

El destino de las fundaciones extintas según el Tribunal Constitucional

Sumario: I. UNA NORMA IMPUGNADA. —II. ¿FUNDACIONES VERDADERAS Y FALSAS? —III. DOS CONCEPTOS DE FUNDACIÓN. —IV. ¿POLITIZACIÓN DE LA CUESTIÓN? —V. LA CUESTIÓN JURÍDICO-CIVIL. —VI. ¿Y QUÉ OPINA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL? —VII. UNA PARADOJA. —VIII. UNA VICTORIA PÍRRICA.—IX. NO GOZAN DE PRIVILEGIOS FISCALES.—X. DESTINATARIAS DEL REMANENTE DE OTRAS FUNDACIONES.

I. UNA NORMA IMPUGNADA

En junio de 1998 hubo senadores del Grupo Parlamentario Socialista que interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, dictada estando la Asamblea Legislativa de ésta dominada por el Partido Popular. Siendo varios los reproches que le hicieron al texto autonómico, la principal manzana de la discordia consistió en el párrafo 2.º del artículo 27 de tal Ley, que establece que «a los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador».

Ningún problema han presentado los párrafos 3.º y 4.º de dicho artículo, que contemplan el supuesto de que el fundador no haya previsto este destino: el mismo será decidido por el Patronato, cuando tenga reconocida por el fundador esta facultad y, a falta de ésta, por el Protectorado. Pero ambos, Patronato y Protectorado, sólo podrán elegir entre las fundaciones, entidades no lucrativas privadas o entidades públicas que persigan fines de interés general, que desarrollen principalmente sus actividades en la Comunidad de Madrid, y que tengan afectados sus bienes, incluso en el supuesto de su disolución, a la consecución de tales fines.

* Notario.

El Tribunal Constitucional se ha hecho esperar casi siete años y medio. Finalmente ha resuelto aquella impugnación en Sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, que, en el presente trabajo, se aspira a comentar. Es el fundamento jurídico séptimo de dicha resolución el que dirime el asunto de la constitucionalidad o no del discutido precepto, mas ha de acudirse asimismo al discrepante voto particular de la Presidenta doña María Emilia Casa Baamonde para ver cómo el alto tribunal se critica a sí mismo dentro de la propia sentencia.

Como indica el Tribunal, «lo que los recurrentes realmente imputan al precepto autonómico recurrido es que no prohibía expresamente el establecimiento de cláusulas de reversión de los patrimonios fundacionales, es decir, que en su tenor literal no limite esa capacidad de elección del fundador». Más concretamente, lo impugnado no es toda reversión: imaginamos que, si la fundadora fuese una persona jurídico-pública, no verían los impugnadores inconveniente alguno en que se destinase el remanente de la liquidación a la propia persona fundadora. Se repudia que, tras haber servido al interés general el patrimonio fundacional, se «profane» su resto —si lo hay— al pasar a satisfacer intereses particulares, sean los del fundador o los de cualesquiera otras personas.

II. ¿FUNDACIONES VERDADERAS Y FALSAS?

Así, en el recurso se denunció que, bajo la normativa madrileña, «conviven genuinas fundaciones caracterizadas por el altruismo y por la ausencia de lucro y “falsas fundaciones” en las que quiebra la afectación patrimonial al interés común y que permiten el enriquecimiento del destinatario del patrimonio liquidado de la fundación», con el grave riesgo de que las verdaderas fundaciones pierdan el favor social de que gozan, por mor de ser confundidas unas con otras.

Curiosamente, semejante argumento será, cabalmente, el empleado en 2005 por la Iglesia para criticar la reforma del Código Civil que autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo, aduciéndose el símil de la falsa moneda: la mezcla de ésta con la verdadera devalúa la divisa ineludiblemente. No es indiferente para el genuino matrimonio —el heterosexual—, se dijo entonces, que reciban el mismo trato en Derecho, e incluso el mismo nombre, las uniones homosexuales y las que vinculan a personas de diverso sexo.

Traigo a colación esta anécdota por ser altamente reveladora de cuáles son las prioridades, axiológicamente hablando, para unos y para otros. Así, en la concepción católica de la vida social, *nihil prius* familia: ésta es la institución más digna y más necesitada de protección, la que mejor procura el bien de los individuos y, al mismo tiempo, el bien común. En la cosmovisión laicista, en cambio, matrimonio y familia son asuntos primordialmente privados, de interés casi exclusivamente particular y, por tanto, no merecedores apenas de tutela por parte de los poderes públicos, pese al diáfano imperativo al respecto del artículo 39 de la Constitución española.

Así, los políticos que se llaman a sí mismos progresistas batallan ante el Tribunal Constitucional sólo en defensa de las fundaciones, en las que ven un «verdadero» interés general por el que vale la pena luchar. Y toca al partido liberal-conservador pechar con la carga de impugnar, ante la misma instancia jurisdiccional, la ley que revoluciona milenios de Derecho de familia, por su posible contravención del artículo 32 de la Carta Magna.

III. DOS CONCEPTOS DE FUNDACIÓN

En el recurso de inconstitucionalidad que aquí comentamos se contraponen, por tanto, dos conceptos de fundación: uno más reducido, propugnado por los recurrentes, para el cual la vinculación del patrimonio fundacional al interés general ha de ser definitiva, irreversible y perpetua. Una vez creada la fundación, su dotación y los demás bienes que llegue a adquirir ya sólo podrán servir al bien común. Al extinguirse, sencillamente cambiará la persona o personas que encarnen dicho interés general. Según esta tesis, una fundación con reversión de todo o simplemente de una parte de su patrimonio al interés privado no merece la conceptualización de fundación, tratándose, antes bien, de «nuevas figuras civiles que ya existen en otros ordenamientos, como son el *trust*, la fiducia patrimonial, etc., en las que se permite el lucro en el momento de la extinción de la fundación».

Frente a dicho concepto de fundación se alza otro más amplio, sostenido por la Ley madrileña mencionada, en el que la afectación de bienes al interés general ha de durar necesariamente toda la vida de la entidad, pero no más allá de la misma. Si a su liquidación queda activo, éste puede volver al patrimonio del fundador o, en general, pasar a servir a fines de naturaleza particular.

El concepto reducido recuerda —para este símil, vuelvo a la imagen del matrimonio— a esas personas casadas a las que se hace insoportable la idea de «juntarse con otro» a la muerte de su cónyuge y, menos aún, que su esposo se empareje con una tercera persona tras dejar él o ella este mundo. Lo vemos los notarios casi cada día en los testamentos «del uno para el otro». No basta con la «indisolubilidad del vínculo» del patrimonio fundacional al interés general mientras la fundación exista, sino que postulan que «la fidelidad» a dicho interés general, con el que se casa la fundación, persista incluso *post mortem*, hasta el punto de que, de irse el remanente al interés particular una vez disuelta la entidad, sólo cabrá afirmar que nunca hubo realmente una fundación —«que nunca me quisiste»—.

IV. ¿POLITIZACIÓN DE LA CUESTIÓN?

Como cabe ver, el tema de la voluntad del fundador sobre el destino del remanente de bienes de la fundación liquidada ha enfrentado en el comentado recurso de inconstitucionalidad a los dos principales partidos políticos de nuestra nación. No se ha reducido, pues, a una cuestión meramente téc-

nica que sólo interese a los civilistas, por más que sean éstos quienes, en los últimos ciento cincuenta años, vengán protagonizando la discusión sobre la eficacia de la cláusula de reversión que el fundador haya podido instituir en el negocio fundacional o en los estatutos.

Ahora bien, en honor a la verdad, dicha disputa partidista se ha ceñido casi exclusivamente a Madrid. Salvando esta Comunidad Autónoma, cabe afirmar que no se cumple la doble ecuación: partido liberal-conservador igual a defensa de la plena libertad dispositiva del fundador, y partido progresista igual a limitación de dicha libertad al ámbito del interés general.

En efecto, en el panorama del Derecho comparado español, esto es, de las diversas normativas autonómicas sobre fundaciones, hallamos cómo no solamente las Comunidades Autónomas gobernadas por el Partido Socialista, sino también otras cuyo timón ha correspondido a partidos de la derecha o del centro-derecha, como la de País Vasco del PNV (Ley de 1994), la de Cataluña de Convergencia y Unión (Ley de 2001) y las de Valencia (Ley de 1998) y Castilla y León (Ley de 2002), ambas del Partido Popular, se suben, asimismo, al carro de la irreversibilidad del patrimonio fundacional en su dedicación al interés general.

Pero es más: la muy reprobable tardanza del Tribunal Constitucional en resolver el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley madrileña de Fundaciones ha dado pie a que, en el interregno, ya se haya reformado la Ley estatal de Fundaciones de 1994, dictada en la última legislatura felipista del PSOE. Y, sin embargo, la vigente Ley estatal de Fundaciones, Ley 50/2002, de 26 de diciembre, promulgada en la legislatura de la mayoría absoluta del PP, repite palabra por palabra lo dispuesto en la anterior, en el mismo sentido de restringir, como se verá, la facultad del fundador de escoger los destinatarios del remanente, necesariamente dentro de las personas que persiguen el interés general.

V. LA CUESTIÓN JURÍDICO-CIVIL

Conviene, por ello, no perderse demasiado en buscar afiliaciones políticas a los diversos conceptos de fundación en juego, y ponernos en antecedentes, siquiera someramente, sobre la evolución de la legislación y la postura del Tribunal Supremo en esta materia, y ello desde una óptica exclusivamente del Derecho civil.

Veremos cómo, en el plano de la legalidad, ha habido bandazos de uno a otro extremo —o todo o nada de reversión de la totalidad del patrimonio fundacional a intereses privados—: 1.º, en 1849, nada; 2.º, en 1889, todo; 3.º, en 1994, nada; y 4.º, en 1998, en la Ley madrileña, todo—. Nunca se ha dado una sana postura intermedia que cohesionara el interés general que busca toda fundación con el interés acaso exclusivamente particular que puede querer satisfacer el fundador para cuando la fundación haya dejado de existir.

En efecto, lo primero, históricamente, fue la postura netamente contraria a la reversión: la Ley General de Beneficencia de 1849, en su artículo 16, esta-

bleció que «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». Si bien se refería sólo a la supresión por el Gobierno de establecimientos cuyo objeto hubiera caducado o no pudiera ser cumplido por disminución o desaparición de sus rentas, fue interpretado en el sentido de que la afectación al interés general en toda fundación había ser, en cualquier caso, perpetua.

Luego, el Código Civil de 1889 prescribe en su artículo 39 que, si «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. Si nada se hubiere establecido previamente, se aplicarán estos 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».

No faltaron autores, lo hizo incluso el propio Estado en el ejercicio del Protectorado sobre ciertas fundaciones, que interpretaron el Código Civil en un curioso sentido: al enunciar antes «las leyes» que «las cláusulas fundacionales», se habría de estar, primeramente, a la citada Ley de 1849, que, como se vio, prohibió la reversión estatuida por el fundador. Por ende, según esta tesis, nada habría cambiado en 1889.

Sin embargo, el Tribunal Supremo se encargó de desbaratar semejante exégesis, entendiendo el mencionado artículo 39 del Código Civil en su más recto sentido: las leyes se refieren sólo a las corporaciones, como los estatutos lo hacen a las asociaciones y las cláusulas fundacionales a las fundaciones. Lo hizo, explícitamente, en sentencia de 6 de junio de 1987, dictada por la Sala 3.^a, poniendo fin a un recurso contencioso-administrativo contra el Estado.

Mas ya antes, en sentencia de 23 de junio de 1964, esta vez, de su Sala 1.^a, admitió, sin entrar en la hermenéutica del Código Civil, como válida y eficaz otra cláusula fundacional de reversión a los herederos. La idea rectora de ambas sentencias fue la de pleno respeto a la voluntad del fundador, ley de la fundación, en punto al destino de todo el activo remanente a cualquier interés, público o privado.

No obstante, la Ley estatal 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones, en su artículo 31, parece coartar sobremanera tal soberanía del fundador (y la de los estatutos de la fundación) sobre el destino de los bienes resultantes de la liquidación de cualquier fundación: se puede elegir como destinataria entre cualesquiera personas jurídicas, tanto privadas como públicas, mas, de ser privadas, han de perseguir necesariamente fines de interés general. En defecto de previsión del fundador o estatutaria, será el Patronato —si facultado para ello por el fundador— y, en su defecto, el Protectorado quienes destinarán el activo residual, pero sólo entre entidades privadas de interés general.

Estamos, pues, ante una nueva inflexión, rompiéndose con los cerca de ciento cinco años de vigencia del Código Civil: ya no puede, aparentemente, el fundador disponer la reversión del remanente fundacional a sí mismo,

ni a allegados o herederos, ni a terceros que no persigan el sacrosanto interés general.

Pero es más. Dicho artículo 31 habla de destinarse el remanente «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». Dicha expresión «incluso para el supuesto de su disolución» implica una clara apuesta por el concepto reducido de fundación antes expuesto, que exige que la vinculación patrimonial al interés general no tenga vuelta atrás. Parece no concebirse otra fundación distinta de la que cumpla con dicha afectación definitiva.

Nos hallamos ante un giro de tuerca en el *favor legis* hacia un destino del remanente fundacional al bien común que va, por ello, más allá de la legalidad de 1849, al quedar fuera del reparto de los remanentes fundacionales las fundaciones que tengan prevista la reversión o un destino de su propio remanente distinto del interés público. Se quiere cerrar el paso a los fundadores que no miren para siempre por dicho interés general.

Tales palabras —«incluso para el supuesto de su disolución»— las estrena el Estado en su mentada Ley de 1994, no sólo en su mencionado artículo 31 sino también, como veremos, en su artículo 42, sobre las entidades no lucrativas que tienen derecho al régimen fiscal especial. Y el nuevo requisito tiene un indudable éxito: seguirán el ejemplo estatal, como se verá, las Leyes autonómicas canaria (1998), valenciana (1998), castellano-leonesa (2001) y andaluza (2005), pero también, en cierto modo, la Ley foral navarra de 1996 del régimen tributario de las fundaciones y, como ya queda señalado, hasta la Ley madrileña de Fundaciones de 1998, para cuando es el Patronato o el Protectorado quienes dan destino al remanente.

De forma que cabe decir que el concepto reducido de fundación esgrimido en junio de 1998 por los autores del recurso de inconstitucionalidad aquí comentado no era original ni, mucho menos, fue fruto de la invención de los propios recurrentes. En cierto modo, en dicho año de interposición del recurso, el concepto de moda que se estilaba sobre la fundación coincidía con el reducido, que habían preconizado antes autores como Jorge Caffarena y Luis del Castillo.

La solución de tal Ley 30/1994 es mantenida por la antes citada Ley estatal de Fundaciones, Ley 50/2002, hoy en vigor. Su artículo 33 es idéntico al antiguo artículo 31. Al igual que el artículo 3.6 de la Ley 49/2002, del régimen fiscal de entidades no lucrativas, presenta la misma línea que el artículo 42 de la Ley 30/1994, yendo, como se verá, más allá incluso al añadir los términos «en su totalidad».

Es más, si en la Ley 30/1994 se prohibía (art. 2.3) la constitución de fundaciones con la finalidad de destinar sus prestaciones a los cónyuges o parientes del fundador hasta el cuarto grado inclusive, en la nueva Ley 50/2002 (art. 3.3) se ahonda en la proscripción: no pueden constituirse con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador (por fin se le menciona) o a los patronos (otra novedad), a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad (justa equiparación con los esposos), o a sus

parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general.

Pero tales artículos sobre los fines de las fundaciones no afectan sino tangencialmente al tema que aquí nos ocupa, pues es evidente que las fundaciones no pueden crearse para que en vida —de las fundaciones— persigan un interés privado, mas no es tan obvio que ello excluya que, a la extinción de la fundación, su remanente o, al menos, la dotación no pueda destinarse a satisfacer fines particulares.

Otro aspecto a destacar de la Ley 50/2002, por no figurar en la Ley 30/1994, es el referente a las fundaciones extranjeras que pretendan ejercer sus actividades de forma estable en España. Se prevé la prohibición de utilizar la denominación de «Fundación» y la denegación de su inscripción en el Registro estatal de Fundaciones «cuando los fines no sean de interés general con arreglo al ordenamiento español» (art. 7.2 y 3).

Ahora bien, ¿quiere ello decir que les alcancen tales sanciones a las fundaciones foráneas que contemplen la reversión de todo o parte de su remanente al interés privado, dado que el artículo 33 de la Ley española impone la afectación perpetua al interés general? No creemos que así sea, si tenemos en cuenta no sólo lo expuesto dos párrafos atrás sino el hecho de que el ordenamiento español no es unívoco sobre este extremo: vemos, v. gr., cómo el artículo 27 de la Ley madrileña de Fundaciones, que también es Derecho español, no requiere que el patrimonio fundacional busque *ab aeternum* el interés general.

Lo importante, con todo, es que las Leyes estatales de 1994 y 2002 han pecado por exceso, al no distinguir dentro del remanente fundacional entre la dotación y el resto del remanente, así que, *primaefacie*, todo el remanente habría de destinarse a servir al interés general. Sin embargo, ha habido autores que, con buen criterio, han interpretado restrictivamente semejante constricción legal —«odiosa est restringenda»— ciñéndola a sólo el resto del remanente que no sea la dotación. Es el caso de los profesores José Luis Piñar Mañas —Catedrático de Derecho Administrativo— y Alicia Real Pérez —civilista—, en su trabajo común *Derecho de Fundaciones y voluntad del testador*, galardonado en 1997 por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación con el segundo premio San Raimundo de Peñafort.

Sostienen que el remanente se destinará a otras entidades que persigan fines de interés general de dicho artículo 31 de la Ley 30/1994 (hoy art. 33 de la Ley 50/2002), si bien de dicho remanente se detraerá la dotación —o de los bienes que por subrogación real hayan ocupado su lugar— si el fundador hubiese previsto la reversión cuando creó la fundación, así como se detraerá los bienes que, durante la vida de la fundación, se le haya donado o dejado a la fundación en legado o herencia con cláusula de reversión, los cuales bienes irán a manos de las personas designadas por cada disponente al hacer el acto de liberalidad.

Así se respeta la libertad dispositiva del testador o donante cuando dispone que lo dejado por causa de muerte o donado a una fundación revierta, a su extinción, a persona o personas distintas de las entidades sin fines lucrati-

vos, como permite el juego de la sustitución fideicomisaria de los artículos 774 y siguientes del Código Civil, la institución de heredero y el legado condicionales o a término de los artículos 790 y sucesivos del mismo Código y la donación con reversión del artículo 641 del dicho cuerpo legal.

Mas, sobre todo, así se deja intacta, asimismo, la libertad dispositiva del fundador cuando prevé esa misma reversión —al interés privado— al dotar de bienes a la fundación por él creada, siendo tal dotación otra modalidad de atribución a título gratuito, como lo son la herencia, el legado y la donación. De este modo, sale salvaguardado el Derecho civil, que no deja de ser aplicable a las fundaciones por el hecho de perseguir éstas fines de interés general.

El único límite a dichas vinculaciones de bienes a personas futuras es el propio de los fideicomisos, el del artículo 781 del Código Civil —cuando sea aplicable el Derecho común—: no cabe prever la reversión más allá del segundo grado, esto es, únicamente valen dos llamamientos a favor de personas que ni siquiera estén concebidas al tiempo de morir el testador, o al tiempo, en su caso, de donar o de dotar a la fundación.

Lo que de ningún modo se puede admitir —señalan los dos autores nombrados— es que el fundador se lucre, por medio de la reversión, con los beneficios fiscales de los que disfrutó la fundación. Ahora bien, añadido yo, semejante ganancia de la fundación por daño cesante (por pagar menos tributos o no pagarlos merced a exenciones) es raro que se dé a día de hoy, pues, como luego veremos, la Ley excluye del privilegiado régimen fiscal especial de las fundaciones a aquéllas que no destinen íntegramente su remanente al interés general.

Como tampoco es de recibo, prosiguen tales autores, que la reversión enriquezca al fundador con las subvenciones y ayudas que recibió a lo largo de su existencia la fundación (del sector público), ni con los bienes o derechos que otras personas (del sector privado) aportaron a la misma durante la vida de la entidad sin disponer la reversión a terceros.

Ambas fuentes de ganancia de la fundación, por lucro emergente, resultan perfectamente dables en la práctica (a diferencia, como se apuntó, de la ganancia por razones fiscales), pero son repudiables por ilícitas, al contravenir los principios generales de nuestro Derecho, aplicables al fundador, de interdicción del enriquecimiento sin justa causa y de prohibición del abuso de Derecho o del ejercicio del derecho —de fundación— con mala fe.

VI. ¿Y QUÉ OPINA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

Lo primero que hace, en el mentado fundamento jurídico 7.º de la sentencia comentada, es quitar hierro al cuestionado párrafo 2.º del artículo 27 de la Ley madrileña de Fundaciones, al recordar cómo «la extinción de la fundación —no regulada como tal por la Ley impugnada— escapa sustancialmente a la voluntad del fundador, expresada fuera del negocio fundacional, o del órgano de gobierno de la institución, lo que contribuye a evitar que

se aduldere su sentido» (su finalidad de interés general), «(así resulta del art. 32 de la Ley 50/2002... y el concordante art. 26 de la Ley autonómica)».

En segundo término, apunta que «si en casos concretos llegara a manifestarse una desviación patológica en la aplicación de la Ley, de suerte que la liquidación produjera un lucro para el fundador (o para las personas físicas o jurídicas designadas por él), incompatible con el interés general que debe presidir el instituto de la fundación, el Estado de Derecho cuenta con instrumentos suficientes para arbitrar los controles oportunos que cada supuesto requiera, a la vista de la legislación civil y de la normativa concreta en materia de fundaciones».

Y en el tercer paso que da se aclara qué entiende el TC por «desviación patológica» y por «controles oportunos»: «en tal sentido», prosigue, «deberá tenerse en cuenta que la caracterización de las fundaciones como organizaciones **sin afán de lucro no resultaría compatible con eventuales cláusulas de reversión que alcanzaran a bienes o derechos distintos de aquéllos con los que el propio fundador dotó a la fundación**».

He aquí la clave de bóveda de este tema: según el TC, el fundador tiene las manos libres para destinar como le plazca la dotación para cuando se disuelva la fundación, estando constreñido, en cambio, a elegir entre entidades que sirvan al interés general como destinatarias del resto del remanente, si queda resto alguno distinto de la dotación. Y así concluye «que **el artículo 27.2 de la Ley de fundaciones de la Comunidad de Madrid no es inconstitucional interpretado en los términos expuestos**».

Esta postura representa el negativo de la foto tomada por los antedichos profesores **Piñar Mañas y Real Pérez** en 1997 respecto de la Ley estatal de 1994. Si tales cátedros se vieron obligados a salir en defensa del derecho civil del fundador a decidir sobre la dotación frente a una Ley que se excedía en su celo hacia el interés general, el TC se ha visto precisado de intervenir a favor de este mismo interés general ante una Ley que concede al fundador una soberanía omnímoda sobre el destino del remanente. Ambas Leyes han marrado, por ende, al conceder demasiado, la una al bien común, la otra al bien particular.

El TC, por lo tanto, ha sido salomónico y acaso equidistante: no da la razón a los recurrentes que tenían por inconstitucional, sin mayores precisiones, toda reversión, pero, a la par, tampoco estima plenamente ajustada a la Carta Magna la Ley madrileña tal como regula la facultad decisoria del fundador sobre el destino del remanente. Emite, por ello, **una sentencia de las llamadas interpretativas**: no se limita a declarar si es o no es constitucional la norma cuestionada, sino que añade una determinada interpretación del precepto conforme a la Constitución, para salvarlo de la inconstitucionalidad, según el principio del *favor legis*.

Y ello es cabalmente lo que motiva el voto particular, antes aludido, de la Presidenta del TC, en el que discrepa de las limitaciones introducidas por el fundamento jurídico 7.º de la sentencia. Primero, en cuanto al fondo, las tiene por innecesarias, al estimar perfectamente constitucional el precepto impugnado tal como fue promulgado, al cumplirse con la exigencia de res-

petar el interés general que impone al derecho de fundación el artículo 34 CE. Pero, sobre todo, en cuanto a la competencia del TC, la Presidenta opina que éste traspasa los límites de su propia jurisdicción: no puede reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en su texto, ni le compete producir positivamente una norma que el legislador no quiso introducir, ni constreñir indebidamente al poder legislativo, ni, en suma, hacer las veces de legislador.

En definitiva, la señora Casas se limita a recordarle al Tribunal Constitucional lo que ya don José Gabaldón hiciera en su voto particular a la sentencia de 11 de diciembre de 1992 del mismo Tribunal. Dicha resolución interpretó conforme a la CE la Ley de Arrendamiento Urbanos de 1964, siempre que se entendiese que concedía al compañero *more uxorio* el mismo derecho del cónyuge del arrendatario a la subrogación *mortis causa* en la posición de éste.

Es cierto que el TC debe tender a la concepción kelseniana de la jurisdicción constitucional que la limita a una función nomofiláctica de mero legislador negativo. Pero no es menos cierto que las sentencias interpretativas a que nos tiene acostumbrados nuestro TC nos ahorran mucho tiempo e incertidumbre: evitan tener que decantarse por la inconstitucionalidad, con la consiguiente expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, sin saber exactamente el legislador reprobado cómo hacer en su nueva Ley para volver al redil de la constitucionalidad.

Al modesto juicio de quien suscribe estas líneas, acierta el TC tanto al hacer su propia interpretación de cómo resulta la norma conforme con la CE como en cuanto al fondo: es sumamente sensata la postura intermedia que adopta en este asunto, ya apuntada, además, antes por la doctrina, como se ha indicado, que concilia el Derecho civil con el Derecho de fundaciones, el interés privado con el interés público.

VII. UNA PARADOJA

No obstante, no puede resultar más paradójico que haya tenido que ser la Comunidad Autónoma de Madrid, la que, con la ayuda del TC, haya hecho brillar el Derecho civil —a través del reconocimiento del pleno derecho del fundador a decidir sobre el destino de la dotación— en medio de un panorama, como el español, en que la normativa sobre fundaciones propende a concebirlas antes bien como institutos cuasi de Derecho público. La extrañeza deriva del hecho de que Madrid nunca ha tenido Derecho civil propio o especial y, por ende, la CAM carece, en teoría, de toda competencia para la legislación civil, que el artículo 149.1.8.^a CE atribuye con exclusividad al Estado.

Mas quizás uno debiera estar ya curado de espanto, si se tiene en cuenta cómo, desafortunadamente, desde hace más de dos décadas hay barra libre para las Comunidades Autónomas en lo tocante al Derecho civil. Aquéllas con Derecho foral compilado antes de 1978 llevan la competencia para su

conservación, modificación y desarrollo hasta una hipertrofia carente de límites: baste con citar el Código Civil catalán, que ya nos está cayendo por entregas. Y las demás Comunidades no quieren ser menos. A fin de cuentas, el Protectorado, que sí compete a las CCAA sobre las fundaciones, les viene pintiparado como pretexto para regular éstas, incluso en aspectos inequívocamente sustantivo-civiles.

Se entiende, con todo, que los recurrentes del caso que nos ocupa invocan la conculcación tanto de dicho artículo 149.1.8.^a CE (la invasión de materia puramente civil por la CAM) como del artículo 149.1.^a CE, que reserva al Estado la competencia exclusiva sobre las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de fundación, sin que sea admisible que el fundador pueda recuperar sus bienes en unas CCAA y no en otras. No estima, sin embargo, el TC que se dé dicha vulneración: en su sentencia, sostiene que el artículo 27.2 impugnado es reconducible con naturalidad al ámbito de la actividad liquidadora de las fundaciones, que se halla bajo el control de la Comunidad Autónoma.

Cabe aducir, asimismo, que tanto la disposición final primera de la Ley 30/1994 como la misma disposición —final primera— de la Ley 50/2002 no pretenden que los artículos 31 de la primera y 33 de la segunda sean de aplicación general en toda España, ni que los dicte el Estado al amparo de competencia exclusiva estatal alguna. Los declaran sólo de aplicación a las fundaciones de competencia estatal. El Derecho estatal sólo cumple una función supletoria (la del art. 149.3 de la Constitución) del Derecho de las Comunidades Autónomas.

Lo que no se puede compartir es la alegación de los recurrentes de nuestro recurso de que el artículo 27.2 de la Ley madrileña de Fundaciones infrinja igualmente el artículo 34 CE, que se limita a reconocer el derecho de fundación «para fines de interés general, con arreglo a la ley». Y es que, como señala el TC, dicha Ley no ampara fundaciones de interés particular, lo que no impide que, una vez extinguidas, como quiera que ya no existe fundación, desaparezca el deber de perseguir un fin de interés general y a los bienes se pueda dar un destino —el previsto por el fundador— que no responda a tal interés general.

VIII. UNA VICTORIA PÍRRICA

El «éxito» de la Asamblea Legislativa madrileña con su Ley de Fundaciones ante el Tribunal Constitucional no sólo ha sido a medias: como se ha visto, la reversión sólo funciona respecto de la dotación, que no con el resto del patrimonio fundacional remanente tras la liquidación. Dicha victoria resulta además, antes moral que efectiva.

A saber: de poco le sirve a un fundador poder prever la reversión al interés privado si su fundación: 1.º, no va a poder ser destinataria del remanente de demasiadas fundaciones no madrileñas, y 2.º, y esto es lo más grave, no va a poder gozar del régimen fiscal especial propio de las demás fundaciones.

Ambos factores suponen, desde el punto de vista económico, pérdidas para la fundación así constituida: el 1.º entraña pérdidas por lucro cesante: los remanentes de otras fundaciones que no van a poder engrosar su patrimonio, mientras el 2.º constituye pérdidas por daño emergente (los tributos que se van a ver obligadas a pagar o que pagarán a tipos impositivos más altos).

En consecuencia, las fundaciones madrileñas con reversión dotacional a lo particular son legalmente verdaderas fundaciones. Queda refutada la tesis de los recurrentes de que son falsas fundaciones. Pero lo cierto es que, en la práctica, son menos fundaciones que las demás, tanto que será raro que se constituyan.

IX. NO GOZAN DE PRIVILEGIOS FISCALES

La Ley estatal 30/1994, que reguló no sólo las fundaciones sino también —en su Título II— los incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, estableció, en su artículo 42.1.e), escuetamente que, para disfrutar del régimen fiscal previsto en dicho Título II, las entidades sin fines lucrativos —entre ellas, las fundaciones inscritas— habrían de aplicar su patrimonio, en caso de disolución, a la realización de fines de interés general análogos a los realizados por las mismas.

Y la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, en su artículo 3.6.º regula de forma mucho más minuciosa dicho requisito:

- en su primer párrafo impone que, en caso de disolución, su patrimonio se destine en su totalidad —este matiz de «en su totalidad» deviene crucial en nuestro tema— a alguna de las entidades beneficiarias del mecenazgo o a entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines de interés general, y esta circunstancia esté expresamente contemplada en el negocio fundacional o en los estatutos de la entidad disuelta;
- y en su segundo párrafo, para remachar el clavo, se prescribe que en ningún caso tendrán la condición de entidades sin fines lucrativos, a efectos de esta Ley, aquellas entidades —caso de las fundaciones madrileñas— cuyo régimen jurídico permita, en los supuestos de extinción, la reversión de su patrimonio al aportante del mismo o a sus herederos o legatarios, salvo que la reversión esté prevista a favor de alguna entidad beneficiaria del mecenazgo.

Ello supone, para las fundaciones cuyos fundadores se hayan atrevido a prever la reversión al ámbito privado aunque sólo sea de parte de su remanente —concretamente, de la dotación—, no sólo la elevación del tipo del impuesto anual de sociedades del 10 al 30 o el 35 por 100, según los casos, sino, además, dejar de disfrutar de la exención de gran parte de sus rentas o ver cómo no se les perdonan los impuestos locales sobre bienes inmuebles, ni

el de actividades económicas, ni el del incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana.

Con todo, resulta dudoso si se les priva de la exención subjetiva del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados —la del art. 45.I.A).b) de la Ley de 1993 de dicho tributo—, pues, por un lado, dicho artículo legal no exige a las fundaciones expresamente que todo su patrimonio esté afecto al interés general incluso para el caso de disolución; mas, por otro lado, el artículo 89 del RD 828/1995, de 29 de mayo —el Reglamento de la Ley de tal impuesto— impone, para la acreditación del derecho a la exención, acompañar el certificado de la Agencia estatal tributaria en que conste que la fundación le ha comunicado a ésta que ha optado por el régimen fiscal especial de las fundaciones, lo que, como se vio, no les cabe a las fundaciones con reversión a lo particular.

Dicha Ley 49/2002 se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado sobre la Hacienda General —art. 149.1.14.^a de la Constitución— y sin perjuicio de los regímenes tributarios forales. Pues bien, tanto la Norma Foral 1/2004, de 24 de febrero, de las Juntas Generales de Vizcaya, como la Norma Foral 3/2004, de 7 de abril, de las JJGG de Guipúzcoa, como la Norma Foral 16/2004, de 12 de julio, de las JJGG de Álava, las tres sobre régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos e incentivos fiscales al mecenazgo, siguen exactamente la línea de la Ley estatal 49/2002: para que puedan las fundaciones disfrutar de dicho régimen fiscal, es menester que, en caso de disolución, el destino «de la totalidad» del patrimonio de la entidad disuelta sea una entidad beneficiaria del mecenazgo o entidad pública no fundacional con fines de interés general.

Y la Ley foral Navarra 10/1996, de 2 de julio, del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio, prevé (art. 1) que dicho régimen será de aplicación a las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 44 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, siempre que reúnan, entre otros requisitos, el de que (art. 12), a la extinción de la fundación, su patrimonio se destine a fines de interés general, que han de ser, además, análogos a los realizados por la misma. No explicita el requisito de que «la totalidad» de dicho patrimonio vaya al bien común, pero no sería extraño que la Comunidad Foral, en la práctica, lo estime implícito.

Triste consuelo el mal de muchos, pero parece que en Navarra pasa como en Madrid y en Galicia: el Derecho civil propone —que sí a la reversión, incluso total— (la ley 47 del Fuero Nuevo Navarro de 1 de marzo de 1973 concede que «el acto fundacional o los estatutos podrán establecer la reversión de los bienes a favor de los herederos del fundador o de determinadas personas, sean o no parientes de éste, con el límite de la ley 224», es decir, los hasta cuatro —dos más que en el Derecho común— llamamientos a no concebidos al tiempo de dotar a la fundación, propio de las sustituciones fideicomisarias), mas, a la postre, es el Derecho tributario el que dispone —que no a la reversión—.

La Exposición de Motivos de la Ley 49/2002 dice de ésta que tiene una finalidad eminentemente incentivadora de la colaboración particular en la

consecución de fines de interés general, en atención y reconocimiento a la cada vez mayor presencia del sector privado en la tarea de proteger y promover actuaciones caracterizadas por la ausencia de ánimo de lucro, cuya única finalidad es de naturaleza general y pública.

No obstante, resulta contraproducente para con dicha finalidad incentivadora del llamado «tercer sector» el hecho de que las propias Leyes fiscales priven de ventajas fiscales a las fundaciones que destinen a lo particular sus dotaciones remanentes. ¿Acaso no estimularía mucho más la creación de fundaciones el hecho de que se abriera dicho beneficioso régimen tributario a aquellas que, al amparo, por ejemplo, de la Ley madrileña de Fundaciones, tal como la ha interpretado el TC, se limiten a prever dicho destino tan sólo a su dotación, dejando el resto el remanente al interés general?

Mientras no se corrija el maximalismo pro interés general de la Ley 49/2002 (y de las normas vascas y Navarra) asistiremos, desgraciadamente, a un fenómeno archiconocido: lo adjetivo —lo fiscal— determinará lo sustantivo —lo civil—: se constituirán menos fundaciones. Ejemplar es el caso de las donaciones de padres a hijos, que sólo han comenzado a emerger desembobadamente desde que la Comunidad de Madrid cuasi renunció a gravarlas tributariamente.

X. DESTINATARIAS DEL REMANENTE DE OTRAS FUNDACIONES

- 1.º Las fundaciones constituidas al amparo de la Ley madrileña de Fundaciones (y de la doctrina del TC sobre la misma) que establezcan la reversión tan sólo de su dotación al fundador o a otras personas de interés no general podrán acrecer su patrimonio con el remanente de fundaciones extintas sujetas a la propia Ley madrileñas cuyo fundador las haya elegido como destinatarias. Ahora bien, ni el Patronato ni el Protectorado las podrá elegir, sin embargo, como destinatarias, como se desprende del artículo 27.3 y 4 de la Ley madrileña.

Mas ¿podrán recibir sólo la dotación o también el resto del remanente? Lo más seguro es que todo el remanente pueda ir destinado por el fundador a tales fundaciones madrileñas, dado que el TC ha impuesto que lo que el remanente exceda de la dotación habrá de proseguir sirviendo al interés general, que es precisamente el que persiguen las fundaciones madrileñas mientras duran. En tanto que la dotación es libremente destinable por el fundador a cualesquiera personas, incluidas estas fundaciones.

- 2.º Estas mismas fundaciones madrileñas con reversión dotacional a lo particular podrán, asimismo, acoger en su patrimonio todo el remanente de fundaciones extintas de interés gallego cuyo fundador o, en su defecto, cuyo Patronato —en su caso— o, en su defecto, cuyo Protectorado las haya elegido como destinatarias. Y es que dichas

fundaciones gallegas están sujetas a la Ley autonómica 7/1983, de 22 de junio, cuyo artículo 24 remite al artículo 39 del Código Civil, tanto para las causas de su extinción como para el destino de sus bienes y derechos.

- 3.º Es probable que estas fundaciones madrileñas con reversión dotacional a lo particular podrán, también, ver crecer su patrimonio con todo el remanente de fundaciones extintas sujetas a la Ley del Parlamento Vasco 12/1994, de 17 de junio, cuyo artículo 35.2 y 3 impone al fundador (como también al fiduciario al que el fundador haya encomendado la elección de destinatarios, como al Patronato facultado para dicha elección, como, en su defecto, al Protectorado) que la entidad o entidades que elija como destinatarias del remanente sean de interés general, pero no requiere de tales entidades que afecten, además, sus bienes (menos aún todos sus bienes) a dicho interés general, incluso para el caso de su disolución.
- 4.º Por la misma razón, es defendible que estas fundaciones madrileñas con reversión dotacional a lo particular puedan, también, acrecer su patrimonio con todo el remanente de fundaciones extintas sujetas a la Ley del Parlamento Catalán 5/2001, de 2 de mayo, cuyo artículo 46 sólo impone al fundador que la fundación o fundaciones que se elija como destinatarias del remanente en el negocio fundacional o en los estatutos sean, sin más, de fines similares a los de la fundación extinta. Es decir, tampoco requiere que afecten sus bienes al interés general, incluso para el caso de su disolución. También podrá ser el Protectorado de la fundación catalana extinta el que elija a las fundaciones madrileñas como destinatarias. Nada nuevo respecto de lo que ya dispuso en su artículo 9.2, mientras rigió, la previa Ley catalana 1/1982, de 3 de marzo, de Fundaciones Privadas Catalanas.
- 5.º Y estas fundaciones madrileñas con reversión dotacional a lo particular podrán, también, incrementar su patrimonio con todo el remanente de fundaciones extintas sujetas al Fuero Nuevo Navarro, dado que, cual vimos, no limita en absoluto quienes puedan ser destinatarios del remanente.

Pero no podrán ser destinatarias del remanente de ciertas otras fundaciones:

- 1.º Dichas fundaciones madrileñas con reversión de la dotación a lo privado parece que no podrán engrosar su patrimonio con el remanente de las fundaciones extintas de competencia estatal, dados los ya mencionados artículos 31 de la Ley 30/1994 y 33 de la Ley 50/2002, que sí que agregan explícitamente el requisito de que, incluso para el caso de disolución, tengan afectados sus bienes al interés general las entidades sin fines lucrativos que aspiren a ser destinatarias del remanente de tales fundaciones estatales.

Decimos «parece» porque vimos que, a diferencia del artículo 3.6.º de la Ley 49/2002, que impone explícitamente que, en caso de disolución, su patrimonio se destine «en su totalidad» a alguna de las entidades de interés general para poder gozar las fundaciones del régimen fiscal propio de las mismas, en cambio, el artículo 33 de la Ley 50/2002 no habla de «en su totalidad», de modo que quizás sea defendible que las fundaciones madrileñas son todas posibles destinatarias del remanente de las fundaciones estatales, puesto que una parte de su remanente —todo lo que excede de la dotación— siempre termina en manos del interés general.

Sin embargo, se antoja que el requisito de la totalidad del remanente yendo a lo general va implícito en dicho artículo 33. Así que cabe concluir que las fundaciones madrileñas con reversión de la dotación a lo privado no podrán engrosar su patrimonio con el remanente de las fundaciones extintas de competencia estatal.

Ahora bien, ya se expuso cómo Piñar Mañas y Real Pérez estiman que del remanente del artículo 31 de la Ley 30/1994 se ha de distraer la dotación, la cual sí que podrá allegar a todas las fundaciones madrileñas (también las reversibles), si el fundador de la fundación estatal extinta las ha elegido destinatarias de dicha dotación.

En resumen, las fundaciones madrileñas con reversión de la dotación a lo privado sí podrán engrosar su patrimonio con la dotación, pero no así con el resto del remanente de las fundaciones extintas de competencia estatal. Y lo mismo cabe decir respecto del remanente de las siguientes fundaciones extintas:

- 2.º Las canarias, de la Ley canaria 2/1998, de 6 de abril, cuyo artículo 33 impone a las entidades no lucrativas a las que el fundador (los estatutos, el Patronato o el Protectorado, según los casos) puede elegir como destinatarias de su remanente no sólo que persigan fines de interés general y que sean análogos a los realizados por la extinta, sino, sobre todo, que tengan afectados sus bienes a la consecución de aquéllos, incluso para el supuesto de disolución.
- 3.º las valencianas, de la Ley valenciana 8/1998, de 9 de diciembre, cuyo artículo 26.2 impone a las entidades no lucrativas privadas a las que el fundador (los estatutos, el Patronato o el Protectorado, según los casos) puede elegir como destinatarias de su remanente persigan fines de interés general y afecten sus bienes a la consecución de aquéllos, incluso para el supuesto de disolución.
- 4.º Las castellano-leonesas, de la Ley de Castilla y León 13/2002, de 15 de julio, cuyo artículo 31.4 impone a las entidades privadas no lucrativas a las que el fundador (el Patronato o el Protectorado, según los casos) puede elegir como destinatarias de su remanente que tengan afectados sus bienes a fines de interés general con carácter permanente, incluso para el supuesto de su extinción o disolución.

- 5.º Las andaluzas, de la Ley de Andalucía 10/2005, de 31 de mayo, cuyo artículo 43.3 impone a las entidades privadas no lucrativas a las que el fundador (los estatutos, el Patronato o el Protectorado, según los casos) puede elegir como destinatarias de su remanente que persigan fines de interés general, a cuya consecución tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución.

Como coda y epítome de este ensayo, diré telegráficamente e invirtiendo el título de una conocida película, que «un hombre y dos destinos»: el hombre es el fundador y los dos destinos son los que, si le place, puede determinar para el remanente de la fundación extinta: uno para la dotación, que puede ser de interés privado, y el otro para el resto del remanente, que necesariamente ha de servir al interés general. TC *dixit*.