

LOS ESTATUTOS Y SU MODIFICACION

JOSE MARIA DE PRADA GONZALEZ
Notario

SUMARIO. I. INTRODUCCION. II. EL CONTENIDO NORMATIVO DE LOS ESTATUTOS DE LA FUNDACION. 1. El nombre de la fundación. 2. Los fines fundacionales. 3. El domicilio de la fundación. 4. Reglas para la aplicación de los recursos. 5. El órgano de gobierno de la fundación. A) El órgano de gobierno y representación de la fundación. B) Su composición. C) Causas de su cese. D) Atribuciones del Patronato. E) Forma de deliberar y tomar acuerdos el Patronato. 6. Otras disposiciones de los estatutos. A) Disposiciones de los estatutos previstas en otros artículos de la Ley. B) Disposiciones que suelen recogerse en los estatutos y no están ni exigidas ni previstas por la Ley. III. LA NORMA DEL NUMERO DOS DEL ARTICULO 9. IV. MODIFICACION DE LOS ESTATUTOS. V. CONCLUSION.

I. INTRODUCCION

La existencia de estatutos en la fundación y la distinción entre escritura y estatutos es, contra lo que puede parecer, una novedad relativamente reciente tanto en la legislación como en la práctica de las fundaciones.

Ni los hábitos anteriores a la Ley General de Beneficencia, ni la caótica legislación de diverso rango posterior a la misma y anterior al Reglamento de Fundaciones culturales exigían la distinción entre men-

ciones que deben constar en el título de fundación y en un documento distinto, aunque comprendido en el propio título fundacional, que reciba el nombre de estatutos.

En los títulos constitutivos de las fundaciones, que normalmente eran títulos sucesorios, el fundador solía dictar las normas fundamentales, más o menos meticolosas, según su particular sentir, a las que debía ajustarse la fundación, no sólo en el momento constitutivo sino también en su desarrollo posterior. Normalmente, no faltaba nunca la determinación de los fines, la atribución del gobierno de la fundación a un órgano y forma de nombrarlo o sustituirlo en caso de vacantes y en ocasiones algunas prevenciones para su extinción, sobre todo en el supuesto de que el Estado intentara, de algún modo, intervenir, ya en la administración de los bienes, ya en las decisiones del Patronato en orden a la aplicación de éstos a los fines preestablecidos.

En esto las fundaciones no se distinguían demasiado de las restantes personas jurídicas, como son las sociedades, en las que los textos básicos del siglo pasado tampoco acogían dicha distinción.

Fue la práctica notarial la que introdujo poco a poco en las sociedades la costumbre de redactar estatutos y separarlos de los pactos constitutivos de la sociedad de forma que, aun cuando documentalmente vayan unidos, lógicamente sean distintos y cumplan funciones distintas.

Si no me equivoco fue la Ley de Sociedades Anónimas la que consagró esta práctica elevándola a categoría de obligación legal. El principal inspirador de la misma, don Joaquín GARRIGUES (1), explica lúcidamente la razón y las diferencias entre estatutos y escritura de constitución. Tras reconocer que "de acuerdo con la tradicional práctica notarial española, la ley considera que los estatutos han de ser incorporados a la escritura fundacional", dice que "dentro de la escritura la ley ha separado el contenido propio del contrato de sociedad de los estatutos como norma constitucional de la sociedad que rige su vida interna en todo aquello que no constituya derecho legal coactivo. Con razón decía el preámbulo del Anteproyecto que "el contrato es el germen de la sociedad mientras que el estatuto es la norma de vida de la sociedad nacida y en funciones. Esto no quiere decir que los estatutos no formen parte del contrato social... sobre los estatutos también recae el consentimiento de los otorgantes de la escritura, pero ello no impide que el objeto del contrato sea dar vida a la sociedad sin disponer de normas para su funcionamiento, y los estatutos han de basarse

(1) *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. I, 3.^a ed., com. art. 11, pp. 234 y siguiente.

en el contrato porque en él se determinan las aportaciones del capital que es inexcusable al funcionamiento de la sociedad. Mas con lo que vive la sociedad anónima como corporación no es con el contrato inicial, sino con los estatutos... En la escritura constitucional —dice más adelante— hay una parte, puramente contractual que se agota en el cruce del consentimiento de los contratantes, pero hay otra, la propiamente corporativa, que perdura a lo largo de la vida de la sociedad como persona. El hecho de que ambas cosas —pacto social y estatutos— surjan al mismo tiempo y bajo la misma forma solemne no debe inducirnos a confundirlas”. Hasta aquí la larga cita del ilustre mercantilista que se veía, en cierto modo obligado a explicar las razones y consecuencias de la innovación que introducía la ley al distinguir la escritura de los estatutos. Esta distinción, por cierto, no consideró el legislador necesario generalizarla a las distintas sociedades por cuanto al regular, dos años después, las sociedades de responsabilidad limitada vuelve al sistema anterior y exige, sin distinguir entre escritura y estatutos, que en aquélla consten los requisitos que la ley anterior exigía para los estatutos (2).

Las fundaciones, cuyo origen es muy anterior a las sociedades mercantiles, se han regido siempre por unas normas, dictadas por el fundador, normas, que ante la ausencia de disposición legal sobre su contenido mínimo, con frecuencia eran insuficientes para responder a las necesidades que las fundaciones van encontrándose en su vida posterior. La Ley de Beneficencia nada dice sobre estas normas, pero respeta en general lo dispuesto por el fundador. El Código civil establece con carácter general que la capacidad civil de las fundaciones se regirá “por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuere necesario”. En el Código es curioso que mientras al hablar de asociaciones recoge la palabra “estatutos” cuando se refiere a las fundaciones habla de “reglas de su institución” (3) o “cláusulas fundacionales” (4).

En las fundaciones la existencia de estatutos o reglas de funcionamiento es más importante que en las sociedades, e incluso en las asociaciones, por cuanto dada su peculiar naturaleza no cabe, ante una duda o una decisión acudir a la voluntad de los socios como en aquellas entidades ante la autonomía que la fundación adquiere, una vez constituida, incluso frente al propio fundador. De aquí que, si éste

(2) Véase art. 7 de la Ley de 17 de julio de 1953.

(3) Art. 38.

(4) Art. 39.

quiere dirigir, en cierto modo la vida futura de la fundación debe hacerlo mediante la concesión a ésta de unos estatutos que sirvan de pauta a su vida futura. Temas, que en las asociaciones pueden resolverse por consulta a los miembros de la entidad y a través de la aplicación de principios democráticos, como son los de nombramiento de los cargos directivos, en las fundaciones deben estar claramente determinados en los estatutos o normas de funcionamiento de las mismas.

No obstante lo anterior hay que llegar al Reglamento de Fundaciones Culturales Privadas de 1972, que en éste, como en otros muchos puntos, significa la primera regulación racional de las fundaciones, para encontrar la exigencia de distinguir entre escritura, llamada en él "de carta fundacional", y estatutos (5). Las leyes autonómicas, publicadas a raíz de la Constitución (6), así como los diversos anteproyectos preparados antes de la presente ley también, sin excepción, recogen la distinción y exigen la existencia de unos estatutos determinando, con pocas variaciones, su contenido.

La existencia de los estatutos y su contenido es importante por cuanto la ley establece la posibilidad de su modificación y porque los propios estatutos e incluso el fundador pueden añadir, a los legales, requisitos especiales como quorums reforzados, para su modificación, e incluso, veremos con qué amplitud, límites a la misma.

En principio, hay una distinción legal entre lo que debe formar parte de los estatutos y lo que puede incluirse en la escritura fundacional. Las menciones recogidas en el art. 9 deben forzosamente incluirse en los estatutos, y las referidas en el art. 8 en la escritura de constitución de la fundación. El problema puede plantearse en aquellas disposiciones que no encajan en ninguna de las relaciones contempladas por el texto legal. Para determinar si deben incluirse en los estatutos o pueden llevarse a la escritura deberá, como apuntaba GARRIGUES para las sociedades anónimas, atenderse a si afecta al cruce de consen-

(5) Véanse los arts. 6 y 7.

(6) En el momento de preparar este trabajo hay leyes de fundaciones en Navarra (Ley de 1 de marzo de 1973), Cataluña (Ley de 3 de marzo de 1982), Galicia (Ley de 22 de junio de 1983, modificada por otra de 8 de noviembre de 1991), Canarias (Ley de 29 de enero de 1990) y País Vasco (Ley de 17 de junio de 1994). Es de esperar que en el futuro se publiquen otras leyes autonómicas, lo que convertirá a España, de un país huérfano de regulación legal de las fundaciones a un país con un exceso de regulaciones sobre la materia. Quizás fuera oportuno pensar en el pacto de una ley marco consensuada, que unificara, de alguna forma, las regulaciones, que tienen derecho a dictar las Comunidades Autónomas. De todas formas en este trabajo y para no hacerlo excesivamente largo, voy a prescindir, en general, de referencias a lo dispuesto en las leyes autonómicas.

timientos, o al consentimiento sin cruce, en el caso de fundaciones, que crea la persona jurídica, o a la parte propiamente corporativa que perdura a lo largo de la vida de la sociedad como persona (7). "El contenido del contrato —sigue diciendo dicho autor— dice relación a las personas contratantes y a sus obligaciones; el contenido de los estatutos dice relación a la sociedad misma como persona, el capital inicial con el que ésta va a funcionar y al funcionamiento de la sociedad como corporación y como comerciante".

A continuación, vamos pues a ver cuáles son las menciones que la Ley de Fundaciones requiere se contengan forzosamente en ellos, veremos luego algunas normas que, no siendo de exigencia legal, pueden o frecuentemente se incluyen en ellos, ponderando su conveniencia tras la publicación de la Ley.

II. EL CONTENIDO NORMATIVO DE LOS ESTATUTOS DE LA FUNDACION

Es el art. 9 el que, con carácter imperativo, dice que "en los estatutos de la fundación se hará constar", estableciendo a continuación las que pueden considerarse menciones mínimas de los estatutos de la fundación. Antes de entrar a realizar un estudio pormenorizado de estas menciones es conveniente determinar el ámbito de aplicación del precepto. En la disposición final primera de la Ley, bajo el título "Aplicación de la Ley", se establece que el art. 9 junto con otros muchos "serán de aplicación general, al amparo de lo previsto en el art. 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". Por aplicación de este precepto hay tres tipos distintos de autonomías. Uno el de aquellas al que su Estatuto no les concede facultades en tema de fundaciones, o si se las concede son sólo de carácter tutelar, o no han usado su derecho a dictar una ley de fundaciones. Otro las Comunidades que, aun teniendo competencia de acuerdo con su estatuto de autonomía, no tengan competencia en materia civil, foral o especial. Y, por último, estas Comunidades con competencia en materia civil o foral en las

(7) Loc. cit. nota 1.

que no se aplicará dicho artículo. El tema de las competencias en materia de fundaciones es difícil de determinar y lo dispuesto en la Ley trata de ser una ordenación de los problemas que puede plantear. Queda fuera de mi objetivo de hoy estudiar esta cuestión, que creo tiene una gran importancia, va a obligar a modificar prácticamente todas las leyes autonómicas publicadas y condicionar la publicación de algunas en el futuro (8).

Con la anterior limitación vamos a estudiar separadamente las menciones que obligatoriamente deben contener los estatutos.

1. El nombre de la fundación

La primera de las menciones obligatorias es "la denominación de la entidad, en la que deberá figurar la palabra fundación, que no podrá coincidir, o asemejarse de manera que pueda crear confusión, con ninguna otra previamente inscrita en el Registro de fundaciones".

Son dos los requisitos contenidos en este número. El primero, la necesidad de contener la palabra "fundación" en el nombre de la entidad. Este requisito es, en principio fácil de cumplir. Sin embargo, obligará a modificar el nombre de muchas fundaciones que se titulan "Centros", "Institutos", "Colegios", "Patronatos", "Hogares", etc. De todas formas la solución es fácil, pues basta anteponer al nombre actual la palabra fundación como integrante también del nombre para conservar la denominación por la que son conocidas.

La razón de esta exigencia es lógica y trata de clarificar el mundo de las personas jurídicas avisando ya desde la denominación cuál es la estructura del ente. Esta norma viene completada por la recogida en el art. 3.2 cuando dice que "sólo las entidades inscritas en el Registro al que se refiere el apartado anterior, podrán utilizar la denominación fundación". Es lógica también la norma y complementaria de la anterior y obligará a modificar el nombre a entidades que se amparan en el prestigio de la denominación para presentarse como tales. Lo que no es fácil es saber quién puede exigir el cumplimiento de la norma. En principio, parece que cualquier fundación, e incluso cualquier persona podrá exigir ante los tribunales el no uso

(8) Ya recién publicada la primera Ley de Fundaciones, la catalana, el Gobierno interpuso recurso de anticonstitucionalidad por entender que la regulación establecida violaba la Constitución. No obstante, poco después el Gobierno retiró el recurso por lo que quedamos sin conocer la postura del Tribunal Constitucional.

de la denominación. Pero de forma especial creemos que estará obligado el Protectorado del Estado (9) (10).

El segundo requisito de la norma es que no coincida o se asemeje, de manera que pueda crear confusión con otra previamente inscrita. Este segundo requisito puede ser difícil de cumplir al no existir un registro de denominaciones ni por tanto ser posible, *a priori*, conocer la existencia de una fundación con nombre idéntico o semejante al que se proyecta adoptar. Este problema se paliará cuando entre en vigor el Registro único de fundaciones que crea el art. 36 de la Ley en el Ministerio de Justicia e Interior.

De todas formas la prohibición de identidad sólo se refiere a coincidencia, semejanza o confusión con otra denominación "previamente inscrita". Y como el art. 36 establece que el objeto de inscripción en el Registro es solamente de las "fundaciones de competencia estatal" y esta norma no es de las que en virtud de lo dispuesto en la disposición final primera son aplicables a todo el territorio, sino que cada Comunidad Autónoma puede regular lo relativo al Registro (11), lo que implica que cabe, al menos en principio, que se constituyan fundaciones con idéntico nombre y que tengan diverso ámbito territorial, ya sea estatal o correspondiente a las distintas Comunidades Autónomas.

(9) ¿Por cierto cuál de ellos si hay varios? La Ley no lo aclara ya que habla siempre del Protectorado como si fuera único y es a éste al que atribuye, como dice el art. 32, la misión de "facilitar el recto ejercicio del derecho de fundación" y en este cometido está indudablemente la exigencia del cumplimiento por todos de la ley y la protección de las fundaciones correctamente constituidas frente a intrusiones de terceros.

(10) Ligado con éste se encuentra la posibilidad o no de que haya fundaciones no clasificadas o fundaciones de hecho. Problema arduo y difícil del que no puedo ocuparme en este momento.

(11) Cabría plantearse si al reservar el art. 149.1.8.^a a la competencia estatal exclusiva "la ordenación de los registros e instrumentos públicos" implica que la ley es o debería ser aplicable a todos los registros y por tanto a los de personas jurídicas, entre los que se encuentra el de fundaciones. MARIN LOPEZ, en *Derecho Privado y Constitución*, 2, 1994, p. 164, dice que "son inexactas las opiniones de quienes entienden que la reserva del art. 149.1.8.^a CE cubre los registros de personas jurídicas" y afirma que "desde mi punto de vista no cabe hacer ningún reproche competencial, desde la perspectiva de ese precepto, a las normas de las Comunidades Autónomas en materia de asociaciones, fundaciones o cooperativas". Cita al efecto la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de julio de 1983 que se pronuncia a favor de la constitucionalidad de la regulación dada por el País Vasco al Registro de Cooperativas, objetada por el Estado, y considera adecuada la regulación que da al Registro el Anteproyecto (hoy Ley) de Fundaciones en virtud del cual la eficacia de los actos sujetos a inscripción en el Registro es de aplicación general a todo el territorio nacional pero porque se considera que constituye ejercicio de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil, y no en materia de ordenación de Registros.

La regulación del tema de la denominación de las fundaciones es embrionaria en la Ley y deja muchas lagunas que deberían cubrirse con una interpretación jurisprudencial progresiva. Se echa de menos una norma general aplicable a todas las personas jurídicas en la que el tema de la denominación sería primordial para evitar confusiones. Si comparamos esta legislación tan sucinta de la ley con la que el Reglamento del Registro Mercantil da para las sociedades podremos comprobar que hay normas de este reglamento que, aunque sólo sea por aplicación analógica, deberían ser susceptibles de aplicarse a las fundaciones. Así, ocurre con la norma del art. 371 que establece que “no podrá incluirse en la denominación término o expresión alguna que induzca a error sobre la clase o naturaleza de la sociedad o de la entidad a que se refiere”, norma que no es sino una aplicación concreta al tema del nombre de la norma general del art. 7 del Código civil cuando establece que “los derechos deberán ejercitarse conforma a las exigencias de la buena fe”, o lo que establece el número siguiente del mismo artículo sobre el abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo. También parece razonable entender aplicables por analogía algunas otras normas dictadas para las sociedades, como la del art. 369, del citado Reglamento, que prohíbe el uso de “términos o expresiones que resulten contrarios a la Ley, el orden público y las buenas costumbres”, o la del art. 370 que prohíbe el “uso exclusivo del nombre de España, sus Comunidades Autónomas, provincias o municipios así como de Organismos, Departamentos o dependencias de las Administraciones públicas, ni el de Estados extranjeros u organizaciones internacionales”. Todas estas normas no son sino desarrollo de las que prohíben usar denominaciones que puedan inducir a error. También parecería razonable que no se permitiera utilizar el nombre o seudónimo de una persona, sea física o jurídica, sin su autorización.

El problema, sin embargo, que se plantea es el de si al inscribir, la persona que lleve el Registro de fundaciones podrá tener en cuenta las anteriores consideraciones o deberá limitarse a negar la inscripción sólo si se incumplen los estrictos términos de la Ley. Creo que si el nombre propuesto puede inducir manifiestamente a error sobre la identidad del ente, no podrá inscribirse, aunque sea por aplicación analógica de los preceptos que hemos indicado del Reglamento del Registro Mercantil que regulan la inscripción de las sociedades (12)

(12) Se dan aquí los requisitos exigidos por el Código civil en su art. 4 para la aplicación analógica de las leyes. Se trata, en efecto, de un supuesto específico no contemplado en la Ley de Fundaciones, de una regulación de un supuesto semejante en otra ley y no es difícil encontrar la identidad de razón entre uno y otro supuestos.

(13) o incluso, sin acudir a dicha analogía, por aplicación de las normas que exigen la buena fe en el ejercicio de los derechos.

Otro tema distinto es la compatibilidad o incompatibilidad que puede producirse por aplicación de la legislación relativa a marcas, nombres y rótulos comerciales, que ha dado lugar a abundante jurisprudencia y que en principio creemos corre por cauces distintos. Es indudable que si alguien tratase de constituir una fundación utilizando una marca, nombre o rótulo protegido por la Ley de Marcas, el que se sintiera perjudicado podría acudir a los tribunales para conseguir que se suspendiera el uso de tal nombre, de igual forma que podrá reclamarse ante los tribunales la anulación de una marca registrada por el usuario de una marca anterior "notoriamente conocida en España" (14). De todas maneras, la legislación de marcas y nombres tiene una protección limitada en el espacio y en la materia que se designa con la marca (15).

(13) Una situación similar se produjo, precisamente en tema de sociedades, cuando, antes de la publicación del Reglamento, alguien intentó inscribir una serie de sociedades con nombres de conocidos clubs de fútbol. La maniobra era evidentemente ganar el nombre en previsión de que en el futuro, como así ha sido, los clubs debieran convertirse en sociedades anónimas. La Dirección General de los Registros y del Notariado, en una serie de excelentes resoluciones que se iniciaron con la de 11 de octubre de 1984 entendió que no eran inscribibles dichas sociedades con el nombre intentado aun cuando dicho nombre no estaba registrado con anterioridad y se basó en que "toda persona jurídica tiene derecho a la propia individualidad entendida como un conjunto de características morales, sociológicas y económicas que la distinguen de las demás, y por ello su denominación, como signo diferenciador ha de estar basada en los principios de novedad y veracidad; novedad, en cuanto que la asunción de una donominación ya utilizada, aparte de comportar un peligro de una recíproca confusión, puede equivaler también a la usurpación de un derecho esencial de la persona jurídica; y veracidad, en tanto no ha de contener indicaciones o expresiones que puedan inducir a error a terceros sobre la individualidad del ente, ya que la denominación social es el instrumento idóneo para dar seguridad y celeridad al tráfico jurídico"; y más adelante añade que "junto a la notoriedad del nombre adoptado, idéntico al de un conocido club de balompié, que podría inducir a error a terceros en orden a la identidad de la persona jurídica con quien se contrata, ya que se vulneraría principio tan esencial en Derecho Mercantil como es el de la buena fe".

(14) Art. 3.2 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre.

(15) Un buen estudio de la materia en sede de sociedades, perfectamente trasladable a la de fundaciones puede verse en el libro de Francisco LUCAS FERNANDEZ, *Temas sobre Sociedades Anónimas. Escrituras de constitución. Ampliación de capital*, Edersa, 1991, pp. 221 y ss.

2. Los fines fundacionales

Habiendo tratado este tema con mayor amplitud en otro ámbito (16), voy a limitarme en éste a algunas consideraciones complementarias de aquéllas.

El art. 9 que regula el contenido de los estatutos se limita escuetamente a exigir en su letra b) que en los estatutos se hagan constar "los fines de la fundación". Es el art. 2.1 el que dice cuáles son los fines que pueden perseguir las fundaciones y por lo tanto el que delimita el contenido de los estatutos en este punto.

El tema de los fines de las fundaciones es uno de los que más discusiones ha planteado en la doctrina y en la práctica. No existiendo ninguna restricción al respecto en el Derecho anterior al siglo XIX (17), ésta apareció en la Ley de Beneficencia de 1849, que por primera vez regula los establecimientos particulares de beneficencia, que luego se llamarían genéricamente fundaciones y que permitiéndolos dio, sin embargo, un concepto harto estricto de los mismos (18) y sometió su patrimonio a estrictas normas derivadas de la legislación desamortizadora. En efecto, en la ley sólo se comprendían los establecimientos cuyo fin fuera la beneficencia e incluso ésta entendida en un sentido muy estricto (19). Pero este rígido concepto fue poco a poco amplián-

(16) En mi conferencia en el curso organizado por la Academia de Jurisprudencia y la Fundación Areces, en trámite de publicación, titulada "Constitución de fundaciones: Capacidad, Fines y Dotación". También pueden verse mis ideas en torno al tema, antes de la Ley en *Actualidad Civil*, 1987-1, pp. 1189 y ss. Y después de la publicación de la Ley en mi trabajo en la *Revista Jurídica del Notariado*, número 11, pp. 221 y ss.

(17) Fueron aquellas largas épocas en las que las fundaciones o establecimientos vivieron pacíficamente sin prácticamente regulación alguna y prestando unos servicios a la sociedad de la época que han sido poco reconocidos e incluso oscurecidos por las cuestiones, de carácter estrictamente económico, derivadas de la amortización de la riqueza en España. A mi juicio, y por dar una opinión al respecto es perfectamente compatible reconocer los daños que la amortización de la riqueza producía con reconocer, igualmente, el servicio que a la sociedad y a los pobres en general, se prestaba con los frutos de dicha amortización. La desamortización atacó el problema económico, pero olvidó, torpe, cuando no sectariamente, el segundo, planteando problemas de gran envergadura, cuyos efectos apenas si han sido estudiados.

(18) En este concepto quedaba excluida toda labor de interés general que no fuera la de estricta asistencia a los necesitados. Ni la educación, ni la cultura, hoy predominante en la actuación de fundaciones, ni cualquier otra actuación que no fuera benéfica en el sentido más corto del concepto, cabía en la citada ley. Menos mal que la práctica, como ocurre con frecuencia, fue superando los conceptos legales y abriendo cauces a la actuación para fines de interés general que han desembocado en lo proclamado en la Constitución.

(19) Es paradigmático lo dispuesto en su art. 18 de que "los establecimientos de beneficencia, públicos o *particulares*, no admitirán a pobres mendigos válidos.

dose, y así primero se admitieron las actividades benéfico-docentes (20) que se desmembraron de las estrictamente benéficas y recibieron un tratamiento especial en el Real Decreto de 27 de septiembre de 1912, que reguló el ejercicio del Protectorado por el Ministerio de Instrucción Pública, al que se atribuyó la tutela de las fundaciones benéfico-docentes y que contiene ya una ampliación del concepto al considerar fundaciones benéfico-docentes en su art. 2 el conjunto de bienes “destinados a la enseñanza, educación, instrucción e incremento de las ciencias, letras y artes”, concepto que puede observarse es mucho más amplio que el contenido en la Ley de Beneficencia (21). Por último, el Reglamento de 1972 abandona, no sin dificultades (22), el concepto de benéfico sustituyéndolo por el de actividades culturales, en las que comprende “la educación, la investigación científica y técnica o cualquier otra actividad cultural” (23).

Ni siquiera el Código civil que substituyó el concepto de beneficencia por el de interés público sirvió de apertura al concepto al interpretarse por la doctrina la frase “reconocidas por la ley” en el sentido de reconocidas por la ley de beneficencia, por lo que sólo las fundaciones con fin benéfico se consideraban aceptables (24).

Es la Constitución la que cambia el concepto de los fines de la fundación substituyendo el caduco de beneficencia por el de fines de interés general. No es fácil extraer de los trabajos preparatorios del texto constitucional cuál fue el propósito de los legisladores al introducir el

(20) Ya la Instrucción de 1899 se titula de reorganización de servicios de la beneficencia particular e *instrucción*, incorporando a los fines de los establecimientos de beneficencia la “satisfacción gratuita de necesidades intelectuales” junto a las físicas, y recogiendo en su enumeración las “escuelas y colegios”. Esta instrucción reconoce ya una amplia libertad a los fundadores y no sólo en cuanto a la organización y desarrollo de actividades sino también en cuanto a los fines, siempre que fueran benéficos.

(21) Otro tema, que por cierto se plantea muy frecuentemente en materia de fundaciones es si el Decreto era el camino más indicado para ampliar los estrictos preceptos de la Ley de 1849.

(22) El Dictamen del Consejo de Estado obligó a introducir los preceptos 1.2 y 24 del Reglamento para salvar el concepto de beneficencia, lo que ha supuesto no pocas perturbaciones en el ulterior desenvolvimiento de las fundaciones.

(23) El Reglamento tenía, en este punto el apoyo de la Ley General de Educación recientemente publicada cuyo art. 173, del que era desarrollo habla ya de fundaciones “de carácter docente y cultural”, omitiendo el apellido de benéficas.

(24) Don Federico DE CASTRO, en su trabajo sobre “La pretendida validez de las fundaciones familiares” recogido en su obra *La persona jurídica*, publicado por Cívitas, p. 106, y que tanta influencia ha tenido, dice expresamente que “el Código civil con una exactitud a la que no se le ha hecho la debida justicia, sólo admite como personas jurídicas las ‘fundaciones de interés público reconocidas por la Ley’; es decir, aquéllas permitidas y reguladas por las disposiciones sobre beneficencia”.

concepto de “interés general” que es novedoso tanto en la legislación como en la doctrina. El concepto no aparecía en la primera redacción de la ley y fue introducido en la discusión parlamentaria en el Senado. Parece claro, en el texto legal, que con dicha dicción se trataba de evitar las fundaciones familiares que tan enérgicamente había combatido don Federico DE CASTRO, pero el texto va más allá y en la expresión “interés general” puede verse el propósito de exigir que las fundaciones sólo tengan personalidad jurídica si persiguen fines que trasciendan a intereses egoístas o particulares y se ponen al servicio de intereses que benefician a la sociedad, de acuerdo con los conceptos sobre el interés general que en cada momento haya en la misma. Ha sido la interpretación doctrinal posterior la que extrae del texto constitucional todas sus consecuencias y tras una brillante defensa de la absoluta libertad del fundador realizada por GARCIA DE ENTERRIA, va poco a poco delimitando el concepto (25).

La Ley, desdichadamente, no se limita a exponer, sino que realiza una enumeración de los que considera fines de interés general. Pero en mi opinión, como ya he indicado en el trabajo citado (26), cuando la Constitución reconoce el derecho a fundar para fines de interés general como un derecho fundamental está estableciendo un derecho con unas características que no pueden ser modificadas por la ley que desarrolla dicho precepto, cuyo cometido es sólo permitir el ejercicio del derecho reconocido. Es por esto por lo que creo que la enumeración que realiza el art. 2 de qué fines entiende como de interés general no impide que se puedan constituir fundaciones que, persiguiendo fines de interés gene-

(25) Véase lo que al respecto digo con mayor amplitud en mi conferencia en la Academia de Jurisprudencia, citado en la nota 16. En el fondo de éste, como de otros muchos problemas actuales en tema de fundaciones sigue latiendo la vieja desconfianza de algunos sectores sociales y políticos, frente a los fundadores y el concepto del Estado que se considera depositario no sólo de la defensa, sino incluso de la definición, de qué se entiende por interés general, relegando a los particulares, y entre ellos a los fundadores, a meros colaboradores de una misión que se quiere reservar para el Estado. Recientemente y con agudeza ha reconocido la profesora Alicia REAL (*En torno a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales. Encuentro de Toledo*, publicado recientemente por el Centro de Fundaciones, p. 59) que “el papel que la nueva ley reserva a la voluntad del fundador es inferior al que desempeñaba al amparo de la legislación anterior. Y ello porque la Ley favorece, ampara o prima los intereses de la comunidad sobre los propios intereses del fundador”. No deja de ser paradójico, añadido yo, que una ley que se dicta en desarrollo de un derecho o libertad fundamental reconocido, por primera vez, haya implicado una restricción de la libertad de que gozaba el fundador antes de publicada la Constitución. ¡Para este viaje no sé si necesitábamos aquellas alforjas constitucionales!

(26) En la nota 16.

ral, no estén incluidos en la enumeración realizada por el precepto, ni siquiera sean análogos a los mismos, porque al reconocer la Constitución el derecho para fines de interés general la definición de dichos fines queda por encima de la decisión de la ley, que en lo que implique o pueda implicar una restricción del derecho constitucional es inconstitucional y no debe por tanto ser aplicada no sólo por los tribunales sino también por las autoridades administrativas.

Yo concluía mi citado trabajo diciendo que creía, y sigo creyéndolo, que se podrán constituir fundaciones para fines de interés general aunque no sean subsumibles en la enumeración del art. 2 de la Ley, ni siquiera asimilables por analogía a las mismas. La norma constitucional es, en este punto, bien clara, y cualquier fin que pueda reputarse de interés general debe ser perseguible por una fundación.

Algún sector de la doctrina planteó el tema de si el fin debía ser determinado (27). Tras exponer la cuestión en el Derecho suizo, cuya ley exige expresamente la determinación, y en el que la doctrina ha dado una generosa interpretación al precepto ya que “desechadas aquellas descripciones del fin totalmente generales y abstractas” caben, sin embargo, “formulaciones sucintas o sumarias”, “permitiendo al fundador la determinación de una pluralidad de fines a perseguir por la fundación al mismo tiempo o sucesivamente” (28), y recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1952, que entendió cumplido el requisito del fin en un caso en que el testador dispuso de sus bienes para que sus rentas se destinaran “a obras benéficas para perpetuar su nombre” (29), termina considerando este tratamiento de favor “digno de alabanza dado el interés general del fin fundacional” (30).

La ley, no obstante, exige, escuetamente, que en los estatutos se establezcan “los fines fundacionales”, pero huye sabiamente de exigir su determinación. En principio, pues, podrán recogerse en los estatutos uno o varios fines, establecer una jerarquía entre ellos, ya en función de los medios de la fundación, ya con carácter temporal, estableciendo fines sucesivos, bien estableciendo un plazo para cada fin, bien, lo que será más normal y práctico, fines sucesivos para el supuesto de

(27) CAFFARENA, *El régimen jurídico de las fundaciones. Estudio para su reforma*, Ministerio de Asuntos Sociales, p. 90.

(28) Loc. cit., p. 78.

(29) Tesis ratificada, ya después de la Constitución, por las de 10 de julio de 1985 y 7 de mayo de 1987.

(30) No sin considerar dicha solución harto discutible desde otros puntos de vista. Ver lo que dice en la p. 91, nota 48, de su trabajo.

imposibilidad, desaparición del fin principal o incluso cumplimiento del mismo de forma más eficaz, por otras instituciones surgidas con posterioridad. Pueden, las determinaciones anteriores, ser realizadas por el propio fundador o dejar la decisión de la elección entre una pluralidad de fines al Patronato. En este punto, no sólo es posible sino conveniente dotar al Patronato de facultades flexibles para que, incluso dentro de la voluntad expresada por el fundador, pueda tener en cuenta las circunstancias posteriores y adaptar a ellas la voluntad del mismo.

De todas formas una cosa es que el fundador no esté obligado a determinar los fines pudiendo atribuir a la fundación unos fines muy amplios, o incluso genéricos y dejando a la prudencia del Patronato la elección de los fines concretos que efectivamente desarrolle la fundación, y otra muy distinta que no pueda, en uso de su derecho, limitar los fines estableciendo para la fundación unos fines concretos o muy concretos, e incluso un fin tan concreto que se pueda cumplir en fecha prevista (31).

Otro problema es el de si cabe constituir una fundación para un fin que sea temporal o, incluso, aunque el fin no sea temporal, por un tiempo determinado. Un obstáculo podría verse en la definición recogida en el art. 1 de la ley que expresamente define las fundaciones como “organizaciones que tienen afectado de modo duradero su patrimonio”. No obstante, esto no significa, en mi opinión, que no puedan constituirse para un fin temporal porque el derecho reconocido en la Constitución sólo tiene el límite del interés general y hay indudablemente fines de interés general que tienen carácter efímero y la constitución a plazo está expresamente reconocida en el art. 29 al regular las causas de extinción de la fundación, ya que incluye en su apartado a) la expiración del plazo por el que fue constituida, y en el apartado b), como ya hemos visto, el cumplimiento del fin.

Pero el art. 2, al regular los fines de la fundación establece otras modalizaciones que merecen ser tenidas en cuenta.

(31) Por ejemplo, constituir una fundación para atender a los damnificados con ocasión de una catástrofe que previsiblemente desaparecerán en un tiempo más o menos corto. Así, ocurriría con una fundación constituida para ayudar o defender a los damnificados por el aceite de colza o la guerra de Bosnia o para celebrar un fasto concreto como el descubrimiento de América. En relación con los fines hay que reconocer al fundador la libre facultad para decidirlos, e incluso limitarlos o concretarlos. Así, lo reconoce implícitamente el art. 29 de la Ley cuando entre las causas de la extinción de la fundación incluye en su letra b) el que se “hubiese realizado íntegramente el fin fundacional”.

La primera trata de ser una explicitación de la exigencia de que las fundaciones sean para fines de interés general, excluyendo las que pretendieran constituirse para fines particulares. Así, dice el art. 2 en su número 2 que “la finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas”. En ésta puede verse una explicitación de la exigencia de que los fines sean de interés general, ya que una fundación que destinara sus bienes a personas específicas no sería una fundación de interés general (32). Sin embargo, esta exigencia legal permite algunos comentarios. El primero es que hace innecesario lo dicho en el apartado 3 del precepto. Es indudable que si la fundación debe beneficiar a “colectividades genéricas”, no puede, en virtud de lo dispuesto en este precepto y sin necesidad de una norma especial tener por finalidad “destinar sus prestaciones a los cónyuges, o parientes del fundador” y esto no sólo, como imperfectamente dice el precepto, hasta el cuarto grado inclusive, sino hasta cualquier grado, ya que implicaría beneficiar a colectividades no genéricas.

Como he defendido en otro lugar, creo que la interpretación de la norma no debe ser rigurosa. En primer lugar, no parece que deba castigarse a los parientes del fundador que, reuniendo los requisitos establecidos por el Patronato para la concesión de ayudas o premios, traten de optar a ellos. Una cosa es que los estatutos, en sus fines, no puedan dar preferencia a los parientes del fundador y otra muy distinta que se produzca una incapacidad para optar a los beneficios de la fundación. En segundo lugar, y como ya he defendido en algún otro trabajo, la limitación establecida en este precepto no debe impedir la clasificación de fundaciones en las que el fundador, como es frecuente en la práctica, se reserve determinados privilegios para sí, e incluso para su familia, como es, por ejemplo, el ser asistidos en el centro que crea o poder cursar estudios en él, e incluso que la “colectividad genérica” tenga limitaciones como el reservarse los beneficios, o dar preferencia en la concesión de éstos a los oriundos de un pueblo o región determinada. En cuanto al primer punto, una cosa es constituir una fundación para beneficiar exclusivamente a la familia del fundador y otra muy distinta que éste imponga a la fundación que constituye la carga de atender determinadas necesidades, bien propias, bien de su familia. El art. 20.2,

(32) En mi conferencia “Las fundaciones hoy y mañana: fines, constitución y extinción” en el Seminario que se celebró bajo los auspicios de la Fundación Marcelino Botín en la Universidad Menéndez y Pelayo de Santander, publicado bajo el título *Hacia una nueva Ley de Fundaciones*, p. 84, explico cómo, en mi opinión, la protección de alguna persona, incluso concreta, como puede ser un discapacitado, puede responder a un interés general, reconocido explícitamente en la Constitución.

indirectamente, permite al Protectorado aceptar donaciones con carga, sin necesidad, siquiera de autorización del Protectorado, salvo el supuesto concreto previsto en el precepto (33). La segunda cuestión es también pacífica en la práctica. La fundación puede tener un ámbito concreto que puede ser una Comunidad Autónoma, o ámbitos más reducidos como una comarca o un ayuntamiento, y hay, de hecho, muchas fundaciones bien con ese ámbito restringido, bien con preferencia para los procedentes de dicho ámbito. Es indudable que se cumple, en este supuesto, el requisito de ser "colectividades genéricas" aunque el género sea más estricto. El problema reside en dónde se encuentra el límite. Por ejemplo, ¿será posible constituir una fundación cuyas prestaciones se limiten a los miembros de una corporación, o de una empresa concreta? (34). Evidentemente, son también colectividades genéricas los miembros de la corporación y cabría entender que se cumplen los requisitos de la ley, tanto más cuanto que en un supuesto concreto, el de las fundaciones laborales, la ley ha puntualizado, en el último inciso del número 2 del art. 2, que "tendrán esta consideración 'de colectividades genéricas' los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares" (35) (36).

(33) Por cierto, que no se ve bien cómo puede el Protectorado autorizar a la fundación a aceptar donaciones con carga "que puedan desnaturalizar el fin fundacional".

(34) Por ejemplo, becas de estudios para miembros del Colegio de Abogados o Médicos, o incluso de determinado Hospital.

(35) Esta norma trata de despejar dudas sobre la validez de las fundaciones laborales que fueron reconocidas en virtud de Decreto, de 16 de marzo de 1961, desarrollado por Orden Ministerial de 25 de enero de 1962. Estas fundaciones, indudablemente atípicas, surgen en virtud de "pacto o concierto entre la empresa y sus trabajadores, en el que se estipulará la aportación de unas y otros y las normas sobre gobierno y administración" (art. 3 del Decreto). Están sometidas al Protectorado del Ministerio de Trabajo (art. 5) y contienen una norma atípica que dice que "si por el régimen estipulado, la forma de constituirse el patrimonio y las finalidades a cumplir reuniesen las fundaciones las notas que caracterizan a las de la beneficencia privada o benéfico-docentes, no les serán de aplicación las normas del presente Decreto, sino la legislación propia que dichas instituciones exigen, bajo el protectorado de los Ministerios de la Gobernación y de Educación Nacional, respectivamente" (art. 7). Y digo que es atípica esta norma por cuanto califica como fundaciones laborales precisamente a las instituciones que no reúnen los requisitos para ser fundaciones. De todas formas la Ley 30/1994, además de la norma que ha producido este comentario establece en la Disposición adicional decimoctava que "en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley el Gobierno deberá regular el régimen económico, organizativo y fundacional de las entidades constituidas en virtud de convenio colectivo entre las organizaciones empresariales y sindicales, que, a la entrada en vigor de la presente Ley, hayan adoptado la forma de fundación laboral". Naturalmente, a la fecha de preparación de este trabajo, pasado ya con creces el plazo establecido, ni se ha publicado norma alguna sobre el tema ni se escuchan voces de que se esté preparando.

Por último, el art. 2 en su último número excluye expresamente de la prohibición de destinar sus prestaciones a determinados parientes las “fundaciones cuya finalidad exclusiva o principal 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”. Se trata, con este precepto, de salvar fundaciones muy concretas constituidas por personas que son propietarias de determinados bienes de valor histórico y que para su perpetuación han aceptado determinadas restricciones impuestas por la citada Ley a cambio de gozar de los beneficios aplicables a las fundaciones. Tal vez hubiera sido más coherente con el espíritu de la Ley dejar fuera de las fundaciones estas entidades y conceder directamente a los titulares de dichos bienes, estén o no constituidos como fundaciones, los beneficios pertinentes (37).

El tema de los fines plantea algunos otros problemas de gran importancia como es el de quién debe resolver si los fines son o no de interés general. Pero como este tema lo he tratado ampliamente en otro momento (38), y sólo indirectamente tiene relación con el contenido de los estatutos, me voy a limitar a decir, que pese a la resistencia de las fundaciones, la Ley atribuye la decisión sobre este tema al Protectorado del Gobierno a través del informe vinculante

(36) Otro tema sobre el que querría llamar la atención aunque exceda del que estoy estudiando es la situación de las llamadas Constructoras Benéficas reguladas por los arts. 17 y 18 del Reglamento de Viviendas de Renta Limitada de 24 de junio de 1955, sustituido por el de 24 de julio de 1968, y desarrollados por la Orden de 5 de noviembre de 1955. En la definición se habla de “asociaciones o fundaciones”, lo que parece indicar que deben haber cumplido los requisitos establecidos en la legislación para ser consideradas tales, pero luego en los requisitos para ser consideradas constructoras benéficas no se hace referencia alguna a los Protectorados tradicionales exigiendo sólo la aprobación del Ministerio de Trabajo, luego sustituido por el de Vivienda y la obligación de rendir cuentas al Instituto Nacional de la Vivienda. No estaría mal que, aunque sea en el Reglamento se aclarara, de alguna forma, la situación en que quedan estas Constructoras, cuyos patrimonios, en ocasiones, es muy cuantioso y no parece que deba ser distinta que la de otras fundaciones, ya que si así se admitiera tal vez se estuviera infringiendo el principio de igualdad de todos ante la ley que proclama el art. 14 de la Constitución.

(37) No dejaré de plantear problemas lo dispuesto en este artículo ya que aun salvando que los fines puedan ser los previstos, nada dice luego la ley de que no le sean aplicables los restantes preceptos de la misma, lo que obligará a los responsables de dichas fundaciones a estudiar cuidadosamente las consecuencias que para ellas puedan derivar de la aplicación de los restantes preceptos de la ley.

(38) De forma especialmente amplia en mi conferencia en la Academia de Jurisprudencia en curso de publicación citada en la nota 16.

del mismo sobre el interés general de los mismos, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a los tribunales para que digan la última palabra (39).

3. El domicilio de la fundación

La letra c) del art. 9 exige que en los estatutos se haga constar "el domicilio de la fundación y el ámbito territorial en que haya de desarrollar principalmente sus actividades". Son dos, pues, los requisitos contenidos en el precepto, aunque estén íntimamente relacionados. Hay una tercera cuestión relacionada con las anteriores que es la de la nacionalidad de las fundaciones.

Empezando por el tema de la nacionalidad de las fundaciones hemos de señalar que la cuestión de la nacionalidad de las personas jurídicas ha planteado siempre problemas a la doctrina (40). GARRIGUES, comentando el art. 5 de la anterior Ley de Sociedades Anónimas, enseña que no basta tener el domicilio en España para que una sociedad sea española, entendiendo que el citado precepto se limita a exigir que las sociedades que sean españolas, es decir, las constituidas con arreglo al Derecho español, tienen, forzosamente que tener su domicilio en territorio español (41). La Ley de 1989 parece querer desautorizar dicha interpretación cuando dice que "serán españolas y se registrarán por la presente ley todas las sociedades anónimas que ten-

(39) Otro tema es qué tribunales son los competentes. Tomás Ramón FERNANDEZ, en su intervención en los Encuentros de Toledo a que se hace referencia en la nota 25, p. 40, pone de manifiesto la incoherencia de la Ley en materia de tutela jurisdiccional de las fundaciones, ya que si en principio el juez natural deber ser el contencioso administrativo, sin embargo esta norma está desmentida, en la propia ley, en múltiples preceptos. De todas suertes en este supuesto parece que la jurisdicción será la contencioso-administrativa. Pero es conveniente recordar que la decisión del Protectorado, aunque no lo exija la Ley, a diferencia de lo que hace en otros preceptos para otros supuestos, debe ser motivada por exigirlo así para toda clase de actos discrecionales la ley de procedimiento administrativo (p. 42).

(40) Puede verse el completo trabajo sobre BLANCO FERNANDEZ, sobre "La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas", *Revista de Derecho Mercantil*, 1992, pp. 245 y ss. Creo que las palabras con que empieza su trabajo cuando dice: "No acaba de estar del todo claro lo que el legislador haya querido decir exactamente", son perfectamente trasladables al legislador de fundaciones, agravándose el problema por la existencia de Comunidades Autónomas que añaden al problema de la nacionalidad el de la regionalidad o vecindad civil.

(41) *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, p. 140.

gan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieren constituido" (42). No obstante, no ha faltado después de la publicación de la ley quién sigue defendiendo el criterio de GARRIGUES (43), y es que en definitiva la tensión, en torno a la concesión de la nacionalidad, del binomio Constitución-domicilio, sigue presentándose como de difícil solución por mucho que hayan intentado las leyes inclinarlo del lado del domicilio.

La Ley de Fundaciones nada dice sobre la nacionalidad de la fundación. Y se limita a exigir que "estén domiciliadas en España las fundaciones que desarrollen principalmente su actividad en territorio español". ¿Significa esto que deben ser de nacionalidad española y por lo tanto estar sometidas a las normas de la Ley? No es esto lo que dice expresamente la norma, y si se tiene en cuenta que el art. 5 reconoce a las fundaciones extranjeras la posibilidad de ejercer actividades en España con el requisito de establecer una delegación en territorio español, pero respetando su estatuto personal, en orden a la constitución de las mismas, más bien hay que entender lo contrario. En principio, pues, el requisito de que estén domiciliadas en España las fundaciones que desarrollan principalmente sus actividades en territorio español no comporta la exigencia de que sean españolas y cabe la posibilidad de fundaciones que siendo extranjeras tengan incluso su principal actividad en territorio español y tengan su domicilio en España, siendo, por cierto, en mi opinión, dudosa la efectividad de la exigencia del art. 4. A mi juicio, lo que debería haber regulado este precepto es el domicilio de las fundaciones constituidas con arreglo a la ley, que son las que tendrán nacionalidad española, y los requisitos que las fundaciones extranjeras que operen en España deben reunir para gozar de los beneficios de que gozan las españolas, pero nada más.

El segundo problema es el relativo al domicilio de las fundaciones. Enseña GARRIGUES (44) que dos criterios son posibles en este punto: o el del domicilio electivo, que queda al arbitrio de los fundadores o de los socios; o el del domicilio coactivo, impuesto por la ley en consi-

(42) El anterior art. 5 decía que "la sociedad de nacionalidad española tendrá su domicilio dentro del territorio español" permitiendo la argumentación de GARRIGUES, cuando dice que es una norma que se aplica a las "sociedades españolas", es decir a las constituidas con arreglo al Derecho español.

(43) Así, BLANCO FERNANDEZ en su trabajo citado quien afirma siguiendo a CAMARA, que "la personalidad no es un *prius* lógico respecto de la domiciliación sino también ontológico", y termina afirmando que la "única *conditio sine qua non* determinante de la personalidad de la sociedad anónima española, es la constitución conforme a nuestro ordenamiento.

(44) *Loc. cit.*, p. 141.

deración a ciertos datos objetivos. La ley, tanto la de sociedades anónimas como la de fundaciones se ha inclinado por el coactivo, probablemente, según dice GARRIGUES, para evitar la corruptela de que por conveniencias de tipo fiscal, procesal, o por otras razones de variada índole, se fije un domicilio ficticio.

Pero mientras la Ley de Sociedades Anónimas, a la que sigue, en este punto, la más reciente de sociedades de responsabilidad limitada, permite, con criterio relativamente flexible, elegir entre "el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en que radique su principal establecimiento o explotación" la de fundaciones, con criterio, ciertamente más rígido, exige que el domicilio se tenga "en el lugar donde se encuentre la sede de su órgano de gobierno", pero añade a continuación que éste "deberá radicar en el ámbito territorial en que haya de desarrollar principalmente sus actividades".

Esta norma no deja de plantear notables problemas. En primer lugar, no permite distinguir entre sede de gobierno y lugar en que se desarrollan principalmente las actividades de la fundación, obligando a ésta a hacer una valoración de cuáles son sus principales actividades, tema no siempre fácil, e incluso, si con el paso del tiempo se produce una variación en dicho ámbito, a modificar no sólo el domicilio sino también la sede del órgano de gobierno.

En segundo lugar no contempla la posibilidad de que el domicilio, e incluso el órgano de gobierno, puedan radicar en el lugar en que se encuentren los bienes de la fundación. Cabe y así ocurre en la práctica que una fundación con actividades principalmente radicadas en un determinado ámbito tenga, sin embargo, la mayoría de sus bienes radicados en un ámbito distinto, lugar en el que lógicamente se desarrolla la más importante labor de gobierno y administración de los bienes de la fundación y en el que pueden residir todos o la mayoría de los patronos. Obligar a esta fundación a tener su domicilio en el ámbito de sus actividades impidiéndole tenerlo en el lugar en que tiene la mayor parte o todos sus bienes parece que puede resultar perturbador para ella.

La justificación de esta norma está, probablemente, en lo establecido en las leyes dictadas por las Comunidades Autónomas, que exigen que las fundaciones que ejerzan sus actividades principalmente dentro de su ámbito deben tener en el mismo su domicilio. Eso explica que la exigencia de la ley se refiera "al ámbito territorial" en que desarrollen sus actividades y no a la ciudad concreta en que éstas tengan lugar. Por ámbito tal vez haya que entender el de la Comunidad Autó-

noma, de suerte que, por ejemplo, una fundación que desarrolle sus actividades en cualquier lugar de Cataluña podrá tener su sede en Barcelona aunque sus principales actividades sean fuera de ésta, por ejemplo, por tener fines rurales.

¿Qué exigencia tiene el domicilio? Aunque la ley no lo dice por domicilio no basta entender un lugar geográfico, como un término municipal, sino que será preciso concretar un lugar físico que pueda ser localizado, como es una calle, número y piso o elemento similar de identificación. No parece, pues, que sea posible, por ejemplo poner como domicilio un apartado postal, aunque sea del lugar en que realice sus actividades. Aunque la verdad es que la ley, como la de sociedades, calla al respecto.

Por último, resta la cuestión del "ámbito territorial de las fundaciones, que exige el art. 9. c) que debe expresarse en los estatutos. Esta exigencia es nueva y tiene gran importancia, en la actualidad, por cuanto es la que determina la competencia de los diversos Protectorados de las Comunidades Autónomas e incluso la sujeción a las diversas leyes promulgadas por algunas de éstas.

La verdad es que en el pasado el tema preocupaba poco por cuanto cualquiera que fuera su ámbito de actuación las fundaciones se regían por la ley general aplicable a todo el territorio nacional.

La primera Comunidad Autónoma que dictó normas sobre las fundaciones, fue la Compilación Navarra (45), que en la Ley 42 establecía que la Diputación Foral "puede otorgar o reconocer personalidad jurídica como corporación, asociación o fundación a cualesquiera instituciones o servicios que radiquen en Navarra". Y en la Ley 44 reconoce a cualquier persona el derecho a "crear en Navarra, sin necesidad de aprobación administrativa, fundaciones de caridad, fomento o de otro interés social evidente".

Publicada la Constitución se promulga la Ley Orgánica de "reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra" (46), en cuyo art. 44.20 se reconoce a Navarra competencia exclusiva sobre "Fundaciones constituidas con arreglo a las normas del Derecho Foral de Navarra".

Al repasar estos preceptos se plantea el problema de si la frase de la Ley 44 "fundaciones de caridad, fomento o de otro interés social evidente" es asimilable a la empleada por la Constitución "fundaciones

(45) Promulgada el 1 de marzo de 1973, por tanto mucho antes de publicarse la Constitución.

(46) De 10 de agosto de 1982.

para fines de interés general”, o cabe entender que existen fundaciones que persiguen fines de interés general que no obstante no son encajables en los términos, que parecen más estrictos, de la Ley navarra y que por lo tanto no se regirían por la misma ni estarían sometidas a la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma.

Un problema equiparable puede presentarse en algunos de los Estatutos de Autonomía de otras Comunidades que se precipitaron a proclamar su competencia sobre fundaciones y que indudablemente no reflexionaron suficientemente sobre este tema. Así, el de Cataluña (47), en su art. 9.24 reconoce la competencia exclusiva de la Comunidad sobre las “fundaciones y asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico asistencial y similares que desarrollen principalmente sus funciones en Cataluña”. Términos parecidos recogen en sus leyes los Estatutos del País Vasco y Valencia (48). Resulta indudable que, como hemos dicho al hablar de Navarra, caben fundaciones para fines de interés general que no son ninguno de los enumerados ni encajan en el poco jurídico concepto de “similares”.

Alguna de estas Comunidades Autónomas tienen dictadas leyes especiales regulando las fundaciones, pero tampoco se aclara en ellas la cuestión. Así, la Ley catalana de Fundaciones (49) comienza diciendo en su art. 1 que “se rigen por la presente Ley las Fundaciones privadas a que se refiere el art. 9.24 del Estatuto”, pero sigue diciendo: “Constituidas en el ejercicio del derecho de fundación reconocido en la Constitución... de finalidades de interés general y que ejerzan sus funciones principalmente en Catalunya” (50).

Si se entendiera que el Estatuto no comprende todos los fines de interés general sino sólo los enumerados en el artículo correspondiente del mismo, resultaría que habría fundaciones que aun persiguiendo

(47) Aprobado por Ley Orgánica de 18 de diciembre de 1979.

(48) El correspondiente al País Vasco es Ley Orgánica, de 25 de febrero de 1983, que en términos idénticos a la de Cataluña habla de competencia exclusiva en materias de “fundaciones y asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares, en tanto desarrollen principalmente sus funciones en el País Vasco”. También es idéntico el contenido en el Estatuto de la Comunidad Valenciana promulgado en virtud de Ley Orgánica de 1 de julio de 1982.

(49) De 3 de marzo de 1982.

(50) En sentido similar se pronuncia la Ley vasca de 17 de junio de 1994 que en su art. 1 establece que la “presente ley tiene por objeto la regulación de las fundaciones de competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10.13 del Estatuto de Autonomía”, lo que implica una restricción si se tiene en cuenta los términos excesivamente escuetos en que se pronuncia el Estatuto. El art. 2 establece que se regirán por lo dispuesto en la presente ley “las fundaciones que desarrollen sus funciones principalmente en el País Vasco”.

fines de interés general, sin embargo, no estarían incluidas en el ámbito del Estatuto y que por lo tanto deberían ser de competencia estatal aun cuando sus funciones se ejerzan principalmente en la Comunidad Autónoma.

Este problema no se plantea, en cambio, en las comunidades regidas por el art. 143 de la Constitución todas las cuales tenían en sus respectivos Estatutos de Autonomía términos muy escasos en esta materia (51). Pero respecto de todas estas Autonomías, que son las de Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla y León, se publicaron leyes (52) en las que se modificaban sus respectivos Estatutos de Autonomía y en las que, con carácter uniforme, se les atribuía la competencia exclusiva sobre las "fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma". Con esta reforma se hacía coherente lo establecido por una Ley Orgánica (53) que había transferido a estas Comunidades las competencias sobre "fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma".

Existen pues Estatutos y Comunidades cuya competencia está clara en la Ley y otros Estatutos y Comunidades cuya competencia está menos clara en la Ley. A mi juicio, sin embargo, y pese a lo confuso de las redacciones, que parecen, como he dicho, consecuencia de la precipitación con que se aprobaron los Estatutos de Autonomía, hay que hacer un esfuerzo interpretativo en el sentido de entender que en todas las Comunidades Autónomas la competencia de sus Organos es general y abarca a todas las fundaciones, de acuerdo con lo previsto en el art. 34 de la Constitución del que son derivación, más o menos afortunada, todos los Estatutos de Autonomía y leyes de fundaciones.

Es importante, sin embargo, una vez aclarada la competencia desde el punto de vista cualitativo, hacerlo desde el territorial. En efecto, es requisito exigido con carácter, prácticamente general, por las disposiciones reseñadas, para aplicarles la competencia de las Comunidades Autónomas que desarrollen *principalmente* sus funciones en la Comunidad correspondiente. Significa lo anterior que no todas las fundaciones que ejercen actividades en la Comunidad están sometidas

(51) Por ejemplo, el de Asturias, aprobado por Ley Orgánica de 30 de diciembre de 1981, soólo recogía entre las atribuciones de la Comunidad la "asistencia y bienestar social". E igual ocurre con los restantes.

(52) Todas de fecha 24 de marzo de 1994.

(53) De 23 de diciembre de 1992, anterior, por tanto a las de modificación recogidas en la nota 52.

a los órganos de gobierno de ésta, sino que cabe que fundaciones de ámbito estatal o incluso de otra Autonomía, realicen actividades en ella. El elemento diferenciador es el adverbio "principalmente", lo que implica tanto lo anterior como que las propias fundaciones autonómicas pueden realizar también actividades fuera de su propia Comunidad, siempre que dicha actividad no sea la "principal". Resta, pues, determinar qué se entiende por "principal". Ninguna de las disposiciones publicadas da indicios de qué se puede entender por principal. Y es indudable que, para determinarlo pueden utilizarse diversos criterios. Uno puede ser el voluntarista. El propio fundador puede, al determinar los fines de la fundación, que, recordémoslo, suelen ser muy amplios e incluso vagos, determinar qué fines considera principales y por lo tanto qué ámbito territorial es el que corresponde. Esto podría extraerse de la propia dicción de la Ley que exige se determine en los estatutos el ámbito territorial lo que, parece significar, que es el propio fundador, que es el que redacta y aprueba los estatutos, el que debe determinarlo. Pero hay que tener en cuenta que los fines normalmente no implican en sí una circunscripción a un territorio. Es posible constituir una fundación cuyo fin sea atender a los ancianos pero en cuyos estatutos no se especifique que su proyecto último o la actividad principal que piensa desarrollar es atender a los de una determinada localidad, probablemente porque aun pensando comenzar por ahí el propósito puede ser, si los medios económicos lo permiten, ampliar su actividad creando otros establecimientos en distintas ciudades. La ley no da pista alguna para determinar si al objeto de conocer cuáles son las "funciones principales" de la fundación debe atenderse a los fines genéricos de la entidad o a las actividades concretas que ésta desarrolla. En principio, creo que, más que a los fines, en sí mismos considerados, para determinar el ámbito habrá que atender a las actividades que la fundación proyecte desarrollar, o desarrolle efectivamente. Pero como éstas suelen ser variadas y no todas las desarrollará al mismo tiempo la fundación habrá, una vez más, que permitir al fundador determinar cuáles son sus actividades principales para a través de esa determinación establecer el ámbito de la fundación.

Pero, a mi juicio, no acaba aquí el problema. Incluso cuando la fundación tiene por fin crear lo que tradicionalmente se llamaba un "establecimiento" cabe preguntarse si el hecho de que el mismo esté domiciliado en una Comunidad Autónoma es suficiente para entender que en ella desarrolla principalmente sus actividades la fundación, porque cabe que la situación del establecimiento no signifique nada al estar abierto a personas de cualquier procedencia sin especial preferencia a

las procedentes de dicha comunidad (54). También cabe preguntarse si para determinar sus actividades "principales" deben tenerse en cuenta sólo criterios económicos o también otros criterios como puede ser el de prestigio o resonancia social de la actividad reputada principal aunque económicamente sea menos onerosa para la fundación.

También queda en la sombra quién es el llamado a decidir sobre dicho carácter principal. Desde luego, ésta no es una cuestión que deba incluirse en el dictamen preceptivo, previo a la inscripción que debe emitir el Protectorado y que se circunscribe, de acuerdo con el art. 36.2, al interés general de los fines y a la adecuación y suficiencia de la dotación. Parece, que en principio debe ser el propio Registro quien determinará su competencia para inscribir la fundación, competencia que depende del ámbito de la misma. Pero dado lo que hemos dicho con anterioridad sobre la dificultad de juzgar, sobre todo en el momento de la constitución de la fundación, sobre el desarrollo ulterior de las actividades de la misma, entiendo que debe ser el propio fundador el que establezca, con arreglo a su criterio, si las actividades o funciones de la fundación van a realizarse "principalmente" en una Comunidad Autónoma o si trascienden a la misma.

El tema del ámbito además de determinar la competencia sobre las fundaciones tiene una influencia indirecta sobre el domicilio de la fundación al tener éste en virtud de lo establecido en el art. 4, ya comentado con anterioridad, que establecerse dentro de dicho ámbito territorial.

Un problema especial plantea la legislación gallega. El Estatuto de Autonomía para Galicia (55), a diferencia de los restantes Estatutos que ya hemos comentado que eran, en ocasiones, restrictivos al determinar las competencias en este tema, es, en cambio, mucho más amplio y emplea además un criterio distinto del territorial al decir que "corresponde a la Comunidad Autónoma gallega la competencia exclusiva de las siguientes materias (...) 26. El régimen de las fundaciones de interés gallego". Sin embargo, ya la Ley gallega de fundaciones (56) que, coherente con lo dicho por el Estatuto se titula de "Régimen de las fundaciones de interés gallego", restringe sus com-

(54) Por ejemplo, una institución para la rehabilitación de drogadictos abre su principal establecimiento, por razones económicas, en El Espinar, donde el terreno puede resultar más barato o las condiciones ambientales más convenientes, aunque recibe pacientes de cualquier lugar de España y tiene o pretende tener sus oficinas administrativas en Madrid. ¿Puede entenderse que por estar en dicha localidad el establecimiento la fundación tiene como ámbito territorial Castilla-León? Indudablemente, creo que no.

(55) Ley Orgánica de 6 de abril de 1981.

(56) De 22 de junio de 1983.

petencias a las fundaciones que destinen su patrimonio a “fines de interés gallego y desarrollen sus funciones en Galicia”. La Xunta asume la función de Protectorado respecto de dichas fundaciones mientras que en el apartado 3 se establece que “la Xunta dispensará, igualmente, la protección conveniente, en los términos de la presente Ley, a las fundaciones que tengan por objeto la consecución de intereses gallegos y que están domiciliadas fuera de la Comunidad. El fundador podrá encomendar a la Xunta la fundación, confiándole tareas de vigilancia y salvaguardia”. Como puede comprobarse hay cierta discrepancia en los términos de la Ley que en su primer número del art. 1 hace referencia al desarrollo de “fundaciones en Galicia”, pero sin exigir que el domicilio esté dentro de la Comunidad Autónoma, mientras que el número tercero acumula los dos requisitos: “Interés gallego y que estén domiciliadas fuera de la Comunidad”. Esta posibilidad de que haya fundaciones de interés gallego que estando sometidas al Protectorado de la Comunidad Autónoma, no tengan, sin embargo su domicilio en la misma viene todavía acentuado en la Ley de 8 de noviembre de 1991 que modifica la de fundaciones y en cuyo art. 1.1 se dice expresamente que “la presente Ley será de aplicación a las fundaciones de interés gallego, entendiéndose por tales las que, *estando domiciliadas o desarrollando, principalmente, sus funciones en Galicia*”. Obsérvese que el requisito es alternativo, domicilio o desarrollo de funciones, lo que implica que sigue siendo posible que las fundaciones de interés gallego puedan tener su domicilio fuera de Galicia, siempre y cuando desarrollen, principalmente, en dicho territorio, sus funciones. También modifica la expresada Ley el número tercero de dicho artículo cambiando el orden de sus términos y comenzando por reconocer al fundador la facultad de atribuir a la Xunta “tareas concretas de salvaguardia de su voluntad” respecto de las fundaciones que teniendo por objeto la consecución de fines de interés gallego reúnan, conjuntamente las “características de desarrollar las funciones principalmente fuera de la Comunidad Autónoma y no tengan su domicilio en Galicia”, si bien matiza su disposición añadiendo la exigencia de que las tareas atribuidas “no sean contrarias a la normativa que resulte de aplicación”. Sólo en último término se añade que la Xunta podrá prestar, a dichas fundaciones, apoyo para la consecución de dichos intereses.

Está fuera de mi propósito de hoy comentar esta oscura norma, que carece de todo desarrollo ulterior en la ley y que puede plantear, pese a la limitación que contiene, tras su modificación, problemas de conflicto de competencias.

4. Reglas para la aplicación de los recursos

El art. 9 exige en su apartado d) que en los estatutos se establezcan “las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios”.

Esta norma tiene su antecedente en el Reglamento de Fundaciones culturales privadas de 1972 que se pronuncia en forma muy semejante (57). Hoy, en realidad, esta exigencia tiene poca importancia y podría haberse prescindido de su exigencia en los estatutos, que, en la práctica, apenas si se refieren al tema o lo hacen repitiendo exigencias que hoy están recogidas en la Ley.

Son dos los requisitos contenidos en este párrafo. El primero, es la fijación de “las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales”. A este respecto hay que tener en cuenta que, conforme establece el art. 25, a la realización de los fines fundacionales, deberá ser destinado, al menos, el 70 por 100 de las rentas o cualesquiera otros ingresos que obtenga la fundación, debiéndose destinar el resto, deducidos los gastos de administración, a incrementar la dotación fundacional. Quedan excluidas del cumplimiento de este requisito las aportaciones efectuadas en concepto de dotación patrimonial. Pero, como es lógico, esta norma no es preciso que sea repetida por los estatutos ya que su carácter legal la dota de eficacia por encima de lo que en éstos se diga. CAFFARENA (58) entiende que, en este punto, puede el fundador elevar la proporción de los ingresos destinados a la realización de los fines fundacionales, lo que no es, desde luego, frecuente, o si los fines fueran varios establecer criterios para la distribución de los recursos. Por último, entiende que, bien en este apartado o en el referente a los fines, habría de constar si la fundación se configura como una fundación de financiación o de servicio estableciendo en uno y otro casos las pautas a seguir. El propio CAFFARENA (59) dice “que no parece adecuado desde un punto de vista práctico que se limiten en este punto excesivamente las posibilidades de actuación de los patronos”. Y esto es lo que sucede en la práctica ya que la mayoría de los estatutos de fundaciones se limita a reconocer la libertad del Patronato, dentro de los

(57) En él se exige que los estatutos comprendan “las reglas para la aplicación de las rentas al objeto fundacional y para la determinación de los beneficiarios”.

(58) En su comentario al art. 9 en el reciente libro *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, publicado bajo la dirección de Rafael DE LORENZO, por la Escuela Libre Editorial, p. 80.

(59) *Loc. cit.*, p. 81.

límites marcados por la Ley, para la elección, dentro de los fines, de las actividades concretas que vaya a realizar la fundación y la forma de aplicar a las mismas los recursos con que cuente. Es más, incluso cuando en los estatutos se establece una lista de actividades a desarrollar por la fundación suele dejarse abierta la posibilidad de elección por el Patronato entre las actividades previstas e incluso de otras distintas de las enunciadas (60).

En cuanto a las normas para la determinación de los beneficiarios, la Ley contiene también algunas directrices de carácter obligatorio como es la contenida en el art. 2.2 que establece que “la finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas”. En los estatutos, pese a la exigencia legal no suelen incluirse disposiciones al respecto, salvo la reproducción, que es frecuente, de lo antes expresado copiando el art. 2 de la Ley. O bien decir, copiándolo del art. 21.2 que la selección de los beneficiarios se realizará con “criterios de imparcialidad y no discriminación”. Ambas precisiones son, en realidad, innecesarias ya que están establecida en la ley. Salvo lo anterior, los estatutos suelen limitarse a conceder libertad al Patronato para la selección de los beneficiarios e incluso a establecer que no puede imponérsele al mismo decisión alguna al respecto (61).

En ocasiones, el fundador expresa alguna directriz en torno a determinados beneficiarios como puede ser dar preferencia a los procedentes de determinada región, comarca o ciudad, para disfrutar de los beneficios de la fundación. No parece que esta preferencia choque

(60) Véase una cláusula tomada de una fundación concreta que refleja lo dicho: “La fundación, atendiendo a las circunstancias y medios económicos con los que cuente en cada momento, tendrá plena libertad para proyectar su actuación hacia las finalidades y objetivos que, a juicio del Patronato, sean más adecuados a cada momento histórico concreto, siempre dentro de su espíritu. En concreto, corresponde al Patronato ordenar las actividades que desarrolle la fundación para cumplimiento de su fin y entre ellas, y sin que la enumeración excluya la facultad del Patronato para realizar otras, las siguientes...”. Otra similar tomada de otros estatutos dice: “Con excepción de lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo anterior, la enunciación de objetivos que en el mismo se hace no tiene carácter limitativo ni entraña obligatoriedad de atender a todos, ni prelación entre ellos. La fundación, atendiendo a las circunstancias de cada momento, tendrá plena libertad para proyectar su actuación hacia las actividades, finalidades y objetivos que, a juicio del Patronato, sean los más adecuados, siempre que encajen dentro de sus fines”.

(61) Véase una cláusula frecuente sobre este punto tomada de los estatutos de una fundación: “La fundación gozará de plena libertad para la elección de los beneficiarios de sus ayudas. En su consecuencia nadie podrá alegar ni individual ni colectivamente frente a la fundación o sus órganos derecho a la realización o participación en sus actividades ni al goce de sus beneficios, antes que fuesen concedidos, ni imponer su atribución a personas determinadas”.

con la exigencia legal de que vaya a una "colectividad genérica de personas" ya que, dentro del círculo establecido, que puede ser incluso más pequeño como los antiguos alumnos de un Colegio o los propios alumnos del mismo, se mantiene el carácter genérico de los destinatarios. No puede, en cambio, por exigencia del propio art. 2.3 dar preferencia a "los cónyuges o parientes del fundador hasta el cuarto grado, inclusive". La frase es desafortunada y entendemos que si no por aplicación de la misma sí por la exigencia del número 2 no cabe dar preferencia a personas concretas, sean o no parientes del fundador y con indiferencia del grado de parentesco.

5. El órgano de gobierno de la fundación

Junto con la determinación de los fines es éste el punto más importante de los que obligatoriamente deben contener los estatutos. Y esto por dos razones. La primera, porque la fundación tiene como característica esencial la independencia de sus órganos de gobierno y su autonomía, una vez constituida, respecto del fundador, y no existiendo en ella tampoco socios que puedan expresar la voluntad social el Patronato se convierte no sólo en el órgano supremo de la misma, sino también en imprescindible por cuanto no hay otro que pueda sustituirle (62); y la segunda porque la Ley es escueta en su regulación permitiendo una gran libertad al fundador para organizar, con gran flexibilidad, los órganos de gobierno de la fundación. De todas formas y, como tendremos ocasión de comprobar, la Ley es, tal vez, excesivamente escueta ya que no sólo es escasa en sus normas imperativas sino que carece de normas dispositivas que pudieran sustituir las previsiones de los estatutos en el caso de que éstos no contemplen todas las eventualidades posibles. Esto hace especialmente importante poner cuidado en la redacción de estos artículos de los estatutos.

El art. 9.e) de la Ley exige que en los estatutos se haga constar "el órgano de gobierno y representación, su composición, reglas para la designación y sustitución de sus miembros, causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos".

Veamos por separado todas las exigencias legales.

(62) Así, cuando la renovación de los miembros del Patronato no sea posible de conformidad a lo establecido en los estatutos, la Ley confiere al Protectorado la facultad de nombrar a la persona o personas que integren provisionalmente el órgano de gobierno de la fundación (art. 16.1 de la Ley).

A) El órgano de gobierno y representación de la fundación

Este es el primer requisito que exige el precepto. El art. 12 precisa que su denominación debe ser "Patronato". Aunque éste era el nombre tradicionalmente utilizado por la práctica, lo cierto es que en ocasiones los estatutos anteriores lo denominaban también "Junta Rectora", "Órgano rector", "Junta Directiva", "Gerencia", etc. Parece que cualquiera de estas denominaciones debe ceder a la de Patronato, sin perjuicio de que dentro de éste, como órgano supremo, se puedan crear, como veremos órganos inferiores de carácter ejecutivo con diversos nombres.

El precepto habla de "gobierno y representación" y de igual forma el art. 12 vuelve a repetir la misma fórmula al exigir la denominación de Patronato. Esto parece significar que es el Patronato el que asume no sólo las tareas de gobierno sino también la representación. No obstante, en la práctica, así como el gobierno sigue atribuyéndose con carácter exclusivo y supremo al Patronato la representación en ocasiones, se atribuye al presidente, bien sea con carácter general, bien para ciertos actos. En principio, no parece que, sin mengua de las facultades representativas del Patronato, no puedan concederse facultades representativas a otras personas u organismos. Por delegación, incluso estatutariamente establecida, del Patronato podrá atribuirse la representación, como puede hacerse con el gobierno, a órganos inferiores de la fundación, como una comisión ejecutiva o Junta de Gobierno, o incluso un Director General, y creo que, directamente, al mismo tiempo que al Patronato en sí se podrán atribuir estatutariamente, y así se suele hacer con cierta frecuencia, facultades representativas al presidente del mismo.

B) Su composición

Exige la Ley inmediatamente después que se exprese la composición del Patronato.

Antes de la publicación de la Ley el Patronato u órgano de gobierno de la fundación podía ser uni o pluripersonal y sólo cuando el órgano de gobierno era colegiado el Reglamento de Fundaciones Culturales Privadas exigía que el número mínimo fuera de tres (63).

(63) Art. 11.

En la práctica, era bastante frecuente el carácter unipersonal del Patronato que asumía, incluso, en vida el propio fundador. La Ley modifica este punto al exigir que el Patronato tenga un mínimo de tres miembros (64). No hay explicación razonable para haber excluido la posibilidad de Patronato unipersonal, tanto más cuanto que se permite en las fórmulas asociativas, incluso de abundante capital, como son las sociedades anónimas, y que caben fundaciones de escaso capital y reducidas actividades para las que el órgano pluripersonal resulta a todas luces inadecuado.

El Reglamento de Fundaciones Culturales (65) establecía que “cuando la dirección de la fundación esté encomendada a una persona jurídica la ejercerá ésta por medio de sus órganos de gobierno”. La Ley no contempla este supuesto por lo que, si se aplica rigurosamente la norma de la pluralidad no cabrá designar a una persona jurídica patrono, ya que es una persona individual, y se le aplicaría la norma legal de tener que designar un representante, pero no, según parece una pluralidad de ellos. Lo que sí cabe es designar Patrono a la Junta Directiva u órgano de administración de una persona jurídica, siempre que no sea, éste, unipersonal, o, lo que será probablemente más conveniente, conceder a los órganos de gobierno de dicha persona jurídica la facultad de designar los patronos, eso sí, como mínimo en número de tres.

La ley exige un número mínimo de miembros del Patronato, pero no limita el máximo. Los estatutos pueden, superando el número de tres, determinar el número exacto de miembros del Patronato o bien determinar un mínimo y un máximo dentro de los cuales puedan, quienes tengan derecho a ello”, designar los patronos. Pero también pueden los estatutos determinar el número mínimo de patronos, que puede ser de tres o superior a tres y no determinar el máximo, dejando abierto el número de patronos sin ponerle un tope.

El nombramiento puede recaer tanto en personas físicas como en personas jurídicas, pero tratándose de éstas la Ley (66) exige que designen “a la persona natural que las represente”. Esta exigencia viene recogida de lo establecido en el Reglamento del Registro Mercantil para el supuesto de que se designe administrador de la sociedad a una persona jurídica (67).

(64) Art. 13.1.

(65) Art. 9.2.

(66) Art. 13.2.

(67) Un estudio sobre los no pequeños problemas que plantea esta norma puede verse en mi trabajo *La persona jurídica administradora de sociedad*, a punto de publicarse en la obra colectiva en homenaje al Profesor Aurelio MENENDEZ.

Un tema distinto y no muy afortunadamente resuelto en la ley es el supuesto, muy frecuente, de atribución del carácter de Patrono a alguien por razón del cargo que desempeñe. En principio, el art. 13.5 establece la norma general, que no cabe derogar en los estatutos, que el cargo "deberá ejercerse personalmente". Pero en el mismo precepto se añade la excepción de "quienes fueren llamados a ejercer esa función por razón de los cargos que ocuparen, en cuyo caso podrá actuar en su nombre la persona a quien corresponda su sustitución". La norma trata de hacer posible la delegación de aquellas personas, que, con frecuencia, desempeñan cargos importantes y de gran relevancia social que les impide atender personalmente a las obligaciones derivadas de pertenecer al Patronato, lo que las obligaría, en el supuesto de no poder delegar, a renunciar al mismo, planteando, en ocasiones, no pocos problemas a la fundación que podría, incluso verse privada de su órgano de gobierno. La norma tiene su antecedente en el Reglamento de Fundaciones de 1972 que en su art. 10.5 decía, en forma mucho más correcta que la presente ley, que "los titulares de cargos públicos llamados a formar parte de los órganos de gobierno y dirección de una fundación por razón de dichos cargos podrán designar en un representante que actúe por ellos en el gobierno de la entidad". La norma se limitaba a los titulares de cargos públicos, lo que permitía hacer uso de la facultad a cualquier miembro de la Administración cualquiera que fuera su situación jerárquica dentro de la misma. La facultad que le confería el precepto era la de nombrar un representante. Aunque no lo decía expresamente más bien parece que lo autorizado es el nombramiento de un representante duradero que ejerza las funciones de patrono y no un representante para sesiones concretas del Patronato.

La Ley 30/1994 hoy vigente es bastante menos afortunada en lo que dispone respecto a este punto. Por una parte, es más amplia al permitir la sustitución a quienes fueren llamados a ejercer la función "por razón de los cargos que ocuparen". Al suprimir la referencia a "cargos públicos" parece que cualquier persona llamada a ejercer la función de patrono por razón de un cargo, ya sea público, ya en una entidad privada, bien sea sociedad de cualquier tipo, asociación o fundación, puede hacer uso de esta facultad. Pero, por otra, parte es mucho más restrictiva ya que no permite nombrar un representante sino solo prevé que "podrá actuar en su nombre la persona a quien corresponda su sustitución". El primer problema que plantea la norma es si la sustitución debe ser con carácter permanente o es una facultad de sustitución para algunas reuniones concretas. Tal y como está

redactado el precepto entiendo que habrá que admitir ambas posibilidades, aunque signifique una contradicción en lo establecido para el supuesto de que la designada sea la propia persona jurídica. En segundo lugar, solo podrá ejercer las funciones aquel a quien corresponda la sustitución. En algunos supuestos, como presidentes, con vicepresidentes previstos, la solución es fácil, pero en otros muchos supuestos no será ni mucho menos claro a quién corresponde la sustitución (68).

Ante las dificultades que puede plantear la dicción legal cabe preguntarse si por vía estatutaria no podría aclararse la cuestión. Es decir si los estatutos podrían autorizar el nombramiento de un representante en términos similares a lo permitido en el supuesto de las personas jurídicas por la Ley. A mi juicio aunque la norma que exige el ejercicio personal del cargo de patrono es imperativa, la que estamos comentando significa un propósito de la ley de facilitar el ejercicio del cargo a los nombrados por razón del cargo y no tiene carácter prohibitivo y por lo tanto no debe impedir que, en una interpretación racional, se permita que en los estatutos se prevean fórmulas más amplias de representación.

El Patronato debe tener, forzosamente, un presidente, y así resulta de lo establecido en el art. 13.1 cuando dice que lo elegirán, entre ellos, los patronos salvo que estuviera prevista de otro modo su designación. Cabe pues que los estatutos nombren directamente al presidente, bien designando la persona que debe ejercer el cargo o estableciendo que lo ejercerá por razón del cargo que desempeñe en un organismo, público o privado, o en una entidad, sea la propia fundadora o distinta. También puede reservarse el fundador la facultad de designar en el futuro quién sea el presidente que sustituya al primeramente nombrado, o incluso conceder la facultad de nombramiento y renovación a otro organismo distinto del fundador y del Patronato. Cabe, por último que prevea que el nombramiento se realice por el propio Patronato, incluso estableciendo el carácter rotativo del cargo, o bien que no prevea nada, en cuyo supuesto, entra en juego la norma que confiere al propio Patronato la facultad de designarlo. También es frecuente que en los estatutos se nombren o se permita la designación de uno o varios vicepresidentes, y se determinen sus facultades, que suelen ser las de sustituir al presidente. También se puede establecer el orden de sustitución.

(68) Pensemos, por ejemplo, en el nombramiento de un Ministro, ¿quién es su sustituto? Cabe entender que lo será el subsecretario, u otro Ministro, como ocurre en el supuesto de viajes, etc. La fórmula es desafortunada, desde luego.

Nada dice la Ley sobre cuáles son las facultades del presidente por lo que será conveniente regularlas en los estatutos. Parece que, se le confieran o no, debe tener las que, normalmente se consideran ínsitas en este cargo como son la de convocar las Juntas, bien por propia iniciativa, en los supuestos en que legalmente deban reunirse para cumplir las funciones que al Patronato atribuyen la Ley o los propios estatutos (69), presidirlas dirigiendo las deliberaciones, y sometiendo a votación los acuerdos. También parece que deberá poner su visto bueno a las actas y las certificaciones de las mismas que redacte el secretario. Pero los Estatutos pueden atribuir al presidente muchas más facultades. Pueden por ejemplo, atribuirle facultades de representación ordinaria de la fundación, o incluso autorizarle a designar a los otros miembros del Patronato, exigir su voto favorable para determinados acuerdos, conceder carácter dirimente a su voto y atribuirle facultades de velar por el desarrollo de los fines y actividades de la fundación. Nada impide en la Ley que los estatutos refuercen las facultades del presidente con éstas u otras atribuciones.

También es posible, e incluso frecuente, que los Estatutos prevean la posibilidad de nombrar cargos honoríficos como son los de Patrono de Honor e incluso Presidente de Honor, bien determinando las personas, que en caso de aceptar, estén llamadas a desempeñarlos, bien permitiendo al propio Patronato, con los requisitos que establezcan los Estatutos, proceder al nombramiento. Normalmente, éstos son títulos honoríficos, pero nada impide que los Estatutos les atribuyan ciertas facultades, como son el derecho a recibir información de la marcha y actividades de la fundación, e incluso otras más importantes como es el que se precise su consentimiento para ciertos temas, como pueden ser la modificación de estatutos, fusión o extinción de la fundación, e incluso para el nombramiento de los miembros del Patronato. La ausencia de normas concretas en la Ley permite a los fundadores una amplia posibilidad en éste como en otros puntos relacionados con el gobierno de la fundación.

En cambio no es obligatoria, de acuerdo con la Ley, la existencia de un secretario, aunque sí puede existir el cargo, y de hecho existe casi siempre. Cuando exista, dice el art. 13.1, "podrá recaer en una persona que no sea miembro del Patronato, en cuyo caso tendrá voz pero no voto". Pero la Ley nada dice, tampoco, ni sobre las facultades que

(69) El Patronato deberá reunirse, por lo menos, dos veces al año, una en el último trimestre del ejercicio para aprobar los presupuestos (art. 23.5 de la Ley) y otra dentro de los seis primeros meses del ejercicio para aprobar las cuentas (art. 23.4 de la Ley).

corresponden al secretario ni sobre quién tiene que levantar las actas de las sesiones y expedir certificaciones, en el caso de que no exista. Sería pues muy conveniente que, en este supuesto de prescindir del secretario, los estatutos establecieran previsiones sobre estos puntos, que puede, y será conveniente que sea, un patrono, bien designado por el propio Patronato, bien de forma automática por los estatutos, como sería, por ejemplo, si se dijera que actuaría como tal el de menor edad. Parece, sin embargo, que dicha designación podrá ser para cada reunión, ya que, de otra forma, aunque de manera indirecta el designado se convertiría en secretario. Lo normal, sin embargo, es que se designe secretario, e incluso que se prevea la posibilidad, permitida, como hemos visto por la Ley, de que no sea miembro del Patronato (70), así como que se determinen sus facultades (71).

C) Causas de su cese

La Ley recoge en su art. 16 las causas de sustitución, cese y suspensión de patronos, lo que haría, en principio innecesario incluir en los estatutos las causas de cese de éstos. No obstante el propio art. 16 prevé la posibilidad de que los Estatutos introduzcan modificaciones en torno a las causas que regula y permite añadir otras. Vale la pena, pues, ver la amplitud, que en esta materia, tienen los estatutos.

La primera causa es por "muerte, declaración de fallecimiento, así como por extinción de la persona jurídica". Es evidente que poco pueden añadir en este punto los estatutos como no sea establecer la sucesión en el cargo de otra persona, o incluso reconocer al patrono la posibilidad de designar, bien por vía testamentaria, o en comunicación dirigida a la fundación, quién deba sustituirlo en el cargo. Como ya hemos indicado en otro lugar (72), el supuesto de extinción, en el caso de sociedades, debe ser tomado en sentido estricto y cuando se produzca por fusión con otra la nueva sustituirá a la antigua en el ejerci-

(70) Lo que se hará siempre que se pretenda que el cargo sea retribuido.

(71) Una fórmula frecuente en los estatutos de las fundaciones es la siguiente: "El Patronato designará un secretario, que podrá ser o no miembro del mismo. El secretario desempeñará las facultades que le encarguen, bien el presidente, bien el Patronato, y llevará los libros de actas del Patronato así como expedirá certificaciones, con el visto bueno del presidente". En ocasiones, se le atribuyen otras funciones como custodiar los restantes libros de la fundación.

(72) En mi trabajo sobre "Aspectos notariales de la Ley de Fundaciones", publicado en la *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre 1994, núm. 11, p. 247.

cio del cargo, aunque habiendo sido absorbida la designada, técnicamente se extinga.

La segunda causa es la "incapacidad, inhabilitación o incompatibilidad de acuerdo con lo establecido en la ley". En este punto, como también hemos indicado (73), habrá que distinguir entre patronos natos y electivos. Cuando alguien sea patrono nato parece razonable que en el caso de incapacidad sea sustituido en el cargo por sus representantes legales. También cabría que en los Estatutos se permitiera, incluso en el caso de patronos electivos la posibilidad de dicha representación por los representantes legales. Y en cuanto a los supuestos de inhabilitación o incompatibilidad también parece lógico, pese a lo dispuesto en el precepto, que se produzca una situación de suspensión en el ejercicio, que no dé cese en el cargo y que recuperará la plenitud de sus derechos cuando desaparezca la causa. Este tema podría aclararse en los Estatutos para evitar dudas.

La tercera causa es "el cese en el cargo por razón del cual fueron nombrados miembros del Patronato". No parece que en este punto puedan añadir nada los Estatutos.

La cuarta causa es la de "no desempeñar el cargo con la diligencia prevista en el apartado 1 del artículo anterior, si así se declara en resolución judicial" (74). También en este punto los estatutos pueden introducir algunas normas. El precepto exige la resolución judicial, pero esta norma es más bien una precaución tomada frente a la posible actuación del Protectorado, y no veo inconveniente en que se conceda al propio Patronato la facultad de juzgar si se ha producido o no la falta de diligencia, o incluso establecer algunos supuestos que se deban considerar como tal, como puede ser, por ejemplo, la reiterada ausencia a las reuniones del Patronato sin justificar las razones de ella.

Otra causa prevista es "el transcurso del período de su mandato, si fueron nombrados por un determinado tiempo". En mi trabajo citado (75) apuntaba que no existe en esta Ley alguna norma flexible como existe en materia de sociedades que evitara, en el caso de haber trans-

(73) *Loc. cit.*, p. 247.

(74) La exigencia de la intervención judicial para suspender a un patrono en el cargo es una garantía frente a posibles decisiones arbitrarias del Protectorado y significa una novedad en nuestro Derecho. Puede verse, por ejemplo, el art. 18.2 del Reglamento de Fundaciones Culturales, que concedía al Protectorado la facultad de suspensión de los patronos en el ejercicio de su cargo, e incluso en los casos muy graves y si la irregularidad afectara a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno la de nombrar un comisario especial que sustituya a aquél en el ejercicio de sus funciones.

(75) En la nota 72, p. 248.

currido el plazo, un vacío en la administración de la fundación. Como en las fundaciones, al no haber Junta general, es todavía más importante que en las sociedades no quedarse sin administradores creo sería posible, e incluso muy conveniente introducir en los estatutos alguna previsión al efecto.

Otro supuesto de cese previsto en el artículo que estamos examinando es el de la "renuncia". Señalábamos en nuestro citado trabajo que sorprendía el que no se haga referencia, en este precepto, a la notificación al propio Patronato de la renuncia, que es a quien verdaderamente interesa. Creemos que es posible establecerlo en los Estatutos. También apuntábamos que hubiera sido conveniente, y que podrían establecerse en los estatutos, algunas condiciones para la renuncia con objeto de evitar perjuicios a la fundación. Debe tenerse en cuenta que el cargo es gratuito pero, una vez aceptado, obliga al nombrado a desempeñarlo "con la diligencia de un representante legal" (art. 15.1) por lo que no es aventurado entender que deban aplicarse en el caso de renuncia, por analogía, los preceptos del Código civil en materia de renuncia del mandatario (arts. 1736 y 1737).

Por último, el apartado h) del precepto recoge como causa de cese "las causas establecidas válidamente en los estatutos". En mi citado trabajo (76) decía que los estatutos podrán modalizar, como hemos visto, alguna de las causas establecidas en la ley, pero que podrán, también, incluir otras nuevas siempre que sean "válidas". No se ve bien qué significa "causa establecida válidamente". En dicho lugar aventuré que una causa válida lo que significa es que no sea contraria a la ley o la moral (art. 1275 Cc). Pero ignoro si hay alguna exigencia más. En principio, como hemos visto, la regulación de la Ley es tan flexible que concede al fundador las más amplias facultades para organizar el Patronato y por lo tanto es difícil, salvo la anterior observación, encontrar causas que sean inválidas.

Reflexionando sobre el tema se me ocurren algunos problemas ligados con la cuestión. Uno es el de si el fundador puede reservarse para sí o conceder a un tercero ajeno a la fundación la facultad de remover, bien sea por causas establecidas, bien a su voluntad, a alguno o todos los miembros del Patronato. En principio, y si hemos entendido que puede concederse la facultad de nombramiento al fundador o a un tercero, habrá que entender que se les podrá también conceder la facultad de remoción cuando el nombramiento se haga por tiempo indefinido. Y esto, incluso sin necesidad de alegar

(76) Página 248.

causa alguna. Otro tema más complicado es el supuesto en que, aun reconocido ese derecho los estatutos establecen que el nombramiento se hará por un plazo determinado en los mismos. En este supuesto parece que la remoción exigirá que se den causas que, bien resulten de lo dispuesto en la propia ley, bien se especifiquen en los estatutos. ¿Quiere esto decir que estas causas deberán ser tasadas y explícitas en los Estatutos? A mi juicio no creo que sea necesario y será suficiente que se exija, en dichos supuestos, para la remoción la existencia de "justa causa". La determinación de si se da o no la justa causa es problema, que en caso de discrepancia entre el Patronato, a quien también creo se puede atribuir dicha facultad, o el tercero titular de la misma, y el patrono cesado deberán resolverla los tribunales de justicia. Aunque creo defendible, que, para ese supuesto, se puedan conceder facultades arbitrales al propio Protectorado o a un tercero.

D) Atribuciones del Patronato

El propio art. 9 apartado e) exige, a continuación, que se hagan constar en los estatutos "las atribuciones del Patronato".

La Ley denomina al Patronato "órgano de gobierno y representación" y dice que "corresponde al Patronato cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación" (art. 12.2). Más tarde, al tratar del patrimonio de la fundación reitera que "la administración y disposición del patrimonio corresponderá al Patronato en la forma establecida en los Estatutos y con sujeción a lo dispuesto en la Ley" (art. 17.2). De lo dicho en ambos preceptos se deduce que el Patronato tiene, en principio, facultades de carácter general tanto para el desarrollo de los fines como para la administración y disposición de los bienes que integran el patrimonio de la fundación. En principio, pues, bastaría una referencia a lo dispuesto en estos preceptos para entender cumplida la exigencia del art. 9.e) (77). No obstante, no es esto lo que se hace en la práctica, sino que, se suele añadir en los estatutos una larga enumeración de facultades del Patronato que no sólo resultan innecesarias sino también, como toda enumeración, incompletas, por lo que, en numerosas ocasiones, hay que acudir a la fórmula genérica con que se suele iniciar la enume-

(77) Por ejemplo, creo bastaría decir que "el Patronato tendrá las facultades que le atribuyen los artículos 12 y 17 de la Ley" para entender cumplida la exigencia legal.

ración (78). Esta práctica, que por otra parte no han conseguido erradicar, tampoco, en tema de sociedades, las sucesivas leyes de reforma (79) es, en materia de fundación todavía menos necesaria que en las sociedades, pues, al menos, en éstas, existen dos órganos, Junta General y Administradores, que se distribuyen las facultades, pudiendo, aunque sólo sea a efectos internos, limitarse las facultades de estos últimos. Pero en las fundaciones no hay otro órgano que el Patronato que asume en sí las facultades que en las sociedades se reparten entre ambos órganos. En principio, pues, sería suficiente la enumeración genérica e innecesaria la enumeración concreta y detallada de facultades.

Hay, sin embargo, otros temas relacionados con las atribuciones del Patronato y que tienen relación con el posible contenido de los Estatutos que estamos estudiando. El primero al que queremos hacer referencia es la innecesidad, también con frecuencia contenida en los estatutos, de referirse a la obligación de cumplir los requisitos establecidos por la legislación para determinados actos del Patronato, como pueden ser la obtención de autorizaciones previas del Protectorado o la comunicación posterior al mismo de ciertos actos. Estas son exigencias legales y por lo tanto resulta innecesario repetir las en los estatutos, porque

(78) En efecto, los Estatutos suelen comenzar atribuyendo al Patronato todas las facultades precisas para el gobierno y la administración de la fundación. He aquí una fórmula frecuente tomada de unos estatutos concretos de una fundación: "El Patronato es el órgano supremo de gobierno de la fundación, correspondiéndole todas las funciones de gobierno y administración de la misma. Con carácter meramente indicativo y sin restricción de las facultades de carácter general atribuidas al mismo tendrá las siguientes facultades..."

(79) SANCHEZ CALERO (*Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. IV, Edersa, p. 152) indica que dicha práctica enumerativa se debía, vigente el Código de Comercio a la calificación de los administradores como mandatarios. Pero reconoce que el abandono por la LSA, de la consideración de los administradores como mandatarios y la precisión de doctrina y jurisprudencia de que eran titulares de una representación orgánica, a la que no eran aplicables directamente los preceptos del Código civil sobre el mandato, no fue suficiente para el abandono de esa práctica estatutaria. La continuidad de esa práctica de incluir listas de facultades no ha de verse, exclusivamente, sigue diciendo el autor, en la inercia de la tradición sino en el deseo de conectar los actos, especialmente algunos, llamados neutros, como fianza, aval, gravamen de inmuebles, etc., con el objeto social. Ni siquiera la última reforma que disminuye la función del objeto social y amplía la representación de los administradores ha sido suficiente para acabar con la enumeración, ahora ya, según SANCHEZ CALERO, por la inercia de la tradición. A mi juicio la razón de continuar con las enojosas listas no se debe sólo a la inercia sino que responde a evitar a la sociedad problemas en su actuación frente a Bancos y empresas con las que contrata que, con frecuencia, no se quedan satisfechos con dichas fórmulas generales y no "bastantean" las facultades de los administradores si no ven expresamente recogidas en los estatutos las facultades para los actos concretos que se pretenden realizar.

cuando se atribuye al Patronato, por ejemplo, la facultad de enajenar bienes, por supuesto que debe entenderse subordinada a la obtención de las autorizaciones correspondientes. La práctica de hacer referencia a la necesidad de cumplir dichos requisitos deriva, en ocasiones, de la exigencia de algunos Protectorados al respecto, pero puede plantear en el futuro a la fundación algunos problemas interpretativos. En efecto, el Patronato, por imperativo legal, tiene que cumplir determinados requisitos, pero el fundador puede añadirle otros distintos, entre los que puede estar la obtención, en el ejemplo anterior, de determinadas autorizaciones. Si las exigidas por la Ley se incorporan a los estatutos y en el futuro, como es de desear, la ley aligera los requisitos que hoy abruma a las fundaciones, quedará la duda de si estas fundaciones deberán seguir necesitadas de solicitar las autorizaciones si no ya por exigencia legal sí por haberlo previsto así el fundador.

Otra cuestión relativa a las atribuciones del Patronato es la de si el fundador puede modificar e incluso limitar las facultades del Patronato. En las leyes de sociedades capitalistas se prohíbe la limitación, con efectos para tercero, de las facultades de los órganos de administración de la sociedad (80). La justificación de estas normas es la protección del tráfico mercantil. En las fundaciones al no existir varios órganos el Patronato debe estar investido de todas las facultades precisas para la gestión y representación de la fundación. No parece que, en principio, pueda privarse al Patronato de las facultades que necesita, pero sí es posible establecer algunas limitaciones. El fundador puede privar, por ejemplo, al Patronato de la facultad de modificar los estatutos de la fundación, si bien, como veremos, esta prohibición lo que produce es la necesidad de contar, en algunos supuestos, con la autorización del Protectorado. También parece que podrá prohibir la fusión con otras fundaciones, pues, aunque no esté expresamente contemplado en el art. 28 sí se reconocen al fundador facultades para prohibir la modificación de estatutos, implícitamente se le están reconociendo para impedir la fusión que significa una derogación de los mismos. Únicamente en el supuesto de que la fundación sea absorbente y los fines de la fundación absorbida coincidan con los de la absorbente, y se mantengan los órganos de gobierno de ésta, puede darse un supuesto de fusión sin modificación estatutaria.

(80) Arts. 129 LSA y 63 LSRL. De todas formas y cuando las sociedades en la práctica han pretendido limitar este ámbito lo han conseguido manteniendo las facultades ilimitadas e ilimitables de un Consejo de Administración, pero delegando las facultades a varios consejeros, o apoderados, a los que se exige que actúen de forma mancomunada.

El fundador puede dar o no al Patronato facultades para determinar el destino de los bienes una vez extinguida la fundación (art. 31.2). Pero aparte de estos supuestos, previstos en la Ley, y de los que luego nos ocuparemos, podría también preverse en los estatutos la necesidad de que para determinados actos se precise un consentimiento de persona externa al Patronato, como puede ser el propio fundador, si vive, o terceras personas físicas o jurídicas, o incluso, como hemos visto al estudiar la composición del Patronato de algún miembro del mismo, como puede ser el presidente o un grupo de miembros especial del Patronato (81). Para los propios actos para los que la Ley exige autorización del Protectorado no habría inconveniente que el fundador impusiera, además de ésta, el consentimiento de otras personas o entidades, o el cumplimiento de ciertos requisitos, como podría ser, por ejemplo, que la venta de bienes se realice en pública subasta.

E) Forma de deliberar y tomar acuerdos el Patronato

Es la última de las menciones que exige consten en los estatutos el art. 9 que estamos comentando.

Las leyes que rigen las sociedades de capital, a las que, en muchos puntos, ha seguido la de fundaciones, suelen contener detalladas normas sobre el derecho a asistir a las Juntas, la representación y el derecho de información, y además exigen determinados quorums para considerar válidamente constituidas las Juntas en función de los acuerdos que se quieran tomar.

El Reglamento de Fundaciones, que es otro de los antecedentes de la Ley, contenía una única norma al respecto cuando decía (82) que “la reunión del Consejo será válida cuando concurren al menos la mitad más uno de sus componentes. Estos no podrán abstenerse de votar o votar en blanco. Los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos”. La ley actual ni siquiera ha recogido disposición alguna en torno a los quorums de constitución y toma de acuerdos por la fundación (83).

(81) Por ejemplo, cabe que si en el Patronato hay miembros natos pertenecientes a la familia del fundador, éste, exija su consentimiento expreso para la modificación de estatutos, la extinción de la fundación o incluso la determinación del destino de los bienes.

(82) En su art. 11.1.b).

(83) El relativo a la prohibición de abstenerse o votar en blanco, inexistente en cualquier persona jurídica en nuestro derecho, sería, a mi juicio antidemocrático y contrario a los principios que rigen la toma de acuerdos en los que tanto la abstención como el voto en blanco se consideran un medio normal de expresar la opinión del votante.

La Ley no prevé nada con carácter ni imperativo ni subsidiario por lo que habrá que recoger en los estatutos las líneas generales a las que deba sujetarse el Patronato en este tema. El problema está en cuáles son los requisitos que se consideran imprescindibles para que el Patronato pueda cumplir sus funciones y por lo tanto de inclusión obligatoria en los estatutos.

Parece que los estatutos deberán recoger como mínimo, la forma de convocar las reuniones, quién dirige las sesiones y sus facultades, que podrán ser genéricas o detalladas, quorums precisos para entenderse legítimamente constituida la sesión y para tomar acuerdos, salvo lo que luego diremos sobre la posibilidad de tomar acuerdos sin reunión.

No obstante, la ausencia de norma legal permite plantear no pocas cuestiones, algunas de las cuales vamos, al menos a apuntar.

La primera es si cabe sustituir la obligatoriedad de reunión por la toma de acuerdos sin necesidad de presencia física de todos los patronos. Esta sería una flexibilidad útil cuando el número de patronos es elevado o son personas importantes y viven en distintos lugares siendo difícil su desplazamiento. El antecedente se encuentra en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953 que permitía tomar acuerdos sin necesidad de reunir la Junta (84). No obstante, la reciente Ley no hace referencia alguna a este procedimiento de tomar acuerdos por lo que los primeros comentaristas de la misma (85) entienden que esta omisión, unida a la declaración de que los socios deciden "reunidos en Junta General", equivale a su supresión, sin necesidad de una declaración expresa

¿Será posible establecer en los Estatutos de una fundación esta posibilidad? En primer lugar, hemos de señalar la utilidad de poder tomar acuerdos sin reunión en algunos supuestos. Además, las técnicas de reunión están evolucionando al compás de los avances científicos y hoy es posible celebrar videoconferencias en las que sin salir

(84) Entre las menciones que debían expresarse en la escritura figuraba: "9.º La forma de deliberar y tomar acuerdos la Junta de socios, y la forma de convocarla y constituir la, en el supuesto de que exista o, en caso contrario, la forma de tomar acuerdos por escrito". En el art. 14 exigía que "cuando el número de socios exceda de quince o cuando así lo exija la escritura, la mayoría habrá de formarse, necesariamente, en Junta General. En otro caso, el acuerdo social podrá adoptarse por correspondencia postal o telegráfica, o por cualquier otro medio que garantice, con arreglo a la Ley o a la escritura la autenticidad de la voluntad declarada".

(85) CABANAS TREJO en su comentario al art. 43 de la nueva Ley contenido en la obra editada por el Consejo General del Notariado, t. I, p. 243.

nadie de su casa cabe la intervención en una reunión común viéndose recíprocamente los que se reúnen. También a través de Internet cabe celebrar forums que permiten expresar a cada uno la opinión sobre puntos de discusión. Por otra parte, la posibilidad de votar cuestiones previamente distribuidas a los miembros de una Junta, y dando un plazo para expresar opiniones al respecto, aunque menos perfecto que los anteriores, es también una fórmula que, en fundaciones, no excesivamente complejas, permitiría tomar acuerdos sin necesidad de desplazarse. Esto sería especialmente útil cuando los miembros del Patronato residan en lugares muy alejados entre sí, lo que implicaría un costoso desplazamiento que gravaría económicamente a la fundación. La ley desde luego ni ha previsto ni creo que sus autores hayan pensado en permitirlo. No obstante, y aun reconociendo lo audaz de la propuesta la verdad es que nada impide en la Ley que los Estatutos prevean alguna fórmula de tomar acuerdos sin reunión de la Junta siempre que, como establecía la vieja Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, se "garantice la autenticidad de la voluntad declarada". En efecto, la Ley en ningún supuesto habla de la reunión del Patronato, ni de la forma de reunirse. Ya hemos visto que ni siquiera exige que en los estatutos se recoja la forma de convocarlo; se limita, en efecto, a exigir que los Estatutos contengan "la forma de deliberar y adoptar acuerdos" y, conforme con las técnicas modernas, esto es perfectamente posible, como hemos indicado, sin necesidad de reunión concreta en un lugar determinado de todos los patronos. Creemos, por tanto, que podría aceptarse que los Estatutos establezcan una forma de deliberar y tomar acuerdos sin necesidad de reunión del Patronato, en consonancia con lo que antes hemos expresado, siempre que aparezca perfectamente regulado en ellos, y se respete la posibilidad de los patronos de expresar su opinión y su voto sobre los temas debatidos.

Dejando de lado lo dicho antes, parece que se podrá prever, lo que no aceptaba algún Protectorado en una interpretación rigurosa del Reglamento de Fundaciones Culturales, la posibilidad de celebrar dos convocatorias, exigiendo quorums distintos de asistencia para cada una de ellas, o incluso con el mismo quórum, sin que, en el supuesto de preverse sea necesario dejar un lapso de tiempo concreto entre una y otra (86). También pueden los Estatutos determinar quorums reforzados, ya de asistencia, ya de voto, referido éste bien al número de patronos, bien al de patronos asistentes para cualquier acuerdo o para

(86) Como hacen las leyes de sociedades anónimas y de sociedades de responsabilidad limitada para las Juntas de estas sociedades.

ciertos acuerdos de especial importancia. No parece, en cambio preciso que se exija, lo que por otra parte podría ser razonable, un quórum determinado para ningún asunto concreto, salvo previsión estatutaria, lo que implica que convocado el Patronato podrían tomar el acuerdo los que asistieran a él, incluso si fuera un número exiguo de sus miembros y hasta, uno solo. Algunos estatutos exigen la presencia del presidente o del secretario no pudiéndose, en otro caso, celebrar la reunión.

En cuanto al derecho de voto también caben decisiones de los estatutos que lo modalicen. ¿Cabe, por ejemplo, la concesión a ciertos patronos de más de un voto? Esta es una de las muchas novedades introducidas por la reciente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (87) y creemos, ante la no prohibición de la Ley, posible también en las fundaciones tanto más cuanto que en éstas no existe relación alguna entre aportaciones y derecho de voto ni existe aportación de los patronos, en cuanto tales, a la dotación fundacional. Cabe pues conceder a uno o varios patronos votos reforzados, bien con carácter general bien para asuntos concretos. También cabe, y existe en ocasiones, la exigencia del voto favorable de determinado grupo de patronos, por ejemplo los natos, o los pertenecientes a la familia del fundador. Incluso, cabe conceder a un patrono, y como hemos dicho, hasta a un tercero un derecho de veto. En este punto, tanto el silencio de la Ley como la práctica permiten una gran flexibilidad.

Cabe y es conveniente establecer la forma de tomar acuerdos y de extender las actas así como de su aprobación, e incluso decir quién tiene poder certificante en la fundación.

La única limitación, que impone la Ley es que el cargo de patrono, cuando recae en persona física deberá ejercerse personalmente (88). No obstante lo anterior, creo que no contraría la norma y podría autorizarse, por tanto, en los estatutos, la posibilidad de delegar en otro miembro del Patronato para una sesión determinada. Aquí, sí creo que se cumple el requisito del ejercicio personal del cargo siempre que la delegación sea en otro miembro del Patronato, y sobre todo que sea concreta para una reunión y no de carácter general. Parece lógico permitirlo para evitar los problemas que puede plantear, sobre

(87) Cuyo art. 53.4 dice que "salvo disposición contraria de los estatutos, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto". Lo cual significa que en los estatutos se puede conceder al titular o titulares de determinadas participaciones el derecho a emitir varios votos, sin limitación de cuántos sean, rompiendo el tradicional principio de las sociedades capitalistas de proporcionalidad entre la aportación y el derecho de voto, que se mantiene intocable en las anónimas.

(88) Art. 13.5.

todo si se exigen en los estatutos quorums determinados para ciertos acuerdos, la imposibilidad de algún patrono para asistir a una reunión (89).

6. Otras disposiciones de los Estatutos

Por último, el art. 9 permite incluir en los estatutos “cualesquiera otras disposiciones y condiciones lícitas que los fundadores tengan a bien establecer”.

En cuanto a estas disposiciones, cuyo único límite, como hemos visto es la licitud, hay dos grupos distintos. Unas están expresamente previstas en los Estatutos, otras se introducen o pueden introducirse en la práctica al amparo de esta previsión legal. Veamos ambas por separado.

A) Disposiciones de los Estatutos previstas en otros artículos de la Ley

— La designación del presidente. Ya nos hemos ocupado de las diversas posibilidades al respecto que resultan de lo dispuesto en el art. 13.1, que permite bien a la escritura bien a los estatutos determinar la forma de designación del presidente.

— Los patronos tienen derecho (90) “a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados, que el desempeño de su función les ocasione”, pero el mismo precepto lo excluye si hay “disposición en contrario del fundador”, la cual puede contenerse en los Estatutos.

— El Patronato puede, con algunas excepciones previstas en la Ley, delegar sus facultades en uno o más de sus miembros, así como nombrar apoderados generales y especiales. Pero en ambos casos los estatutos pueden prohibirlo (91).

(89) El problema era más grave y por lo tanto revestía mayor importancia la admisión de esta posibilidad en las fundaciones culturales sometidas al Reglamento de 1972 cuyo art. 11.b) decía que “la reunión del Consejo será válida cuando concurran al menos la mitad más uno de sus componentes”. Hoy al no exigirse por la Ley quórum mínimo de asistencia el problema podría obviarse con no establecerlo en los Estatutos. De todas formas puede ser importante que conste el voto favorable de determinados miembros, e incluso interesar a los efectos, en su caso, de la posible acción de responsabilidad.

(90) Según el art. 13.6 de la Ley.

(91) Art. 14 de la Ley. El propio art. dice que “no son delegables la aprobación de las cuentas y del presupuesto ni aquellos actos que requieran la aprobación del Protectorado.

— Los Estatutos pueden contener normas sobre la administración y disposición del Patrimonio de la fundación, siempre, puntualiza, “con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley (92).

— También pueden los estatutos establecer la obligatoriedad de someter a auditoría las cuentas de la fundación, aunque no se den los requisitos previstos en el art. 23.3. La Ley concede esta facultad al Patronato y al Protectorado, pero parece lógico aceptar que también puede imponerlo el fundador reconociéndolo en los estatutos.

— También pueden los estatutos determinar que se destinen a la realización de los fines fundacionales más del 70 por 100 de las rentas o cualesquiera otros ingresos netos de la fundación (93).

— No suelen faltar, en los estatutos recientes de fundaciones, normas relativas a la modificación de los estatutos, fusión y extinción de las fundaciones.

Dejando para un apartado distinto lo relativo a la modificación de las fundaciones nos limitaremos a examinar lo que se suele incluir en los estatutos relativo a los otros dos temas.

En cuanto a la fusión la Ley prevé su posibilidad separando dos supuestos. Uno, la fusión a iniciativa del Patronato (94), y otro a iniciativa del Protectorado (95). No vamos a estudiar a fondo esta cuestión, que presenta, como la modificación y extinción, no pocos problemas sino sólo a ver cómo puede incidir en ella la voluntad del fundador a través de lo dispuesto en los Estatutos (96). En primer

(92) Según prevé la Ley en su art. 17.2.

(93) El art. 25.1 de la Ley exige que “a la realización de los fines fundacionales, deberá ser destinado, al menos, el 70 por 100 de las rentas o cualesquiera otros ingresos netos”. Parece, pues, que respetada esa cantidad mínima, pueden los estatutos establecer otras previsiones aumentando el porcentaje destinado a los fines fundacionales y disminuyendo el destinado a dotación fundacional.

(94) El art. 28 dice que “el Patronato de la fundación podrá proponer su fusión con otra fundación. En tal caso, deberán concurrir las circunstancias aludidas en el apartado 1 del art. anterior ‘o sea siempre que resulte conveniente en interés de la misma’ y se requerirá acuerdo de las fundaciones interesadas, al que podrá oponerse el Protectorado por razones de legalidad, mediante acuerdo motivado en el plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación al mismo de los respectivos acuerdos de las fundaciones interesadas”.

(95) Sigue diciendo el art. 28 que “podrá el Protectorado solicitar de la autoridad judicial la fusión de aquellas fundaciones que no puedan cumplir sus fines por sí mismas cuando éstos sean análogos y exista oposición de sus órganos de gobierno y no lo haya prohibido el fundador”.

(96) Véase un ejemplo tomado de la práctica: “Podrá también el Patronato acordar la fusión de la fundación con otras de fines similares con el quórum favorable de dos tercios de sus miembros y el voto favorable del fundador, si viviera”. Otra cláusula es del tenor siguiente: “El Patronato podrá, con el quórum favorable de dos tercios de sus

lugar, puede el fundador prohibir la fusión. Así, resulta expresamente de lo dispuesto en el art. 28.2. En este precepto sigue la ley un criterio distinto del que sigue en el anterior para la modificación de estatutos, razón por la cual hay que entender que el Protectorado no puede exigir la fusión ante la existencia de una prohibición expresa del fundador. Pero ¿podrá el Patronato, con autorización del Protectorado acordar la fusión? La verdad es que el precepto sólo hace referencia a la prohibición del fundador cuando contempla el supuesto de fusión por iniciativa del Protectorado, pero no en el caso de iniciativa del Patronato. A mayor abundamiento el número 1 del art. 28 cuando prevé la fusión a iniciativa del Patronato se refiere expresamente a las “circunstancias aludidas en el apartado 1 del artículo anterior”, apartado en el que está precisamente previsto que cabe la modificación de estatutos con autorización previa del Protectorado incluso si lo ha prohibido el fundador. Cabría pues, en una interpretación de este precepto, entender que así como el Protectorado no puede imponer la fusión al Patronato si lo hubiera prohibido el fundador, en cambio el Patronato podría, si resulta conveniente a la fundación, acordar la fusión con la autorización previa del Protectorado (97). De todas formas, y como diremos al hablar de la modificación de estatutos esta norma que permite desconocer la voluntad del fundador puede resultar contraria al reconocimiento constitucional del derecho a fundar que, lógicamente, debe llevar anejo el de regular la vida de la fundación, e incluso de lo dispuesto en la propia ley que permite al fundador establecer “cualquier otra causa” (98) de extinción de la fundación. En un deseo de salvar la voluntad del fundador podría entenderse que la fusión podrá realizarse incluso si la ha prohibido el fundador con los requisitos del art. 27.1, pero si el fundador ha elevado a categoría de causa de extinción la situación o el intento por parte del Patronato de fusión, se aplicaría esta causa y no sería posible la fusión.

miembros y siempre con el voto favorable de su presidente acordar la modificación de los Estatutos para adaptarlos a nuevas necesidades, y siempre procurando respetar el espíritu del fundador”. En otros supuestos se requiere sólo el quórum reforzado.

(97) De esta misma opinión es CAFFARENA en *op. cit.* en nota 58, p. 254, donde en nota 10 dice: “Si el fundador hubiese prohibido la fusión se requerirá, además, la autorización previa del Protectorado”. El autor critica esta innovación que, por derivación de lo establecido por enmienda introducida en el Senado para la modificación, implica una violación de la voluntad del fundador.

(98) Art. 29, apartado e): “Cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos”.

Volviendo al estudio de las cláusulas de los estatutos, que es nuestro tema, en éstos puede, bien prohibirse la fusión, con los efectos que hemos estudiado, bien ampliarse los supuestos, permitiendo, por ejemplo, al Patronato, acordarla aunque no concurren las circunstancias exigidas en el art. 28.1, es decir sin la concurrencia de causa alguna. Podrán, igualmente los estatutos exigir un quórum reforzado de los miembros del Patronato, o el consentimiento del propio fundador o de tercera persona por él designada, o incluso de un sector del Patronato. Por último, no habría inconveniente en imponer otras condiciones, como la asunción por la fundación resultante de determinadas obligaciones que tenía la que se extingue (99).

El tema de la posible oposición del Protectorado y sus efectos sobre la fusión lo estudiaremos al reflexionar sobre la misma cuestión en la modificación de estatutos.

En cuanto a la extinción es un tema delicado y que plantea no pocos problemas (100). Limitándonos a su reflejo en los Estatutos apuntaré los siguientes:

En primer lugar, puede el fundador incluir en los estatutos alguna cláusula que contenga causas distintas de las previstas en la Ley (101). A mi juicio la Ley no pone, en este punto, restricción alguna a la voluntad del fundador que puede introducir cualquier cláusula nueva e incluso creo que sería posible conceder al Patronato la facultad de

(99) Por ejemplo, la conservación de la tumba o mausoleo del fundador en la Iglesia o instalaciones de la fundación, el cumplimiento de determinadas cargas, como pueden ser decir ciertas misas por su alma, o permitir la asistencia en el establecimiento de la fundación del propio fundador o algún allegado suyo. Incluso, aun cuando no se haya hecho constar expresamente en los estatutos esta obligación de asumir la fundación resultante de la fusión, las cargas que la fundación extinguida tuviera, hay que entender que será requisito de la fusión dicha asunción, por aplicación de las normas generales sobre cargas en nuestro derecho.

(100) Me he ocupado brevemente de él en algunos trabajos anteriores. Puede verse mi intervención en el curso de la *Fundación Futuro* publicado luego por José Ignacio OLMOS, bajo el título *Las Fundaciones: Su nuevo régimen jurídico y fiscal y contable*, 1995, y en el Encuentro de Toledo, organizado por el Centro de Fundaciones, p. 34 del libro citado en la nota 25.

(101) El art. 29 dice que "la fundación se extinguirá: a) cuando expire el plazo por el que fue constituida; b) cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional; c) cuando sea imposible la realización del fin fundacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 de la presente Ley; d) cuando así resulte de la fusión a que se refiere el artículo anterior; e) cuando concorra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los estatutos; y f) cuando concorra cualquier otra causa establecida en las leyes."

declarar extinguida la fundación sin necesidad de alegar causa alguna (102). Claro que las consecuencias de dicha decisión deberán ser las previstas para la liquidación de la fundación en el art. 31 (103). Lo que no puede el fundador es introducir en los estatutos una condición resolutoria que, producida, signifique la retrotransmisión de los bienes que componen la dotación al propio fundador o a sus familiares (104). Un problema, sin embargo distinto es si el fundador puede someter la constitución de la fundación y la dotación que normalmente la acompaña a la condición de que sea inscrita la fundación en los términos por él establecidos. El tema adquiere especial importancia si se tiene en cuenta que la Ley en un precepto de discutible oportunidad establece en el último apartado del art. 9 que “toda disposición de los Estatutos o manifestación de la voluntad del fundador que sea contraria a la presente Ley se tendrá por no puesta, salvo que afecte a la validez constitutiva de aquélla. En este último caso no procederá la inscripción de la fundación en el Registro de Fundaciones”. Sin entrar a estudiar el alcance de esta disposición e incluso su posible inconstitucionalidad (105), sí señalaremos que no vemos inconveniente en que el fundador

(102) Parece ser contrario a esta tesis CAFFARENA, que en la obra citada en la nota 58, p. 262, dice que “no es conforme a la naturaleza y características de la persona jurídica fundacional el admitir que el fundador se reserve o conceda a terceros la facultad de disponer sobre la existencia de la fundación, ni siquiera cuando dicha facultad se establezca para el caso de que se produzca una determinada circunstancia.” A mi juicio no hay en la Ley ningún precepto que abone la anterior tesis y, por el contrario, tanto el reconocimiento constitucional del derecho a fundar como un derecho concedido al fundador, como lo dispuesto en el precepto que estamos comentando, me inclinan a reconocer al fundador la más amplia libertad, en este punto. En efecto, si el fundador puede establecer un plazo, transcurrido el cual se extingue la fundación, es libre para determinar los fines, cuya realización produce la extinción y sobre todo tiene reconocido el derecho a establecer “cualquier otra causa”, no parece inconveniente entender que puede elevar a la categoría de causa el acuerdo del propio Patronato.

(103) Así, lo dice también CAFFARENA en *loc. cit.* nota anterior.

(104) Véase CAFFARENA, *loc. cit.*, p. 261.

(105) La Constitución reconoce el “derecho a fundar para fines de interés general con arreglo a la Ley”. En este precepto se dispone que una fundación pueda tomar existencia incluso contra la voluntad del fundador si sus disposiciones son contrarias a la Ley. No dice el precepto quién puede juzgar sobre el hecho de que una disposición de los estatutos sea o no contraria a la Ley. En principio, parece que corresponde al encargado del Registro determinar si una disposición es o no ajustada a la Ley (art. 3.2 de la Ley). Pero este precepto lo que permite, en ese caso, al encargado del Registro es sólo denegar la inscripción, en ningún modo inscribir la misma excluyendo las cláusulas contrarias a la Ley. Parece razonable que en el supuesto de que el encargado del Registro entienda que una cláusula no es inscribible deniegue la inscripción expresando las causas, y si el fundador no acepta su criterio deberían ser los tribunales de justicia los llamados a determinar si es aplicable o no el precepto del art. 9.2 y si por lo tanto es inscribible la fundación sin la

someta el acto constitutivo y la dotación a la condición suspensiva de que sea aceptada en los términos por él establecidos, y que en otro caso se tenga por no constituida la fundación y no se produzca la transmisión de los bienes a la misma.

Puede, en segundo lugar, el fundador modificar la forma de tomar los acuerdos de extinción de la fundación, ya reforzando los quorums bien de asistencia bien de votación del acuerdo de extinción, ya concediendo un voto reforzado a un patrono, ya reservándose para sí o para tercera persona o personas el derecho de veto al acuerdo de extinción. No obstante si la causa de extinción fuera de las establecidas en los apartados b) c) y e) del art. 29 de la Ley (106) se podrá, en última instancia, acudir a la autoridad judicial.

También pueden los estatutos contener cláusulas relativas a la liquidación, aunque no es muy frecuente. Por ejemplo, puede determinar que la enajenación de los bienes se realice en pública subasta, o incluso autorizar u ordenar al Patronato que no se enajenen alguno o todos los bienes de la fundación realizándose la entrega de los mismos a la entidad que reúna los requisitos del art. 31, que vamos a ver a continuación.

Por último, es conveniente prestar en los estatutos especial consideración al destino de los bienes en caso de extinción de la fundación (107). Permite el art. 31 al fundador decidir por sí el destino de los bienes de la fundación, una vez liquidada ésta, determinando directamente a quién deben entregarse, siempre que se trate de fundaciones o entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución a la consecución de aquéllos, así como a las entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general. La redacción del precepto no es muy afortunada. Por ejemplo, inexplicablemente quedan fuera de las posibilidades de disposición las fundaciones que sean públicas, aunque reúnan los restantes requisitos. En efecto, el número 2 del art. 31 sólo se refiere a "entidades privadas" y

cláusula o cláusulas consideradas contrarias a la Ley. Y aun así esto sólo será posible si las cláusulas no inscritas pueden ser sustituidas por disposiciones de la propia ley y no precisan una ulterior expresión de voluntad del fundador, ya que en este último caso ni siquiera los tribunales podrían completar la voluntad de éste. Por ejemplo, supóngase que lo que se consideran contrario a la ley son los fines establecidos por el fundador, resulta evidente que ni el encargado del Registro, ni el Protectorado ni siquiera los tribunales pueden hacer una determinación de nuevos fines para la fundación.

(106) Cuando se hubiere realizado íntegramente el fin fundacional, sea imposible la realización del mismo o se trate de otra causa prevista en los Estatutos.

(107) Véase la crítica que hago a este precepto en los trabajos citados en la nota 100.

en el número 3 se excluyen expresamente las entidades públicas de naturaleza fundacional, luego, sin que haya razón alguna para ello, aplicando literalmente el precepto las fundaciones públicas no pueden ser destinatarias de los bienes de una fundación liquidada.

A mi juicio el precepto deberá ser interpretado buscando su espíritu que no es otro que evitar que los bienes de la fundación, en caso de extinción, puedan volver al fundador, su familia, o destinarse a fines que no sean de interés general. Y es teniendo en cuenta este espíritu con el que, creo, habrán de juzgarse las cláusulas de los estatutos, por cierto muy frecuentes, que ordenan la entrega a la Iglesia o a sus órganos jerárquicos de los bienes para destinarlos a fines de interés general, aunque la Iglesia carezca de estatuto propio que contenga la expresión exigida en el precepto del destino de los bienes en caso de extinción, por considerarse, por esencia, perpetua. Igual ocurre con las fundaciones públicas que hay que entender cumplen los requisitos exigidos por la legislación aunque parezcan excluidas por la literalidad de los preceptos.

El fundador puede determinar directamente el destino de los bienes a una entidad concreta o permitir al Patronato la elección entre un número de estas preestablecido por él. Puede conceder esta facultad al propio Patronato. Pero ¿puede reservarse para sí en el futuro dicha decisión o conceder la facultad de decidir a tercera persona? Con lo establecido en el art. 31.2 la contestación afirmativa es dudosa (108). El fundador podrá, sin embargo obtener un resultado si no idéntico sí parejo estableciendo en los Estatutos que para determinar el destino de los bienes será preciso el consentimiento o aprobación bien del propio fundador bien de la tercera persona a la que se desee conceder dicha facultad. Es cierto que dicho fundador o tercero no podrá decidir, por sí solo, el destino, pero sí influir decisivamente en el mismo. No es éste el momento de dictaminar las consecuencias de una discrepancia irreductible entre el Patronato y el fundador o tercero en torno a este tema (109).

Queda, por último, otro problema. Como hemos visto el art. 31 es amplio en cuanto a los fines de las entidades a que se entreguen los

(108) Y, sin embargo, esta cláusula es frecuente, sobre todo en fundaciones antiguas, que, fieles a la voluntad del fundador pueden querer mantenerla al adaptar sus estatutos. Por ejemplo, es frecuente una cláusula del tenor siguiente: "Extinguida la fundación se entregará el importe resultante de la liquidación de sus bienes al Ordinario del Lugar para que lo destine a fines benéficos".

(109) Sí parece que la discrepancia no la podrá resolver el Protectorado siendo la autoridad judicial la llamada a ello.

bienes de la fundación permitiendo cualesquiera de ellos siempre que sean de interés general. Pero el art. 42.1.e) de la misma Ley, sin que haya razón alguna, exige, para el reconocimiento de los beneficios fiscales aplicables a las fundaciones, el requisito de “aplicar su patrimonio en caso de disolución, a la realización de fines de interés general análogos a los realizados por las mismas”. El hecho de que deban ser análogos no está recogido en el art. 31, pero está siendo exigido con rigurosidad por la Agencia Tributaria, y obliga a todas las fundaciones a incluir dicha previsión en sus estatutos (110) (111).

B) Disposiciones que suelen recogerse en los estatutos y no están ni exigidas ni previstas por la Ley

Las fundaciones antiguas, como ya hemos indicado no solían tener estatutos y se regían por normas dictadas por el fundador en la propia escritura de constitución o en su testamento, y que generalmente eran escasas limitándose a determinar quiénes ejercerían el Patronato y a establecer condiciones resolutorias, para el supuesto de no respetarse su voluntad por la Ley o las autoridades administrativas. Las fundaciones más recientes suelen tener todas estatutos, las culturales por ser obligatoria su existencia tras la publicación del Reglamento de 1972 (112). En estos estatutos son casi de estilo algunas disposiciones que vamos a examinar a continuación.

(110) Entre los dos títulos de que consta la Ley de Fundaciones e Incentivos Fiscales, que, como es sabido, comenzaron su andadura como proyectos distintos, no se ha conseguido la adecuada coordinación y presentan incongruencias como la que estamos apuntando. La exigencia del art. 42 plantea otro problema. La Ley en su art. 31 no exige que en los Estatutos se contengan disposiciones en cuanto al destino de los bienes atribuyendo al Protectorado la facultad de determinar dicho destino a falta de previsión de los estatutos. Pero la exigencia del art. 42 de que se apliquen los bienes a fines análogos puede llevar a la necesidad de recoger siempre en los estatutos dicho destino, pese a que con el art. 31 no sería necesario.

(111) He aquí un modelo de artículo tomado de unos estatutos reales en tema de extinción: “El Patronato podrá acordar la extinción de la fundación bien por cualquiera de las cláusulas previstas en la ley o por cualquier otra acordada por el Patronato. Será preciso, para tomar este acuerdo, el voto favorable de dos tercios de los miembros del Patronato y el voto a favor del fundador, mientras viva y ejerza sus funciones. Extinguida la fundación se procederá a su liquidación abonando todas las deudas que tenga y entregando ya los propios bienes ya su importe, según considere oportuno el Patronato, a otras fundaciones o entidades no lucrativas que persigan fines de interés general, análogos a los de la fundación y que acuerde el Patronato, que queda expresamente autorizado por el fundador para realizar dicha aplicación”.

(112) Art. 7 del mismo.

1. La afirmación de la personalidad jurídica y capacidad de la fundación

No falta en casi ninguna fundación, incluso después de publicada la ley una cláusula que afirme la personalidad jurídica de la misma y su capacidad general tanto jurídica como de obrar (113). Esta cláusula es en realidad innecesaria, y en su primera parte lo era ya desde la publicación del Código civil. En efecto el art. 35 del Código civil calificaba de personas jurídicas a las fundaciones y por lo tanto tenían reconocida su personalidad. Así lo dice, también, de forma más clara la Ley en su art. 3: "Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública". En cuanto a la capacidad el problema era más complejo lo que justificaba, antes de la ley fórmulas como la indicada que trataba de orillar la aplicación de las leyes desamortizadoras. En efecto, el Código era reticente en este punto ya que tras decir que la capacidad civil de las fundaciones se regulará "por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuere necesario" añadía en el art. 38 que "las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales conforme a las leyes y reglas de su constitución". En ambos casos el Código civil hace referencia a las "reglas de constitución de las fundaciones" para reconocerles capacidad. Hay que tener en cuenta, además, que estaban vigentes las leyes desamortizadoras que obligaban a convertir los bienes en láminas de deuda perpetua, de lo que huían, en la medida de lo posible, las fundaciones, amparadas por una jurisprudencia progresiva del Tribunal Supremo que reconocía la libertad de las fundaciones en las que los estatutos concedían al Patronato libertad para disponer de los bienes, con objeto de que no pudieran considerarse amortizados. Esto explica el que en los estatutos no faltara una norma de estilo como la que hemos recordado. Pero, ¿es preciso mantenerla hoy? A mi juicio no. La personalidad está claramente

(113) Véase un ejemplo: "La fundación tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad jurídica y de obrar, pudiendo, en consecuencia, con carácter enunciativo y no limitativo, adquirir, conservar, poseer, administrar, disponer, enajenar, permutar y gravar bienes de todas clases, celebrar todo género de actos y contratos, concertar operaciones crediticias, obligarse, renunciar y transmitir bienes y derechos, así como promover, oponerse, seguir y desistir procedimientos que fueren oportunos y ejercitar libremente toda clase de derechos, acciones y excepciones, ante los juzgados y tribunales de justicia, ordinarios y especiales, y organismos y dependencias de la Administración Pública y cualesquiera otros del Estado, Comunidades Autónomas, Provincia, Municipio y demás Corporaciones y Entidades".

reconocida en la ley y en cuanto a la capacidad aun cuando no hay una afirmación explícita de la misma, sí se deduce de la concesión de facultades, no limitadas, de administración y disposición de los bienes contenida en el art. 17 (114). En conclusión, sólo en el supuesto de que se quiera restringir por el fundador la capacidad de la fundación o las facultades del Patronato, por ejemplo prohibiendo la enajenación de determinados bienes (115), es útil una cláusula de ese tipo. En otro caso, podría prescindirse de ella.

2. Sobre la modificación del domicilio

Una cláusula muy frecuente en los estatutos de las fundaciones es la que, tras determinar el domicilio de la fundación autoriza al Patronato a trasladar el mismo al lugar que juzgue oportuno (116).

En principio, tal cláusula parece innecesaria por cuanto no cabe duda que entra dentro de las facultades ordinarias concedidas al Patronato. Está tomada, en realidad, de los estatutos de sociedades, pero en éstas lo que se establece es una competencia delegada al órgano de administración para efectuar el cambio sin necesidad de convocar la Junta General. No existiendo esta duplicidad de órganos en las fundaciones la cláusula, como decimos es innecesaria. Pero es que, además, la cláusula es incorrecta porque, como hemos recordado dentro de este mismo trabajo el fundador y, mucho menos, el Patronato no son libres para fijar el domicilio que tiene, forzosamente, que coincidir con el lugar donde se encuentre la sede de su órgano de gobierno, que, además, deberá radicar en el ámbito territorial en que

(114) El art. 17 tras contener la importante afirmación de que "el patrimonio de la fundación podrá estar constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica", que significa el fin de las leyes desamortizadoras, afirma en el número 2 que "la administración y disposición del patrimonio corresponderá al Patronato en la forma establecida en los estatutos y con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley".

(115) Y aun en este supuesto puede verse lo que decidió la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 21 de octubre de 1980 que, con argumentación, por cierto, hartamente discutible consideró que una prohibición rigurosísima de disponer impuesta por la fundadora podía ser suprimida al encontrarse "legitimados conjuntamente el Patronato y el Protectorado al englobar entre ambos la totalidad de facultades de la fundación como órganos de la misma, y siempre que su actuación se acomode a las disposiciones legales".

(116) Un ejemplo de esta cláusula es el siguiente: "El Patronato podrá acordar el traslado del domicilio, tanto dentro de la misma localidad como a cualquier otra situada en territorio español".

haya de desarrollar principalmente sus actividades. Y esta limitación legal limita la facultad de trasladarlo a cualquier otra localidad situada en territorio español como dice la cláusula citada.

3. De la gratuidad de los cargos

Otra cláusula que no falta en ninguno de los estatutos modernos es la que establece la gratuidad del cargo de patrono (117).

Esta cláusula se incluía, antes de la Ley, en todos los estatutos de fundaciones porque era necesaria para conseguir, de acuerdo con la legislación fiscal, los beneficios fiscales. De todas formas y hasta la publicación de la ley, problemas fiscales aparte, no era preceptiva la gratuidad de los cargos. Los redactores del Reglamento de 1972 ponderaron muy detenidamente la conveniencia de imponer la gratuidad y terminaron por no hacerlo, en atención a la existencia de muchas pequeñas fundaciones en las que la administración era llevada por una persona que se consideraba justo pudiera cobrar los trabajos que realizara para la fundación. De todas formas, como digo, la ley fiscal exigía, siempre, la gratuidad para reconocer los beneficios fiscales lo que significaba que la retribución quedaba limitada, exclusivamente, a las fundaciones a fe y conciencia que renunciaban a dichos beneficios.

La ley incluye en sus preceptos una norma que establece que los patronos ejercerán su cargo gratuitamente sin que en ningún caso puedan percibir retribución por el desempeño de su función (118). A continuación, el propio precepto establece que los patronos tendrán derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione, salvo disposición en contrario del fundador. Esta norma es una consolidación sustantiva del tradicional recelo de la autoridad fiscal que no ha dejado de mirar con sospecha a las fundaciones y de ver en ellas propósitos de defraudación fiscal. En sí misma no tiene mucho sentido (119) y significa una exclusión injusta de la posibilidad de que un patrono pueda cobrar por el trabajo efectivo que realiza en beneficio de la fundación, o lo que es lo mismo, impide, salvo lo que a continuación diremos,

(117) He aquí un ejemplo de cláusula tomado de la realidad: "Los cargos de miembro del Patronato serán honoríficos y de confianza. En consecuencia, sus titulares los desempeñarán gratuitamente, sin devengar, por su ejercicio, retribución alguna".

(118) Art. 13, números 4 y 6.

(119) Véase lo que al respecto dice Rafael de LORENZO en *loc. cit.* en nota 58 p. 117.

que un empleado de la fundación pueda acceder al cargo de patrono (120). Como es lógico, esta norma, que es restrictiva de derechos debe ser, a su vez, de interpretación restrictiva y a mi juicio se cumple si el patrono reúne una doble condición de patrono y empleado de la fundación. Es indudable que como patrono no podrá cobrar, pero sí lo podrá hacer como empleado, siendo perfectamente distinguibles ambas actividades. Esto viene también a reconocerlo la ley, si bien sometido al habitual control administrativo, cuando, en su art. 26 autoriza a los patronos a contratar con la fundación, previa autorización del Protectorado.

Volviendo a nuestro tema que es la cláusula estatutaria, establecida en la ley la gratuidad del cargo no parece, en principio necesaria, su reiteración en los estatutos, como no sea para hacer uso, lo que no es frecuente, de la facultad que reconoce al fundador la Ley de excluir también la posibilidad de ser reintegrados los patronos de los gastos que les cause el ejercicio del cargo. No obstante, y con la reiteración, consecuencia de la doble preparación de los dos títulos de que se compone la Ley, el art. 43 reitera la necesidad de que "para disfrutar del régimen previsto en este título, los cargos de patronos de las fundaciones, deberán ser gratuitos, sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos". Aunque esta exigencia parece cumplida por la propia Ley que no permite la existencia de fundaciones en las que los cargos de patronos no sean gratuitos la prudencia frente al tradicional recelo de la Administración Tributaria ha hecho, y es recomendable, mantener en los estatutos dicha cláusula de gratuidad, aunque sólo sea para que se vea desde el primer momento la voluntad del fundador al respecto.

4. De la dotación

A diferencia de los estatutos de las sociedades mercantiles en los que es preceptivo fijar el capital social en las fundaciones no hay ninguna norma que obligue a hacer referencia en los estatutos a cuál es el importe de la dotación de la fundación, ni ninguna disposición que

(120) Piénsese, por ejemplo, que es relativamente frecuente, que se llame a formar parte del Patronato a personas que trabajan a tiempo completo para la fundación como son directores de colegios, representantes de profesores o de empleados de la fundación. Si no se encuentra una vía para hacer posible su pertenencia al Patronato la perjudicada será la propia fundación que se verá privada de los conocimientos y experiencia de los excluidos.

exija la conservación del mismo (120 bis). En la práctica, la dotación se recoge en la escritura fundacional. La Ley actual regula la dotación en el art. 10, estableciendo que puede consistir en bienes y derechos de cualquier clase, que debe "ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales" (121), dictando algunas normas sobre su composición y concediendo ciertas facilidades para la dotación inicial (122). La dotación debe ser coetánea a la constitución de la fundación, lo que significa que es muy dudosa, como veremos más adelante, la posibilidad de considerar fundadores a los que donan bienes a la fundación después de constituida ésta, pero también puede incrementarse con aportaciones posteriores, ya por decisión del fundador, ya del Patronato (123). Por otro lado, el Patronato tras cumplir la obligación legal de destinar el 70 por 100, al menos, de los ingresos netos de la fundación al cumplimiento de los fines fundacionales puede el resto, descontados los gastos de administración, hasta el porcentaje, que reglamentariamente se determine, destinarlo también a incrementar la dotación fundacional.

Tras esa escasísima regulación nada dice la Ley sobre la obligación de la fundación de conservar y proteger la dotación fundacional. Únicamente, en el art. 10 citado parece hacerse una referencia, aunque indirecta al carácter permanente que debe tener la dotación (124), pero no hay norma alguna que obligue a la fundación a conservar la dotación sin gastar en los fines más que sus rentas. Desde luego no cabe duda que el Patronato puede modificar la composición de la dotación sustituyendo

(120 bis) El Reglamento del Protectorado contiene en el art. 3 una norma que obliga al Protectorado a velar "en todo momento por la integridad y suficiencia de la dotación y añade luego: "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". Estas normas exceden de lo dicho en la Ley.

(121) Y encargando al Protectorado la misión de controlar si la dotación es adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales (art. 36.2), exigiendo su informe favorable al respecto para la inscripción.

(122) La ley ha flexibilizado la composición de la dotación permitiendo que se haga en forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso inicial será al menos del 25 por 100 y debiendo el resto hacerse efectivo en un plazo no superior a cinco años (art. 10.2), así como permitiendo considerar como dotación el compromiso de aportaciones de terceros siempre que estuviesen garantizadas (art. 10.4).

(123) Así, lo establece el art. 10.2 que dice que "tendrán, asimismo, la consideración legal de dotación los bienes y derechos que durante la existencia de la fundación se afecten por el fundador o el Patronato, con carácter permanente a los bienes fundacionales". Aunque el precepto sólo habla del fundador y del Patronato hay que entender posible que el destino lo decida el donante no fundador, ya que aun cuando se entendiera que no está incluido en la norma podría lograr el mismo resultado imponiendo como condición de la donación que el Patronato lo destine a dotación.

sus bienes por otros, con la autorización del Protectorado que prevé el art. 19, pero parece que puede también consumir la dotación, siempre que sea en el cumplimiento de los fines fundacionales, ya que nada se lo prohíbe y la única norma que trata de este tema que es el art. 25 al regular el destino de las rentas e ingresos dice que deben destinarse a los fines "por lo menos" el 70 por 100 de las rentas, es decir pone un mínimo de las rentas pero no un máximo y además se refiere sólo a las rentas no aludiendo a la dotación, lo que significa que el Patronato no tiene limitada su capacidad de agotar la dotación, siempre, como hemos dicho, que sea en cumplimiento de los fines para los que se constituyó.

No cabe duda que ésta es una laguna de la Ley, y que el fundador podría, por vía estatutaria, llenarla. Así, aunque no es frecuente el fundador puede establecer normas sobre la dotación, bien prohibiendo la enajenación ya de todos ya de parte de los bienes que la componen, ya obligando a mantener el conjunto aunque se pueda variar su composición. También puede imponer requisitos especiales para la enajenación de los bienes que componen la dotación, como puede ser, además de la autorización administrativa, en su caso, determinados quorums de decisión.

5. Normas sobre el patrimonio de la fundación

Preocupaba mucho a los fundadores la aplicación de las leyes amortizadoras lo que les llevó a introducir en los estatutos normas liberalizadoras autorizando al Patronato e incluso urgiéndole a una administración ágil y susceptible de variación de los bienes pertenecientes a la fundación (125). Hoy creo que son absolutamente innecesarias, aunque algunas fundaciones las están conservando, al adaptar los estatutos, por respeto a la voluntad expresada por el fundador.

(124) Cuando como hemos dicho en la nota anterior considera dotación los bienes y derechos que se afecten con *carácter permanente a los fines fundacionales*.

(125) Veamos un ejemplo: "El Patronato podrá, en todo momento y cuantas veces sea preciso, a tenor de lo que aconsejen las coyunturas económicas, efectuar las modificaciones que estime necesarias o convenientes en el capital integrante de la dotación y del patrimonio de la fundación con el fin de obtener del mismo la rentabilidad y seguridad adecuada, evitando que los bienes, en especial los valores mobiliarios, aun manteniendo su valor nominal, se reduzcan en su valor efectivo o poder adquisitivo y cumpliendo, en su caso, los requisitos establecidos en la legislación vigente. El fundador, con el fin de asegurar la permanencia de la fundación en provecho de sucesivas generaciones, no sólo atribuye al Patronato dicha facultad, sino que, además, le recomienda que la ejerza con arreglo a su leal saber y entender".

Aunque la situación ha variado notablemente con la publicación de la ley no faltan en los estatutos actuales, además de la antedicha, algunas normas sobre el patrimonio y las obligaciones y derechos del Patronato en relación al mismo.

La primera suele ser una afirmación sobre la posibilidad de que el patrimonio esté compuesto por toda clase de bienes y derechos, y que creemos es, hoy, innecesaria (126).

También es frecuente distinguir entre patrimonio y recursos y hacer una enumeración de los mismos, e incluso autorizar al Patronato a destinar los bienes que por donación reciba no a la realización de los fines sino a incrementar la dotación patrimonial. Son cláusulas frecuentes, aunque tampoco son hoy necesarias (127).

Hay cláusulas que se refieren a la conservación de los bienes, inscripción de éstos en los Registros pertinentes, depósito de otros y hasta llevanza de un libro inventario de bienes (128).

Esta fórmula solía completarse con otra del tenor siguiente: "Por voluntad expresa del fundador, en ningún caso quedará obligada la fundación a invertir o convertir sus bienes, cualesquiera que sea la naturaleza de éstos, en deuda pública o en otra especie patrimonial determinada".

(126) Véase un artículo frecuente al respecto: "El patrimonio de la fundación puede estar constituido por toda clase de bienes y derechos, radicados en cualquier lugar".

(127) Véase, una vez más un ejemplo tomado de la realidad: "Se consideran recursos de la fundación:

— Las rentas y productos de cualquier clase producidos por los bienes pertenecientes a la fundación, estén o no incluidos en el capital fundacional.

— Las donaciones, herencias o legados que reciba la fundación y que no deban integrarse en el capital fundacional de acuerdo con lo establecido en estos estatutos.

— Las subvenciones, donativos de cualquier clase o cualesquiera otros bienes que reciba la fundación.

— Las cantidades que cobre la fundación por los servicios que preste o los beneficios de cualquier clase que resulten a favor de la fundación como consecuencia de sus actividades.

— Cualesquiera otros ingresos que reciba por cualquier título la fundación.

(128) He aquí un ejemplo tomado de la misma fundación: "Para asegurar la guarda de los bienes constitutivos del patrimonio de la fundación se observarán las reglas siguientes:

A. Los bienes inmuebles y derechos reales se inscribirán en el Registro de la Propiedad a nombre de la fundación.

B. Los valores se depositarán, a nombre de la fundación, en establecimiento bancario o de crédito designado por el Patronato.

C. Los demás bienes muebles, los títulos de propiedad, los resguardos de depósito y cualesquiera otros documentos acreditativos del dominio, posesión, uso o disfrute o cualquier otro derecho de que sea titular la fundación, serán custodiados por el Patronato o las personas en quienes éste delegue.

D. Todos los bienes de la fundación se inventariarán en un libro registro de patrimonio que estará a cargo del Patronato."

Todas estas son normas residuales de las que podría prescindirse en los estatutos futuros.

6. Acercamiento de las fundaciones a las asociaciones

En un trabajo anterior (129) señalaba cómo se ha producido en la práctica una tendencia a acercar las fundaciones a las asociaciones introduciendo dentro del esquema fundacional elementos tomados del asociativo.

Como indicaba es indudable que respetando el esquema de una fundación cabe, en la práctica introducir en la misma algunos vestigios de una asociación. La razón que lleva a ello a las fundaciones es, principalmente incorporar a sus actividades, e incluso a sus órganos de gobierno a las personas o entidades que las apoyan económicamente o de otra forma. En la práctica, esto se ha intentado por diversos caminos que esquemáticamente son los siguientes.

El primero, es considerar fundadores a entidades que, no interviniendo en la constitución de la fundación, participen, en el futuro, o se espera que lo hagan, con una contribución sustancial, que, repito, no es forzoso sea económica, sino de cualquier tipo de ayuda, a las actividades de la fundación. No parece que esto sea posible, ya que la constitución de la fundación es un acto en sí que agota su contenido y al que no puede adherirse con posterioridad, y una vez ha realizado sus efectos, otra persona. Lo que sí cabe es una especie de constitución sucesiva de la fundación, es decir, que se abra un periodo durante el cual los proyectados fundadores puedan manifestar su adhesión al acto fundacional, pero entendiendo que éste no ha tenido efecto hasta que se realice la última adhesión al mismo. Esto no pugna con la Ley y es una fórmula posible de prestar consentimiento que está, incluso, prevista en el art. 176 del Reglamento Notarial.

Es verdad que, a veces, se reserva al fundador o fundadores determinadas facultades sobre la fundación, como hemos tenido ocasión de ver a lo largo de este trabajo, pero si se quiere conceder dichas atribuciones a los terceros aportantes a la fundación habrá que ampliar la concesión de las citadas facultades no sólo a los fundadores, en sí mismos considerados, sino también a los que tomando contacto con la fundación en el futuro reúnan determinadas condiciones. En efecto, es frecuente, en la práctica, y ha sido permitido en algunos supuestos, al menos en la práctica anterior a la Ley, por los Protectorados la creación de un órgano for-

(129) *Op. cit.* en nota 16, publicado en la *Revista Jurídica del Notariado*, pp. 207 y ss.

mado por los fundadores, en los que, incluso, cabe integrar en el futuro a personas que contribuyan bien económicamente, bien con su trabajo a la fundación, y la atribución a este órgano de determinadas facultades en momentos especialmente importantes de la fundación como puede ser el de modificación de estatutos, fusión, transformación o extinción de la misma, y hasta atribuyéndole el nombramiento y renovación de los miembros del Patronato. ¿Es esto posible con la Ley? No parece que haya nada que lo impida dentro de la amplia libertad que hemos visto concede al fundador la Ley para organizar los órganos de la fundación.

Otra vía de acercamiento a las asociaciones suele conseguirse con la creación de un órgano denominado de colaboración o participación que, sin intervenir en el gobierno de la fundación tiene, sin embargo atribuidas, normalmente mediante el pago de una cuota, facultades en el desarrollo de las actividades de la fundación o ventajas en ellas, como puede ser la recepción de los trabajos o publicaciones de la Fundación, intervención preferente en foros o coloquios organizados por la misma o información privilegiada de lo realizado por la fundación. Tampoco creemos que esto, como ya indicábamos en nuestro anterior trabajo, venga impedido por la Ley.

Para terminar y tomando lo dicho en el citado trabajo (130) son estas situaciones fronterizas entre asociaciones y fundaciones, pero que responden a necesidades reales y deben ser aceptadas. Lo que no creo que pueda aceptarse es la existencia de socios de la fundación ni la atribución a éstos de un poder sobre el gobierno de la misma. Si esto ocurriera habríamos hecho tránsito a la asociación y se plantearía el problema, ciertamente interesante, de simulación o utilización de la figura de la fundación para fines distintos de aquellos para los que ha sido creada (130 bis).

III. LA NORMA DEL NUMERO DOS DEL ARTICULO 9

El apartado segundo del art. 9 (131) contiene una norma aparentemente sencilla pero que puede plantear muchas dificultades de orden

(130) *Op. cit.* en nota anterior, p. 208.

(130 bis) Esto planteará problemas de adaptación a las fundaciones laborales no procedentes de convenio colectivo que están sometidas a la Ley y en las que suele haber un marcado acento asociativo.

(131) Dice el precepto que "toda disposición de los Estatutos de la fundación o manifestación de la voluntad del fundador que sea contraria a la presente Ley se tendrá por no puesta, salvo que afecte a la validez constitutiva de aquélla. En este último caso, no procederá la inscripción de la fundación en el Registro de Fundaciones".

práctico y que implica una anómala posibilidad de violentar la voluntad fundacional dando vida a la fundación aun cuando parte de sus estatutos o disposiciones de la escritura de constitución sean contrarios a la Ley.

Agudamente señala Alicia REAL (132) que la Ley reconoce un distinto papel a la voluntad del fundador de la que se reconocía antes, ya que, aun cuando la Ley concede una posibilidad importante al fundador para determinar cuáles van a ser las reglas que presidirán la vida de la fundación y las normas de organización de la misma, sin embargo, junto a ello, hay una serie de aspectos muy importantes en los que la Ley prima el interés general, que toda fundación persigue y a la colectividad interesa, sobre la voluntad de quien la creó. Como regla general y comentando el art. 9.2 dice que “la voluntad del fundador contraria a la Ley no será tenida en cuenta, y la fundación existirá y funcionará aun contraviniendo la voluntad del fundador, sólo cuando esta última contradiga los requisitos legales para la constitución válida de la fundación ésta, simplemente, no existirá. Todo ello, concluye, me parece especialmente importante, y, en cualquier caso, responde a una concepción de las fundaciones diferente de la que se hallaba a la base de la regulación anterior” (133).

No cabe duda que esta disposición tiene el propósito de favorecer la constitución de las fundaciones, evitando que se frustren por la presencia en la escritura o estatutos de cláusulas contrarias a la Ley, pero plantea no pocas cuestiones de orden interpretativo y práctico.

La primera es qué quiere decir con la frase “que afecte a la validez constitutiva”, que es la frontera entre la inscripción y la no inscripción de la fundación y, eso sí, en el segundo caso pero sin las cláusulas contrarias a la Ley. CAFFARENA (134) tras señalar que el precepto no dice qué disposiciones son las que afectan a la validez constitutiva de la fundación, comienza diciendo que el “texto se refiere al contenido de la escritura de constitución, no a los problemas de validez del acto fundacional que deriven de la falta de capacidad o de forma del negocio”, aunque, añade, en estos casos es claro que no procederá la inscripción en el Registro. A continuación, defiende que la referencia a las disposiciones que afectan a la validez constitutiva nos lleva a fijar

(132) *Loc. cit.* en nota 25, p. 59.

(133) Lo que no plantea la autora es si esta concepción de la Ley es respetuosa con el precepto constitucional, que lo que hace es reconocer un derecho del fundador. ¿Cómo es posible coordinar este reconocimiento con el hecho de que la fundación pueda regirse por normas no queridas por el fundador? Este es un tema que merece una reflexión y estudio más profundo que el que puedo hacer en este momento.

(134) *Loc. cit.* en nota 58, p. 84.

cuál es el contenido esencial del negocio fundacional y basándose en lo dispuesto en el art. 7.4 (135) cree que éste exige "que se manifieste la voluntad de destinar un conjunto de bienes suficiente a la realización de fines de interés general mediante la creación de un ente autónomo", y basándose en lo anterior cree que hay unos extremos a los que según los arts. 8 y 9 la escritura de constitución, y en concreto los estatutos, deben hacer mención y otros a los que el fundador tiene la posibilidad de referirse y entiende que, respecto a los primeros la falta de mención o el hecho de que lo dispuesto por el fundador sea contrario a algún precepto legal impedirá la inscripción de la fundación pero no producirá la nulidad del acto fundacional, sino que simplemente será preciso que se complemente la escritura de constitución. En cambio, en relación a aquellos extremos que forman parte del contenido necesario de la escritura de constitución, según se deriva de los arts. 8 y 9 de la ley, la disposición sobre los mismos contraria a la ley supondrá su nulidad.

Según la autorizada opinión de este autor parece que hay que separar tres tipos de disposiciones distintas. Las primeras son las que producen la nulidad absoluta de la fundación y que él reduce a la expresión de los fines, que éstos sean de interés general y la existencia de un patrimonio suficiente para su realización. La ausencia de cualquiera de estos requisitos produce, en su opinión la nulidad de la fundación.

En segundo lugar, están los requisitos que exigen los arts. 8 y 9 para la escritura y los estatutos, que entiende no producen la nulidad de la constitución pero impiden la inscripción. El autor cree que "simplemente será preciso que se complemente la escritura de constitución". Lo que no aclara es qué ocurre si el fundador, por no estar de acuerdo con la decisión del encargado del Registro se niega a completar los requisitos que éste exija. Parece que se producirá una situación a la que la Ley no da solución. En el art. 7 al fijar los que CAFFARENA considera requisitos esenciales la Ley concede al albacea, heredero o Protectorado la facultad de completar la voluntad del fundador, pero en el supuesto del art. 9 la Ley no concede ni al Protectorado ni a nadie dicha facultad, por lo que o el fundador completa los requisitos que considera necesarios el encargado del Registro o no quedaría otro

(135) El art. 7.4 establece que "si en la constitución de una fundación por acto *mortis causa* el testador se hubiera limitado a establecer su voluntad de crear una fundación y de disponer de los bienes y derechos de la dotación, la escritura pública en la que se contengan los demás requisitos exigidos por la Ley se otorgará por el albacea...".

remedio que acudir a la autoridad judicial que es muy dudoso que pueda sustituir al fundador completando su voluntad. Es por este motivo por el que entiendo que este supuesto es preferible equipararlo al anterior. Si el fundador no cumple lo establecido en los arts. 8 y 9 el acto constitutivo de la fundación estará afecto de nulidad y no procederá, por tanto la inscripción. Eso sí, el fundador podrá, si discrepa de la calificación registral acudir a los tribunales de justicia para que reconozcan que el acto constitutivo por él realizado cumple los requisitos exigidos por la Ley.

Resta el último grupo de los distinguidos por CAFFARENA que son aquellos extremos que no forman parte del contenido necesario de la escritura de constitución y que establecidos por el fundador contrarían algún precepto de la Ley (136). Respecto de éstos, creo, es respecto de los únicos que puede aplicarse lo establecido en el número 2 del art. 9 y se tendrán por no puestos y podrá, inscribirse la fundación, que tendrá así su personalidad jurídica pero quedarán sin efecto los artículos contrarios a la Ley. De esta manera, el precepto queda reducido a sus justos términos.

Por último, estoy de acuerdo con CAFFARENA (137) en que el fundador puede considerar esenciales algunas de las disposiciones establecidas por él, de modo que resulte clara su voluntad de condicionar la creación de la fundación a la existencia y vigencia de las mismas. En este caso, si dichas disposiciones son contrarias a la ley no procederá la inscripción y el negocio no producirá los efectos en él contenidos. También creo que el fundador, que siempre ha sido muy receloso de la intervención administrativa y de la posible interpretación dada por las autoridades correspondientes a la expresión de su voluntad, puede, como era tradicional en el pasado, someter la constitución misma de la fundación a la condición suspensiva de que se inscriba en el Registro y se le concedan los beneficios fiscales a los que tenga derecho. En este caso, si el encargado del Registro considera que alguna disposición de la escritura o de los estatutos es contraria a la Ley o la autoridad tributaria niega el status fiscal establecido para las fundaciones la fundación no habrá nacido y el fundador podrá, bien constituir la de otra forma, bien desistir de ello manteniendo la propiedad de los bienes que constituyan la dotación.

(136) Un ejemplo sería el de estatutos que establezcan una retribución para los patronos, o suprimieran o regularan de forma no compatible con lo establecido en la Ley la rendición de cuentas, o establecieran un destino de los bienes, en el supuesto de extinción, distinto al permitido en la Ley.

(137) *Loc. cit.*, p 84.

IV. MODIFICACION DE LOS ESTATUTOS

Es tan compleja esta materia que resulta imposible, dentro de un trabajo que primordialmente se destina a estudiar los estatutos en sí mismos, y que ya está superando los límites establecidos, dedicarle todo el tiempo que necesitaría para un estudio completo. Voy, por ello a limitarme a algunos de los puntos que me parecen más importantes.

Señala con acierto CAFFARENA (138) cuáles son las principales cuestiones que plantea la materia, que simplificando lo dicho por él responde a las siguientes preguntas. Quién puede modificar, cómo puede hacerlo, por qué, con qué amplitud y qué papel juega en la modificación la voluntad del fundador. Vamos a intentar muy brevemente contestar a las citadas preguntas.

1. *Quién puede modificar*

En principio, corresponde al Patronato la modificación de los estatutos. Así lo dice expresamente el art. 27 que regula la materia. La ley contempla dos supuestos para la modificación de los estatutos. El primero es el de que "resulte conveniente en interés de la fundación" (139). En este supuesto de conveniencia sólo el Patronato puede tomar la iniciativa de modificar los Estatutos, estándole vedado al Protectorado el exigir o imponer la misma, y es facultad que puede usar o no el Patronato. Pero cabe preguntarse si el fundador en los estatutos puede, no ya prohibirlo, que esto lo prevé expresamente el precepto, sino imponer condiciones o establecer requisitos para la modificación. En otro trabajo sobre la materia (140) publicado recién promulgada la Ley me atreví a decir que si el fundador puede prohibirlo puede también, lógicamente establecer condiciones a la modificación (141). Hoy

(138) *Loc. cit.*, p. 245.

(139) Núm. 1º del art. 27.

(140) En mi trabajo citado en la nota 72, p. 266.

(141) Estas pueden consistir bien en poner límites a la misma, como puede ser prohibir la modificación de algún punto de los estatutos como, por ejemplo, el relativo a la composición del Patronato, pero dejando libertad para modificar los restantes puntos de los mismos entre ellos los fines, o bien, en sentido inverso estableciendo requisitos o límites especiales para la modificación de los fines haciendo, incluso, constar que si los fines previstos por el fundador perdieran su utilidad puedan ser sustituidos por otros previamente determinados por éste o acordados por el Patronato. También puede, y es frecuente, que el fundador establezca requisitos especiales para la modificación. Por ejemplo, prever un quórum especial bien de asistencia, bien de votación de

me ratifico en la opinión expresada. Por mucho que se haya menguado la importancia de la voluntad del fundador y concedido al Protectorado la facultad de autorizar la modificación, incluso si aquél lo ha prohibido, facultad que en mi opinión, y en la de otros autores merece un juicio desfavorable (142), no hay razón alguna para no permitirle modalizar la modificación en el sentido expresado prohibiendo la modificación parcial de los estatutos o estableciendo, como veremos, requisitos especiales distintos de los establecidos en la Ley para ello. Hay que tener en cuenta, entre otras razones, que la Constitución reconoce el derecho a fundar como un derecho de la persona y que la ley no prohíbe al fundador establecer dichas modalidades limitándose la intervención del Protectorado al supuesto de prohibición estricta de la modificación. Otro tema es si, en el supuesto de que "resulte conveniente para la fundación" puede el Patronato, con autorización del Protectorado proceder a la modificación incluso en aquellos puntos en que expresamente lo haya prohibido el fundador. Parece que habrá que entender que sí. Sin embargo, todavía queda, en este punto, una última cuestión. ¿Puede el fundador elevar a condición resolutoria de la fundación la modificación de estatutos estableciendo para ese supuesto la extinción de la fundación? Una cosa es, en efecto, prohibir la modificación y otra muy distinta establecer que si las condiciones son desfavorables para la fundación ésta se extinguirá. La interpretación de una norma, como la del art. 27 a todas luces anómala dentro de la tradicional consideración de las fundaciones como fruto de la voluntad del fundador, exige una interpretación restrictiva y con base en esta interpretación y en la posibilidad reconocida al fundador por el art. 29 (143) de establecer otras causas distintas de las legales para la extinción de la fundación me hacen creer posible que el fundador puede determinar que una de esas causas sea precisamente la inad-

los patronos para tomar el acuerdo, incluso exigiendo la unanimidad de todos. También puede exigir el voto favorable, concediéndole por tanto un derecho de veto, a algún patrono, ya persona física ya representante de alguna persona jurídica. Puede también exigir el consentimiento de personas distintas de los patronos, por ejemplo parece lógico que el fundador pueda reservarse la facultad de ser él quien realice la modificación o que sea preciso su consentimiento, lo que es muy frecuente en esta época en que las fundaciones se constituyen por personas jurídicas. Algunos de estos puntos los trataremos con mayor extensión más adelante.

(142) CAFFARENA en el lugar indicado en la nota 136, p. 237, califica la solución "de discutible que se aparta de la línea seguida por la mayoría de los Derechos extranjeros y por las leyes autonómicas".

(143) Dice el precepto que la fundación se extinguirá "cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los estatutos".

cuación de los estatutos o incluso el propósito de modificarlos. De todas formas, el tema es dudoso.

En segundo lugar, el Patronato no sólo está autorizado por la Ley sino obligado en virtud de lo dispuesto en la misma a modificar los estatutos (144) cuando las circunstancias que presidieron la constitución de la fundación hayan variado de manera que ésta no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a los estatutos. Se trata pues de una obligación del Patronato. En este punto, sin embargo, la Ley exceptúa, expresamente, el supuesto de que el "fundador haya previsto la extinción de la fundación". Pero si el Patronato no da cumplimiento a lo previsto en este precepto el núm. 3 del art. 27 establece que "el Protectorado podrá acordar, de oficio, o a instancia de quien tenga interés legítimo en ello, la modificación que proceda". Señala CAFFARENA (145) que entre las personas que tienen interés legítimo en la modificación y que por tanto pueden instar al Protectorado que la acuerde se encuentran el fundador y sus herederos, los beneficiarios de la fundación y los patronos que estimando necesaria la modificación no hayan conseguido el correspondiente acuerdo del órgano de gobierno de la fundación. Resulta, desde luego, anómalo que la Ley, frente a lo que hace en otros supuestos (146), conceda aquí esta facultad al Protectorado. El tema en la práctica puede resultar difícil. Para que sea obligatoria la modificación exige la ley que "las circunstancias que presidieron la constitución de la fundación hayan variado de tal manera que ésta no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a sus Estatutos". Esta frase se acerca bastante a la establecida en el art. 29 como causa de extinción de la fundación (147). Parece, pues, que esta facultad del Protectorado implica la posibilidad de enervar la causa de extinción y que sólo si el Protectorado no usa de la facultad que el art. 27 le concede (148) se producirá la extinción.

De todas formas el tema es complejo. Si el Patronato reconoce la existencia de las circunstancias que impiden satisfactoriamente actuar

(144) Es clara la diferencia entre los dos núms. del art. 27. El primero comienza diciendo: "el Patronato podrá", y el segundo dice: "el Patronato deberá".

(145) *Loc. cit.*, p. 247.

(146) Tanto en el caso de fusión como de extinción en el supuesto de discrepancia entre el Patronato y el Protectorado, la Ley reserva la solución a la autoridad judicial, autorizando al Protectorado a acudir a la misma.

(147) "c) Cuando sea imposible la realización del fin fundacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 de la presente Ley".

(148) Debe tenerse en cuenta que mientras que para el Patronato es obligatoria la modificación, en cambio al referirse al Protectorado la ley la convierte en facultativa al sustituir la palabra "deberá", por "podrá".

pero se niega a modificar, por ejemplo, si pretendiera extinguir la fundación, el Protectorado estaría facultado para realizar la modificación incluso contra la voluntad de extinguir. Pero si la discrepancia entre Patronato y Protectorado se produce en torno a si se dan o no las circunstancias previstas en el precepto resulta aventurado entender que el Protectorado pueda imponer la modificación. En este supuesto parecería razonable que fuera la autoridad judicial la llamada a resolver la cuestión, aunque no lo diga expresamente el precepto. Resulta, en efecto, muy fuerte en una norma que es excepcional, incluso dentro de lo dispuesto en la propia ley conceder al Protectorado tan amplias facultades para determinar el supuesto de hecho y lo más lógico sería reconocerle, aunque no lo diga la Ley la facultad de acudir a la autoridad judicial (149).

Hasta aquí hemos visto cuándo puede, por autorizarlo la Ley, modificar los estatutos el Patronato. No obstante lo anterior, y como he dicho en otro lugar, debe reconocerse a la voluntad del fundador, con respecto de lo dicho en la Ley, la posibilidad de modalizar o modificar las facultades del Patronato al respecto. En primer lugar creo que podrá ampliar sus facultades autorizándole a modificar los estatutos incluso si no se da ninguna de las causas previstas en el art. 27. En segundo lugar, puede modalizar las facultades del Patronato exigiendo que para tomar el acuerdo de modificación, incluso en los supuestos previstos en la Ley, deban darse quorums ya reforzados, ya de algunos de los sectores que componen el mismo, como pueden ser los patronos representantes de la familia del fundador, o determinados miembros natos, incluso concediendo a alguno o reservándose para sí un derecho de veto. Más difícil es determinar si el fundador puede reservarse para sí la facultad de modificar los estatutos sin necesidad de intervención o incluso contra la voluntad del Patronato. El tema es dudoso, la Ley no hace referencia al mismo, pero tampoco lo prohíbe y dentro de las cláusulas especiales que permite el art. 9

(149) La Ley, en efecto, es, en general, respetuosa con el Patronato, e incluso en los supuestos en que exige la intervención o autorización del Protectorado lo hace como superposición de las facultades del Patronato. En aquellos supuestos en que el Protectorado considere que el Patronato no actúa con arreglo a las normas, lo único que reconoce al Protectorado es la facultad de acudir a la autoridad judicial. Así hace, por ejemplo, en el caso de la acción de responsabilidad (art. 15), sustitución o suspensión de patronos (art. 16), fusión (art. 28) y extinción (art. 29). Sólo en este supuesto de modificación la ley concede esta facultad exorbitante al Protectorado que contraría lo que podríamos llamar "núcleo esencial" de la regulación legal de las fundaciones, lo que justifica que sea objeto de una interpretación restrictiva.

incluir en los estatutos (150) me parece que es posible aceptar esta previsión, ya que no está prohibida en la Ley y no cabe considerarla "ilícita", único límite que al respecto recoge la norma. Como es lógico esta reserva no enerva las facultades concedidas al Patronato en el art. 27, pero supera y va mucho más lejos de las facultades de éste. Si entendemos puede reservarse la facultad de modificar con mayor motivo hay que reconocerle la de que, en los supuestos en que la iniciativa corresponda, bien por Ley, bien por estatutos, al Patronato, sea preciso su consentimiento, o lo que es similar, se reserve un derecho de veto.

2. *Cómo puede modificar*

En cuanto a los requisitos que debe cumplir el Patronato para modificar los estatutos, tendrá, en principio que tomar el acuerdo con los quorums, reforzados o no, establecidos en los estatutos, así como cumplir los restantes requisitos, que, hemos visto, puede haber establecido el fundador. Pero el art. 27 establece en el núm. 4 que "la modificación o nueva redacción de los Estatutos acordada por el Patronato se comunicará al Protectorado; éste sólo podrá oponerse, por razones de legalidad o mediante acuerdo motivado, en el plazo de tres meses a contar desde la notificación al mismo del correspondiente acuerdo del Patronato".

No dice la Ley qué efectos produce la oposición del Protectorado al acuerdo del Patronato (151). El proyecto enviado por el Gobierno a las Cortes exigía "siempre la conformidad del Protectorado" para la modificación. En el íter parlamentario de la norma se sustituyó la "conformidad" por la posibilidad de oposición. CAFFARENA (152) dice que en caso de oposición "parece lo más razonable" entender que el acuerdo de modificación quedará sin efecto, pudiendo, no obstante el Patronato interponer el correspondiente recurso. Como argumentos para basar su tesis apunta que la ley habla de "oponerse" y no de "impugnar", y el hecho de que dicha oposición haya de ser "mediante acuerdo motivado". Por otra parte, lleva a la misma conclusión la existencia del art. 32.3, *in fine* que, con carácter general, legitima al Protec-

(150) En el art. 9. c): "Cualesquiera otras disposiciones y condiciones lícitas que los fundadores tengan a bien establecer".

(151) Lo mismo ocurre en el otro supuesto en que la Ley concede un derecho de oposición al Protectorado en el art. 28 cuando regula la fusión.

(152) *Loc. cit.*, p. 246.

torado para impugnar los actos y acuerdos del Patronato que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios, lo que haría inútil el art. 27 en el punto ahora examinado si se interpreta en el sentido de que el Protectorado tiene que impugnar el acuerdo del Patronato. Sin embargo, termina reconociendo que "el tema no parece en absoluto claro".

A mi juicio si se acepta la interpretación de tan ilustre autor la reforma del precepto por las Cortes hubiera sido inútil y violentaría el espíritu de la reforma del precepto (153). En efecto, en el proyecto, como hemos visto, se exigía la "conformidad del Protectorado", en la justificación de la enmienda que fue aceptada y constituye la redacción actual del precepto se decía que "no debe atribuirse al Protectorado ningún derecho de veto sobre la modificación de los estatutos"; y, añade, "la modificación de estatutos debe ser tan incondicional, si se produce en términos de legalidad, como la de una entidad mercantil sin que pueda atribuirse al Protectorado ningún derecho de veto sobre la misma por razones de oportunidad" (154). En efecto, si se concede a la oposición del Protectorado el efecto de hacer imposible la modificación obligando al Patronato a acudir a los tribunales se le concederán idénticos efectos que tendría la autorización, con la única variación de que se convertiría de previa en posterior (155), lo que violenta lo buscado con la modificación. El hecho de que la oposición del Protectorado deba ser "motivada" no implica otra cosa que el que éste no puede actuar caprichosamente sino que sólo si entiende que el acuerdo es contrario a la Ley puede oponerse, pero no parece pueda interpretarse para refozar la tesis de que la oposición deja sin efecto el acuerdo. Y por último, tampoco el hecho de que la Ley ya prevea, en el art. 32.3 la facultad del Protectorado de impugnar los acuerdos del

(153) Así lo indica CAFFARENA cuando dice que "es más que dudoso que el cambio introducido en la elaboración del precepto sirviera para conseguir el fin perseguido con las enmiendas que lo modificaron". Desde luego si se acepta la interpretación del autor la duda desaparece y la modificación habría resultado estéril.

(154) Son las enmiendas núms. 10 (de Izquierda Unida), 107 (del Grupo Parlamentaria Catalán) y 306 (del Grupo Popular). Pueden verse en la excelente recopilación de toda la discusión parlamentaria incluida en la obra citada en la nota 58, tomo II, pp. 74, 107 y 170 respectivamente.

(155) En realidad, aunque se exija para algún acto autorización previa del Protectorado ésta no es nunca previa, ya que cuando el Patronato decide solicitar la autorización es que el Patronato ha tomado ya el acuerdo de realizar el acto que queda, en sus efectos, pendiente del requisito de la autorización. Esta es la razón por la que entiendo que cuando para la efectividad de algún acto se precise la escritura, ésta debe poder preceder a la autorización, aunque como es lógico supeditada en sus efectos a la obtención de la misma.

Patronato que sean contrarios a los preceptos legales hace inútil la norma, sino que ratifica, precisamente la interpretación que se propugna, ya que lo dispuesto en el art. 32.3 no es sino una formulación general de lo que para un supuesto concreto prevé el 27.4 y refuerza la interpretación de que el Patronato puede “oponerse”, pero que esta oposición debe hacerse ante los tribunales de justicia si el Patronato discrepa de la misma. Sólo así se entiende la modificación y se da a la palabra “oposición” una interpretación concorde con la voluntad de la reforma (156).

3. *Por qué causas puede modificar*

La Ley sólo prevé dos supuestos en que el Patronato puede, en uno y debe, en el otro, proceder a la modificación de los estatutos. El primero es “si resulta conveniente en interés de la misma” (o sea, de la fundación) y el segundo “cuando las circunstancias que presidieron la constitución hayan variado de manera que ésta (la fundación) no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a los Estatutos”. Fuera de estos dos supuestos el Patronato no está autorizado para modificar los estatutos, salvo que el fundador lo haya permitido en los propios estatutos o en la escritura fundacional. En este último caso, el Patronato podrá proceder a la modificación en los supuestos y con los requisitos o condiciones que el propio fundador haya determinado.

Hay un supuesto especial que se deduce de la disposición transitoria segunda de la Ley que da un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la Ley para adaptar, las fundaciones, sus estatutos a lo dispuesto en la Ley (157). Aun cuando haya transcurrido

(156) El proyecto de Reglamento que estos días ha circulado parece recoger la tesis de CAFFARENA ya que aunque no lo dice expresamente establece que “si el Protectorado no formulara objeciones en el plazo de tres meses, el Patronato elevará a escritura pública la modificación de los Estatutos para su ulterior inscripción en el Registro de Fundaciones”. Con esta norma parece que la escritura sólo podrá ser otorgada cuando hayan transcurrido los tres meses sin que el Protectorado “formulara objeciones”. Claro que, es de esperar, que el Reglamento sufra, antes de su aprobación una profunda modificación. En la redacción definitiva el precepto (art. 16.4) dice: “Si el protectorado en el plazo de tres meses no se opusiera por razones de legalidad a la modificación estatutaria o no formulara objeciones a la misma, el Patronato elevará a escritura pública...”.

(157) El propio precepto permite al Protectorado excepcionalmente y cuando consten acreditadas circunstancias que objetivamente lo justifiquen prorrogar el plazo por dos años más, sin pérdida de los beneficios fiscales, que es la consecuencia que la Ley liga a la no adaptación dentro de plazo.

el plazo parece lógico entender que el Patronato seguirá pudiendo realizar la modificación para adaptarse a la Ley. ¿Con qué amplitud puede realizar la adaptación el Patronato? En este sentido entiendo que habrá de actuarse con amplitud de miras y permitir a las fundaciones que aprovechen la facultad legal para realizar una revisión a fondo y actualizar sus estatutos, lo cual puede apoyarse en que verdaderamente la Ley implica una renovación total de las fundaciones y parece lógico que la adaptación a la misma no consista exclusivamente en suprimir las normas estatutarias que estén en colisión con la Ley, sino también en adaptar el resto al contenido de la misma.

4. Con qué amplitud y qué papel juega la voluntad del fundador

En los supuestos establecidos en la Ley parece razonable entender que la modificación debe limitarse a las modificaciones precisas para superar las causas que permiten la modificación. En el primer supuesto, el Patronato deberá justificar la conveniencia para el interés de la fundación y limitar a lo que ésta exija la modificación. En el segundo supuesto, la modificación deberá hacerse para adaptar la fundación a las circunstancias actuales que justifican la obligación de modificar. Señala CAFFARENA (158) que en este punto es clara la inspiración del legislador en nuestra regulación anterior, y concretamente en el Reglamento de 1972, si bien éste era más respetuoso con la voluntad del fundador (159). El propio CAFFARENA pone de manifiesto que la Ley no hace referencia alguna a la necesidad de tener en cuenta la voluntad del fundador al determinar el alcance de la modificación. Con buen criterio, termina diciendo que aunque cabe acudir siempre al art. 1.2 de la Ley para recordar que las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, hubiera sido conveniente aludir en el artículo comentado al papel de la voluntad del fundador como guía de la modificación. Lo que sí es posible es que el propio fundador al regular los estatutos incluya dicha exigencia.

(158) *Loc. cit.*, p. 247.

(159) Efectivamente, al autorizar la modificación el art. 50 del Reglamento tenía como límite de la modificación el hecho de que el fundador lo hubiera prohibido. Con acierto entiende CAFFARENA, tras criticar el precepto de la nueva Ley, que cuando lo hubiera prohibido el fundador la autorización del Protectorado debe concederse sólo de modo excepcional.

V. CONCLUSION

Hemos llegado ya al final de nuestro estudio sobre los estatutos de la fundación y su modificación.

Estamos ante una Ley nueva, novedosa en muchos de sus puntos y en la que, como hemos tenido ocasión de comprobar confluyen direcciones ideológicas contradictorias como son el desarrollo del reconocimiento constitucional del derecho a fundar, de una parte, y el control estatal de las actividades de interés general, de otra.

La novedad, y en ocasiones la falta de claridad de la Ley hace que muchas de las afirmaciones vertidas a lo largo de este trabajo haya que tomarlas como provisionales ya que no dudo que con el transcurso del tiempo tanto la doctrina como la jurisprudencia, y de forma especial, la práctica del Registro y de los Protectorados del Estado irán decantando los temas hoy dudosos y constituyendo un cuerpo de doctrina en torno a esta materia fundacional. Eso, aparte del anuncio realizado por el Partido Popular, de su propósito de modificar la Ley, cuando pueda hacerlo.

De todas formas he creído que era preferible arriesgarse y aventurar opiniones sobre las cuestiones candentes que en materia de estatutos plantea la Ley como una contribución personal al esfuerzo de estudio de la misma, pero quiero terminar pidiendo perdón si en algún supuesto parecen mis opiniones excesivamente atrevidas y espero que sean recibidas con comprensión y criticadas sin dureza.

