

LAS FUNDACIONES

Carlos Díaz-Aguado Jalón

Profesor de Derecho Civil

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

Profesor de Gezki

Gizarte Ekonomia eta Zuzenbide Kooperatiboaren Institutu a/Instituto de Derecho Cooperativo y Economía Social

RESUMEN

La fundación es una persona jurídica constituida por un patrimonio adscrito de forma estable a un fin determinado, no lucrativo y de interés general, cuyos beneficiarios deben estar no individual sino genéricamente determinados Su gestión está a cargo del Patronato que actuará cumpliendo los fines fundacionales, bajo el control de la Administración a través del Protectorado. Sus actividades económicas deben estar siempre relacionadas con los fines de la fundación o ser complementarias o accesorias de las mismas, pudiendo tener participación en sociedades siempre que no deban responder personalmente de las deudas sociales. Los resultados de las explotaciones económicas que desarrollen y de los ingresos que obtengan por cualquier otro concepto deben ir destinados, al menos en un setenta por cien, a la realización de los fines de la fundación.

PALABRAS CLAVE: Persona jurídica. Patrimonio adscrito a un fin. Interés general. Sin ánimo de lucro. Organización. Patronato. Control administrativo: Protectorado.

CLAVES ECONLIT: A13, L31, D64, D70.

THE FOUNDATIONS

ABSTRACT

A foundation is a legal entity created with funding for a determined purpose, non-profitable and of general interest, whose beneficiaries must not be individually but generically determined. The Board manages and fulfils the foundational purposes, under the supervision of the Administration through the Protectorate. Their economic activities must always be related to the purposes of the foundation or be complementary to them, being able to participate in other companies if they must not personally respond for social debts. A minimum of seventy percent of the results of the economic activities developed and any other earned income must be destined to the purposes of the foundation.

KEY WORDS: Legal entity. Assigned funding. General interest. Non-profit. Organization. Patronage. Administrative control: Protectorate.

SUMARIO

Introducción. I. Legislación vigente. II. Concepto Jurídico y fines. III. Constitución de la fundación: a) Capacidad para constituir la asociación. b) Escritura pública. c) Estatutos de la fundación. d) Modificación de los Estatutos. e) Adquisición de la personalidad jurídica. f) Dotación y patrimonio. IV. El Patronato. Sustitución, cese y suspensión de los patronos. Responsabilidad de los patronos. V. Actividades económicas. VI. El Protectorado de las fundaciones. VII. Fusión, extinción y liquidación de la fundación. VIII. Elementos que determinan la inclusión de la fundación en el ámbito de la economía social. IX. Comentario empírico. Bibliografía.

Introducción¹

El artículo 5 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social (LES), incluye, entre las entidades que forman parte de la misma, a *“las fundaciones que lleven a cabo actividad económica”*. Las fundaciones, nacidas básicamente como instituciones benéficas, aparecen hoy como entidades privadas que, desde la sociedad civil, sirven para la consecución de múltiples objetivos pudiendo suplir carencias del sector público, superando, poco a poco, la desconfianza que, para el legislador, inspiraba esta figura. En ese sentido, la Exposición de Motivos de la vigente Ley 50/2002, considera la fundación como *“cauce a través del que la sociedad civil coadyuva con los poderes públicos en la consecución de fines de interés general”*.

1. El número 29 de la revista jurídica de CIRIEC-España consistió en un monográfico sobre “la forma jurídica de las entidades de la economía social”.

Siguiendo el criterio de la Ley de Economía Social (Ley 5/2011, de 29 de Marzo), el objetivo fue dedicar un artículo a cada una de las entidades enumeradas en el artículo 5 de dicha ley, ofreciendo un estudio jurídico individualizado sobre cada una de esas nueve figuras: cooperativas, sociedades laborales, centros especiales de empleo, empresas de inserción, mutualidades, asociaciones, fundaciones, cofradías de pescadores, y sociedades agrarias de transformación.

Pues bien, el mencionado número 29 recogió sendos artículos, dedicados a cada una de dichas entidades, a excepción de las fundaciones. El presente artículo viene a colmar esa laguna, y aprovechamos para agradecer a Carlos Díaz-Aguado su empeño en ese sentido.

Aitor Bengoetxea y Rafael Millán
(coordinadores del núm. 29 de la revista jurídica de CIRIEC-España)

I. Legislación vigente

La Constitución, en su artículo 34.1, reconoce “*el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la ley*” y solo puede ser desarrollado por ley conforme a su artículo 53.1, que reserva a la ley la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I, entre los que se encuentra el de fundación, especificando que dichas normas legales deben en todo caso respetar el contenido esencial de tales derechos y libertades.

La previsión constitucional se encuentra cumplida en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (LF), la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y los incentivos fiscales al mecenazgo, el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre (RF), por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, el Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre (RRF), por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones y el Real Decreto 1066/2015, de 27 de noviembre, por el que se concentran en el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte todas las funciones de protectorado de las fundaciones de competencia estatal, con la única excepción de las bancarias.

Además, hay que tener en cuenta que los Estatutos de Autonomía de todas las Comunidades Autónomas atribuyen a éstas competencia en materia de fundaciones que vayan desarrollar sus actividades principalmente en su ámbito territorial y, en consecuencia, han legislado sobre fundaciones las siguientes Comunidades Autónomas:

- Ley Foral navarra 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio (LFN).
- Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid (LFM).
- Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias (LFC).
- Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana (LFCV).
- Ley 13/2002, de Fundaciones de Castilla y León (LFCL).
- Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía (LFA).
- Ley 12/2006, de 1 de diciembre de fundaciones de interés gallego (LFG).
- Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja (LFLR).

- Ley 4/2008, de 24 de abril, del libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas (CC de Ct.).
- Ley 9/2016, de Fundaciones del País Vasco (LFPV).

Este trabajo se va a centrar básicamente en la legislación estatal que se aplica a las fundaciones que no desarrollan sus actividades exclusivamente en una sola Comunidad Autónoma. Y, como establece la disposición final primera de la LF, las normas de la misma que constituyen las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación son de aplicación general en todo el territorio nacional, es decir, los artículos: 2, que establece el concepto de fundación; 3.1, 2 y 3, que determinan los fines y beneficiarios; 4, que regula la adquisición de la personalidad jurídica por la fundación; 14, sobre el órgano de gobierno de la fundación; 31, que precisa las causas de extinción y 34.1, las funciones del Protectorado.

Por otro lado, el 8 de febrero de 2012, la Comisión Europea presentó la propuesta de Reglamento para el estatuto de la fundación europea para facilitar las fundaciones a escala europea creando un marco jurídico europeo opcional para convivir, sin sustituirlo, con la legislación de fundaciones de los distintos estados miembros, estableciendo, además, un principio de equiparación de su régimen fiscal. Sin embargo, el 19 de noviembre de 2014 la Comisión retiró la propuesta por lo que las fundaciones que pretendan actuar en más de un estado de la Unión Europea no tienen otra legislación que la de cada uno de los estados.

II. Concepto jurídico y fines

La LF, en su artículo 2, define las fundaciones como “organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”. La definición legal, superando el tradicional concepto de la fundación como persona jurídica cuyo sustrato lo forma un patrimonio adscrito a un fin, destaca la idea de organización sin ánimo de lucro aunque sin que ello signifique que prescinda del patrimonio y de la finalidad de interés general.

En realidad, el concepto legal de fundación supone en la actualidad tres elementos indispensables:

- a) Un fin determinado que ha de ser de interés general.

- b) Un patrimonio destinado de manera permanente a la consecución del fin fundacional.
- c) La organización sin ánimo de lucro.

Pero, que la Constitución reconozca el derecho de fundación no supone que lo reconozca para cualquier clase de fundación, incluyendo, por ejemplo, las privadas o las familiares, sino que, como expresamente dice, solo reconoce las fundaciones de interés general, las que persigan fines altruistas y cuyos beneficiarios estén determinados de manera genérica, sin que puedan serlo personas concretas y determinadas, aunque sin que sea necesario que su número sea muy amplio.

Determinar qué significa el concepto jurídicamente indeterminado, “fin de interés general”, no es fácil. El artículo 3.1 de la LF enumera, como posibles fines de interés general, *“los de defensa de los derechos humanos, de víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico”*. Enumeración meramente enunciativa que permite otros fines siempre que puedan considerarse de interés general.

“No se trata, como parecía ocurrir en la legislación preconstitucional, de actividades realizadas por pura beneficencia, entendida ésta como socorro de necesidades, sino que se pueden promover intereses muy diversos, con tal que revistan carácter de generalidad” (Díez-Picazo y Gullón)².

Para que la finalidad de la fundación sea de interés general debe beneficiar a colectividades genéricas de personas o, como dice el artículo 3.1 de la LFPV a “personas no individualmente determinadas”, pero eso no impide que el fundador o fundadores puedan limitar el ámbito de los beneficiarios siempre que no se llegue a individualizarlos o concretarlos, por ejemplo, en el fundador, los patronos o los miembros de sus familias, por eso, el precepto añade que *“tienen la consideración de colectividades genéricas de personas los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares sin que, en ningún caso, puedan constituirse funda-*

2. Díez-Picazo, L y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil, Vol. I*. Editorial Tecnos. Madrid, 2012. Pág. 537.

ciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general”.

Para evitar que se limite indirectamente el ámbito de sus beneficiarios, el artículo 23 de la LF, bajo la rúbrica de “principios fundacionales” impone a la fundación las obligaciones de destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas a sus fines fundacionales, dar información suficiente de sus fines y actividades para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios y demás interesados y actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios.

La fundación, según el artículo 2 de la LF, no puede tener fin de lucro, lo que no significa que no pueda recibir retribución alguna por sus servicios sino, simplemente, que no puede repartir beneficios. El artículo 26 de la LF admite expresamente que la fundación pueda cobrar retribución por los servicios que presta, pero teniendo cuidado de precisar que ello no puede suponer un medio para limitar el ámbito de sus posibles beneficiarios.

III. Constitución de la fundación

La constitución de la fundación supone un proceso que comienza con un negocio jurídico que puede ser *inter vivos* o *mortis causa* y culmina con la adquisición de la personalidad jurídica con su inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones, estatal o autonómico.

Históricamente, la forma más habitual de constituir fundaciones era la testamentaria ya que permitía al fundador constituir la fundación y seguir disfrutando de su patrimonio hasta el momento de su muerte. En la actualidad, son numerosas las fundaciones que se constituyen *inter vivos* “*Las fundaciones inter vivos constituyen de ordinario la iniciativa de personas jurídicas, que se aprovechan de los beneficios tributarios concedidos a las fundaciones para invertir parte de los resultados de sus actividades, por lo común empresariales o bancarias. Asimismo, suele ser también el cauce de cuotas económicas, destinadas ex lege al fomento de la cultura, la ciencia, la investigación, el deporte o las artes*” (Durán Rivacoba)³.

3. Durán Rivacoba, R.: *El Negocio Jurídico Fundacional*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1996., pág. 50.

a) Capacidad para constituir la fundación

Pueden constituir una fundación tanto las personas físicas como las jurídicas y, en el caso de estas últimas, tanto las públicas como las privadas.

Hay autores que critican que las personas jurídicas públicas puedan constituir fundaciones al considerar que constituye una manifestación del fenómeno que denominan “huida del derecho administrativo” carente de razón de ser y “dado que es consustancial a la idea de fundación la objetivación de una actividad de interés general a través del negocio fundacional, con la atribución del derecho de fundación a las personas jurídico-públicas se permite la omisión de determinadas reglas que constituyen la base misma del estatuto jurídico de la propia persona jurídico-pública fundadora” (Navajas Rebolgar)⁴.

Conforme al artículo 8 de la LF:

- Las personas físicas requerirán de capacidad para disponer gratuitamente, *inter vivos* o *mortis causa*, de los bienes y derechos en que consista la dotación.
- Las personas jurídicas privadas de índole asociativa requerirán el acuerdo expreso del órgano competente para disponer gratuitamente de sus bienes, con arreglo a sus Estatutos o a la legislación que les resulte aplicable.
- Las de índole institucional deberán contar con el acuerdo de su órgano rector.
- Por su parte las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario.

La constitución de la fundación por acto *mortis causa* se realizará testamentariamente, cumpliéndose en el testamento los requisitos establecidos para la escritura de constitución. Si el testador se hubiere limitado a establecer su voluntad de crear una fundación y de disponer de los bienes y derechos de dotación, la escritura pública en la que se contengan los demás requisitos legalmente exigidos se otorgará por el albacea testamentario y, en su defecto, por los herederos testamentarios. En caso de que éstos no existieran, o incumplieran esta obligación, la escritura se otorgará por el Protectorado, previa autorización judicial.

El negocio jurídico fundacional hecho en testamento es revocable hasta el momento del fallecimiento del testador por lo dispuesto en el artículo 737 de

4. Pedreira Menéndez, J. (director): *La regulación de las entidades no lucrativas y el mecenazgo: cuestiones pendientes para una reforma*. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona. 2015. Págs. 37 y 38.

Código civil según el cual “*todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas*”.

b) Escritura publica

Si el negocio fundacional es *inter vivos*, en cuyo caso y a diferencia de lo que ocurre en el caso anterior es irrevocable, se debe hacer en escritura pública en la que se deberá recoger los siguientes extremos, exigidos por el artículo 10 de la LF:

- a) El nombre, apellidos, edad y estado civil del fundador o fundadores, si son personas físicas; y la denominación o razón social, si son personas jurídicas; y, en ambos casos, su nacionalidad y domicilio y número de identificación fiscal.
- b) La voluntad de constituir una fundación.
- c) La dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación.
- d) Los Estatutos de la fundación.
- e) La identificación de las personas que integran el Patronato, así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional.

c) Estatutos de la Fundación

Como dice el artículo 2.2 de la LF, “*las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley*”. En realidad, la voluntad del fundador y los Estatutos son lo mismo ya que en éstos es donde se plasma la voluntad de aquél para el funcionamiento y la organización de la fundación.

Los Estatutos son la norma por la que se va a regir el funcionamiento futuro de la fundación que se constituye. El artículo 11 de la LF dice que en ellos se hará constar:

1. **La denominación de la entidad**, en la que, según el artículo 5 de la LF:
 - Deberá figurar la palabra “Fundación”, y no podrá coincidir o asemejarse de manera que pueda crear confusión con ninguna otra previamente inscrita en los Registros de Fundaciones.
 - No podrán incluirse términos o expresiones que resulten contrarios a las leyes o que puedan vulnerar los derechos fundamentales de las personas.

- No podrá formarse exclusivamente con el nombre de España, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales, ni utilizar el nombre de organismos oficiales o públicos, tanto nacionales como internacionales, salvo que ese trate del propio de las entidades fundadoras.
 - La utilización del nombre o seudónimo de una persona física o de la denominación o acrónimo de una persona jurídica distinta del fundador deberá contar con su consentimiento expreso o, en caso de ser incapaz, con el de su representante legal.
 - No podrán adoptarse denominaciones que hagan referencia a actividades que no se correspondan con los fines fundacionales, o induzcan a error o confusión respecto de la naturaleza o actividad de la fundación.
2. **Los fines fundacionales**, que han de ser siempre de interés general y sin ánimo *de* lucro.
3. **El domicilio de la fundación y el ámbito territorial en que haya de desarrollar principalmente sus actividades.**
- Según el artículo 6 de la LF, deberán estar domiciliadas en España las fundaciones que desarrollen principalmente su actividad dentro del territorio nacional. Las fundaciones tendrán su domicilio estatutario en el lugar donde se encuentre la sede de su Patronato, o bien en el lugar en que desarrollen principalmente sus actividades; y las que se inscriban en España para desarrollar una actividad principal en el extranjero tendrán su domicilio estatutario en la sede de su Patronato dentro del territorio nacional.
- Las fundaciones extranjeras que pretendan ejercer sus actividades de forma estable en España deberán mantener una delegación en territorio español que constituirá su domicilio; e inscribirse en el Registro de Fundaciones competente en función del ámbito territorial en que desarrollen principalmente sus actividades, ante el que deberá acreditar que ha sido válidamente constituida con arreglo a su ley personal. Quedarán sometidas al protectorado que corresponda en función del ámbito territorial en que desarrollen principalmente sus actividades, siéndoles de aplicación el régimen jurídico previsto para las fundaciones españolas.
4. **Las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios.**
5. **La composición del Patronato, las reglas para la designación y sustitución de sus miembros, las causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos.**

6. Cualesquiera otras disposiciones y condiciones lícitas que el fundador o fundadores tengan a bien establecer.

Toda disposición de los Estatutos o manifestación de la voluntad del fundador que sea contraria a la 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 correspondiente Registro de Fundaciones.

Si el negocio fundacional es *mortis causa*, el testamento deberá recoger los mismos requisitos que los establecidos para la escritura pública.

d) Modificación de los Estatutos

A diferencia de lo que ocurre en las personas jurídicas de tipo asociativo en las que los asociados, siempre que se cuente con la mayoría necesaria, pueden modificar libremente los Estatutos, en la fundación no existe dicha asamblea general que pueda decidir el cambio estatutario. La modificación de los Estatutos de la fundación constituye un acto de excepcional importancia ya que implica cambiar la voluntad del fundador. Sin embargo, pueden darse cambios sociales o legales que hagan aconsejable o necesaria la modificación para evitar que se pueda llegar a la extinción de la fundación si no realiza la modificación.

El artículo 29 de la LF limita los supuestos de modificación estatutaria a tan solo dos:

- a) En un primer lugar, se autoriza al Patronato a modificar los Estatutos “siempre que resulte conveniente en interés de la fundación, salvo que lo haya prohibido el fundador”. En ese caso, la LF no exige, para algo tan importante como la modificación estatutaria, la autorización del Protectorado, siendo suficiente que el Patronato se lo comunique, si bien es verdad que el Protectorado, una vez que se le notifique la modificación tiene un plazo de tres meses para oponerse.
- b) Por otro lado, la LF no autoriza sino que impone al Patronato la obligación de acordar la modificación estatutaria cuando hayan cambiado las circunstancias que presidieron la constitución de la fundación de manera que ésta no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a los Estatutos, salvo que el fundador haya previsto para este caso la disolución de la fundación. Si el Patronato no acuerda la modificación, el Protectorado le requerirá para que

lo haga, solicitando en caso contrario de la autoridad judicial que resuelva sobre la modificación estatutaria requerida.

- c) En ambos casos, la nueva redacción de los Estatutos, una vez acordada por el Patronato, se comunicará al Protectorado. La comunicación, exige el artículo 36.1 del RF, deberá ir acompañada del texto de la modificación y del certificado del acuerdo aprobatorio del Patronato emitido por el secretario con el visto bueno del presidente.

El Protectorado sólo podrá oponerse al acuerdo de modificación por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado, en el plazo máximo de tres meses desde que le haya sido notificado.

- d) La nueva redacción de los Estatutos deberá formalizarse en escritura pública e inscribirse en el correspondiente Registro de Fundaciones.

e) Adquisición de la personalidad jurídica

Conforme al artículo 4 de la LF, *“las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones. La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la ley”*.

“La adquisición de la personalidad jurídica, opera de acuerdo con una secuencia de formación sucesiva que comprende el otorgamiento de la escritura pública de constitución y la inscripción de la misma en el correspondiente Registro”. (Díez-Picazo y Gullón)⁵.

La inscripción está sujeta a una doble intervención administrativa ya que, una vez que el Patronato solicita la inscripción de la escritura fundacional, corresponde al Protectorado, según prescribe el artículo 35.1 de la LF *“informar con carácter preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones, sobre la idoneidad de los fines y sobre la suficiencia dotacional de las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución”*. En consecuencia, hay una primera intervención administrativa, la del Protectorado, a quien corresponde informar con carácter preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones, sobre la idoneidad de los fines y la suficiencia dotacional y, posteriormente, corresponde decidir al Registro sobre la legalidad de los demás requisitos de la escritura de constitución sin que,

5. Díez-Picazo, L y Gullón, A. op. cit., pág. 541.

en ningún caso, la inscripción pueda ser denegada discrecionalmente sino solo si no se ajusta la escritura a las prescripciones legales.

La LF permite que organizaciones no inscritas en el Registro de Fundaciones puedan aparecer con la imagen de fundaciones por lo que en su artículo 4.2 establece que “*solo las entidades inscritas en el Registro podrán utilizar la denominación de Fundación*”. No obstante, el artículo 13 de la LF admite que “las fundaciones constituidas pero aún no inscritas, en el período que media entre el otorgamiento de la escritura y la inscripción puedan usar la denominación de fundación en formación” (Morillo González)⁶.

Desde que se otorga hasta que se inscribe en el Registro de Fundaciones la escritura fundacional, la fundación se encuentra en lo que el artículo 13 denomina “proceso de formación”.

Durante el proceso de formación de la fundación, el Patronato deberá realizar además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la fundación, los cuales se entenderán automáticamente asumidos por ésta cuando obtenga personalidad jurídica.

Transcurridos seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin que los patronos hubiesen instado la inscripción en el Registro de Fundaciones, el Protectorado procederá a cesar a los patronos, quienes responderán solidariamente de las obligaciones contraídas en nombre de la fundación y por los perjuicios que ocasiona la falta de inscripción. El Protectorado procederá, asimismo, a nombrar nuevos patronos que, previa autorización judicial, asumirán la obligación de inscribir la fundación en el registro de Fundaciones.

f) Dotación y patrimonio

Para que se pueda considerar que se existe una fundación es imprescindible que exista un patrimonio. “Es obvio que no basta la mera voluntad del fundador para que la fundación pueda entenderse constituida. La fundación es un patrimonio adscrito a un fin y, por tanto no nacerá al mundo del Derecho mientras el fundador no la dote de los bienes necesarios para atender a los fines previstos” (Lasarte)⁷.

6. Morillo González, F.: *El proceso de creación de una fundación*. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona, 2006. Pág. 267.

7. Lasarte, C.: *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I*. Madrid. 2013.

A diferencia de la asociación, en la que lo importante es la actividad de los asociados y la importancia de sus aportaciones económicas es secundaria, en la fundación la dotación es imprescindible; pero ¿es suficiente cualquier dotación?, ¿es necesario que su aportación se produzca desde el momento inicial o puede aportarse posteriormente?

Se puede distinguir entre la dotación como acto y la dotación como objeto. “La primera es el acto por el que se adscriben a la fundación determinados bienes que le permiten cumplir su fin fundacional, mientras que la segunda es esa masa de bienes” (Albaladejo)⁸.

El artículo 12 de la LF, exige que exista una dotación inicial y que esa dotación sea “adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales”. Y corresponde al Protectorado, como señala el artículo 35.1, a) de la LF, “*informar, con carácter preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones, sobre la suficiencia dotacional de las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución*”.

El mismo artículo 12 añade que “se presume adecuada la dotación cuyo valor económico alcance los 30.000 euros”. Y si es inferior, “el fundador deberá justificar su adecuación y suficiencia a los fines fundacionales mediante la presentación del primer programa de actuación, junto con un estudio económico que acredite su viabilidad utilizando exclusivamente dichos recursos”.

La dotación podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase. Se aceptará como aportación el compromiso de aportación de terceros siempre que dicha obligación conste en títulos de los que llevan aparejada ejecución. Formarán también parte de la dotación los bienes y derechos de contenido patrimonial que durante la existencia de la fundación se aporten en tal concepto por el fundador o por terceras personas, o que se afecten por el Patronato con carácter permanente, a los fines fundacionales.

Si la aportación es dineraria podrá efectuarse en forma sucesiva. En tal caso, el desembolso inicial será, al menos, del 25 por 100 y el resto se deberá hacer efectivo en un plazo no superior a cinco años, contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la fundación. Cuando la aportación no es dineraria, deberá incorporarse a la escritura de constitución tasación realizada por un experto independiente.

8. Albaladejo, M.: *Derecho Civil, I, Introducción y Parte General*. 18ª edición. EDISOFER, S.L. Madrid, 2009. Pág. 385.

En uno y otro caso deberá acreditarse o garantizarse la realidad de las aportaciones ante el notario autorizante. En ningún caso se considerará dotación el mero propósito de recaudar donativos.

Además de la dotación inicial, formarán parte del patrimonio de la fundación los bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica que la misma adquiera con posterioridad a su constitución, se afecten o no a la dotación. Concretamente, el artículo 16 del RF dice que *“el patrimonio de la fundación está formado por los siguientes bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica:*

- a) *La dotación, integrada por la dotación inicial aportada por el fundador o por terceras personas, por los bienes y derechos de contenido patrimonial que durante la existencia de la fundación se aporten en tal concepto por el fundador o por terceras personas, y por los bienes y derechos que se afecten por el Patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales.*
En el caso de enajenación o gravamen de bienes y derechos de la dotación, se conservarán en ésta los bienes y derechos que vengan a sustituirlos y se integrará en ella la plusvalía que hubiera podido generarse.
- b) *Los bienes y derechos directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, sin carácter permanente, por declaración expresa de su aportante, por acuerdo del Patronato o por resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial.*
- c) *Los demás bienes y derechos y las obligaciones que adquiera la fundación en el momento de su constitución o con posterioridad”.*

La fundación deberá figurar como titular de todos los bienes y derechos de su patrimonio, que deberán constar en su inventario anual.

La enajenación o gravamen de los bienes de la fundación corresponde al Patronato y el artículo 21 de la LF hace la siguiente distinción:

- a) Si se trata de bienes y derechos que formen parte de la dotación o estén vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales requerirá autorización del Protectorado que la concederá siempre que exista justa causa debidamente acreditada.
- b) Los restantes actos de disposición de aquellos bienes y derechos fundacionales distintos de los que formen parte de la dotación o estén vinculados directa-

mente al cumplimiento de los fines fundacionales, incluida la transacción o compromiso, y de gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes de interés cultural, así como aquellos cuyo importe, con independencia de su objeto, sea superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado, deberán ser comunicados por el Patronato al Protectorado, en el plazo máximo de treinta días hábiles siguientes a su realización.

Las enajenaciones o gravámenes se harán constar anualmente en el Registro de Fundaciones al término del ejercicio económico y se inscribirán en el Registro de la Propiedad o en el Registro público que corresponda por razón del objeto y se reflejarán en el Libro inventario de la fundación.

IV. El Patronato

El concepto de fundación como organización para la obtención de la finalidad fundacional exige que su gestión sea eficiente. Organizar la fundación para obtener los fines fundacionales corresponde al fundador aunque, como dice la STC 49/1988, de 22 de marzo, “la fundación implica que el fundador puede imponer las normas por las que ha de regirse la persona jurídica que crea, pero, a lo largo del tiempo cabe que los órganos de la fundación puedan, con la intervención del Protectorado, adaptar su organización a las nuevas circunstancias legales o sociales.”

Por lo menos, debe existir un órgano encargado del gobierno y representación de la fundación denominado Patronato al que corresponderá cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad del mismo. El artículo 10 de la LF exige, entre los requisitos que deben figurar en la escritura fundacional, la identificación de las personas que integran el Patronato, así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional.

El Patronato adoptará sus acuerdos por mayoría en los términos establecidos en los Estatutos. El artículo 11.1 del RF dice que los acuerdos se adoptarán “*por mayoría de los patronos presentes o representados en la reunión. El presidente tendrá voto de calidad en caso de empate*”. No parece que exista inconveniente en que, por vía estatutaria, se “pueda reforzar las mayorías necesarias para aquellos acuerdos que excedan de la administración ordinaria de la fundación como los relativos a

la modificación de los Estatutos, la fusión, escisión y extinción de la fundación” (Beneyto Feliú)⁹.

Los Estatutos podrán prever la existencia de otros órganos con las funciones que expresamente se les encomienden, aunque hay funciones que solo puede desempeñar el Patronato: la aprobación de cuentas y del plan de actuación, la modificación de los Estatutos, la fusión y la liquidación de la fundación y aquellos actos que requieran la autorización del Protectorado.

El Patronato estará constituido por un mínimo de tres miembros. Suprimida la posibilidad del órgano unipersonal y sin que el fundador pueda establecer que el Patronato sea de menos de tres miembros, puede optar por cualquier número superior que considere conveniente, sin que sea necesario que el número sea impar, decidiendo el voto de calidad del presidente en los casos de empate.

Los miembros del Patronato elegirán entre ellos su presidente, si no estuviere ya prevista de otro modo su designación en la escritura fundacional o en los Estatutos; y deberán designar también un secretario, cargo que podrá recaer en una persona ajena a aquél, en cuyo caso tendrá voz pero no voto, y a quien corresponderá la certificación de los acuerdos del Patronato.

Podrán ser miembros del Patronato tanto personas físicas como jurídicas.

Las personas físicas deberán tener plena capacidad de obrar, por lo que no pueden serlo los menores, ni siquiera si están emancipados, por carecer de la “plena capacidad de obrar” que exige el artículo 15.2 de la LF; y tampoco los que estén judicialmente incapacitados para ello, o los que estén inhabilitados para el ejercicio de cargos públicos. El artículo 12.4 de la LFCM permite que sean patronos los menores y los incapacitados, actuando en su nombre su representante legal. Por el contrario, el artículo 14.2 de la LFPV suprime la posibilidad, que permitía el artículo 11.2 de la derogada LFPV de 1994, de que sean patronos los incapacitados.

El cargo que recaiga en persona física deberá ejercerse personalmente. No obstante, y solo para actos concretos y determinados, podrá actuar en su nombre y representación otro patrono por él designado que deberá ajustarse a las instrucciones que, en su caso, el representado establezca por escrito.

Las personas jurídicas deberán designar a la persona o personas que le represente conforme a lo establecido en los Estatutos. En estos casos la condición de

9. Beneyto Feliú, J.: *Instituciones de Derecho privado. Tomo I Personas (Garrido de Palma, V.M., director)*. Editorial Aranzadi, S.A.U. Pamplona. 2016.

patrono la tiene la persona jurídica, no su representante. Que la persona jurídica pueda designar más de un representante debe interpretarse en el sentido de que puede designar representante titular y suplente o suplentes, sin que pueda haber más de un representante de la persona jurídica con derecho a voto simultáneamente (Peñalosa Esteban)¹⁰.

La persona jurídica como miembro del órgano de gobierno de otra persona jurídica puede dar origen a diversos problemas como “la falta de la estabilidad necesaria para ejercer las competencias legalmente encomendadas, la complejidad que comporta la introducción de una estructura organizativa en una estructura diferente, así como la limitación de capacidad de las personas jurídicas para administrar...especialmente cuando son entes públicos los que asumen la condición de miembros del Patronato de una fundación” (Salelles Climent y Verdera Server)¹¹.

Los patronos comenzarán a ejercer sus funciones después de haber aceptado expresamente el cargo en documento público, en documento privado con firma legitimada por notario o mediante comparecencia realizada al efecto en el Registro de Fundaciones. También se podrá llevar a cabo la aceptación ante el Patronato, acreditándose por certificación expedida por su secretario, con firma legitimada notarialmente. En todo caso, la aceptación se notificará formalmente al Patronato y se inscribirá en el Registro de Fundaciones.

Los patronos ejercerán su cargo gratuitamente, sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione. No obstante, el Patronato podrá fijar una retribución adecuada a aquellos patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les correspondan como miembros del Patronato, previa autorización del Protectorado. El artículo 34.3 del RF establece que el Protectorado denegará en todo caso la remuneración cuando el negocio jurídico encubra una remuneración por el ejercicio del cargo de patrono y cuando el valor de la contraprestación que deba recibir la fundación no resulte equilibrado.

Que la LF establezca que el ejercicio del cargo de patrono deba ser gratuito encaja mal con la idea de fundación como organización ordenada bajo criterios

10. De Lorenzo García, R., Piñar Mañas, J. L. y Peñalosa Esteban, I. (directores). *Nuevo Tratado de Fundaciones*. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona, 2016. Pág.198.

11. Salelles Climent, J.R. y Verdera Server, R.: “*El Patronato de la Fundación*”. Aranzadi Editorial. Pamplona, 1997. Pág. 131.

de eficiencia económica así como con la responsabilidad que asumen los miembros del Patronato al aceptar el cargo. Si la gestión de la entidad debe ser diligente deberá encomendarse a quien pueda dedicar a ello el tiempo necesario y difícilmente puede ser así si lo debe hacer gratuitamente.

El mismo criterio de gratuidad mantiene el artículo 17 de la vigente LFPV, cambiando con ello lo que establecía el artículo 18 de la derogada LFPV de 1994, que sí admitía la posibilidad de que el fundador estableciera, siempre que lo hiciera expresamente, retribución para los patronos.

Lo mismo ocurre con el artículo 23 de la vigente LFG, que suprime la posibilidad que admitía el artículo 14.4 de la derogada LFG de 1983, que, aun estableciendo la gratuidad del cargo de patrono admitía que el apoderado general de una fundación, siempre que fuese patrono de la misma y ejerciese sus funciones con carácter exclusivo, recibiese una retribución, si los Estatutos lo preveían.

Parece más acertado, en ambos casos, el criterio de las leyes derogadas que permitían al fundador tener en cuenta la dedicación que el cargo de patrono o apoderado general, respectivamente, iba a exigir, para fijarle una retribución.

Por su parte, el artículo 332-10 del CC de Ct. prevé la posibilidad de que los patronos establezcan una relación laboral o profesional retribuida con la fundación, siempre que se articule mediante un contrato que determine claramente las tareas laborales o profesionales que se retribuyen. Si el importe del contrato es superior a 100.000 euros anuales o al 10% de los ingresos devengados en el último ejercicio económico cerrado, debe acompañar, además, un informe validado por técnicos independientes que justifique que la contratación es beneficiosa para la fundación y responde a criterios del mercado laboral o profesional.

La prohibición de retribución se conecta con el desempeño del cargo y no parece que exista cuando concurren otras causas. El ejemplo más claro se da cuando exista una relación contractual entre la fundación y el patrono, en cuyo caso no tiene sentido excluir la remuneración al patrono (Salelles Climent y Verdera Server)¹².

Salvo que lo prohíban los Estatutos, los patronos podrán delegar sus facultades en uno o más de sus miembros. No serán, sin embargo, delegables la aprobación de cuentas y del plan de actuación, la modificación de los Estatutos, la fusión y la liquidación de la fundación, ni aquellos actos que requieran la aprobación del Protectorado.

12. Salelles Climent, J.R. y Verdera Server, R.: *op. cit.* Pág. 147.

Por otra parte, el artículo 28 de la LF autoriza a los patronos contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del protectorado, que se extenderá al supuesto de personas físicas que actúen como representantes de los patronos.

Las delegaciones, los apoderamientos generales y su revocación, así como la creación de otros órganos, deberán inscribirse en el Registro de Fundaciones.

Sustitución, cese y suspensión de los patronos

En principio el cargo de patrono es por tiempo indefinido. Sin embargo el artículo 18.2 establece que los patronos de la fundación cesarán por las siguientes causas:

- Por muerte o declaración de fallecimiento, así como por extinción de la persona jurídica.
- Por incapacidad, inhabilitación o incompatibilidad de acuerdo de acuerdo con lo establecido en la Ley.
- Por cese en el cargo por razón del cual fueron nombrados miembros del Patronato.
- Por no desempeñar el cargo con la diligencia legalmente exigida o por resolución judicial.
- Por el transcurso del plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin haber instado la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones.
- Por el transcurso del período de su mandato si fueron nombrados por un determinado tiempo.
- Por renuncia, que podrá llevarse a cabo por cualquiera de los medios y mediante los trámites previstos para la aceptación.
- Por las causas establecidas válidamente para el cese en los Estatutos.

Responsabilidad de los patronos

La LF, en su artículo 17. 1 dice que *“los patronos deberán desempeñar su cargo con la diligencia de un representante leal”*, lo que significa que deben actuar diligentemente y con buena fe, incurriendo en responsabilidad cuando, en su actuación, actúen con dolo o culpa.

Es posible hacer una lectura de la responsabilidad de los patronos en clave societaria y, en ese sentido, “siendo la diligencia exigible a los patronos la de un representante leal y la de los administradores de una sociedad la de un ordenado empresario, el estándar de diligencia de unos y otros se encuentra en un distinto nivel y dado que las fundaciones no siempre desarrollan actividades económicas, no puede exigirse con carácter general a los patronos el ejercicio del cargo con la diligencia de un ordenado empresario, además de que, siendo gratuito el cargo de patrono, el ejercicio del cargo tiene un elemento de voluntarismo que le aleja de la necesaria profesionalización de los administradores” (Peñalosa Esteban)¹³.

Los patronos responderán frente a la fundación de manera solidaria de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deban desempeñar su cargo. Quedarán exentos de responsabilidad quienes hayan votado en contra del acuerdo y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

V. Actividades económicas

La vigente LF, “ha dejado atrás la fundación rentista decimonónica económicamente inactiva cuya subsistencia dependía de aportaciones ajenas, buscando que se convierta en una forma jurídica apta para ordenar sus factores productivos bajo criterios de eficiencia económicos en el marco de su inserción en el mercado” (Pérez Escolar)¹⁴.

El hecho de que la finalidad de la fundación no pueda tener ánimo de lucro no impide que pueda desarrollar actividades económicas; lo único que significa es que no puede haber reparto de beneficios. La LES da por supuesto que las fundaciones pueden desarrollar actividades económicas cuando, al incluir en su artículo 5 las fundaciones entre las entidades que forman parte de la economía social habla de las “fundaciones que lleven a cabo actividad económica”.

13. De Lorenzo García, R., Piñar Mañas, J. L. y Peñalosa Esteban, I. *op. cit.* Págs. 229 y 230.

14. PÉREZ ESCOLAR, M.: *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona, 2008. Pág. 32.

Lo confirma la LF, en su artículo 24 y siguientes, en los que regula las actividades económicas de la fundación que pueden tener lugar tanto ejerciéndolas directamente la fundación, como indirectamente mediante su participación en las actividades de otras entidades.

El artículo 24.1 de la LF exige que el objeto de las actividades económicas directamente desarrolladas por la fundación esté relacionado con los fines fundacionales y sea complementario o accesorio de los mismos, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia. Para vigilar que esto se cumpla, el artículo 35.1 del RF prevé que *“si el Protectorado advirtiera una grave irregularidad en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la fundación o una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada, acordará la iniciación del procedimiento de intervención temporal y lo notificará al Patronato para que, en el plazo de 15 días formule las alegaciones que considere oportunas”*, como consecuencia de lo cual el Protectorado puede terminar requiriendo al Patronato la adopción de las medidas que estime pertinentes para la corrección de la irregularidad o desviación advertida.

Según el artículo 27.1 de la LF, al menos el 70 por 100 de los resultados de las explotaciones económicas que se desarrollen, deducidos los gastos realizados para la obtención de tales resultados, deberá destinarse a la realización de los fines fundacionales y el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas según acuerdo del Patronato. Los gastos podrán estar integrados, en su caso, por la parte proporcional de los gastos por servicios exteriores, de los gastos de personal, de otros gastos de gestión, de los gastos financieros y de los tributos, en cuanto que contribuyan a la obtención de los ingresos, excluyendo de este cálculo los gastos realizados para el cumplimiento de los fines estatutarios.

No es necesario comunicar al Protectorado el comienzo de las actividades. Constituye una excepción el artículo 27.1 de la LFC, que da un plazo de veinte días desde el comienzo de las actividades, para comunicárselo al Protectorado de Fundaciones Canarias.

Las fundaciones también pueden realizar actividades económicas indirectamente, constituyendo sociedades mercantiles o a través de su participación en las mismas siempre que se trate de sociedades en las que no responda personalmente de las deudas sociales. Cuando su participación sea mayoritaria deberán dar cuanta de ella al Protectorado. En este caso, pueden ser actividades mercantiles independientes de los fines fundacionales. El artículo 31.2 de la LFLR lo dice expresamente. La participación puede ser tanto por haber sido aportada a la fundación en el momento de su constitución, como por su aportación poste-

rior a través de un legado o donación y como por la constitución por la fundación de alguna sociedad mercantil.

Si la fundación recibiera por cualquier título, bien como parte de la dotación inicial, bien en un momento posterior, testamentariamente o por donación *inter vivos*, alguna participación en alguna sociedad colectiva o comanditaria (en ésta como socio comanditario) así como en una sociedad civil, deberá enajenar dicha participación, salvo que, en el plazo máximo de un año, se produzca la transformación de las mismas en otras en las que quede limitada la responsabilidad de la fundación.

Por consiguiente, la fundación puede participar sin ninguna limitación en sociedades comanditarias por acciones, como socio comanditario, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades anónimas, aunque si su participación es mayoritaria, el Patronato deberá comunicárselo al Protectorado. En algunas leyes autonómicas (LFCL, art. 22.2; y LFLR, art. 31.2) no es suficiente la comunicación, sino que se requiere la autorización previa del Protectorado; y en la LFC (art. 27.2) exige la previa autorización del Protectorado de Fundaciones Canarias si la participación es mayoritaria, y la comunicación al mismo en caso contrario.

Las fundaciones deberán llevar una contabilidad ordenada y adecuada a su actividad que permita un seguimiento cronológico de las operaciones realizadas. Para ello llevarán necesariamente un Libro Diario y un Libro de Inventarios y Cuentas Anuales. Las cuentas anuales se aprobarán por el Patronato de la fundación y se presentarán al Protectorado dentro de los diez días hábiles siguientes a su aprobación.

El patronato elaborará y remitirá al Protectorado, en los últimos tres meses de cada ejercicio, un plan de actuación en el que queden reflejados los objetivos y las actividades que se prevea desarrollar durante el ejercicio siguiente.

VI. El Protectorado de las fundaciones

El Patronato es el órgano ejecutivo encargado de cumplir la voluntad fundacional del fundador, pero como, una vez creada la fundación, la persona del fundador desaparece de la fundación, corresponde al Protectorado velar por el cumplimiento de la legalidad y de la voluntad fundacional recogida en los Estatutos si bien, además de las funciones de control, la LF también le atribuye importantes labores de asesoramiento.

Tratándose de fundaciones de competencia estatal, corresponde el Protectorado a la Administración General del Estado que, según precisa el artículo 40.1 del RF, lo realizará a través de los departamentos ministeriales que posean atribuciones vinculadas con los fines fundacionales, tal y como aparezcan descritos en los estatutos de cada fundación. Sin embargo, el Real Decreto 1066/2015, de 27 de noviembre, concentra en el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte todas las funciones de protectorado de las fundaciones de competencia estatal, salvo las bancarias.

El artículo 35 de la LF dice que son funciones del Protectorado:

- 1) Informar con carácter preceptivo y vinculante para el registro de Fundaciones, sobre la idoneidad de los fines y sobre la suficiencia dotacional de las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución.
- 2) Asesorar a las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución, en relación con la normativa aplicable a dicho proceso.
- 3) Asesorar a las fundaciones ya inscritas sobre su régimen jurídico, económico-financiero y contable, así como sobre cualquier cuestión relativa a las actividades por ellas desarrolladas en el cumplimiento de sus fines, prestándoles a tal efecto el apoyo necesario.
- 4) Dar a conocer la existencia y actividades de las fundaciones.
- 5) Velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, de acuerdo con la voluntad del fundador, y teniendo en cuenta la consecución del fin general.
- 6) Verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales, pudiendo solicitar del Patronato la información que a tal efecto resulte necesaria, previo informe pericial. El artículo 46. e) del RF dice que el Protectorado podrá solicitar al Patronato la información que resulte necesaria, así como realizar actuaciones de comprobación en la sede fundacional, previa conformidad del Patronato. El informe pericial deberá ser emitido por un perito independiente o por un funcionario designado por el Protectorado, en el plazo fijado por éste.
- 7) Ejercer provisionalmente las funciones del órgano de gobierno de la fundación si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo.
- 8) Designar nuevos patronos de las fundaciones en período de constitución cuando los patronos inicialmente designados no hubieran promovido la inscripción registral.
- 9) Cuantas otras funciones se establezcan legalmente.

Además de las establecidas en este artículo 35, a lo largo de su articulado, la LF especifica las siguientes funciones de vigilancia del Protectorado:

- a) El artículo 13 establece la obligación del Protectorado de cesar a los patronos que, transcurridos seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional no hayan instado la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones así como la de, consiguientemente, nombrar nuevos patronos.
- b) El artículo 15.4 supedita a la autorización del Protectorado la posibilidad de que el Patronato fije una retribución a los patronos que presten a la fundación servicios distintos de los propios de la función de patronos.
- c) El artículo 17.3 atribuye al Protectorado la posibilidad de entablar la acción de responsabilidad por daños y perjuicios contra los patronos por actos contrarios a la Ley o los Estatutos o por actos realizados sin la diligencia debida.
- d) El artículo 18 faculta al Protectorado, en caso de sustitución, cese y suspensión de los patronos, para designar a la persona o personas que integren provisionalmente el Patronato
- e) El artículo 21.1 supedita la enajenación, onerosa o gratuita, y el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, a la autorización del Protectorado, que deberá concederla siempre que exista justa causa debidamente acreditada.
- f) El artículo 21.2 faculta al Protectorado a vincular, mediante resolución motivada, los bienes y derechos de la fundación al cumplimiento de sus fines.
- g) El artículo 28 establece la necesaria autorización del Protectorado para que los patronos puedan contratar con la fundación.
- h) El artículo 29.3 establece que el Protectorado requerirá al Patronato para que, en caso de que las circunstancias que presidieron la constitución de la fundación hayan variado de forma que ésta no pueda actuar satisfactoriamente, modifique los Estatutos.
- i) El artículo 29.4 autoriza al Protectorado a oponerse, exclusivamente por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado, a la modificación o nueva redacción de los Estatutos.
- j) El artículo 30.4 permite al Protectorado a requerir a la fundación que resulte incapaz de alcanzar sus fines para que se fusione con otra de fines análogos.
- k) El artículo 32.2 establece que la extinción de la fundación prevista en los supuestos de los párrafos b), c) y e) del artículo 31 requerirá acuerdo del Patronato ratificado por el Protectorado.

- l) El artículo 33 que atribuye la liquidación de la fundación al Patronato bajo el control del Protectorado.

VII. Fusión, extinción y liquidación de la fundación

1. Fusión

La fusión de fundaciones puede ser una solución para evitar la extinción de las mismas cuando el cambio de circunstancias haga imposible la realización de sus fines o, sin llegar a ese extremo, cuando resulte conveniente para defender los intereses de las fundaciones.

Conforme al artículo 30 de la LF, el Patronato, siempre que no lo haya prohibido el fundador, puede decidir la fusión de la fundación con otra u otras fundaciones, debiendo comunicar su decisión al Protectorado que se podrá oponer a la misma en el plazo de tres meses desde que se le notificó, pero solo por razones de legalidad y mediante resolución motivada.

La fusión exige el otorgamiento de escritura pública, que contendrá los Estatutos de la fundación resultante de la fusión, y deberá inscribirse en el Registro de Fundaciones.

Por otro lado y siempre también que el fundador no lo haya prohibido, cuando una fundación resulte incapaz de alcanzar sus fines, el Protectorado podrá requerirle para que se fusione con otra de fines análogos que haya manifestado ante el Protectorado su voluntad favorable a dicha fusión. Si la fundación se opusiese, el Protectorado podrá solicitar a la autoridad judicial que ordene la fusión.

2. Extinción

Según los artículos 31 y 32 de la LF, la fundación se extinguirá.

- a) Cuando expire el plazo por el que fue constituida. La afectación del patrimonio de la fundación a la realización de sus fines debe ser “de modo duradero”, lo que permite la posibilidad de que se haga por un plazo determinado, transcurrido el cual la fundación se extinguirá.
- b) Cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional.
- c) Cuando sea imposible la realización del fin fundacional, sin perjuicio de que para evitar la extinción el Patronato opte por modificar los Estatutos para

- adaptarlos a las circunstancias o por fusionar la fundación con otra u otras y siempre que el fundador no hubiese prohibido alguna de estas opciones.
- d) Cuando así resulte de la fusión.
 - e) Cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos.
 - f) Cuando concurra cualquier otra causa establecida en las leyes. En este caso y de acuerdo con lo establecido en el artículo 32,f) LF se requerirá resolución judicial motivada.

En el primer supuesto la fundación se extinguirá de pleno derecho.

En los casos b), c) y e), la extinción de la fundación requerirá acuerdo del Patronato ratificado por el Protectorado. Si no hubiese acuerdo del Patronato o éste no fuese ratificado por el Protectorado, la extinción requerirá resolución judicial motivada que podrá ser instada por el Protectorado o por el Patronato, según los casos.

3. Liquidación de la fundación

La extinción obliga a la fundación, salvo que sea consecuencia de su fusión con otra, a realizar la liquidación; liquidación que comprende todas las operaciones que sean necesarias para determinar el destino de su patrimonio.

La liquidación es competencia del Patronato, que podrá apoderar o delegar la ejecución material de sus acuerdos relativos al proceso de liquidación. El Patronato actuará bajo el control del Protectorado, a cuyo efecto éste podrá solicitarle cuanta información considere necesaria, incluso con carácter periódico.

En cuanto al destino del patrimonio de la fundación tras su extinción, el artículo 33.2 de la LF establece que *“los bienes y derechos de la fundación se destinarán a las fundaciones o a las 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, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en los Estatutos de la fundación extinguida. En su defecto, este destino podrá ser decidido, en favor de las mismas fundaciones y entidades mencionadas, por el Patronato, cuando tenga reconocida esa facultad por el fundador, y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido”*.

A continuación, admite la posibilidad de que la fundación disponga que su patrimonio no vaya necesariamente a otras fundaciones cuando dice que, *“las*

fundaciones podrán prever en sus Estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general”.

Por consiguiente, la LF deja bien claro que, en ningún caso se admite la reversión del patrimonio de la fundación al fundador, su familia u otras personas individuales ni tampoco a personas jurídicas que no persigan fines de interés general.

La función liquidadora del Patronato concluirá con el otorgamiento de la escritura de cancelación de la fundación, la solicitud de la cancelación de los asientos referentes a la fundación y su inscripción en el Registro de Fundaciones.

VIII. Elementos que determinan la inclusión de la fundación en el ámbito de la economía social

La inclusión de la fundación entre las entidades que forman parte de la economía social no ofrece hoy duda alguna porque el artículo 5 de la LES lo establece expresamente, precisando que incluye a las fundaciones “*que lleven a cabo actividad económica*”.

Aclarado ya que la concepción moderna de la fundación no solo admite que las fundaciones pueden realizar actividades económicas, sino que considera que desarrollar actividades económicas es adecuado e, incluso, necesario para que las mismas puedan cumplir sus fines, corresponde ahora estudiar los elementos que determinan la inclusión de la fundación en el ámbito de la economía social.

El artículo 4 de la LES dice que las entidades de la economía social actúan en base a los siguientes principios:

Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social.

En las fundaciones la primacía de las personas se manifiesta en la primacía de los beneficiarios, que han de ser colectividades genéricas de personas y no personas individualmente determinadas. Por otra parte, el sustrato de las fundaciones no está constituido por personas sino por un patrimonio, pero como medio para la

realización del fin fundacional organizado sin ánimo de lucro. Una cosa es que tenga que existir siempre un patrimonio, porque sin él no hay fundación, y otra cosa es que exista un capital: nada tiene que ver el capital de las sociedades mercantiles con la dotación de la que habla el artículo 10,c) de la LF al regular la escritura de constitución de la fundación.

No se puede hablar de que en la fundación exista una gestión democrática y participativa en el sentido de que las decisiones las tome, por mayoría, la asamblea de socios porque no hay socios. Las decisiones las adopta por mayoría el Patronato sujeto al control del Protectorado, sin que ello signifique que la gestión no sea autónoma puesto que el control público solo es para controlar la legalidad de la gestión y el funcionamiento de la fundación.

En lo que sí se produce gestión democrática de la fundación es en la elección de sus beneficiarios, que deben ser siempre “colectividades genéricas de personas” (artículo 3.2 LF), cuya determinación debe sujetarse a reglas previamente establecidas en los estatutos (artículo 11.d) LF), estando obligada la fundación a “actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios” (artículo 23.c) de la LF), sin que pueda limitarse su ámbito injustificadamente en el momento de determinar los ingresos por sus actividades (artículo 26 LF).

Aplicación de los resultados de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por los socios y socias o por sus miembros y, en su caso, al fin social objeto de la entidad.

Si bien este principio parece constituir un obstáculo para la inclusión de la fundación en el ámbito de la economía social, ya que los resultados de la actividad económica no se pueden aplicar en la fundación en función del trabajo aportado ni del servicio o actividad realizada por los socios o socias porque no los hay, sí que se produce, en cambio, la otra alternativa: la de aplicar los resultados al fin de la entidad, ya que, en la fundación, al menos el 70 por 100 de los resultados obtenidos por su actividad económica deberá destinarse a los fines fundacionales, y el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas, según acuerdo del Patronato (artículo 27.1 LF).

Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad.

Este principio de la economía social lo cumple la fundación a través de sus fines que, de uno u otro modo, caminan en la misma dirección, en la del interés general, como se puede deducir de la enumeración de posibles fines de la fundación que hace el artículo 3.1 de la LF: defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, etc.

Independencia de los poderes públicos.

La Administración Pública, a través del Protectorado, los Registros de Fundaciones, tanto el de competencia estatal como los de competencia autonómica y, en último término la autoridad judicial, tienen atribuidas distintas funciones que, de alguna manera, como ya se ha examinado, repercuten en la vida de las fundaciones. Pero dichas funciones van dirigidas exclusivamente a velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad y funcionamiento de las fundaciones, sin que se pueda hablar de intervención de los poderes públicos en la fundación que, de quien depende es de la voluntad del fundador manifestada en los Estatutos.

IX. Comentario empírico

La existencia de fundaciones se produce en la actualidad en todos los ámbitos de la vida social, aumentando de modo considerable tras la publicación de la derogada Ley 30/1994 de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General y, todavía más, tras la publicación de la vigente Ley 50/2002, de Fundaciones.

Según datos del “Tercer Informe sobre el sector fundacional en España: atributos fundacionales de la Asociación Española de Fundaciones (AEF): 2008-2014”:

- El 70,65% de las fundaciones activas en España en 2014 tenían una antigüedad inferior a 20 años por lo que se habían constituido con posterioridad a la Ley de Fundaciones de 1994, constituyéndose el 25,97% en los siete años posteriores a su promulgación; acelerándose de nuevo la creación de nuevas fundaciones tras la entrada en vigor de la vigente Ley hasta 2009, en que comienzan a sentirse en el sector los efectos de la crisis económica, surgiendo un ligero repunte en 2013 y 2014 salvo en las fundaciones efectivas con empleo que se mantienen estables.
- El número de fundaciones operativas en España en 2009 era de 9.823, cifra que bajó a 8.743 en 2012, volviendo a subir ligeramente la cifra desde entonces.
- Algo similar ocurre con la cifra de fundaciones activas con empleo, cuya cifra se reduce a partir de 2008 hasta 2012, perdiéndose 1.089 fundaciones con empleo registrado, con un leve repunte, 15 fundaciones más, en 2013.
- Madrid y Cataluña son las Comunidades Autónomas con mayor número de fundaciones activas efectivas en 2014, con alrededor del 46% de las existentes en España. Madrid tenía en 2014 2.113 fundaciones frente a las 2.118 que tenía en 2008, mientras que Cataluña tenía en 2014 1.958 frente a 2.299 en 2008. A pesar de ello, el estudio destaca que el grado de penetración social es mayor, por lo que resulta que se está haciendo más con menos fundaciones. La tercera Comunidad Autónoma con más fundaciones en 2014 era Andalucía, con 853 (9,6% de las fundaciones), seguida de la Comunidad Valenciana, con 777 (8,7%); Galicia, con 449 fundaciones (5%); País Vasco, 434 (4,9%); y Castilla y León, 396 (4,4%).
- En 2014, el 41,2% del total de fundaciones tenían unos ingresos anuales de entre 30.000 y 500.000 euros, mientras que el 20,53% tenía unos ingresos inferiores a 30.000 euros, destacando la caída de estas fundaciones, que en 2008 representaban el 35,75%. Sus ingresos, en el año 2014 procedían de donaciones y subvenciones, el 54,11%, y 36,15 eran el resultado de ventas de bienes y prestaciones de servicios de las fundaciones, mientras que el 9,74% lo obtuvieron de rendimientos de su patrimonio. El 71% de las donaciones y subvenciones procedían de donaciones y legados privados y el 21,29% de subvenciones públicas.
- Las grandes fundaciones, que superan los 2.400.000 euros de dotación inicial, en el año 2014 superan el 15%.
- Las fundaciones creadas por personas jurídicas públicas han ido disminuyendo, desde el 32,56% en el año 2008 hasta el 28,80% en 2014. Por el

contrario, el porcentaje de las creadas por personas físicas ha experimentado un aumento, desde el 68,44% en el año 2008 al 71,22% en el año 2014.

- En cuanto a sus actividades, el 39% se dedican a actividades de cultura y recreo, el 21,54% a educación e investigación, el 10,13% al medio ambiente, un 8,88% a servicios sociales, el 7,32% a desarrollo y vivienda y a la sanidad el 5%, etc.
- Respecto a los beneficiarios de las fundaciones, entre los que se incluyen usuarios de actividades, programas o servicios de la fundación, como visitantes de exposiciones o usuarios de bibliotecas o participantes en actividades formativas (conferencias, cursos), pasando por ingresados hospitalarios, se observa un incremento de las fundaciones generalistas, con gran número de beneficiarios, más de 10.000 personas, que en 2004 eran el 33,43%, seguidas de las de entre 1001 y 10.000 beneficiarios, con un 32,04%, y un progresivo descenso de las más pequeñas, con entre 101 y 1000 beneficiarios, con un 28,9%.

Finalmente, en cuanto a la imagen de las fundaciones entre la población, el “Informe sobre la percepción acerca de las características, fines y motivaciones de las fundaciones en España”, realizado en 2017 por SIGMADOS, Análisis e Investigación, S.L., concluye que la notoriedad de las fundaciones es elevada, ya que más de un 60% de la población, dice, es capaz de citar más de una fundación de manera espontánea; que gozan, además, en términos generales, de una buena percepción entre la población española. Considera que una de las principales fortalezas de imagen de las fundaciones está en que el 61% piensa que pueden actuar con más agilidad y atender distintas situaciones con mayor diligencia que la Administración Pública; y que un 57% considera que las fundaciones contribuyen al desarrollo de la sociedad en su conjunto.

Abreviaturas

AEF: Asociación Española de Fundaciones.

CC de Ct. Código Civil de Cataluña

LFA: Ley de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía

LFC: Ley de Fundaciones Canarias

LFCL: Ley de Fundaciones de Castilla y León

LFCM: Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid

LFCV: Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana

LFG: Ley de Fundaciones de interés gallego

LFLR: Ley de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja

LFN: Ley foral navarra reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio

LFPV: Ley de Fundaciones del País Vasco

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

Bibliografía

- Albaladejo, M.: *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. Edisofer S.L. Madrid. 2009. Págs. 379 a 393.
- Carrancho Herrero, M^a T.: *La constitución de fundaciones*. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1997.
- De Lorenzo García, R. y Cabra de Luna, M.A.: *Presente y futuro de las fundaciones*. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1990.
- De Lorenzo García, R., Piñar Mañas, J.L. y Peñalosa Esteban, I. (directores): *Nuevo Tratado de Fundaciones*. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona. 2016.
- De Pablo Contreras, P. (coordinador): *Curso de Derecho Civil I. Vol. II. Derecho de la Persona*. Edisofer, S.L. Madrid. 2009. Págs. 318 a 334.
- Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil, Vol. I*. Editorial Tecnos. Madrid. 2012. Págs. 534 a 550.
- Durán Rivacoba, R.: *El Negocio Jurídico Fundacional*. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona. 1996.
- Garrido de Palma, V.M. (director): *Instituciones de Derecho Privado. Tomo I Personas*. Editorial Aranzadi, S.A.U. Pamplona. 2016. Págs. 345 a 481.
- González Cueto, T.: *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de noviembre*. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona. 2003.
- La Casa García, R.: *La Fundación-Empresa*. Marcial Pons. Madrid. 2009.
- Lacruz Berdejo, J.L., Sancho Rebullida, F., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J.: *Elementos de Derecho Civil I. Parte General. Vol. II. Personas*. Dykinson. Madrid. 2010. Págs. 307 a 335.
- Lasarte, C.: *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I*. Marcial Pons. Madrid. 2013. Págs. 303 a 317.
- López-Nieto y Mallo, F.: *La ordenación legal de las fundaciones*. La Ley. Madrid. 2006.
- Morillo González, F.: *El proceso de creación de una fundación*. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona. 2006.
- Pedreira Menéndez, J. (director): *La regulación de las entidades no lucrativas y el mecenazgo. Cuestiones pendientes para una reforma*. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona. 2015.

- Pérez Escolar, M.: *La actividad económica de las fundaciones*. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona. 2008.
- Puig Blanes, F de P. y Sospedra Navas, F. (coordinadores): *Comentarios al Código Civil de Cataluña*. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona. 2013
- Salles Climent, J.R. y Verdera Server, R.: *El Patronato de la Fundación*. Aranzadi Editorial. Pamplona. 1997.
- Serrano Chamorro, M^a E.: *Las fundaciones: dotación y patrimonio*. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona. 2010.