

## Génesis de las fundaciones

**López-Nieto y Mallo, Francisco**

Esta doctrina forma parte del libro *"La ordenación legal de las fundaciones"*, edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Enero 2006.

**LA LEY 40043/2008**

### 1. Origen de las fundaciones

Las fundaciones, como todas las personas jurídicas, son una creación del Estado, a través del Derecho, que utiliza lo que STAMMLER llamó "la fórmula de la personalidad», para hacer posible el tratamiento jurídico de las relaciones de aquéllas con las demás personas de Derecho, "con lo cual — añade el autor— no se finge nada que no exista en la realidad" (1) . El Estado, por tanto, haciendo uso del sistema que en cada circunstancia estima más oportuno, dota a las fundaciones de personalidad, haciéndolas así nacer a la vida del Derecho. Por tal razón, puede predicarse de las fundaciones lo que GARCÍA-TREVIJANO dice de las personas jurídicas en general, a saber, que "más que hablar del origen habría que hablar de la iniciativa en la creación» de las mismas (2) .

En consecuencia, resulta obvio que, para que nazca una fundación, como acontece con cualquier otra persona jurídica, es necesario que se dé la concurrencia de dos elementos fundamentales: en primer lugar, un sustrato o base, una entidad que aparezca como independiente de los individuos que la crean y tienen la iniciativa aludida, y en segundo término, el reconocimiento en virtud del cual el ordenamiento jurídico otorga a tal entidad la cualidad de persona jurídica.

En las fundaciones, en oposición a lo que pueda ocurrir con otras o personas jurídicas, la formación de aquella base o entidad se produce mediante la celebración del acto fundacional, en el que pueden intervenir los poderes públicos o no, pero donde se decide la vida futura de la entidad mediante el establecimiento de unas normas fundamentales o estatutos.

Al acto fundacional va normalmente incorporado el acto de dotación, por el que el fundador asigna un patrimonio al ente que se erige. Señala CASTÁN TOBE-ÑAS que el último tiene naturaleza propia, que es accesorio del precedente y que "ha de ser considerado como un acto unilateral de disposición gratuita que exige capacidad para enajenar y hacer liberalidades" (3) . Tal acto es, indudablemente, un negocio jurídico, que, por consiguiente, debe ser celebrado por personas con capacidad de obrar y consentimiento válido, pero no existe unanimidad en la doctrina cuando se considere la naturaleza del mismo.

Las primeras teorías que intentan explicar el negocio jurídico privado de la fundación tienden a reducirlo a un acto puramente patrimonial, considerando a la voluntad del fundador como elemento de un negocio bilateral, en el que el Estado acepta la asignación del patrimonio como representante de la fundación que va a erigirse. Pero, como observa ROMANELLI, "esta construcción artificiosa sólo tiene el valor de una reminiscencia histórica" (4) . Y a medida que el tiempo transcurre, se va sentando la idea de que el acto fundacional no es un negocio bilateral, y que cualquier intervención posterior del Estado no forma parte del mismo.

Para BADENES, se trata de un negocio jurídico único (dotación organizada para un fin), en virtud del cual el fundador crea una personalidad de fundación y atribuye a ella un determinado patrimonio, por lo que "el acto fundacional es por eso simultáneamente personal y real" (5) . Según CAFFARENA, es

"aquel negocio dirigido a la constitución de una fundación y que se lleva a cabo esencialmente mediante la afectación de un conjunto de bienes a un fin de interés general" (6) . Y para MADRUGA MENDES, el negocio fundacional se caracteriza por estos tres elementos: 1.º) una masa patrimonial que deja de pertenecer al patrimonio del fundador para personificarse en otro autónomo; 2.º) dedicación del patrimonio fundacional a la realización de un fin; 3.º) una organización para el manejo de ese patrimonio (7) .

Según ALBALADEJO, "el acto privado realizado por la persona que constituye la fundación es un negocio jurídico unilateral no recepticio, irrevocable desde que se realiza si es *inter vivos*, o desde la muerte del fundador, si éste estableció la fundación en testamento, no solemne (como regla), encaminado a dar vida a la nueva persona, y en el que esencialmente debe establecerse el fin a alcanzar" (8) .

El mismo autor explica esta extensa definición, aclarando los siguientes conceptos:

- 1.º** Es unilateral porque procede de una sola parte, ya que el fundador no tiene frente a sí en tal negocio nadie más con quien acordar la creación del ente, lo que ocurre aun en el caso de que los fundadores sean varios, pues sus voluntades corren paralelas (ver STS 23 junio 1964) (9) .
- 2.º** Es irrevocable desde que se realiza *inter vivos*, porque no es posible retractarse después, y si se otorgó en testamento, es revocable hasta la muerte del fundador.
- 3.º** Es no solemne, en principio, ya que nuestro Derecho parte de la regla general de que los negocios jurídicos pueden realizarse en cualquier forma, salvo que la Ley establezca excepcionalmente una determinada.
- 4.º** Supone la voluntad no sólo de crear una obra, sino de que ésta sea un sujeto autónomo, pues en otro caso no nacerá la fundación como sujeto (10) .

Por lo que a nuestro Derecho respecta, no cabe duda que, tanto la Ley de Fundaciones como las demás disposiciones vigentes, dan pie para suponer que el acto constitutivo es un negocio jurídico, en el que concurren las circunstancias mencionadas, según veremos en las páginas siguientes. Incluso en lo que hace referencia a la falta de solemnidad, pues la exigencia de escritura pública es, como distingue ALBALADEJO, "la forma requerida no para manifestar la voluntad en el negocio fundacional, sino para, dando cumplimiento a esa voluntad, constituir la fundación" (11) .

## 2. Constitución de la fundación

Señala la Ley que podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas (art. 8.1 LF). Se incluyen en esta habilitación los extranjeros residentes en España, pues así se deduce de la Ley Orgánica reguladora de sus derechos cuando dispone que los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidas en el Título I de la Constitución en condiciones de igualdad (ver art. 3).

La posibilidad de que las personas jurídicas puedan constituir fundaciones no viene prevista por la Constitución, pues su artículo 34 se encuentra dentro del capítulo referente a los derechos y libertades propios de las personas físicas. Por eso dice CAFFARENA que "admitir que las personas jurídicas puedan constituir fundaciones supone una cierta desnaturalización de la figura fundacional», sin contar que "existe el peligro de que por esta vía se eluda la aplicación de una serie de reglas que constituyen el estatuto jurídico de la persona jurídica pública fundadora" (12) . En el mismo sentido se pronuncia Maribel RUEDA, añadiendo que aquella posibilidad conculca abiertamente la legislación reguladora de la creación de entidades y Organismos autónomos y fomenta la creación de cajas especiales, destacando, además, la "innecesariedad de que los poderes públicos, sólo llamados a cumplir fines de interés general, creen fundaciones privadas únicamente destinadas a fines de esta clase" (13) .

Respecto a la capacidad de fundar, las diferentes Leyes autonómicas de fundaciones tratan el tema en forma parecida a la legislación estatal, hablando, como veremos en su lugar, de personas naturales o físicas y de personas jurídicas públicas o privadas.

Como ya hemos adelantado en este mismo capítulo, en el acto constitutivo de las fundaciones podemos diferenciar el acto fundacional y el acto de dotación, inherente a toda fundación.

### Acto fundacional

Es el negocio jurídico a que antes se ha hecho alusión, y será otorgado por quien haga o deba hacer la declaración de voluntad fundacional. En este sentido, el acto fundacional puede proceder:

#### CONSTITUCIÓN DE LA FUNDACIÓN

Sujeto	Documento	Otorga escritura
Persona física	Declaración de voluntad ( <i>inter vivos</i> )	Fundador
	Testamento	Herederero
	Testamento sin concretar	Albacea o protectorado
Persona jurídica privada	Acuerdo junta general (sociedad)	
	Acuerdo asamblea general (asociación)	Persona autorizada
	Acuerdo órgano rector (institución)	
Persona jurídica pública	Acuerdo corporación	Persona autorizada
	Resolución órgano director	Representate legal

**1.º** Del Estado o de otra Entidad pública.

**2.º** De un particular, que lo realiza bien *inter vivos*, bien en testamento.

Las primeras son fundaciones públicas y las segundas son fundaciones privadas.

Las fundaciones públicas pueden ser creadas por el Estado y adoptar la forma de Organismos autónomos o cualesquiera otras que permita la Ley, que, en este aspecto, ofrece una variedad extraordinaria (14) . Pueden también ser creadas por las Comunidades Autónomas, siguiendo las normas establecidas en sus propios Estatutos y en las Leyes y disposiciones que cada una de ellas haya promulgado. Y pueden ser creadas, finalmente, tanto por las Corporaciones Locales como por una de las Entidades locales institucionales, los llamados Organismos autónomos locales (15) . Son estos Organismos, que la anterior legislación denominaba fundación pública del servicio, entes descentralizados del ente territorial, cuya organización y actividad queda separada, aunque sujeta también al Derecho administrativo (art. 85.3 RS), y su creación obedece a una descentralización de funciones.

Con relación a las fundaciones públicas, dispone la Ley que las personas jurídico-públicas tendrán

capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario (art. 8.4 LF). La afirmación legal es tan genérica que en ella tienen cabida no sólo el Estado, sino cualquier persona jurídica que forme parte de la organización estatal, autonómica o local, incluyendo las propias organizaciones creadas por el Estado o las Comunidades Autónomas, que pueden a su vez crear fundaciones, siempre que aparezca previsto en su Ley de creación.

Las fundaciones privadas pueden ser creadas por una persona física o por una persona jurídica. Y, en el primer caso, por un acto *inter vivos* o *mortis causa*.

Las personas físicas requerirán de capacidad para disponer gratuitamente *inter vivos* o *mortis causa* de los bienes y derechos que integren la dotación, si se realiza por acto *inter vivos*. Mandato que remite al artículo 624 del Código Civil, que establece que podrán hacer donación todos los que pueden contratar y disponer de sus bienes. Es decir, que será preciso ser mayor de edad o menor emancipado, siempre que en este último caso la dotación no consista en bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor, supuestos en los que necesitará el consentimiento de sus padres o del tutor (art. 323) (16) . Si la constitución de la fundación se realiza por acto *mortis causa*, será necesaria la capacidad para testar, es decir, tener en cuenta el contenido de los artículos 622 y siguientes, y 688 del Código Civil.

La fundación por acto *mortis causa* admite variaciones:

- 1.ª** La constitución de la fundación se realizará testamentariamente, cumpliéndose en el testamento los requisitos establecidos para la escritura de constitución (art. 9.3 LF). Aquí el acto fundacional forma parte del testamento.
- 2.ª** El testador se limita a establecer su voluntad de crear una fundación y de disponer de los bienes y derechos de la dotación. En este caso, la escritura en la que se contengan los demás requisitos exigidos por la Ley se otorgará por el albacea testamentario y, en su defecto, por los herederos testamentarios y, en caso de que éstos no existieran, por el Protectorado previa autorización judicial (art. 8.4). Precepto que implica un tratamiento a favor del negocio testamentario y del acto fundacional, que está en línea seguida por la jurisprudencia (STS 2 julio 1952) y que, según CAFFARENA, "es digno de elogio, teniendo en cuenta que la actividad fundacional redundaba en beneficio de la comunidad" (17) . En todo caso, como se ha dicho, el Protectorado debe velar por el efectivo cumplimiento de la voluntad del fundador por el albacea o los herederos y, en último término, deberá suplir la omisión de aquéllos (18) .
- 3.ª** Parecido caso al anterior se produce cuando el testador nombra heredera a una fundación, que encomienda constituir a sus albaceas (ver SSTS 26 marzo 1968 y 6 febrero 1969).
- 4.ª** El testador deja en herencia ciertos bienes a una persona para que ésta cree una fundación y adscriba parte de aquéllos al fin que indique. El acto fundacional surge por acto *inter vivos*, cuando la persona encargada cumple con el deber que le impuso el testador.

Cuando se trate de una persona jurídica, el acto fundacional requerirá previamente la existencia de un acuerdo expreso del órgano competente para disponer gratuitamente de sus bienes, con arreglo a sus estatutos o a la legislación que le resulte aplicable, o de su órgano rector, si se trata de una persona de índole institucional (ver art. 8.3 LF).

### **Acto dotacional**

Ya sabemos que el acto de dotación acompaña, por lo general, al acto fundacional, y que por él se adscriben a la fundación determinados bienes que le permiten cumplir su fin. Ya hemos visto también que se discute si este acto es distinto al anterior.

La opinión que merece el tema a ALBALADEJO es la siguiente:

**1.º** Según nuestro Derecho positivo, cuando el denominado acto creador no vaya acompañado de dotación, hasta que ésta se produce no nacería la fundación. La dotación sería, según él, una *conditio iuris*, a partir de la cual el acto constitutivo desplegaría su eficacia.

**2.º** Aunque separables conceptualmente en el total negocio fundacional, el acto creador y la dotación son dos piezas del mismo, sin las que no está completo. Si fundar es destinar bienes a un fin —dice—, no fundó quien aún no destinó (19) .

No debe confundirse el acto de dotación con otros posteriores, en virtud de los cuales la fundación puede adquirir otros bienes a título gratuito, que serán, simplemente, donaciones o sucesiones hereditarias, y que exigirán los requisitos propios de éstas, como la aceptación de los mismos por parte de los patronos.

La dotación, sea *inter vivos* o *mortis causa*, es un acto unilateral gratuito de la persona que destina los bienes, irrevocable a partir de que se realiza completo el negocio fundacional o desde que muere el testador, en su caso. La dotación hecha en testamento implica la observancia de la forma prescrita para éste, y la hecha *inter vivos*, la forma exigida para donar el bien con que se dote (ver arts. 632, 633.1 y 1187 CC y STS 22 marzo 1983).

### 3. Escritura de constitución

Ya hemos visto cómo el artículo 9 de la Ley de Fundaciones exige, para constituir una fundación, el otorgamiento de escritura pública. Y es el artículo siguiente el que establece los extremos mínimos que debe contener la misma.

El segundo de los preceptos mencionados coincide, en esencia, con los correspondientes de las distintas Leyes autonómicas, todos ellos inspirados en el Reglamento de Fundaciones Culturales de 1972 (ver art. 6). Los extremos que menciona la Ley, y que deben constar en la escritura pública, son absolutamente necesarios, de forma que, si faltara alguno de ellos, no podrá llevarse a cabo la inscripción de la fundación en tanto no se subsanara el defecto existente. Ésa sería la única consecuencia, pues sólo en el caso de que no constare claramente la voluntad de constituir la fundación y de disponer de los bienes de la dotación, podría hablarse de nulidad del negocio.

Dice la Ley de Fundaciones, en su artículo 10, que la escritura de constitución de una fundación deberá contener al menos los siguientes extremos:

**a)** El nombre, apellidos, edad y estado civil del fundador o fundadores, si son personas físicas, y su denominación o razón social si son personas jurídicas, y, en ambos casos, su nacionalidad y domicilio y número de identificación fiscal.

Comenta CAFFARENA que la "referencia al estado civil hace innecesaria la alusión a la edad y obliga seguramente a indicar no sólo si el fundador está o no casado, sino también aquellas circunstancias que afectan a la capacidad de la persona" (20) . No debe olvidarse aquí el carácter de acto de disposición a título gratuito que rodea el negocio fundacional y, por tanto, la necesidad de referirse no sólo a la capacidad del fundador, como pide la Ley, sino también a su poder de disposición. Por otra parte, cuando la escritura sea otorgada por las personas a que se refiere la Ley de Fundaciones distintas del fundador —albacea o heredero—, deberá hacerse constar igualmente la identidad de tales personas.

**b)** La voluntad de constituir una fundación.

La doctrina se inclina a creer que no es necesario la manifestación expresa de voluntad de constituir la fundación, sino que basta con que esa voluntad se derive o deduzca claramente de la escritura y de sus demás requisitos. Más bien tendría utilidad una interpretación literal del precepto en los casos, mencionados por la Ley, de personas distintas del fundador, a que

acabamos de referirnos.

**c)** La dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación.

Deben constar, pues, en la escritura la dotación inicial de la fundación, con la descripción y la naturaleza de los bienes y los derechos que la integran, su pertenencia y sus cargas, así como el título de la aportación, pues la pertenencia de los bienes y derechos es un presupuesto de la realidad de la dotación. Aquí debe recordarse la importancia de consignar debidamente los datos exigidos por la Ley, ya que la dotación es precisamente uno de los extremos sobre el que el Protectorado debe informar favorablemente, para que la fundación pueda ser inscrita en el correspondiente Registro.

**d)** Los estatutos de la fundación, cuyo contenido se ajustará a las prescripciones del artículo siguiente.

Se refiere este extremo a la previsión hecha por el fundador acerca de la organización y funcionamiento de la persona jurídica que crea, de forma que la haga viable. Estas reglas o normas también dependerán de su voluntad, aunque ajustadas a lo que para ellas, como veremos más adelante, dispone la Ley.

**e)** La identificación de las personas que integran el órgano de gobierno, así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional.

Lo dicho equivale a sostener que en la escritura pública deberá figurar el Patronato de la fundación, que puede estar integrado por personas físicas o jurídicas, las primeras con capacidad de obrar y no inhabilitadas para el ejercicio de cargos públicos y, en todo caso, haciendo constar la identidad de las personas físicas que, por sí o en representación, formen parte de aquél.

Añade el RF que la realidad de las aportaciones dinerarias deberá acreditarse ante el Notario autorizante de la escritura de constitución, mediante un certificado de depósito de la cantidad correspondiente a nombre de la fundación en una entidad de crédito. El certificado, que deberá incorporarse a la escritura, será expedido por la entidad y el depósito no podrá ser de fecha anterior en más de tres meses a la de la escritura. Cuando la aportación a la dotación fuese no dineraria, se describirán los bienes y derechos objeto de la misma en la escritura y se indicarán sus datos registrales, si existieran y el título o concepto de la aportación, incorporándose a la escritura el informe de valoración de las aportaciones.

#### **4. Sistema de reconocimiento**

Ya hemos dicho que el reconocimiento de las fundaciones por el ordenamiento jurídico es uno de los dos elementos requeridos para su nacimiento. Respecto a ello, igual que con relación a otras personas jurídicas, no ha sido infrecuente la discusión sobre si son creadas por el Estado o, simplemente, reconocida su existencia por éste, pero, como señala GARCÍA-TREVIJANO, "esto, que puede discutirse en sociología, no puede serlo en derecho», porque sólo a él se debe la creación de la persona (21) . Admitida la necesidad del reconocimiento de las fundaciones por el Estado para que su personalidad aparezca, puede constatarse la presencia de varios sistemas. LLUÍS ha llegado a distinguir hasta cinco, a saber, el de plena libertad, el de libertad relativa (con mero registro o bien con conformidad administrativa), el de registro necesario, el de previa autorización necesaria y el de previa autorización discrecional (22) . CAS-TÁN TOBEÑAS había hablado de tres sistemas: sistema de libre constitución, sistema normativo (cumplimiento de determinados requisitos legales, atestiguado por un acto de autoridad) y sistema de concesión (23) .

Pero, excluido el sistema de libre constitución o plena libertad, que, por las escasas seguridades que ofrece, no es adoptado por ningún país de nuestro entorno, los demás pueden ser reconducidos a dos, esto es, al sistema concesional y al sistema normativo o reglamentario (24) . Por el primero, la



Administración decide respecto al reconocimiento de la fundación o, como señala GARCÍA-TREVIJANO, "el Estado se reserva en cada caso la homologación de la voluntad de los particulares, manifestada en los estatutos u ordenanzas de las futuras personas jurídicas" (25) ; por el segundo, cumplidos unos requisitos preestablecidos por el legislador, la Administración no puede negar el reconocimiento de la fundación.

Autores contemporáneos, como CAFFARENA, distinguen tres sistemas de reconocimiento de las fundaciones, de las que ofrece muestras el Derecho comparado. Un primer sistema es el llamado de reconocimiento específico o de concesión, que es el seguido actualmente por el Derecho alemán, el italiano, el francés o el portugués, sistema cuyos ordenamientos hacen depender la adquisición de la personalidad jurídica por la fundación de un acto de la autoridad pública, que la concede en cada caso. Un segundo sistema, denominado de libre constitución, corresponde al de los ordenamientos que establecen la adquisición automática de la personalidad jurídica, si se cumplen determinados requisitos establecidos por la Ley para todos los casos, sin necesidad alguna de la intervención de los poderes públicos. Es el caso del Derecho sueco. En tercer lugar, existen ordenamientos que adoptan un sistema de reconocimiento normativo o genérico, exigiendo para la adquisición de la personalidad jurídica que, una vez cumplidos los requisitos legales, se lleve a cabo la inscripción en un Registro público, como acontece con el Derecho suizo (26) .

En la regulación dispersa, anterior a la promulgación de la anterior Ley de Fundaciones, se daban diversos sistemas. El Código Civil, al remitirse al resto del ordenamiento, hacía posible que la Administración, por vía reglamentaria, estableciera los requisitos para la creación de las fundaciones, utilizando cualquier sistema. Y así, regía el sistema de libre constitución para las llamadas fundaciones benéficas, y el de reconocimiento por disposiciones normativas para las fundaciones culturales. Y por lo que se refiere a nuestro Derecho regional, ya veremos en su momento los distintos sistemas que siguen nuestras Comunidades Autónomas.

La vigente Ley de Fundaciones, desarrollando el precepto constitucional en que se reconoce el derecho que nos ocupa, ha establecido el sistema de reconocimiento normativo o genérico, exigiendo el cumplimiento de unos requisitos y la inscripción en un Registro. Sistema que habrá de adoptarse por todas las fundaciones españolas, pues el precepto que habla de tales requisitos es de directa aplicación en todo el Estado (ver art. 4.º y disp. fin. 1.ª LF). Pero debe tenerse en cuenta que, a la vista de la Constitución, no es posible que una disposición sin rango de Ley pueda establecer requisitos para la constitución de las fundaciones, ni aun apoyándose en la remisión que al ordenamiento hace el Código Civil (ver arts. 34 y 35 CE). Por otra parte, el artículo 34 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) es bien claro al permitir que el legislador exija la inscripción o no, como se deduce de la forma en que nos remite a su artículo 22.

## 5. Adquisición de personalidad

Hasta la promulgación de la anterior Ley de Fundaciones, han coexistido en nuestra patria dos sistemas de reconocimiento de la personalidad jurídica de las fundaciones. En el primero, previsto para las fundaciones asistenciales, era suficiente el negocio jurídico privado de creación para que la fundación adquiriera personalidad. En el segundo, propio de las fundaciones docentes y culturales, era necesario un acto posterior de reconocimiento por parte de la Administración Pública, mediante la inscripción en el Registro.

La dualidad descrita era posible gracias a la ambigüedad del artículo 35 del Código Civil, que, como ya es sabido, dice que la personalidad jurídica de las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley empieza "desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas». La cuestión era determinar qué debía entenderse por constitución válida, lo que permitió admitir, tanto un régimen privado como administrativo, para adquirir la personalidad. Téngase en cuenta que, como se ha dicho, la regulación

en simples normas reglamentarias del régimen de adquisición de personalidad jurídica era posible con anterioridad a la Constitución de 1978, lo que no es viable a partir de ella, que exige norma con rango de Ley (27) .

Publicado el texto constitucional, se discutió sobre si era posible admitir la intervención de los poderes públicos en la constitución de las fundaciones, siendo muchos los autores que negaban tal intervención, abogando por el establecimiento de un sistema libre en el que bastara la voluntad del fundador. CAFFARENA, sin embargo, admite claramente la intervención administrativa (28) , como lo han hecho diversas Leyes autonómicas, que han optado por la inscripción constitutiva.

### **Inscripción constitutiva**

Ha sido éste también el sistema elegido por la Ley vigente, que, para la doctrina, no plantea dudas respecto a su constitucionalidad, ya que la Constitución reconoce el derecho de fundación con arreglo a la Ley, por lo que es ésta la que puede establecer el sistema de adquisición de la personalidad. Especialmente, si se tiene en cuenta que el artículo 34 no dice, como el 22 lo hace para las asociaciones, que la inscripción lo será a efectos de publicidad. La Ley de Fundaciones ha seguido, pues, la línea establecida con anterioridad por el Decreto de 1972 y por las Leyes autonómicas.

La inscripción constitutiva no ha sido considerada de manera unánime como la más acertada, pues atribuye a la Administración una participación importante, que desdobra la creación de la fundación en dos momentos: el de la carta fundacional en escritura pública, y el de la inscripción en el Registro como reconocimiento público. Pero ha sido, como se ha dicho, el sistema elegido por la Ley. Tiene, además, el precepto que le da cobertura el carácter de norma básica, por lo que es precepto vinculante para las Comunidades Autónomas y aplicable, en consecuencia, a todo tipo de fundaciones. Ello no significa que la inscripción deba hacerse en un Registro de la Administración del Estado, sino que puede ser estatal o autonómico. Lo importante es que el Registro exista y que se realice la inscripción.

El momento a partir del cual las fundaciones adquieren personalidad jurídica es el de la inscripción de la escritura de constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones (art. 4.1 LF). En todo caso, la exigencia de la inscripción parece razonable no sólo pensando en las garantías frente a terceros, sino también teniendo en cuenta que es el sistema idóneo para que la Administración pueda "contar con los datos necesarios para garantizar la legalidad y transparencia de las fundaciones" (29) .

La inscripción tiene otro efecto inmediato, el poder usar la denominación de fundación, posibilidad reservada por la Ley sólo para las entidades inscritas. De forma que una vez inscrita la entidad, no sólo puede sino que debe utilizarla (ver arts. 4.2 y 11.1 LF).

Consecuencia de la personalidad jurídica que alcanzan las fundaciones en las circunstancias antes indicadas es la adquisición de la nacionalidad española (art. 28 CC) y de la capacidad de obrar. Las personas jurídicas, dice nuestro Código, pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles y criminales (art. 38). En resumen, cuanto se diga de las personas jurídicas en cuanto a capacidad puede predicarse de las fundaciones reconocidas en España, a las cuales se aplicarán todas las Leyes españolas, con las únicas limitaciones de capacidad que demande su propia naturaleza de personas jurídicas.

Como ha señalado la doctrina, la capacidad de las personas jurídicas en general se rige por dos clases de normas: las normas legales, generales o especiales y las normas estatutarias o prescripciones autonómicas (30) . El propio Código Civil dispone, al hablar de las fundaciones, que la capacidad civil de éstas se regulará por las reglas de su institución (art. 37). Al mandato del Código se han adicionado nuevos elementos por la Ley de Fundaciones, al establecer que las mismas se rigen por la voluntad del fundador, por sus estatutos y, en todo caso, por la Ley (art. 2).



Una novedad de la Ley vigente es la que se refiere a las fundaciones extranjeras, que, cuando pretendan ejercer sus actividades de forma estable en España, deberán mantener una delegación en territorio español que constituirá su domicilio a los efectos de esta Ley, e inscribirse en el Registro de Fundaciones competente en función del ámbito territorial en que desarrollen principalmente sus actividades, sancionándose el incumplimiento de estos requisitos con la prohibición de usar la denominación de "Fundación» en nuestro territorio (art. 7.1 y 3).

### **Fundación en formación**

De lo dicho hasta aquí es fácil deducir con claridad que puede darse, y se dará normalmente, un pequeño período de tiempo en que la fundación estará constituida mediante la escritura pública, pero en el que todavía no estará inscrita. Ante tal eventualidad, dispone la Ley que, otorgada la escritura fundacional y en tanto se proceda a la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones, el Patronato de la fundación realizará, 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 (art. 13.1 LF).

El texto, que encuentra sus antecedentes en las Leyes autonómicas, alberga el siguiente contenido:

- 1.º** El legislador admite que, antes de la inscripción de la fundación, existe ya una organización que produce efectos incluso frente a terceros.
- 2.º** El precepto no sólo permite al órgano de gobierno, es decir al Patronato, realizar determinados actos, sino que le impone la obligación de hacerlo: dice realizará. Aunque, a tenor de lo establecido en la propia Ley, habrá que entender que tal obligación debe ir precedida de la aceptación del cargo (ver art. 15.3).
- 3.º** Los actos a que se refiere el precepto aparecen limitados a los necesarios para la inscripción y a los que resulten indispensables o no admitan demora. En el caso de que se tratara de otro tipo de actos, estaríamos en presencia de actos realizados por un representante sin autorización, que exigiría la ratificación ulterior de la fundación. Y si los miembros del órgano de gobierno de la fundación en formación y de la fundación inscrita fueran los mismos, estima CAFFARENA que la ratificación debería corresponder al Protectorado (31) .
- 4.º** Si la fundación adquiere personalidad jurídica mediante la inscripción, asumirá automáticamente y *ex lege* los derechos y obligaciones derivados de los actos, quedando los patronos desvinculados de los mismos, a menos que en su actuación hayan incurrido en algún tipo de negligencia.

Añade la Ley que, transcurridos seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin que los patronos hubiesen instado la inscripción en el correspondiente 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 ocasione la falta de inscripción (art. 13.2). Se trata de una responsabilidad subsidiaria para los patronos y solidaria entre ellos, que se fundamenta en la separación del patrimonio fundacional y el patrimonio de aquéllos, situación que es distinta cuando la fundación obtiene personalidad jurídica. PRADA GONZÁLEZ se extraña de que, en los supuestos de fundación en formación, no alcance la responsabilidad también al fundador, que suele ser económicamente más fuerte y, al fin y al cabo, el que constituye la fundación (32) .

Asimismo, el Protectorado procederá a nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial, que asumirán la obligación de inscribir la fundación en el correspondiente Registro de Fundaciones (art. 13.2 *in fine*).

- (1) *La génesis del derecho*, trad. esp., Madrid 1936, pág. 113.
- (2) *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madrid 1957, pág. 145.
- (3) *Derecho civil español, común y foral*, Tomo I, Parte general, Madrid 1943, pág. 225.
- (4) *Il negozio di fondazione nel Diritto privato e nel Diritto pubblico*, Napoli 1933, pág. 89.
- (5) *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona 1977, pág. 133.
- (6) En obra colectiva *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid 1995, pág. 58.
- (7) "Consideraciones en torno a las fundaciones privadas de interés público», en *Anuario de Derecho civil*, 1968, págs. 413 y ss.
- (8) *Derecho civil I*, vol. Primero, 12.<sup>a</sup> ed. Barcelona 1991, pág. 416.
- (9) Señala ALBALADEJO que, "hasta en el supuesto de que dos personas celebren un contrato por el que una de ellas se obliga a constituir una fundación, ésta nacerá (posteriormente) del acto unilateral que la parte obligada realizará en cumplimiento del contrato». Ob. cit., pág.416.
- (10) Ob. cit., págs. 416 y 418.
- (11) Ob. cit., pág. 418.
- (12) Ob. cit., pág. 50.
- (13) "La nueva regulación del derecho de fundación para fines de interés general», *Cuadernos de Investigación Cultural*, de la Junta de Andalucía, núm. 1 diciembre 1995, pág. 11.
- (14) Ver GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Parte General, 12.<sup>a</sup> ed. 1994, págs. 346 y ss.
- (15) Ver. LÓPEZ-NIETO, *Asociaciones y entidades de interés municipal*, Madrid 2004, pág. 41.
- (16) Ver, además, los preceptos del CC que se ocupan de los menores (arts. 319, 323 y 324), de los incapacitados (arts. 210, 272.6 y 290) y de los declarados pródigos (art. 298).
- (17) Ob. cit., pág. 63.
- (18) PRADA GONZÁLEZ, "Aspectos notariales de la Ley de Fundaciones», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 11, pág. 235.
- (19) Ob. cit., pág. 425.
- (20) Ob. cit., pág. 70.
- (21) Ob. cit., pág. 132. Dice que "tan creación es la personalidad jurídica de la persona física como la de las personas jurídicas».

- (22)** *Derecho de asociaciones*, Barcelona 1967, págs. 139 y 140. El autor se refiere a las asociaciones, pero cuanto dice puede aplicarse a las fundaciones.
- (23)** Ob. cit., pág. 225.
- (24)** En este sentido, GARCÍA-TREVIJANO, ob. cit., pág. 146.
- (25)** Ob. cit., pág. 146. El autor se refiere tanto a las fundaciones como a las asociaciones.
- (26)** Ob. cit., págs. 51 y 52.
- (27)** CAFFARENA, en la obra colectiva *Comentario del Código Civil*. Madrid 1991, págs. 238 y ss.
- (28)** Ob. cit., en nota anterior, pág. 238.
- (29)** PIÑAR MAÑAS, ob. cit., pág. 30.
- (30)** CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., pág. 226. Aquí la expresión "prescripciones autonómicas» se refiere a las normas que las personas jurídicas pueden darse a sí mismas.
- (31)** *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, cit. pág. 100.
- (32)** Cit. por CAFFARENA, en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, cit. pág. 101.