Civil*, vol. 2.º, Personas, Barcelona, 1990, p. 298, la define como «una 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»; PUIG I FERRIOL considera a las fundaciones como personas jurídicas con un sustrato que se «centra en un patrimonio o una masa de bienes adscritos al cumplimiento de determinadas finalidades de interés general» (PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRÍAS, E., *Instituciones del Dret Civil de Catalunya, I, Part General. Obligacions i contractes. Drets reals*, 4.ª ed., Valencia, 1993, p. 121); CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario del artículo 35», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ Y SALVADOR CODERCH, Madrid, 1991, p. 238, señala que «se llama fundación a la persona que nace cuando se destina un conjunto de bienes a la realización de un interés general».

²⁹ SALVADOR CODERCH, P. y SEUBA TORREBLANCA, J. C., «Fundaciones, interés general y títulos de aportación (I)», *La Ley*, 28 de enero de 1998, p. 3, con cita de FERRER I RIBA, J., *Les finalitats fundacionals: la seva estructura, compliment i modificació*.

³⁰ CAFFARENA LAPORTA, J., *El régimen jurídico de las fundaciones: Estudio para su reforma*. Madrid, 1992, p. 41. En la actualidad, esta definición dada por Caffarena, debe ser objeto de una matización, puesto que como bien señala TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio preliminar», *op. cit.*, p. XXX, «no es indiferente sustituir, como hizo el constituyente, la expresión «interés público» del artículo 35 del Código Civil, por la de «interés general» atribuida a los fines propios de las fundaciones», ya que como afirmó el Tribunal Constitucional en Sentencia 18/1984 «es propio del Estado social de Derecho la existencia de entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general». Lo público es lo que hace referencia a la esfera de los poderes estatales, en tanto lo general es lo que interesa a la gran masa de ciudadanos, de ahí la importancia de la noción empleada por la Constitución Española y por la Ley de Fundaciones de ámbi-

El negocio fundacional es un acto unilateral y no recepticio³¹, un «acto de disposición, consistente en la destinación de los bienes al fin, que jurídicamente comporta la transmisión de los bienes a la persona jurídica fundacional, que deviene propietaria de ellos una vez constituida. Es también un acto gratuito, que supone un desplazamiento patrimonial unilateral sin contraprestación»³².

Ha sido objeto de discusiones en la doctrina si dicho acto de dotación y la creación de la persona jurídica fundación constituyen dos actos jurídicos independientes, aun cuando se recojan en un único documento. Esta doctrina continúa siendo mayoritaria en países como Alemania o Italia, donde tanto la jurisprudencia como la mayor parte de la doctrina estiman que acto de dotación y de creación de la persona jurídica son independientes, aun cuando se recojan, como se ha indicado, en un mismo documento³³.

to estatal, en opinión del citado TOMÁS Y VALIENTE. En relación con las diferentes nociones de interés general, interés público, interés particular y ánimo de lucro, SALVADOR CODERCH, P. y SEUBA TORREBLANCA, J. C., «Fundaciones, interés general y títulos de aportación (I)», *op. cit.*, pp. 4 a 6.

Por otra parte, VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969, p. 266, define el negocio fundacional como «una manifestación de voluntad, unilateral, no recepticia, sujeta o no a determinadas formalidades, según los casos, e irrevocable una vez que ha producido sus efectos, dirigida a la creación del ente fundacional, por el que se determina el fin de este —que debe ser de *interés público*— su organización y régimen jurídico, y se ponen a su disposición determinados bienes o derechos de carácter patrimonial». En el mismo sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M., «La persona jurídica (1)», *RDN*, 1960, p. 41.

³¹ El carácter no recepticio del negocio fundacional es reconocido igualmente por DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1990, p. 663, y por VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma...*, *op. cit.*, p. 267.

³² CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo I, vol. 3, «Artículos 17 a 41 del Código Civil», dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, Madrid, 1993, p. 906.

³³ En este sentido, en la doctrina italiana, RESCIGNO, P., Voz «Fondazione (diritto civile)», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVII, Milano, 1968, pp. 790 ss.; NICOLÓ, R., «Negozio di fondazione. Istituzione di erede», *Rivista di Diritto Civile*, 1941, pp. 386 ss. Como excepción a esta postura, manteniendo la unidad del negocio fundacional, pueden verse GALGANO, F., «Delle persone giuridiche» (Disposizioni generali delle associazioni e delle fondazioni). Arts. 11-35 nel *Commentario al Codice Civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, libro I, *Delle persone e della famiglia*, Bologna-Roma, 1969, pp. 164 ss.; también PUGLIATTI, S., *Gli istituti del diritto civile*, vol. I, Milano, 1943, p. 114; y DE CUPIS, A., «Fondazione costituita con testamento e successione a causa di morte», *Rivista di diritto civile*, 1986, II, pp. 297 ss.

En nuestro Derecho, resulta más adecuado mantener la unidad del negocio fundacional, aportando a dicha posición VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma...*, *op. cit.*, pp. 268-269, las siguientes justificaciones: si se aceptara el negocio fundacional como integrado por dos negocios independientes, que normalmente van unidos, pero que pueden tener lugar por separado, se adoptaría «una visión deformada de la persona jurídica fundacional, que la considera como algo subsistente por sí mismo, desconociendo su carácter instrumental, que consiste precisamente... en servir de instrumento para lograr la vinculación permanente de un patrimonio a un fin, por lo que no se puede dar la creación de aquella, sin que se le atribuyan los medios patrimoniales necesarios para el logro del mismo... Por otra parte, dado el carácter marcadamente patrimonialista de la fundación en nuestro Derecho, es más conforme a él la doctrina que considera el negocio fundacional en su doble aspecto como un negocio jurídico único». Defendiendo la unidad del negocio

Al respecto parece que no debe hablarse hoy de separación entre la creación de la persona jurídica fundación y el acto de destinación de bienes a los fines que persigue. La fundación adquiere personalidad por el hecho de su constitución conforme a la ley, contemplándose como requisito esencial para ello la atribución de bienes suficientes para el inicio y desarrollo de las actividades fundacionales. El patrimonio, como elemento esencial de la fundación³⁴ y, con él, la dotación, entendida no ya como acto sino como conjunto de bienes afectos de forma permanente y duradera al desarrollo de los fines generales que constituyen el objeto de la fundación, aparecen de este modo íntimamente ligados a la creación de la persona jurídica, razón por la cual ha de mantenerse la unidad del negocio jurídico fundacional.

2. DELIMITACIÓN RESPECTO DE FIGURAS AFINES

Dados los mencionados caracteres del negocio fundacional y las numerosas lagunas que en su regulación existían conforme a la legislación anterior a la nueva Ley de Fundaciones, se planteaba la doctrina la posibilidad de aplicar al acto de dotación como atribución del patrimonio inicial de la fundación, normas propias de otros negocios de liberalidad. En concreto, consideraba la doctrina aplicables analógicamente las normas relativas a la forma en las donaciones³⁵. En la actualidad, dicho pro-

jurídico fundacional afirma también CAFFARENA LAPORTA, J., *El régimen jurídico de las fundaciones...*, *op. cit.*, p. 44, que «no creemos que quepa hoy hablar de dos negocios, el fundacional y el de dotación, el primero dirigido a crear la fundación y el segundo destinado a dotar a ésta de un patrimonio. Si la personificación de la fundación no es sino un instrumento técnico para destinar un conjunto de bienes a un determinado fin, sólo a través de un conceptualismo difícilmente justificable podemos llegar a separar la dotación de la creación de la fundación. Si el patrimonio constituye un elemento esencial de la fundación, la consecuencia lógica es la necesaria unión entre la dotación y la creación del ente y, por tanto, la unicidad del negocio fundacional». En el mismo sentido, NART, I., «La fundación», *RDP*, 1951, p. 495; ALBALADEJO GARCÍA, M., «La persona jurídica», *op. cit.*, p. 50; Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, *op. cit.*, p. 663; LÓPEZ JACOISTE, J. J., «La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones», *RDP*, 1985, pp. 597 ss.; y CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al artículo 7 de la LF», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid, 1995, p. 59.

Nuestro Tribunal Supremo parece continuar defendiendo la postura contraria, si bien se ha referido a la cuestión como *obiter dicta*, en Sentencias de 9 de febrero de 1948 [RJ 1948, 275] y 22 de marzo de 1983 [RJ 1983, 1607].

³⁴ En este sentido, VALERO AGÜNDEZ, U., *La Fundación como forma...*, *op. cit.*, p. 38, afirma que «aunque el patrimonio no fuera necesario como elemento conceptual de la fundación, en cuanto persona jurídica, sería necesario como medio para que en la realidad práctica la fundación desarrolle su actividad y realice el fin querido por el fundador. Para esto no basta, efectivamente, con la mera capacidad patrimonial de la fundación, sino que se precisa una dotación patrimonial efectiva o, al menos, una fundada expectativa de adquirirla». Véase en idéntico sentido, CAPILLA RONCERO, F., «Comentario a los artículos 37 y 38 del Código Civil», *op. cit.*, p. 871.

³⁵ En este sentido, CAMY CAÑETE, B., «Fundaciones, breve idea de su normación legal», *RDP*, 1974, p. 984.

blema ha desaparecido, por cuanto el artículo 7.2.º, de la LF exige la forma escrita en la constitución *inter vivos*³⁶.

Parte de la doctrina ha asimilado la eficacia traslativa del acto de dotación con la propia de la donación, entendida como modo de adquirir según el artículo 609.1.º, del Código Civil. Sin embargo, se pueden apuntar diferencias entre ambas instituciones, como son, en primer lugar, que los destinatarios de la liberalidad del fundador son personas indeterminadas, y que en la dotación el efecto dispositivo se basa en la sola voluntad del o los fundadores, que no puede, por lo tanto, tener naturaleza recepticia³⁷,

³⁶ El artículo 7.2.º de la Ley de Fundaciones, que exige la constitución *inter vivos* en escritura pública, se ha considerado por la Disposición Final Primera de la propia ley como norma básica, y, por lo tanto, aplicable a todos los territorios autonómicos, aun cuando tuvieran competencias en derecho foral propio. Sin embargo, no se considera norma básica el párrafo siguiente, que para la constitución *mortis causa* exige la forma testamentaria. Ello hubiera entrado en contradicción con las regulaciones forales sobre sucesión contractual.

Las Leyes autonómicas recogen igualmente la escritura pública como forma obligatoria del negocio fundacional *inter vivos*. En este sentido, la Ley canaria, si bien en su artículo 2.3.º señala que la voluntad fundacional podrá manifestarse en cualquier forma idónea para producir efectos jurídicos, se refiere en el artículo 5 al contenido de la escritura pública de la carta fundacional. También exigen la escritura pública el artículo 6 de la Ley de Fundaciones catalanas, el artículo 5.1.º de la Ley de Fundaciones del País Vasco, que la exige tanto en la constitución *inter vivos* como *mortis causa*, al igual que los artículos 7 y 8 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid y los artículos 4 y 8 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, el artículo 4.1.º de la Ley de Fundaciones de interés gallego y la Ley 44 de la Compilación del Derecho Civil de Navarra.

³⁷ PUIG FERRIOL, L., «El patrimonio fundacional en la Ley de Fundaciones catalanas», en *ADC*, 1983, pp. 1650 y 1651. DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, 2.ª reimpr., Madrid, 1991, p. 297, distingue igualmente las figuras de la dotación y la donación, porque en la primera existe «una 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».

Defiende la aplicación analógica de las normas reguladoras de la donación COBO GALVEZ, P., «Comentario al artículo 10 de la Ley de Fundaciones», en *AA.VV.*, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid, 1995, p. 88.

Creemos que realiza un juicio certero VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma...*, *op. cit.*, p. 273, al considerar la dotación de la fundación como una atribución patrimonial gratuita *sui generis*, afirmando además que «las concretas modalidades de atribución patrimonial gratuita pueden ser diversas, según los casos y de acuerdo con la voluntad del fundador, supuesto el cumplimiento de los requisitos exigidos en cada caso para que dicha voluntad tenga efectividad». En el mismo sentido, CAFFARENA LAPORTA, J., *El régimen jurídico de las fundaciones...*, *op. cit.*, p. 85, si bien reconoce la posibilidad de aplicar a la dotación normas relativas a la donación, la considera como aspecto patrimonial del negocio *sui generis* que constituye el negocio fundacional. Como afirma este autor, «la dotación hace del negocio fundacional un negocio gratuito, pero siendo también unilateral no cabe que sea confundido, cuando se realiza en acto *inter vivos*, con la donación en la que se exige la aceptación del destinatario». LÓPEZ JACOISTE, J. J., «La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones», *op. cit.*, p. 582, resalta las diferencias existentes entre fundación y donación: «tanto la donación como la fundación entrañan una liberalidad, esto es, una transmisión patrimonial gratuita que provoca un enriquecimiento del destinatario. Pero sus estructuras se diferencian dando lugar a dos figuras típicas distintas».

Niega también la aplicabilidad de las normas relativas a las donaciones, o a la institución de heredero o el legado a la dotación GALGANO, F., «Delle persone giuridiche», *op. cit.*, pp. 166 ss., basando esta postura en la diferente causa existente entre dichos negocios: la dotación, «a diferencia de la donación, de la institución de heredero o del legado, es una atribución patrimonial que no tiene en sí una propia causa sino que la encuentra en el negocio de la fundación; es más que un negocio jurídico autónomo el elemento integrante de un tipo

en tanto la donación sólo existe desde el momento en que el destinatario de la misma acepta.

En el mismo sentido, cuando nos encontramos ante una disposición *mortis causa* del fundador, la doctrina ha defendido la aplicación de normas relativas a la herencia o a la institución de legados para resolver los problemas planteados por este acto de destinación de bienes, aun cuando no se pueda considerar a la propia fundación como heredera o legataria del fundador³⁸.

Pueden reconocerse igualmente ciertas similitudes entre la dotación y la aportación a sociedad, puesto que tanto la atribución patrimonial del fundador como las aportaciones de los socios se configuran como elementos imprescindibles para la consecución de los fines generales perseguidos por la fundación, en un caso, y del objeto social, en otro³⁹. Sin embargo, a la hora de interpretar las normas reguladoras de las fundaciones no se ha de olvidar una esencial diferencia existente entre ambas instituciones, como es la de la gratuidad, en el caso de la dotación, u onerosidad, en el supuesto de la aportación a sociedad, del acto realizado.

3. REVOCABILIDAD O IRREVOCABILIDAD DE LA DOTACIÓN

Una importante cuestión que surge al analizar la naturaleza del acto de dotación es la relativa a la posibilidad de su revocación por el fundador. Caben, al respecto, dos posibilidades:

1) En el supuesto de que se admitiera la analogía con la donación, y dado el carácter de liberalidad del acto de dotación que produce un empobrecimiento en el patrimonio del fundador, se ha defendido que no existirían razones poderosas en contra de la posibilidad de tal revocación en las mismas circunstancias que se contempla para la donación⁴⁰.

negocial más complejo, cuya disciplina es predispuesta al destino de bienes para la realización de forma organizada, es una actividad dirigida a la consecución de un fin determinado».

³⁸ Véase en este sentido CAFFARENA LAPORTA, J., *El régimen jurídico de las Fundaciones...*, op. cit., p. 85. Afirma CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., p. 908, que «la fundación constituida en testamento no tiene por qué ser considerada sucesor del causante (salvo que así se exprese en el testamento). El testamento contiene el acto fundacional u ordena que se haga. Y todo radica en que ese proceso constitutivo puede prolongarse más o menos, quedando un período de tiempo de vacancia de la titularidad de los bienes, desde que fallece el fundador hasta que la fundación está completamente constituida, con personalidad jurídica, deviniendo entonces nueva titular de esos bienes. Pero ningún problema hay en aplicar la regla, según la cual se retrotraen los efectos de las atribuciones *mortis causa* al momento de apertura de la sucesión (arts. 440, 661 y 989 del Código Civil)».

³⁹ Destacando la importancia de la aportación como medio para el desarrollo del objeto social, afirma SPATAZZA, G., *Conferimento di beni in godimento e capitale sociale*, Milano, 1991, pp. 71-72, con cita de Portale, que «sulla scorta dell'art. 2448, n. 2, cod. civ. oltre che di considerazioni tratte dalle discipline tecnico-aziendali si sostiene allora que fin dall'inizio, con i conferimenti, la società debba essere dotata di mezzi propri che si esprimano in un valore capitale non arbitrariamente stabilito dai soci, ma "congruo" per il perseguimento dell'oggetto sociale».

⁴⁰ Defiende la posible revocación de la dotación cuando sus efectos han quedado en suspenso por una condición o un término suspensivos, CAFFARENA LAPORTA, J., *El régimen*

2) Pero por otra parte, dada la relevancia de los fines de interés general perseguidos por la fundación, debería procurar mantenerse el acto de dotación, sin que resultaran aplicables las normas sobre revocación de las donaciones. Ello, claro está, sin perjuicio de los supuestos de nulidad o anulabilidad del negocio fundacional, de rescisión en fraude de acreedores o de reducción o supresión del montante de la dotación en los casos de perjuicio a los derechos legítimos que graven la herencia del donante ⁴¹.

Con la doctrina mayoritaria, se ha de concluir que el acto de dotación, si se trata de un acto *inter vivos*, será irrevocable desde su perfección ⁴²; si es *mortis causa*, será revocable hasta la apertura de la sucesión, puesto que hasta el momento de la muerte del causante es revocable el testamento, conforme al tenor del artículo 737 del Código Civil ⁴³.

III. LA DOTACIÓN COMO ELEMENTO INTEGRANTE DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE FUNDACIÓN

1. RELEVANCIA HISTÓRICA DE LA DOTACIÓN FUNDACIONAL

La relevancia del patrimonio y, por tanto, integrándose en el mismo, de la dotación entendida como conjunto de bienes afectos al cumplimiento de un fin, es fácilmente comprobable si atendemos a los antecedentes históricos con que contamos sobre la entidad fundacional como insti-

jurídico de las fundaciones..., *op. cit.*, p. 48, adhiriéndose de este modo a la posición de VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación...*, *op. cit.*, p. 301. En caso de no estar sometida a condición o término suspensivos, CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al artículo 35 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ Y SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1991, p. 239, opta por la irrevocabilidad del negocio fundacional *inter vivos*, mientras que si se trata de un negocio fundacional *mortis causa*, podrá ser revocado con arreglo al régimen de la revocación de este. También BADENES GASSET, R., *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, 1986, p. 109, señala: «A nuestro juicio, y en base a la existencia de una atribución patrimonial a título gratuito que implica el correspondiente empobrecimiento-enriquecimiento entre el dotante y la fundación, creemos que no debe negarse al transmitente la posibilidad de revocación, ya que ninguna reglamentación particularista lo impide. A conclusión diferente se llegaría si se admite que la dotación es un tipo propio de negocio al que no le es aplicable los motivos de revocación de las donaciones». De la misma opinión se muestra PIÑAR MAÑAS, J. L., «España», en PIÑAR MAÑAS, J. L. (dir.) y GARCÍA GARCÍA, J. A. (coord.), *Las Fundaciones en Iberoamérica. Régimen jurídico*, Madrid, 1996, p. 239.

⁴¹ En este sentido se manifiesta PUIG FERRIOL, L., «El patrimonio fundacional...», *op. cit.*, pp. 1652 y 1653.

⁴² CAFFARENA LAPORTA, J., «Constitución de las fundaciones», en *Novenes Jornades de Dret Català a Tossa*, celebradas en Tossa de Mar del 19 al 21 de septiembre de 1996, p. 3, defiende que «cabe encontrar en la Ley argumentos de peso en favor de la opinión de que el negocio fundacional *inter vivos* es irrevocable desde su perfección. Los artículos 11 y 36 de la Ley entre otros preceptos permiten pensarlo así y ello viene corroborado por el artículo 6 del Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal».

⁴³ En este sentido, CAPILLA RONCERO, F., «Comentario a los artículos 37 y 38 del Código Civil», *op. cit.*, p. 907; CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al artículo 35», *op. cit.*, p. 239.

tución jurídica. Fundamental resulta la historia de las fundaciones en relación con las transformaciones de la propiedad y de los patrimonios adscritos a ellas.

En la sociedad feudal propia del medioevo la vinculación de los bienes se desarrolló de forma extraordinaria, bien en forma de mayorazgos, para mantener el poder de las familias que formaban parte de la nobleza, bien mediante la constitución de fundaciones, para aumentar el prestigio del fundador, o en el caso de la Iglesia, para satisfacer necesidades de la comunidad.

Con la llegada del liberalismo y la ruptura con el Antiguo Régimen que representa la Revolución Francesa, así como la introducción de las ideas ilustradas, se instaura el libre dominio sobre la propiedad, promulgándose las leyes desvinculadoras de 1820 y 1855. Este proceso desamortizador⁴⁴ les causó lógicamente un progresivo empobrecimiento que desembocó en su casi total extinción. No obstante, la liquidación de estas entidades en favor de los patronos o de los familiares del fundador, aumentó la codicia de estos sujetos, que pretendían liberar los bienes de toda finalidad fundacional a la que estuvieran destinados, debiendo actuar con prontitud el legislador para evitar una situación de abandono de las finalidades benéficas y asistenciales a las que servían.

Para salvaguardar las fundaciones benéficas, se dictó la Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849, que si bien se promulgó para los establecimientos públicos de beneficencia, dejó a salvo los establecimientos particulares. Por otra parte, también la jurisprudencia interpretó las normas desvinculadoras de forma que se excluyeran de su aplicación las vinculaciones particulares con objeto específico (benéfico o piadoso) y que no fueran en beneficio de los patronos o los familiares del fundador⁴⁵.

Con posterioridad ya el Código Civil reconoció a las personas jurídicas, entre las cuales situaba a las fundaciones, la posibilidad de adquirir y enajenar toda clase de bienes y derechos, dictándose también normas relativas a los servicios de beneficencia particular como el Real Decreto de 14 de marzo de 1899, sobre reorganización de servicios de la beneficencia particular, e instrucción para el ejercicio del Protectorado del Gobierno, sobre fundaciones culturales y docentes, o ya en fechas más recientes, el Decreto 2930/1972, de 21 de julio, Reglamento de las fundaciones culturales privadas y entidades análogas y de los servicios administrativos encargados del Protectorado sobre las mismas.

⁴⁴ Se plantea COBO GÁLVEZ, P., «Comentario al artículo 10 de la LF», *op. cit.*, p. 149, si las leyes desamortizadoras fueron derogadas con el Código Civil o subsistieron hasta la promulgación de la Ley General de Educación de 1970, que para las fundaciones culturales establece la posibilidad de poseer toda clase de bienes, siempre que estén regularmente constituidas. La misma cuestión se planteaban con anterioridad, DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, Madrid, 1991, 2.ª ed., p. 303; y CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al artículo 38 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ Y SALVADOR CODERCH, *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1991, p. 245.

⁴⁵ CAPILLA RONCERO, F., «Comentario a los artículos 37 y 38 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 899 y 900.

2. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE FUNDACIÓN: FIN, PATRIMONIO Y ORGANIZACIÓN

La dotación puede entenderse, tras las reflexiones efectuadas en las primeras páginas de nuestro trabajo, y las consideraciones históricas precedentes, como el conjunto de bienes y derechos que están afectados con carácter permanente y duradero a los fines de la fundación, integrándose en el patrimonio de la misma.

El patrimonio de la fundación aparece así, junto con los fines de interés general⁴⁶ perseguidos por ella, y la organización⁴⁷ de la propia entidad fundacional, como elemento básico integrante del contenido esencial del derecho de fundación tal como se consagra en el artículo 34 de la CE⁴⁸.

⁴⁶ Son notas características de los fines fundacionales, en opinión de CAPILLA RONCERO, F., «Comentario a los artículos 37 y 38 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 904 y 905, las de poder beneficiar a un número indeterminado de personas (fin impersonal), perseguir un objetivo socialmente relevante (fin de interés general), permanecer en el tiempo (fin permanente), y estar determinado, si bien esta última característica no impide a la vez un alto grado de imprecisión, dada la genérica definición de los fines que suele contenerse en los estatutos de la fundación.

El fin aparece en la conceptualización del derecho de fundación como el elemento esencial alrededor del cual se configuran los dos restantes, como son el patrimonio y la organización fundacional, actuando así el fin fundacional como causa misma de la persona jurídica. LÓPEZ JACOISTE, J. J., «La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones», *op. cit.*, p. 593, afirma, en este sentido, que «el juego de la causa en la fundación se orienta a la integración del patrimonio y a la adscripción del mismo al cumplimiento del fin fundacional. El fin es lo que se pretende. Pero antes de obtenerse como efecto, el fin actúa como causa. De ahí la conveniencia de explicar el mecanismo causal propio del negocio de fundación, que se desenvuelve en un doble alcance de eficacia, primero transmisoria de bienes, y luego organizadora de la actividad institucional». En el mismo sentido de reconocimiento del fin como elemento causal del negocio fundacional, véase MADRUGA MÉNDEZ, J., «Consideraciones en torno a las fundaciones privadas de interés público», *ADC*, 1968, p. 426.

⁴⁷ NART, I., «La fundación», *op. cit.*, p. 489, define las fundaciones como «organizaciones de actividades y bienes, dotadas jurídicamente de personalidad y patrimonio propio, para la consecución de fines humanos no lucrativos, cuya amplitud o cuya permanencia exceden de la posibilidad o de la duración vital del hombre: las empresas de más nobleza y abolengo en el Derecho».

DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, *op. cit.*, p. 297, expone que «el negocio de fundación habrá de determinar el fin benéfico al que se destina la fundación, y la organización apropiada para que pueda funcionar», dando gran relevancia, por tanto, al elemento organizativo que posibilitará la realización del fin fundacional. En el mismo sentido, DURÁN RIVACOBBA, R., *El negocio jurídico fundacional*, Pamplona, 1996, p. 90.

⁴⁸ En palabras de CAPILLA RONCERO, F., «Comentario a los artículos 37 y 38 del Código Civil», *op. cit.*, p. 902, quizá «la principal virtualidad del artículo 34 de la Constitución sea admitir vinculaciones perpetuas, en contra de los postulados que dimanen de la constitucionalización de la economía de mercado (art. 38) y de la libertad de dominio (art. 33), que no pueden ser tachadas de inconstitucionales, siempre que sean fundaciones de interés general». CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al artículo 35 del Código Civil», *op. cit.*, p. 238, otorga gran trascendencia a la consagración constitucional del derecho de fundación: «En primer lugar porque se refiere a las fundaciones que persiguen un fin de interés general, quedando fuera las fundaciones de interés particular y entre ellas las llamadas fundaciones familiares. En segundo lugar porque implica que a dicho derecho alcance la protección que supone el artículo 53.1 CE y, finalmente, porque afecta a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia». Frente a esta postura mayoritaria, que entiende que la LF establece una prohibición de las fundaciones familiares, argumentan SALVADOR CODERCH, P., SEUBA TORREBLANCA, J. C., «Funda-

El derecho de fundación goza de la garantía institucional otorgada por la Constitución que impide al legislador el desconocimiento de la existencia de fundaciones, ocupando un lugar destacado en el marco de las libertades constitucionales, como instituciones que el Estado social debe apoyar y promover⁴⁹. Aunque el derecho de fundación no se halla protegido por el recurso de amparo, sí lo está por el principio de reserva de ley⁵⁰ (no de ley orgánica), que en todo caso deberá respetar su contenido esencial,

ciones, interés general y títulos de aportación (II)», *La Ley*, 29 de enero de 1998, pp. 2 y 3, que del propio texto de la Ley se desprende la posibilidad de que existan fundaciones de dicha clase. En tal sentido, citan el contenido del artículo 2.4.º de la LF, el cual, frente a la prohibición del número anterior, de constituir fundaciones «con la finalidad de destinar sus prestaciones a los cónyuges o parientes del fundador hasta el cuarto grado», establece que «no se incluyen en el apartado anterior las fundaciones cuya finalidad exclusiva sea la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español, siempre que cumplan las exigencias de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, en particular respecto de los deberes de visita y exposición pública de dichos bienes» (excepción que igualmente establecen el art. 3.3.º de la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid y el art. 3.5.º de la Ley valenciana de Fundaciones). Además, al no haberse calificado el número 3 del artículo 2 de la LF como norma básica, ello permite la existencia de normas autonómicas que autoricen «la constitución de fundaciones familiares de interés particular, al menos dentro de los límites de las sustituciones fideicomisarias y, eso sí, sin garantía alguna de beneficios fiscales» (p. 3). Este parece ser el caso, según los últimos autores citados, de la Ley Foral navarra 10/1996, ya que si bien en su artículo 2 considera que no son entidades sin ánimo de lucro, quedando excluidas del ámbito de aplicación de la propia Ley, «aquellas cuyos fundadores y sus cónyuges o parientes, hasta el cuarto grado inclusive, sean los destinatarios principales de las actividades que se realicen por las entidades o gocen de condiciones especiales para beneficiarse de sus servicios», añade a continuación que ello no se aplicará «a aquellas entidades que realicen actividades de asistencia social exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido, ni a las que tengan como finalidad exclusiva o principal la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español, siempre que cumplan las exigencias de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español». Se muestran, sin embargo contrarios a la admisión de la existencia de fundaciones familiares, sumándose a la doctrina mayoritaria, PIÑAR MAÑAS, J. L., «Comentario al artículo 2 de la LF», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid, 1995, p. 18; y SERRA RODRÍGUEZ, A., *Las fundaciones: elementos esenciales y constitución*, Valencia, 1995, pp. 37 y 38.

En efecto, en apoyo de la doctrina mayoritaria, la mayor parte de las leyes autonómicas de fundaciones han adoptado el criterio prohibitivo. Al respecto, véanse artículo 3.2.º de la Ley vasca 12/1994; artículo 3.2.º de la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid y artículo 3.4.º de la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana. En las demás normas autonómicas no se efectúa ninguna referencia a los familiares del fundador, de lo cual deduce algún autor la prohibición de las fundaciones familiares (SERRA RODRÍGUEZ, A., *Las fundaciones: elementos esenciales...*, op. cit., p. 38).

⁴⁹ Véase PIÑAR MAÑAS, J. L., «España», op. cit., p. 231.

⁵⁰ CAFFARENA LAPORTA, J., *El régimen jurídico de las fundaciones...*, op. cit., pp. 36 y 37, defiende la existencia de una reserva de ley material derivada tanto de los artículos 35 y 36 del Código Civil, como del artículo 34 de la Constitución, que impediría que una disposición sin rango de ley estableciese los requisitos para la constitución de una fundación basándose en la remisión en blanco del artículo 35 del Código Civil. Por su parte, LACRUZ BERDEJO, J. L., «Las fundaciones en la Constitución española de 1978», *ADC*, 1983, p. 1466, señala, delimitando el campo de actuación de la Administración dentro de la reserva de ley que protege el derecho de fundación, que «la Administración podrá disciplinar los aspectos procedimentales, organizativos y de control de las fundaciones, o bien ejercer la tutela sobre ellas, y, finalmente, en un aspecto externo, regular los campos de actividad de las mismas... en cuya extensión podrá poner condiciones razonables a cualquiera (también a la asociación o a la persona física) que pretenda ejercer allí su actividad».

que se corresponde, en lo fundamental, con el concepto de fundación que asume la propia Constitución.

Hemos de delimitar, por tanto, qué elementos del concepto de fundación integran este contenido esencial que el legislador deberá respetar en todo caso por mandato constitucional. En una primera aproximación es evidente que deberá integrar el contenido esencial de este derecho la referencia al «interés general», que «no sólo pone de relieve la utilidad social que despliega la fundación, sino que le sirve de fundamento en cuanto institución jurídica»⁵¹, por constituir en esencia la razón de ser de la institución⁵².

Otro elemento integrante del contenido esencial del derecho de fundación es la aportación de bienes, es decir, el patrimonio, como una atribución patrimonial del fundador que ha de respetar la ley. Como la dotación se integra en el patrimonio, formará igualmente parte del contenido esencial del derecho de fundación⁵³.

El tercer elemento esencial del concepto de fundación es el relativo a la forma jurídica de la organización mediante la cual se aplica el patrimonio a la realización del fin querido por el fundador⁵⁴.

Finalmente, se ha mencionado por la doctrina el elemento de la duración indefinida de la fundación, cuando se hubiese constituido con este carácter, si bien ello no impediría la existencia de fundaciones temporales, por disposición del fundador, o por insuficiencia sobrevenida del patrimonio destinado a los fines fundacionales⁵⁵. Sin embargo, no cree-

⁵¹ DE LOS MOZOS, J. L., «El derecho de fundación (artículo 34 de la Constitución)», *La Ley*, 19 de diciembre de 1996, p. 2.

⁵² Respecto a la relevancia de los fines de interés general como causa de la fundación, véase nota 46.

⁵³ El Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de marzo de 1983 [RJ 1983, 1607], ha afirmado que la dotación forma parte del contenido necesario del negocio fundacional. La propia Ley de Fundaciones, al exigir, en su artículo 8, que en la escritura de constitución de la fundación se contenga la dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación, da cuenta de la importancia de la misma para la fundación que se constituye.

⁵⁴ VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma...*, *op. cit.*, p. 24, afirma que el sentido primordial de la fundación consiste en «la promoción o realización de un fin de carácter ideal, mediante la afectación permanente de una masa de bienes a la consecución de dicho fin», destacando como elementos de la fundación «el fin que se pretende realizar, la masa de bienes que se destina a su realización y la organización mediante la cual se opera permanentemente la aplicación del patrimonio a la realización del fin querido por el fundador». En el mismo sentido, destacando estos tres elementos integrantes de la fundación, ALBALADEJO GARCÍA, M., «La persona jurídica», *op. cit.*, p. 38, y MADRUGA MÉNDEZ, J., «Consideraciones en torno a las fundaciones privadas de interés público», *op. cit.*, p. 416. LÓPEZ JACOISTE, J. J., «La fundación y su estructura...», *op. cit.*, p. 595, señala que «el fin, al no ceñirse a un sujeto determinado, se hace social y permanente; y necesita de un querer que lo actualice de modo sucesivo. La voluntad fundacional tiene virtud creadora, pero desaparece con la vida del fundador; por eso hace falta una voluntad duradera que actualice el fin, esto es, un órgano institucional».

⁵⁵ DE LOS MOZOS, J. L., «El derecho de fundación...», *op. cit.*, p. 2. NART, I., «La fundación», *op. cit.*, p. 492, manifiesta que la fundación como institución jurídica «responde al aseguramiento de la permanencia del cumplimiento del fin». En todo caso, afirma VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma...*, *op. cit.*, p. 33, «la permanencia como duración indefinida, es una propiedad, esencial o no, pero típica del fin fundacional».

mos que la perdurabilidad de la fundación sea un requisito esencial de la misma, puesto que además la ley establece en la actualidad controles para intentar en la medida de lo posible, evitar la constitución de fundaciones inviables. Ejemplo de dichos controles serían el requisito de la adecuación y suficiencia de la dotación, así como el destino de una parte de los ingresos de la fundación a formar parte de la dotación, o los controles del Protectorado sobre la enajenación y gravamen del patrimonio de la fundación. En todo caso, pudiera también entenderse que el requisito de la permanencia se encuentra implícito en la caracterización que del fin y el patrimonio realiza la Ley 30/1994.

3. SUFICIENCIA Y ADECUACIÓN DE LA DOTACIÓN: ARTÍCULOS 10.1.º, DE LA LF Y 3.1.º, DE SU REGLAMENTO

a) *Bienes que pueden integrar la dotación*

Como afirma el artículo 10.1.º, de la Ley, la dotación podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, siempre, claro está, que gocen de contenido patrimonial.

En relación a los bienes que puedan integrar la dotación fundacional, no debemos olvidar la relevancia de los fines a los que deben servir, por lo que además de requerir una cierta estabilidad y permanencia, estos fines pueden en ciertos casos exigir una obtención de rendimientos que permitan la subsistencia de la fundación. En concreto, el artículo 4 de la Ley de Fundaciones Privadas Catalanas, contempla la posibilidad de destinar los bienes de la dotación al cumplimiento directo de las finalidades fundacionales en forma de inmuebles, instalaciones o bienes de naturaleza mueble, adecuados para ello, debiendo invertirse el resto de la dotación por lo general en bienes fructíferos, que sólo podrán ser enajenados para reinvertir el precio que se obtenga de ellos en la adquisición de otros bienes fructíferos, que quedarán subrogados en lugar de los enajenados.

La nueva Ley de Fundaciones ha permitido a estas entidades la realización de actividades empresariales⁵⁶. Por otra parte, es el artículo 22 de

⁵⁶ Favorable a esta postura se mostraban ya antes de la Ley de Fundaciones de 1994 VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma...*, op. cit., pp. 42-43; CAPILLA RONCERO, F., «Comentario a los artículos 37 y 38 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, op. cit., p. 912, si bien con los matices que impone el control por el Protectorado y los problemas que surgirían, por un lado, por el sometimiento del patrimonio fundacional al riesgo de una actividad empresarial y, por otro, porque resultaría desleal para los restantes empresarios esa competencia, amparada en beneficios fiscales. Esta preocupación la manifiesta igualmente POMEY, M., *Traité des Fondations d'Utilité publique*, París, 1980, p. 126, al tratar la aportación de empresa como dotación fundacional, que no podrá explotar —dice el citado autor— con el único propósito de obtener lucro.

En cuanto a la primera de las objeciones realizada por CAPILLA RONCERO, parece haber sido recogida en el artículo 22.1.º al impedir la participación de fundaciones en sociedades en las que hubieran de responder personalmente de las deudas sociales, imponiendo el párrafo 2.º del precepto la obligación de favorecer la transformación de sociedades personalistas en otra forma social con responsabilidad limitada cuando formen parte de la dota-

la Ley⁵⁷ el que permite la participación de las fundaciones en sociedades no personalistas, si bien bajo el control del Protectorado. Del mismo modo, el artículo 24 de la Ley permite a las fundaciones obtener ingresos por sus actividades «siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios»⁵⁸.

Cabe también la aportación de empresa con las limitaciones establecidas en el artículo 22 de la Ley, esto es, la imposibilidad de que la fundación participe en sociedades personalistas. Se pretende, como vemos, salvaguardar en todos los supuestos la realización de los fines de interés general para los que se ha creado la fundación, evitando en la medida de lo posible que el patrimonio de ésta se vea comprometido⁵⁹.

ción participaciones en aquellas sociedades y dicha participación sea mayoritaria. En cuanto a la segunda de las objeciones, el artículo 42, *Requisitos para disfrutar del régimen fiscal previsto en el presente Título*, establece en su letra c) que deberán «en el caso de ser titulares, directa o indirectamente, de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles, acreditar, ante el Ministerio de Economía y Hacienda a través del órgano de Protectorado correspondiente cuando se trate de fundaciones..., la existencia de dichas participaciones así como que la titularidad de las mismas coadyuva al mejor cumplimiento de los fines recogidos en la letra a) de este apartado 1 (perseguir fines de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente, de fomento de la economía social o de la investigación, de promoción del voluntariado social, o cualesquiera otros fines de interés general de naturaleza análoga) y no supone una vulneración de los principios fundamentales de actuación de las entidades mencionadas en este Título», pudiendo en todo caso el Ministerio de Economía y Hacienda «denegar, de forma motivada, el disfrute del régimen fiscal regulado en este Título en aquellos casos en que no se justifique que tales participaciones cumplen los requisitos antes mencionados».

LÓPEZ JACOISTE, J. J., «La fundación y su estructura...», *op. cit.*, pp. 603-604, se refiere a que la fundación ha de realizar «sus peculiares beneficios sociales, pero siempre a tono con las circunstancias de la vida, sin renunciar al efecto multiplicador de la técnica y de la economía», planteándose en las páginas siguientes los problemas relativos a la participación de las fundaciones en la actividad empresarial y a la fundación como forma de empresa. Sobre este último punto, véanse, entre otros, VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma...*, *op. cit.*; COSTI, R., «Fondazione e impresa», en *Rivista di Diritto Civile* 1968-1, pp. 1 y ss.

⁵⁷ Como posibles antecedentes del precepto pueden citarse el artículo 28 del Reglamento de Fundaciones Culturales de 1972 y la última reforma del Impuesto de Sociedades, efectuada por Ley 43/1995, de 27 de diciembre, que reconocen ya la actividad empresarial de las fundaciones.

⁵⁸ Reclamaba el establecimiento de esa norma CAFFARENA LAPORTA, J., *El régimen jurídico de las fundaciones...*, *op. cit.*, p. 72, apoyándose en la Ley francesa de 4 de julio de 1990, sobre la fundación de empresa, que alude entre los recursos de la fundación a la retribución obtenida por los servicios que preste. Afirma el citado autor que «en la actividad no tiene razón de ser que el interés general del fin fundacional se traduzca necesariamente en la necesidad de que la fundación tenga carácter benéfico, sin embargo dicho interés general impone límites a la hora de establecer aquellos ingresos».

Por otra parte, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, I, Parte General de Derecho Civil*, vol. 2.º, «Personas», Barcelona, 1993, p. 254, se manifiesta en el mismo sentido antes expresado de permitir a las fundaciones realizar todo tipo de actividades económicas, siempre que las ganancias se destinen a la realización de sus fines y no al beneficio privado de sus asociados.

⁵⁹ No obstante sostiene VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma...*, *op. cit.*, pp. 116 y 117, que «la razón no está... en que los socios de estas sociedades estén sujetos a responsabilidad ilimitada por las deudas sociales, mientras que la responsabilidad de las fundaciones, como personas jurídicas, es siempre limitada. Hay un error en esta formula-

b) El título de la aportación

Importante resulta también la cuestión del título con que se realiza la aportación de bienes en concepto de dotación. A falta de disposición en contrario, debe entenderse que ésta podrá realizarse tanto a título de propiedad como de uso⁶⁰, si bien deberá considerarse la posibilidad de que los bienes aportados sirvan a la realización de los fines de la fundación. En este sentido, el artículo 17.1.º, de la LF establece que «el patrimonio de la fundación podrá estar constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica», en correspondencia con lo dispuesto en el artículo 10.1.º, antes citado.

En todo caso, el acto de dotación, con la correspondiente aportación de bienes o derechos, ha de ser considerado como un acto transmisivo de dichos bienes y derechos y de un modo permanente, como afirma el artículo 10.2.º, apartado segundo de la LF⁶¹. No obstante, el carácter permanente de dicha afectación de bienes hace referencia a la «conservación de la naturaleza propia de cada bien o derecho que se afecte a la fundación, pero que no implica la prohibición de incrementos de dotación realizados a título distinto de la propiedad»⁶².

Teniendo en cuenta, por tanto, dicho concepto de la permanencia de la aportación, cabrá la aportación de derechos de la propiedad intelectual⁶³

ción de las cosas; puesto que la fundación –y toda persona jurídica– responde por sus deudas con la totalidad de su patrimonio de forma igualmente ilimitada que la persona física. Por ello, la razón del problema no hay que buscarla en el aspecto de la responsabilidad, sino en la relevancia del *intuitus personae*, tan importante –aun cuando no llegue a ser esencial– en estos tipos de sociedad y que se esfuma casi por entero en las personas jurídicas, al substituir estas con independencia del cambio de personas físicas en sus órganos». Sin embargo, la orientación de la Ley de Fundaciones en este sentido ha sido la contraria, impidiendo a las fundaciones la participación en sociedades en las que deban responder personalmente de las deudas sociales.

⁶⁰ En este sentido, si bien refiriéndose a las sociedades de responsabilidad limitada, afirma BOLAS ALFONSO, J., *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1991, que «lo importante es que los bienes aportados permitan el desarrollo del objeto social, lo cual beneficiará a socios y acreedores», afirmación que podemos adaptar a las fundaciones, afirmando que el bien aportado, bien a título de propiedad, bien a título de uso, deberá servir para el cumplimiento de los fines fundacionales, lo que beneficiará igualmente tanto a los destinatarios de sus servicios como a los terceros que contraten con ella. Véase igualmente, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «La aportación de uso en las sociedades de capital», en *Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, II, Sociedades Mercantiles*, Madrid, 1996, p. 2227.

Del artículo 8, d) de la Ley de Fundaciones catalanas se desprende esta posibilidad, puesto que exige detallar el título en virtud del cual se aporten bienes a la fundación (en este sentido, PUIG I FERRIOL, L., «El patrimonio fundacional...», *op. cit.*, p. 1647).

⁶¹ También aluden al carácter permanente el artículo 7.2.º, párrafo segundo de la Ley Foral navarra 10/1996 y el artículo 11.1.º de la Ley 8/1998, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana.

⁶² SALVADOR CODERCH, P. y SEUBA TORREBLANCA, J. C., «Fundaciones, interés general y títulos de aportación (II)», *op. cit.*, p. 6.

⁶³ Véanse al respecto los plazos de duración de los derechos contemplados en los artículos 26, 112, 119, 125, 127, 128 y 129 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

o de la propiedad industrial⁶⁴, que pueden consistir tanto en la cesión o transmisión plena y definitiva del derecho (a título de propiedad, pasando la fundación a ser el nuevo titular del derecho), como en figuras de transmisión limitada (licencia, por la cual se ceden los derechos de uso y explotación del derecho, bien con carácter exclusivo o no, pudiendo delimitar tanto el período temporal en que se efectúa la licencia, como el ámbito territorial al cual afecta y el contenido de los derechos que se transmiten). Si se acepta, por tanto, la posibilidad de aportar la dotación a título distinto del de propiedad, podrá constituirse un usufructo en beneficio de la fundación, así como realizarse la dotación por medio de las que la doctrina mercantilista conoce como aportaciones de uso⁶⁵. E incluso podemos pensar en la posibilidad de ceder, como aportación no dineraria, un contrato de arrendamiento. Al respecto, el artículo 32 de la LAU reconoce al arrendatario que ejerza una actividad empresarial o profesional en el local arrendado el derecho a subarrendar o ceder el contrato de arrendamiento sin necesidad de consentimiento del propietario, quien podrá únicamente elevar la renta⁶⁶.

Será, en último término, el Protectorado el encargado de enjuiciar la adecuación de las aportaciones realizadas a título distinto del de propiedad.

c) *Adecuación y suficiencia de la dotación*

Continúa el primer párrafo del artículo 10 de la Ley 30/1994 exigiendo los requisitos de adecuación y suficiencia de la dotación para el cumplimiento de los fines fundacionales⁶⁷, únicos límites establecidos a la misma. Surge aquí la preocupación del legislador, ya planteada en la propia definición del artículo 1.1.º, de la Ley, por el elemento organizativo, estableciendo diversos controles para evitar la creación de una fundación inviable por falta de medios económicos. La opción tomada por el legislador parece correcta, al no limitar en exceso el derecho de fundación, lo

⁶⁴ Conforme al artículo 49 de la Ley 22/1986, de 20 de marzo, de Patentes, la patente tiene una duración de veinte años improrrogables; para los modelos de utilidad el plazo es de diez años (art. 152.2). Para las marcas, el registro se otorga por diez años, pudiendo renovarse indefinidamente por períodos iguales (art. 5 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas).

⁶⁵ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «La aportación de uso en las sociedades de capital», *op. cit.*, pp. 2225 ss.

⁶⁶ Esta posibilidad puede resultar de gran importancia, por ejemplo, para aquellas fundaciones que desarrollan actividades empresariales o profesionales, y especialmente para las fundaciones-empresa.

⁶⁷ CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al artículo 35 del Código Civil», *op. cit.*, p. 240, reconoce ya antes de la Ley de Fundaciones estatal la necesidad de la adecuación y suficiencia de la dotación, y del patrimonio en su conjunto, apoyando esta necesidad en normas de Derecho positivo: artículo 39 del Código Civil, artículos 4 y 5 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, artículo 58.3 de la Instrucción de la misma fecha, artículos 1 y 6.5 del Decreto de 1972, artículos 2 y 3 del Decreto de 16 de marzo de 1961 y 2 y 3 de la Orden de 25 de enero de 1962. NART, I., «La fundación», *op. cit.*, p. 495, reconocía igualmente que una dotación insuficiente imposibilita el nacimiento de la fundación.

que hubiera ocurrido por el contrario si se hubiera establecido una cantidad mínima como necesaria para la creación de una fundación⁶⁸.

Sin embargo, esta solución plantea simultáneamente los problemas propios de la posible infracapitalización de la fundación, sobre todo respecto de la que Paz-Ares⁶⁹ considera, en relación con las sociedades de capital, infracapitalización material, caracterizada por la insuficiencia de la aportación del capital social a las mismas. No establece la Ley de Fundaciones estatal ninguna previsión respecto de la responsabilidad de los aportantes ni del fundador o los patronos por la realidad de las aportaciones integrantes de la dotación. Ante la imposibilidad de aplicar las normas propias de las sociedades mercantiles, ya que la remisión que el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal realiza en su artículo 3 se refiere únicamente a la valoración de las aportaciones no dinerarias a la dotación, no se determina si responderán el fundador, en su caso, y el Patronato, más allá del límite del patrimonio de la persona jurídica fundacional.

La doctrina ha apuntado algunos elementos que deberán tenerse en cuenta a la hora de enjuiciar la suficiencia⁷⁰: a) que la dotación inicial y la prevista sean susceptibles de generar rentas o ingresos que permitan atender las actividades de la fundación; b) que las rentas o ingresos generados permitan el desarrollo de estas actividades de interés general.

Deben también ser tenidas en cuenta por el Protectorado las rentas e ingresos que puedan generarse de los compromisos garantizados de aportaciones de terceros, así como las subvenciones y prestaciones económicas a que la fundación pudiera tener derecho.

Por último, afirma la doctrina que deberá enjuiciarse con flexibilidad la viabilidad económica de las fundaciones, dada la gran variedad de modalidades de dotación aceptadas por la ley.

⁶⁸ En este sentido fue planteada una enmienda del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos, que pretendían la introducción de una cantidad mínima fijada en diez millones de pesetas. A dicha enmienda se opuso el Senador Iglesias Marcelo, defendiendo el texto del Dictamen de la Comisión, señalando que una cantidad fija sería un elemento perturbador que alteraría la voluntad fundacional y que no tiene relación esencial con el cumplimiento de los fines fundacionales.

El artículo 3.1.º del Reglamento de fundaciones corrobora lo expuesto al disponer que «El Protectorado comprobará que la dotación sea adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales».

⁶⁹ PAZ-ARES, C., «La infracapitalización. Una aproximación contractual», en *RdS*, 1994, número 2, p. 130.

⁷⁰ COBO GÁLVEZ, P., «Comentario al artículo 10 de la LF», *op. cit.*, pp. 90-91.

El Reglamento de fundaciones no añade ni matiza nada respecto de lo establecido en la Ley, manteniendo unas amplias facultades del Protectorado para apreciar la adecuación y suficiencia de la dotación. Como afirma DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a, «La constitución de las fundaciones», en PIÑAR MAÑAS, J. L. y OLMOS VICENTE, I. (dirs.) *Las Fundaciones. Desarrollo reglamentario de la Ley*, Madrid, 1997, pp. 66 a 69, hubiera sido deseable que el Reglamento hubiera matizado, suavizándola, la norma legal, en el sentido de establecer un criterio *pro constitutione*, o en todo caso, que se hubiera referido, no ya a los fines de la fundación, sino a sus actividades, estimando suficiente y adecuada la dotación con tal de que con ella pudiese llevarse a cabo alguna de las actividades de la fundación, salvo que tal posibilidad contradijera la voluntad del fundador.

Con la exigencia del requisito de la adecuación y suficiencia de la dotación quedan excluidas del ámbito de la Ley las denominadas por la doctrina «fundaciones gerenciales»⁷¹, que pretenden, con una dotación inicial mínima la captación de ingresos con posterioridad a la constitución. La Ley de Fundaciones es, además, tajante en esta exclusión, al disponer en el artículo 10.4.º, que «en ningún caso se podrá considerar como dotación el mero propósito de recaudar donativos».

Lo que sin embargo no hace la Ley de Fundaciones estatal ni tampoco determina su Reglamento es que la adecuación y suficiencia de la dotación deberán referirse al primer programa de actuación, previsión que sí contiene la Ley de Fundaciones del País Vasco, en su artículo 9, y que facilitaría la labor del Protectorado, si bien no evitaría los riesgos de inviabilidad posterior de la fundación⁷². Al igual que la Ley vasca, la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, recoge en su artículo 11.2.º, el requisito de la adecuación y suficiencia de la dotación, estableciendo un parámetro para su determinación. La dotación, conforme al tenor de dicho precepto, habrá de ser «adecuada y suficiente para con sus rendimientos financiar al menos el 50 por 100 de los gastos previstos en el primer programa de actuación de la fundación, lo que deberá acreditarse con un estudio económico de viabilidad».

d) Facultades del Patronato y el Protectorado en relación a los bienes integrantes de la dotación: identificación y valoración de los bienes

El órgano encargado de la identificación de los bienes aportados es el Patronato, conforme al artículo 3.2.º, del Reglamento, el cual establece que «a los efectos previstos en el apartado anterior, el Patronato identificará con precisión los bienes y derechos integrantes de la dotación fundacional. Si la dotación consistiera en dinero, su cuantía se fijará en pesetas. Las aportaciones no dinerarias se cuantificarán de igual forma y se valorarán por el Protectorado con arreglo a las normas reguladoras de dichas aportaciones a sociedades de responsabilidad limitada».

Es, por tanto, el Protectorado el órgano que posee facultades en orden a la evaluación de los criterios de adecuación y suficiencia de la dotación,

⁷¹ AA.VV., *Hacia una nueva Ley de Fundaciones*, Santander, 1992, p. 91.

⁷² En este sentido, DEL CAMPO ARBULO, J. A., «Temas polémicos del Título I de la Ley y soluciones posibles», en OLMOS VICENTE, I., *Las Fundaciones. Su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*, Madrid, 1995, p. 111. En contra, DE PRADA GONZÁLEZ, J. Mª., «Constitución, modificación y extinción de fundaciones en la nueva Ley», en OLMOS VICENTE, I. (dir.), *Las Fundaciones. Su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*, Madrid, 1995, pp. 50-51, considera que el legislador pretende acabar con la práctica de que la suficiencia se valore únicamente en relación con un programa concreto que se acompañaba en el momento de solicitar la clasificación y que los Protectorados aceptaban generosamente como suficiente, si bien no ignora este autor los problemas que pueden presentarse a la hora de estimar suficiente y adecuada para el futuro la dotación fundacional.

como se desprende de los artículos 36 de la Ley y 3.2.º y 3.º, y 22.3.º, letra d), del Reglamento de fundaciones de competencia estatal⁷³.

El artículo 36 de la Ley –desarrollado por el artículo 22.3.º, letra d), de su Reglamento– alude al necesario informe del Protectorado sobre la suficiencia de la dotación para proceder así a la inscripción de la fundación en el Registro de Fundaciones⁷⁴. A través de esta inscripción la fundación adquirirá personalidad jurídica, ya que en relación a las fundaciones la inscripción es constitutiva⁷⁵. En cuanto a esta facultad concedida al Protectorado, se ha de destacar, además del artículo 3.2.º, del Reglamento de fundaciones de competencia estatal, ya transcrito, el párrafo 3.º del mismo precepto, al establecer que «el Protectorado velará en todo momento por la integridad y suficiencia de la dotación de acuerdo con las atribuciones que le confiere la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, y el presente Reglamento»⁷⁶.

⁷³ No obstante, estos criterios serán los adoptados por el Protectorado a los solos efectos de la elaboración del informe favorable que es requisito indispensable para la inscripción en el Registro de Fundaciones, dejando libertad a los fundadores o a los patronos para determinar los criterios de valoración, con tal de que dichos criterios consten en la escritura pública de constitución. En este sentido, DE PRADA GONZÁLEZ, J.M.ª, «La constitución de fundaciones», *op. cit.*, p. 70.

⁷⁴ La dotación ha de ser considerada también como acto sujeto a inscripción en el Registro de Fundaciones (artículos 3 c); 5.2.º; 8 y 13 del Reglamento del Registro de Fundaciones, aprobado por Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo, así como también en todas las legislaciones autonómicas), que debe constar en la escritura fundacional, conforme al artículo 8 c).

⁷⁵ Conforme dispone el artículo 3 de la Ley de Fundaciones, «1. Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones. La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la Ley.

2. Sólo las entidades inscritas en el Registro al que se refiere el apartado anterior, podrán utilizar la denominación de Fundación». Conforme al artículo 3 a) del Reglamento del Registro de Fundaciones se reconoce la constitución como acto sujeto a inscripción, que deberá contener las menciones recogidas en su artículo 8. La escritura de constitución deberá presentarse a inscripción en el plazo de un mes desde su otorgamiento, como señala el artículo 6.1.º del Reglamento del Registro de Fundaciones.

En el mismo sentido se pronuncian los artículos 4.1.º y 2.º de la Ley de Fundaciones canarias; 6.1.º de la Ley de Fundaciones catalanas; 5.2.º de la Ley de Fundaciones del País Vasco; 8.2.º de la Ley de Fundaciones de interés gallego; 7 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid y 4.1.º de la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana. Muy gráfico resulta el artículo 17.2.º del Decreto 160/1982, de 27 de mayo, por el que se aprueba la Instrucción para la organización y funcionamiento del Protectorat de la Generalitat de Cataluña sobre fundaciones privadas, al disponer que «la inscripción del acto constitutivo de las fundaciones es un requisito necesario para la adquisición de la personalidad jurídica, para la transmisión del dominio de los bienes que integran la dotación inicial y para el goce de los privilegios y beneficios que les correspondan, sin perjuicio de que sus efectos se retrotraigan al momento del otorgamiento de la carta fundacional o del óbito del fundador, según si la fundación se ha constituido por acto entre vivos o por causa de muerte».

⁷⁶ Ley que en sus aspectos fiscales ha sido desarrollada por el Real Decreto 765/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan determinadas cuestiones del régimen de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, y que ha de completarse con la nueva Ley del Impuesto de Sociedades, Ley 43/1995, de 27 de diciembre.

4. FORMAS DE APORTAR LA DOTACIÓN

a) *La dotación sucesiva (art. 10.2.º de la LF)*

La Ley 30/1994 regula, como ya hemos manifestado, la dotación de forma muy flexible, posibilitando de este modo la dotación sucesiva (art. 10.2.º, de la Ley). Ello puede considerarse como un reflejo de la importancia que en la Ley se ha dado al elemento organizativo, que forma parte del contenido esencial del derecho de fundación⁷⁷.

Con la dotación en forma sucesiva se permite a la fundación iniciar sus actividades con un desembolso inicial mínimo⁷⁸, y se le otorga un plazo de cinco años para completar la dotación a la que se comprometió, la cual puede, sin duda alguna, obtener de los beneficios de sus actividades, ya que el artículo 25.1.º, de la Ley impone que, una vez destinados a la realización de los fines fundacionales el 70 por 100 de los ingresos netos de la entidad, la cantidad restante de ingresos o rentas se dedique, una vez deducidos los gastos de administración, al aumento de la dotación fundacional.

Se permite, por tanto, un desembolso inicial del 25 por ciento de la dotación⁷⁹ y el resto en un plazo no superior a cinco años contados desde el otorgamiento de escritura pública de constitución. Parece inspirada esta norma en la legislación reguladora de las sociedades anónimas, que en sus artículos 12, 22 y 40.2.º permite también que se realice un desembolso inicial mínimo de carácter imperativo del 25 por 100 y un plazo para el ulterior desembolso que no podrá exceder de cinco años. Sin embargo, este último plazo viene establecido en la LSA únicamente respecto de las aportaciones dinerarias, sin que, por el contrario, el artículo 10.2.º, de la Ley 30/1994 establezca distinción alguna entre aportaciones dinerarias o no dinerarias para su aplicación.

⁷⁷ No obstante la relevancia del elemento organizativo, que es destacada por la nueva Ley de Fundaciones de competencia estatal en diversos momentos a lo largo de su articulado, no puede olvidarse la importancia del patrimonio para la fundación, ya que en palabras de VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma...*, *op. cit.*, pp. 39-40, «ni se puede constituir una fundación sin patrimonio –sin bienes actuales o, al menos, sin una exigencia de dichos bienes, que jurídicamente considerada será un derecho de crédito a ellos, o una expectativa de obtenerlos– ni puede subsistir una fundación desprovista de patrimonio».

⁷⁸ Se ha afirmado que las disposiciones fiscales imponían tal flexibilidad en la constitución de las fundaciones, dado que las donaciones realizadas a las fundaciones ya inscritas tienen un régimen fiscal privilegiado, tanto si el donante es una persona física como jurídica, por lo que al fundador le interesará constituir la fundación con una dotación mínima inicial y posteriormente completarla con una donación. En este sentido se manifiesta DEL CAMPO ARBULO, J. A., «Temas polémicos del Título I de la Ley...», *op. cit.*, p. 108.

⁷⁹ El artículo 9.2.º de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco, exige que el desembolso inicial no sea inferior al 30 por 100 del total previsto por la voluntad fundacional, estableciendo igualmente un plazo de cinco años desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución para el total desembolso de la dotación fundacional. No obstante, se permite la ampliación de este plazo cuando se trate de derechos, en función de su naturaleza, y siempre que se den las garantías necesarias para asegurar su realización. Idéntica previsión contiene el artículo 5.4.º de la Ley 1/1998, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid.

Se ha pretendido ver en la posibilidad de realizar la dotación en forma sucesiva una aproximación a la legislación sobre sociedades mercantiles, en concreto, a la legislación de las sociedades anónimas. Sin embargo, creemos que el sentido de la norma no reside en tal aproximación al régimen de este tipo de sociedades, cuyo objetivo dista mucho del buscado por las fundaciones, que no persiguen un fin lucrativo. La ley quiere simplemente facilitar el proceso de creación de las fundaciones, permitiendo el inicial desembolso de un 25 por 100 de la dotación, pero sin dejar de establecer controles y un período de tiempo determinado (cinco años) para su total desembolso, que aseguren un funcionamiento al menos «duradero» de la entidad, dados los fines que persigue⁸⁰.

b) La afectación de bienes por el fundador o el Patronato con posterioridad a la constitución de la fundación

Como señala el artículo 10.3.º de la Ley, cabe también la afectación con carácter permanente por el fundador o Patronato de nuevos bienes en concepto de dotación. Esta norma, que responde a la idea de mayor permanencia de la dotación, tiene claras implicaciones fiscales, en cuanto el régimen tributario aplicable a las fundaciones que se contiene en el Impuesto de Sociedades establece un diferente tratamiento de la dotación y el patrimonio. La norma favorece a las fundaciones ya que, conforme al artículo 50.1.2.º de la Ley de Fundaciones, «no se computará para la determinación de la base imponible el 30 por 100 de los intereses, explícitos o implícitos, derivados de la cesión a terceros de capitales propios de la entidad y de los rendimientos derivados del arrendamiento de los bienes inmuebles que constituyan el patrimonio fundacional definido en el artículo 17 de esta Ley. Esta deducción se elevará al 100 por 100 en el caso de los rendimientos procedentes del arrendamiento de los bienes inmuebles que integren la dotación fundacional a que se refiere el artículo 10»⁸¹.

En todo caso, para poder beneficiarse del más benigno régimen fiscal establecido en la Ley de Fundaciones, estas entidades deberán cumplir la disposición imperativa contenida en su artículo 25 (desarrollada por el artículo 14.2.º y 3.º del RF), que obliga a destinar al menos el 70 por 100⁸² de los ingresos netos obtenidos por la fundación a la realización de los fines

⁸⁰ No es seguro, por ello, que quepa trasladar automáticamente las normas de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, ni, por supuesto, el tratamiento de los dividendos pasivos.

⁸¹ Otra muestra, en definitiva, del estímulo y apoyo que el Estado social ofrece a las entidades sin fines de lucro que colaboran en la realización de fines de interés general para la comunidad.

⁸² La Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las fundaciones de interés gallego, exige, en su artículo 7.5.º, que este porcentaje sea del 80 por 100. Del mismo tenor es el Decreto 188/1990, de 19 de septiembre, por el cual se aprobó el Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las Fundaciones Canarias, al establecer imperativamente el destino de al menos un 80 por 100 de las rentas y demás ingresos de la fundación a los fines de la misma, pudiendo excepcionalmente la Comisión Ejecutiva autorizar cargas que impidan llegar a dicha proporción.

fundacionales, debiendo afectar el resto, deducidos los gastos de administración, a la dotación fundacional. Para ello dispone la fundación recién constituida de un plazo de tres años.

Quedan de este modo claramente diferenciados patrimonio y dotación —si bien ésta forma parte de aquel—, por lo que cabe establecer un paralelismo con la relación que en las sociedades se establece entre capital social y patrimonio⁸³.

c) Los compromisos de aportación de terceros (art. 10.4.º de la Ley)

Reconoce también la ley, dentro de la flexibilidad que caracteriza a la regulación de la dotación, la posibilidad de que sean terceras personas quienes se comprometan a aportar, considerándose dotación sus aportaciones siempre y cuando estuvieran garantizadas.

En todo caso, para la realización del informe sobre suficiencia y adecuación de la dotación, previo a la inscripción inicial de la fundación, deberá el Protectorado tener en cuenta estas aportaciones comprometidas por terceros, para enjuiciar si la garantía ofrecida es suficiente para asegurar la realidad de la aportación comprometida, una vez goce ya de personalidad jurídica la entidad fundacional.

En cuanto a las formas jurídicas en que puede articularse este compromiso de aportación, deberán aceptarse todas las garantías admitidas en Derecho. A este extremo se refiere el artículo 3.4.º del Reglamento: «Los compromisos de aportaciones de terceros en favor de una fundación sólo tendrán la consideración de dotación si están garantizados formalmente por cualquiera de los medios admitidos en Derecho. Las garantías habrán de quedar descritas en la escritura fundacional»⁸⁴.

⁸³ COBO GÁLVEZ, P., «Comentario al artículo 10 de la LF», *op. cit.*, p. 93.

⁸⁴ Sobre esta cuestión se manifiesta COBO GÁLVEZ, P., «Comentario al artículo 10 de la LF», *op. cit.*, p. 93, quien no exige necesariamente un derecho real de garantía, sino que «bastaría que, de acuerdo con los artículos 1922 y siguiente del Código Civil, gozara de alguna forma de privilegio o prelación en razón de la garantía establecida. Si se aceptara esta interpretación bastaría con que el compromiso de aportación estuviera formulado en escritura pública (art. 1924 del CC)». Sin embargo, dos enmiendas, concretamente la número 197, del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria en el Congreso y la número 52, del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria en el Senado, propugnaban la sustitución del término garantizadas por «verificadas documentalmente», si bien la no acogida por el legislador en el texto definitivo puede ser indicativo de que otra era su voluntad.

En relación con la Ley de Fundaciones catalana, se plantea PUIG FERRIOL, L., «El patrimonio fundacional...», *op. cit.*, p. 1645, idéntica cuestión, quien en la misma línea doctrinal, considera que la garantía se traducirá «en que no se deja a la voluntad unilateral de los aportantes el mantener o revocar las cuotas o subvenciones periódicas prometidas; y además en que la obligación de pagar estas cuotas o subvenciones periódicas se ha hecho en condiciones tales, que según las reglas de una ordenada administración se considere conveniente el poderlas exigir, incluso judicialmente, caso de resistencia del obligado a satisfacerlas, pues (*sic*) la pretensión jurídica deducida a tales efectos tenga posibilidades de triunfar». En otro caso, continúa el autor citado, deberá denegarse la inscripción, pero sin que ello frustre la iniciativa de los aportantes, quienes podrán canalizar sus aportaciones por medio de una sociedad de hecho o por una asociación de hecho de carácter temporal, reguladas en el artículo 19 del Decreto de 20 de mayo de 1965.

No resulta de ningún modo aceptable la opinión de quienes defienden que la garantía a la que se refiere el precepto sea la mera posibilidad de exigir el cumplimiento, puesto que

La Ley, a la vez que posibilita la existencia de diversas modalidades de dotación sucesiva, quiere evitar la falta de realización posterior de las aportaciones comprometidas, en las que la fundación confiaba para seguir desarrollando sus fines. Se exige, por tanto, que conste fehacientemente en la escritura fundacional el compromiso del tercero y que se describan en ella las garantías que aporte (art. 3.4.º del RF). Creemos, por consiguiente, que la ley no se refiere simplemente a su constancia fehaciente o en documento público (en la escritura pública fundacional), que por sí no constituye ninguna garantía, sino a algo más, como señala el propio Reglamento. La ley pretende que el acreedor, en este caso la fundación, se beneficie de una facultad adicional a él concedida, y que le facilite en el futuro la realización de dicha obligación en caso de incumplimiento⁸⁵.

Puede plantearse en relación a estas aportaciones comprometidas por terceros si les resulta aplicable el plazo de cinco años que el artículo 10.2.º concede para completar la dotación. Considerando que estas aportaciones garantizadas deberán constar en la escritura de constitución y serán consideradas por el Protectorado a la hora de emitir su informe, favorable o no, sobre la existencia de fines de interés general y la adecuación y suficiencia de la dotación, parece lo más conveniente estimar aplicable dicho plazo para completar la dotación inicialmente comprometida. A ello no podría objetarse que el propio precepto permita al fundador o a los patronos afectar bienes a la dotación sin establecer plazo alguno, ya que en estos casos estaríamos ante un supuesto de aumento de la dotación, no de aportación del resto de la dotación comprometida y no aportada efectivamente en el momento de constitución de la entidad.

d) *La efectiva formación de la dotación: artículo 10.3.º de la LF*

Resta únicamente efectuar una breve referencia al contenido efectivo de la dotación. Como ya señalamos, ésta, al igual que el patrimonio, en el cual se integra, puede estar compuesto por todo tipo de bienes, siempre que sean susceptibles de valoración económica⁸⁶. Se plantea una duda respecto a la posibilidad de dotar a las fundaciones de bienes imponiendo

esta posibilidad se dará en todo caso, aun cuando el compromiso de aportación se hubiera realizado verbalmente. Por otra parte, la constancia en escritura pública, conforme al tenor del artículo 1924 del Código Civil, lo que otorga únicamente es un privilegio de realización, «derivado de la indubitada autenticidad que poseen, que les confiere carácter ejecutivo o ejecutorio» (GULLÓN BALLESTEROS, A., «Comentario al artículo 1924», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Tomo I, Madrid, 1991, p. 2076).

⁸⁵ DEL CAMPO ARBULO, J. A., «Temas polémicos...», *op. cit.*, p. 113, se inclina por interpretar de una forma flexible el término «garantizadas», estimando que el Protectorado no podrá pedir «un contrato de promesa ni tampoco una hipoteca para responder del deseo manifestado de llevar a cabo una financiación periódica de la fundación». En conclusión, «tendrá que ser el leal saber y entender del Protectorado, ejercido con suma prudencia, porque el tema es muy delicado, el que decida si las aportaciones de terceros tienen o no garantía, para lo cual, lógicamente, habrá que ponderar todas las características del donante».

⁸⁶ Conforme a la disposición general contenida en el artículo 38 del Código Civil, se permite a las personas jurídicas adquirir y poseer bienes de toda clase, y por cualquier título. No obstante esta general capacidad reconocida a las personas jurídicas, CAPILLA RON-

una prohibición de disponer, pero ello, dado que afecta, no al bien en sí mismo considerado, sino a las facultades dispositivas de la fundación respecto de ese bien en concreto, no afecta al carácter patrimonial del bien o derecho aportado.

Los artículos 10.3.º de la Ley y 3.2.º de su Reglamento, que lo desarrolla, exigen la cuantificación en pesetas, tanto de las aportaciones dinerarias como de las no dinerarias, en este último caso, previa determinación de los criterios de valoración, que se ajustarán a los establecidos en la normativa reguladora de las sociedades de responsabilidad limitada.

El artículo 3.2.º del Reglamento plantea varios interrogantes, sobre todo en cuanto a la valoración de las aportaciones no dinerarias integrantes de la dotación. En primer lugar, se observa que el precepto exige las formalidades que tanto la LSA como la LSRL contemplan para este tipo de aportaciones: a) acreditación ante el notario de la realidad de las mismas, describiéndolas en la escritura de constitución o de aumento de la dotación, estableciéndose un nuevo control de viabilidad a estas entidades sin fin de lucro dedicadas al desarrollo de fines de interés general; y b) especificación de los criterios para valorarlas, cuantificándose en pesetas, al igual que las aportaciones dinerarias. Sin embargo, frente a las previsiones de la doctrina que hacían deseable el establecimiento del régimen propio de las aportaciones no dinerarias en las sociedades anónimas, el desarrollo efectuado por el artículo 3 del Reglamento se remite a la regulación que de dichas aportaciones se realiza en la LSRL⁸⁷, que no exige la incorporación del informe pericial elaborado por uno o varios expertos independientes regulado en el artículo 38 de la LSA.

CERO, F., «Comentario a los artículos 37 y 38 del Código Civil», *op. cit.*, p. 864, se refiere a algunas restricciones generales: no puede constituirse usufructo en favor de persona jurídica por tiempo superior a treinta años (art. 515 del CC); dado el carácter personalísimo de los derechos de uso y habitación, caben dudas sobre su otorgamiento en favor de una persona jurídica; pueden adquirirse bienes a título de herencia o de legado (art. 746 del CC), si bien se establecen restricciones para la libertad de repudiación de herencia (art. 993 del CC). En este último supuesto, podemos atender al contenido del artículo 20 de la nueva Ley de Fundaciones, al establecer que «1. La aceptación de herencias por las fundaciones se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario».

2. La aceptación de legados o donaciones, con cargas que puedan desnaturalizar el fin fundacional, requerirá la previa autorización del Protectorado.

3. No se podrán repudiar herencias o legados ni dejar de aceptar donaciones sin la previa autorización del Protectorado, o en defecto de este sin la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Público».

⁸⁷ Esta remisión a la normativa de la LSRL, que se separa de la propia de la LSA en la no exigencia de valoración de las aportaciones no dinerarias por expertos independientes, no se explica, al igual que ocurre en sede de sociedades de responsabilidad limitada, por el hecho de perseguir una mayor flexibilidad y menores costes, si bien este distinto régimen es aceptado, entre otros, por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Una visión crítica del Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en AA.VV., *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1994, p. 91, y por LOJENDIO OSBORNE, I., «Aportaciones sociales», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, tomo III, Madrid, 1994, p. 90. Sobre el régimen de las aportaciones a la sociedad de responsabilidad limitada, véase también el reciente estudio de BONARDELL LENZANO, R., «Comentario a los artículos 18 a 21», en ARROYO, I. y EMBID, J. M.

Se plantea una duda respecto de si la remisión que se efectúa a las normas reguladoras de las aportaciones no dinerarias en las sociedades de responsabilidad limitada, supone una remisión al íntegro contenido del artículo 21 de dicha Ley, en cuyo número 5 se prevé la exclusión de responsabilidad solidaria de los socios cuyas aportaciones no dinerarias sean sometidas a valoración pericial conforme a lo previsto en el artículo 38 de la Ley de Sociedades Anónimas. De igual modo podríamos cuestionar, en caso de aceptar la aplicación del artículo 21.5.º de la LSRL, si resultaría de aplicación el artículo 39 de la LSA, que establece el régimen de saneamiento de las aportaciones a la sociedad, aplicable igualmente a la sociedad de responsabilidad limitada (art. 20.2.º de la LSRL).

En relación con este tema, no ha de olvidarse que la ley ha regulado el acto de dotación con un alto grado de flexibilidad, permitiendo la dotación sucesiva, con lo que las posteriores aportaciones a la fundación pueden resultar vitales para su permanencia en el desarrollo de los fines generales para los cuales se constituyó. Sin embargo, creemos que la remisión se realiza únicamente para que el protectorado tenga como referencia las normas contenidas en la LSRL a la hora de valorar la suficiencia y adecuación de la fundación. La remisión se efectúa exclusivamente a las normas reguladoras de la cuantificación y valoración de las aportaciones no dinerarias. Por lo tanto, no consideramos aplicable el íntegro artículo 21 de la LSRL.

El artículo 31.c) del Decreto 404/1994, de 18 de octubre, sobre el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Protectorado y del Registro de Fundaciones del País Vasco, señala, por el contrario, que junto a la instancia, solicitando la inscripción de constitución de una Fundación, deberá presentarse, junto con otra documentación, «la justificación acreditativa de la aportación efectiva de la dotación inicial adecuada para el desarrollo del primer programa de actuación, expresado a través del presupuesto correspondiente al primer ejercicio de la Fundación, elaborado tal y como se dispone en el artículo 53, junto con un estudio económico emitido por un profesional autorizado legalmente para hacerlo, que

(Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1997, pp. 220 ss.

Nosotros creemos que hubiera sido más adecuada la remisión al régimen de las sociedades anónimas en este aspecto, limitando así las facultades únicas del Protectorado, si bien puede considerarse que ante la inexistencia de tal control por expertos independientes, se puede plantear como alternativa la auditoría de cuentas. En este sentido, SÁNCHEZ MIGUEL, M.º C., «Las aportaciones en la sociedad de responsabilidad limitada, en particular las no dinerarias», en *RdS*, núm. extraordinario, 1994, p. 92.

Sobre el régimen de aportaciones no dinerarias contenido en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, véanse, entre tantos, EMBID IRUJO, J. M., «La Sociedad de Responsabilidad Limitada», en BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Apéndice a la décima edición, Madrid, 1995; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., «Las aportaciones sociales en el proyecto de ley de sociedades de responsabilidad limitada», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. Manuel Broseta Pont*, tomo II, Valencia, 1995; SÁNCHEZ MIGUEL, M.º C., «Las aportaciones en la sociedad de responsabilidad limitada...», *op. cit.*

acredite la viabilidad del mismo con los recursos aportados». Y en la letra *d)* añade que «Si la aportación se hiciese en forma sucesiva, se indicará el modo y el plazo máximo en que hayan de satisfacerse los desembolsos pendientes. Cuando se trate de aportaciones no dinerarias se determinará su naturaleza, valor y contenido, mediante informe de expertos competentes y la forma y plazo para su realización». Estamos, por tanto, en el ámbito de las fundaciones vascas, ante la existencia de un informe de un experto independiente que valorará la suficiencia y adecuación de la dotación y también la valoración de las aportaciones no dinerarias, solución cuya incorporación a la Ley de Fundaciones de competencia estatal hubiera sido deseable.

En esta línea, la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana ha establecido en su artículo 11.4.º las formas de acreditar el valor de las aportaciones no dinerarias ante el Notario autorizante, recurriendo a certificaciones de expertos para su valoración. Dispone el precepto citado que «las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su clase y naturaleza, deberán ser efectuadas por los aportantes en la escritura de constitución o de aportación a la dotación, donde figurarán debidamente reseñadas, y su valor se acreditará al Notario autorizante de la forma siguiente:

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

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

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

Dichos documentos se incorporarán originales a la escritura pública».

Se plantea, finalmente, en relación a la suficiencia y adecuación de la dotación para la realización de los fines de la fundación, un interrogante sobre el destino que deba darse a los bienes integrantes de la misma en el supuesto de que el informe del Protectorado no sea favorable y ello impida la inscripción de la fundación, con lo que no adquiriría personalidad jurídica⁸⁸. Si bien la dotación con la correspondiente aportación de bienes

⁸⁸ Conforme al artículo 7.2.º del Reglamento del Registro de Fundaciones, aprobado por Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo, el informe del Protectorado es vinculante para el Registro –si bien únicamente respecto a la suficiencia y adecuación de los bienes, no en cuanto al principio de legalidad– al disponer que «la primera inscripción de la fundación se entenderá solicitada mediante la presentación de la escritura constitutiva. El encargado del Registro solicitará del protectorado correspondiente el informe preceptivo sobre el interés general de los fines y la suficiencia de la dotación. Si el informe es favorable, la inscripción sólo podrá ser denegada cuando la escritura constitutiva no se ajuste a las demás prescripciones de la Ley». El reconocimiento, que la calificación registral ha de hacer del infor-

o derechos ha de ser considerada como un acto transmisivo, cuestión distinta será si se conserva un derecho de recuperación de lo aportado⁸⁹. Cabe la posibilidad de considerar aplicable el artículo 31 de la Ley, relativo al destino de los bienes en los supuestos de liquidación, pero aquí todavía no ha adquirido la fundación personalidad jurídica, por lo que podría defenderse igualmente la reversión de los mismos, bien al fundador, bien a sus herederos o causahabientes. En todo caso, creemos que dada la voluntad del fundador, desde luego si ha constituido la fundación por acto *mortis causa*, los bienes se destinarán conforme a la disposición del artículo 31 de la Ley de Fundaciones, dado el respeto que se debe a su voluntad. Podría argumentarse, en apoyo de la postura contraria, que a pesar del valor que deba darse a la voluntad del fundador, sobre todo en las fundaciones con actividad empresarial, se ha de disponer de una mayor flexibilidad para reaccionar ante las circunstancias cambiantes del mercado⁹⁰. Se plantean mayores dudas en relación con la constitución *inter vivos*, si bien en este caso cabe que el fundador aporte más bienes o, en todo caso, proponga la modificación de los estatutos estableciendo unos fines más moderados a la fundación, que posibiliten la viabilidad de la fundación con la dotación inicialmente prevista⁹¹.

me favorable del Protectorado ha sido criticada por DURÁN RIVACOBIA, R., *El negocio jurídico fundacional*, op. cit., pp. 88-89, quien considera que cercena las atribuciones del Registro como instrumento de publicidad. Sin embargo, creemos que no son las funciones del Registro como instrumento de publicidad las que se ven afectadas, puesto que el informe, como hemos señalado, le vincula únicamente respecto a la determinación de la suficiencia y adecuación de la dotación, sino sus funciones calificadoras, que se ven restringidas a los restantes aspectos que merecen calificación.

⁸⁹ CAPILLA RONCERO, F., «Teoría general de las personas jurídicas», ponencia presentada en *Novenas Jornades de Dret Català a Tossa*, celebradas en Tossa de Mar del 19 al 21 de septiembre de 1996, p. 9.

⁹⁰ En este sentido se manifiesta FERRER I RIBA, J., «Les finalitats de les fundacions: els seus tipus i les regles sobre el seu compliment i modificació», en *Novenas Jornades de Dret Català a Tossa*, celebradas en Tossa de Mar del 19 al 21 de septiembre de 1996, pp. 10 a 12. También SALVADOR CODERCH, P. y SEUBA TORREBLANCA, J. C., «Fundaciones, interés general y títulos de aportación (II)», op. cit., pp. 6 y 7, se muestran acordes con la posibilidad de reversión de dichos bienes, e incluso de la posibilidad de realizar donaciones con cláusula de reversión, por parecerles lo contrario una contradicción con la admisión de las aportaciones a título de uso, así como principalmente por no considerar inmersa en el contenido esencial del derecho de fundación, la destinación perpetua de los bienes fundacionales a finalidades de interés general.

⁹¹ En este sentido, señala VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma de empresa...*, op. cit., pp. 31-32, que a pesar de considerar los ordenamientos que reconocen la existencia de fundaciones que la norma suprema es la voluntad del fundador, la inalterabilidad de esta voluntad no es absoluta, sino que «la solución dada por los ordenamientos jurídicos al conflicto entre el respeto a la voluntad del fundador, que determina el fin de la fundación, y la subsistencia de ésta en la eficaz realización de su cometido, consiste en posibilitar una alteración de dicho fin, por parte de la autoridad de control de las fundaciones». Por otra parte, los artículos 32.2 a) de la Ley y 22.3 b) y 22.8 a) del Reglamento de Fundaciones reconocen como facultad propia del Protectorado la de «asesorar a las fundaciones ya inscritas y a las que se encuentren en período de constitución sobre aquellos asuntos que afecten a su régimen jurídico y económico, así como sobre las cuestiones que se refieran a las actividades desarrolladas por aquellas en el cumplimiento de sus fines, prestándoles a tal efecto el apoyo necesario». Ya antes de la promulgación de la Ley 30/1994 mantenía DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, op. cit., p. 306, que

Se plantea en el supuesto de constitución *inter vivos* el problema de la perfección del negocio fundacional, ya que si lo entendemos perfeccionado y, por tanto, irrevocable (se trata de una declaración de voluntad unilateral, no recepticia), desde el momento de la firma de la escritura fundacional, podríamos encontrarnos ante la figura de una fundación irregular, con los problemas que ello acarrearía⁹² o, quizá, ante la figura de fundaciones fiduciarias o no autónomas, en las que la afectación de los bienes no implica la creación de una persona jurídica⁹³. Incluso la Disposición adicional primera de la Ley de Fundaciones se refiere a las denominadas cargas duraderas, señalando que «el Protectorado exigirá y controlará el cumplimiento de las cargas duraderas impuestas sobre bienes para la realización de bienes de interés general. Tales cargas deberán inscribirse en el Registro de Fundaciones y, en su caso, en el de la Propiedad».

Todo ello, claro está, sin perjuicio de los recursos que en la vía contencioso-administrativa quepa interponer contra el informe desfavorable del Protectorado, el cual, a pesar de constituir un acto de trámite, como es susceptible de impedir la inscripción, resulta impugnabile⁹⁴.

5. POSIBILIDAD DE ENAJENACIÓN DE BIENES O DERECHOS QUE INTEGREN LA DOTACIÓN

La fundación, una vez inscrita en el Registro de Fundaciones, adquiere personalidad jurídica, lo que le permite poseer y adquirir cualesquiera

«los Protectores podrán agregar la fundación de medios insuficientes a otra o modificarla en armonía con las nuevas conveniencias sociales (art. 7, facultad 2.ª de la Instrucción de 1899; art. 5, facultad 2.ª de la Instrucción de 1913)». Esta posición parece ser igualmente la sustentada por PUIG FERRIOL, L., «El patrimonio fundacional...», *op. cit.*, pp. 1646-1647, quien afirma que con apoyo en el artículo 15.2.º g) de la Ley, en este caso, de fundaciones privadas catalanas, «corresponderá al protectorado decidir sobre el destino que haya de darse al patrimonio fundacional por no haberse podido constituir, mediante la inscripción registral, la fundación por ser insuficiente la base patrimonial», citando en la nota 3 un trabajo de FERRER I RIBA, J., *El negoci jurídic fundacional i la seva eficàcia en la Llei de 3 de març de 1982, de fundacions privades* (memoria para la obtención del grado de licenciatura), Facultat de Dret de Barcelona, 1983, pp. 50 ss, en el que propone otra solución distinta: inscribir la fundación no obstante la insuficiencia patrimonial apreciada por el protectorado y después instar la fusión o agregación a otra fundación, al amparo del artículo 14.2.º de la Ley. Sin embargo, esta postura no parece defendible en el ámbito normativo estatal, dado que el informe favorable del Protectorado es requisito imprescindible para proceder a la inscripción de la fundación.

Parece inclinarse por la postura de recuperación de la dotación entregada PIÑAR MAÑAS, J. L., «España», *op. cit.*, p. 240, apoyándose en la inexistencia de la fundación al no haber adquirido personalidad jurídica.

⁹² En el hipotético caso de que nos encontráramos ante la figura de la fundación irregular, el principal problema sería el de determinar al régimen jurídico de qué otra entidad se reconduciría la entidad no inscrita dadas las notas que la caracterizan, principalmente por su fin no lucrativo de interés general.

⁹³ VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma...*, *op. cit.*, p. 47.

⁹⁴ En opinión de PIÑAR MAÑAS, J. L., «Comentario al artículo 36 de la LF», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, *op. cit.*, p. 319.

bienes y derechos dotados de contenido patrimonial. Sin embargo, dada la entidad de los fines perseguidos por estas entidades, se establecen numerosos requisitos que limitan la posibilidad de enajenación de su patrimonio, controles que son mucho más rígidos cuando se trata de enajenar bienes integrantes de la dotación.

Conforme al tenor del artículo 19.1.º, de la Ley (desarrollado por los arts. 4.1.º; 5.1.º; 6.1.º; 7.1.º; 8.1.º, 9.1.º y 22.5.º de su Reglamento), es necesaria autorización del Protectorado para la enajenación y gravamen de los bienes que integren la dotación, estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales⁹⁵, o representen un valor superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance anual, siendo igualmente necesaria dicha autorización conforme al párrafo 3.º del precepto, para comprometer en árbitros de equidad o para celebrar transacciones respecto de los bienes y derechos a que se refieren los apartados anteriores⁹⁶. El párrafo 4.º exige que se hagan constar las enajenaciones y gravámenes mencionados en el Registro de Fundaciones al término del ejercicio económico.

El Patronato deberá solicitar dicha autorización al Protectorado, acompañando certificación del acuerdo adoptado y de una memoria acreditativa de las características del bien o derecho que pretende enajenarse, y de los elementos y condiciones del negocio jurídico con exposición de las razones en que se fundamenta la enajenación e indicación del destino

⁹⁵ Conforme al tenor del art. 4.1.º y 2.º párrafos del RF, «se entiende que los bienes y derechos de la fundación están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, cuando dicha vinculación esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del Patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada que realice una aportación voluntaria a la fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados». Además, según el párrafo 3.º de dicho precepto, la vinculación «podrá realizarse por resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial».

⁹⁶ La doctrina ha criticado, sin embargo, el establecimiento de unos controles tan rígidos, *ex ante*, en lugar de haber aprovechado la promulgación de la ley para solucionar los problemas de la legislación anterior, estableciendo controles y autorizaciones únicamente en supuestos de efectiva necesidad y a través de aprobaciones y comunicaciones posteriores. En este sentido, PIÑAR MAÑAS, J. L., «Relaciones de las fundaciones con los Protectorados», en *Presente y futuro de las fundaciones*, Madrid, 1990, p. 137; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «El patrimonio de las fundaciones: su enajenación y gravamen», *RGD*, 1996, pp. 3318 a 3323.

En efecto, la legislación autonómica ha sido más flexible permitiendo al patronato únicamente dar cuenta de dichas operaciones sobre los bienes al Protectorado. En este sentido, la Ley vasca de Fundaciones establece, en su artículo 22.1.º, que «De los actos de disposición o gravamen sobre los bienes o derechos que formen parte de la dotación patrimonial, o estén directamente adscritos al cumplimiento de los fines o su valor sea superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance anual, se dará cuenta inmediata al Protectorado», y el artículo 16.1.º de la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid dispone que «la enajenación o gravamen, compromiso en árbitros de equidad o transacción de los bienes y derechos integrantes de la dotación fundacional o vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales o que representen valor superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance anual, se comunicarán al Protectorado en el plazo de un mes a contar desde su formalización». Ya que el artículo 19 de la LF estatal no tiene carácter básico, no vincula a las Comunidades Autónomas, que pueden conservar sus regulaciones menos rigurosas en este aspecto.

del importe [arts. 4.2.º a) y b), 5, 6, 7, 8 y 9 del RF]. Además, cuando se trate de inmuebles o establecimientos mercantiles o industriales deberán acompañar a dicha solicitud de autorización una valoración conforme a los criterios del mercado [arts. 4. c), 5 y 6 del RF]⁹⁷.

No es necesaria la autorización del Protectorado cuando se realicen actos de disposición de donaciones o subvenciones conforme a los fines establecidos por el donante o por la correspondiente norma, conforme dispone el artículo 19.1.º de la LF. Será necesaria comunicación al Protectorado, cuando se trate de la enajenación o gravamen de bienes inmuebles que no reúnan las características antes expuestas, de establecimientos mercantiles o industriales, valores mobiliarios que representen participaciones significativas en los anteriores y objetos de extraordinario valor, cuando en dichos bienes no recaigan las condiciones que hacen necesaria la solicitud de autorización previa al Protectorado (art. 19.2.º, LF).

El artículo 3.5.º, del Reglamento de Fundaciones de competencia estatal exige que «en el supuesto de enajenación de bienes o derechos que formen parte de la dotación fundacional, el valor de la contraprestación habrá de integrarse en aquella». La razón de la norma es evidente: para la adquisición de la personalidad jurídica de la fundación, el Protectorado tuvo que emitir un informe favorable a la adecuación y suficiencia de la dotación de la fundación, para el cumplimiento de los fines a que iba a dedicarse, por lo que la enajenación de los bienes que la integran supondría un cambio de circunstancias, que podría comprometer la supervivencia de la fundación⁹⁸.

⁹⁷ Señalan SALELLES CLIMENT, J. R. y VERDERA SERVER, R., *El Patronato de la Fundación*, Madrid, 1997, p. 90, que «no parece justificada, sin embargo, la limitación de esta exigencia a los bienes señalados y no hacerla extensiva también a las participaciones en sociedades mercantiles y, con carácter general a los bienes muebles: aunque con esta limitación se pretenda acentuar la flexibilidad de los actos de disposición referidos a los bienes muebles, no puede desconocerse que de este modo se dificulta enormemente el control de la discrecionalidad administrativa». Y critican igualmente, en relación a los actos sujetos a previa autorización (p. 91), que no exista ninguna disposición que permita orientar la actuación del Protectorado. No obstante, para dichos autores el precio de mercado de bienes y derechos resulta ser un parámetro de control adecuado, puesto que «difícilmente podrán justificarse la negación de la autorización cuando el precio que se obtenga por la enajenación del bien o derecho sea superior a su valoración en el mercado o la autorización del acto de disposición a pesar de que el importe establecido sea inferior al precio de mercado».

⁹⁸ DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.ª, «La constitución de las fundaciones», *op. cit.*, p. 73, se sorprende por la introducción de esta norma y duda de su legalidad, por cuanto al hablar de contraprestación parece incluir únicamente las transmisiones onerosas. No obstante, la norma parece lógica desde el razonamiento que hemos expuesto. Además, podríamos apoyarnos en lo dispuesto en el artículo 22.1.º de la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, conforme a cuyo tenor, «la enajenación, gravamen o cualesquiera otros actos de disposición o de administración de los bienes derechos que integran el patrimonio de la fundación, constituyan o no dotación, serán a título oneroso, debiendo estar justificada en todo caso la necesidad o conveniencia de tales actos así como la inversión prevista de la contraprestación, salvo que se trate de prestaciones propias del cumplimiento del fin fundacional».

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES: LA DOTACIÓN FUNDACIONAL EN LA FUNDACIÓN-EMPRESA

En la actualidad, la realización de actividades mercantiles o industriales por las fundaciones es reconocida por su propia normativa reguladora, como se desprende ya de lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la Ley de Fundaciones de competencia estatal. De este modo, la nueva Ley 30/1994 adopta un concepto dinámico-empresarial de fundación⁹⁹. Las Leyes autonómicas admiten igualmente la actividad empresarial con la condición de que tenga relación con el fin fundacional y cuente con autorización y control administrativo. Dispone a este respecto el artículo 4.4.º de la Ley catalana de Fundaciones que «la inversión de todo o de una parte del patrimonio de una fundación en empresas mercantiles, siempre que atribuya a aquélla la calidad de comerciante en términos legales, debe ser autorizada por el Protectorado». El artículo 14.4.º de la Ley canaria dispone que «las fundaciones podrán realizar las actividades industriales o mercantiles que sean estrictamente necesarias para el mejor cumplimiento del fin fundacional, dando cuenta al Protectorado de la estructuración y funcionamiento de estas actividades. En los demás casos, las fundaciones no podrán ejercer por sí mismas actividades industriales o mercantiles sin previa y expresa autorización del Protectorado». La Ley vasca de Fundaciones permite a la fundación realizar, por sí misma, actividades mercantiles o industriales, si estas tienen relación con los fines fundacionales o están al servicio de los mismos. La Ley gallega no contiene referencia alguna a la posible actividad mercantil o industrial de las fundaciones.

Respecto de las normas autonómicas posteriores a la Ley de Fundaciones estatal, la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, en su artículo 20.3.º, reconoce que «también podrán obtener rendimientos mediante el ejercicio por sí mismas de actividades mercantiles o industriales, siempre que coincidan con el objeto o finalidad específica de la fundación». La Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid se refiere, en relación a las actividades empresariales o industriales de la fundación, únicamente a la posibilidad de participación en sociedades mercantiles (cfr. art. 19).

De las normas citadas parece desprenderse todavía una cierta desconfianza ante el desarrollo de tales actividades por las entidades fundacionales, razón por la cual se establecen controles por parte del Protectorado. La nueva Ley de 1994 instaura un régimen de mayor libertad, en el cual se establece la posibilidad de participar en sociedades mercantiles (art. 22 LF) y de ejercer actividades mercantiles libremente, estableciéndose como contrapartida un estricto régimen de responsabilidad de los patronos.

⁹⁹ LINARES ANDRÉS, L., «La actividad económica de las fundaciones», ponencia presentada en *Novenes Jornades de Dret Català a Tossa*, 19 a 21 de septiembre de 1996, p. 1.

Sin embargo, la Ley ignora casi por completo las fundaciones-empresa, dentro de las cuales pueden distinguirse, por una parte, las denominadas fundaciones de carácter dotacional, aquellas en las cuales la fundación utiliza exclusivamente la actividad empresarial como medio de obtener fondos, que se aplicarán a la consecución de los fines institucionales, y, por otra, aquellas –cada vez más abundantes–, denominadas «funcionales», en las cuales es la propia actividad empresarial o profesional desarrollada el mismo fin de la entidad. Ambos aspectos, dotacional y funcional, e incluso una combinación de ambos ¹⁰⁰, podrán ser apreciables en las fundaciones-empresa, en las cuales, además de la titularidad jurídica inmediata de una empresa por la entidad fundacional, es requisito imprescindible la creación de una organización adecuada para el desarrollo de la actividad empresarial, de tal modo que se produce una estrecha conexión, entre la fundación y la empresa ¹⁰¹. Ello implica, necesariamente, la coincidencia plena entre forma jurídica y organización interna, además de ciertas especialidades en cuanto al ánimo de lucro ¹⁰². En tal caso, la actividad económica de la fundación vendrá orientada por la finalidad de la obtención de ganancia, ya que ésta será el medio indispensable para la conservación de la empresa, en cuanto que la empresa fundacional se ve más obligada que otras a acudir a la autofinanciación como medio de subsistencia ¹⁰³.

La primera cuestión que surge al hablar de fundación-empresa es la relativa al régimen jurídico que resultará aplicable. En nuestro Derecho el tema de la fundación-empresa no ha recibido un completo tratamiento, y a ello se une la complejidad derivada de intentar cohonestar los fines perseguidos por la fundación con el ejercicio de una actividad empresarial ¹⁰⁴. La LF no parece referirse más que en aspectos puntuales a la fundación-empresa, por lo que, además de los estatutos que contienen la voluntad del fundador, debemos plantearnos en qué medida resultará de aplicación

¹⁰⁰ Es el supuesto de las Cajas de Ahorros, como señala EMBID IRUJO, J. M., «Notas sobre la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros», ponencia presentada en el Seminario *Las Cajas de Ahorros: entre tradición y reforma* UIMP, Valencia, 16-17 octubre 1996, p. 14.

¹⁰¹ En este sentido, VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma de empresa*, op. cit., pp. 128 ss.; EMBID IRUJO, J. M., «Notas sobre la naturaleza jurídica de las Cajas...», op. cit., p. 9.

¹⁰² EMBID IRUJO, J. M., «Notas sobre la naturaleza de las Cajas...», op. cit., p. 11. La actividad empresarial se ha de regir necesariamente por la ley de la economicidad, pero ello no obsta para reconocer como límite en todo caso, los intereses generales delimitados en los estatutos de la fundación, que no pueden ser modificados por quienes se encargan de la gestión de la actividad empresarial.

¹⁰³ VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma de empresa*, op. cit., p. 141.

¹⁰⁴ Al respecto señala COSTI, R., «Fondazione e impresa», op. cit., p. 5, que la fundación-empresa se regirá por principios de economicidad, pudiendo perseguir los más diversos objetivos, con el único límite de su conformidad con el interés general. Para el autor citado sería posible la aplicación del sistema organizativo de la fundación incluso cuando el fundador pretendiese reservarse en todo o en parte los beneficios de la empresa. En nuestro ordenamiento, dados los términos de la LF [arts. 2.21 a), 25, entre otros] no parece posible que el fundador pueda reservarse los beneficios obtenidos de la actividad empresarial que desarrolle, al menos en las fundaciones comunes a las que se refiere la Ley.

dicho cuerpo legal, y en concreto en el ámbito de la constitución y dotación fundacional.

La LF se orienta, en general, hacia las fundaciones que no desarrollan actividades empresariales¹⁰⁵, por lo que en numerosas ocasiones tendremos que recurrir a buscar las normas aplicables en la regulación del estatuto del empresario, en su caso, mercantil¹⁰⁶. Podemos pensar en la efectiva aportación de la empresa a la entidad fundacional, de tal modo que se tengan de aplicar las normas sobre transmisión de cada elemento de la misma. Asimismo, serían de aplicación las normas sobre prohibición de competencia, de tal modo que el anterior titular de la empresa no pueda perjudicar al nuevo propietario (la fundación), así como también deberán respetarse las normas sobre publicidad frente a terceros de la transmisión.

En relación con la dotación, el sistema de valoración y cuantificación de aportaciones controlado por el Protectorado puede suponer un control suficiente de la formación del patrimonio efectivo de la entidad fundacional, si bien hubiera sido deseable optar simultáneamente por un control por expertos independientes, tal como es regulado en la Ley vasca de Fundaciones, aproximándose más al régimen contenido en la LSA.

La cuestión del régimen jurídico aplicable a la fundación-empresa es, por tanto, aún un tema falto de solución¹⁰⁷. No obstante, en principio no existen obstáculos insalvables para entender posible la aplicación de la nueva LF, aun cuando la doctrina se ha planteado problemas de compati-

¹⁰⁵ Entendemos, con COSTI, R., «Fondazione e impresa», *op. cit.*, p. 21, que para que la fundación sea considerada empresario sólo se requiere actuar según el criterio de economicidad, sin que sea necesaria la persecución de un lucro subjetivo. En el mismo sentido, en la doctrina italiana, FERRI, G., *Manuale di Diritto Commerciale*, 2.ª ed., Torino, 1965, p. 44.

¹⁰⁶ Y ello, creemos, con independencia de que nos encontremos ante una fundación-empresa de carácter dotacional, en la cual la explotación de la actividad mercantil o industrial sea meramente instrumental, como en el caso de las fundaciones-empresa funcionales, en las cuales el fin, el propio objeto de la fundación es el desarrollo de dicha actividad. En este sentido, COSTI, R., «Fondazione e impresa», *op. cit.*, p. 22, para quien «la exclusividad del ejercicio de la empresa mercantil o su accesoriadad no inciden sobre la aplicabilidad del estatuto del empresario (a salvo la distinta amplitud de tal aplicación) siendo suficiente, para tal fin, el ejercicio profesional de una actividad económica».

¹⁰⁷ Si consideramos aplicable, cuando la actividad empresarial desarrollada sea mercantil, el estatuto regulador de dicho empresario, podrían resultar de aplicación las normas sobre publicidad e inscripción en el Registro Mercantil, sobre contabilidad y sobre quiebra. A la aplicación de las normas sobre contabilidad alude de forma expresa el artículo 23.6.º LF, al disponer que «la contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de Comercio cuando realicen directamente actividades mercantiles o industriales».

Un ejemplo práctico de aplicación del estatuto del empresario mercantil a una fundación-empresa es apreciable, en parte, en el supuesto de las Cajas de Ahorros, las cuales deben ser inscritas obligatoriamente en el Registro Mercantil, conforme a los artículos 81.1.º g), y 270 ss. del RRM. Al carácter empresarial de las Cajas de Ahorros se refieren, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., «La identidad de las Cajas de Ahorros: pasado, presente y futuro», *RDBB*, 1991, pp. 566-567; y EMBID IRUJO, J. M., «Notas sobre la naturaleza jurídica de las Cajas...», *op. cit.*, pp. 18 ss. No obstante, como subraya el último autor citado, en las Cajas de Ahorros, por su condición de entidades de crédito, concurren ciertas especialidades que las apartan del régimen general de los empresarios mercantiles, fundamentalmente en los aspectos relativos a la contabilidad y a los procedimientos concursales. Ello dificulta, simultáneamente, la aplicación del régimen jurídico contenido en la LF a estas entidades.

bilidad entre la concepción que de entidad fundacional mantiene dicha Ley y las características propias de la fundación-empresa, de tal modo que resulta difícilmente conciliable la ausencia de ánimo de lucro que caracteriza a las fundaciones (art. 1.1.º, de la LF) con la consideración del desarrollo de una actividad empresarial, inspirada por la ley de la economía, como fin mismo de la entidad. En todo caso, la finalidad lucrativa deberá quedar subordinada a los fines de interés general perseguidos por la fundación¹⁰⁸. Ello permite salvar este escollo y abre la vía de permitir una aplicación, siquiera parcial, de la LF a las fundaciones-empresa, si bien sería deseable una previsión normativa más completa de dicha forma jurídica de empresa¹⁰⁹.

¹⁰⁸ COSTI, R., «Fondazione e impresa», *op. cit.*, p. 5.

¹⁰⁹ Como reclama EMBID IRUJO, J. M., «Notas sobre la naturaleza jurídica de las Cajas...», *op. cit.*, p. 20.