

LA EXTINCION DE FUNDACIONES

M.^a TERESA CARRANCHO HERRERO
Profesora de Derecho Civil
Universidad de Burgos

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. CAUSAS DE EXTINCION. 1. Extinción por las causas establecidas en los estatutos. 2. La fusión. 3. Causas establecidas en las leyes. III. DESTINO QUE DEBA DARSE A LOS BIENES DE LA FUNDACION EN CASO DE EXTINCION. IV. ORGANO COMPETENTE PARA DECLARAR LA EXTINCION

I. INTRODUCCION

En materia de fundaciones, si interesante resulta el estudio de su constitución y gestión, no lo es menos el de su extinción. Hay dos aspectos, principalmente, que han suscitado el interés de los estudiosos del tema, a los cuales queremos dedicar especial atención. Uno ya tradicional, el concerniente al destino que deba darse al patrimonio de la fundación extinta, y otro novedoso, planteado desde la entrada en vigor de la Constitución, el de si la extinción de las fundaciones debe ser declarada en todo caso y exclusivamente a través de resolución judicial, o si convivirán la extinción judicial y el sistema de intervención de la Administración a través de los órganos encargados del protectorado. Este último sistema, que podemos denominar mixto, es el que ha introducido la ley de fundaciones (1), si

(1) En efecto, el art. 30 de la Ley 30/94, de 24 de noviembre, de Fundaciones, dedicado a la forma de extinción de las fundaciones, recoge los dos supuestos, resolución

bien no cuenta con el apoyo unánime de la doctrina, mostrándonos también nosotros críticos con esta solución, como tendremos ocasión de exponer, por considerar que no sigue el criterio establecido por el art. 34 de la Constitución a través de la remisión que efectúa al 22.4 del texto constitucional.

II. CAUSAS DE EXTINCION

Antes de referirnos a las dos cuestiones apuntadas resulta obligado exponer las causas por las que, conforme a la legislación vigente, puede, o debe, extinguirse una fundación.

La nueva ley de fundaciones unifica, aparentemente, la materia relativa a la extinción de estas entidades, dado que su art. 29, que regula las causas de extinción, es uno de los que recoge las condiciones básicas del derecho de fundación reconocido en el art. 34 de la Constitución, resultando de directa aplicación en todo el Estado (2) al amparo de lo previsto en el art. 149.1.1.º del texto constitucional (3).

El artículo citado recoge los tres supuestos clásicos de extinción que fueron contemplados en el art. 39 del Código civil, y amplía el contenido de este precepto al incluir entre las causas de extinción de las fundaciones la fusión, las contempladas en los estatutos y las establecidas por las leyes.

Sin perjuicio de la consideración que nos merezca el contenido concreto del citado precepto, lo cierto es que su inclusión entre los que regulan las condiciones básicas del derecho de fundación implica, en principio, una uniformidad deseable e, incluso, necesaria en esta materia. Decimos esto porque con anterioridad a la nueva ley, sólo la Ley de Beneficencia regulaba las causas de extinción de las fundaciones (4), ya que el Reglamento de fundaciones culturales privadas y entidades análogas no contenía una relación expresa de causas de

judicial, y acuerdo del patronato ratificado por el protectorado, además de hacer referencia a la extinción de pleno derecho para algunos supuestos.

(2) En este sentido, lo entiende DE PRADA, J. M., "Aspectos notariales de la ley de fundaciones", *RJN*, n.º 11, 1994, p. 280.

(3) Así lo establece la Disposición final Primera de la Ley 30/94, de 24 de noviembre de fundaciones.

(4) El art. 15 párrafo 2.º de la Ley General de Beneficencia, de 20 de junio de 1849, disponía: "También podrá el Gobierno usar de iguales facultades respecto de los establecimientos cuyo objeto haya caducado o no pueda llenarse cumplidamente por la disminución de sus rentas, pero en uno y otro casos deberá oír precisamente al Consejo Real y a los interesados."

extinción, sino que se refería al contenido de los estatutos y se remitía al art. 39 del Código civil (5). Ahora bien, la uniformidad es sólo aparente, pues la última causa a la que hace referencia el art. 29, que nos remite a las establecidas en las leyes, introduce un elemento de inseguridad jurídica al permitir que en cualquier momento se establezcan causas de extinción distintas a las recogidas en la ley de fundaciones (6); además, habrá que considerar incluidas las leyes autonómicas, luego, nos encontramos ante una situación prácticamente idéntica a la existente antes de la publicación de la ley.

En Derecho autonómico tan sólo la ley del País Vasco recoge una relación expresa de las causas por las que se extinguen las fundaciones (7), empleando un sistema mixto, esto es, remisión al art. 39 del Código civil y expresión de otras causas específicas (8). Las demás normas autonómicas no regulan de forma detallada las causas de extinción de las fundaciones. Así, la ley gallega (9) y la ley cana-

La razón de que esta norma contemplara las causas de extinción de las fundaciones la podemos encontrar en el hecho de que aún no se hubiera publicado el Código civil, por lo que no existía una referencia legal al respecto, con la que sí contaron las normas dictadas con posterioridad a la vigencia del Código.

(5) El art. 54 del Reglamento de Fundaciones Culturales Privadas y Entidades Análogas y de los Servicios Administrativos Encargados del Protectorado sobre las mismas, aprobado por Decreto 2930/72, de 21 de julio, establecía que "La extinción de las fundaciones procederá cuando así lo prevean sus estatutos o su carta fundacional y en los supuestos contemplados en el art. 39 del Código civil, siempre que, de acuerdo con dicho precepto, no den causa a un expediente de modificación".

(6) No consideramos apropiado, como tendremos ocasión de exponer, que otras leyes recojan causas de extinción de fundaciones distintas a las previstas en su normativa específica, por otra parte, bien reciente.

(7) El art. 33 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de fundaciones del País Vasco, es el que se dedica al tema, disponiendo este precepto: "Las fundaciones se extinguirán:

a) Cuando así lo prevean sus estatutos o la escritura de constitución.

b) Cuando concorra alguna de las causas previstas en el art. 39 del Código civil o en otras leyes.

c) Cuando así resulte de un proceso de fusión acordado conforme a lo establecido en el artículo anterior.

d) Cuando sea disuelta por resolución judicial firme.

(8) Hay que señalar que en el art. 33 de la ley de fundaciones del País Vasco, Ley 12/1994, de 17 de junio, al regular las causas de extinción de las fundaciones se incurrió en el mismo error que se observaba en los proyectos de ley de fundaciones estatales, cual es, que se confunden las causas con el modo en que deba declararse la extinción, dado que entre las causas recoge el caso de que la fundación sea disuelta por resolución judicial firme. La resolución judicial no puede ser causa de extinción, será la forma o el modo a través del cual deba declararse aquella cuando concorra alguna de las causas legalmente previstas.

(9) La Ley de Régimen de las Fundaciones de Interés Gallego de 25 de junio de 1983, dedica su art. 24 a esta materia y dispone: "La extinción de una fundación o su

ria (10) de fundaciones siguen un sistema idéntico al previsto para las fundaciones culturales, se remiten a los supuestos de extinción recogidos en el art. 39 del Cc y admiten las causas previstas en los estatutos, mientras que la ley catalana no hace referencia directa a las causas por las que cabe extinguir las fundaciones, pudiendo entender ante esta falta de expresión de causas que existe libertad absoluta siempre que lo consideren oportuno el patronato y, en última instancia, el protectorado, que es quien debe aprobar la extinción de las fundaciones; debiendo, eso sí, como dice el precepto que regula la materia (11), justificar la necesidad o conveniencia de la extinción, lo que significa que podrá alegarse cualquier causa siempre que con ella se justifique la extinción que se aprueba.

En este momento, pues, las causas por las que se extinguen las fundaciones, conforme dispone el art. 29 de la ley, sin perjuicio de la regulación autonómica, son:

1. Cuando expire el plazo para el que fueron constituidas.
2. Cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional.
3. Cuando sea imposible la realización del fin fundacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 27 y 28 de la presente ley (hacen referencia a la fusión).
4. Cuando así resulte de la fusión a que se refiere el artículo anterior.
5. Cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los estatutos.

transformación por agregación o fusión procederá por las causas previstas en la carta fundacional y en los supuestos establecidos en el art. 39 del Código civil, dándole a los bienes y derechos el destino predeterminado en dichas disposiciones."

(10) En la Ley 1/1990, de 29 de enero, de Fundaciones canarias, es el art. 21 el que regula la extinción, estableciendo que: "1. El patronato de la fundación procederá a su extinción cuando así se prevea en la carta fundacional, o en sus estatutos.

2. El acuerdo de extinción se adoptará en virtud de los supuestos contemplados en el art. 39 del Código civil, cuando no sea posible, en cumplimiento de la finalidad fundacional, disponer la modificación o fusión de la fundación."

Los demás números del precepto se dedican al procedimiento a seguir y a facultar al protectorado a pedir la extinción.

(11) Art. 14.1 de la Ley 1/82, de 3 de marzo, Fundaciones. Regulación de las privadas en Cataluña, que establece: "1. La modificación de los estatutos, la fusión o agregación a otra fundación y la extinción de las fundaciones serán acordadas por el patronato, el cual, en cada caso, deberá justificar la necesidad o la conveniencia de éstas, teniendo siempre en cuenta la voluntad fundacional expresa o presumible. Estos actos no pueden ser ejecutados sin la aprobación del protectorado.

2. El mismo protectorado puede iniciar los expedientes correspondientes, oídos los patronos de la fundación."

6. Cuando concurra cualquier otra causa establecida en las leyes.

De las causas expuestas, las tres primeras son clásicas y no presentan especial problema, fuera de aquel que se pueda plantear en torno a si realmente estamos o no ante alguno de estos supuestos, es decir, si efectivamente es imposible la realización del fin, o si éste se ha realizado íntegramente, si se ha cumplido, o, incluso, si la fundación estaba realmente sometida a plazo; la controversia relativa a estas cuestiones se resolverá, si patronato y protectorado no llegan a un acuerdo, ante la jurisdicción competente. Sin embargo, sí queremos analizar con detalle cada una de las otras tres.

1. Extinción por las causas establecidas en los estatutos

Queremos hacer una especial mención a la posibilidad de que la extinción de la fundación obedezca a las causas expresadas por el fundador, posibilidad que se recoge en la nueva ley, concretamente en el apartado e) del art. 29. Posibilidad que también se contempla en las leyes autonómicas de Galicia (12), Canarias (13) y el País Vasco (14), siendo coincidentes en este punto con la normativa básica establecida por aquélla. Más difícil resulta precisar si la ley catalana incluye este concreto supuesto, pues no alude a ello de forma clara, sino que se limita a establecer en su art. 14.1 que en la fusión y extinción de las fundaciones se tendrá siempre en cuenta la voluntad fundacional expresa o presumible. Ahora bien, al ser considerado el art. 29 de la nueva ley contenido básico del derecho de fundación es aplicable en todo el Estado, luego, las fundaciones constituidas en las Comunidades Autónomas podrán extinguirse por las causas previstas en los estatutos.

Se dispone expresamente que las fundaciones podrán extinguirse por las causas previstas en la carta fundacional o en los estatutos, es decir, por las causas que el fundador establezca. Decimos el fundador porque no creemos que quepa entender que quien redacte la carta fundacional (15) pueda establecer causas de

(12) Art. 24 de la Ley de Régimen de las Fundaciones de Interés Gallego, de 25 de junio de 1983.

(13) Art. 21.1 de la Ley 1/1990, de 29 de enero, de Fundaciones canarias.

(14) Art. 33 de la Ley 12/94, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco.

(15) Al menos en la constitución de fundaciones por vía testamentaria, puede ocurrir, porque así lo permite expresamente la ley —art. 7.4—, que parte del contenido de la escritura pública de constitución, entre el que se encuentran los estatutos, se otorgue por el albacea testamentario, y, en su defecto, por los herederos testamentarios, y si éstos no existen, por la persona que se designe por el protectorado.

extinción que no hayan sido expresamente propuestas por el fundador (16).

Sin embargo, no parece correcto dejar al libre arbitrio del fundador la determinación de las causas por las que puede extinguirse la fundación (17); y ello porque consideramos que ésta es una institución que, pese a tener carácter privado, encuentra la justificación de su existencia en la consecución del interés general, lo que implica que no quepa dejar a la voluntad de los particulares cuestiones íntimamente ligadas con el contenido esencial de la figura. En este sentido, la extinción de una fundación se contrapone a constitución, y si se han cuidado minuciosamente los detalles de esta última porque afectan a cuestiones de interés general, no puede olvidarse esta especial trascendencia de la fundación a la hora de regular su extinción; de nada habría servido ser exigente en su constitución (18), si se deja libertad absoluta para extinguirlas, ya que constitución y extinción son anverso y reverso de la misma moneda.

Además, entendemos, que una vez constituida la fundación, el fundador se desvincula totalmente de ella (19), pudiendo únicamente

(16) CAFFARENA, J., "Comentario ex art. 29", en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid, 1995, p. 262, también entiende que estas causas de resolución deben ser establecidas por el fundador en el negocio constitutivo de la fundación, no pudiendo dejarse "su operatividad a la sola decisión del Patronato, del fundador o de cualquier otra persona".

(17) A salvo el caso en que el fundador establezca un plazo para la existencia de la fundación. Pues, en principio, se considera que la permanencia no es una característica tan absoluta que impida la constitución de fundaciones temporales.

(18) No es éste el lugar para tratar el tema de la constitución de fundaciones, pero sí conviene recordar que se exigen en la normativa vigente rigurosos requisitos de forma para entender válidamente constituida una fundación. Además, la doctrina en su mayoría se encuentra conforme con este sistema, siendo minoritaria la postura que aboga por una mayor libertad formal en materia de constitución de fundaciones. Representa la primera opinión CAFFARENA, J., *El régimen jurídico de las fundaciones: estudio para su reforma*, Madrid, 1991; resume la segunda postura, en la que nos situamos, GARCIA DE ENTERRIA, E., "Constitución, fundaciones y sociedad civil", en *Las fundaciones y la sociedad civil*, curso dirigido por DE LORENZO y CABRA DE LUNA, Madrid, 1992.

(19) Así lo apunta, entre otros, DE LORENZO, R., *El nuevo derecho de fundación*, Madrid, 1993, p. 105, quien mantiene "... la esencial característica de las fundaciones que separa la voluntad del fundador de la fundación en sí y hace que aquélla, una vez realizada la dotación y constituida la fundación, deje de tener trascendencia para el desarrollo de la misma...". Con anterioridad otros autores habían puesto de manifiesto el mismo criterio, así, LACRUZ, J. L. *Elementos de Derecho civil I*, Barcelona, 1990, p. 298, gráficamente dice que "la fundación una vez constituida, se desprende de la persona del fundador. Es una finalidad en acción"; también BADENES GASSET, R., *Las fundaciones de Derecho privado*, Barcelona, 1986, pp. 50 y 55, quien afirma que "la voluntad del

pasar a formar parte del órgano de gobierno como un miembro más, sin ninguna clase de privilegio (20). Este principio que no se encuentra expresamente declarado, parece desprenderse de la apreciación general de la normativa vigente, y resulta incompatible con la posibilidad de que el fundador siga rigiendo el destino de la fundación una vez constituida a través, por ejemplo, de la facultad de determinar las causas por las que la fundación deba extinguirse (21).

Por otro lado, el superior interés al que la fundación sirve, recogido en todas las normas que la han regulado a lo largo de la historia (22), y también en la Constitución, excluye, a nuestro juicio, toda posibilidad de extinción caprichosa e injustificada de estas entidades. Estamos ante instituciones de carácter privado, eso es innegable, pero su consideración por el Ordenamiento Jurídico descansa en el hecho de que sirven a un interés supraindividual, calificado, según la época, de beneficencia, interés público o interés general. Esto debería impedir la admisión de condiciones en su constitución, que podrían resultar gratuitas, e incluso contrarias a derecho si encubren, por ejemplo, una fundación familiar.

Por otra parte, conviene matizar que, en todo caso, cuando la ley habla de causas previstas en el acto constitutivo o en los estatutos,

fundador se agota en el acto constitutivo de la fundación misma", y recoge la opinión expuesta por ENNECCERUS para el derecho alemán en este mismo sentido: "La voluntad del fundador no perdura, sino que sólo lo querido por él recibe validez duradera, en virtud de precepto jurídico."

(20) Este criterio es el que se sigue en otros ordenamientos. En concreto, para el Derecho italiano RESCIGNO, P., *Persona e comunità, Saggi di diritto privato*, Padova, 1988, p. 39, señala que el fundador no es un órgano de la fundación, y que tan sólo puede reservarse el nombramiento de por vida como miembro del Consejo que rija la fundación, pero ni siquiera le reconoce la facultad de escoger al Consejo de Administración, ni el poder de nombrar a uno o más de los administradores en las renovaciones de este órgano.

(21) Que el fundador se desvincula de la fundación una vez que la constituye, se desprende del hecho de que las normas sobre fundaciones hacen responsables a los patronos, o al patrimonio fundacional, de los actos realizados antes de la inscripción, lo que implica, a nuestro entender, que el fundador ya no tiene poder de decisión, salvo que forme parte del patronato; si no fuese así lo lógico sería hacer responsable al fundador de los actos que se lleven a cabo antes de la inscripción, y no a los patronos.

(22) Al estudiar la evolución de la persona jurídica fundacional siempre nos encontramos el concepto ligado a la idea de obtención de un interés supraindividual, que en su inicio estuvo ligado a la idea de beneficencia. Ello se pone de manifiesto, entre otros, por SANTALUCIA, B., voz *Fondazione*, *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Madrid, 1968, p. 779; FEENSTRA, R. "Le concept de fondation du droit romain classique jusqu'à nous jours: théorie et pratique", *RIDA*, n.º 3, 1956, p. 246. SEBASTIAN LOPEZ, J. L. *De la "utilitas publica" al interés público del art. 35 del Código civil español*, T I, Madrid, 1985, p. 176.

habrá que entender, ante el silencio de la norma, que únicamente podrán dar lugar a la extinción aquellas que se hubieren incluido en los estatutos iniciales, por el fundador o personas en quienes éste hubiere delegado su redacción (23), sin que quepa considerar las que se incluyan en los estatutos a través de su modificación ulterior, operada al amparo de lo dispuesto en el art. 27 de la ley, que expresamente contempla la posibilidad de modificación de los estatutos de la fundación en determinados casos.

Respecto a este supuesto de extinción hay que señalar que, en la mayoría de los casos en los que sea el fundador el que decide la causa de extinción, estaremos ante auténticas condiciones resolutorias, y si dejamos que operen como tales nos encontraremos, prácticamente, con que el negocio fundacional nunca existió. Por ello, resulta más conveniente en este supuesto, cuya posibilidad ha sancionado la nueva ley, aplicar el régimen normal de declaración de extinción de fundaciones, prescindiendo de la calificación jurídica que a la causa de extinción impuesta por el fundador pudiera dársele (24).

Debiendo insistir en que no nos parece adecuado dejar libertad absoluta al fundador para que decida las causas por las que la fundación puede extinguirse (25).

(23) Bien entendido que éstos se limitarán a plasmar la voluntad del fundador, sin que quepa incluir otras causas de extinción que las que aquél hubiera previsto expresamente.

(24) CAFFARENA, J., *El régimen jurídico de las fundaciones: Estudio para su reforma*, Madrid, 1991, p. 150. Al referirse a las causas de extinción que denomina voluntarias dice: "... Así no resulta del todo extraño que el fundador haya previsto una condición resolutoria. El cumplimiento de la misma llevaría aparejada también la extinción de la fundación. Ahora bien, respecto de este último supuesto se puede plantear el problema de determinar los efectos de la condición resolutoria y ello dado el carácter retroactivo que suele predicarse de aquélla cuando se produce el cumplimiento del evento puesto como condición. Podría pensarse al hilo de esta idea en una definitiva reversión de los bienes fundacionales al patrimonio del fundador o de sus herederos. Sin embargo, esta solución no casa bien con la especial naturaleza del negocio fundacional como negocio que crea una persona jurídica y parece más lógico entender que en estos casos debe aplicarse el régimen general de la extinción de la fundación..."

(25) PEREZ DE ARMIÑAN, A., "Análisis de las aportaciones presentadas en los coloquios de fundaciones en relación con el estudio de la fundación en el Derecho privado español", en *Hacia un estatuto de las fundaciones en España*, Madrid, 1979, p. 75, recoge la opinión mantenida por el profesor VILASECA, quien, si bien admite que el fundador prevea que en caso de extinción los bienes fundacionales reviertan en el fundador, sus herederos o familiares (cuestión que nosotros rechazamos) se opone, sin embargo, a que el fundador señale las causas de extinción de la fundación, la opinión recogida del profesor VILASECA lo es en los siguientes términos: "Por último, ¿puede

Por otra parte, la ley establece que en estos supuestos la extinción requerirá acuerdo del patronato ratificado por el protectorado, y que, en defecto de acuerdo o ratificación de éste, requerirá resolución judicial, que podrá ser instada por el protectorado o por el patronato (26). Esto supone, dado el establecimiento de varios protectorados (27), la ausencia de un criterio unitario que proporcione la deseable seguridad jurídica en una cuestión de gran trascendencia como es la continuidad o no de una fundación. Al menos, en este caso, debió de establecerse como forma de extinción la resolución judicial en todo caso.

2. La fusión

Este supuesto de extinción, clásico ya pues se recogía en todas las normas anteriores sobre fundaciones, tanto estatales como autonómicas (28),

el fundador prever que en caso de extinción los bienes fundacionales reviertan a él mismo, a sus herederos o a otros familiares? Para D. José María VILASECA esto es posible y no va en contra de la desposesión del patrimonio, que se entiende definitiva en principio, contenida en la dotación patrimonial de la fundación. Lo que debe estar claro, a juicio del doctor Vilaseca, es que se ha producido una causa estricta de extinción legal de la fundación, que nunca puede depender de la voluntad del fundador o del órgano de gobierno, porque en otro caso la reversión de bienes, según el doctor Vilaseca "cubriría una clara conculcación de los principios del negocio jurídico de fundación".

(26) *Vid.* art. 30.2 de la Ley 30/94, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.

(27) El articulado de la ley no hace referencia a la existencia de varios protectorados, pero sí alude a ello en su exposición de motivos, en concreto al referirse al Registro de fundaciones dice que "la articulación concreta entre el Registro y los diversos protectorados...". Lo que se ha plasmado en el Reglamento de desarrollo de la Ley de Fundaciones, aprobado por Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, cuya Disposición adicional 1.ª dispone que "los Ministerios de Educación y Ciencia, de Trabajo y Seguridad Social, de Cultura y de Asuntos Sociales seguirán ejerciendo el Protectorado de las fundaciones incluidas en el ámbito de aplicación de este Reglamento, cuyos fines se vinculen más directamente con las atribuciones conferidas a los mismos..."

(28) A esta posibilidad parece que hacían referencia el art. 15 de la Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849, y el art. 49 de la Instrucción para el ejercicio del protectorado del Gobierno en la beneficencia particular.

Lo recogía el art. 52 del Decreto 2930/72, de 21 de julio, Reglamento de las fundaciones culturales privadas y entidades análogas y de los servicios administrativos encargados del protectorado sobre las mismas.

En la normativa autonómica se alude a la fusión en los arts. 10 y 14 de la Ley 1/82, de 3 de marzo, Fundaciones. Regulación de las privadas en Cataluña; art. 24 de la Ley de Régimen de las Fundaciones de Interés Gallego, de 25 de junio de 1983; art. 20 de la Ley 1/1990, de 29 de enero, de Fundaciones Canarias; y art. 32 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco.

puede considerarse de carácter relativo (29), en el sentido de que, si bien la fundación absorbida se extingue, lo cierto es que en alguna medida continúa su actividad a través de la fundación con la que se fusiona.

La inclusión de esta causa de extinción resulta, en principio, correcta, y las únicas objeciones que cabe hacer van referidas al procedimiento establecido en la ley para llevarla a cabo (30). A ésta y otras cuestiones queremos hacer referencia (31).

Respecto a la forma que puede adoptar la fusión, parece que la ley únicamente contempla la posibilidad de que una fundación se fusione a otra, lo que conlleva la extinción de la primera, pero no se refiere a la posibilidad de fusión de dos o más fundaciones para constituir una nueva (32); entendiendo que tal supuesto sólo es posible si se encuentra legalmente previsto, pues de otro modo la creación de una nueva fundación quedaría sometida al procedimiento general de constitución de fundaciones que prevé la ley, y que no implica la extinción de la persona o personas jurídicas, en este caso, que las constituye.

(29) En materia de sociedades, DUQUE, J., "La fusión en el proyecto de reforma del derecho de las sociedades de capital y su comparación con el derecho comunitario de la tercera Directiva", *RDBB*, n.º 32, octubre-diciembre 1988, p. 734, dice de la fusión como causa de disolución de las sociedades anónimas que "la disolución no conduce a la extinción de la sociedad, sino a su subsistencia bajo otra forma".

De hecho, la ley de fundaciones gallega —art. 24— considera la fusión como transformación de la fundación y no como extinción.

(30) Concretamente, se regula en el art. 28 de la Ley 30/94, de 24 de noviembre, de Fundaciones.

(31) Contábamos con que el Reglamento que se dictara en desarrollo de la ley aclarara alguna de las cuestiones a que nos vamos a referir, pero ello no ha sido así pues el Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, se refiere a la fusión para determinar quién puede solicitarla, lo que ya hace la ley, y para establecer la forma en que se acordará, sin hacer otras precisiones.

(32) Estas dos modalidades de fusión sí se regulan, diferenciándolas, en el ámbito de las sociedades. El art. 233 de la LSA recoge las dos modalidades de fusión, como destaca SEQUEIRA MARTIN, A., "Comentario ex arts. 233 y 247", en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1993, p. 92. En cuanto a los caracteres que reúne la fusión por constitución de una nueva sociedad se resumen por DUQUE, J., *La fusión en el proyecto...* cit, p. 729, en los siguientes:

— "Disolución sin liquidación de todas las sociedades que intervienen en la fusión (sociedades fusionadas).

— Constitución de una nueva sociedad por las sociedades que participan en la fusión.

— Transmisión en bloque a la nueva sociedad del patrimonio de todas las sociedades fusionadas.

— Adquisición por los accionistas de las sociedades fusionadas de la cualidad de accionistas de la sociedad nueva..."

Salvo este último requisito que, evidentemente, no cabe al hablar de fundaciones, los demás podrían caracterizar la fusión por creación de una nueva fundación.

Quizás pudiera entenderse que el art. 28.2 recoge tal posibilidad, pues otorga al protectorado la facultad de solicitar de la autoridad judicial la fusión de aquellas fundaciones que no puedan cumplir sus fines por sí mismas cuando concurren los requisitos previstos en el precepto (33). Parece referirse a la fusión de estas fundaciones entre sí, no con una tercera; si bien, de ser éste precisamente el supuesto que contempla, debió aludir la norma a la creación de una nueva fundación resultante de las fusionadas, dado que ésa es la situación real que se dará, y ello evitaría las dudas que el tenor literal del precepto suscita respecto a la determinación del supuesto que efectivamente contempla, pues también cabe entender que una de las fundaciones que reúne los requisitos para la fusión actúe como fundación absorbente y la otra u otras como absorbidas.

Por otra parte, hay que señalar que la fusión implica extinción, de ahí que no sea necesario un acto de disolución previo al acuerdo de fusión, sino que éste determina la extinción de la fundación absorbida. La fusión implica asimismo que la fundación absorbente adquiere en bloque el patrimonio de la fundación absorbida, esto es, se produce una transmisión universal del patrimonio de la fundación absorbida a la fundación absorbente (34). Así parece entenderlo la ley de fundaciones, pues, si bien no se refiere expresamente a ello, sí excluye del proceso de liquidación previsto para la extinción el supuesto de fusión (35).

Por último, en cuanto al procedimiento de fusión, resultaría conveniente que la norma reglamentaria que desarrolle la ley lo regulara, pues la ley sólo hace referencia a la forma en que debe declararse (36). Hay algunos trámites que parecen obligados, como, por ejemplo, el estudio del estado de cuentas de las fundaciones que se fusionan, que permitirá valorar la conveniencia o no de proceder a la fusión. Igualmente, deberá llevarse a cabo un anuncio público de la propuesta de fusión, pues cabe que puedan oponerse a ella terceros acreedores,

(33) Estos requisitos son:

- Que los fines sean análogos.
- Que exista oposición de los órganos de gobierno.
- Que no lo haya prohibido el fundador.

(34) Este viene a ser el criterio mantenido para las sociedades. En este sentido, puede verse DUQUE, J., "La fusión en el Proyecto... *cit.*", pp. 734 y ss.

(35) *Vid.* art. 31.1. de la Ley 30/94, de 24 de noviembre, de Fundaciones. Así lo prevé expresamente el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, aprobado por Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, en su art. 17.4.

(36) El art. 28 de la ley de fundaciones prevé dos formas distintas de declarar la fusión en función de quien sea el órgano que la inste, el patronato o el protectorado.

quienes en todo caso tendrán que prestar su consentimiento al cambio de la persona del deudor. Por último, también debe regularse el sistema concreto de protección de los derechos de crédito, de modo que se agilice el procedimiento de fusión sin merma de la protección que merecen los acreedores (37).

3. Causas establecidas en las leyes

El último apartado del art. 29 de la ley recoge una cláusula general al establecer que las fundaciones se extinguirán cuando concorra cualquier otra causa establecida en las leyes.

Tal remisión nos parece innecesaria y en cierta medida impropia. El art. 29 de la ley de fundaciones, dedicado a regular las causas de extinción de aquéllas, es uno de los que constituyen las condiciones básicas del derecho de fundación reconocido en el art. 34 de la Constitución, es decir, regula lo que la doctrina denomina núcleo material de interés general, que es el que sostiene la regulación completa e íntegra del interés general, o nacional o supracomunitario, de la materia de que se trate, las fundaciones en nuestro caso; lo que implica que compete al Estado por sí solo regular la materia, agotarla (38), por lo que toda norma debe respetar su contenido. En consecuencia, no parece apropiado que una norma que regula ese núcleo básico, como lo ha denominado el Tribunal Constitucional (39), contenga una cláusula abierta, dejando sin control la posibilidad de que se regule indiscriminadamente la extinción de las fundaciones. Esto no parece que pueda admitirse si entendemos que el tema de la extinción se ha considerado,

(37) Exigir el consentimiento de los acreedores implica dejar en sus manos la fusión, lo cual no parece que tenga demasiado sentido; de aquí la conveniencia de que se establezca un sistema de protección de los créditos que conjugue la protección que merecen los acreedores con los intereses de la fundación, simplificando el procedimiento de fusión. En materia de sociedades se concede a los acreedores un derecho de oposición a la fusión, que es calificado por la doctrina como una excepción legal al principio del necesario consentimiento de los acreedores al cambio de deudor. Así lo entiende, entre otros, SEQUEIRA MARTIN, A., "Comentario ex art. 243", en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1993, p. 237.

(38) *Vid.* GARCIA DE ENTERRIA, E.-FERNANDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, 1984, pp. 298 y ss. El autor conforma la normación básica considerando que integra tres elementos distintos, el primero de los cuales es precisamente el que denomina núcleo material de interés general, que quizás recoja el contenido esencial del derecho a regular, y al que estaría haciendo referencia el n.º 1 de la Disposición final primera de la ley de fundaciones.

(39) Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 1983.

acertadamente a nuestro juicio, parte del contenido esencial del derecho de fundación, de aquí la improcedencia de esta remisión a las leyes en general.

Al menos, el precepto al remitirse a otras normas emplea el término "leyes", lo cual permite efectuar una interpretación estricta y afirmar que sólo las disposiciones con rango legal pueden establecer causas de extinción de las fundaciones, evitando así que, una vez dictada la ley de fundaciones, disposiciones de rango inferior a ley puedan regular también esta materia.

Una cuestión que se debe plantear es si en este apartado se encuentran incluidas las leyes autonómicas. Si es así, y no parece que el precepto aporte criterio alguno para excluirlas, no sólo no existe uniformidad en lo relativo a las causas de extinción de las fundaciones, sino que se mantiene la complejidad existente en la materia con anterioridad a la publicación de la ley de fundaciones, ya que cada una de las normas autonómicas regula de modo distinto las causas de extinción.

Por otra parte, se complica aún más la cuestión, pues la ley establece que cuando concurren causas de extinción previstas en otras leyes se requerirá resolución judicial para declararla (40), que es tanto como decir que la extinción de las fundaciones sometidas a la regulación autonómica deberá llevarse a cabo, en todo caso, a través de resolución judicial. Ahora bien, este precepto únicamente es de aplicación general en aquellas Comunidades Autónomas que no tengan competencia en materia de derecho civil, foral o especial (41), luego, al menos en éstas se aplicarán las formas de declarar la extinción que en ellas se prevean. En cuanto a las Comunidades Autónomas en que resulte de aplicación el citado precepto, no parece correcto que, si la ley de fundaciones no prevé en su ámbito la resolución judicial como medio de extinción con carácter general, ésta se exija en todo caso para la extinción de las fundaciones sometidas a estas leyes autonómicas.

En resumen, entendemos que debió prescindirse de tal cita, pues existiendo una ley específica sobre la materia no entendemos por qué otras leyes, que no sean las leyes de fundaciones autonómicas, en su caso, han de establecer causas de extinción de fundaciones. Sobre todo, si consideramos la inseguridad jurídica que tal cláusula genera.

(40) *Vid.* art. 30.3 de la Ley 30/94, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general.

(41) *Vid.* Disposición final primera 2 b), de la Ley 30/94, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general.

Expuestas las causas por las que puede declararse la extinción de una fundación pasamos a ocuparnos, como dijimos al principio, de dos cuestiones íntimamente ligadas a la materia: el destino que deba darse a los bienes de la fundación extinta y quién debe declarar la extinción de la fundación.

III. DESTINO QUE DEBA DARSE A LOS BIENES DE LA FUNDACION EN CASO DE EXTINCION

Tradicionalmente, se ha venido discutiendo sobre la aplicación que deba darse a los bienes de una fundación cuando se declara su extinción (42). La cuestión se resuelve por la doctrina de forma prácticamente unánime en el sentido de entender que las rentas y bienes de la fundación extinguida deben destinarse a instituciones que desarrollen actividades de contenido similar a las que constituían el objeto de la fundación, y, en cualquier caso, que no tengan ánimo de lucro. Esta solución propone, por ejemplo, CAFFARENA, al mantener que los bienes de las fundaciones extinguidas no pueden ir a parar a manos de particulares (43).

Nosotros decimos más, sólo deben destinarse a entidades sin ánimo de lucro en las que quede claro que en caso de disolución sus bienes y rentas se destinarán a otras entidades también sin ánimo de lucro, que desarrollen actividades análogas a las del ente que se extingue. Hacemos esta precisión porque estando a favor de que las rentas de las fundaciones extinguidas se destinen nuevamente al cumplimiento de fines análogos al perseguido por la entidad de que se trate, sin que pueda establecerse su retorno a favor de sujetos particulares, entendemos que se debe cuidar la elección de la entidad que vaya a recibir ese patrimonio, puesto que si se tratara de asociaciones, por ejemplo, ninguna norma les obliga a destinar, en caso de extinción, sus bienes a otras entidades sin ánimo de lucro (44), pudiendo haber dis-

(42) DE PRADA, J. M., "Aspectos notariales de la Ley de Fundaciones", *RJN*, julio-septiembre 1994, p. 270, señala, al estudiar la extinción, como punto más importante el de determinar el destino de los bienes resultantes de la liquidación de la fundación.

(43) *Vid.* CAFFARENA, J. *El régimen jurídico...*, cit, pp. 163 y ss.

(44) La normativa sobre asociaciones, Ley 191/1964, de 24 de diciembre, y Decreto 1440/1965, de 20 de mayo, no les obliga a que, en caso de extinción, se destinen sus bienes a otras entidades sin ánimo de lucro. Tan sólo las asociaciones declaradas de utilidad pública tienen esta obligación, conforme a la nueva redacción dada al art. 4 de la ley de asociaciones de 1964 por la Disposición Adicional 13.ª de la Ley 30/94, de 24 de noviembre, de fundaciones.

puesto en sus estatutos que se repartan entre los socios, por ejemplo, los bienes resultantes de la liquidación.

La nueva ley acoge este criterio, con acierto a nuestro entender, al declarar en su art. 31, relativo a la liquidación, que los bienes y derechos resultantes después de practicar aquélla 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 (45).

También prevé el precepto que los bienes resultantes de la liquidación puedan destinarse a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general, siempre que así se haya previsto en los estatutos o cláusulas fundacionales (46). Desde luego es una posibilidad admisible, siempre y cuando, como dispone el precepto, la decisión se tome por el fundador o personas a quienes éste designe para elaborar las cláusulas fundacionales o los estatutos, sin que en tal decisión intervenga la Administración que en este asunto sería considerada como parte interesada.

Con anterioridad a la nueva ley de fundaciones, en el ámbito estatal, tan sólo la Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849 (47) establecía de forma expresa la obligación de que las rentas y patrimonio de las fundaciones en caso de extinción se destinaran a otras enti-

Por su parte, la ley de asociaciones del País Vasco, ley 3 de 12 de febrero de 1988, en su art. 19 dedicado a la disolución de las asociaciones constituidas a su amparo, tampoco obliga a que los bienes se destinen necesariamente a otras entidades sin ánimo de lucro, ya que permite que en el acuerdo de disolución se establezca la aplicación que deba darse al patrimonio de la asociación, y sólo a falta de acuerdo podrá la Administración destinar los bienes de la asociación a la realización de fines análogos a los propios de la asociación disuelta.

(45) En este punto es interesante la reflexión que DE PRADA, J. M. "Constitución, modificación y extinción de fundaciones en la nueva ley", en *Las fundaciones, su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*, Madrid, 1995, pp. 62 y s., hace respecto a la posibilidad de que la Iglesia sea la destinataria de los bienes de las fundaciones tras su extinción, en concreto plantea su consideración como entidad privada y el problema que respecto a ella suscita el requisito de que el destino de sus bienes en caso de extinción sean otras instituciones sin ánimo de lucro.

(46) La Ley 12/1994, de 17 de junio, de fundaciones del País Vasco, contiene una norma similar, si bien referida exclusivamente a las fundaciones constituidas por personas jurídicas públicas. Su art. 35.3 dispone: "Las fundaciones constituidas por personas jurídicas públicas podrán prever en sus estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a otras entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines análogos."

(47) E igualmente en la Instrucción de 14 de marzo de 1899, en cuyo art. 7 se establecía que el destino de los fondos sobrantes sería "otro servicio inexcusablemente benéfico".

dades benéficas (48), sin admitir la posibilidad de reversión al fundador u otras personas por él designadas (49).

En el resto de la normativa sobre fundaciones nos encontramos distintas formas de regular el destino de los bienes en caso de extinción.

En primer lugar, tenemos el contenido del art. 39 del Código civil, en el que se dispone que cuando "... dejasen de funcionar las corporaciones, asociaciones y fundaciones, se dará a sus bienes la aplicación que las leyes, o los estatutos, o las cláusulas fundacionales, les hubiesen en esta previsión asignado". El orden que establece el precepto, según señala la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1987, no otorga preferencia a la ley y los estatutos frente a las cláusulas fundacionales, sino que al exponer ese orden se está refiriendo respectivamente a las normas que rigen las corporaciones, las asociaciones y las

(48) El art. 16 de la Ley General de Beneficencia de 1849 disponía: "La supresión de cualquier establecimiento de beneficencia público o particular, supone siempre la incorporación de sus bienes, rentas y derechos en otro establecimiento de beneficencia." En vía de consecuencia la Instrucción para el ejercicio del protectorado del Gobierno en la beneficencia particular, aprobada por Real Decreto de 14 de marzo de 1899, al establecer en su art. 7 las facultades del Ministro de la Gobernación recoge entre ellas la de "aplicar los fondos sobrantes o de objeto caducado en las fundaciones particulares a otro servicio inexcusablemente benéfico y de carácter particular". Resulta evidente que en esta normativa se excluía, con gran acierto, toda posibilidad de que los fondos destinados a una fundación pudieran revertir en los particulares cuando se produjera su extinción.

En contra de la vigencia de esta norma, y a favor de una interpretación del art. 39 del Código civil en el sentido de que es la voluntad del fundador la que debe prevalecer a la hora de decidir el destino que deba darse a los bienes de una fundación tras su extinción se pronunciaba la *Sentencia de la sala 3.ª del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1987*. Así, por lo que respecta a la cuestión apuntada, en los FD 5.º y 6.º dice: "... porque la antigua ley de beneficencia de 20 de junio de 1849 permanece vigente sólo en cuanto no se oponga a los preceptos del posterior Cc de 24 de julio de 1899, según interpretación que se viene dando a la Disposición final y derogatoria de su art. 1976, en relación para el presente caso con los 38.2 y 39. Claro está que, si, en este caso de extinción, de la fundación, el art. 39 del Código civil prevé el destino de los bienes conforme a la voluntad del fundador, prevalente sobre las disposiciones de la ley, a lo dicho por su manifestación expresa habrá de estarse... Cuando el fundador haya previsto el destino de los bienes fundacionales para el supuesto de extinción de la institución, el expediente se concretará en acreditar la forma como se dará cumplimiento a la voluntad del fundador, limitándose la competencia del protectorado a exigirlo y a disponer su inscripción en el registro... Por lo tanto, rige en primer lugar, la voluntad expresa del fundador...".

(49) Así, lo entiende DEL CAMPO ARBULO, "Las fundaciones a fe y conciencia en el Ordenamiento jurídico español", *La Ley*, n.º 3.795, 1995, p. 4, quien afirma que "... de la ley de beneficencia y de la Instrucción de 1899 se deducía que los bienes remanentes de una fundación extinta sólo podrían destinarse a finalidades de interés general..".

fundaciones (50). El precepto contempla, evidentemente, la posibilidad de que el fundador designe con absoluta libertad la forma en que los bienes han de repartirse cuando se produzca la extinción de la fundación (51). CAFFARENA matizaba este criterio jurisprudencial al señalar, en relación con el entonces vigente art. 16 de la Ley General de Beneficencia, que era compatible con el art. 39 del Código civil, pues para decidir sobre el destino de los bienes de la fundación habría de estarse a la voluntad del fundador, pero éste debería destinarlos necesariamente a la consecución de fines de interés general (52). Continúa el precepto diciendo que “si nada se hubiere establecido previamente, se aplicarán esos bienes a la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia o municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas” (53). La importancia de esta norma hoy día viene dada por la remisión que a ella hacen algunas de las leyes autonómicas, como hemos visto.

En el ámbito autonómico tan sólo la ley catalana (54) y la ley del País Vasco (55) disponen que la destinación de los bienes en caso de

(50) La sentencia de 6 de junio de 1987, sala 3.º, para sentar la prioridad de la voluntad del fundador, se basa, precisamente en que el orden que establece el art. 39 del Código civil —leyes, estatuto, cláusulas fundacionales—, se refiere, respectivamente, a corporaciones, asociaciones y fundaciones; este criterio se recoge en el Fundamento de Derecho 5.º: “... Y no se diga, según de contrario afirma la Administración, que el art. 39 del Código civil da prevalencia de fuente regidora primero a las leyes, luego a los estatutos y después a las cláusulas fundacionales, porque al exponer este orden se está refiriendo a las normas que respectivamente rigen las corporaciones, las asociaciones y las fundaciones, es decir, las leyes, los estatutos o las cláusulas fundacionales según correlativamente corresponda.”

(51) DEL CAMPO ARBULO, *Las fundaciones a fe...*, cit., p. 4, considera, al igual que nosotros, que “... en el Código civil y en el Reglamento de 1972 podían obtenerse argumentos para defender la reversión de esos bienes a patrimonios privados”.

(52) Vid. CAFFARENA, J., *El régimen jurídico...* cit., p. 164, quien considera, refiriéndose al art. 16 de la Ley General de Beneficencia, que: “... Precepto este que no se encuentra contradicho en el tantas veces citado art. 39 el Código civil y, por tanto, cuya vigencia cabe mantener. En efecto, uno y otro precepto son perfectamente compatibles. Para decidir sobre el destino de los bienes de la fundación extinguida habrá que estar en primer lugar a lo dispuesto por el fundador, pero éste inexcusablemente deberá destinarlos a fines de interés general, éste será el único límite a su poder de disposición—.”

(53) A este precepto se remitía el art. 55 del Reglamento de fundaciones culturales privadas de 1972 al regular el tema de la extinción de estas entidades, y concretamente el destino que debía darse a los bienes de las mismas cuando se produjera su extinción. Desde luego resultaba sorprendente que no estableciera expresamente el destino de los bienes fundacionales para el caso de extinción.

(54) Vid. art. 9.2 de la Ley 1/82, de 3 de marzo, Fundaciones. Regulación de las privadas en Cataluña.

(55) Vid. art. 35.2 de la Ley 12/94, de 17 de junio, de fundaciones del País Vasco.

extinción deberá hacerse a favor de otras fundaciones o de otras entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro y que persigan fines de interés general, bien a través de los estatutos, bien por el patronato o el protectorado en defecto de previsión estatutaria en tal sentido, pero siempre con el límite expuesto. Ninguna de las dos normas específica que las entidades destinatarias de los bienes deban reunir además el requisito de tener afectado su patrimonio en caso de disolución a fines de interés general, lo cual es importante por las razones que ya se han expuesto.

Las leyes gallega y canaria introducen una regulación en este tema idéntica a la establecida en su momento para las fundaciones culturales (56). La Ley de Régimen de las fundaciones de interés gallego de 25 de junio de 1983 en su art. 24 dispone que en caso de extinción se dará a los bienes de la fundación el destino predeterminado en la carta fundacional y en el art. 39 del Código civil, que en definitiva recoge en primer lugar que a los bienes de la fundación extinta se le dará el destino que los estatutos o las cláusulas fundacionales les hubiesen asignado (57), y en su defecto se aplicarán a la realización de fines análogos.

La poco afortunada redacción dada a los dos primeros números del art. 21 de la Ley 1/1990, de 29 de enero, de Fundaciones Canarias no impide, sin embargo, afirmar que en lo referente al destino de los bienes en caso de extinción permite que se esté a las previsiones que el fundador hubiere hecho en la carta fundacional y en los estatutos, puesto que también se remite a la regulación que de esta materia hace el art. 39 del Código civil, en concreto el n.º 4 del citado precepto recoge esta remisión (58).

La Ley 47 de la Compilación Navarra va más allá y expresamente admite que en el acto fundacional o en los estatutos se podrá establecer la reversión de los bienes en favor de los herederos del fundador o de determinadas personas, sean o no parientes de éste, con el límite de

(56) Vid. art. 55 del Decreto 2930, de 21 de julio de 1972, por el que se aprobó el reglamento de fundaciones culturales privadas y entidades análogas.

(57) CAFFARENA, J., *El régimen jurídico...*, cit., p. 163, al tratar el tema del destino de los bienes de la fundación extinta dice que "del art. 39 del Código civil, al que se refiere el art. 10 de la Orden de 25 de enero de 1962, se desprende una vez más una preferencia de la voluntad del fundador en la decisión de esta cuestión".

(58) Concretamente, dice el n.º 4 del art. 21 de la ley de fundaciones canarias que: "El acuerdo de extinción será en todo caso razonado, con expresión de la situación patrimonial de la fundación y del programa de liquidación, así como del destino de los bienes fundacionales de conformidad con el art. 39 del Código civil".

la Ley 224; esta ley lógicamente regula la sustitución fideicomisaria, y el límite que contempla se refiere a los llamados que no existan al tiempo en que el primer fiduciario adquiera los bienes, estableciendo que no podrán exceder del cuarto llamamiento; para los designados que vivan a tal tiempo no hay límite. Trasladando esto al tema que nos ocupa habrá que considerar a la fundación como primer fiduciario.

Por otra parte, dispone que cuando una fundación se extinga sin haberse previsto el destino de sus bienes, los adquirirá la Diputación Foral de Navarra, que deberá aplicarlos a fines similares a los establecidos por el fundador (59).

Estando, pues, a la vigente normativa autonómica sobre fundaciones se observa que tan sólo dos normas, la ley catalana de fundaciones y la ley vasca, establecen la obligación de que los bienes de las fundaciones en caso de extinción se destinen a otras fundaciones o entidades sin ánimo de lucro.

Conforme a lo expuesto puede decirse que coexisten dos sistemas de distribución de los bienes de las fundaciones cuando se produce su extinción, en función del régimen a que queden sometidas:

1. El que obliga a que se destinen a otras entidades sin ánimo de lucro que persigan fines de interés general, a lo que la ley de fundaciones estatal añade que tengan destinadas sus rentas en caso de extinción a la realización de fines de interés general.

2. El que permite que se dé a los bienes el destino que el fundador hubiera previsto, cualquiera que sea éste.

En el primer grupo quedarían incluidas las fundaciones sometidas a la Ley 30/94, que no podrán establecer cláusulas de reversión en favor de los parientes del fundador, o de otros sujetos designados por el fundador, a la vista del contenido del art. 31.2 de la ley (60); como

(59) *Vid.* para este punto y el anterior, SALINAS QUIJADA, F., *Derecho civil de Navarra*, II, Pamplona, 1972, pp. 226 a 229, sobre el destino de los bienes en caso de extinción de una fundación, y en particular el derecho de reversión en favor de los herederos del fundador.

(60) En consecuencia, no podemos compartir la opinión de quienes, como MARTINEZ LAFUENTE, A., *Fundaciones y mecenazgo. Análisis jurídico-tributario de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*, Pamplona, 1995, pp. 90 y 91, afirman que existe la posibilidad, tras la publicación de la ley de fundaciones, de establecer la reversión de los bienes de la fundación en favor de los herederos del fundador. Salvo que tal reversión se produzca, conforme a lo dispuesto en la Disposición transitoria 1.ª, dentro del plazo de dos años a contar desde la entrada en vigor de la ley. Y sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes autonómicas en tal sentido. En este punto DE PRADA, J. M., "Constitución, modificación y extinción de fundaciones en la nueva ley", en *Las fundaciones. Su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*, Madrid, 1995, p. 62, deja claro que a la vista del conte-

tampoco podrán hacerlo las que queden sujetas a la normativa catalana y del País Vasco. En el segundo, las sometidas a la leyes de Galicia, Canarias y Navarra.

La ley de fundaciones no da uniformidad a esta cuestión, dado que su art. 31 no tiene la consideración de condición básica del derecho de fundación, ni tampoco resulta de aplicación general, tal y como se desprende de su Disposición final primera. Tal vez la regulación relativa al destino que deba darse a los bienes en caso de extinción debió incluirse en precepto separado al dedicado a la liquidación, que evidentemente no cabe considerar como contenido esencial del derecho de fundación.

De lo expuesto resulta que se mantiene la posibilidad de que a los bienes de las fundaciones, tras su disolución, se les dé el destino previsto por el fundador, u otro, distinto del establecido por el art. 31.2, en aquellas Comunidades Autónomas que así lo permitan; como ya ocurre en Galicia, Canarias y Navarra, conforme acabamos de exponer. Ahora bien, en estos casos si la fundación pretende beneficiarse de las ventajas fiscales establecidas por la Ley 30/94 habrá de cumplir el requisito previsto en el art. 42.1 e), esto es, aplicar su patrimonio, en caso de disolución, a la realización de fines de interés general, pues en caso contrario se produce, conforme a lo dispuesto en el art. 47, la pérdida de los beneficios fiscales (61), por lo que en la práctica es casi seguro que todas las fundaciones respetarán el requisito expuesto.

La solución recogida en el primer sistema es la que nosotros propugnamos, y la que acoge la doctrina mayoritaria, si bien no es una cuestión unánimemente aceptada (62). Por nuestra parte, consideramos que no resulta adecuado que bienes inicialmente destinados a fines de interés general vuelvan a manos de particulares, además otra

nido del art. 31.2 de la ley de fundaciones se puede dar a los bienes de la fundación el destino previsto por el fundador siempre que se respete la limitación introducida por dicho precepto, esto es, que se destinen a entidades privadas que persigan fines de interés general.

(61) Así lo señala MARTINEZ LAFUENTE, A., *Fundaciones y mecenazgo...*, cit., pp. 89 y 91.

(62) Ya hemos expuesto cómo Vilaseca, cuya opinión se recoge por PEREZ DE ARMIÑAN, *Análisis de las aportaciones...*, cit., p. 75, admite que el fundador prevea que en caso de extinción los bienes fundacionales reviertan en el fundador, sus herederos o familiares. Por el contrario, CAFFARENA, *El régimen...*, cit., pp. 164 y 165, con base en la regulación anterior, ya consideraba que el fundador podía designar el destino de los bienes fundacionales para el supuesto de extinción, pero con un claro límite, cual es, que inexcusablemente se destinen a fines de interés general, en otro caso la voluntad del fundador no podrá ser tenida en cuenta.

solución adolece de incorrecciones jurídicas. Si se parte de la base de que el negocio de constitución de una fundación implica la realización del acto de dotación, elemento esencial del negocio (63), que supone que los bienes que lo integran salen del patrimonio del fundador para pasar a ser propiedad de la persona jurídica fundación, quien los adquiere definitivamente, precisamente para que se constituya, cómo se puede mantener que el fundador pueda reservarse la posibilidad de decidir el destino que debe darse a algo que ya no es suyo; estaríamos desvirtuando el contenido esencial del negocio jurídico fundacional, para cuya perfección, insistimos, se exige que los bienes que formen la dotación salgan definitivamente del patrimonio del fundador y pasen a ser propiedad de la fundación.

Además del argumento expuesto, existen otras razones para mantener que no se deje a voluntad del fundador el destino que deba darse a los bienes de la fundación en caso de extinción. Entre ellas cabe destacar el hecho de que se establecen en favor de las fundaciones beneficios de carácter fiscal que, si bien antes de la entrada en vigor de la actual ley de fundaciones se consideraban insuficientes, la reforma los ha aumentado tratando de acomodarlos a las exigencias sociales (64); beneficios que, lógicamente, inciden en el patrimonio fundacional, y si se admite que los bienes de la fundación reviertan en los particulares tendríamos que éstos se beneficiarían de unas ventajas fiscales que no les corresponden. Sin mencionar el hecho de que la fundación realice actividades económicas (65), supuesto que defendemos únicamente si los beneficios que de tal actividad se obtienen se destinan a fines de interés general, ya por la fundación inicialmente constituida, ya por otra, si aquélla llega a extinguirse; pero en ningún caso podemos admitir que, si la fundación se extingue, el patrimonio obtenido con esa actividad vaya a parar a manos de particulares.

(63) La consideración de la dotación como elemento esencial del negocio fundacional es una cuestión unánimemente aceptada, en este sentido puede verse, entre otros, VALERO AGUNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969; DE CASTRO, F., *La persona jurídica*, Madrid, 1984. El calificativo de esencial se lo atribuye también la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1983 (R. Ar. 1607), en cuyo considerando 6.º al analizar la exigencia de que la dotación conste en escritura pública, apunta respecto a aquélla que es "requisito esencial, sea cual fuere su naturaleza jurídica, para la existencia de la fundación".

(64) Vid. CRUZ AMOROS, M., "Régimen tributario de las entidades sin fin de lucro", en *Las fundaciones, su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*, Madrid, 1995, pp. 134 y ss.

(65) Aunque resulte discutible el modo en que se ha regulado, lo cierto es que esta posibilidad se ha admitido expresamente por la nueva ley, concretamente en su art. 22.

También conviene considerar que si el fundador ha previsto que en caso de extinción los bienes de la fundación pasen a manos de sus familiares, podríamos estar ante una fundación familiar encubierta, dado que quien en última instancia puede salir beneficiado de la gestión patrimonial que se haya realizado por los gestores de la fundación son los parientes del fundador, y conocida es la prohibición de que se constituyan fundaciones familiares para evitar las vinculaciones de bienes (66).

No queremos terminar sin hacer referencia a alguna sentencia del Tribunal Supremo en la que se admite que los bienes de una fundación extinguida vayan a parar a manos de los herederos del fundador, estableciendo, por tanto, un criterio contrario al que venimos manteniendo, pero afirmando nuestra idea de que con base en la regulación del Código civil, a la que se remiten la ley gallega y canaria de fundaciones, resulta ajustada a derecho tal posibilidad.

Así, por ejemplo, la sentencia de 23 de junio de 1964 (RJ 3682), en la que primando la voluntad del fundador sobre cualquier otra consideración se declara la reversión de los bienes de la fundación a los herederos del fundador (67). El tribunal entiende que se cumple la condición impuesta por el fundador, dado que al parecer la Administración planteaba, tras los destrozos causados por la guerra civil, la alternativa de reedificar las escuelas objeto de la fundación o la nacionalización de las mismas, y en esta propuesta se entendió que concu-

(66) DE CASTRO, F. es tajante en este sentido; niega toda posibilidad de existencia a las fundaciones familiares, a ello dedica su trabajo "Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares", en *La persona jurídica*, Madrid, 1984, p. 80, en el que dice que "el objeto directo de estas notas será, por tanto, de alcance bien reducido, el de rechazar la tesis de la validez en nuestro Derecho de las fundaciones exclusivamente familiares".

Además, la nueva ley de fundaciones estatal prohíbe claramente la constitución de fundaciones familiares en su art. 2.3.

(67) En el considerando 1.º de la citada sentencia se dice que "cumplida la condición resolutoria impuesta por el fundador en la cláusula 13.ª de su testamento, procede declarar la reversión de los bienes de la fundación a los herederos y sucesores del testador, conforme a la cláusula 14.ª, a favor de todos los cuales se ha ejercitado la demanda".

La cláusula impuesta por el testador a que hace referencia el considerando 1.º de la sentencia es la siguiente: "Que si por cualquier causa no pudiera constituirse la fundación que debe establecerse conforme dispone en la cláusula anterior, o una vez constituida, el Estado, por cualquier título o motivo, pretendiera incautarse de los bienes de la misma, pasen éstos a ser propiedad de sus herederos y sucesores, quienes se incautarán, desde luego, de dichos bienes, pudiendo disponer de ellos sin restricción ni limitación alguna, y sin tener en cuenta para nada el objeto a que se destinan o estuviesen destinados, sean cualesquiera las disposiciones legales que rijan o se dicten sobre la materia, que no prevalecerán en contra de lo dispuesto en esta cláusula."

ría el supuesto previsto por el testador para que los bienes revertieran en sus herederos, declarándolo así la citada sentencia, en la que no se recoge, por cierto, ninguna consideración jurídica.

A la misma conclusión llega la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, de 6 de junio de 1987 (RJ 4744), tras analizar el contenido del art. 39 del Código civil y el Decreto de 21 de julio de 1972, pues en ella se declara que “la Administración debe reconocer el derecho del actor a distribuir el activo fundacional entre los derechohabientes del fundador, según las cláusulas de la extinguida fundación, ya que en ellas se hizo constar (Fundamento de Derecho 3.º) que “si por una ley desamortizadora o por otra causa no fuera posible el sostenimiento de la Escuela, estos bienes (los fundacionales) se distribuirán entre los herederos de D..., o sus derechohabientes en la misma forma en que lo fueron”, y ello porque como señala la sentencia (Fundamento de Derecho 6.º) “... es que las cláusulas fundacionales constituyen ley de la fundación; y si ya no pueden cumplirse los fines deseados por el fundador, los bienes que adscribió a ellos han de seguir el destino que le señalase...”.

En contra de los criterios que sientan las citadas sentencias, y, reiterando lo ya expuesto, entendemos que los bienes de las fundaciones en caso de extinción deben aplicarse a otras fundaciones o entidades sin ánimo de lucro que tengan afectado su patrimonio, en caso de disolución, a la consecución de fines de interés general. En ningún caso, debería dejarse a voluntad del fundador el destino que deba darse al patrimonio de la fundación extinguida, y únicamente cabría admitir que el fundador designe la entidad a la que quiere que se apliquen las rentas, respetando siempre el expresado límite, como CAFFARENA ya expuso al analizar la normativa anterior a la nueva ley (68).

En cualquier caso, en aquellos ámbitos territoriales en los que la normativa aplicable permita que a los bienes de la fundación en caso de extinción se les dé la aplicación prevista por el fundador, debería

(68) CAFFARENA, J., “Constitución, modificación y extinción de las fundaciones”, en *Presente y futuro de las fundaciones*, dirigido por DE LORENZO GARCIA y CABRA DE LUNA, Madrid, 1990, p. 58. Refiriéndose a la extinción de las fundaciones nos dice respecto al destino que deba darse a sus bienes: “... Y en todo caso debería prohibirse de forma clara e inequívoca que el patrimonio resultante de la liquidación pase a manos de particulares, respetándose la voluntad del fundador acerca del destino último de ese patrimonio, pero siempre que permanezca dentro del ámbito de fines de interés general.” En el mismo sentido PIÑAR MAÑAS, J. L., “Las fundaciones: jurisprudencia y pautas de futuro”, en *Las fundaciones y la sociedad civil*, Madrid, 1992, pp. 203 y 204; también LASARTE, C., *Principios de Derecho civil*, T I, Madrid, 1992, p. 381.

precisarse que los únicos bienes sobre los que el fundador puede decidir, serán aquellos que formaron parte de la dotación, nunca los que la fundación hubiera adquirido tras su constitución, ya por aportaciones públicas o privadas, ya por el ejercicio de actividades económicas, pues de todos ellos la fundación es la única propietaria. Debiendo igualmente precisar qué valor ha de restituirse. Lo que conlleva la realización de un complejo proceso de liquidación.

A modo de resumen diremos que el destino de los bienes de la fundación extinta nos parece de suma importancia y una cuestión conecada con la propia esencia del negocio fundacional, o más bien del concepto de fundación, lo que indefectiblemente nos lleva a considerar que los bienes de la fundación han de ir unidos en todo caso a la consecución de fines de interés general. Esto, a nuestro juicio, implica que deba considerarse parte del contenido esencial, lo que nos lleva a afirmar que las normas que establecen la libertad del fundador para decidir el destino de los bienes entran en contradicción con los preceptos que en la nueva ley regulan el contenido esencial del derecho de fundación, en desarrollo del art. 34 de la Constitución en relación con el 53 del texto constitucional.

IV. ORGANO COMPETENTE PARA DECLARAR LA EXTINCION

En la vigente normativa sobre fundaciones la competencia para declarar la extinción de una fundación es atribuida a distintos órganos de la Administración, tanto estatal como autonómica, competencia que ejercen por iniciativa propia en unos casos, o a instancia del patronato de la fundación en otros, cuando concurre alguna de las causas de extinción previstas en la ley, o dispuesta por el fundador.

La nueva ley de fundaciones prevé distintas formas de extinción en función de la causa que concurra, pero básicamente exige acuerdo del patronato ratificado por el protectorado; para el caso de que no hubiese acuerdo, o no fuese ratificado, la extinción de la fundación requerirá resolución judicial, que podrá ser instada por el protectorado o por el patronato, según los casos (69). Por otra parte, se exige resolución judicial motivada para declarar la extinción por las causas previstas en otras leyes, además de para el supuesto que acabamos de exponer.

(69) *Vid.* art. 30.2 de la Ley 30/94, de 24 de noviembre, de Fundaciones.

En concreto, establece que el procedimiento judicial se tramitará ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la fundación y se sustanciará por el trámite de los incidentes. El acudir a este procedimiento tiene un inconveniente, cual es, que la sentencia que resuelve el incidente es apelable en un solo efecto conforme dispone el art. 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, tan sólo tiene efecto devolutivo, no suspensivo, cuando lo deseable es que el procedimiento elegido tuviera los dos, para que se suspendiera la ejecución mientras se tramita la apelación.

Las normas de carácter autonómico vienen a recoger una normativa similar, aunque menos precisa. Todas ellas prevén la intervención del protectorado en el proceso de extinción, bien autorizando los actos llevados a cabo por el patronato en orden a la extinción (70), bien interviniendo (71) o promoviendo (72) el proceso extintivo. Por su parte, la ley del País Vasco contiene una regulación prácticamente idéntica a la que establece la ley estatal; exige al igual que esta última que la extinción se declare mediante resolución judicial motivada cuando no exista acuerdo del órgano de gobierno de la fundación o cuando no sea ratificado por el protectorado; a diferencia de la ley estatal no hace referencia al procedimiento judicial por el que deba sustanciarse el procedimiento.

Esta actividad intervencionista de la Administración, a través de los órganos que ejercen el protectorado, en el proceso de extinción de las fundaciones, que ha venido siendo admitida sin demasiada controversia, sufrió, a nuestro entender y a pesar de que la ley no lo haya reconocido así, una sustancial modificación con la entrada en vigor de la Constitución, debido a la remisión que el art. 34 del texto constitucional hace a los números 2 y 4 del art. 22, dedicado a las asociaciones.

Nos interesa ahora la remisión en lo referente al n.º 4 del art. 22, relativo a la forma en que deben extinguirse las asociaciones, y, debido a la remisión operada, también las fundaciones. Esta remisión viene a significar que la extinción de una fundación ha de ser declarada mediante resolución judicial, quedando derogado el régimen hasta entonces vigente y, en vía de consecuencia, anulando la competencia de la Administración para extinguir fundaciones.

(70) *Vid.* art. 14.1 de la Ley 1/82, de 3 de marzo de la Generalidad de Cataluña, Fundaciones. Regulación de las privadas en Cataluña.

(71) *Vid.* art. 22 de la Ley de Régimen de las Fundaciones de Interés Gallego, de 25 de junio de 1983.

(72) Todas las leyes autonómicas prevén la posibilidad de que el protectorado promueva el proceso de extinción de una fundación.

La aplicación del citado precepto es directa, como han puesto de manifiesto algunos autores especialistas en la materia (73), lo que implica que, en principio, no podrían los órganos administrativos declarar la extinción de una fundación, so pena de nulidad del acto en que se declare la extinción.

Esta solución nos parece correcta, porque ofrece más garantías de imparcialidad, y evita la dispersión existente en la actualidad en lo que a los órganos competentes para declarar la extinción de una fundación se refiere. Sin embargo, la nueva ley, en contra del mandato constitucional (74), manteniendo un criterio a nuestro juicio erróneo, no ha establecido la resolución judicial como único medio de extinguir una fundación, sino que tan sólo la prevé para determinados supuestos.

Si, al menos, la nueva ley hubiera dispuesto un único órgano administrativo con competencia para ejercer el protectorado, el criterio para decidir la procedencia de la extinción de una fundación sería el mismo en todos los casos, pero no ha sido así. En la ley no se regula con detalle la forma en que se ejercerá el protectorado, sino que remite al desarrollo reglamentario de la materia, pero de la exposición de motivos, como hemos expuesto, se desprende la existencia de varios protectorados, ya que en su apartado IV se refiere a la articulación concreta entre el Registro de Fundaciones y los distintos protectorados. Luego, se mantiene la dispersión de los órganos encargados del protectorado con las consecuencias negativas que ello provoca, tanto en la materia que estamos tratando como en todas las demás en que está prevista su intervención, dada la disparidad de criterios que necesariamente lleva aparejada.

No podemos terminar sin poner de manifiesto que no existe unanimidad en esta materia, siendo las distintas opiniones mantenidas

(73) En este sentido, PIÑAR MAÑAS, J. L., "Las fundaciones y la Constitución española", en *Estudio sobre la Constitución española*, homenaje al profesor García de Enterría, Madrid, 1991, p. 1315, refiriéndose en particular al art. 34 de la Constitución, al que aplica la doctrina general mantenida respecto a aquellos preceptos que expresamente se remiten en su desarrollo a lo que disponga el legislador, mantiene el valor normativo inmediato del mismo, señalando que esta opinión se encuentra hoy unánimemente aceptada.

(74) DE PRADA, J. M., "Una futura ley de fundaciones", *Actualidad Civil*, 1989-3, p. 2687, ya puso de manifiesto que el tema de la extinción de fundaciones debía ser objeto de cuidadoso tratamiento en la ley de fundaciones, entre otras cosas consideraba que debía "tenerse en cuenta la limitación que deriva de la aplicación a las fundaciones —según exige el n.º 2 del art. 34 de la Constitución— de lo dispuesto en el n.º 4 del art. 22 para las asociaciones, en virtud de lo cual sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades por resolución judicial motivada".

por la doctrina (75) absolutamente contradictorias, hasta el punto de que mientras unos autores defienden que a partir de la entrada en vigor de la Constitución tan sólo a través de resolución judicial puede extinguirse una fundación (76), otros, ocupando una posición contraria, mantienen la opinión de que únicamente para los supuestos en los que el fin fundacional devenga ilícito será necesario que la declaración de extinción de la fundación se emita a través de resolución judicial (77).

(75) Las opiniones que consideramos han sido vertidas antes de la entrada en vigor de la nueva ley de fundaciones.

(76) GARCIA DE ENTERRIA, E., "Constitución, fundaciones y sociedad civil", en *Las fundaciones y la sociedad civil*, curso dirigido por DE LORENZO GARCIA y CABRA DE LUNA, Madrid, 1992, p. 23. Refiriéndose al contenido del art. 34 de la Constitución y a la remisión que en el mismo se hace a los n.ºs 2 y 4 del art. 22 nos dice: "Lo enuncia, pues, como una facultad subjetiva. El párrafo 2.º remite a lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del art. 22 que regula las asociaciones, y que es concretamente la limitación de la ilegalidad de estas a las que persigan fines tipificados como delitos, y la garantía judicial sobre su funcionamiento y disolución. Las dos garantías, por cierto, van en el mismo sentido de reforzar la configuración del Derecho de Fundación como un derecho de libertad."

El mismo criterio mantiene DEL CASTILLO, L., "Al hilo de una interesante sentencia en materia de fundaciones", *La Ley* 1987-4, p. 528.

(77) Así, BADENES GASSET, R., *Las fundaciones de Derecho privado*, Barcelona, 1986, p. 201, al analizar el alcance del art. 34 de la Constitución en relación con el 22, concluye: "Cuando se afirma que "sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de una resolución judicial", habrá que entender que se hace referencia a los casos de medios o fines delictivos, ya que los n.ºs 2 y 4 del art. 22 de la Constitución deben ser independientes (habrá que entender que quiere decir interdependientes) entre sí."

En el mismo sentido, CAFFARENA, J., "Constitución, modificación y extinción de las fundaciones", en *Presente y futuro de las fundaciones*, curso dirigido por DE LORENZO y CABRA DE LUNA, Madrid, 1990, p. 56, opina que la extinción de las fundaciones no siempre debe realizarse a través de resolución judicial, expresa su opinión en los siguientes términos: "¿De qué manera incide la remisión al párrafo cuarto del art. 22 en la regulación actual de la extinción de las fundaciones? El problema que se plantea fundamentalmente es si la mencionada remisión debe entenderse como una exigencia de resolución judicial para todos los casos de extinción, sea cual fuere la causa extintiva, o como un requisito necesario sólo en algunos casos."

Creemos que la Constitución no exige resolución judicial motivada para toda causa de extinción, sino sólo para el caso en que el fin de la fundación haya devenido ilícito. El procedimiento del art. 22.4 de la Constitución debe entenderse exigible sólo para la extinción de las fundaciones por motivos de índole sancionadora puesto que la garantía constitucional protege los derechos fundamentales contra posibles excesos de poder, pero nunca contra la ineficacia e inoperancia del propio derecho. Así, lo ha entendido el Consejo de Estado en su Dictamen de 17 de septiembre de 1981." El autor mantiene el mismo criterio al comentar el art. 30 en "Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales", Madrid, 1995, pp. 269 y ss.

No podemos admitir esta última solución porque si el fin de la fundación, que necesariamente ha de ser de interés general, deviene ilícito, la causa de ello será la actuación de los patronos, siendo a estos a quienes habrá que sancionar, separándolos del cargo y deduciendo las responsabilidades en que hayan podido incurrir tanto en el ámbito civil como en el penal, pero lo que nunca podemos admitir es que se sancione a la fundación declarando su extinción, pues, a diferencia de lo que ocurre con las asociaciones cuya base son las personas (78), la fundación es un patrimonio adscrito a un fin y no se puede hacer depender su existencia de la conducta en que incurran sus gestores (79), que no son más que eso, simples gestores. De hecho, entre las causas de extinción de la fundación no se recoge el caso de la ilicitud sobrevinida del fin. No sabemos si ello es obra de la casualidad o de una actitud meditada, pero para nosotros es un acierto, pues conforme a lo expuesto, tal circunstancia la única consecuencia que debe llevar aparejada es la deducción de responsabilidad a los patronos, volviendo la fundación a su fin inicial.

Resulta curioso que BADENES, que mantiene esta misma opinión respecto a la ilicitud de los fines o medios, ya que expresamente dice en cuanto a los fines que “con muchas reservas pueden concebirse fundaciones que persigan fines delictivos, pues el propio concepto de la fundación (patrimonio destinado a un fin) impediría el nacimiento por ilicitud del objetivo, y por tanto no cabría resolver lo inexistente”, en el párrafo siguiente, sin embargo, mantenga que cuando se dice que las fundaciones sólo podrán ser disueltas por resolución judicial, hay que entender que se hace referencia a los casos de medios o fines delictivos (80).

Para nosotros está claro que a partir de la entrada en vigor de la Constitución tan sólo mediante resolución judicial puede declararse la extinción de una fundación cuando concurra alguna de las causas legalmente establecidas al efecto (81). Como dice, por ejemplo,

(78) En este sentido, puede consultarse DE CASTRO, F., *La persona jurídica*, Madrid, 1984, p. 274.

(79) Esta idea se expone, entre otros, por MADRUGA MENDEZ, J., “Consideraciones en torno a las fundaciones privadas de interés público”, *ADC*, 1968, p. 425.

(80) *Vid.* BADENES GASSET, R. *Las fundaciones...*, cit., p. 164.

(81) A esta misma conclusión llega DE LORENZO, R. *El nuevo derecho ...cit.*, p. 148, exponiendo que “la remisión que opera el art. 34 al 22 de la Constitución se identifica por la voluntad declarada de judicializar las intervenciones más relevantes en la vida de la fundación. Ahora sólo pueden ser suspendidas o disueltas en virtud de resolución judicial motivada”. El autor a continuación señalaba que de esta afirmación debería hacerse eco la futura ley de fundaciones, lo que evidentemente no ha ocurrido.

LACRUZ, con base en la remisión que el art. 34 de la Constitución hace a su art. 22, la Administración no tiene poder para declarar la extinción de una fundación (82).

No obstante, es otro el criterio seguido por la ley, y hoy día la extinción de una fundación tan sólo se declara mediante resolución judicial cuando no exista acuerdo entre patronato y protectorado y cuando la extinción se produzca por causas previstas en otras leyes. Aunque cabe considerar si con esta regulación no se está vulnerando el contenido del precepto constitucional.

(82) Esta es la opinión de LACRUZ, J. L., "Aportación para una futura ley de fundaciones", en *Hacia un estatuto de las fundaciones en España*, Madrid, 1979, p. 107, quien refiriéndose a la remisión que el art. 34 de la Constitución hace al n.º 4 del art. 22, dice que: "... parece establecer un principio fundamental muy importante, pues yo entiendo que la 'resolución judicial motivada' que disuelve o suspende una fundación habrá de provenir de los tribunales ordinarios, de la jurisdicción civil o penal, y por tanto que la Administración no tiene poder para llegar a esos extremos mediante resoluciones que serían inmediatamente ejecutivas; aunque pudieran ser recurridas, mientras no quedaran firmes, ante la jurisdicción contencioso-administrativa". En el mismo sentido, GARRIDO FALLA, F., "Comentario ex art. 34 de la Constitución", en *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, pp. 716 y 717, al referirse a la competencia judicial en cuanto a las fundaciones expone que "... la Constitución de 1978 no deja lugar a dudas al remitir a lo dispuesto sobre asociaciones en el art. 22.4: las fundaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada".

