

La Fundación: Fines y Dotación Inicial

Carlos DÍAZ-AGUADO JALÓN

Profesor de Derecho Civil
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)
Instituto de Derecho Cooperativo y Economía Social (GEZKI)

Sumario: I. Evolución histórica del concepto del fundación. II. Situación actual de las fundaciones. III. Fines de la fundación: 1. Interés general. 2. Licitud. 3. Fin no lucrativo. IV. Dotación inicial de la fundación: 1. Cuantía de la dotación inicial. 2. Aportación de la dotación.

Resumen:

Partiendo de la consideración de la fundación como un patrimonio destinado al servicio de un fin de interés general este trabajo pretende, por un lado, estudiar hasta qué punto la expresión legal «*interés general*» limita los fines al servicio de los cuales se puede constituir la fundación y, por otro, determinar la cuantía mínima que debe alcanzar la dotación necesaria para poder constituirla ya que, si bien, no es lógico admitir la creación de fundaciones sin dotación alguna o con dotación claramente insuficiente para poder alcanzar los fines propuestos, ello no puede ser argumento para negar la posibilidad de crear fundaciones cuya dotación inicial no sea muy elevada, pero que, a pesar de ello, puedan organizarse para lograr la consecución de sus fines.

La fundación, persona jurídica con remotos antecedentes en la historia, surgió originariamente como una institución de beneficencia y así se ha mantenido durante mucho tiempo hasta llegar hoy a convertirse en un importante elemento dinamizador de la vida civil al ir ampliando progresivamente el marco de sus actividades que, eso sí, han de desarrollarse siempre, en palabras del artículo 35 del Código civil, en el ámbito del «interés público» o, como dice el artículo 34 de la Constitución y la mayoría de las vigentes leyes de fundaciones, tanto la estatal como las autonómicas, en el ámbito del «interés general».

El interés general de sus fines, la carencia de ánimo de lucro de sus actividades, la imposibilidad de que existan fundaciones particulares, entre otras características, hacen que las fundaciones sean una de las entidades incluidas en el campo del Sector No Lucrativo o Tercer Sector caracteri-

zado por la ausencia del afán de lucro y la búsqueda del bienestar general por encima del particular. Tanto en otras épocas como en la actualidad las fundaciones y las asociaciones¹ han sido siempre entidades dedicadas a actividades no lucrativas².

Por las mismas razones que acabo de apuntar se incluyen también habitualmente las fundaciones entre las entidades de la Economía Social, a pesar de que no todos los principios de ésta le sean fácilmente atribuibles. El Comité Consultivo de la Comisión Europea de las Cooperativas, Mutualidades, Asociaciones y Fundaciones estableció, en 1999, los principios comunes de las organizaciones de la Economía Social que las diferencian de las empresas de capital³. Lo que ocurre es que éstos, están pensados, sobre todo, para personas jurídicas de estructura personal por lo que se aplican con dificultad a las fundaciones, al ser éstas de estructura patrimonial. En estos principios, se destaca, por ejemplo, que en las entidades de la Economía Social, se da primacía a las personas y al objeto social sobre el capital, principio que, en lo relativo a la primacía de las personas no se puede aplicar a las fundaciones al no estar compuestas por personas aunque, en cambio, les resulta perfectamente aplicable el principio relativo a la primacía que se atribuye al objeto o fin social. Tampoco les resulta aplicable el principio que destaca la autonomía de gestión e independencia de los poderes públicos ya que las fundaciones carecen, por lo menos en cierta medida, de esta independencia de los poderes públicos al estar sujeta al control administrativo a través del Protectorado del Estado si bien es verdad que la vigente legislación trata de atenuar esta sujeción.⁴

Con todo, se puede afirmar que, a pesar de estas dificultades, los servicios que prestan hoy las fundaciones en la sociedad, además de las razones

¹ Hay que tener en cuenta que el término asociación se emplea muchas veces de forma inexacta, refiriéndolo genéricamente a las asociaciones de interés general, cuando, en realidad, éstas constituyen una clase de asociaciones pues también hay otras, las de interés particular, con ánimo de lucro, es decir, las sociedades civiles y mercantiles, que, también son asociaciones. En definitiva se confunden género y especie.

² En este sentido, la Exposición de motivos, I, de la Ley de fundaciones del País Vasco dice que *«las fundaciones se configuran cada vez más como entidades no lucrativas con un rol propio que cumplir en el marco del estado social y de Derecho»*.

³ Ver «El Ámbito de la Economía Social», en *La Economía Social en España en el año 2002*, J.Barea y J.L.Monzón (directores), pgs. 19 y ss., edita CIRIEC-ESPAÑA, Valencia, 2002.

⁴ La Exposición de Motivos, II, de la LFPV destaca *«la nueva configuración que se otorga al Protectorado, que pasa de un régimen tradicional de autorizaciones a otro de aprobaciones y comunicaciones»*. Y, en la misma dirección la Exposición de Motivos, II, de la LEF dice que persigue *«reducir la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de las fundaciones, sustituyendo en la mayor parte de los casos la exigencia de autorización por la simple comunicación al Protectorado»*.

antes apuntadas, principalmente el interés general de sus fines o la carencia de ánimo de lucro de sus actividades, hacen que la doctrina esté de acuerdo en que las fundaciones también se incluyan entre las entidades de la Economía Social.

I. Evolución histórica del concepto de fundación

Es necesario partir de la idea de que el concepto de persona jurídica, como entidad que, junto a la persona física, goza de capacidad para ser sujeto de derechos y de obligaciones, es relativamente reciente.

Ante la imposibilidad de recurrir a la constitución de una persona jurídica, las fundaciones surgieron históricamente como un procedimiento para poder destinar bienes de forma estable a una finalidad determinada.

En el Derecho romano, para poder hacerlo, era necesario hacer donaciones o legados a favor de una colectividad estable, como *municipia o collegia*, imponiendo simultáneamente la carga de destinar las rentas a los fines perseguidos por el disponente.

En el siglo IV y tras el Edicto de libertad religiosa, los cristianos dejaban, a veces, bienes a la diócesis para aplicarlos a distintas obras benéficas. Estos bienes eran gestionados como una masa separada de los demás bienes eclesiales y funcionaban de hecho como un sujeto autónomo: como tal podían contratar o recibir liberalidades.

En su evolución posterior,⁵ es decisiva la influencia del Derecho canónico medieval en el reconocimiento de la fundación como persona jurídica, llegando a proclamar el principio de que la voluntad del fundador es la ley suprema de la misma y estableciendo medidas para garantizar el cumplimiento de dicha voluntad en base a una cada vez mayor intervención de la Iglesia.

En general, la figura se fue viendo favorecida por el Derecho por considerar que sus fines servían a la utilidad pública.

En el Renacimiento se produce una progresiva secularización de las fundaciones que dejan de ser instituciones exclusivamente eclesiales dando paso a la existencia, junto a las eclesiales, de fundaciones civiles con fines ya no sólo religiosos y bajo control de las autoridades civiles. Pero, simultáneamente, y ante los inconvenientes que originaba la propiedad vinculada, la legislación contra la amortización trató de limitar la facultad de adquirir de las llamadas manos muertas entre las que incluyó a las fundaciones. Al

⁵ Para la evolución histórica de la fundación: ver Huerta Huerta R. y Huerta Izar de la Fuente, C., *Fundaciones: Régimen civil, administrativo y fiscal*, T. I, págs. 63 -104, Editorial Bosch Barcelona 1998.

fracasar en su intento, el legislador pasó de limitar la amortización a buscar la desamortización lo que supuso un duro golpe para las fundaciones llegando incluso a pensar⁶ que suponía la desaparición de las mismas.

La situación sufre un nuevo giro con la Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849 que admite las fundaciones particulares, pero nada más que las de beneficencia, ya que, aunque declara en su artículo 1, que «Los establecimientos de beneficencia son públicos» luego añade, que «Se exceptúan únicamente y se considerarán como particulares si cumpliesen con el objeto de su fundación, los que se costeen exclusivamente con los fondos propios donados o legados por particulares, cuya dirección y administración esté confiada a Corporaciones autorizadas por el Gobierno para este efecto , o a patronos designados por el fundador». Se trataba de una excepción a la prohibición de establecer vinculaciones y, por consiguiente, fundaciones.

En 1889, con la publicación del Código civil, por un lado, se acota a las vinculaciones y prohibiciones de disponer al limitar las sustituciones fideicomisarias al segundo grado, en el artículo 781 del mismo, y, por otro lado, se reconoce a las fundaciones como personas jurídicas, aunque sólo «las de interés público reconocidas por la ley».

II. Situación actual de las fundaciones

Parte de la importancia que en los últimos tiempos han ido adquiriendo las actividades que vienen realizando las fundaciones, aunque todavía se esté lejos de la importancia que tienen en otros países con Estados Unidos, hay que atribuirla a la actual legislación que ha venido a poner fin a una legislación que resultaba claramente insuficiente y más preocupada del Protectorado y del control legal de las fundaciones, a las que miraba con desconfianza, que de su estructura jurídica..

La legislación vigente en la materia está constituida principalmente por:

- El artículo 34 de la Constitución, que establece los principios básicos sobre el derecho de fundación.
- El capítulo II del Título II del libro primero del Código civil que, supone la inclusión de la fundación entre las personas jurídicas.
- A nivel estatal, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (LEF) que sustituye a la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de

⁶ La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1850 consideraba que la Ley de 11 de octubre de 1820 suponía la supresión de todas las vinculaciones.

Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General y que, según su Exposición de Motivos, se propone:

- a) Simplificar y flexibilizar el régimen de la fundación.
- b) Reducir la intervención de los poderes públicos en la vida de las fundaciones.
- c) Dinamizar y potenciar el «fenómeno fundacional» como cauce de colaboración de la sociedad civil con los poderes públicos en la consecución de fines de interés general.

—Y, a nivel del País Vasco, la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco (LFPV).

Ante la existencia de dos leyes, una estatal y otra autonómica para regir la misma materia, surge el problema de determinar el ámbito de aplicación de cada una de ellas. A tenor de lo dispuesto en la LFPV el punto decisivo es el ámbito territorial en el que principalmente va a desarrollar sus actividades la fundación, algo que anuncia, aunque sea incidentalmente, el primer párrafo de la Exposición de Motivos de la ley, cuando dice:

«La presente ley que se aprueba en ejercicio de la competencia exclusiva que en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.13 del Estatuto de Autonomía corresponde a la Comunidad Autónoma en materia de fundaciones en tanto desarrollen, principalmente, sus funciones en el País Vasco....».

Lo que aparece luego ratificado en el artículo 2 de la misma:

«Se regirán por lo dispuesto en la presente ley las fundaciones que desarrollen sus funciones principalmente en el País Vasco. A estos efectos se estará a lo que dispongan sus Estatutos o Carta fundacional, de acuerdo con lo establecido en los apartados c) y d) del artículo 7.1.».

Y, el artículo 7.1., dice que deben constar necesariamente en los Estatutos de la fundación:

c) *«El domicilio de la fundación, que deberá radicar en la Comunidad Autónoma del País Vasco».*

d) *«El órgano de la fundación facultado para la determinación de las sedes de sus establecimientos o delegaciones, si las hubiere».*

En definitiva, se regirán por la LFPV las fundaciones que vayan a desarrollar principalmente sus actividades en el País Vasco, lo que, en principio, vendrá anunciado por el hecho de tener fijado su domicilio en el mismo.

No obstante, la actual LEF, variando el criterio de la ley de 1994 que establecía que la sede del Patronato debía estar necesariamente donde la

entidad fuese a desarrollar principalmente sus actividades, dice, en su artículo 6.2, que «*las fundaciones tendrán su domicilio estatutario en el lugar donde se encuentre la sede de su Patronato o bien en el lugar en que se desarrollen principalmente sus actividades*». Al permitir fijar el domicilio de la fundación bien en la sede del Patronato o bien en el lugar donde se vayan a desarrollar principalmente sus actividades, resulta posible que el domicilio de la fundación se encuentre fuera de la Comunidad Autónoma donde la entidad vaya a desarrollar principalmente sus actividades por lo que surgirán conflictos de competencia, en este, caso, entre la ley estatal y la de la Comunidad autónoma correspondiente.

Por otra parte, no siempre va a resultar fácil concretar, en el momento de constituir una fundación, el ámbito territorial en que va a desarrollar ésta, posteriormente, sus actividades. En este sentido, si se constituye una fundación que va a actuar en varias Comunidades Autónomas será necesario constituirla con arreglo a la ley estatal.

A esta última posibilidad se refiere la Disposición Adicional Primera de la LFPV, estableciendo que las fundaciones comprendidas fuera del ámbito de aplicación de la presente ley podrán inscribir en el Registro de Fundaciones las delegaciones o sedes que, para el ejercicio de sus funciones, estuvieren radicadas en el País Vasco.

III. Fines de la fundación

La LFPV no da el concepto de fundación⁷. Pero, recurriendo a la Jurisprudencia, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de marzo de 1988, define la fundación como «*la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general*».

De esta definición resultan dos elementos que considero necesario destacar:

- a) Los fines de la fundación han de ser de interés general. Esto es lo que hace que un patrimonio pueda tener personalidad jurídica: el estar destinado a la consecución de un fin de interés general.
- b) La necesidad de que exista un patrimonio destinado de forma duradera a la realización de dichos fines.

⁷ Según explica en su Exposición de Motivos II, elude conscientemente hacerlo por «*tratare de un concepto delimitado por la doctrina y la jurisprudencia*».

1. *Interés general*

La importancia que el fin fundacional tiene para la fundación es mayor, si cabe, que en cualquier otra persona jurídica. Lo que ocurre es que, en este caso, y a diferencia de lo que ocurre en las personas jurídicas de naturaleza asociacional, la figura del fundador, una vez creada la entidad, puede quedar absolutamente desvinculada de la misma, máxime si la fundación se constituye *mortis causa*, siendo muy posible que no ejerza ninguna función de control, debiendo establecerse medidas para el cumplimiento de su voluntad plasmada en los Estatutos y para que no quede defraudada

La importancia que tienen el fin fundacional, en sí mismo considerado, y la defensa de éste, lo pone de manifiesto la consideración de la fundación como un patrimonio al servicio de un fin, importancia que se resalta en numerosos preceptos de la LFPV:

- El artículo 7. 1. b), establece que uno de los extremos que, como mínimo, han de constar necesariamente en los Estatutos de la fundación es el de los *«fines fundacionales»*.
- El artículo 7. 1. f), exige que también conste necesariamente en los Estatutos, *«las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales»*.
- El artículo 13. a), impone a los miembros del órgano de gobierno de la fundación la obligación de cumplir y hacer cumplir estrictamente *«los fines fundacionales»* de acuerdo con lo dispuesto en la ley y los estatutos de la fundación.
- El artículo 22.1, exige que de todo acto de disposición o gravamen sobre bienes o derechos directamente adscritos al *«cumplimiento de los fines de la fundación»* se de cuenta inmediatamente al Protectorado.
- El artículo 25.1, admite que la fundación pueda realizar, por sí misma, actividades mercantiles o industriales cuando éstas tengan relación con *«los fines fundacionales»* o estén al servicio de los mismos.
- El artículo 26.1, dice que *«el órgano de gobierno deberá elaborar anualmente el inventario, el balance de situación y la cuenta de resultados, en los que se reflejará la situación patrimonial, económica y financiera de la fundación, así como una Memoria de las actividades realizadas durante el ejercicio económico, suficiente para conocer y justificar el cumplimiento de la finalidad fundacional»*.
- En el mismo sentido, el artículo 27 dice que *«el órgano de gobierno deberá justificar su gestión adecuada a los fines fundacionales»*.

- El artículo 29. b), admite que los servicios que presta una fundación a sus beneficiarios pueda ser remunerado siempre que el importe obtenido se destine a los «*finés fundacionales*».
- El artículo 30. 1, establece que el destino de al menos el setenta por ciento de los ingresos de la fundación obtenidos por todos los conceptos, deberá ser la realización de los «*finés determinados por la voluntad fundacional*».
- El artículo 31. 1, admite que el órgano de gobierno pueda acordar la modificación de los Estatutos, siempre que sea respetado el «*fin fundacional*» y no exista prohibición del fundador, requisitos que, de acuerdo con la remisión que el artículo 32 hace al 31. 1, son también necesarios para aquél pueda proponer la fusión con otra u otras fundaciones.
- El artículo 32.2, autoriza al Protectorado a solicitar de la Autoridad Judicial la fusión de aquellas fundaciones que, en el ámbito de la Comunidad autónoma del País Vasco, no puedan «*cumplir sus finés*».
- En caso de extinción de la fundación, el artículo 35.2, dice que los bienes y derechos que resulten de la liquidación fundacional, en defecto de previsión expresa del fundador o en los Estatutos, se destinarán por el Protectorado a otras fundaciones que persigan «*finés análogos*» a la extinguida.
- El artículo 36. 2, impone, entre las funciones que corresponden al Protectorado, en el apartado c) del precepto, la de velar por el efectivo cumplimiento de los «*finés de cada fundación*», y en el d), la de verificar si los recursos económicos de las fundaciones son aplicados al cumplimiento de las «*finalidades fundacionales*».
- El artículo 36.4, destaca, entre las funciones que corresponden al Protectorado, las de fomento, ayuda y coordinación de las fundaciones según la naturaleza de los «*finés fundacionales*».
- Y, por último, según el artículo 38.1, si el Protectorado advirtiera una desviación grave entre los «*finés fundacionales*» y las actividades realizadas por la fundación, requerirá del órgano rector de ésta, una vez oído el mismo, la adopción de las medidas que estime pertinentes para la corrección de aquélla.

En todos estos preceptos se puede observar lo decisivos que los fines de la fundación y la defensa de su cumplimiento son tanto en el momento de su constitución como a lo largo de toda su vida o, incluso, llegado el momento de su extinción.

Es importante resaltar que, a diferencia de lo que ocurre con las asociaciones que pueden constituirse para conseguir cualquier tipo de fines,

tanto generales como particulares, con la única limitación de que dichos fines no sean contrarios a las leyes, cuando se trata de fundaciones la cuestión es diferente. El Código civil, en su artículo 35, admite sólo fundaciones de interés público y la Constitución, en su artículo 34, sólo fundaciones de interés general.

Pues bien, en la misma dirección, y coincidiendo con lo dispuesto en la mayor parte de las leyes vigentes sobre la materia⁸, el artículo 3.1 de la LFPV exige que:

«La finalidad de la fundación sirva a un fin de interés general»

Pero la LFPV no dice qué entiende por «fines de interés general», por lo que puede surgir la duda de qué alcance da la ley a dicha expresión o, dicho de otra forma, ¿hasta qué punto dicha expresión limita los posibles fines que se pueden perseguir con la creación de una fundación? En cualquier caso hay que tener en cuenta que se trata de un concepto indeterminado difícil de precisar de forma absoluta, y que, como dice CARRANCHO HERRERO⁹, no se debe asimilar o reducir al objeto de la actividad de los poderes públicos, si bien normalmente coincidirá con el contenido de los principios rectores de la política social.

Que los fines tengan que ser de interés general supone, en su significado negativo, que no se admiten las fundaciones de interés particular ni, en concreto, las fundaciones familiares, como explica DE CASTRO¹⁰, ya que éstas lo que persiguen es ventajas económicas para el fundador y su familia, y son, por ello, fundaciones de interés particular. Sin embargo, CARRANCHO HERRERO¹¹ advierte que resulta correcta la exclusión de las fundaciones familiares, a la vista de la exigencia de que el fin fundacional debe ser de interés general, cuando el fin de la fundación sea el beneficio del fundador o sus familiares, pues, entonces el fin ha de considerarse necesariamente de carácter particular, pero, en cambio, no tiene sentido cuando la

⁸ La misma expresión emplean el artículo 2.1 de la ley estatal, el 1.2 de la ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el 1.2 de la ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, el 1.1 de la ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias, el 3.1, de la ley1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, el 3.1 de la ley8/1998, de 9 de diciembre, de la Generalitat Valenciana y el 3.1 de la Ley de Fundaciones de Castilla y León, de 1 de agosto de 2002.. Y, en términos similares se pronuncia l el artículo 2.2 de la ley 71983, de 22 de junio de Régimen de las Fundaciones de interés gallego que habla de «*servir al interés general de Galicia*».

⁹ Carrancho Herrero, M^a T., La Constitución de Fundaciones, pág. 91, J.M. Bosch, Editor, Barcelona , 1997.

¹⁰ De Castro, «Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares», en Anuario de Derecho Civil, julio-septiembre, págs. 623 y ss..

¹¹ Obra citada, pág. 115.

finalidad de la fundación familiar pueda considerarse de interés general como, por ejemplo, si varias familias deciden constituir una fundación para garantizar la asistencia de sus hijos deficientes., en cuyo caso parece claro el interés general.

HUERTA HUERTA y HUERTA IZAR DE LA FUENTE¹², ven una posible excepción a la no admisión de las fundaciones familiares en el Derecho navarro ya que la Ley 44 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra admite las *«fundaciones de caridad, fomento o de otro interés social evidente»*, enumeración de fines que parece alternativa por lo que puede no ser siempre necesaria la existencia de un fin de interés general, máxime cuando no es necesaria la autorización previa de ningún tipo al regir, en Navarra, el principio de libertad civil plasmado en la costumbre, surgiendo la duda en relación con el artículo 34 de la Constitución que reconoce el derecho de fundación para fines de interés general.

Además, por la misma razón de que el fin fundacional ha de ser de interés general, los beneficios no se pueden destinar a una persona concreta y determinada como lo confirma el mismo artículo 3.1 de la LFPV cuando dice que:

«La finalidad debe beneficiar a personas no individualmente determinadas».¹³

Y el número 2 del artículo añade que:

«En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad de destinar sus prestaciones a los cónyuges o parientes del fundador hasta el cuarto grado inclusive».¹⁴

Y, precisamente para tratar de evitar que, por la vía de hecho, se limite el número de beneficiarios o el posible acceso a los beneficios de la fundación logrando simplemente que se ignore su existencia, el artículo 24 de la LFPV, para dotar publicidad y objetividad al desarrollo de las actividades de la entidad exige:

«Las fundaciones están obligadas a dar publicidad suficiente a sus objetivos y actividades, a fin de que sean conocidas por sus eventuales benefi-

¹² Obra citada, p'gs. 353 y ss.

¹³ La LEF, en su artículo 3.2., establece la misma obligación aunque con otras palabras: *La finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas»*.

¹⁴ La LEF, en su artículo 3.3, es algo más expresiva en su prohibición ya que establece que *«en ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar su prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general»*.

ciarios o interesados. Asimismo, deberán actuar con criterios de objetividad en la selección de sus beneficiarios, cumpliendo a tal efecto las normas pertinentes de sus Estatutos».

Hay que resaltar que, en lo relativo a no poder beneficiar a personas no individualmente determinadas, la LFPV no establece nada parecido a las excepciones que recoge la LEF en su artículo 3.2., 3.3. y 3.4, aunque las dos primeras, dado su carácter básico, se puede considerar que afectan a todas las Comunidades Autónomas:

- a) La primera, a favor de los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares.
- b) La segunda, a favor de personas jurídicas singularizadas que persigan fines de interés general.
- c) Y, por último, las fundaciones cuya finalidad exclusiva o principal sea la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español.

Estas excepciones no lo son respecto de los fines sino respecto de los beneficios: se admiten fines de interés general con beneficios singularizados, pero sólo en estos tres casos.

De todos estos preceptos resulta la importancia del fin de la fundación, pero, sigue en pie la cuestión de qué son fines de interés general y, ante las dudas que plantean los preceptos citados es preciso acudir a las disposiciones que han precedido a la LFPV que, necesariamente, se encuentran en la legislación estatal.

Hasta la Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849 no existía ninguna limitación a los fines fundacionales, aunque, ya entonces, las fundaciones muy vinculadas, como se ha visto antes, a la Iglesia solían tener fines religiosos y de beneficencia, pero, como señalan HUERTA HUERTA y HUERTA IZAR DE LA FUENTE¹⁵, «con frecuencia, se mezclaban con los anteriores fines de protección familiar que acercaban las fundaciones a los mayorazgos, aplicando, incluso en la elección de beneficiarios o patronos las normas propias de éstos» lo que suponía la atribución a las fundaciones de los mismos inconvenientes que presentaban los mayorazgos.

Por eso y ante la amenaza que, para las mismas, suponía la legislación desamortizadora, la Ley de Beneficencia de 1849 trató de salvarlas, pero sólo las que perseguían fines de beneficencia y no las familiares.

A partir, por consiguiente de la Ley de Beneficencia, los fines de las fundaciones tenían que ser siempre benéficos, y así iba a continuar siendo durante mucho tiempo.

¹⁵ Obra citada, pág. 343.

En 1889, el Código civil, en su artículo 35, no habla de fundaciones de beneficencia, sino de fundaciones de interés público reconocidas por la ley, con lo que sustituye fines benéficos por fines de interés público pero, la doctrina entendió que venía a ser lo mismo al considerar que, el Código civil, cuando habla de fundaciones de interés público reconocidas por la ley, se refiere a aquellas reconocidas por la legislación de beneficencia.

La situación permaneció igual, en la legislación posterior: las fundaciones benéfico docentes fueron reguladas por Real Decreto de 27 de septiembre de 1912 e Instrucción de 24 de junio de 1913, que fueron sustituidos por el Decreto 2930/1972, de 21 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de Fundaciones Culturales Privadas de 21 de julio de 1972 que intentó desvincular la unión entre fundación y beneficencia, cambiando el nombre de fundaciones benéficas, por el de fundaciones culturales lo que suponía admitir la existencia de fundaciones culturales no benéficas, ampliando, con ello, sus posibles fines

Sin embargo El Consejo de Estado frustró el intento en su preceptivo informe al añadir un segundo número a su artículo 1 manteniendo la unión a la beneficencia por entender que lo exigía la Ley de 1849.

Lo mismo ocurrió con el Decreto de 16 de marzo de 1961, que regulaba las Fundaciones Laborales pero considerándolas como una modalidad laboral de las anteriores.

El cambio definitivo se produce con la legislación que aparece en la última década del siglo pasado. Y así la LFPV en el antes citado artículo 3.1 manteniendo la exigencia del artículo 35 del Código civil de que el interés sea público, aunque hablando, en realidad, de interés general y, si bien su articulado no dice qué entiende por tal, en cambio, su Exposición de Motivos da muestras de un cambio de orientación cuando indica que:

«...es preciso subrayar que las fundaciones son entidades jurídicas de derecho privado pero erigidas para la consecución de un interés general o público, como puede ser la satisfacción de necesidades de carácter docente, artístico, benéfico, asistencial y similares».

Por consiguiente, para la LFPV, la beneficencia sigue estando, por descontado, entre los posibles fines fundacionales pero ya no es el único, también hay otros como los que enumera: docentes, artísticos, benéficos y asistenciales. Y, además, puede haber otros ya que la enumeración no es exhaustiva.

Como dice LACRUZ¹⁶, «que el interés deba ser general no significa que deba afectar a todos: al contrario, vale como interés general, cualquier acti-

¹⁶ Lacruz Berdejo, J.L., Elementos de Derecho Civil, Parte General, I, Vol. 2.º, pág.235. Librería Bosch, Barcelona 1983. En la última edición de los Elementos, del año 2004, se dice

vidad que interese a un número indeterminado, aunque reducido. Lo importante es la generalidad del interés en potencia, aunque *in actu* sean pocos los interesados». En este sentido, la enumeración que hace la LEF, en su artículo 3.1, es más amplia, sin duda por su intención de contribuir a aclarar definitivamente la cuestión y alejarse del criterio restrictivo de otros tiempos, que la que hace la Exposición de Motivos de la LFPV, ya citada, ya que considera como fines de interés general:

*«Los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico».*¹⁷

Dentro de la Comunidad Autónoma del País Vasco, reproduce textualmente esta misma enumeración el apartado segundo del artículo 4 de la Norma Foral de Régimen Fiscal de las Entidades sin fines lucrativos e Incentivos Fiscales al Mecenazgo, de 12 de julio de 2004, de Álava.

Se trata de una enumeración a título meramente enunciativo ya que el precepto cita estos fines «entre otros» lo que hace posible que existan otros muchos, sin que la ley trate de limitarlos salvo por el hecho de que deben entrar siempre entre los límites del interés general.

Por consiguiente, una vez abandonada la necesidad de que los fines de la fundación sean exclusivamente benéficos, el que tengan que ser de interés general permite una amplísima gama de posibilidades que excluye, casi únicamente, la finalidad de obtener lucro.

que la expresión interés general representa «una especificación y aclaración del interés público a que se refiere el artículo 35 del Código civil. Será interés general aquél que no sea interés individual o de grupo de personas determinadas y que represente un valor apetecible para el común».

¹⁷ A diferencia de lo que hace la LEF, y coincidiendo con la LFPV, entre las leyes autonómicas de fundaciones, la ley de Fundaciones de interés gallego, la de Canarias, la de Castilla-León o la de Cataluña ninguna contiene, en su articulado, una enumeración de fines similar a la de la LEF, aunque la de Cataluña sí que la contiene en la Exposición de Motivos. Por el contrario, sí que hacen una enumeración parecida: la de Valencia, en su artículo 3.1 que, como novedad incluye entre los fines de interés general, la promoción del valenciano, la de Madrid que, también, en su artículo 3.1, y al igual que la última citada, incluye el respaldo a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, lo que también hace la de Andalucía. Finalmente, la Ley 44 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra, habla de «caridad, fomento u otro interés social evidente».

En el Derecho comparado, existen puntos de vista diversos sobre los fines que pueden perseguir las fundaciones. Hay países en los que sólo se admiten las fundaciones cuando sus fines son generales o públicos o si la fundación es declarada de interés general:

- Francia, cuyo Derecho, empezando por el Código civil, trata con desconfianza a las fundaciones, en donde el artículo 18 de la Ley de Mecenazgo de 23 de julio de 1987 define la fundación como el acto por el cual una o varias personas físicas o jurídicas afectan de forma irrevocable bienes, derecho o recursos a la **realización de una obra de interés general**. Y sólo mediante la declaración de utilidad pública adquiere la fundación personalidad jurídica. En la actualidad hay un Proyecto de Ley, de 1 de agosto de 2003, de mecenazgo de las asociaciones y fundaciones que continúa hablando de fundaciones y asociaciones declaradas de utilidad pública.
- Bélgica, cuyas fundaciones, que se rigen por una ley de 26 de junio de 1921, se llaman establecimientos de utilidad pública, y su finalidad debe ser la realización de una obra de carácter filantrópico, religioso, científico, artístico o pedagógico, sin ánimo de lucro.
- Grecia, que regula las fundaciones en el Código civil en el que se exige una actividad de interés general para la consecución de un fin no lucrativo.
- Portugal, cuyo Código civil exige para el reconocimiento de la personalidad jurídica de la fundación que ésta sea declarada de interés social.
- En Italia, el Código civil no exige que los fines sean de interés general, y en su artículo 28.3, admite las fundaciones familiares, sin embargo, es la doctrina la que, incluso respecto de estas últimas, considera necesario que sus fines sean de utilidad pública.

Pero, también existen países que admiten que las fundaciones puedan tener fines que no sean de interés general o público. Esto ocurre en:

- Suiza que regula las fundaciones en el Código civil que admite que éstas no persigan fines de interés general, en cuyo caso, no gozarán de los beneficios fiscales de las que sí lo hacen.
- Alemania, donde la fundación históricamente ha tenido mucha más importancia que en Francia, su Derecho es extraordinariamente permisivo con la constitución de fundaciones y, en concreto, en lo relativo a los fines de las mismas, admite cualquier fin que no sea contrario a las leyes vigentes y al orden público. El Derecho alemán admite las fundaciones de utilidad privada, en parte, como un medio para completar el Derecho de sucesiones.

—En Dinamarca, se admite la existencia de fundaciones con ánimo de lucro, sin embargo éstas no tienen acceso a los beneficios que disfrutaban las de interés general y fin no lucrativo regidas por una ley especial de 6 de junio de 1984.

Un caso aparte constituye Gran Bretaña, cuyo Derecho admite, no podía ser de otro modo, la posibilidad de destinar bienes a la consecución de un fin de interés social pero sin otorgarle, a diferencia de lo que ocurre actualmente en los demás países, personalidad jurídica.

2. *Licitud*

El artículo 3.1 de la LFPV exige también que el fin de la fundación sea lícito, exigencia que parece innecesaria ya que si el fin debe ser de interés general es difícil pensar que pueda ser ilícito.

Esta exigencia que aparece también en la LEF y en todas las leyes autonómicas se debe, sin duda, a la remisión que el artículo 34.2 de la Constitución hace a la regulación de la asociación que se encuentra en su artículo 2, en sus números .2 y 4, según los cuales:

«Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales».

«Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada».

Por consiguiente, según lo que dice el primero de estos dos apartados, es necesario distinguir entre los fines perseguidos y los medios utilizados.

Respecto a los primeros poco se puede decir ya que resultará imposible constituir una fundación que persiga fines delictivos. Si uno de los elementos esenciales de la constitución de una fundación es que sus fines sean de interés general, si se pretende constituir una que persiga fines delictivos, ésta no podrá surgir, simplemente por carecer del citado requisito esencial, sin necesidad de entrar a examinar nada más.

Cosa distinta es que, una vez constituida, la fundación se dedique a realizar actividades delictivas. Como dice CARRANCHO HERRERO¹⁸, esto puede ocurrir bien por la transformación de la normativa vigente, de modo que fines inicialmente al servicio del interés general devengan ilícitos, o bien porque los patronos o personas que se encargan del órgano de gobierno o de la administración de la fundación, hagan derivar el fin inicial

¹⁸ Obra citada, págs. 102-105.

hacia otro de carácter ilícito. En el primer caso la fundación deberá extinguirse, pero no así en el segundo, ya que la fundación, una vez constituida tiene personalidad jurídica propia e independiente tanto del fundador como de los patronos, por lo que si éstos realizan actividades ilícitas, por ello incurrirán en la responsabilidad¹⁹ correspondiente pero el hecho no deberá afectar a la validez de la fundación.

Respecto a los segundos, si los patronos o quienes se encargan del órgano de gobierno o de la administración de la fundación utilizan medios que pueden ser considerados delictivos, ello tampoco puede afectar a la validez de ésta: el supuesto dará lugar, también en este caso, a la responsabilidad correspondiente de la persona que haya actuado, pero sin que pueda afectar a la fundación.

3. *Fin no lucrativo*

A pesar de que, generalmente la legislación en materia de fundaciones, además de la generalidad de sus fines y que éstos sean lícitos, exige que se constituyan sin ánimo de lucro, la LFPV no lo exige, y una frase de su Exposición de Motivos pueda dar lugar a dudas cuando dice que «...*las fundaciones se configuran cada vez más como entidades no lucrativas...*», ya que el «*cada vez más*» parece dar a entender que se tiende progresivamente a que las fundaciones sean entidades no lucrativas, luego, es posible que haya fundaciones que no lo sean. Esta posibilidad hay que rechazarla absolutamente por varias razones:

En primer lugar, porque el artículo 3.1 de la LFPV exige que el fin de la fundación sea de interés general algo que, aunque no es necesariamente incompatible con el ánimo de lucro ya que es perfectamente posible, por ejemplo, una sociedad mercantil cuyo objeto social sea del interés general, tradicionalmente, sin embargo, ánimo de lucro e interés general se han venido considerando como dos ideas irreconciliables en base a los artículos 35 y 36 del Código civil. Como dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN²⁰, el artículo 35 del Código civil contrapone interés público e interés particular y el artículo 36 identifica el interés particular con el contrato de sociedad que, según los artículos 1665 del mismo Código civil y 116 del de comercio se identifica con el ánimo de lucro, es decir, con la intención de repartir beneficios,

¹⁹ El artículo 15 de la LFPV se ocupa, concretamente, de la responsabilidad de los miembros del órgano de gobierno frente a la fundación.

²⁰ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., Sistema de Derecho Civil, Vol. I, Décima Edición, pág. 581, Edit. Tecnos, Madrid 2001.

por lo que ánimo de lucro e interés general, a tenor de estos preceptos, resultan conceptos contrapuestos.

Y, en segundo lugar, porque pensar que la LFPV admita que, hasta ahora, podían existir fundaciones con ánimo de lucro no tiene ninguna base legal, ya que es imposible encontrarla en la legislación autonómica vasca ya que esta ley es la primera ley existente sobre la materia y tampoco se puede hallar en la legislación estatal que siempre se ha opuesto expresamente a ello:

El artículo 2.1 de la vigente LEF define la fundación como «*organizaciones constituidas sin fin de lucro*», expresión ésta que sustituye a la de la ley de 1994 que, en su artículo 1, empleaba la de «*sin ánimo de lucro*». No parece que el cambio suponga ningún efecto, salvo que se quiera ver que el precepto vigente habla de sin fin de lucro, entendiendo que el fin no puede tener ánimo de lucro, aunque sí las actividades a realizar por la fundación.

En cuanto al significado de la prohibición del ánimo de lucro, en un principio, se consideró que la falta de ánimo de lucro en la fundación significaba que ésta no podía percibir ninguna contraprestación por los servicios o actividades que realizaba que, por consiguiente, tenían que ser absolutamente gratuitos. El origen de ello se encuentra en el Real Decreto de 14 de marzo de 1899, que reorganizaba los servicios de beneficencia particular, y que definía las instituciones de Beneficencia como «establecimientos o asociaciones permanentes destinados a la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas».

Este criterio permanece hasta el Reglamento de Fundaciones culturales privadas que permitía el pago de los servicios por los beneficiarios sin que pudiese exceder de lo que correspondiera al coste real del servicio, sin margen comercial de ninguna clase.

El criterio de la LFPV es muy distinto ya que, en su artículo 29, permite que los servicios que la fundación preste a sus beneficiarios sean remunerados siempre que:

- a) *No sea contrario a la voluntad fundacional.*
- b) *El importe obtenido se destine a los fines fundacionales y*
- c) *No implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios.*

Por consiguiente, la fundación puede cobrar a sus beneficiarios los servicios que les presta, destinando lo obtenido a la satisfacción de los fines fundacionales, algo que, hoy, se considera totalmente compatible con la prohibición del ánimo de lucro.

En un plano más concreto, las Normas Forales, de 24 de febrero la del Territorio Histórico de Vizcaya, de 7 de abril la del Territorio Histórico de

Guipúzcoa y de 12 de julio la del Territorio Histórico de Álava, las tres de 2004, de Régimen Fiscal de las Entidades sin fines lucrativos e Incentivos Fiscales al Mecenazgo, especifican, en su artículo 4 que se consideran entidades sin fines lucrativos *«las fundaciones... declaradas de utilidad pública que persiguiendo fines de interés general, se encuentren inscritas en el registro correspondiente y cumplan los requisitos establecidos en el artículo siguiente»*.

Estos requisitos son:

1. *«Que destinen a la realización de los fines de interés general al menos el 70% de las siguientes rentas e ingresos:*
 - a) *Las rentas de las explotaciones económicas que desarrollen.*
 - b) *Las rentas derivadas de la transmisión de bienes o derechos de su titularidad.*
 - c) *Los ingresos que obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados para su obtención.*
2. *Que la actividad realizada no consista en el desarrollo de explotaciones económicas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria.*
3. *Que los fundadores, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno y los cónyuges, parejas de hecho o parientes hasta el cuarto grado inclusive de cualquiera de ellos, no sean los destinatarios principales de las actividades que se realicen, ni se beneficien de condiciones especiales para utilizar sus servicios.*
4. *Que los cargos de patrono, representante estatutario y miembro del órgano de gobierno sean gratuitos.*
5. *Que, en caso de disolución su patrimonio se destine en su totalidad a alguna de las entidades consideradas como entidades beneficiarias del mecenazgo.*
6. *Que elaboren anualmente una memoria económica en la que se especifiquen los ingresos y gastos del ejercicio»*.

En esta dirección, el tribunal Supremo, en varias sentencias, ha venido admitiendo que las fundaciones puedan realizar actividades empresariales.

En estos casos, la doctrina alemana advierte sobre el peligro de que la figura de la fundación pueda ser utilizada para llevar a cabo una actividad empresarial eludiendo las obligaciones exigidas por el Derecho mercantil, o para obtener beneficios fiscales obteniendo ventajas en la competencia con otras empresas.

Aunque la LFPV no lo diga expresamente, en su artículo 25, a diferencia de lo que sí hace su equivalente 24.1 de la LEF, las fundaciones que desarrollen actividades económicas lo deberán hacer con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia.

En realidad, la realización de una actividad empresarial por parte de una fundación no hace que ésta deje de estar sujeta a la normativa general dictada para las empresas. Así, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 5 de abril de 2000, relativa a un Hospital gestionado por una fundación, considera que ésta realiza con carácter principal una verdadera actividad empresarial, por lo que considera embargables los fondos obtenidos por razón de la actividad para hacer pago a la Seguridad Social de las cuotas patronales pendientes.

La LFPV no ve ningún inconveniente en que la fundación pueda realizar actividades empresariales, distinguiendo según éstas estén relacionadas con los fines fundacionales o no. En el primer caso, la fundación podrá realizar, por sí misma la actividad empresarial, en el segundo, deberá realizar la actividad a través de sociedades, incluidas las de economía social, que tengan limitada la responsabilidad de sus socios. Así resulta del artículo 25, según el cual:

- 1 *«La fundación podrá realizar, por sí misma, actividades mercantiles o industriales cuando éstas tengan relación con los fines fundacionales o estén al servicio de los mismos.»*
- 2 *«En todos los demás supuestos deberá realizar dichas actividades a través de sociedades, incluidas las de economía social, que tengan limitada la responsabilidad de sus socios.»*
- 3 *«Las actividades comprendidas en este artículo deberán ser puestas en conocimiento del Protectorado.»*

No aclara el artículo en qué consiste una actividad relacionada con los fines sociales ni cuándo ésta está al servicio de los mismos ni si es bastante relación que los rendimientos se destinen al fin social.

IV. Dotación inicial de la fundación

1. Cuantía de la dotación inicial

Si tradicionalmente se ha considerado la fundación como un patrimonio dotado de personalidad jurídica destinado a la consecución de un fin, resulta decisiva para la misma la existencia de dicho patrimonio que, como dice el artículo 20 de la LFPV, podrá estar constituido, por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica que la fundación adquiera tanto en el momento de su constitución como a lo largo de su vida.

Pero, dentro de lo decisivo que, para la fundación es su patrimonio, destaca la importancia que la dotación inicial va a tener para que la fundación pueda llegar a constituirse..

Dotación inicial y patrimonio son dos conceptos que no hay que confundir, aquélla es la aportación inicial que hacen el fundador o fundadores

para constituir la fundación, éste estará constituido por la dotación inicial del fundador más todos los bienes y derechos que la fundación adquiera posteriormente por cualquier medio. Una vez que la fundación esté constituida, la dotación inicial pasará a formar parte del patrimonio de la misma, pudiendo, posteriormente ser incrementado por diversos medios.

De los dos conceptos, inicialmente es decisiva, como destaca la doctrina encabezada, entre otros, por NART²¹ y LACRUZ²² la dotación, ya que a nada conduce que se constituyan fundaciones sin los medios necesarios para ello, limitándose el fundador a crearlas, pero sin dotación o con dotación insuficiente. En este sentido, se puede afirmar que la adquisición de la personalidad jurídica está condicionada a la dotación inicial, sin olvidar, por otro lado, que, según el artículo 39 del Código civil, la fundación se extingue si resulta imposible alcanzar el fin propuesto con los medios disponibles.

Por todo ello, el artículo 6.c) de la LFPV exige que en la escritura pública de constitución de la fundación conste:

«La aportación inicial de la fundación, con descripción y naturaleza de los bienes y derechos que la integran, su titularidad, sus cargas y el título de aportación».

Pero, si la dotación o aportación inicial es indispensable para que pueda considerarse que existe realmente una fundación, habrá que determinar la cuantía que aquélla debe alcanzar para poder afirmar que realmente existe, ya que una dotación insuficiente es lo mismo que una dotación inexistente..

La cuestión es que la fundación no puede considerarse constituida si la aportación es meramente simbólica, pero, por otro lado, tampoco es aconsejable exigir una dotación económica muy relevante que haga imposible la constitución de fundaciones que, inicialmente, con una organización modesta pero dinámica, puedan resultar, a la larga, plenamente eficaces.

Cuando se habla hoy de fundaciones, se piensa siempre en fundaciones muy importantes recurriéndose frecuentemente a citar ejemplos, muchas veces extranjeros, como la Fundación Nobel, o las grandes fundaciones norteamericanas²³, que obedecen a una realidad y tradición muy diferentes a las nuestras. Junto a estas grandes fundaciones puede haber otras como lo demuestra el artículo 28 de la LFPV que, al regular la auditoría de cuentas, no se la exige más que a las fundaciones de relevancia económica, cualidad que deberá constar en el registro de Fundaciones, lo que significa que tam-

²¹ NART, La fundación, en Revista de Derecho Privado, 1951, págs. 494 y ss.

²² Obra citada, págs. 237 y ss.

²³ Ver Diario El País, domingo 2 de julio 2006.

bién son posibles las fundaciones sin esa relevancia económica de la que habla la ley.

Ahondando aun más en esta misma dirección, la ley catalana de fundaciones de 2001, en el apartado tercero de su Preámbulo dice que el Protectorado, haciendo una interpretación extensiva de la anterior ley catalana de fundaciones de 1982, ha dado entrada en el Registro de Fundaciones a muchas iniciativas que, a pesar de no disponer más que de una dotación simbólica, tenían otro capital constituido por el voluntarismo y por la actividad al servicio del interés general, contando, muchas veces, con el apoyo de las Administraciones Públicas, Locales y de la Generalidad, considerando las finalidades de interés general a que se destinan.

Quizá, por ello el artículo 9.1 de la LFPV exige como, prácticamente único requisito de la dotación, el de su suficiencia cuando dice que:

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

El legislador, sin duda consciente de las cuestiones antes reseñadas, no fija una cantidad mínima para la «dotación patrimonial», igual para toda clase de fundaciones, sino que opta, con un criterio de gran flexibilidad, por indicar que debe ser «suficiente para el desarrollo del primer programa de actuación», criterio, sin duda acertado, que permitirá examinar caso por caso, lo adecuado de la dotación a la viabilidad futura de la fundación, para lo cual se deberá añadir *un estudio económico que acredite la viabilidad del mismo* (del primer programa de actuación) *utilizando exclusivamente dichos recursos* (los de la dotación inicial), estudio económico que puede contribuir a aclarar si lo aportado es realmente suficiente para el desarrollo del primer programa de actuación aunque, para DURÁN RIVACOBA²⁴ se trata de un requisito exagerado y difícil de satisfacer, a no ser de manera meramente formal, y que puede entorpecer los proyectos fundacionales, al impedir muchas veces la generalidad de los fines *la viabilidad exclusiva*.

La exigencia de la suficiencia de la dotación aparece en la mayoría de las leyes autonómicas, con las excepciones de la ley de Castilla y León y la de Valencia que, en su artículo 9 la primera y en el artículo 11 la segunda, dan por supuesto que tiene que haber una dotación pero sin especificar nada respecto de su cuantía o viabilidad; por el contrario, los artículos 7.3

²⁴ Durán Rivacoba, R., El Negocio Jurídico Fundacional, pág. 87, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996.

de la ley gallega y 5 y 8.1 de la catalana, dicen, que la dotación inicial deberá ser suficiente para el cumplimiento de los fines de la fundación.

La ley madrileña si bien, en un principio en su artículo 5, no dice nada sobre la suficiencia de la dotación, luego, en su artículo 6.1, al regular el informe del Protectorado previo a la inscripción constitutiva, establece que éste deberá recaer sobre la suficiencia de la dotación.

La ley canaria, si bien, en un principio, en su artículo 11, con una fórmula muy parecida a la de la ley autonómica vasca, exige que la dotación debe ser suficiente para el desarrollo del primer programa de actuación, a diferencia de ésta, no exige ningún estudio de viabilidad. Sin embargo, en su Preámbulo, anticipa una filosofía diferente a la permisiva de la ley catalana destacada con anterioridad ya que, en su apartado II, precisa que la dotación inicial debe ser suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales, «*con lo que se cierra el paso a la creación de fundaciones inviables económicamente o a aquellas iniciativas que, por su carácter asociativo, no se correspondan a la figura fundacional*» puntualización que no está de más, ya que, por muy buena voluntad que exista a la hora de constituir una persona jurídica, las cosas son lo que son y fundación y asociación son dos formas de organización totalmente diferentes que corresponden a fórmulas jurídicas distintas y si procede una no debe recurrirse a la otra.

La nueva ley estatal introduce una novedad ya que, en su artículo 12, tras decir también que la dotación ha de ser «*adecuada y suficiente*», en este caso no exclusivamente para el desarrollo del primer programa de actuación, sino «*para el cumplimiento de los fines fundacionales*», establece inmediatamente que «*se presumirá suficiente la dotación, cuyo valor económico alcance los 30.000 euros*». Esta presunción, que no impedirá la prueba en contrario, es decir, que la dotación, a pesar de superar dicha suma, pueda, según el caso concreto, considerarse insuficiente, permite limitar la exigencia del informe de viabilidad sólo a los casos en que la dotación sea de inferior valor.

La misma presunción, quizá por ser posterior a la estatal, establece el artículo 14.1 de la ley andaluza, pero, imponiendo al fundador el deber de justificar la adecuación de la dotación a los fines fundacionales mediante la presentación del primer programa de actuación, junto con un estudio económico que acredite su viabilidad utilizando exclusivamente dichos recursos. Todo ello esta ley, a diferencia de la estatal, lo exige en todo caso, no sólo para el caso de que la dotación no alcance los treinta mil euros.

La función de calificar la viabilidad o no de la fundación en atención a su dotación inicial, corresponderá al Protectorado, y el momento será, como expresamente establece el artículo 45.1. b) de la ley andaluza, cuando se tenga que pronunciar sobre el expediente de inscripción de constitución.

La LFPV al regular, en su artículo 36, las funciones que corresponden al Protectorado, no incluye la de informar sobre la suficiencia de la dotación inicial, sin embargo, el artículo 13 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Protectorado y del Registro de Fundaciones del País Vasco, incluye entre las funciones de la Comisión Asesora del Protectorado prevista en el artículo 36.3 de la LFPV, la de **verificar**, en el examen previo de los expedientes de inscripción de constitución, **que la escritura de constitución** contiene los elementos contemplados en la Ley, entre los que cita especialmente que la dotación patrimonial es suficiente para el desarrollo del primer programa de actuación según lo establecido en el artículo 9 de la Ley.

En definitiva, la inclusión de un concepto jurídicamente tan indeterminado como es el de la insuficiencia o no de la dotación inicial permitirá al Protectorado examinar dicha condición con flexibilidad y permisividad, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.

2. *Aportación de la dotación*

Según el artículo 9.1 de la LFPV:

«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».

La dotación, por consiguiente, se ha de efectuar en el negocio fundacional, negocio unilateral que, según el artículo 5 de la LFPV puede ser «*inter vivos*» o «*mortis causa*», formalizándose, en ambos casos, en escritura pública. Se trata de un acto de liberalidad, equivalente, aunque no igual, a la donación.

Por ello, el artículo 4 de la LFPV establece, en su número 2, que las personas físicas «*precisarán de la capacidad de obrar suficiente, según lo exigido por las leyes, para disponer a título gratuito de los bienes y derechos objeto de dotación*» y, en su número 4, dice que las personas jurídicas públicas, para constituir fundaciones «*deberán cumplir lo que las leyes o disposiciones por las que se rijan establezcan para este supuesto y, en su defecto, las normas para disposición a título gratuito de los bienes o derechos que aporten*».

Le serán aplicables los preceptos del Código civil sobre donación, entre ellos, los relativos a protección de los derechos de legitimarios y acreedores, artículos 643, 645 y 646

La dotación puede consistir en «*bienes y derechos de cualquier tipo*». La afirmación del artículo 9.1 resulta excesiva ya que no podrá comprender

bienes indisponibles a título gratuito. El precepto debería decir: bienes y derechos de cualquier tipo susceptibles de disposición a título *inter vivos o mortis causa*, según los casos.

En la escritura de constitución constará, según el artículo 6 de la LFPV, *«la aportación patrimonial inicial de la fundación, con descripción y naturaleza de los bienes y derechos que la integren, su titularidad, sus cargas y el título de aportación»*.

La aportación supone la transmisión de la propiedad de los bienes y derechos que la constituyen, aunque no necesariamente, porque se pueden aportar bienes no en propiedad, sino en usufructo o posesión, por ejemplo, siempre que sean susceptibles de valoración económica.

Se podrán considerar como dotación, según el artículo 9.3 de la LFPV, *«las aportaciones comprometidas por terceros, siempre que estuviesen garantizadas»*. Por el contrario, nunca se admitirá, según el mismo precepto, *«el mero propósito de recabar donativos»*.

El artículo 9.2, prevé la posibilidad de que la aportación se haga en forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso inicial no será inferior al treinta por ciento del total previsto por la voluntad fundacional, debiéndose aportar el resto en un plazo de cinco años, contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución. No obstante, cuando se trate de derechos podrá ampliarse dicho plazo en función de la naturaleza de los mismos, siempre que se den las garantías necesarias para asegurar la realización.

Hay que tener en cuenta que la fundación puede obtener, posteriormente, otros bienes e integrarlos en la dotación inicial, por ello, el artículo 30 de la LFPV, establece que el destino de al menos el setenta por ciento de los ingresos obtenidos por la fundación por todos los conceptos, deberá ser la realización de los fines determinados por la voluntad fundacional, *salvo que se trate de aportaciones efectuadas en concepto de dotación patrimonial*, bien en el momento de su constitución, bien en un momento posterior. En todo caso, el resto deberá destinarse a incrementar la **dotación fundacional**, una vez deducidos los gastos de administración, que no podrán sobrepasar en ningún caso la proporción que reglamentariamente se determine. La fundación podrá hacer efectivo el destino de la proporción de sus rentas e ingresos en el plazo de tres años a partir del momento de su obtención.

Los bienes y derechos que constituyan la dotación inicial, lo mismo que el resto de los que formen el patrimonio de la fundación, deberán, según el artículo 23 de la LFPV, estar a nombre de la fundación y habrán de constar en su Inventario y ser inscritos, en su caso, en los Registros correspondientes, es decir, en el Registro de Fundaciones y, además, los bienes inmuebles en el de la Propiedad correspondiente. En caso de no inscripción, el patrimonio fundacional responderá de las obligaciones contraídas, y, en su de-

fecto, la responsabilidad, conforme al artículo 8 de la LFPV y el 24.2 del Decreto de 18 de octubre de 1994 que aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Protectorado y el Registro de Fundaciones del País Vasco, recaerá solidariamente sobre las personas que compongan los órganos de gobierno y no se hayan opuesto a la asunción de las mismas.

La instancia de solicitud de inscripción de la constitución de la fundación deberá ir acompañada, según el artículo 31.1. c) del citado Decreto, de 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, junto con un estudio económico, emitido por un profesional autorizado legalmente para hacerlo, que acredite la viabilidad del mismo con los recursos aportados.

Bibliografía

- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, Centenario del Código civil, Tomo I., págs. 371 y ss., CAFFARENA LAPORTA, J., El artículo 39 del Código civil y la extinción de las fundaciones, Madrid, 1990.
- BADENES GASSET, R., Las fundaciones de Derecho Privado. Doctrina y textos legales. Ediciones Acervo, Barcelona, 1977.
- BADENES GASSET, R., Derecho de Fundaciones. Ed. Bosch S.A., Barcelona, 1985.
- BAREA, J., JULIÁ, J.L. y MONZÓN, J.L. (Directores), Grupos Empresariales de la Economía Social en España, CIRIEC España, Valencia, 1999.
- BAREA TEJEIRO, J. y MONZÓN CAMPOS, J.L., La Economía Social en España en el año 2000, CIRIEC España, Valencia, 2002.
- CAPILLA RONCERO, F., La persona jurídica, funciones y disfunciones, Tecnos, Madrid, 1993.
- CARRANCHO HERRERO; M.^ªT., La Constitución de Fundaciones, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I, vol. 2.º, Introducción y Parte General, Teoría de la relación jurídica. Reus S.A., Madrid, 1987.
- CHAVES, R., DEMOUSTIER, D., MONZÓN, J.L., Pezzini, E., SPEAR, R. y THIRY, B., (Directores), Economía Social y Empleo en la UE, CIRIEC España, Valencia, 2000.
- Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales, ALBALADEJO, M., (Director), Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1987..
- CORONA ROMERO, E., LESCURE CEÑAL, P., TALAVERO SANGUINO, J. y VILLANUEVA LIÑÁN, S., Fundaciones. Análisis práctico de la Ley 30/1994 y Compendio legislativo concordado, editorial CISS, S.A., Valencia, 1995.

- COSSÍO, A., *Instituciones de Derecho Civil, Parte General. Obligaciones y Contratos*, Tomo I, Editorial Cívitas, Madrid, 1988.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares, *Anuario de Derecho civil*, julio-septiembre, págs. 623 y ss.
- DURÁN RIVACOBA, R., *El Negocio Jurídico Fundacional*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996.
- ESTIVILL, J., BERNIER, A. y VALADOU, C., *Las Empresas Sociales en Europa*, Editorial Hacer, Barcelona, 1997.
- HUERTA HUERTA, R y HUERTA IZAR DE LA FUENTE, C., *Fundaciones: régimen civil, administrativo y fiscal*, T. I y II, Editorial Bosch, Barcelona, 1998.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Las fundaciones en la Constitución española de 1978*, *Anuario de Derecho Civil*, número 4 de 1983. Homenaje al profesor De Castro, págs. 1455 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Parte General del Derecho Civil*, V.1º, *Personas*, Librería Bosch, Barcelona 2004.
- LINARES ANDRÉS, L., *Las fundaciones. Patrimonio, funcionamiento y actividades*, Tirant lo Blanch y Universitat de València, Valencia, 1998.
- LORENZO GARCÍA, R., y CABRA DE LUNA, M.A., (Directores), *Presente y futuro de las fundaciones*, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1990.
- MARTÍNEZ LAFUENTE, A., *Fundaciones y Mecenazgo. Análisis Jurídico-Tributario de la Ley/30/1994, de 24 de noviembre*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996.
- MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y LORENZO GARCÍA; R., (Directores), *Comentarios a las leyes de Fundaciones y Mecenazgo*, Fundación ONCE, Madrid, 2005.
- NIETO ALONSO, A., *Fundaciones: su capacidad. Especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, Conde de Fenosa, La Coruña 1996.
- PAZ ARES, C., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P., (Directores), *Comentario del Código Civil*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- RAMS ALBESA, J., (Coordinador), *Comentarios al Código Civil II*, vol. 1.º, *Libro Primero*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000.
- RICO PÉREZ, F., *Las fundaciones en la Constitución española*, Edita Colegio de Abogados de Toledo, Toledo, 1982.
- RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, R., LORENZO GARCÍA, R., y otros, *El sector no lucrativo en España*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1993.
- ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, J.J., *Fundación y Empresa: la administración de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, La Ley-Actualidad, S.A., Madrid 2003.
- SALELLES CLIMENT, J.R. y VERDERA SERVER, R., *El Patronato de la Fundación*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997.