



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

***EL NACIMIENTO DE LA FUNDACIÓN COMO
PERSONA JURÍDICO-PRIVADA EN LA
LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA***

Autora:

HENAR PÉREZ CASTAÑO

Directora:

ALICIA REAL PÉREZ

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

Trabajo de investigación presentado en la Universidad Complutense de Madrid
para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados

Madrid, junio de 2009

***Calificación:
Sobresaliente***

Gracias Alicia por todo

***“La palabra escrita me enseñó a escuchar
la voz humana, un poco como las
grandes actitudes inmóviles de las
estatuas me enseñaron a apreciar los
gestos. En cambio, posteriormente, la
vida me aclaró los libros”.***

**MARGUERITE YOURCENAR, *Memorias
de Adriano*, Barcelona: Planeta, 2000.
(Traducción de Julio Cortázar).**

ÍNDICE

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS.....	5
1. INTRODUCCIÓN.....	6
2.- OBJETIVOS DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN.	11
CAPÍTULO II: APROXIMACIÓN A LA PERSONA JURÍDICA FUNDACIONAL.....	12
1.- LA PERSONIFICACIÓN DE LAS REALIDADES SOCIALES.....	13
2.- LA NATURALEZA DE LA PERSONA JURÍDICA.	15
3.- EL RECONOCIMIENTO O ATRIBUCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL CÓDIGO CIVIL.....	16
CAPÍTULO III: CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS FUNDACIONES.....	19
CAPÍTULO IV: EL PROCESO DE CONSTITUCIÓN DE LAS FUNDACIONES. REFERENCIA A SUS FASES.	25
1.- NEGOCIO JURÍDICO FUNDACIONAL:	26
1.1.- <i>Concepto de negocio jurídico fundacional.....</i>	26
1.2.- <i>Caracteres del negocio jurídico fundacional.</i>	27
1.3.- <i>Capacidad para fundar.</i>	29
1.4.- <i>La forma del negocio jurídico fundacional.</i>	30
2.- LA FUNDACIÓN EN PROCESO DE FORMACIÓN.	34
3.- LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE FUNDACIONES: ADQUISICIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA POR LA INSCRIPCIÓN EN EL MISMO.....	36
CAPÍTULO V: EL SUBSTRATO PERSONIFICADO DE LA FUNDACIÓN.	38
CAPÍTULO VI: SISTEMAS DE ATRIBUCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA A LAS FUNDACIONES.	43
1.- INTRODUCCIÓN.	44
2.- REFERENCIA A LOS SISTEMAS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD A LAS FUNDACIONES.....	45

3.- LOS SISTEMAS DE ATRIBUCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA A LAS FUNDACIONES CON ANTERIORIDAD A LA LEY 30/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE FUNDACIONES Y DE INCENTIVOS FISCALES A LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN ACTIVIDADES DE INTERÉS GENERAL.....	46
4.- EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE FUNDACIÓN.....	51
4.1.- <i>Sobre el concepto de fundación contenido en el artículo 34 de la Constitución.</i>	51
4.2.- <i>Las garantías del derecho constitucional de fundación.</i>	53
4.3.- <i>En torno a la posibilidad de intervención administrativa en el momento de constitución de la fundación.</i>	58
5.- LA ATRIBUCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA LEY 30/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE FUNDACIONES Y DE INCENTIVOS FISCALES A LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN ACTIVIDADES DE INTERÉS GENERAL.	60
5.1.- <i>Introducción.</i>	60
5.2.- <i>La adquisición de la personalidad jurídica en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.</i>	62
CAPÍTULO VII: LA ATRIBUCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA LEY 50/2002, DE 26 DE DICIEMBRE, DE FUNDACIONES.	65
1.- INTRODUCCIÓN.	66
2.- LA ADQUISICIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA LEY 50/2002, DE 26 DE DICIEMBRE, DE FUNDACIONES.	69
2.1.- <i>Introducción.</i>	69
2.2.- <i>El carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de Fundaciones.</i>	69
2.3.- <i>Sobre el ámbito de aplicación del artículo 4 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones en relación con el artículo 35 de dicha Ley.</i>	73
CAPÍTULO VIII: EL PROCEDIMIENTO PARA LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE FUNDACIONES DE COMPETENCIA ESTATAL.	75
1.- INTRODUCCIÓN.	76
2.- EL REGISTRO DE FUNDACIONES DE COMPETENCIA ESTATAL.	78
2.1.- <i>Consideraciones generales.</i>	78

2.2.- <i>El Reglamento del Registro de Fundaciones aprobado por el Real Decreto 1611/2008, de 7 de diciembre.</i>	80
3. PLAZO PARA SOLICITAR LA INSCRIPCIÓN Y LAS CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO.	90
4.- DOCUMENTACIÓN A APORTAR CON LA SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN.	95
4.1 <i>El Certificado negativo de denominación.</i>	95
4.2 <i>Los Estatutos.</i>	99
4.3.- <i>Los documentos que acrediten la realidad de la aportación dotacional y, en el caso de aportaciones no dinerarias, su valoración por un experto independiente.</i>	104
5.- EL INFORME DEL PROTECTORADO.	108
5.1.- <i>Introducción.</i>	108
5.2.- <i>El informe preceptivo y favorable del órgano encargado del Protectorado a efectos de la inscripción de las fundaciones.</i>	108
5.3.- <i>Sobre el ámbito de aplicación del artículo 35.1.a) de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en relación con el artículo 4 de la misma Ley.</i>	117
6.- LA CALIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO DE LA FUNDACIÓN POR EL ENCARGADO DEL REGISTRO DE FUNDACIONES DE COMPETENCIA ESTATAL.	118
6.1.- <i>Introducción.</i>	118
6.2.- <i>La calificación del Encargado del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal.</i>	120
6.3.- <i>Plazo para notificar la resolución a los interesados. Sentido del silencio en el caso de la primera inscripción de la fundación en el Registro.</i>	128
6.4.- <i>La jurisdicción competente para recurrir la negativa a la inscripción.</i>	130
7.- LA PRIMERA INSCRIPCIÓN DE LA FUNDACIÓN.	132
CAPÍTULO IX.- LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL.	136
1.- INTRODUCCIÓN.	137
2.- LA ATRIBUCIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA.	138
3.- EFICACIA DEL REGISTRO FRENTE A TERCEROS Y LA PUBLICIDAD DEL REGISTRO DE FUNDACIONES DE COMPETENCIA ESTATAL.	141

4.- EL DERECHO A USAR LA DENOMINACIÓN DE «FUNDACIÓN».....	143
5.- EFECTOS FISCALES.	145
CAPÍTULO X: LA ADQUISICIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA POR LAS FUNDACIONES DE COMPETENCIA AUTONÓMICA.....	146
1.- INTRODUCCIÓN.	147
2.- LA DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA FUNDACIONAL.	150
3.- REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.	156
4.- REFERENCIA A LA NORMATIVA AUTONÓMICA EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.	159
5.- LA ATRIBUCIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA A LAS FUNDACIONES DE COMPETENCIA AUTÓNOMICA.	161
5.1.- <i>Introducción</i>	161
5.2.- <i>La Comunidad Autónoma de Andalucía</i>	162
5.3.- <i>La Comunidad Autónoma de Canarias</i>	163
5.4.- <i>La Comunidad Autónoma de Castilla y León</i>	164
5.5.- <i>La Comunidad Autónoma de Cataluña</i>	165
5.6.- <i>La Comunidad Autónoma de Galicia</i>	167
5.7.- <i>La Comunidad Autónoma de la Rioja</i>	168
5.8.- <i>La Comunidad Autónoma de Madrid</i>	169
5.9.- <i>La Comunidad Foral de Navarra</i>	171
5.10.- <i>La Comunidad Autónoma del País Vasco</i>	172
5.11.- <i>La Comunidad Autónoma de Valencia</i>	173
CAPÍTULO XI.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL.....	174
CONCLUSIONES.....	178
BIBLIOGRAFIA.	190

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

1. INTRODUCCIÓN.

La sociedad civil contribuye a la realización del Estado social y democrático de Derecho, consagrado en el apartado 1 del artículo 1 de la Constitución española, (en adelante, CE), mediante la creación y participación en organizaciones sin ánimo de lucro que forman parte del llamado Tercer Sector¹.

El Tribunal Constitucional, (en lo sucesivo, TC), ha declarado la relevancia de la interrelación Estado-Sociedad Civil en la consecución del interés general. En efecto, en la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional, (en lo sucesivo, STC), número 18/1984, de 7 de febrero, el máximo intérprete de la CE, afirmó: «*La configuración del Estado como social de Derecho, viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho Público-Privado, y agudiza la dificultad, tanto de calificar determinados entes cuando no*

Dicha interrelación ha llevado a que el conjunto normativo aplicable a la institución fundacional sea un ejemplo representativo de régimen jurídico en el que confluyen normas tradicionalmente adscritas a la rama del Ordenamiento llamada Derecho privado, junto con otras pertenecientes al llamado Derecho Público.

La citada interacción Estado-Sociedad civil en relación con interpenetración de lo público y privado fue igualmente resaltada por el TC en la referida STC 18/1984, de 7 de febrero, cuando dice: «*La Configuración del Estado como social de Derecho, viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho Público-Privado, y agudiza la dificultad, tanto de calificar determinados entes cuando no*

¹ PIÑAR MAÑAS ha resaltado que el de Tercer Sector, «*La Configuración del Estado como social de Derecho, viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho Público-Privado, y agudiza la dificultad, tanto de calificar determinados entes cuando no*» es un concepto, confuso y equívoco, además de, todavía, poco conocido (o). Nace como un concepto residual, para distinguirlo del sector público (primer sector) y del sector lucrativo (el segundo sector), «*Tercer Sector, Sector Público y Fundaciones*», *Revista Española del Tercer Sector*, nº 1, 2005, pp. 17-18.

existe una calificación legal, como de valorar la incidencia de una nueva regulación sobre su naturaleza jurídica+(Fundamento jurídico 3º)².

Ahora bien, a raíz de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas prevista en la CE y, en especial, con motivo de lo previsto en el artículo 149.1.8 CE, la rama jurídica dentro de la que hay que insertar el régimen jurídico correspondiente a las fundaciones ha sido objeto de debate doctrinal³.

En la actualidad, las fundaciones son, junto con las asociaciones, las principales organizaciones sin ánimo de lucro a través de las que la ciudadanía participa en la realización de fines de interés general.

La relevancia de ambas instituciones, junto con los antecedentes históricos, económico-sociales y jurídicos de nuestro país, motivaron que el poder constituyente recogiera en la Norma Suprema el derecho de asociación y el de fundación para fines de interés general en el artículo 22 y 34 CE respectivamente.

En este sentido, mientras que el derecho de asociación, al tratarse de un derecho fundamental, fue finalmente objeto de desarrollo mediante la Ley

² Dicha doctrina del Tribunal Constitucional fue reiterada en el Fundamento Jurídico 4º la conocida STC 49/1988, de 13 de febrero, en la que el máximo intérprete de la Constitución aborda la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorro y reproducida, por ejemplo, en el Fundamento jurídico 3º de la Sentencia del Tribunal Supremo, (en adelante, STS), Sala de lo Contencioso-administrativo, de 17 de enero de 2006.

La dicotomía público/privado, dice BOBBIO, tanto en el sentido de colectivo/individual, como en el sentido de manifiesto/secreto, (...) constituye una de las categorías fundamentales y tradicionales para la representación conceptual, la comprensión histórica y la enunciación de juicios de valor, en el vasto campo recorrido por las teorías de la Sociedad y del Estado+ BOBBIO, N., *La gran dicotomía: Público/Privado+ Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*, México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 38. (Traducción de FERNÁNDEZ SANTILLAN).

³ (o.) el problema procede de la forma en que se ha realizado la distribución de competencias en la Constitución y en los Estatutos. (...) Por ello, en el punto que a nosotros nos ocupa hay un problema inevitable, que consiste en saber si el régimen jurídico de las fundaciones pertenece al Derecho privado y, en concreto, al Derecho Civil, o si corresponde en cambio al Derecho Administrativo (...)+ DIEZ-PICAZO, L., *Potestad legislativa en materia de fundaciones en España tras la promulgación de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía: Derecho Comparado+ Las Fundaciones y los Estatutos de Autonomía*, Madrid: Centro de Fundaciones, 1980, pp. 69 y 71.

Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, que derogó la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones; el mandato contenido en el artículo 34 CE ha sido cumplido por el legislador estatal mediante sucesivas leyes ordinarias que, a su vez, fueron objeto de desarrollo reglamentario. En la actualidad, la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin fines lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo, y la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, (en adelante, LF/2002), posibilitaron el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo y el Reglamento de fundaciones de competencia estatal respectivamente.

El marco normativo aplicable a las fundaciones de ámbito estatal ha venido a culminarse con el Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, del Registro de Fundaciones de Competencia estatal (en adelante, RRF/2007).

Precisamente, la reciente entrada en vigor del Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia estatal, acaecida el día 1 de octubre de 2008, ha sido determinante para optar por el objeto de estudio que pretendemos abordar en este trabajo, a saber, la adquisición de la personalidad jurídica por las fundaciones privadas de ámbito estatal.

En todo caso, la proclamación del principio autonómico contenido en el artículo 2 de la CE, desarrollado en el Título VIII de la misma y, hecho efectivo en los Estatutos de Autonomía, determina que debemos tratar el régimen de adquisición de la personalidad jurídica previsto en las diferentes Leyes autonómicas que, sobre la materia fundacional, han sido aprobadas hasta la actualidad.

Por todo ello, consideramos que la cuestión relativa a la adquisición de la personalidad jurídica por parte de las fundaciones tiene una enorme trascendencia teórica y práctica porque determina su nacimiento.

Por tanto y, teniendo en cuenta la historia de esta institución jurídica, consideramos que el estudio de la adquisición de la personalidad jurídica por

parte de las fundaciones de ámbito estatal exige que, una vez realizada una referencia al concepto de persona jurídica fundacional, pasemos a tratar, con carácter previo, el proceso de constitución de las fundaciones de ámbito estatal y los sistemas existentes para el reconocimiento de la personalidad a la fundación, con especial referencia a los antecedentes jurídicos anteriores a la CE y de los que, también, es deudora la regulación actual.

La CE es la Norma Suprema del Ordenamiento jurídico y, por tanto, de la misma trae causa tanto la vigente legislación en materia fundacional, como la actual organización territorial del Estado, por lo que, posteriormente, abordaremos el derecho de fundación contenido en el artículo 34 CE.

Una vez analizado el derecho constitucional de fundación, trataremos el sistema de atribución de personalidad jurídica previsto en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, (en lo sucesivo, LF/1994), que, como se verá, fue la primera norma con rango de Ley que desarrolló el derecho constitucional de fundación.

Una vez desarrollado el proceso de constitución de las fundaciones de ámbito estatal y, analizado el marco jurídico-normativo estatal, estamos en disposición de abordar propiamente el régimen de adquisición de la personalidad jurídica por parte de las fundaciones de ámbito estatal, al amparo de la legislación actualmente vigente, poniéndolo en relación con lo que, a tal efecto, considera la doctrina científica y la jurisprudencia.

A continuación trataremos el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias sobre fundaciones; haciendo una referencia sucinta al régimen jurídico previsto en la materia objeto de estudio por parte de las leyes autonómicas de fundaciones existentes en la actualidad.

D.E.A. (29-6-2009) *EL NACIMIENTO DE LA FUNDACIÓN COMO PERSONA JURÍDICO-PRIVADA EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA* (HENAR PÉREZ CASTAÑO).

El Capítulo XI de la LF/2002, está dedicado a las %Fundaciones del Sector Público Estatal+, lo que ha motivado que, por último, tratemos la cuestión de la personalidad jurídica de las fundaciones del sector público estatal.

2.- OBJETIVOS DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN.

El trabajo de investigación que pretendemos desarrollar tratará de responder fundamentalmente a la pregunta: ¿Cuándo y cómo adquiere la personalidad jurídica una fundación? Dicha cuestión está directamente relacionada con otras como: ¿Tiene el mismo régimen jurídico que una asociación de ámbito estatal?; ¿qué supone la entrada en vigor del reciente Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal?; preguntas que igualmente intentaremos tratar a lo largo del trabajo.

El estudio de dicha cuestión también nos permitirá, al hilo de su análisis, plantearnos otras que consideramos esenciales para reflexionar sobre los objetivos perseguidos por el legislador a través de la institución fundacional. A modo representativo: ¿Qué es una fundación? ¿Para qué existen? ¿Cuenta el Protectorado y el Registro de Fundaciones con medios suficientes para garantizar el cumplimiento de fines de interés general por las fundaciones de ámbito estatal? ¿Es eficaz la legislación en materia fundacional para los fines que esa misma legislación pretende lograr?

Finalmente y, volviendo a nuestro punto de partida, el presente trabajo pretende contribuir a reflexionar sobre la importancia de la participación de la Sociedad Civil en la realización de fines de interés general; sin embargo, esto no debe hacernos olvidar, como la actual crisis económica está poniendo de manifiesto, que todo Estado Social y democrático debe evitar que la ciudadanía sólo pueda contar con la solidaridad dada por instituciones privadas sin ánimo de lucro; lo que está en relación con la necesidad de que las disposiciones jurídicas no sólo sean válidas conforme al ordenamiento, sino también eficaces y justas, según los valores superiores que propugna la Constitución; a pesar de que la interrelación Estado-Sociedad civil conlleve la interpenetración de lo público y lo privado.

***CAPÍTULO II: APROXIMACIÓN A LA PERSONA
JURÍDICA FUNDACIONAL.***

1.- LA PERSONIFICACIÓN DE LAS REALIDADES SOCIALES.

La doctrina científica ha declarado unánimemente que tanto la asociación como la fundación constituyen hoy en día realidades sociales personificadas por voluntad del legislador.

El Derecho es una obra humana que refleja un momento histórico determinado. De ahí que cada una de las instituciones que forman parte de nuestro Ordenamiento jurídico no sean sino el resultado de un proceso histórico. Las instituciones jurídicas que integran el llamado Tercer Sector no son una excepción⁴.

A lo largo de la historia el ser humano no sólo se ha agrupado con sus semejantes para alcanzar un fin común, sino que también ha adscrito un patrimonio a una finalidad pública.

Dicha realidad social sería finalmente abordada por el poder político mediante el reconocimiento de la personalidad jurídica tanto a la agrupación de personas como al patrimonio adscrito a un fin.

Ahora bien, dice DIEZ-PICAZO, cuando hablamos de personalidad jurídica, de personas jurídicas, ha de partirse de un dato esencial; y es que el término persona se usa en un sentido meramente traslativo, porque persona únicamente lo es el hombre, ser dotado de inteligencia y voluntad. El Derecho trata a esos fenómenos como personas, y de ahí que traslaticamente se pueda afirmar que son sujetos de derechos y deberes como el hombre. Van a ser destinatarias de normas jurídicas (como el hombre) y van a actuar su capacidad jurídica por medio de sus órganos.

⁴ El punto de partida del actual régimen jurídico estaría en el Derecho Romano; que no reguló el concepto de persona como sujeto de Derecho con capacidad jurídica, ni el de persona jurídica. En relación con ello, véase, BLANCH NOUGUÉS, J.M., *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho Romano*, Madrid: Dykinson, 2007, p. 20.

D.E.A. (29-6-2009) *EL NACIMIENTO DE LA FUNDACIÓN COMO PERSONA JURÍDICO-PRIVADA EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA* (HENAR PÉREZ CASTAÑO).

La persona jurídica es siempre, en última instancia, obra del Estado. El reconocimiento o atribución de su personalidad por parte del Estado es lo que contribuye a que la persona jurídica surja a la vida⁵.

⁵ DIEZ-PICAZO. L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, 9ª edición. Madrid: Tecnos, 1997, p. 599.

2.- LA NATURALEZA DE LA PERSONA JURÍDICA.

La naturaleza de la persona jurídica ha sido una cuestión que ha motivado un encendido debate doctrinal a lo largo de la historia de la ciencia jurídica⁶.

En este sentido, la denominada teoría de la ficción defendió que la persona jurídica era una creación del legislador. El Ordenamiento jurídico concibe a la agrupación de personas o al patrimonio afecto a una finalidad de interés general como si fuera un sujeto de derecho.

La doctrina ha manifestado que dicha teoría nació para dar respuesta a la necesidad de justificar la responsabilidad delictual de las corporaciones y universidades, que por carecer de cuerpo y alma se les denomina personas ficticias y por esta razón no pueden incurrir en responsabilidad delictual, la cual se traslada a las personas físicas que forman su *substratum* cuando la conducta de la mismas está en contradicción con la norma jurídica⁷.

Frente a la teoría de la ficción surgió, en el siglo XIX, la llamada teoría orgánica de la persona jurídica para la cual la persona jurídica es una persona real que cuenta con una voluntad colectiva real. Por ende, dice DIEZ-PICAZO, *la subjetividad jurídica de tales entes deriva de su comportamiento en la realidad de manera semejante al hombre, y de ahí que el Derecho no les conceda propiamente la personalidad, sino que se limita a reconocerla*⁸.

⁶ En este sentido, dice AARNIO: *«...»* La considerable disparidad de opiniones sobre la persona jurídica ha creado un número de respuestas tan heterogéneas que, sin tener en cuenta la conceptualización que adoptemos como punto de partida, la discusión parece conducir a un punto muerto (...). De ahí que la postura que defiende dicho autor consista en que *el significado de persona jurídica (...)* se manifiesta en la forma en que estos términos son y pueden ser usados en conexión con el lenguaje jurídico. AARNIO, A., *Persona jurídica, ¿Una ficción?*, *Doxa*: Número 3, 1986, pp. 86-87. (Traducción de ÚBEDA, J.P. y RUIZ MANERO, J.)

⁷ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I. Volumen I. 2ª parte, Barcelona: Bosch, 1979, p. 648. En este mismo sentido, véase, DE CASTRO Y BRAVO, F., *Formación y deformación del concepto de persona jurídica*, *La Persona Jurídica*, Madrid: Civitas, 1980, pp. 137 y ss.

⁸ DIEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., p. 601.

En relación con ello, entre la llamada teoría de la ficción y la teoría orgánica de la persona jurídica han surgido un gran número de teorías intermedias⁹.

Por consiguiente, a tenor de lo desarrollado, el debate doctrinal sobre la naturaleza de la persona jurídica estriba en determinar si la misma tiene o no realidad.

En este sentido y, sin perjuicio de la polémica científica en torno a la presente cuestión, el legislador español consideró conveniente dotar de personalidad jurídica tanto a la asociación (*universitas personarum*) como a la fundación (*universitas bonorum*)¹⁰.

En efecto, como desarrollaremos a lo largo del presente trabajo, el legislador español dedicó el Capítulo II del Título II del Libro I del Código civil, (en lo sucesivo, CC), a las personas jurídicas¹¹.

3.- EL RECONOCIMIENTO O ATRIBUCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL CÓDIGO CIVIL.

El Capítulo II del Título II del Libro I del CC lleva por título **De las personas jurídicas**.

⁹ DE CASTRO Y BRAVO desarrolla las siguientes teorías en torno a la persona jurídica: 1) Teorías de la ficción; 2) Teorías de la personalidad real; 3) Teoría de la entelequia jurídica y 4) Teorías negativas que pretenden excluir esta figura de la ciencia jurídica. *La persona jurídica*, *Temas de Derecho Civil*, Madrid: 1972, pp. 67 y ss.

¹⁰ De donde surge la pregunta ¿Cuál es el substrato personificado en la fundación? La respuesta a esta cuestión ha sido objeto de otro encendido debate doctrinal, que será desarrollado en el apartado del presente trabajo correspondiente al mismo.

¹¹ Sobre el por qué el legislador finalmente denominó a dicho Capítulo **De las personas jurídicas** frente a la de **personas morales** contenida en el Proyecto de Código civil de 1851 véase: DE CASTRO Y BRAVO, *Formación y deformación del concepto de persona jurídica*, *La Persona jurídica*, op.cit., p. 137 y ss; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, op. cit., p. 647.

Conforme con lo previsto en el artículo 35 del CC, dentro de dicho Capítulo II del Título II del Libro I, dicho cuerpo legal establece que, única y exclusivamente, son personas jurídicas:

1ª.- Las corporaciones¹², asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley.

Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubieren quedado válidamente constituidas.

2ª.- Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.

Por consiguiente, dicho artículo exige el reconocimiento legal como condición necesaria para la existencia de la persona jurídica, lo que conlleva que el régimen previsto en el CC deba ser completado con las correspondientes disposiciones normativas.

El CC no contiene un régimen jurídico completo sobre las fundaciones, empero, representó una transformación con respecto a la situación jurídico-social anterior, que estuvo caracterizada, con TOMAS Y VALIENTE, *casí por el no ser, por su subsistencia casi clandestina y excepcional*¹³.

En efecto, el CC recoge la personalidad de las Fundaciones (artículo 35 CC), reconoce su capacidad jurídica (artículo 37 CC) y la posibilidad de adquirir y poseer bienes (artículo 38 CC), lo que refleja que el legislador del CC estuvo influido por la política liberal que impulsó la Ley de 11 de Octubre de 1820 y el resto de la legislación desvinculadora y desamortizadora, puesto que las fundaciones deben perseguir el interés público, prohibiéndose, por tanto, la

¹² Ciertas asociaciones suelen designarse, a veces, no con este nombre, sino con el de Corporaciones. Cosa que ocurre particularmente cuando se trata de asociaciones de Derecho público. No son, pues, las corporaciones un tercer tipo de persona jurídica, aunque la ley, en ocasiones, se exprese de forma que parece darlo a entender como acontece, por ejemplo, en el apartado 1 del artículo 35 del CC; ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, 16ª edición, Madrid: Edisofer, 2003, p. 386.

¹³ TOMAS Y VALIENTE, F., *Estudio previo, Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid: Marcial Pons, 1995, p. XXII.

posibilidad de que existan las fundaciones familiares y, a través de ellas, las vinculaciones con las que pretendió terminar la legislación citada.

A tenor de lo establecido en el artículo 35 CC, en lo que a la institución llamada fundación concierne, el reconocimiento legal conduce a que la misma tiene que constituirse en la actualidad con arreglo a la LF/2002, norma jurídica con rango de ley ordinaria que ha sido el resultado de un proceso histórico-legislativo como desarrollaremos a lo largo del presente trabajo¹⁴.

¹⁴ Para un estudio de los antecedentes histórico-legislativos de la fundación, véase, BADENES GASSET, R., *Las fundaciones de Derecho Privado*, op. cit.; CAPILLA RONCERO, F., *La persona jurídica, Funciones y Disfunciones*, Madrid: Tecnos, 1984; DE CASTRO Y BRAVO, F., *Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares*, *Anuario de Derecho Civil*, 1953, pp. 623-651; DIEZ-PICAZO, L.M., *Estudio sobre la legislación de beneficencia en España y su relación con el Estado autonómico*, Estudio preliminar a J.L. PIÑAR MAÑAS y A. REAL PÉREZ, *Recopilación de legislación sobre beneficencia particular*, Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, 1987; FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid: Reus, 1929, (Traducción de la segunda edición italiana por Eduardo Ovejero); MADRUGA MENDEZ, J., *Consideraciones en torno a las fundaciones privadas de interés público*, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo II, 1968, pp. 413-448; NART, I., *La Fundación*, *Revista de Derecho Privado*, 1951, pp. 488-498; ROJAS MONTES, L. *La fundación: Instrumento privado de intereses generales*, *Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Granada, 1996; TOMAS Y VALIENTE, F., *Estudio previo*, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op.cit.

***CAPÍTULO III: CONSIDERACIONES GENERALES
SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS
FUNDACIONES.***

La respuesta a la pregunta de cuándo adquieren las fundaciones personalidad jurídica tiene una enorme trascendencia jurídica, de ahí que esta cuestión haya sido una de las protagonistas en la doctrina científica que ha abordado el estudio del régimen jurídico fundacional.

A tenor de lo previsto en el artículo 4 de la LF/2002, dentro del Capítulo I, «Disposiciones Generales»; precepto que reproduce el artículo 3 de la precedente LF/1994¹⁶, norma que trae causa del artículo 34 CE; las fundaciones adquieren personalidad jurídica mediante la inscripción de la escritura pública de constitución en el Registro de Fundaciones de competencia estatal¹⁷. Ahora bien, el artículo 35.1.a) LF/2002, que trae causa del artículo 36.2 de la citada LF/1994, supedita la inscripción de la Fundación a la emisión de un informe favorable por el Protectorado, en relación, tanto con la idoneidad de los fines como con la suficiencia de la dotación.

La LF/1994, al optar por el sistema de reconocimiento de personalidad jurídica por la inscripción en el Registro de Fundaciones, finalizó con la situación anterior a la misma, según la cual, las fundaciones benéfico-asistenciales adquirirían personalidad jurídica por la mera constitución, empero, las fundaciones culturales y docentes no la adquirirían hasta que no accedían al Registro.

¹⁶ La Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin fines lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo, ha derogado todas las disposiciones que se opongan a la misma y, en particular, el Título II y las disposiciones adicionales cuarta a séptima, novena a duodécima y decimoquinta y decimosexta de la citada LF/1994.

¹⁷ El RRF/2007, ha derogado el Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, (en adelante, RRF/1996), que trataba sobre la materia, pero que nunca llegó a tener efectividad práctica.

El Reglamento del Registro de Fundaciones ha entrado en vigor el día 8 de Octubre de 2008, (Disposición Final Tercera del Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre), pero aún no ha sido acordada la puesta en marcha de dicho Registro.

En este sentido y, sin perjuicio de la Disposición Final Tercera del citado Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, dice la Exposición de Motivos del dicho Real Decreto, en relación con la Disposición Transitoria Primera del mismo: «La norma -esto es el Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre- (o) faculta al Ministro de Justicia para dictar las normas necesarias para el desarrollo del Reglamento y para acordar, junto con el Ministro de Economía y Hacienda, la entrada en funcionamiento del Registro».

Por tanto, con motivo de lo acaecido con el Registro de Fundaciones desarrollado por el Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo, en relación con lo contenido en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, sobre este último Registro de Fundaciones planea también la siguiente cuestión: ¿Llegará materialmente a existir?

Como luego veremos, la creación de una fundación investida de personalidad jurídica no es sino el resultado de una sucesión de actos dentro de un mismo proceso. De esta manera, en el periodo comprendido entre la perfección del negocio jurídico fundacional y la inscripción registral, la fundación está en proceso de formación, siéndole aplicable un régimen jurídico propio.

Por tanto, una vez cumplidas las formalidades previstas en el Ordenamiento jurídico español, la fundación adquiere personalidad jurídica, distinta e independiente del fundador, afectándose, con carácter permanente, un patrimonio a la consecución de fines de interés general¹⁸.

La personalidad dota a la fundación de una individualidad, atribuyéndole una denominación, una nacionalidad y un domicilio. La fundación, persona jurídica de Derecho privado, tiene, por ende, capacidad jurídica y autonomía para actuar en Derecho, para ser titular de relaciones jurídicas, respetando, claro está, tanto la voluntad del fundador manifestada en el acto constitutivo, como el resto del Ordenamiento jurídico aplicable a la misma.

La extinción de la fundación supone la extinción de la personalidad jurídica de la misma. En cualquier caso, el destino del patrimonio resultante de la fundación extinta, salvo en el supuesto de fusión de fundaciones, será conforme prevé el artículo 33 LF/2002, sin que quepa, de acuerdo con lo dispuesto en la LF/2002, reversión patrimonial al fundador¹⁹.

¹⁸ Se ha afirmado+, dice CAPILLA RONCERO, que la fundación es una persona jurídica; luego no hay fundaciones carentes de personalidad, a diferencia de lo que ocurre con las asociaciones. Ello es así por una razón técnica elemental: el patrimonio destinado a un fin permanente sobrevive (o puede sobrevivir) a generaciones sucesivas; cuenta con una organización que lo administra; pero al meramente administrarlo, se pone de relieve que los administradores (patronos) no son su dueño; se produce así un imposible lógico: un patrimonio sin titular; luego es atributo esencial de toda fundación contar con personalidad jurídica. +Las fundaciones+, Blascó Gascó, F., (coordinador), *Derecho Civil. Parte General*, 4ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

En relación con ello, dice ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, P.: +La personalidad jurídica es la esencia de la fundación ya que su adquisición determina su nacimiento+, *Fundación y empresa. La admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de fundaciones*, Madrid: La Ley, 2003, p. 509.

¹⁹ El Tribunal Supremo, (en lo sucesivo, TS), Sala de lo Contencioso, (Sección Tercera), en la reciente Sentencia de 9 de diciembre de 2008, (Pte.: Martí García, A.), (recurso de casación

El régimen constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas ha propiciado la existencia de leyes autonómicas de fundaciones; de ahí que la Disposición Final Primera de la LF/2002 haya determinado el ámbito y el alcance de la misma en relación con las Comunidades Autónomas.

En este sentido, tanto el artículo 2 de la LF/2002, que define la fundación, como el citado artículo 4 de la LF/2002, están incluidos en el grupo de preceptos que la Disposición Final Primera considera que son de aplicación general en todo el territorio del Estado al amparo del artículo 149.1.1ª CE. Empero, dicha Disposición no ha incluido el artículo 33 de la LF/2002, que trata del destino de los bienes integrantes del patrimonio de la fundación extinguida, ni entre los artículos que tienen carácter básico, (artículo 149.1.1ª CE), ni entre los que se consideran legislación civil, (artículo 149.1.8ª CE), por lo que, conforme con lo previsto en la Disposición Final Primera de la LF/2002, el artículo 33 sería de aplicación únicamente a las fundaciones de competencia estatal.

En relación con el artículo 33 de la LF/2002 dice GONZÁLEZ CUETO: *La reversión de los bienes al fundador o aportante, sus herederos, legatarios o terceros sólo será posible si nos encontramos ante una fundación; una entidad privada no lucrativa que persiga fines de interés general y tenga afectados sus*

nº 4683/2002), ha desestimado el Recurso de Casación interpuesto por la Fundación Cultural BBVA contra la Sentencia dictada el día 1 de junio de 2006, por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó la pretensión de nulidad de la resolución del Protectorado de no ratificar el acuerdo de modificación estatutaria adoptado por la recurrente, que preveía la reversión al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria. S.A. de determinados bienes que figuran en el inventario de la Fundación BBVA. La Sala entiende que dicha entidad jurídica no reúne las condiciones requeridas por el artículo 33 LF/2002 para ser destinataria de los bienes y derechos resultantes de la liquidación de las fundaciones.

En este mismo sentido, el TS, Sala de lo Contencioso, (Sección Tercera), en Sentencia de 5 de Octubre de 2004, desestimó el Recurso de Casación interpuesto por la Fundación Cultural Banesto contra la Sentencia dictada el 14 de julio de 1999, por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, que declinó su competencia para conocer la pretensión de nulidad de la decisión del Protectorado de no ratificar el acuerdo adoptado por el patronato de dicha Fundación por el que se decide extinguir la fundación y revertir el patrimonio a la entidad fundadora. La Sala, después de abordar las distintas atribuciones conferidas al protectorado, confirma la resolución impugnada y considera competente al Juez de Primera instancia del domicilio de la Fundación Cultural Banesto. (EDJ 2004/140002).

bienes, incluso para el supuesto de disolución, a la consecución de aquéllos; o una entidad pública de naturaleza no fundacional que persiga fines de interés general.

En los demás casos no cabe la reversión, ni cabrá en el futuro. El consenso es absoluto, al menos a nivel del Estado. Las Comunidades Autónomas sabrán lo que hacen en sus ámbitos de responsabilidad y competencia²⁰.

CARRANCHO HERRERO considera que la cuestión en torno al destino de los bienes de la fundación extinguida constituye una condición básica del Derecho de fundación, cuya regulación, por tanto, compete al Estado para

²⁰ GONZALEZ CUETO, T., *Comentario al artículos 33+*, *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2003, p. 263.

En relación con ello, el TC, en la Sentencia número 341/2005, de 21 de diciembre, (Pleno), ha declarado, entre otros, que el artículo 27.2 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, (esto es, los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador+), no es inconstitucional interpretado en los términos previstos en el Fundamento Jurídico 7º de la misma; esto es, para el máximo intérprete de la Constitución, la omisión que los recurrentes denuncian como causa de inconstitucionalidad en el citado artículo 27.2 no puede entenderse en el sentido de que permite al fundador hacer previsiones para después de la extinción de la fundación, que ignoren o contradigan la finalidad de interés general que la Constitución establece como parte integrante de la naturaleza jurídica de la institución; por lo que el Tribunal Constitucional considera que el artículo 27.2 de la citada Ley autonómica no es inconstitucional interpretada en dichos términos.

La Presidenta del Tribunal Constitucional, Dña. María Emilia Casas Bahamonde, formuló un Voto Particular en el que expresa su disconformidad con el fallo interpretativo del artículo 27.2 de dicha Ley autonómica, en tanto en cuanto considera que: En este caso el legislador estatal ha establecido la regulación de las condiciones básicas garantizadoras de la igualdad en el ejercicio del derecho de fundación (art. 3.3 de la LF), plasmando una determinada concepción de la materia en sus líneas fundamentales o principios o reglas generales en uso de su libertad de configuración, y la Comunidad Autónoma de Madrid ha ejercido su competencia con respeto a ese marco legal general (arts. 2 y 3 de la Ley 1/1998) y optando a su vez libremente por una determinada configuración legal (art. 27.2) que en absoluto desnaturaliza los perfiles sustantivos del instituto fundacional en el art. 34.1 CE, en cuyo propio enunciado resulta obvio, por lo demás, el poder conformador del legislador+. (Dicha Sentencia ha sido objeto de estudio por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 341/2005, de 21 de diciembre+*, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Octubre/diciembre 2006, número 72, p. 1628-1636; RUBIO TORRANO, E., *Fundaciones y competencia autonómica*, Aranzadi civil, número 3, 2005, Tribuna, pp. 11-14).

CAFFARENA LAPORTA entiende que la falta de competencia de la Comunidad Autónoma de Madrid para regular el destino de los bienes de la fundación extinguida es palmaria+, La Extinción de la Fundación+, MUÑOZ MACHADO, S; CRUZ AMORÓS, M.; DE LORENZO GARCÍA, R. (Directores), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*. Madrid: Iustel y Fundación ONCE, 2005, p. 487.

D.E.A. (29-6-2009) *EL NACIMIENTO DE LA FUNDACIÓN COMO PERSONA JURÍDICO-PRIVADA EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA* (HENAR PÉREZ CASTAÑO).

garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del Derecho de Fundación, (artículo 149.1.1ª CE)²¹.

²¹ CARRANCHO HERRERO, M^a.T., *La Constitución de Fundaciones*, Barcelona: Bosch, 1997, p. 34. En este mismo sentido, CAFFARENA LAPORTA, J., *La Extinción de la Fundación*; MUÑOZ MACHADO, S; CRUZ AMORÓS, M.; DE LORENZO GARCÍA, R. (Directores), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, op. cit. p. 487 y s.

CAPÍTULO IV: EL PROCESO DE CONSTITUCIÓN DE LAS FUNDACIONES. REFERENCIA A SUS FASES.

La creación de una fundación dotada de personalidad jurídica no es sino el resultado de una sucesión de actos dentro de un mismo proceso²².

A continuación pasamos a analizar las fases de dicho proceso el cual culmina con la atribución de personalidad jurídica a la fundación mediante su inscripción en el Registro, fase que posteriormente abordaremos.

1.- NEGOCIO JURÍDICO FUNDACIONAL:

1.1.- Concepto de negocio jurídico fundacional.

La fundación nace en virtud del negocio jurídico fundacional²³.

De esta, entendiendo por negocio jurídico, con DE CASTRO Y BRAVO, *la* declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos²⁴, entre otros, CAFFARENA LAPORTA ha definido el negocio jurídico fundacional como *la* 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 determinado, que ha de ser de interés público²⁵.

²² En este sentido, véase, entre otros, CAFFARENA LAPORTA, J. *la* constitución de las fundaciones⁺, MUÑOZ MACHADO, S; CRUZ AMORÓS, M.; DE LORENZO GARCÍA, R. (Directores), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, op. cit., p. 95; MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, 3ª edición, Pamplona: Aranzadi, 2006, p. 67 y ss.

²³ Para un estudio del mismo, véase, entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, M. *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, op. cit.; BADENES GASSET, R., *Las Fundaciones de Derecho Privado*, Tomo I, Barcelona: Bosch, 1986; CAFFARENA LAPORTA, J., *El Régimen Jurídico de las Fundaciones*, España: Ministerio de Asuntos Sociales, 1991; CARRANCHO HERRERO, M^a.T., *La Constitución de Fundaciones*, op. cit.; DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, op. cit.; DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V., *El Negocio Fundacional y la Adquisición de Personalidad Jurídica por las Fundaciones*, op. cit.; DURAN RIVACOBRA, R., *El Negocio Jurídico Fundacional*, Pamplona: Aranzadi, 1996; MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit.; REAL PÉREZ, A. (coord.), *Constitución y Extinción de Fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999; VALERO AGUNDEZ, *La Fundación como forma de empresa*, Valladolid: Universidad de Valladolid, 1969.

²⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, Madrid: Civitas, 1985, p. 34.

1.2.- Caracteres del negocio jurídico fundacional.

La doctrina científica sostiene unánimemente la unilateralidad del negocio jurídico fundacional²⁶, superadas, por tanto, las teorías bilaterales en relación al mismo, sino también que la declaración de voluntad es no recepticia, no teniendo que ser dirigido a nadie ni aceptado por nadie, independientemente de la intervención administrativa²⁷.

En este sentido, dice MORILLO GONZÁLEZ que la necesidad de inscripción en el Registro de Fundaciones, previo informe favorable del Protectorado en cuanto al interés general de los fines y la suficiencia de la dotación, no convierten el negocio fundacional en recepticio. Considera el mencionado autor que dichos requisitos tienen como función constatar que el negocio fundacional cumple con lo dispuesto en la Ley. El hecho de que la fundación carezca de personalidad jurídica hasta su inscripción no significa que el negocio no sea perfecto con anterioridad a ésta, sino que el Ordenamiento supedita su plena eficacia a la verificación de que la fundación reúne todas las exigencias legales, porque estamos ante un tipo de entidad, que, por la índole de su fin, goza de un especial régimen jurídico²⁸.

De nuevo, la doctrina científica defiende de forma mayoritaria la unicidad del negocio fundacional²⁹, el cual comprende tanto la declaración de voluntad

²⁵ CAFFARENA LAPORTA, J., *El régimen jurídico de las fundaciones*, op. cit., p. 41.

²⁶ Con ALBALADEJO GARCÍA, M. Pero, incluso en el caso de que los fundadores sean varios, sus voluntades corren paralelas: se encuentran del mismo lado, *ex uno latere* (y no frente a frente), tienden a conseguir el mismo fin, a satisfacer el mismo interés; razón por la que habría una sola parte compuesta de varias personas; *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, op. cit., p. 412. En este sentido, véase, también, entre otros, GARCÍA VALDECASAS, G., *Parte General de Derecho Civil*. Madrid: Civitas, 1983, p. 275.

²⁷ CAPILLA RONCERO, F. et al., *Derecho Civil. Parte General*, op. cit., p. 445. También, entre otros, DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, 9ª edición. Madrid: Tecnos, 1997, p. 629.

²⁸ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., pp. 48 y 49.

²⁹ Cuestión que, empero, no ha sido siempre pacífica en la doctrina. Respecto a diversas teorías sobre la unicidad o no del negocio jurídico fundacional, véase, CAFFARENA LAPORTA, J., *El régimen jurídico de las fundaciones*, op. cit., p. 44 y ss.

destinada a crear la fundación, como la atribución patrimonial al mismo, esto es, la dotación³⁰.

El negocio jurídico fundacional es un negocio de liberalidad sujeto, por tanto, como dice REAL PÉREZ a las disposiciones que rigen los negocios de este tipo³¹. En todo caso, dice CAFFARENA LAPORTA, parece más que dudoso que fuera predicable tal nota del negocio fundacional celebrado, (o), en cumplimiento de una obligación modal. Por tanto, continúa dicho autor, será previo saber en cada caso, si el negocio de fundación se inserta en una relación más amplia que puede desmentir su normal carácter de acto de liberalidad³².

Finalmente, la doctrina científica ha manifestado que una vez que el negocio jurídico fundacional queda perfecto, el mismo deviene irrevocable.

Por tanto, si la fundación se ha constituido por actos *inter vivos*, REAL PÉREZ sostiene, con fundamento tanto en los antecedentes históricos de la institución fundacional, como en el régimen jurídico propio de la fundación *en proceso de formación*, que el fundador no puede revocar el mencionado negocio jurídico una vez que se ha perfeccionado observando todos los requisitos legales³³, (esto es, artículo 9.2 LF/2002 en relación con el artículo 10 de la misma Ley). Sin embargo, CARRANCHO HERRERO, a tenor de los requisitos

En todo caso, la presente cuestión teórica conlleva otras de índole práctica como, por ejemplo, si un menor de edad, emancipado o no, tiene capacidad para fundar. Sobre esta cuestión, véase, entre otros, MORILLO GONZÁLEZ, F., *El proceso de Creación de una Fundación*, op. cit. p. 72 y ss.

³⁰ En relación con ello, dice BADENES GASSET, no se trata de tres negocios (dotación, organización y fijación del fin), sino de un negocio único (dotación organizada para un fin); *Las Fundaciones de Derecho Privado*, op. cit., p. 59. Véase, también, entre otros, LÓPEZ JACOISTE, J.J., *La fundación y su estructura a la luz de nuevas funciones*; *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1965, pp. 565-609.

³¹ REAL PÉREZ, A., *Las fundaciones en proceso de formación: Comentario al artículo 11 de la Ley 30/1994, de fundaciones*; Real Pérez, A., (coord.), *Constitución y Extinción de Fundaciones*, op. cit., p. 176.

³² CAFFARENA LAPORTA, J. *El régimen jurídico de las fundaciones*, op. cit., p. 48.

³³ REAL PÉREZ, A., *Las fundaciones en proceso de formación...*; op. cit. p. 180. En este sentido, entre otros, véase, BADENES GASSET, R., *Las Fundaciones de Derecho Privado*, op. cit., p. 86; MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 170 y ss.

formales previstos en la LF/2002, (es decir, artículo 4 LF/2002 en relación con el artículo 35.1.a) LF/2002), considera que no resulta desacertado admitir que quepa revocar la decisión de fundar emitida por una persona, (o), al menos hasta el momento en que se presente la solicitud de reconocimiento y posterior inscripción en el registro³⁴.

Ahora bien, si el mencionado negocio se ha constituido *mortis causa*, dice CAPILLA RONCERO, la voluntad de fundar se somete a las reglas propias de los actos de esa naturaleza, surtiendo su efecto a la apertura de la sucesión y siendo revocable hasta entonces, si el acto *mortis causa* lo es³⁵.

La jurisprudencia, cuando ha tenido ocasión de conocer sobre el negocio jurídico fundacional, también ha entendido que dicho negocio es único, aunque complejo, como hemos visto e, igualmente resalta alguno de sus caracteres³⁶.

1.3.- Capacidad para fundar.

La LF/2002 permite que puedan constituir fundaciones no sólo las personas físicas, sino también las jurídicas, tanto privadas como públicas (artículo 8.1 LF/2002)³⁷.

³⁴ En relación con ello, dice la mencionada autora, En sistemas de nuestro entorno, como el italiano y el portugués, en los que se exigen también requisitos formales para la constitución de fundaciones, se admite expresamente la facultad de revocación. CARRANCHO HERRERO, M^a.T., *La Constitución de fundaciones*, op. cit., p. 159 y s.

³⁵ CAPILLA RONCERO, F. et al., *Derecho Civil. Parte General*, op. cit., p. 445. Sobre la revocabilidad en caso de constitución *mortis causa*, véase, también, entre otros, CARRANCHO HERRERO, M^a.T., *La Constitución de fundaciones*, op. cit., p.154 y ss.; DIEZ-PICAZO, L. y GULLON BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I, op. cit., p. 629.

³⁶ En este sentido, véase, en especial, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, (en adelante STSJ), de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sec. 1^a, de 7 de mayo de 2003, (Pte. Borrego López, J.). El Recurso de Casación interpuesto frente a dicha sentencia ha sido desestimado íntegramente por la STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, 22 de noviembre de 2005, cuyo fallo reproduce la fundamentación jurídica de la citada Sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia, (en lo sucesivo, TSJ), de Castilla-La Mancha.

³⁷ Sobre la capacidad para fundar, véase, entre otros, CAFFARENA LAPORTA, J., la constitución de las fundaciones, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, op. cit., p. 79 y ss.; MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 43 y OLAVARRÍA IGLESIA, J., Artículo 8. Capacidad para fundar, OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 231 y ss.

En este sentido, de un lado, las personas físicas deberán tener capacidad de obrar y de disponer gratuitamente de los bienes y derechos en que consista la dotación (artículo 8.2 LF/2002).

De otro lado, las personas jurídicas privadas de índole asociativa requerirán acuerdo expreso del órgano competente para disponer gratuitamente de sus bienes, en tanto en cuanto, las de índole institucional lo precisarán de su órgano rector (artículo 8.3 LF/2002).

Finalmente, las personas jurídico públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario (artículo 8.4 LF/2002).

1.4.- La forma del negocio jurídico fundacional.

En cuanto a la forma del negocio jurídico fundacional, siendo el mismo un negocio formal, de una parte, en caso de que la constitución de la fundación sea por acto *inter vivos*, constituye una formalidad *ad solemnitatem* la escritura pública, de otra parte; si lo es por acto *mortis causa*, deberá realizarse testamentariamente, cumpliéndose en el testamento los requisitos establecidos para la escritura pública de constitución (artículo 9.3 LF/2002). Ahora bien, si el testador se hubiera limitado a manifestar su voluntad de crear una fundación y a disponer de los bienes y derechos para su dotación, la escritura de constitución en la que se contengan los demás requisitos exigidos por la Ley se otorgará por el albacea testamentario, en su defecto por los herederos testamentarios y, conforme previene el artículo 9.4 LF/2002, en relación con el artículo 43.c) del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, (en adelante, RF), ~~en~~ en el supuesto de que éstos no existieran, o incumplieran dicha obligación, la escritura se otorgará por el Protectorado, previa autorización judicial+.

En este sentido, dice DIEZ-PICAZO que *la* escritura pública de fundación es el requisito sustancial de la constitución de una fundación, por lo que su contenido es objeto de regulación legal³⁸. En efecto, según previene el artículo 10 LF/2002, dicha escritura deberá contener, al menos, las circunstancias personales del fundador o fundadores; la voluntad de constituir una fundación; la dotación, esto es, bienes que se aportan, valoración de los mismos y forma de aportarlos; los Estatutos de la fundación; así como, la designación de las personas que integrarán, si aceptan el cargo, el primer patronato de la fundación.

Por tanto, de acuerdo con el citado artículo 10 LF/2002, dentro del contenido mínimo de la escritura pública de constitución están comprendidos los Estatutos de la fundación, que, en virtud de lo previsto en el artículo 11 LF/2002, deberán contener, al menos, la denominación de la fundación; los fines fundacionales; el domicilio de la fundación, que puede estar ubicado, bien en el lugar en el que radique la sede del patronato, bien en el lugar en que principalmente desarrollen sus actividades, (artículo 5 LF/2002); las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de dichos fines; el órgano de gobierno y representación de la fundación, el cual necesariamente recibirá la denominación de Patronato, (artículo 14.1 LF/2002); la composición, designación, sustitución y cese de sus miembros, las atribuciones y la forma de deliberar y tomar acuerdos del mismo.

Ahora bien, siendo la voluntad del fundador el elemento sobre el que descansa la institución fundacional, la misma estará reflejada en cualquier otra disposición que el fundador haya deseado plasmar en los estatutos de la fundación. En efecto, sin perjuicio del carácter imperativo de determinados preceptos de la LF/2002, reflejado tanto en el artículo 2.2 LF/2002 como en el artículo 11.2 de la misma Ley, *el* conjunto de reglas que rigen las fundaciones dependen de la voluntad de sus fundadores³⁹.

³⁸ DIEZ-PICAZO, L. y GULLON BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I, op. cit., p. 630.

³⁹ REAL PÉREZ, A., *la* voluntad del fundador en Derecho de Fundaciones, Ruiz Ojeda, A., (coord.), *Manual de Fundaciones*. Madrid: Civitas, 1999, p. 69.

En todo caso, el artículo 11.2 LF/2002, que reproduce el artículo 9.2 de la LF/1994, establece que, *Toda disposición de los Estatutos de la fundación o manifestación de la voluntad del fundador que sea contraria a la Ley se tendrá por no puesta, salvo que afecte a la validez constitutiva de aquélla. En este último caso, no procederá la inscripción de la fundación en el correspondiente Registro de Fundaciones, por lo que la fundación en proceso de formación no llegará a nacer como persona jurídica, en tanto en cuanto, la inscripción constituye un requisito de carácter constitutivo.*

A tenor de ello, dice DIEZ-PICAZO, *se acoge así la técnica de la nulidad parcial con sustitución de lo nulo por los preceptos legales correspondientes. En cambio, cuando se trata de la validez constitutiva de la fundación, el efecto de la voluntad contraria prohibida no se califica sino que simplemente se imposibilita que adquiera la personalidad jurídica por no poderse inscribir en el Registro de Fundaciones, que es en realidad la máxima sanción⁴⁰.*

Por tanto, el mencionado artículo 11.2 LF/2002, en tanto en cuanto, *ordena que la fundación se constituya eludiendo parte de la voluntad del fundador, con tal de que lo preceptuado por éste no sea esencial; y si lo es, la fundación no podrá nacer como persona jurídica, representa uno de los límites generales más importantes de la voluntad del fundador⁴¹.*

En este sentido, con fundamento en el respeto a la voluntad del fundador, eje vertebrador de toda la institución, en relación con la causa del negocio jurídico fundacional, DURAN RIVACOBBA considera que la consecuencia jurídica debería ser la frustración del negocio, en vez de la nulidad parcial prevista en el

⁴⁰ DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I, op. cit., p. 631.

⁴¹ REAL PÉREZ, A., *La voluntad del fundador en el Derecho de Fundaciones*, Ruiz Ojeda, A. (coord.), *Manual de Fundaciones* op. cit., p. 71.

(o..) el artículo 9.2 LF/1994+ (esto es, artículo 11.2 LF/2002) *sólo niega la personalidad jurídica a la fundación en la que la voluntad de su creador contraria a la Ley afecte a la validez constitutiva de aquélla*, PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A., *Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador*, Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 120.

D.E.A. (29-6-2009) *EL NACIMIENTO DE LA FUNDACIÓN COMO PERSONA JURÍDICO-PRIVADA EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA* (HENAR PÉREZ CASTAÑO).

artículo 11.2 LF/2002, siempre que el promotor no hubiera creado el ente sin la inclusión de la cláusula en cuestión⁴².

Últimamente MAS BADÍA ha manifestado que el campo operativo de la nulidad parcial en el artículo 11.2 LF/2002 se restringe, (o), a aspectos que no son de mención necesaria en los estatutos o en la escritura⁴³.

⁴² DURAN RIVACOBA, R., *El Negocio Jurídico Fundacional*, op. cit., p. 76-77. En este mismo sentido, véase, CAFFARENA LAPORTA, J., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., p. 84.

⁴³ MAS BADÍA, M^a.D., *Comentarios al artículo 11*; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 292.

2.- LA FUNDACIÓN EN PROCESO DE FORMACIÓN⁴⁴.

Cuando el negocio jurídico fundacional deviene perfecto, acaece una situación jurídica transitoria, dotada de un régimen jurídico propio, (artículo 13 LF/2002 en relación con el artículo 7 RF), en tanto en cuanto el ente fundacional en proceso de formación carece de personalidad jurídica, periodo que finaliza con la inscripción de la escritura de constitución de la fundación en el Registro de Fundaciones, momento en el que la misma adquiere personalidad jurídica.

Por tanto, durante dicha situación de pendencia, el patronato de la fundación en proceso de formación no sólo tendrá que promover la inscripción de la fundación, sino que también deberá realizar los actos indispensables para la conservación del patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la futura fundación, que serán automáticamente asumidos por la fundación cuando esta adquiera personalidad jurídica. En caso de que no se produzca dicha inscripción en el plazo de seis meses, en virtud de lo previsto en el artículo 13.2 LF/2002, dice CAPILLA RONCERO, *los patronos responden solidariamente respecto del patrimonio fundacional y entre sí por las obligaciones contraídas; además, serán cesados por el Protectorado y responden a la fundación de los perjuicios causados*⁴⁵.

La STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 9 de mayo de 2003, entendió que la impugnación por el órgano de gobierno de la resolución administrativa que deniegue la inscripción de la Fundación en el Registro, está comprendida dentro de los actos que no admiten demora sin perjuicio para la fundación⁴⁶.

⁴⁴ CAFFARENA LAPORTA, J., *la fundación en proceso de formación*; MUÑOZ MACHADO, S; CRUZ AMORÓS, M.; DE LORENZO GARCÍA, R. (Directores), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, op. cit., p. 133 y ss.; REAL PÉREZ, A., *las fundaciones en proceso de formación*; Real Pérez, A. (coord.), *Constitución y Extinción de Fundaciones*, op. cit., p. 184 y ss.

⁴⁵ CAPILLA RONCERO, F. et al., *Derecho Civil. Parte General*, op. cit., p. 446. Véase, también, BOQUERA MATARREDONA, J., *Comentario al artículo 13*; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 348 y ss; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Responsabilidad de los patronos de una fundación frente a terceros*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*: Marzo-abril 2001, pp. 721-757.

⁴⁶ Conforme prevé dicha Sentencia, el artículo 13 LF/2002 *5*) autoriza al órgano de gobierno de la fundación para realizar, además de los actos necesarios para la inscripción,

aquéllos que no admitan demora sin perjuicio para la fundación. Desde una concepción amplia inspirada en el principio *pro actione* que deriva del derecho a la tutela judicial efectiva, la impugnación de la resolución administrativa dictada en el procedimiento para la inscripción puede entenderse enmarcada entre tales actos (õ)+. (Fundamento jurídico 2º) (EDJ 2003/220308). En relación con el artículo 13 LF/2002, véase también, la STSJ de Extremadura, la Sala de lo Contencioso-administrativo, de 31 de Octubre de 2006, (EDJ 2006/301517), que hace suya la argumentación jurídica que, en torno a la legitimación activa de la fundación actora, realizó el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Badajoz, en la Sentencia número 115/2006, de 11 de mayo.

3.- LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE FUNDACIONES: ADQUISICIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA POR LA INSCRIPCIÓN EN EL MISMO.

La fundación es persona jurídica desde la inscripción de la escritura de constitución en el Registro de Fundaciones de competencia estatal, inscripción que, a tenor de lo previsto en el artículo 4.1 LF/2002, no podrá ser denegada cuando dicha escritura se ajuste a las prescripciones de la Ley.

Ahora bien, el acto de inscripción no es un acto discrecional de la Administración, sin perjuicio de que para ello sea preceptivo el informe favorable del Protectorado tanto sobre la idoneidad de los fines, como sobre la adecuación y suficiencia de la dotación (artículo 35.1.a) LF/2002 en relación con el artículo 43.b) RF).

En relación con todo ello, en virtud de lo previsto sobre la constitución de fundaciones en la LF/1994, dice la STS, de 4 de julio de 2005, (Sala Tercera), (Pte.: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva), (EDJ 2005/140002), que, %o..) importa subrayar que en la constitución de la fundación es la voluntad de los que la crean la que prevalece. Los artículos 6 a 11 LF/2002⁴⁷ se limitan a prescribir los requisitos de capacidad y de forma que han de observarse a la hora de crearla, insistiendo especialmente en el contenido de la escritura fundacional, de los estatutos y de la dotación patrimonial. Las decisiones correspondientes de los fundadores no están sometidas a control ni supervisión del Protectorado, previéndose como única intervención de la Administración en esta fase la necesaria inscripción en el Registro de Fundaciones (artículos 11 y 36 LF/2002)⁴⁸.

⁴⁷ Véanse los artículos del 8 al 11 LF/2002, ambos inclusive.

⁴⁸ Véanse los artículos 13; 35.1.a) y 36 LF/2002.

La doctrina científica ha manifestado que la personalidad jurídico privada de las fundaciones no queda desvirtuada por el régimen jurídico público aplicable a las mismas⁴⁹.

El proceso de constitución de las fundaciones creadas por iniciativa pública culmina igualmente con la adquisición de personalidad jurídica por las mismas; lo que conduce a la siguiente cuestión: ¿Dichas fundaciones tienen personalidad jurídica pública o privada? La respuesta conlleva consecuencias jurídicas de gran trascendencia, como trataremos sucintamente en el capítulo final dedicado a las mismas.

En relación con ello, a diferencia del Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones del Registro de Competencia Estatal, (en lo sucesivo, RRF/1996), el artículo 11.c) del vigente RRF/2007 prevé expresamente que las fundaciones del sector público estatal, con independencia del ámbito territorial de actuación de las mismas, deberán inscribirse en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal.

Con carácter previo al análisis de la última fase del proceso de constitución de la fundación, procede realizar una breve referencia a la cuestión teórica del substrato al que se atribuye la personalidad en el caso de la fundación.

⁴⁹ A modo representativo de ello, véase DIEZ-PICAZO, L., *Protestad legislativa en materia de fundaciones en España tras la promulgación de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía: Derecho Comparado*; *Las Fundaciones y los Estatutos de Autonomía*, op. cit., p. 71; PIÑAR MAÑAS, J.L., *Las fundaciones y la Constitución Española*; *Estudios Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid: Civitas, 1991, p. 1329; TOMAS Y VALIENTE, F., *Estudio previo*; *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., p. XXXVI.

CAPÍTULO V: EL SUBSTRATO PERSONIFICADO DE LA FUNDACIÓN.

Como manifestamos en el Capítulo II del presente trabajo, las fundaciones, a diferencia de las asociaciones, han sido tradicionalmente caracterizadas como la adscripción de un patrimonio o masa de bienes a uno o varios fines determinados.

Con fundamento tanto en dicha configuración como en el régimen jurídico público aplicable a las mismas, la doctrina científica distinguió en la misma entre elementos materiales y formales. Los primeros serían el propio negocio fundacional, la dotación inicial y el fin al que se adscriben los bienes, elementos formales, por su parte, serían la constitución mediante actos *inter vivos* o *mortis causa* y, en su caso, el acto administrativo de clasificación⁵⁰ y la inscripción en el Registro correspondiente⁵¹.

Con carácter previo a la LF/1994, el TC, recogió, en el Fundamento jurídico 5º de la conocida Sentencia 49/1988, el concepto tradicional de fundación, en tanto en cuanto, definió a la misma como persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general⁵².

A raíz de ello, la doctrina científica manifestó que la definición contenida en el artículo 1.1 de la LF/1994, que concibió las fundaciones como organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés

⁵⁰ La Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849, que fue expresamente derogada por la Disposición derogatoria única de la LF/1994, preveía los requisitos que debían cumplir las fundaciones para clasificarlas como de beneficencia particular; de ahí la referencia al acto de clasificación por parte de dicho autor, cuyo artículo, que data de 1991, es anterior a la citada LF/1994.

⁵¹ PIÑAR MAÑAS, J.L., *Las fundaciones y la Constitución Española*, *Estudios Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, op. cit., p. 1303. Véase, también, DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, *La Persona Jurídica*, op. cit., pp. 297-300; DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, op. cit.

⁵² En opinión de TOMAS Y VALIENTE, el motivo de ello fue que el Tribunal Constitucional, única y exclusivamente, pretendía relacionar y separar las Fundaciones de las Cajas de Ahorro, para lo cual necesitaba decir lo que la comunidad de juristas entiende por unas y otras; por lo que, según dicho autor, el concepto dado por el máximo intérprete de la Constitución fue *atencionadamente tradicional, repetitivo*. TOMAS Y VALIENTE, F., *Estudio previo*, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., p. XXXVIII.

general+, representase un giro radical al resaltar, a diferencia de la concepción tradicional, el elemento organizativo.

En relación con ello, dice TOMAS Y VALIENTE que %el legislador ha sabido enlazar un elemento conceptual novedoso, el del carácter organizativo, con otros más tradicionales, los fines y el patrimonio, en una fórmula acertada que vienen a completar el artículo 2 (fines y beneficiarios) y 3.1 (personalidad jurídica) de la misma Ley+⁵³.

El artículo 2.2 LF/2002 reproduce el citado artículo 1.1 de la LF/1994, excepto que, en vez de %in ánimo de lucro+ dice %in fin de lucro+⁵⁴.

A tenor de todo lo anterior, empero, la respuesta doctrinal a la cuestión del substrato al que se atribuye la personalidad en el caso de la fundación no ha sido unánime.

En opinión de ALBALADEJO GARCÍA, %existen en la fundación: 1.- un conjunto de bienes; 2º adscritos a la consecución de un fin; 3º mediante una determinada organización⁵⁵. Y, frente a ello, las opiniones sobre cuál es el sustrato que se personifica, van desde quienes estiman serlo la unidad ideal formada por esas tres cosas, hasta quienes consideran que lo es sólo una de ellas aisladamente (según unos, los bienes o el patrimonio -la fundación es una *universitas bonorum*-; según otros la organización; según otros el fin -por razones

⁵³ TOMAS Y VALIENTE, %estudio previo+, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., p. XXXVIII. En este sentido, véase, entre otros, PIÑAR MAÑAS, J.L., %Comentario al artículo 1+, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., p. 7; VERDERA SERVER, R., %Comentario al artículo 2+, OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 93.

⁵⁴ A tenor de lo dispuesto en la Disposición Final Primera LF/2002, el artículo 2 y, en interrelación con ello el artículo 3.1, 2 y 3 (fines y beneficiarios) y 4 (personalidad jurídica), forman parte de los artículos que el legislador ha considerado que constituyen las condiciones básicas del derecho de fundación reconocido en el artículo 34 CE, en relación con el artículo 53 CE, por lo que resulta de aplicación general en todo el territorio del Estado al amparo del artículo 149.1.1ª CE, lo cual conlleva consecuencias jurídicas de gran trascendencia como luego desarrollaremos.

⁵⁵ En relación no sólo con la necesidad de que concurren estos tres elementos para que podamos entender que estamos ante una fundación dotada de personalidad jurídica, sino también sobre el debate doctrinal sobre la primacía de uno u otro en Derecho comparado, véase, por todos, BADENES GASSET, R., *Las fundaciones de Derecho Privado*, op. cit., pp. 48-58.

de conveniencia el Ordenamiento jurídico estima al propio fin como un ente capaz de derechos y obligaciones-). Además, las teorías no acaban ahí, porque hay quienes entienden que el soporte de la personalidad lo es la voluntad objetiva del fundador (que formada por éste, en adelante queda subsistiendo como un algo ideal independiente)⁵⁶.

En este sentido, considera REBOLLO ÁLVAREZ que la personalidad jurídica de la fundación no puede residir en el patrimonio, porque éste es más bien objeto de Derecho que sujeto de él. Tampoco puede residir ni en el fin, porque el fin es un concepto abstracto, una idea, la expresión de un afán o de un compromiso, ni en los beneficiarios de la fundación, en tanto en cuanto en el momento en que el ordenamiento jurídico reconoce a ésta la personalidad, los beneficiarios aún no existen, por su carácter genérico e indeterminado⁵⁷.

A tenor de todo ello, de un lado, ALBALADEJO GARCÍA entiende que la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones descansa en la obra que consiste en, sirviéndose de los bienes adscritos, perseguir un fin, mediante la adecuada organización humana⁵⁸.

De otro lado, REBOLLO ÁLVAREZ sostiene que la personalidad jurídica reside en el órgano creado por el fundador precisamente para cumplir el fin fundacional; representa en la realidad una continuación de la personalidad del fundador y es a dicho órgano al que el ordenamiento otorga la representación jurídica de la fundación⁵⁹.

La LF/2002 no ha cerrado el presente debate doctrinal.

⁵⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. Introducción y Parte General*. op. cit., p. 404.

⁵⁷ REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, A., *La nueva Ley de Fundaciones*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 1994, p. 16.

⁵⁸ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, op. cit., p. 404.

⁵⁹ REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, A., *La nueva Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 16.

D.E.A. (29-6-2009) *EL NACIMIENTO DE LA FUNDACIÓN COMO PERSONA JURÍDICO-PRIVADA EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA* (HENAR PÉREZ CASTAÑO).

En efecto, la redacción dada al artículo 4 LF/2002, posibilita que el debate doctrinal continúe abierto, el cual estará, a su vez, condicionado por las circunstancias político-sociales que haya en cada momento histórico.

CAPÍTULO VI: SISTEMAS DE ATRIBUCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA A LAS FUNDACIONES.

1.- INTRODUCCIÓN.

Como hemos comentado anteriormente y, en especial en el Capítulo III del presente trabajo, la cuestión de determinar en qué momento las fundaciones adquieren personalidad jurídica tiene una enorme trascendencia, de ahí que, con carácter previo a desarrollar el régimen jurídico vigente de atribución de la personalidad jurídica, sea necesario abordar la situación preexistente para comprender el actual.

2.- REFERENCIA A LOS SISTEMAS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD A LAS FUNDACIONES.

Los sistemas adoptados por la legislación en orden al reconocimiento de la personalidad jurídica de las fundaciones han sido clasificados, entre otros, por BADENES GASSET⁶⁰ en tres tipos básicos, a saber:

1º.- Sistema de Libre constitución.- La fundación alcanza personalidad jurídica desde el momento en que reúna todos los requisitos legalmente establecidos.

2º.- Sistema normativo.- La adquisición de personalidad jurídica por la fundación supone que los requisitos legalmente previstos han sido constatados por la autoridad pública, tradicionalmente mediante la inscripción en un Registro sin que la misma sea discrecional.

3º.- Sistema de Reconocimiento por concesión.- La personalidad jurídica es atribuida a la fundación por un acto de la autoridad pública correspondiente.

ALBALADEJO GARCÍA, empero, diferencia dos clases⁶¹, a saber, una, el sistema de atribución por concesión y, otra, el denominado reconocimiento genérico el cual comprende tanto la subclase del reconocimiento por libre constitución⁶², como el reconocimiento por disposiciones normativas.

⁶⁰ BADENES GASSET, R., *Las fundaciones de Derecho Privado*, op. cit., p. 79. Véase, también, en este sentido, entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español. Común y Foral*, Tomo I, Volumen II, 11ª edición, Madrid: Reus, 1971, p. 447 a 452.

⁶¹ En este sentido, véase, también, REAL PÉREZ, A., *Las fundaciones en proceso de formación*, REAL PÉREZ, A., (coord.), *Constitución y Extinción de Fundaciones*, p. 158.

⁶² En todo caso, el citado autor sostiene que %igurosamente no es exacta la terminología utilizada, pues lo libre es la adquisición de personalidad; mientras que puede que no haya sido libre la creación de la organización, a la que es atribuida libremente la personalidad+; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, op. cit., p. 389.

3.- LOS SISTEMAS DE ATRIBUCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA A LAS FUNDACIONES CON ANTERIORIDAD A LA LEY 30/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE FUNDACIONES Y DE INCENTIVOS FISCALES A LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN ACTIVIDADES DE INTERÉS GENERAL.

La doctrina científica de forma unánime calificó el panorama jurídico español en relación a las fundaciones, con carácter previo a la LF/1994, como deprimente⁶³. En efecto, a falta de una Ley en esta materia, el operador jurídico debía encontrar las disposiciones aplicables a cada uno de los tipos fundacionales en normas de diferente rango. Ahora bien, como consecuencia de lo previsto en el artículo 34 CE, dicha conveniencia paso a convertirse en un mandato al legislador que finalmente se materializó en la LF/1994.

En efecto, hasta la entrada en vigor de la LF/1994, coexistían en el Ordenamiento Jurídico español un sistema de atribución de personalidad jurídica para las fundaciones benéfico-asistenciales, conforme con el cual era suficiente el negocio jurídico privado de creación de la fundación para que ésta adquiriese personalidad jurídica, junto con el correspondiente a las fundaciones docentes y culturales, en las que, a diferencia de aquéllas, era preceptivo un acto posterior de reconocimiento por parte de la Administración Pública, a través de la inscripción en el Registro.

El fundamento de dicha dualidad estaba en el contenido del artículo 35.1 del CC, según el cual la personalidad jurídica de las %corporaciones,

⁶³ Véase, entre otros, CAFFARENA LAPORTA, J., *Régimen jurídico de las fundaciones*, op. cit., p. 31 y ss.; TOMAS Y VALIENTE, F., %Estudio previo+, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op.cit., p. XXXIII; VERDERA SERVER, R., %Comentario al artículo 1+, OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 43.

En relación con ello, la Exposición de Motivos de la vigente LF/2002 dice: %e..) La Ley 30/1994 puso fin a un régimen regulador de las fundaciones que cabría calificar de vetusto (algunas de sus normas databan de mediados del siglo XIX), fragmentario, incompleto y aun contradictorio+, contenido al que alude expresamente el Fundamento jurídico 3º de la STC número 341/2005, de 21 de diciembre.

asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley⁶⁴ empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

En este sentido, señala PIÑAR MAÑAS, que debía entenderse por constitución válida con arreglo a derecho es lo que no quedaba claro, por lo que se había admitido tanto el régimen privado como el administrativo de adquisición de personalidad⁶⁵.

En todo caso, CAFFARENA LAPORTA⁶⁶, sostuvo que el artículo 35 CC no optó por sistema de atribución de personalidad de tipo alguno para las fundaciones sino que, antes bien, en el mismo se hace una remisión al derecho, término más amplio que el de la ley que se utiliza en el párrafo precedente -de dicho artículo-, y por tanto al resto de las normas del Ordenamiento jurídico sin excepción. De esta manera era posible que la Administración por vía reglamentaria estableciera los requisitos para la constitución de fundaciones⁶⁷. Hoy, teniendo en cuenta los artículos 34 y 53 CE sería más que dudoso que una disposición sin rango de ley pudiese establecer dichos requisitos en base a la remisión que hace el artículo artículo 35 CC. Ahora bien, en opinión de dicho autor, las disposiciones de rango inferior a la Ley anteriores a la CE no habrían sido derogadas por ésta, que, a estos efectos, sólo es aplicable para el futuro⁶⁸.

⁶⁴ Es evidente, dice GARRIDO FALLA, que los redactores del CC tuvieron perfecta conciencia de que con el requisito del interés público se va a hacer imposible que la fórmula fundacional sirva para hacer renacer las vinculaciones tan duramente combatidas por nuestra legislación decimonónica, Comentario al artículo 34 CE, Garrido Falla et al., *Comentarios a la Constitución*, 2ª edición. Madrid: Civitas, 1985, p. 715. En relación con ello, véase, la bibliografía mencionada en el apartado segundo del Capítulo II del presente trabajo.

⁶⁵ PIÑAR MAÑAS, J.L., Comentario al artículo 1, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., pp. 25 y s.

⁶⁶ CAFFARENA LAPORTA, J., Comentario al artículo 35, *Comentarios al Código Civil*. España: Ministerio de Justicia, 1993, p. 238 y s.

⁶⁷ En este mismo sentido, véase, entre otros, GARRIDO FALLA, F., Comentario al artículo 34 CE, op. cit., p. 715 y s.; GÓMEZ-FERRER MORANT, R., La Nueva Regulación de las Fundaciones Culturales Privadas, *Revista de Administración Pública*, enero-abril 1973, nº 70, p. 387.

⁶⁸ De la misma opinión REAL PÉREZ, A., Las fundaciones en proceso de formación..., Real Pérez, A., (coord.), *Constitución y Extinción de Fundaciones*, op. cit., p. 159.

En efecto, en el caso de las fundaciones benéfico-asistenciales, a tenor de lo dispuesto en los artículos 9 y 10 del Real Decreto de 27 de septiembre de 1912, el sistema adoptado era el de libre constitución. Por ende, siendo el negocio jurídico privado de creación de una fundación conforme a derecho, la misma adquiriría personalidad jurídica, sin que fuese necesario ningún acto administrativo adicional de reconocimiento para la atribución de personalidad jurídica.

Por tanto, como señala REAL PÉREZ, la cuestión clave para precisar cuando acaecía el reconocimiento a las fundaciones estribaba tanto en determinar en qué momento quedaba perfecto el negocio jurídico fundacional, como saber qué requisitos había que cumplir a tal efecto⁷⁰.

En todo caso, con anterioridad al Decreto 2930/1972, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de las Fundaciones Culturales Privadas y Entidades Análogas y de los Servicios Administrativos encargados del Protectorado sobre las mismas, dictado al amparo de lo dispuesto en el artículo 137 de la Ley General de Educación, de 4 de agosto de 1970, el régimen jurídico de las Fundaciones benéfico-docentes era muy semejante al de las fundaciones benéfico-asistenciales. A modo representativo de ello, el Considerando 4º de la STS, (Sala de lo Civil), de 23 de junio de 1964, (Pte.: D. Francisco Bonet Ramón), (R.A. 3682/1964) dice:

Que en nuestro derecho, según el Real Decreto de 27 de 1912, en orden a la institución de las fundaciones benéfico-docentes, corresponde al Ministerio de Educación Nacional, conocer su constitución (artículo 7º), entendiéndose constituidas desde que por cualquier modo se acredite su existencia, aunque si estuviesen dotadas con bienes inmuebles o derechos reales, será indispensable la escritura pública (artículo 10), teniendo desde el momento de

⁷⁰ REAL PÉREZ, A., *Las fundaciones en proceso de formación...*, Real Pérez, A. (coord.), *Constitución y Extinción de Fundaciones*, op. cit., p. 161.

su constitución personalidad jurídica con capacidad legal para ejercitar sus derechos y cumplir sus deberes⁷¹.

Ahora bien, en virtud de lo previsto en el artículo 5.2 del Decreto 2930/1972, de 21 de julio, en relación con el artículo 83 del mismo cuerpo normativo, las fundaciones docentes y culturales adquirirían personalidad jurídica por el sistema de reconocimiento por disposiciones normativas. En efecto, a diferencia de las fundaciones asistenciales, no era suficiente con la celebración del negocio jurídico privado conforme a derecho, sino que, según lo establecido en dichos artículos, la inscripción de la Carta Fundacional en el denominado Registro de Fundaciones Culturales Privadas constituía un requisito calificado como esencial para la adquisición por la fundación de personalidad jurídica⁷². Dicha inscripción, dice GÓMEZ-FERRER MORANT, *que supone un acto previo de calificación, implica el reconocimiento por el Estado del interés público de la fundación y su clasificación como fundación cultural privada (artículo 5.1 del Decreto 2930/1972, de 21 de julio)*, sin perjuicio de que dicha inscripción sea, en opinión del mencionado autor, *un acto de mera ejecución del acto de calificación que compete al ministro, por el que decide la procedencia o no de llevarla a cabo, lo que explica que la denegación de la inscripción sea recurrible ante el propio ministro (artículos 85.2 y 103.4 del Decreto 2930/1972, de 21 de julio)*⁷³.

VILASECA MARCET, a tenor de lo contenido en el artículo del Decreto 2930/1972, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de las Fundaciones Culturales Privadas y Entidades Análogas y de los Servicios Administrativos encargados del Protectorado sobre las mismas, empero, considera que, *estos requisitos formales, configurados por el Reglamento como constitutivos de la personalidad jurídica se hallan (...), en abierta contradicción*

⁷¹ Sobre ello, véase, el análisis realizado por PIÑAR MAÑAS, J.L., *Régimen Jurídico de las Fundaciones: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, España: Ministerio de Asuntos Sociales, 1992.

El RF, que ha desarrollado la LF, ha derogado expresamente el RFC, así como el RRF/1996.

⁷² Véase, a modo representativo, el Fundamento Jurídico 6º de la STS, de 22 de marzo de 1983, (Sala de lo Civil), (EDJ 1983/1849).

⁷³ GÓMEZ-FERRER MORANT, R., *La nueva Regulación de las Fundaciones Culturales Privadas*, *Revista de Administración Pública*, op. cit., p. 388 y s.

con el CC y desbordan la autorización para publicar el Reglamento contenido en el artículo 137 de la Ley General de Educación y, por tanto son, en opinión del referido autor, completamente nulos y no pueden ser tenidos en cuenta por los Tribunales, pudiendo además ser específicamente revocados por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁷⁴.

Por tanto, mientras que, con relación a las Fundaciones benéfico-docentes, a tenor de lo previsto tanto en el artículo 7, como en el artículo 8.b) del mencionado *Real Decreto de 27 de septiembre de 1912*, la Administración podía intervenir en dos momentos, esto es, con GÓMEZ-FERRER MORANT, el de su institución -posibilidad de prohibirlas- y el de su clasificación, una vez constituidas, la intervención de la misma en las Fundaciones Culturales, conforme con lo dispuesto en el artículo 5.2 y 83 del Decreto 2930/1972, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de las Fundaciones Culturales Privadas y Entidades Análogas y de los Servicios Administrativos encargados del Protectorado sobre las mismas, es mayor en cuanto que debe existir necesariamente un acto de reconocimiento inscrito en un Registro administrativo para que surja la personalidad jurídica de la fundación, siendo la causa de este mayor intervencionismo de la Administración en las Fundaciones Culturales Privadas, en opinión de dicho autor, la derogación de las leyes desamortizadoras en cuanto afectasen a las mismas⁷⁵.

⁷⁴ VILASECA y MARCET, J.M., *Fundaciones Culturales Privadas*, *Revista Jurídica de Cataluña*: Abril-junio 1973, p. 329 y s.

⁷⁵ GÓMEZ-FERRER MORANT, R. *La nueva Regulación de las Fundaciones Culturales privadas*, *Revista de Administración Pública*, op.cit., p. 389.

Véase, también, PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, *Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador*, op. cit., p. 126 y s.

De ahí que, a tenor de todo ello, por ejemplo, ALBALADEJO GARCÍA, manifestase: *Las fundaciones, antes del Reglamento de 21 de julio de 1972 (o), adquirirían personalidad, todas ellas por el sistema de libre constitución, y nacían directa e inmediatamente del acto por el que se disponía esta constitución (o) salvo si tal acto se realizó en testamento, en cuyo caso, el nacimiento tenía lugar a la muerte del testador. (o) Mas, después de dicho Reglamento, las culturales se constituyen cuando se otorga en escritura pública la carta fundacional (o) que aquel Reglamento exige (artículo 6), y que la personalidad sólo se les concede cuando, ya constituidas, se inscriben en el Registro correspondiente (artículo 83, número 1, y 5, número 2), ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, op. cit.*

4.- EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE FUNDACIÓN.

4.1.- Sobre el concepto de fundación contenido en el artículo 34 de la Constitución.

La tramitación parlamentaria del derecho de fundación no fue una cuestión pacífica porque, principalmente en opinión del Grupo parlamentario socialista, podía dar cabida a las vinculaciones familiares⁷⁶

El artículo 34 CE finalmente consagró el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley, sin perjuicio de que, en virtud de lo establecido en el apartado 2 de dicho precepto constitucional, deba aplicarse también a las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22 CE, referido a aquellas entidades que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos, las cuales serán consideradas como ilegales, pudiendo ser disueltas o suspendidas mediante resolución judicial motivada⁷⁷.

En relación con ello, el TC, en la citada Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, (Pleno), (Pte. Ángel Latorre Segura), tuvo ocasión de abordar la naturaleza

⁷⁶ Sobre la tramitación parlamentaria del derecho de fundación, véase, MARTÍN RETORTILLO, L., *Fundaciones: Sólo para fines de interés general*, *Materiales para una Constitución*, Madrid: Akal, 1984, p. 183 y ss.

⁷⁷ Para un estudio completo del artículo 34 CE, véase, GARCIA DE ENTERRIA, E. *Constitución, Fundaciones y Sociedad Civil*, *Revista de Administración Pública*, Mayo-agosto 1990, nº 122; GARRIDO FALLA, F., *Comentario al artículo 34 de la Constitución*, op. cit.; MUÑOZ MACHADO, S., *La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en Materia de Cultura*, España: Ministerio de Cultura, 1982; PIÑAR MAÑAS, J.L., *Las fundaciones y la Constitución Española*, *Estudios Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, op. cit.

La doctrina civilista también ha resaltado la trascendencia del reconocimiento del derecho de fundación como derecho constitucional. En este sentido, véase, entre otros, CAFFARENA LAPORTA, J., *Comentario al artículo 35 CC*, *Comentarios al Código Civil*, op.cit.; CARRANCHO HERRERO, M^a.T., *La Constitución de fundaciones*, op. cit., p. 181 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Las Fundaciones en la Constitución Española*, *Anuario de Derecho Civil: Tomo XXXVI*, julio-septiembre 1983; REAL PÉREZ, A., *Las fundaciones en proceso de formación*, *Comentario al artículo 11 de la Ley 30/1994, de fundaciones*, Real Pérez, A., (coord.), *Constitución y Extinción de Fundaciones*, op. cit., p. 155; VERDERA SERVER, R. *Comentario al artículo 1*, OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 44 y ss.

jurídica de las fundaciones al hilo de analizar unos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la legislación estatal de las Cajas de Ahorro. Los recurrentes, con el fin de impugnar la totalidad de dicha legislación, alegaron la vulneración del artículo 34 CE, en relación con el artículo 53.1 CE, al no respetarse el contenido esencial del derecho de fundación. El TC examina, entre otros, la naturaleza privada y fundacional de las Cajas de Ahorro y, en lo relativo al carácter fundacional de las Cajas de Ahorro, el Tribunal Constitucional manifestó que el artículo 34 CE ~~se~~ refiere sin duda al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general+ (Fundamento jurídico 5º)⁷⁸, rasgo este último del que deriva la necesaria intervención administrativa⁷⁹.

El derecho de fundación figura en el texto constitucional detrás del artículo 33 CE que hace referencia a la propiedad privada y a la herencia.

Por consiguiente, ~~ello~~ permite entender+ -dice la STC 49/1988, de 22 de marzo- que el derecho de fundación ~~es~~ una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados+ (Fundamento Jurídico 5º) y, para TOMAS Y VALIENTE ello quiere decir ~~no~~ sólo que quedan excluidas las fundaciones familiares, las vinculaciones privadas y el renacimiento de las ~~manos muertas~~+, sino también que el derecho de fundación es un derecho de libertad, de libre disposición de la propiedad, para dar cumplimiento a la función social de este derecho+⁸⁰.

⁷⁸ Sobre el concepto de fundación, véase, igualmente, lo desarrollado en el Capítulo VI del presente trabajo, en el que, entre otros, consta la opinión de TOMAS Y VALIENTE en torno al por qué el Tribunal Constitucional dio dicho concepto de fundación.

⁷⁹ En relación con ello, véase, de un lado, la STC 341/2005, de 21 de diciembre, la cual, además, alude al concepto de fundación señalado en la STC 49/1988, (Fundamento Jurídico 4º), de otro lado, las Sentencias del TS, (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 20 de diciembre de 2003, (Fundamento Jurídico 6º), (EDJ 2003/202123) y de 4 de julio de 2005, (Fundamento Jurídico 5º), (EDJ 2005/140002).

⁸⁰ TOMAS Y VALIENTE, F. ~~Estudio previo~~+, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid: Marcial Pons, 1995, p. XXVII.

En relación con ello, empero, CAFFARENA LAPORTA concibe el derecho de fundación como una manifestación de la facultad de libre disposición del propietario sobre sus bienes, sin que resalte, en dicha concepción, que el citado derecho sea también expresión del cumplimiento por el fundador del fin social de la propiedad⁸¹.

4.2.- Las garantías del derecho constitucional de fundación.

Tratándose el derecho de fundación de uno de los derechos reconocidos dentro de la Sección Segunda, *De los Derechos y Deberes de los ciudadanos*, del Capítulo Segundo, *Derechos y Libertades*, del Título I, *De los Derechos y Deberes Fundamentales*, debe aplicarse lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 53 CE, que establece que, *Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)*, lo que supone, para los derechos reconocidos en los artículos 14 a 38 CE, entre los que está el presente derecho de fundación, las siguientes garantías:

a) La eficacia directa de los derechos fundamentales.- En efecto, con la STC 80/1982, de 20 de diciembre, Sala Segunda, (Ponente: D. Francisco Tomás y Valiente), *o.*) Decisiones reiteradas (...) han declarado ese indubitable valor de la Constitución como norma. Pero si es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los artículos 39 a 52 en los términos del artículo 53.3 CE, no puede caber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador) de los artículos 14 a 38, componentes del Capítulo Segundo del Título Primero, pues el párrafo primero

Sobre la función social del Derecho, véase, por todas, la STC 37/1987, de 26 de marzo.

⁸¹ CAFFARENA LAPORTA, J. *Comentario al artículo 35*, *Comentarios al Código Civil*, op. cit., p. 238.

del artículo 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho Capítulo vinculan a todos los poderes públicos (Fundamento Jurídico 1º).

b) La reserva de Ley. El derecho de fundación es un derecho constitucional pero de configuración legal.

La reserva de ley, que tiene carácter de absoluta⁸², supone, de un lado, una ley con rango de ordinaria⁸³ que, ciertamente, no excluye la posibilidad de que la misma contenga remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador⁸⁴.

De otro lado, no se trata de una reserva de ley de carácter estatal, sino que también cabe la regulación por ley autonómica, al haber asumido las Comunidades autónomas competencias en materia de fundaciones, aunque no

⁸² A modo representativo, véase, la STC 60/1986, de 20 de mayo, Fundamento jurídico 2º.

⁸³ Previamente a la aprobación de la LF/1994, la doctrina científica, a tenor de lo dispuesto en el artículo 81 CE, en relación con el artículo 53 CE, debatió en torno a qué rango de ley exigía el desarrollo del derecho constitucional de fundación. Sobre la necesidad de Ley con rango de orgánica, por ejemplo, HERRERO DE MIÑÓN, M., *La regulación de las Fundaciones en los Estatutos de Autonomía: Visión General*; *Las Fundaciones y los Estatutos de Autonomía*, op. cit., p.35. La STC 76/1983, de 5 de agosto, (Pleno), motivó la terminación de dicho debate doctrinal porque, a tenor de la delimitación dada al artículo 81.1 CE por el Tribunal Constitucional en dicha Sentencia, la ley que desarrollase el derecho de fundación debía tener rango de ordinaria.

En todo caso, PIÑAR MAÑAS afirma que hay ciertos aspectos relacionados con las fundaciones cuya regulación exige ley orgánica. Se trata, sin embargo, de algo que no deriva del artículo 34 en relación con el artículo 53.1 CE, sino del artículo 34.2 en relación con el 22, números 2 y 4, y éstos, a su vez, en relación con el 81, todos ellos también de la Constitución, en *Las fundaciones y la Constitución Española*; *Estudios Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, op. cit., p. 1320. En contra de esta última consideración, VERDERA SERVER, quien ha afirmado que ni siquiera se precisa ley orgánica por lo que se refiere a la disolución y suspensión de las fundaciones (artículos 34.2 y 22.4 CE), *Comentario al artículo 2*; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 48.

⁸⁴ STC número 83/1984, de 24 de julio, (Pte.: Rubio Llorente), Fundamento jurídico 4º.

Véanse, también, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 42/1987, de 7 de abril, (Fundamento Jurídico 2º); 292/2000, de 30 de noviembre, (Fundamento Jurídico 7º); 52/2003, de 17 de marzo, (Fundamento Jurídico 7º); 16/2004, de 23 de febrero, (Fundamento Jurídico 3º).

todas tienen el mismo alcance competencial, como desarrollaremos posteriormente⁸⁵.

Ahora bien, la legislación de desarrollo de los derechos y libertades establecidos en el Capítulo Segundo del Título Primero CE tendrá que respetar, en todo caso, su contenido esencial.

El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado expresamente sobre el contenido esencial del derecho de fundación, pero sí ha definido qué entiende por contenido esencial. En efecto, con la conocida STC 11/1981, de 8 de abril, (Pleno), (Pte.: D. Luis Díez Picazo y Ponce de León), constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizado, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. Por ende, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección⁸⁶ (fundamento jurídico 8º).

⁸⁵ Sobre la posibilidad de regular esta materia por ley autonómica, véase, en especial, la STC 85/1984, de 26 de julio.

⁸⁶ Es decir, dice PRIETO SANCHIS, no es todo el contenido, sino sólo una parte, aquella que resulta imprescindible para que el derecho fundamental no deje de existir o se transforme en algo distinto, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Madrid: Debate, 1990, p. 146.

En todo caso, el TC entendió en dicha Sentencia que, los dos caminos propuestos para tratar de definir el contenido esencial de un derecho subjetivo no son ni alternativos ni antitéticos sino, antes bien, complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse (Fundamento Jurídico 8º)⁸⁷.

La garantía del contenido esencial supone un límite a la potestad legislativa de regulación de los derechos fundamentales que no son ilimitados.

En efecto, el TC afirmó en la conocida Sentencia 11/1981, de 4 de abril, (o..) el movimiento pendular entre la amplitud y la generosidad o la restricción vuelve a ser una decisión política que tiene que adoptar el legislador ordinario sin más límite que los que el derecho fundamental tenga, pues ningún derecho, ni aún los de naturaleza constitucional o carácter constitucional, como el derecho de fundación, pueden considerarse como ilimitados (Fundamento Jurídico 7º)⁸⁸.

En este sentido, con el Fundamento de Derecho 5º de la STC 2/1982, de 29 de enero, (Sala Primera), (Pte.: D. Rafael Gómez-Ferrer Morant), Todo derecho tiene sus límites que, (...) como ya había afirmado la STC 11/1981, en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger

⁸⁷ Sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales en relación con los límites a los mencionados derechos, véanse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 196/1987, de 11 de diciembre, (Fundamento Jurídico del 4º al 6º, ambos inclusive); 120/1990, de 27 de junio, (Fundamento Jurídico 8º); 137/1990, de 19 de julio, (Fundamento Jurídico 6º); 57/1994, de 28 de febrero, (Fundamento Jurídico 6º); 18/1999, de 22 de febrero, (Fundamento Jurídico 2º); 292/2000, de 30 de noviembre, (Fundamento Jurídico 11º); 281/2005, de 7 de noviembre, (Fundamento Jurídico 6º).

⁸⁸ Véanse, también, las Sentencias del TC 159/1986, de 16 de diciembre, (Fundamento Jurídico 2º); 20/1990, de 15 de febrero, (Fundamento Jurídico 6º); 110/2000, de 5 de mayo, (Fundamento Jurídico 8º); 46/2002, de 25 de febrero, (Fundamento Jurídico 5º).

o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos⁸⁹.

En relación al contenido esencial del derecho de fundación, VERDERA SERVER ha manifestado que por las propias características de la fundación (y su carencia de base asociativa), acaso pueda pensarse que el contenido fundamental de este derecho se manifieste en la libertad de creación y en la libertad de organización y funcionamiento internos⁹⁰, sin que comprenda dentro del mismo, el respeto a la voluntad del fundador, a diferencia, por tanto, de PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ⁹¹, cuya concepción está directamente relacionada con la garantía institucional del derecho de fundación reconocida en el artículo 34 CE⁹².

En efecto, el derecho de fundación es un derecho constitucional, lo que supone que el legislador debe respetar su contenido esencial, no sujetándolo a limitaciones que lo conviertan en una mera proclama⁹³ción teórica⁹³, sino que

⁸⁹ Por tanto, dice PAREJO ALFONSO, la concreción de la naturaleza del contenido esencial requiere su exacta identificación entre los diversos límites que operan sobre los derechos fundamentales, *Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional+ Revista Española de Derecho Constitucional*. 1981, nº 3, p. 174.

⁹⁰ VERDERA SERVER, R. *Comentario al artículo 1+*, OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.). *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 49.

⁹¹ De acuerdo a la configuración de lo que debe entenderse por contenido esencial de un derecho, y en particular el contenido esencial del derecho de fundación cualquier intento del legislador o de la Administración dirigido a restringir de tal manera la voluntad del fundador que la hiciese impracticable, la dificultase más allá de lo razonable o la despojase de la necesaria protección+, PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A., *Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador*, op. cit., p. 91.

⁹² Las garantías institucionales son, dice ALZAGA VILLAAMIL, con referencias con finalidad garantista que la Constitución formula en pro de una organización o institución. Las garantías institucionales no tienen naturaleza de un derecho subjetivo, sino que simplemente son mecanismos de garantía para asegurar la existencia con ciertas notas o condiciones de una institución u organización (õ). La garantía institucional supone la protección de una determinada organización y de sus aspectos esenciales aunque no necesariamente de la forma, organización y alcance que tenga en un momento dado, de forma que su evolución por mandato de la Ley no necesariamente violará la garantía institucional con que la ampara la CE+, ALZAGA VILLAMIL, O. et al., *Derecho Político español según la Constitución de 1978*, Volumen II, 3ª edición, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 47.

⁹³ Con el Fundamento de Derecho 4º de la STC 26/1987, de 27 de febrero.

En relación con ello, véase, entre otros, AGUIAR DE LUQUE, L., *Los límites de los Derechos Fundamentales+*, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 14, 1993, pp. 9-34; BAÑO LEÓN, J.M., *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en*

constituye también una garantía institucional, a través de la que queda protegido el núcleo básico de la institucional fundacional.

c) El control de constitucionalidad de las leyes de desarrollo.- En virtud de la remisión efectuada por el artículo 53.1 CE al artículo 161.1.a) CE, cualquier ley puede ser sometida al juicio de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Por último y, a diferencia de otros derechos comprendidos en el Capítulo II del Título I de la CE, el derecho de fundación no figura entre los derechos susceptibles de suspensión en caso de acordarse la declaración de estado de excepción o de sitio (artículo 55.1 CE).

4.3.- En torno a la posibilidad de intervención administrativa en el momento de constitución de la fundación.

A tenor de las referidas garantías de los derechos reconocidos en los artículos 14 a 38 CE, las cuales traen causa de lo dispuesto en el artículo 53.1 CE, acaeció un debate doctrinal sobre la posibilidad de intervención administrativa en el momento de constitución de las fundaciones.

De un lado, GARCÍA DE ENTERRIA representó la postura contraria a dicha intervención administrativa. En opinión de dicho autor, entendiendo el derecho de fundar como *el* derecho subjetivo de establecer una organización con personalidad jurídica a cuyo sostenimiento se afecta un patrimonio de forma permanente y cuyos fines han de ser necesariamente de interés general, (o) la constitución del ente sale de la propia decisión del fundador, ejercitando un derecho fundamental+. Por ello, el acto de clasificación previsto en el Decreto 2930/1972, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de las Fundaciones Culturales Privadas y Entidades Análogas y de los Servicios

la Constitucional española+, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 24, 1988, pp. 155-179; PIÑAR MAÑAS, J.L. *Las fundaciones y la Constitución Española+*, *Estudios Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, p. 1.314 y ss.

Administrativos encargados del Protectorado sobre las mismas, ~~ha~~ pasado a ser, pues, un acto declarativo. Así lo había dicho el Tribunal Supremo, en alguna ocasión, cuanto más hoy en base al artículo 34 CE⁹⁴.

De otro lado, empero, dice CAFFARENA LAPORTA, ~~no~~ mientras que el artículo 22 CE dispone para las asociaciones la obligación de inscribirse en un registro pero ello a los solos efectos de publicidad, nada establece al respecto el artículo 34 CE, que en este tema deja las manos libres al legislador⁹⁵.

Finalmente, la ley que desarrolló el derecho constitucional de fundación optó por el carácter constitutivo de la inscripción registral para la adquisición de la personalidad jurídica por las fundaciones, sin que, en todo caso, la tramitación parlamentaria del proyecto de ley fuese pacífica en esta cuestión, como veremos a continuación.

⁹⁴ GARCÍA DE ENTERRIA, E. *Constitución, Fundaciones y Sociedad Civil*, op. cit., p. 245 y ss.

⁹⁵ CAFFARENA LAPORTA, J. *Comentario al artículo 35 CC*, *Comentarios al Código Civil*, op. cit., p. 238. En este sentido, también, PIÑAR MAÑAS, J.L. En todo caso, a tenor del contenido del derecho constitucional de fundación, en relación con el artículo 3 LF/1994, lo que ~~es~~) puede resultar inconstitucional es el uso que el Protectorado haga de su potestad de inscribir, *Comentario al artículo 3*, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., p. 27.

5.- LA ATRIBUCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA LEY 30/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE FUNDACIONES Y DE INCENTIVOS FISCALES A LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN ACTIVIDADES DE INTERÉS GENERAL.

5.1.- Introducción.

La LF/1994, no sólo reguló el derecho de fundación, sino que también, como consta en su Exposición de Motivos, procedió a la acomodación de la regulación de las fundaciones a la CE y a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Ahora bien, la tramitación parlamentaria de la que resultó la citada LF/1994, no fue pacífica, sino que reflejó igualmente la consideración jurídico social que cada Grupo Parlamentario tenía en torno a la institución fundacional.

De ahí que la tramitación del artículo 3 del Proyecto de Ley, dedicado a la personalidad jurídica, no fue ajeno a ese debate, sino que, antes bien, dicho artículo fue objeto de un considerable número de enmiendas que estuvieron motivadas por la concepción que cada Grupo parlamentario tenía no sólo en relación con el sistema de atribución de personalidad jurídica que debía contemplarse, sino también sobre la propia concepción de la institución fundacional⁹⁶.

⁹⁶ Por ejemplo, durante el debate del Dictamen, a la vista del Informe de la Ponencia, del Proyecto de Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la participación privada en actividades de interés general, el representante del Grupo parlamentario Popular afirmó: %a enmienda 248, -enmienda al artículo 3 de dicho proyecto- (õ), es una enmienda de calado. Consideramos a través de esta enmienda que las fundaciones deben adquirir la personalidad jurídica desde su constitución válida, a diferencia de lo que dice el proyecto, que le reconoce la personalidad jurídica desde la inscripción de su escritura de constitución. De la posición que se adopte respecto a esta enmienda se deriva la posición que se tenga respecto de las fundaciones. Nuestra enmienda considera que el derecho de fundar es un derecho de libertad, es un derecho de las personas, es un derecho de los ciudadanos, y así viene reconocido en la Constitución, mientras que el texto del Gobierno lo lleva a una concesión administrativa. Sólo en el caso de que se produzca la inscripción -bien es verdad que la inscripción viene reglada- se tendrá personalidad jurídica (...).

A lo que el representante del Grupo Parlamentario Socialista contestó: %õ) No admitiríamos la 247 -a través del que el Grupo Parlamentario popular proponía cambiar el

En este sentido, de un lado, el Grupo Popular presentó enmiendas al artículo 3 del Proyecto de ley citado mediante las que proponía que el sistema de atribución de personalidad jurídica que debía adoptarse debía ser el de libre constitución frente al de inscripción constitutiva que constaba en el Proyecto⁹⁷.

De otro lado, el Grupo Mixto-ERC propuso la inscripción obligatoria pero no constitutiva, justificándolo en que la inscripción registral tiene carácter excepcional en el Ordenamiento jurídico español

En efecto, el Grupo Mixto-ERC presentó en el Congreso la enmienda número 68 de modificación al artículo 3 con el siguiente contenido:

1.- Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde el momento en que, conforme a la ley, hayan sido válidamente constituidas mediante carta fundacional o escritura pública, que se inscribirá en el Registro de Fundaciones.

2.- La voluntad fundacional manifestada en testamento ha de ser cumplida por las personas designadas por el fundador, quienes deberán completarla con los requisitos exigidos para toda Fundación, otorgar la carta fundacional y solicitar su inscripción en el Registro de Fundaciones. Si no lo hicieren así, su omisión será suplida por el Protectorado

3.- Sólo las fundaciones inscritas en dicho Registro podrán utilizar la denominación de fundación+

La justificación de la enmienda radicó en que en el sistema jurídico español, sólo excepcionalmente la inscripción registral es constitutiva de la personalidad jurídica o del nacimiento de un derecho. Y en el caso de la creación

epígrafe del artículo de ~~Personalidad jurídica~~ a ~~Personalidad jurídica~~ y denominación para adecuar el epígrafe a los dos apartados del artículo- ni estaríamos de acuerdo con la 248 que insiste en el registro. Creemos que el registro es una garantía (õ). La mayor claridad se da si la fundación está constituida desde el momento del registro, y no desde el momento de cualquier otro acto particular. (Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, Comisiones, número 214, de 24 de mayo de 1994. (Boletín Oficial de las Cortes Generales serie A, número 39-1. Número de expediente 121/000025).

⁹⁷ A modo representativo de la postura del Grupo Parlamentario Popular, propuso, tanto en el Congreso de los Diputados (enmienda número 248), como en el Senado, (enmienda número 154), una enmienda de modificación al apartado 1 del artículo 3, con el fin de que tuviese la siguiente redacción: ~~Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde el mismo momento de su constitución válida, con arreglo a lo previsto en el capítulo siguiente+~~, justificándolo en que dicho sistema respondía mejor a la naturaleza privada del negocio fundacional y era el que contaba con mayor tradición en el Derecho español. (Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, 16 de marzo de 1994, Serie A, número 39-7, p.106).

de fundaciones queda suficientemente protegida su entidad por: a) La obligatoriedad de su inscripción posterior a su nacimiento y adquisición de personalidad mediante la carta fundacional en escritura pública; b) la prohibición de denominarse Fundación sin dicha inscripción obligatoria; c) La imposibilidad de obtener cualquier beneficio fiscal de los contemplados en este proyecto de ley; d) La acción vigilante del Protectorado⁹⁸.

El Proyecto de Ley fue finalmente aprobado con modificaciones, ninguna de las cuales afectó al sistema de atribución de personalidad por el que había optado el Gobierno en el Proyecto de Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.

5.2.- La adquisición de la personalidad jurídica en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.

A tenor de lo previsto en el apartado 1 del artículo 3 de la LF/1994, la doctrina científica mayoritaria consideró que dicha Ley optó por el sistema de reconocimiento de la personalidad por disposiciones normativas⁹⁹.

⁹⁸ Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, 16 de marzo de 1994, Serie A, número 39-7, p.53.

Sobre la tramitación parlamentaria de la LF/1994, véase, en especial: ATIENZA NAVARRO, M^a.L., *Comentario al artículo 4+*; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 140; MORILLO GONZÁLEZ, *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 235 y s; PIÑAR MAÑAS, J.L., *Comentario al artículo 3+*, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., p. 27 y s.

⁹⁹ ~~Re~~ Reconocimiento de personalidad por disposiciones normativas con requisito de registro o similar sería, a mi juicio, el sistema a propugnar~~+~~; opinó CAPILLA RONCERO con anterioridad a la LF/1994, sin que la actuación administrativa pueda ser discrecional, *La Persona Jurídica. Funciones y Disfunciones*, op. cit., p. 141.

Con motivo de la LF/1994, MORILLO GONZÁLEZ estimó que la misma optó por el sistema de disposiciones normativas complementado con la inscripción en un registro público~~+~~; ~~el~~ *proceso de creación de una fundación+* op. cit., p. 227; REAL PÉREZ, A., manifestó que dicha Ley ~~ha~~ generalizado el sistema de reconocimiento por disposiciones normativas para todas las fundaciones que se constituyan a partir de su entrada en vigor~~+~~; a diferencia, por tanto, del distinto régimen jurídico existente con anterioridad a la LF/1994, como se ha visto anteriormente, ~~las~~ *fundaciones+*; Real Pérez, A., (coord.), *Constitución y Extinción de Fundaciones*. op. cit., p. 150. En contra, ATIENZA NAVARRO, M^a. L., *Comentario al artículo 4+*; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 144; CARRANCHO HERRERO, M^a.T^a, ~~ha~~ *Constitución de fundaciones+* op. cit., p. 175.

En este sentido, el apartado 1 del artículo 3 de dicha Ley preveía que:

Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones. La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la Ley.

Ahora bien, el artículo 36.2 de la LF/1994, supeditó dicha inscripción a la emisión de un informe favorable por el Protectorado en relación tanto con la persecución de fines de interés general, como con la suficiencia de la dotación.

La doctrina científica tampoco fue unánime con respecto a la intervención administrativa prevista en el momento de creación de la fundación según lo previsto en dicha Ley.

De esta manera, de un lado, CARRANCHO HERRERO, abogó por el sistema de libre constitución, en tanto en cuanto, entendió que la voluntad del fundador válidamente manifestada debería ser suficiente para crear fundaciones. Por tanto, consideró que la intervención administrativa contenida en la LF/1994, como requisito previo a la inscripción de las mismas en el Registro, esto es, la emisión de un informe favorable por el protectorado, o, incluso, la propia inscripción, son contrarios al espíritu del artículo 34 de la Constitución, que proclama la libertad de fundar¹⁰⁰.

De otro lado, PAU PEDRON, atendiendo a la diferente naturaleza del derecho de asociación (artículo 22 CE), en relación con el derecho de fundación (artículo 34 CE) consideró que frente a la limitación impuesta al control administrativo en la creación de asociaciones -deberán inscribirse a los solos efectos de publicidad+ (artículo 22 CE)-, ha permitido que la ley exija el control

¹⁰⁰ CARRANCHO HERRERO, M^a. T., *La Constitución de fundaciones*, op. cit., p. 191 y s.

registral como requisito para la creación de fundaciones. La eficacia constitutiva de la inscripción excluye todo margen de discrecionalidad¹⁰¹.

En relación con ello, la STC 14/1995, de 24 de enero, (Pleno), (Pte.: D. Miguel Rodríguez Piñero), **siendo la atribución de personalidad una técnica de origen y confirmación legal (...)**¹⁰², (Fundamento Jurídico Tercero), corresponderá, por tanto, a la ley establecer el correspondiente sistema de atribución respetando, claro está, conforme con todo lo desarrollado, el contenido esencial del derecho constitucional de fundación.

Por último, a tenor de lo establecido en el apartado 1 de la Disposición Final Primera de la LF/1994, que reguló el ámbito de aplicación de la ley, el artículo 3, entre otros, era de **directa aplicación en todo el Estado**, en tanto en cuanto está comprendido dentro de **las condiciones básicas del derecho de fundación**, empero, el artículo 36.2 de dicha Ley no estuvo comprendido dentro de ninguno de los apartados de dicha Disposición Final, por lo que fue de aplicación únicamente a las fundaciones de competencia estatal.

En consecuencia, si alguna de las leyes autonómicas de fundaciones promulgadas antes de la entrada en vigor de la Ley estatal 30/1994 contuviera un sistema distinto del instituido por esta última para el otorgamiento de personalidad a las fundaciones, habría quedado sustituido por el previsto en dicha Ley¹⁰³; en lo concerniente exclusivamente, al artículo 3 de la LF/1994.

¹⁰¹ PAU PEDRÓN, A. **El Registro de Fundaciones**, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 1997, p. 18. En este sentido, también, véase, PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A. *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, op. cit., p. 94.

¹⁰² La negrita es nuestra. Véase, CAPILLA RONCERO, F. et al., *Derecho Civil. Parte General*, op. cit.

¹⁰³ REAL PÉREZ, A., **Las fundaciones en proceso de formación**, Comentario al artículo 11 de la Ley 30/1994, de fundaciones, Real Pérez, A., (coord.), *Constitución y Extinción de Fundaciones*. op. cit., p. 165 y s.

***CAPÍTULO VII: LA ATRIBUCIÓN DE LA PERSONALIDAD
JURÍDICA EN LA LEY 50/2002, DE 26 DE DICIEMBRE,
DE FUNDACIONES.***

1.- INTRODUCCIÓN.

Como se ha visto al comienzo del presente trabajo, la LF/2002 aborda la regulación sustantiva y procedimental de las fundaciones pero no su régimen tributario, el cual se halla regulado separadamente en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin fines lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo, que ha sido reglamentada por el Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

A tenor de lo previsto en su Exposición de Motivos, la LF/2002 tiene un triple objetivo, a saber:

- a) Reducir la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de las fundaciones.
- b) Flexibilizar y simplificar los procedimientos, en especial los de carácter económico y financiero.
- c) Dinamizar y potenciar el fenómeno fundacional como medio a través del cual la sociedad civil participa junto con los poderes públicos en la consecución de fines de interés general.

En relación con ello, a diferencia de la LF/1994, la vigente LF/2002 no tiene como uno de sus objetivos la acomodación de esta materia a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, lo que podría inducir a pensar que la misma ya no es una cuestión controvertida, lo que no se ajusta ni a la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley del que resultó la LF/2002, ni a la realidad, como luego veremos.

En todo caso, la Exposición de Motivos de la LF/2002 dice sobre ello: *En una Ley como la presente, donde se contienen preceptos reguladores de las*

fundaciones de competencia estatal junto a otros dirigidos a todas las fundaciones, resulta de capital importancia efectuar una delimitación precisa de los distintos tipos de normas, para tratar de evitar, precisamente, eventuales conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

La adecuación del sistema de adquisición de la personalidad jurídica por las fundaciones a los objetivos de la LF/2002, podrían haber llevado a que el legislador hubiese optado por el sistema de libre constitución, empero, dicha cuestión ni estuvo presente en la tramitación del Proyecto de Ley, ni finalmente acaeció.

En efecto, la LF/2002 no ha representado un giro radical en lo relativo a la atribución de la personalidad jurídica a las fundaciones, sino que, antes bien, dicha Ley ha sido fiel a lo dispuesto en la LF/1994, como luego veremos.

Como hemos comentado, a diferencia de lo sucedido durante la tramitación parlamentaria del artículo 3 del Proyecto de Ley de la que resultó la LF/1994, cuya tramitación reflejó, fruto de las enmiendas presentadas a dicho artículo por los diferentes Grupos Parlamentarios, las diferentes posturas que cada Grupo Parlamentario mantenía no sólo sobre la presente cuestión, sino también en relación con la institución fundacional; a lo largo de la tramitación del Proyecto de Ley de la que resultó la LF/2002, el artículo 3 (actual 4) fue objeto, única y exclusivamente, de dos enmiendas en el Congreso de los Diputados, que, además, no tenían por objeto modificar el texto del articulado, sino, antes bien, la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

En efecto, el texto del vigente artículo 4.1 LF/2002 trae causa de la enmienda número 119 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió), que frente a la redacción originaria del Proyecto de Ley remitido por el Gobierno al Congreso, esto es, %d) La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la Ley, propuso, %d) La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las

prescripciones de la Ley+, justificándola en que la redacción del Proyecto de Ley no respeta las competencias legislativas autonómicas en este ámbito¹⁰⁴.

En este sentido, el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) presentó la Enmienda número 10 al apartado 1 del artículo 3, (actual 4.1) por la que propuso la adición del inciso final %o demás legislación aplicable+, justificándola en que %Como la enmienda anterior consideramos que se mejora y clarifica la función de la norma haciendo una referencia expresa al resto de normativa que regula las fundaciones+¹⁰⁵.

Por consiguiente y, a lo largo de la tramitación del Proyecto de Ley de la resultó la LF/2002, tampoco fue objeto de debate parlamentario la adecuación de la intervención administrativa en el momento de constitución de la fundación al derecho de fundación consagrado en el artículo 34 CE.

¹⁰⁴ BOCG. %Congreso de los Diputados+, Serie A, núm. 105-12, de 24 de octubre de 2002, p. 50.

¹⁰⁵ BOCG. %Congreso de los Diputados+, Serie A, núm. 105-12, de 24 de octubre de 2002, p. 21.

En efecto, ambas enmiendas están en relación con las enmiendas número 118 y 9 presentadas por el Grupo Parlamentario Catalán y Vasco respectivamente al apartado 2 del artículo 1 del Proyecto de Ley de Fundaciones. Como consecuencia de las mismas, el texto del proyecto de ley pasó a contener: %Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la presente Ley+, a establecer, %Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley+, redacción del actual apartado 2 del artículo 2 LF. (BOCG. %Congreso de los Diputados+, Serie A, núm. 105-12, de 24 de octubre de 2002, p. 20, 21 y 50).

2.- LA ADQUISICIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA LEY 50/2002, DE 26 DE DICIEMBRE, DE FUNDACIONES.

2.1.- Introducción.

A tenor de lo previsto en el apartado 1 del artículo 4 LF/2002, que reproduce el mismo apartado del artículo 3 de LF/1994, ha optado por atribuir la personalidad jurídica a la fundación mediante la inscripción de la escritura pública de su constitución en el Registro de Fundaciones, previo informe favorable del Protectorado.

Como consecuencia de lo anterior, el apartado 2 del mismo artículo 4 LF/2002, dice, *«Sólo las entidades inscritas en el Registro al que se refiere el apartado anterior, podrán utilizar la denominación de «Fundación», término que necesariamente deberá constar en la denominación de la Fundación (artículo 5.1.a) LF/2002).*

Por consiguiente, previamente a dicha inscripción, a la futura fundación, denominada en esta fase *fundación en proceso de formación*, le es aplicable un régimen jurídico propio (artículo 13 LF/2002 y 7 RF), como se indicó anteriormente¹⁰⁶.

2.2.- El carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de Fundaciones.

El apartado 1 del artículo 4 LF/2002 que dice, *«Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones»,* determina, por tanto, el momento a partir del cual las fundaciones adquieren personalidad jurídica.

¹⁰⁶ Sobre la *fundación en proceso de formación*, véase, la referencia sucinta contenida en el apartado 2 del Capítulo IV del presente trabajo.

En efecto, el artículo 4.1 LF/2002 ha establecido que la personalidad jurídica de la fundación se adquiere desde el momento de su inscripción en el Registro de Fundaciones, en vez de, por ejemplo, desde el momento del acto fundacional o elevación a escritura pública de su constitución.

A tenor de ello, la LF/2002, siguiendo lo previsto en la LF/1994, ha optado por el sistema de inscripción constitutiva.

En este sentido, dice CABRA DE LUNA, «la inscripción no cumplirá en el futuro una función de mero reconocimiento o declaración de la personalidad, ni tampoco será sólo demostrativa de la misma frente a terceros, sino efectivamente constitutiva. Aunque el acto administrativo de inscripción no es discrecional, sino estrictamente reglado. (La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la Ley+ artículo 4.1 *in fine* LF/2002-)+¹⁰⁷.

La doctrina científica unánimemente ha resaltado el citado carácter constitutivo¹⁰⁸, sin que la intervención administrativa del órgano encargado del Registro haya provocado nuevamente un debate doctrinal en torno a la adecuación al contenido constitucionalmente garantizado del derecho de fundación; a diferencia, por tanto, de lo que acaeció con motivo no sólo de la CE, sino también de la LF/1994, que, como se ha indicado, fue la primera ley que cumplió con el mandato al legislador contenido en el artículo 34 CE, desarrollando legalmente el derecho constitucional de fundación¹⁰⁹.

¹⁰⁷ CABRA DE LUNA, M.A., «El Derecho de fundación en la Constitución», *CIRIEC, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, número 47, noviembre, 2003.

¹⁰⁸ En este sentido, véase, entre otros, ATIENZA NAVARRO, M^a.L., «Comentario al artículo 4», OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 149; GONZÁLEZ CUETO, T., «Comentario al artículo 4», *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., 67.

En relación con la LF/1994, PIÑAR MAÑAS manifestó que dicha Ley «optó finalmente por el carácter constitutivo de la inscripción», «Comentario al artículo 3», *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., p. 28. Véase, también, entre otros, en relación con la LF/1994, DURAN RIVACOBBA, R., *El Negocio Jurídico Fundacional*, op. cit., p. 152.

¹⁰⁹ Véase, sobre ello, lo desarrollado en los apartados 4.3 y 5.2 del Capítulo VI del presente trabajo respectivamente.

La jurisprudencia también ha tenido ocasión de declarar el carácter constitutivo elegido por el legislador. De esta manera, por ejemplo, el TSJ, Sala de lo Contencioso-administrativo, en la Sentencia de 9 de mayo de 2003, (Pte: D. José Luis Quesada Varea), (EDJ 2003/220308), que inadmitió el Recurso Contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de la Secretaría General de Asuntos Sociales, (de 22 de abril de 1998), que consideró que no procedía la inscripción de la Fundación (...)+, afirmó, en el Fundamento jurídico 2º que: %o..) Ciertamente que la Ley citada, (esto es, la Ley 30/1994, de 24 de noviembre), al establecer en su artículo 3.1 que %as fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones+, **en realidad está atribuyendo naturaleza constitutiva a la inscripción registral, al igual que hace ahora el artículo 4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre.** Sin embargo, el artículo 11 de la primera (mediante fórmula que reproduce el artículo 13 de la última), confería una cierta capacidad de obrar a las fundaciones en proceso de formación, considerando como tales a aquellas ya constituidas en escritura pública y aún no inscritas, cual sucede con la aquí recurrente (...)+¹¹⁰.

A tenor de lo previsto en el artículo 4 LF/2002, nos encontramos, según hemos visto, ante una inscripción constitutiva, lo que permite indagar sobre si dicho carácter conlleva necesariamente un determinado sistema de adquisición de la personalidad jurídica por la fundación, lo que abordamos a continuación.

En este sentido, a diferencia de lo acaecido con el carácter constitutivo, la doctrina científica está dividida en torno a esta cuestión, como igualmente había ocurrido con motivo de la LF/1994¹¹¹.

¹¹⁰ Véase, también, la STSJ de Castilla-León (Valladolid), Sala de lo Contencioso-administrativo, Sec.1ª, de 30 de junio de 2006, Pte. Picón Palacio, Agustín, (Fundamento jurídico 4º) (EDJ 2006/297615); STSJ de Baleares, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sec.1ª, de 25 de mayo de 2006, Pte. Fiol Gomila, Gabriel, (Fundamento jurídico 1º) (EDJ 2006/248260).

¹¹¹ En relación con ello, véase, la Nota al pie de página número 99.

De esta manera, MORILLO GONZÁLEZ dice que el sistema de disposiciones normativas, complementado con la inscripción en un registro público (...) fue adoptado por la Ley 30/1994, y ahora por la nueva Ley de Fundaciones que ha venido a sustituir a ésta¹¹², empero, GONZÁLEZ CUETO considera que el sistema de atribución de personalidad jurídica es el de concesión administrativa¹¹³.

En todo caso, la doctrina científica ha manifestado que el sistema de reconocimiento de la personalidad jurídica previsto tanto en la LF/1994, como, por tanto, en la LF/2002, dota al tráfico jurídico de una mayor seguridad jurídica que con respecto a la predicable mediante el sistema de reconocimiento por libre constitución, sin perjuicio de que este último sea más respetuoso no sólo con la voluntad del fundador¹¹⁴, sino también, podríamos añadir, con los objetivos manifestados por el legislador en la Exposición de Motivos de la LF/2002.

Ahora bien, como luego veremos, la inscripción de la escritura pública de constitución de la fundación en el Registro de Fundaciones de competencia estatal, requiere un informe preceptivo y favorable del órgano al que corresponda el ejercicio del Protectorado, en cuanto a la persecución de fines de interés general y a la determinación de la suficiencia de la dotación a que se refiere el artículo 12 LF/2002 (artículo 35.1.a) LF/2002 y 43.b) RF).

¹¹² MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 227.

En este sentido, CAFFARENA LAPORTA, considera que el artículo 3 de la LF/1994, que coincide literalmente con el artículo 4 de la Ley 50/2002, optó por el sistema de reconocimiento por disposiciones normativas, *La Constitución de Fundaciones*; MUÑOZ MACHADO, S; CRUZ AMORÓS, M.; DE LORENZO GARCÍA, R., (Directores), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y Mecenazgo*, op. cit., p. 73 y s.

¹¹³ (...) Nos encontramos (...) ante una inscripción constitutiva. El sistema de atribución de personalidad jurídica es el de concesión administrativa (...). GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentario al artículo 4*, *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 67.

¹¹⁴ PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A., *Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador*, op. cit. 126 y s.

Véase, también, en relación con la LF/2002, CAFFARENA LAPORTA, J., *La Constitución de la Fundación*; MUÑOZ MACHADO, S; CRUZ AMORÓS, M.; DE LORENZO GARCÍA, R., (Directores), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, op. cit. p. 72.

2.3.- Sobre el ámbito de aplicación del artículo 4 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones en relación con el artículo 35 de dicha Ley.

En virtud de lo establecido en el apartado 1 de la Disposición Final Primera LF/2002, el artículo 4 LF/2002, a diferencia del artículo 35.1 y 3 LF/2002, constituye una de las condiciones básicas del derecho de fundación reconocido en el artículo 34 CE, en relación con el artículo 53 CE, cuya regulación, al amparo del artículo 149.1.1ª CE, compete en exclusiva al Estado.

A tenor de ello, la LF/2002 ha seguido en esta cuestión lo dispuesto en la Disposición Final Primera de la LF/1994, lo que tendrá una enorme trascendencia en relación con la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, como luego veremos y, en especial, dice CAFFARENA LAPORTA, *en* relación con Navarra que acoge el sistema de libre constitución. En todo caso, continúa el citado autor, *el* artículo 4.1 habla de inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones¹¹⁵.

Ahora bien, que la Disposición Final Primera LF/2002 haya atribuido al artículo 4 el carácter de norma básica al amparo del citado artículo 149.1.1ª CE, *no* significa en absoluto, -considera PIÑAR MAÑAS-, que la inscripción deba hacerse en un Registro del Estado. El artículo 3 (artículo 4 LF/2002) se refiere *al* correspondiente Registro de Fundaciones, sea este estatal o autonómico. Nada preconiza la Ley. Salvo, claro está, exigir que exista un Registro de Fundaciones en el que éstas deberán inscribirse para adquirir personalidad jurídica¹¹⁶.

¹¹⁵ CAFFARENA LAPORTA, J., *La* Constitución de las Fundaciones, MUÑOZ MACHADO, S; CRUZ AMORÓS, M.; DE LORENZO GARCÍA, R. (Directores), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, op. cit., p. 78.

¹¹⁶ PIÑAR MAÑAS, J.L., *Comentario al artículo 3*, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., p. 29.

En este mismo sentido, véase, también, por ejemplo, GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentario al artículo 4*, *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 67.

En cualquier caso, a tenor de lo previsto en el apartado 3 de la Disposición Final Primera, el apartado 2 del artículo 35 LF/2002 constituye legislación procesal, por lo que será de aplicación general al amparo del artículo 149.1.6º CE, a diferencia, por tanto, de los apartados 1 y 3 del citado artículo 35 LF/2002 que, como se ha visto serán, al amparo del apartado 4 de la dicha Disposición, única y exclusivamente, de aplicación a las fundaciones de competencia estatal.

***CAPÍTULO VIII: EL PROCEDIMIENTO PARA LA
INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE FUNDACIONES DE
COMPETENCIA ESTATAL.***

1.- INTRODUCCIÓN.

A lo largo del presente trabajo se ha abordado el debate doctrinal en torno a la intervención administrativa en la constitución de fundaciones en relación con el contenido constitucionalmente garantizado del derecho de fundación consagrado en el artículo 34 CE.

Sin perjuicio de ello, la exigencia de intervención administrativa deriva, con el Fundamento jurídico 2º de la STC número 341/2005, de 21 de diciembre, (º.) del rasgo básico que supone el que las Fundaciones tengan un fin de interés general (...)+.

Como hemos visto anteriormente, en virtud de lo previsto en el artículo 4 LF/2002, las fundaciones adquieren personalidad jurídica mediante la inscripción de la escritura pública de constitución en el Registro de Fundaciones, empero, el artículo 35.1.a) LF/2002 supedita dicha inscripción a la emisión por el Protectorado de un informe favorable sobre la idoneidad de los fines y la suficiencia de la dotación.

De ahí que MORILLO GONZÁLEZ haya indicado que ºal margen de las facultades limitadas de actuación que se conceden en el artículo 13 LF/2002, para que la fundación previamente constituida mediante el negocio fundacional obtenga su personalidad jurídica como tal, es imprescindible que exista una doble intervención pública, del órgano encargado del Registro y del Protectorado+¹¹⁷.

Por consiguiente, para la adquisición de personalidad jurídica por la fundación no basta con el otorgamiento de la escritura pública de constitución, sino que, antes bien, la misma debe ser inscrita en el Registro de Fundaciones.

¹¹⁷ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit. p. 233.

En este mismo sentido, véase, también, GONZÁLEZ CUETO, que, en todo caso, considera que º.) si atendemos también al especial carácter público del Notario, encontraríamos una triple intervención preceptiva de personas u órganos encuadrados en la Administración pública, lo que podría llegar a parecer excesivo+, ºComentario al artículo 4+, *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit. p. 68.

Al amparo de lo previsto en el artículo 36.2 LF/2002, el procedimiento para la inscripción de la escritura pública de constitución de la fundación ha sido desarrollado por el RRF/2007, que, como se ha indicado anteriormente, ha derogado expresamente el RRF/1996, que desarrolló anteriormente dicho procedimiento de inscripción.

En este sentido, como luego veremos, dicha inscripción exige que el encargado del Registro de Fundaciones tenga no sólo que calificar la escritura pública de constitución, sino también comprobar que la misma es conforme a Derecho, sin perjuicio de que, a tenor del citado artículo 35.1.a) LF/2002, el encargado del Registro deba constatar también la existencia del citado informe previo favorable del Protectorado.

Por tanto, una vez cumplidas las formalidades establecidas en el Ordenamiento jurídico, la fundación adquiere personalidad jurídica, distinta e independiente del fundador, afectándose con carácter permanente, un patrimonio a la realización de fines de interés general (artículo 2 LF/2002).

La adquisición de la personalidad jurídica por la fundación conlleva que la misma tiene capacidad jurídica y plena autonomía para actuar en Derecho, respetando, claro está, no sólo la voluntad del fundador, sino también el resto del Ordenamiento jurídico aplicable a la misma¹¹⁸.

Con motivo de la relevancia que tiene la intervención pública del órgano encargado del Registro de Fundaciones, hemos considerado conveniente tratar sucintamente el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, con anterioridad a desarrollar la correspondiente tramitación que, en su caso, culmina con la inscripción de la escritura pública de constitución de la fundación y, por tanto, con la atribución de personalidad jurídica a la misma.

¹¹⁸ En torno a la vida de la fundación persona jurídica, véase, en especial, lo desarrollado en el Capítulo III del presente trabajo.

2.- EL REGISTRO DE FUNDACIONES DE COMPETENCIA ESTATAL.

2.1.- Consideraciones generales.

El Capítulo VIII LF/2002, que trae causa del correlativo de la LF/1994, tiene por objeto el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal¹¹⁹.

El apartado 1 del artículo 36 LF/2002 prevé, al igual que acaeció con el apartado 1 del artículo 36 de la LF/1994, la existencia de un Registro de Fundaciones de competencia estatal dependiente del Ministerio de Justicia, en el que se inscribirán los actos relativos a las fundaciones que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma.

En efecto, el artículo 36 de la LF/1994, previó por vez primera la existencia de un Registro de Fundaciones de Competencia estatal dependiente en aquel momento Ministerio de Justicia e Interior, empero, la entrada en vigor de dicha Ley no conllevó la puesta en marcha del citado Registro, por lo que fue necesario acudir a lo previsto en la Disposición Transitoria Cuarta de dicho cuerpo normativo, que preveía que: ~~“A~~ los efectos previstos en la presente Ley, y en tanto no entre en funcionamiento el Registro de Fundaciones a que se refiere el artículo 36, subsistirán los Registros de Fundaciones actualmente existentes~~”~~.

En relación con ello, al amparo de la habilitación reglamentaria contenida en el apartado 5 del artículo 36 de la LF/1994, en relación con la Disposición Final Quinta de la misma Ley, fue dictado el RRF/1996, por el que se aprobó el

¹¹⁹ La creación del Registro de Fundaciones, por la relevancia jurídica que tenía, fue considerada unánimemente por la doctrina científica como una de las principales novedades de la LF/1994.

De esta manera, por ejemplo, PIÑAR MAÑAS consideró que ~~“la~~ existencia de un Registro de Fundaciones era una necesidad incuestionada y la Ley ha venido a resolver la situación no homogénea ni clara que hasta ahora existía~~”~~; ~~“Comentario al artículo 36”~~, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., p. 313.

Reglamento de Fundaciones de Competencia estatal, empero, el Registro de Fundaciones no llegó a ser puesto en marcha bajo la LF/1994

En este sentido, el artículo 36 LF/2002 establece nuevamente la existencia del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal pero, como igualmente acaeció con la LF/1994; la entrada en vigor de la LF/2002 no ha conllevado la puesta en funcionamiento del Registro de Fundaciones de Competencia estatal, de ahí que, nuevamente, la Disposición Transitoria Cuarta LF/2002, como la Disposición Transitoria Cuarta de la LF/1994, haya previsto que en tanto dicho Registro no entre en funcionamiento, subsistirán los Registros de Fundaciones actualmente existentes, manifestación que reitera la Disposición Transitoria Única del RF.

El apartado 2 del artículo 36 LF/2002, al igual que estableció en el apartado 5 del artículo 36 de la LF/1994, habilitó al Gobierno para que desarrollase reglamentariamente la estructura y funcionamiento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal.

De esta manera, previamente a que acaeciese dicho desarrollo reglamentario, la doctrina científica consideraba que continuaba vigente el RRF/1996, salvo en lo que fuese contrario a la LF/2002 (Disposición Derogatoria de la LF/2002)¹²⁰.

Finalmente, al amparo de la habilitación reglamentaria contenida en el apartado 2 del artículo 36 LF/2002, ha sido aprobado el RRF/2007.

Como se comentó, la Disposición Derogatoria Única del citado RRF/2007, ha derogado expresamente el RRF/1996.

¹²⁰ Véase, entre otros, ATIENZA NAVARRO, M^a.L., *Comentario al artículo 36+*; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 895; MORILLO GONZÁLEZ, *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 243 y s.

2.2.- El Reglamento del Registro de Fundaciones aprobado por el Real Decreto 1611/2008, de 7 de diciembre.

2.2.1.- Consideraciones generales.

El Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, ha creado el Registro de Fundaciones de competencia estatal, en el que se inscribirán los actos relativos a las fundaciones, incluso laborales, que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado o, principalmente en el territorio de más de una comunidad autónoma; delegaciones de fundaciones extranjeras que tengan el mismo ámbito de actuación; así como todas las fundaciones del sector público estatal (artículo 11 RRF/2007).

La opción por la que se decantó en esta ocasión el ejecutivo no fue la de un Reglamento de mínimos, sino que, antes bien, según consta en la propia Exposición de Motivos del Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, el Reglamento aspira a contener un conjunto de disposiciones capaces de conformar un cuerpo normativo autónomo e inteligible en el contexto del grupo normativo al que pertenece el RRF/2007.

El Registro, que radicará en Madrid y tendrá carácter único para todo el territorio del Estado español (artículo 8.1 RRF/2007), dependerá orgánicamente del Ministerio de Justicia y estará adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado (artículo 8.2 RRF/2007)¹²¹, por lo que, el Encargado del Registro será el Director General de los Registros y del Notariado (artículo 9.1 RRF/2007).

¹²¹ A raíz de ello, el artículo 7.1.h) del Real Decreto 1125/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y se modifica el Real Decreto 438/2008, de 14 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, haya establecido que:

%- Corresponde a la Dirección General de los Registros y del Notariado:

(...) h) La inscripción de las fundaciones relacionadas en el artículo 11 del Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, aprobado por Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, así como la inscripción, constancia y depósito de los actos, negocios jurídicos y documentos relativos a las mismas+.

El régimen jurídico de los procedimientos de inscripción en el Registro se ajustarán a lo dispuesto en el RRF/2007 y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (en adelante, LRJPAC) (artículo 4 RRF/2007), por lo que, contra las resoluciones del Encargado del Registro se podrá interponer Recurso de Alzada ante el Secretario de Estado de Justicia conforme a lo dispuesto en la LRJPAC (artículo 9.2 RRF/2007).

2.2.2.- Naturaleza del Registro.

Previamente al Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, que ha desarrollado reglamentariamente el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal previsto en el Capítulo VIII LF/2002, la doctrina científica no había sido unánime en torno a la naturaleza jurídica del mismo.

De esta manera, a modo representativo de ello, PAU PEDRÓN afirmó, a menudo, y en muy diversos foros, que, no hay duda, (...), de que el Registro de Fundaciones es un Registro de seguridad jurídica y no un Registro de información administrativa, (...) ¹²², PIÑAR MAÑAS consideró que se trataba de un Registro puramente administrativo ¹²³, mientras que, finalmente PALMA FERNÁNDEZ consideró que dicho Registro, (...) obedece a una serie de principios y mecanismos que hacen que su relevancia trascienda la simple regulación de los registros administrativos adentrándose en una senda singular en la que, a medio camino entre los denominados registros jurídicos y los

¹²² Sin perjuicio de que (...) los Registros de seguridad jurídica puedan tener encomendada -por añadidura- una función de información administrativa -cosa que no puede hacerse al revés: los Registros Administrativos no pueden servir como instrumentos de publicidad material-. Aunque en el caso del Registro de Fundaciones no se haya hecho así expresamente, es indudable que la Administración contará, a través del Registro, con un instrumento eficaz de información; PAU PEDRÓN, A., *El Registro de Fundaciones*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, op. cit., p. 12 y s. En este mismo sentido, también, por ejemplo, MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 245 y s.

¹²³ PIÑAR MAÑAS, J.L., *Comentario al artículo 36*, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., p. 314. De este mismo parecer, también, entre otros, ATIENZA NAVARRO, M^a.L., *Comentario al artículo 36*, OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 897.

estrictamente administrativos pero más cerca de aquéllos que de éstos, toma de cada uno elementos y principios que tanto impiden su nítida inclusión en una u otra categoría como conducen a ofrecer una estructura y caracteres sencillamente singulares+

De ahí que la doctrina científica que sostuvo que el Registro de Fundaciones era un Registro de seguridad jurídica, consideró que no podía aplicarse supletoriamente la LRJPAC al régimen jurídico del procedimiento de inscripción previsto en el RRF/1996¹²⁴.

El ejecutivo no ha sido ajeno a este debate doctrinal y, frente a aquellas posturas doctrinales que han defendido, única y exclusivamente, la naturaleza bien jurídica bien administrativa, ha optado por otorgarle una naturaleza doble que, por tanto, evoca a la postura doctrinal mantenida por PALMA FERNÁNDEZ.

En efecto, la Exposición de Motivos del Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, establece que: «o..) El Registro presenta una naturaleza doble. Así, mientras por un lado las fundaciones adquieren personalidad jurídica desde el momento de la inscripción registral de la escritura pública de su constitución, por otro el Registro se configura como un instrumento al servicio de la Administración, y dentro de ella de los diferentes Protectorados, a los que pretende proporcionar información para el desarrollo de sus actividades y el ejercicio de sus funciones.

A raíz de esta doble naturaleza que preside, según la Exposición de Motivos, «a entera regulación del Registro de Fundaciones de Competencia estatal», de un lado, el artículo 3.1 RRF/2007 dice: «De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, las

¹²⁴ De esta manera, PAU PADRÓN, manifestó: «o) La idéntica naturaleza de la función registral desarrollada en el ámbito del Registro de Fundaciones a la desarrollada en otros Registros de seguridad jurídica, lleva a la conclusión de que no es aplicable el régimen jurídico del procedimiento administrativo. La función registral pertenece a la jurisdicción voluntaria; no tiene naturaleza administrativa», «l Registro de Fundaciones», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, op. cit., p. 57.

fundaciones a las que se refiere el artículo 11 de este Reglamento tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal+y, de otro lado, el artículo 4 RRF/2007 ha previsto que el régimen jurídico aplicable al procedimiento de inscripción se regirá por el RRF/2007 y la LRJPAC, lo que conlleva el fin del debate doctrinal en torno a la legislación que supletoriamente se debería aplicar a dicho procedimiento y que, como se ha indicado anteriormente, estuvo ligada a la consideración que cada autor tenía sobre la naturaleza del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal.

2.2.3.- Los principios registrales del RRF/2007.

La plenitud normativa perseguida por el RRF/2007, en relación con el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), ha determinado que el artículo 7 RRF/2007, haya previsto los principios registrales que rigen el régimen registral del Registro, a diferencia de lo que acaeció con el RRF/1996, que no mencionó expresamente ningún principio registral, excepto el de publicidad formal, (artículo 12), lo que llevó a que la doctrina científica tratase de inferir el resto de principios registrales del articulado¹²⁵.

En este sentido, los principios registrales que expresan los efectos de los asientos registrales establecidos en el RRF/2007 son los siguientes, sin perjuicio de lo que luego veremos en torno a los efectos que produce la inscripción en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal:

1. El principio de Titulación pública: La inscripción en el Registro se practicará, con carácter general, en virtud de documento público (escritura o testamento) (artículo 7.a) RRF/2007, que sigue lo previsto en el artículo 5 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio,

¹²⁵ MORILLO GONZÁLEZ entendió que el Registro de Fundaciones desarrollado por el RRF/1996, fue un Registro de seguridad jurídica justificándolo no sólo en que el mismo representaba un instrumento de publicidad sino también en que en él estaban presentes, en mayor o menor medida los principios que rigen los Registros de seguridad jurídica, *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 245. Véase, también, a modo representativo de ello, PAU PEDRON, A., *El Registro de Fundaciones*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, op. cit.

por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, (en adelante, RRM).

2. El principio de calificación: El Encargado del Registro calificará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban y la validez de su contenido, por lo que resulte de ellos y de los asientos registrales (artículo 7.b) RRF/2007 que trae causa de lo dispuesto en el artículo 6 RRM).
3. Principio de legitimación o presunción de exactitud y validez del contenido del Registro, mientras no se inscriba la declaración judicial o, en su caso, resolución administrativa de su inexactitud o nulidad. La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes (artículo 7.d) RRF/2007 que ha sido fiel a lo contenido en el artículo 7 RRM).

La doctrina científica considera que la presunción de exactitud deriva del principio de titulación pública, en tanto en cuanto, el principio de validez trae causa del principio de calificación¹²⁶.

4. El principio de fe pública: Conforme con dicho principio, previsto expresamente en el apartado d) del artículo 7 RRF/2007, que trae causa del artículo 8 RRM, la declaración judicial de inexactitud o nulidad de los asientos no perjudicará los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a derecho.

¹²⁶ De esta manera, por ejemplo, VICENT CHULIÀ, en relación con los principios registrales mercantiles, dice %6) La presunción de validez deriva lógicamente del principio de calificación, es decir, del hecho de que sólo se inscriben los documentos que el Registrador ha calificado como legales. La presunción de exactitud deriva del principio de titulación pública, es decir, de que se inscriben negocios jurídicos sobre los cuales el Notario da fe bajo su responsabilidad+ VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 20ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 154 y s.

5. El principio de prioridad que conlleva que inscrito cualquier título en el Registro de Fundaciones, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que resulte opuesto o incompatible con el (artículo 7.e) RRF/2007 que sigue lo dispuesto en el artículo 10 RRM).

6. El principio de tracto sucesivo: El artículo 7.f) RRF/2007, que prácticamente reproduce el artículo 11 RRM, establece que: 1º.- Para inscribir actos o contratos relativos a un sujeto inscribible será precisa la previa inscripción del sujeto. 2º.- Para inscribir actos o contratos relativos a un sujeto inscribible será precisa la previa inscripción del sujeto. 3º.- Para inscribir actos o contratos otorgados por apoderados o administradores será precisa la previa inscripción de éstos.

7. El principio de publicidad formal se traduce en que el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal es público y corresponde al Encargado del Registro el tratamiento del contenido de los asientos registrales, de modo que se haga efectiva su publicidad directa y se garantice, al mismo tiempo, la imposibilidad de su manipulación o televaciado (artículo 7.g) RRF/2007 que ha sido fiel al contenido del artículo 12 RRM).

En relación con la publicidad formal y, a pesar de que el artículo 7.g) RRF/2007 remite al Capítulo VI del RRF/2007, (artículos 53 a 55), el artículo 30 RRF/2007 que, por tanto, no está dentro del Capítulo VI RRF/2007, establece que la resolución de la inscripción registral referida, entre otras, a la constitución de una fundación deberá ser publicada en el Boletín Oficial del Estado.

A tenor de todo ello, el artículo 7 RRF/2007 ha previsto que el Registro de Fundaciones, en el ejercicio de su función de inscripción, este sometido a los mismos principios registrales que el Registro Mercantil, con la excepción del

principio de publicidad material o de oponibilidad, que a pesar de que está establecido en el artículo 9 RRM, no ha sido previsto en el RRF/2007.

Ahora bien, el apartado 3 del artículo 37 LF/2002, que reproduce el apartado 1 del artículo 37 de la LF/1994, dice que los actos sujetos a inscripción no inscritos no perjudicarán al tercero de buena fe, por lo que contempla expresamente la inoponibilidad de lo no inscrito al tercero de buena fe pero guarda silencio sobre la oponibilidad de lo inscrito.

A pesar de la dicción del apartado 3 del artículo 37 LF/2002, PAU PEDRÓN considera que la oponibilidad de lo inscrito en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal está reflejada, aunque inadecuadamente, en el apartado 1 del mismo artículo 37 LF/2002, cuando a continuación de decir que los Registros de Fundaciones serán públicos, prevé que se presumirá el conocimiento del contenido de los asientos registrales¹²⁷.

Ahora bien, la doctrina científica mayoritaria ha resaltado que el apartado 3 del artículo 37 LF/2002, que trata de la buena fe del tercero, no rige en el caso de la inscripción de la constitución de la fundación. En este supuesto la buena o mala fe del tercero es completamente irrelevante: la fundación no existe como tal -dado el carácter constitutivo de la inscripción-, en tanto no se inscriba¹²⁸.

¹²⁷ PAU PADRÓN, A. *El Registro de Fundaciones*; MUÑOZ MACHADO, S; CRUZ AMORÓS, M.; DE LORENZO GARCÍA, R., (Directores), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, op. cit., p. 567.

MORILLO GONZÁLEZ infiere el principio de oponibilidad o eficacia frente a terceros del artículo 36.4 LF/2002 (*a sensu contrario*) y del derogado artículo 13 del RRF/1996. MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 245.

¹²⁸ ATIENZA NAVARRO, M^a.L., *Comentario al artículo 37*; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 922. Véase, también, en este mismo sentido, DURAN RIVACOBRA, R., *El Negocio Jurídico Fundacional*, op. cit., p. 159 y s.; PAU PADRÓN, A., *El Registro de Fundaciones*; *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, op. cit., p. 58.

MORILLO GONZÁLEZ, sin embargo, ha manifestado que la buena o mala fe del tercero sí será relevante cuando los terceros que contraten con la fundación en proceso de formación tengan conocimiento que la misma no ha sido aún inscrita en el Registro.

En efecto, dice este autor, la constitución de la fundación (o) será inoponible a terceros de buena fe, esto es, a los terceros que no conocían que este hecho había tenido lugar; pero si aquéllos tenían conocimiento del mismo, sí les será oponible. Todos los que contraten con la fundación en formación conociendo este hecho no podrán alegar con posterioridad que dicha situación no les era oponible porque no estaba inscrita (o); MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 266.

Por tanto, el contenido del 37 LF/2002, en relación con el artículo 7 RRF/2007 resulta un ejemplo representativo, con VICENT CHULIÀ, de la extensión de los principios registrales mercantiles a otros Registros, aunque estos se encuentren organizados sobre base estrictamente administrativa (o), entre los que destaca, como acabamos de ver, el Registro de Fundaciones de Competencia estatal¹²⁹.

2.2.4.- Las funciones del Registro:

El artículo 10, dentro del Capítulo II RRF/2007, determina las funciones del Registro de Fundaciones mediante la enumeración de las mismas en una lista no cerrada, pues su último apartado, como veremos a continuación, se refiere a cualquier otra función que le atribuya la normativa vigente.

Según el citado artículo 10, las funciones del Registro son:

1. La inscripción de las fundaciones y de los actos relativos a ellas (artículo 10.a) RRF/2007).
2. La legalización de los libros obligatorios de las fundaciones objeto del ámbito de aplicación del RRF/2007 (artículo 10.b) RRF/2007).
3. El nombramiento de auditores de cuentas (artículo 10.c) RRF/2007).
4. El depósito y publicidad del plan de actuación y de las cuentas anuales (artículo 10.d) RRF/2007).
5. La expedición tanto de certificaciones sobre denominaciones, como de certificaciones y notas sobre los asientos y documentos que obren en el Registro (artículo 10.e) RRF/2007).

¹²⁹ VICENT CHULIÀ, F. *Introducción al Derecho Mercantil*, op. cit., p. 154.

6. La determinación del protectorado de la fundación (artículo 10.f) RRF/2007).
7. La evacuación de consultas de interés general que no supongan una precalificación de los actos, negocios o documentos (artículo 10.g) RRF/2007).
8. Cualquier otra función que le atribuya la normativa vigente (artículo 10.h) RRF/2007).

Con el fin de lograr una adecuada coordinación administrativa entre los diferentes órganos que forman parte de la Administración estatal y autonómica, el apartado 2 del artículo 10 RRF/2007, ha previsto expresamente que el Encargado del Registro podrá solicitar información o asistencia de los órganos y entidades de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas que ejerzan funciones de registro y protectorado.

2.2.5.- Entrada en funcionamiento del Registro y Régimen Transitorio.

El Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, ha derogado expresamente el Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo, que trataba sobre la materia, pero que, como se ha indicado anteriormente, nunca llegó a tener efectividad práctica.

El Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, entró en vigor el día 20 de enero de 2008, empero, el Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, que está inserto en él, lo hizo el día 1 de Octubre de 2008.

No obstante, la fecha de entrada en funcionamiento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal se dispondrá mediante Orden conjunta

del Ministro de Economía y Hacienda y del Ministro de Justicia, según establece el apartado 2 de la Disposición Final Segunda del citado Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre.

De ahí que, el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, haya tenido que prever que hasta que finalmente entre en funcionamiento el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal subsistirán los registros ministeriales actualmente existentes, como también había contemplado previamente la Disposición Transitoria Única del Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo.

Si el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal desarrollado por el citado RRF/1996, nunca llegó a entrar en funcionamiento, cabe preguntarse qué le deparará al que ha sido objeto del RRF/2007.

¿Llegará a ser puesto en funcionamiento el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal? ¿Cuándo? La puesta en marcha del mismo resulta necesaria no sólo para dotar de efectividad práctica a lo contenido en el RRF/2007, sino también para lograr una adecuada coordinación y colaboración entre Registro de Fundaciones de Competencia Estatal y los Registros de las Comunidades Autónomas y entre éstos y aquél¹³⁰.

¹³⁰ En este sentido, el Capítulo VII RRF/2007, que trae causa del artículo 6 RRF/2007, está dedicado a la colaboración del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal con los Registros de Fundaciones creados en las Comunidades Autónomas, con los Protectorados -tanto ministeriales como autonómicos- y con el Consejo Superior de Fundaciones.

Sin perjuicio de lo anterior, la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, ha previsto una serie de actuaciones anteriores a la entrada en funcionamiento del Registro objeto del RRF/2007, lo que induce nuevamente a pensar que la materialización de dicho Registro no será inmediata.

3. PLAZO PARA SOLICITAR LA INSCRIPCIÓN Y LAS CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO.

Como se ha visto anteriormente, la escritura pública de constitución de la fundación es uno de los actos sujetos a inscripción en el Registro de Fundaciones de Competencia (artículo 24.1.a) RRF/2007, en relación tanto con el artículo 11.a) RRF/2007, como con el precepto 25.1 y 2 RRF/2007). Sobre el patronato recae la obligación de instar dicha inscripción dentro del plazo previsto (artículo 13 LF/2002 y 26 RRF/2007) y su incumplimiento acarrea las consecuencias jurídicas establecidas en el artículo 13.2 LF/2002, a instancia del Protectorado (artículo 35.1.h) LF/2002; 7.2 RF y 26.6 RRF/2007).

Por tanto, a tenor de lo previsto tanto en el artículo 13.2 LF/2002, como en el artículo 7.2 RF, los patronos deberán instar la inscripción de la *fundación en proceso de formación* en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal dentro de los seis meses siguientes al otorgamiento de la escritura pública de constitución, puesto que, transcurrido dicho plazo sin que los mismos hayan cumplido con dicho deber jurídico, el Protectorado procederá a cesarlos¹³¹ y nombrará, previa autorización judicial, nuevos patronos, que asumirán la obligación de inscribir la *fundación en proceso de formación* en el correspondiente Registro, sin perjuicio de que los patronos cesados respondan solidariamente de las obligaciones contraídas en nombre de la fundación y por los perjuicios que ocasione la falta de inscripción¹³².

La previsión de dicho plazo en una norma con rango de Ley no ha sido sino una de las novedades de la LF/2002, puesto que, según el artículo 36.2 de la

¹³¹ En todo caso, el acto administrativo del Protectorado de cese de los patronos es susceptible no sólo de recurso potestativo de reposición en sede administrativa, sino también de recurso contencioso-administrativo en vía jurisdiccional (artículo 43.1 LF/2002).

¹³² En relación con esta cuestión, el artículo 11 de la LF/1994, había previsto una responsabilidad directa del patrimonio fundacional y subsidiaria de los patronos, por tanto, la LF en tanto en cuanto prevé la responsabilidad directa y solidaria de éstos, supone, junto con el cese y nombramiento de nuevos patronos, previa autorización judicial, una de las novedades de la LF con respecto a la LF/1994.

precedente LF/1994, en relación con el artículo 11 de la misma, el plazo para solicitar la inscripción de la escritura de constitución de la fundación en el correspondiente Registro era una de las cuestiones que dicha Ley remitió a un futuro desarrollo reglamentario, establecido, en este sentido, el artículo 6.1 del RRF/1996, el plazo de un mes para instar dicha inscripción, el cual, por aplicación de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Única LF/2002, fue tácitamente derogado por contravenir lo dispuesto en el artículo 13.2 LF/2002, norma con rango de ley, en relación con el artículo 7.2 RF, norma de igual rango normativo al RRF/1996, pero posterior en el tiempo¹³³, el cual, como se ha indicado anteriormente, ha sido expresamente derogado por el Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal.

En este sentido, empero, el artículo 26.1 RRF/2007, dice que: «La inscripción de los actos mencionados en el artículo 24 de este Reglamento deberá solicitarse por el órgano de gobierno de las fundaciones en el plazo de un mes a contar desde su adopción, o de la autorización administrativa o judicial cuando ésta sea necesaria».

Precisamente, uno de los actos sujetos a inscripción, según el artículo 24.1.a) RRF/2007, precepto al que remite el artículo 26 RRF/2007, como acabamos de ver, es la constitución de la fundación y los desembolsos sucesivos de la dotación inicial.

A raíz de todo ello, ¿el plazo de un mes establecido en el artículo 26.1 RRF/2007 es incompatible con el de seis meses previsto en el precepto 13.2 LF/2002?

En nuestra opinión, el presente caso no representa un supuesto de antinomia jurídica que conlleve que el operador deba aplicar el criterio jerárquico para lograr restablecer la coherencia del sistema jurídico.

¹³³ En este mismo sentido, véase, MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 250.

En efecto, los patronos de la fundación en proceso de formación cuentan con el plazo de seis meses para instar la inscripción de la escritura de constitución en el Registro de Fundaciones, (artículo 13.2 LF/2002), por lo que transcurrido dicho plazo, sin que lo hubieran solicitado, el Protectorado no sólo procederá a cesarlos, sino que, previa autorización judicial, nombrar otros patronos, que tendrán la obligación de inscribir la fundación en el correspondiente Registro de Fundaciones (artículo 13.2 LF/2002) en el plazo de un mes (artículo 26.1 *in fine* RRF/2007).

El régimen del plazo varía en el caso de las fundaciones constituidas *mortis causa* según el tipo de testamento.

En este sentido, empero, a diferencia de lo previsto no sólo en el apartado 2 del artículo 6 RRF/2007, que dice, «Si la fundación ha sido constituida en testamento que deba ser adverbado judicialmente, dicho plazo -un mes- se contará a partir de su protocolización notarial (...)»; sino también del apartado 2 del mismo artículo 6 RRF/2007, que establece, «Si la fundación se ha constituido en testamento notarial, su inscripción habrá de ser solicitada en el plazo de seis meses desde la muerte del testador, o desde la delación»; acompañando copia autorizada del mismo así como los certificados de defunción y de últimas voluntades (...)»; el artículo 13.2 LF/2002 no prevé el comienzo del cómputo del plazo para solicitar la inscripción en el caso de fundaciones constituidas *mortis causa*.

El artículo 26.2 y 3 RRF/2007 traen causa del artículo 6.2 y 3 del RRF/1996¹³⁴, lo que determina que continúe vigente la interpretación doctrinal que consideró que el artículo 6.2 del RRF/1996, debía interpretarse según el

¹³⁴ En cualquier caso, de un lado, el artículo 26.2 RRF/2007, que contempla el caso de la fundación que se constituye por testamento ológrafo o cerrado, añade, con respecto al artículo 6.2 del RRF/1996, el siguiente párrafo: «A tal efecto el Notario autorizante del acta de protocolización remitirá al Encargado del Registro copia autorizada de dicho instrumento».

De otro lado, el artículo 26.3 RRF/2007, que tiene por objeto la fundación constituida en testamento abierto, ha modificado el plazo para solicitar la inscripción previsto en el artículo 6.3 del RRF/1996 e, igualmente en relación al mismo, ha añadido el siguiente párrafo: «El heredero y, en su caso, el ejecutor testamentario serán responsables de los perjuicios que se deriven del incumplimiento de esta obligación».

plazo de seis meses establecido en el artículo 13.2 LF/2002; sin que sea necesario acudir a la consideración que dicho sector doctrinal tenía en torno al artículo 6.3 del RRF/1996 porque, frente al plazo de un año que establecía el artículo 6.3 para solicitar la inscripción, el correlativo artículo 26.3 RRF/2007 ha rebajado dicho plazo a seis meses, plazo que, por tanto, ahora concuerda con el establecido en el artículo 13.2 LF/2002.

En este sentido, por ejemplo, MORILLO GONZÁLEZ, consideró en torno al artículo 6.2 del RRF/1996, del que trae causa el artículo 26.2 RRF/2007, que: «o..) si la fundación se constituye en testamento que deba ser adorado judicialmente, ahora de seis meses,+ (ex artículo 13.2 LF/2002), %e contará desde su protocolización notarial+¹³⁵.

Como consecuencia de lo dispuesto en dicho artículo 13.2 LF/2002, la Disposición Adicional Quinta LF/2002 prevé una nueva obligación para los notarios con respecto a la LF/1994, en tanto en cuanto establece que, %os notarios deberán poner en conocimiento del Protectorado el contenido de las escrituras públicas en lo referente a la constitución de fundaciones y sus modificaciones posteriores, mediante remisión de copia simple de las citadas escrituras. En el caso de que la fundación haya sido constituida en testamento, la referida obligación será cumplimentada cuando el notario autorizante tuviere conocimiento del fallecimiento del testador+.

¹³⁵ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 251 y s.

En este sentido, en vista de lo contenido en la LF/2002, en relación con el artículo 6 RRF/1996, CAFFARENA LAPORTA, citando a MORILLO GONZÁLEZ, manifestó que: %as dudas de la nueva Ley se pueden plantear sobre todo respecto de la constitución de la fundación por acto *mortis causa* en el caso de que el fundador haga referencia a todos los extremos requeridos por el artículo 10 de la Ley (supuesto del artículo 9.3 de la Ley). Aquí cabría la posibilidad de pensar en una aplicación conjunta del 13.2 de la Ley y el 6 (artículo 26 RRF/1996) al menos en cuanto al comienzo del plazo de los seis meses+; sin perjuicio de la rebaja del cómputo del plazo efectuada en el artículo 26.3 RRF/2007 anteriormente desarrollada, %a Constitución de Fundaciones+, MUÑOZ MACHADO, S; CRUZ AMORÓS, M.; DE LORENZO GARCÍA, R., (Directores), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, op. cit., p. 145.

En contra de dicha interpretación doctrinal, ateniéndose al plazo previsto en el artículo 6 del RRF/1996, del que trae causa el artículo 26 RRF/2007 y, silenciando, por tanto, el contenido previsto en el artículo 13.2 LF/2002, véase, ATIENZA NAVARRO, M^a.L., %Comentario al artículo 36+; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 905 y GONZÁLEZ CUETO, T., %Comentario al artículo 13+, *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 124.

En relación con ello, empero, de un lado, a fin de cumplimentar con lo contenido en el artículo 26.2 RRF/2007, dicho texto normativo ha añadido un párrafo en relación con el RRF/1966, como hemos visto anteriormente, en virtud del cual el Notario autorizante del acta de protocolización deberá remitir también al Encargado del Registro una copia autorizada electrónica del citado instrumento; de ahí que, el artículo 26.5 RRF/2007 haya previsto que las comunicaciones notariales con el Registro sean telemáticas, a diferencia, por tanto, de lo contenido en la Disposición Adicional Quinta LF/2002 que no determina el modo en que los notarios deberán cumplimentar con la obligación de remitir al Protectorado las copias simples de las escrituras de constitución de las fundaciones y de sus modificaciones.

Por último, la constancia de la fecha de presentación de la escritura de constitución de la fundación en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, con PAU PEDRÓN, ~~es~~ determinante del plazo de calificación y despacho de los títulos, así como de la interpretación del silencio negativo de la Administración, en relación con el informa a emitir por el Protectorado sobre el interés general de los fines y la suficiencia de la dotación, de ahí que, el RRF/2007, a diferencia de lo que aconteció con el RRF/1996, ha dedicado el Capítulo II, (artículos 8 a 23), a regular la organización de dicho Registro¹³⁶.

¹³⁶ Por tanto, el Capítulo II contiene principalmente: Organización administrativa, Encargado del Registro, ámbito funcional y subjetivo del Registro, estructura con sistema de hoja personal; libros y contenido de los asientos del Registro en el que, entre otros, deberá figurar la fecha del asiento y firma del Encargado del Registro (artículo 22.d) RRF/2007).

4.- DOCUMENTACIÓN A APORTAR CON LA SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN.

Como se ha visto, la LF/2002, siguiendo la LF/1994, ha optado por el sistema de inscripción constitutiva, por lo que, la fundación tendrá personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el Registro de Fundaciones de Competencia estatal, de ahí que la fecha de inscripción en dicho Registro tenga una enorme trascendencia jurídica, por lo que dicha circunstancia, entre otras, deberá constar dentro de la primera inscripción de la fundación.

El órgano de gobierno deberá solicitar en el plazo previsto en el apartado anterior la inscripción de la escritura de constitución de la fundación, que deberá contener, al menos, el contenido mínimo exigido por el artículo 10 LF/2002.

En relación con la primera inscripción de una fundación en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, el artículo 31 RRF/2007 no exige una solicitud expresa de inscripción, por lo que la misma deberá entenderse solicitada mediante la presentación de la escritura de constitución o testamento.

Ahora bien, a tenor de lo previsto tanto en la LF/2002, como en el RF, la solicitud de inscripción en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal conlleva que la escritura pública de constitución deba contener la siguiente documentación:

4.1.- El Certificado negativo de denominación.

El artículo 11.1.a) LF/2002 exige que en los estatutos conste la denominación de la fundación, que no podrá coincidir o asemejarse, de manera que pueda crear confusión con ninguna otra previamente inscrita en el Registro (artículo 5.1.a) LF/2002), de ahí que, el artículo 36.3 LF/2002 haya previsto, por vez primera, como resalta la Exposición de Motivos de la LF/2002, una Sección

de Denominaciones en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, en la que se integrarán tanto las denominaciones de las fundaciones ya inscritas en los Registros estatal y autonómicos, como aquellas sobre las que exista reserva temporal (artículo 51 RRF/2007).

Por tanto, la Sección de Denominaciones cumple, en opinión de PAU PEDRON, una función de ámbito estatal, puesto que sirve de control de la denominación de todas las fundaciones; es decir, tanto de las fundaciones de competencia estatal, como de las fundaciones de competencia autonómica; por lo que el artículo 5.1.a) LF/2002, en relación con el artículo 3.2 RF, ha establecido que la denominación de la fundación no podrá coincidir o asemejarse de manera que pueda crear confusión con ninguna otra previamente inscrita en los Registros de Fundaciones; de ahí que, dicho autor considera que la Sección de Denominaciones deberá coordinarse con los Registros de las demás personas jurídicas¹³⁷.

En relación con ello, el legislador ha previsto que las Comunidades Autónomas, una vez realizada la inscripción de la fundación o, en su caso, de la extinción de la misma, darán traslado de estas circunstancias al Registro de Fundaciones de Competencia Estatal (artículo 36.3 LF/2002), no sólo para que la Sección de Denominaciones cumpla con la función que tiene asignada, sino también para constancia y publicidad general (artículo 36.2 *in fine* LF/2002).

Según GONZÁLEZ CUETO la dicción contenida en el artículo 36.3 *in fine* LF/2002 no vulnera la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas al no impedir que las competencias registrales autonómicas sean ejercidas en plenitud, previendo la mera centralización de datos para constancia y publicidad general¹³⁸.

¹³⁷ PAU PEDRÓN, A., *El Registro de Fundaciones*; MUÑOZ MACHADO, S; CRUZ AMORÓS, M.; DE LORENZO GARCÍA, R., (Directores), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, op. cit., p. 564.

¹³⁸ GONZÁLEZ CUETO, A., *Comentario al artículo 36*; *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 291.

En todo caso, el contenido del artículo 36.3 *in fine* LF/2002 ha llevado a que PAU PEDRÓN haya advertido que no siendo el Registro de Fundaciones estatal el competente para llevar los historiales jurídicos de las fundaciones autonómicas, cabe que exista un desajuste cronológico entre la publicidad del Registro estatal y las inscripciones practicadas en los Registros autonómicos; de ahí que, siguiendo el modelo adoptado por el Registro Mercantil, dicho autor proponga que en la información que facilite el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal debiera advertirse la posibilidad de inexactitud por no haberse recibido aún una comunicación contraria de los Registros autonómicos¹³⁹.

El principio de colaboración informará la relación entre el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal y los registros y protectorados autonómicos (artículo 6.2 RRF/2007), de ahí que, para lograr establecer mecanismos que coadyuven a la colaboración y la información mutua entre los Registros en materia, entre otras, de denominaciones, el artículo 40 LF/2002, en relación con el artículo 54.1 LF/2002, prevé, dentro del Consejo Superior de Fundaciones, la denominada Comisión de Cooperación e información registral.

La relevancia que ha adquirido el principio de colaboración ha determinado que el RRF/2007 le dedique todo el Capítulo VII, (artículos 56 a 59) sin perjuicio de que el mismo este presente a lo largo de todo el articulado¹⁴⁰.

La Sección de Denominaciones creada en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal ha sido desarrollada en el Capítulo V del RRF/2007 (artículos 47 a 52).

¹³⁹ PAU PEDRÓN, A., *El Registro de Fundaciones*; MUÑOZ MACHADO, S; CRUZ AMORÓS, M.; DE LORENZO GARCÍA, R., (Directores), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, op. cit., p. 564 y s.

¹⁴⁰ A modo representativo de ello, el artículo 10.2 RRF dice: *En el ejercicio de sus atribuciones, el Registro podrá solicitar la información o asistencia de los órganos y entidades de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas que ejerzan funciones de registro y de protectorado*.

A tenor de lo previsto en dicho Capítulo V RRF/2007, que trae causa del artículo 14 del RRF/1996, a la solicitud de inscripción de una nueva fundación en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, tendrá que acompañarse la certificación, expedida por el encargado de dicho Registro a instancia de parte, que acredite que en él no existe inscrita denominación de fundación alguna que pueda inducir a confusión con la solicitada (artículo 49.1 RRF/2007 en relación con el artículo 3 RF).

De ahí que, cuando el Encargado del Registro expida una certificación negativa, incorporará provisionalmente la denominación al índice de denominaciones.

La relevancia otorgada a dicha certificación ha determinado que la misma deberá protocolizarse en la escritura matriz (artículo 50.3 RRF/2007), por lo que el Notario no podrá autorizar la correspondiente escritura de constitución sin que se presente la correspondiente certificación negativa de denominación con los requisitos reglamentariamente establecidos (artículo 50.1 y 2 RRF/2007).

Con el fin de favorecer la seguridad del tráfico jurídico, el RRF/2007 ha previsto que la certificación negativa de denominación caducará y, por tanto, se cancelará de oficio, cuando hayan transcurrido seis meses desde la fecha de expedición de la certificación sin haberse recibido en el Registro la correspondiente solicitud de inscripción de la escritura de constitución de la fundación (artículo 50.2 y 51.2 RRF/2007), que está en relación con el plazo previsto en el artículo 50.2 *in fine* RRF/2007 que establece que: ~~La~~ ~~la~~ certificación negativa tendrá una vigencia de tres meses contados desde la fecha de su expedición hasta su incorporación a su escritura de constitución+, por lo que, ~~caducada~~ la certificación, el interesado podrá solicitar una nueva con la misma denominación+, por lo que, transcurrido el segundo plazo de tres meses, la certificación negativa de denominación caducará y se cancelará de oficio.

Por último, una vez inscrita la fundación, la denominación provisional, que estaba sujeta a reserva temporal, se convertirá en definitiva (artículo 51.2 RRF/2007), lo que deberá constar igualmente en el correspondiente Índice de

denominaciones que se formará en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal (artículo 47 RRF/2007).

4.2.- Los Estatutos.

La organización y funcionamiento de la fundación está contenida en los Estatutos fundacionales que deberán respetar tanto la voluntad del fundador, que, claro está, también está reflejada en dichos Estatutos, como la Ley (artículo 2.2 LF/2002 en relación con el artículo 11.2 LF/2002).

El contenido mínimo de los Estatutos está contenido en el artículo 10 LF/2002, sin perjuicio de que su régimen jurídico este particularmente presente a lo largo de todo el articulado de la LF/2002.

Por tanto, a tenor de lo previsto en el citado artículo 10 LF/2002, los estatutos deberán contener al menos lo siguiente:

1.- Denominación de la entidad, en la que deberá figurar la palabra "Fundación" y que, como se ha visto, no podrá coincidir o asemejarse a ninguna otra previamente inscrita (artículo 11.1.a) LF/2002 en relación con el artículo 5 LF/2002 y 3 RF).

2.- Los fines de la fundación (artículo 11.1.b) LF/2002 en relación con el artículo 3 LF/2002).

En virtud de lo previsto en el artículo 40.2 RF, cuando se solicite la inscripción de la constitución de la fundación en el Registro de Fundaciones de Competencia estatal, el Encargado del Registro, a la vista del fin principal que contenga los estatutos, decidirá el Protectorado al que la fundación quedará adscrita, sin embargo, la redacción contenida en el artículo 49.2 y 3 RRF/2007 prevé que el Encargado del Registro tendrá que decidir esta cuestión no sólo en

función del fin principal, sino también en función de la denominación, los fines, las actividades y el ámbito territorial de la fundación¹⁴¹.

Sin perjuicio de lo anterior, la redacción contenida tanto en el citado artículo 49.3 RRF/2007, como en el artículo 40.2 RF, ejemplifica que, frente a la posibilidad de un único Protectorado, se optó por una pluralidad pero estableciendo un único Registro de Fundaciones de Competencia Estatal¹⁴².

3.- El domicilio de la fundación y el ámbito territorial en que haya de desarrollar principalmente sus actividades (artículo 11.1.c) LF/2002 en relación con el artículo 6 de la misma).

¹⁴¹ La redacción del artículo 49.3 in fine RRF/2007 induce a pensar que la decisión que adoptará el Encargado del Registro en relación al Protectorado competente para esta cuestión vendrá determinada por los fines que persiga la fundación.

En efecto, de un lado, el artículo 40.2 RF establece que: «El Registro de Fundaciones de Competencia Estatal decidirá, a la vista del fin principal de la fundación establecido en sus estatutos, tanto en el momento de su constitución como con ocasión de una eventual modificación estatutaria que afecte a sus fines, el Protectorado competente al que dicha fundación quedará adscrita».

De otro lado, el artículo 49.2 y 3 RRF/2007 prevé que: «En la solicitud de certificación de denominación, se hará constar, además de la denominación con la que pretende inscribirse la fundación en el Registro, los fines, actividades y su ámbito territorial tal y como constarán los Estatutos, de ahí que, el Encargado del Registro, a la vista de dicha solicitud, decidirá el Protectorado competente para ejercer las funciones en el proceso de constitución».

Ahora bien, empero, la dicción del artículo 49.3 in fine RRF/2007 dice: «Con objeto de resolver las posibles dudas que pudieran surgir en el momento de adoptar dicha decisión debido a la naturaleza de los fines, el Encargado del Registro podrá recabar el informe no vinculante de aquellos Protectorados que considere oportuno».

En todo caso, obsérvese que, el artículo 40.2 RF dice que la presente cuestión se decidirá a la vista del fin principal de la fundación previsto en los estatutos, frente a la redacción del artículo 49.3 RRF/2007 que prevé naturaleza de los fines, por lo que el RRF/2007 ha previsto que deberán tenerse en cuenta todos los fines perseguidos por la fundación, en vez de, únicamente, el fin principal para decidir el Protectorado competente para ejercer las funciones en el proceso de constitución.

¹⁴² El Consejo Económico y Social que, en Dictamen sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal, de 31 de mayo de 2005, en relación al artículo 40 (Organización del Protectorado), estimó que «sería más adecuada la existencia de un solo Protectorado, dependiente bien del Ministerio de Justicia, al que se atribuye la competencia del Registro, bien del Ministerio de Presidencia, dotado con suficientes medios técnicos y humanos para ejercer eficazmente sus funciones. De no ser posible la articulación de un sistema de Protectorado único sería aconsejable, cuando menos, que se limitara el número de Protectorados».

La presente cuestión, empero, no es pacífica. De está manera, por ejemplo, PAU PEDRÓN está en contra del Protectorado único, fundamentándolo en que «el Protectorado exige especialización por razón de la materia a la que la fundación se dedique, a diferencia del Registro en que, continúa el citado autor, la unidad garantiza la homogeneidad del control estrictamente jurídico y facilita el uso del mismo por los ciudadanos. PAU PEDRÓN, A., «El Registro de Fundaciones», MUÑOZ MACHADO, S.; CRUZ AMORÓS, M.; DE LORENZO GARCÍA, R., (Directores), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, op. cit., p. 570.

De un lado, en relación con el domicilio, el artículo 6 LF/2002 posibilita que la fundación tenga su domicilio estatutario bien en el lugar donde se encuentre la sede de su patronato o, en el lugar que desarrollen principalmente sus actividades, lo que representa un cambio radical con relación a la precedente LF/1994, cuyo artículo 4 no permitió que el domicilio radicase en un lugar distinto de aquel en el que estuviese la sede de su patronato.

De otro lado, el ámbito territorial tiene una enorme trascendencia porque la concreción del mismo donde la fundación determinará no sólo si nos encontramos ante una fundación de competencia estatal o, en su caso, autonómica, sino también, cuál es el Registro de Fundaciones en que deberá inscribirse y, por tanto, qué órgano de la Administración ejercerá el Protectorado sobre la fundación.

A tenor de lo previsto en el artículo 36.1 LF/2002, en relación con el artículo 2 RF, una fundación será de ámbito estatal y, por tanto, quedará sujeta al Protectorado ejercido por el órgano que corresponda de la Administración General del Estado, (artículo 34.2 LF/2002 y 40.1 RF), cuando desarrolle su actividad en todo el territorio del Estado o, principalmente, en el territorio de más de una Comunidad Autónoma, lo que delimita el ámbito de aplicación de la legislación autonómica, como luego veremos.

4.- Las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines y para la determinación de los beneficiarios (artículo 11.1.d) LF/2002).

Por tanto, las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de fines está directamente relacionado tanto con el artículo 2.1 LF/2002, que conceptúa la fundación como toda organización sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tiene afectado de modo duradero a la realización de fines de interés general, como con el artículo 27 LF/2002, que fija el porcentaje económico mínimo que deberá destinarse a dicha realización.

La previsión estatutaria de las reglas básicas para la determinación de los beneficiarios exigirá que el fundador tenga que respetar lo contenido no sólo en el artículo 3.2 LF/2002, que exige que ~~la~~ finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas~~+~~, sino también el artículo 23.c) LF/2002 que establece que la fundación deberá actuar ~~con~~ criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios~~+~~.

5.- La composición del Patronato, las reglas básicas para la designación y sustitución de sus miembros, las causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos (artículo 11.1.e) LF/2002, en relación con el Capítulo III LF/2002 y RF).

El Patronato es, en virtud de lo previsto en el artículo 14 LF/2002, el órgano de gobierno y representación que necesariamente deberá haber en toda fundación, de ahí que los estatutos fundacionales puedan prever expresamente la existencia de otros órganos que, empero, no tendrán la consideración de necesarios (artículo 16.2 LF/2002).

La adquisición de personalidad jurídica por la fundación determina un cambio trascendental no sólo en el régimen jurídico de la organización fundacional, sino también en el papel que debe desempeñar el patronato.

En efecto, de un lado, el Patronato, cuando la fundación está en proceso de formación y, por tanto, no tiene aún personalidad jurídica, deberá realizar los actos necesarios para la conservación de su patrimonio y aquellos que no admitan demora sin perjuicio para la misma, los cuales se entenderán automáticamente asumidos por la fundación cuando la misma obtenga personalidad jurídica, como hemos visto anteriormente (artículo 13 LF/2002)¹⁴³.

¹⁴³ En relación a la fundación en proceso de formación, nos remitimos, en especial, el apartado 2 del Capítulo IV del presente trabajo, en el que también indicamos la bibliografía publicada en torno a esta cuestión.

Ahora bien, de otro lado, en el momento en que la fundación adquiera personalidad jurídica, el Patronato tendrá que cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos (artículo 14.2 LF/2002), lo que está igualmente vinculado con el concepto que el legislador ha dado de fundación (artículo 2.2 LF/2002), que anteriormente se ha visto.

6.- Cualesquiera otras disposiciones y condiciones lícitas que el fundador o fundadores hayan previsto (artículo 11.1.f) LF/2002).

El apartado 1 del artículo 11 LF/2002 termina con una cláusula que remite a la voluntad del fundador, pilar sobre el que está asentada la fundación.

Por tanto, la voluntad del fundador quedará plasmada en el modo en que prevea el contenido mínimo estatutario y, también, en su caso, en cualesquiera otras disposiciones que establezca, con respeto, claro está, al Ordenamiento jurídico, que representa el límite a la autonomía de la voluntad del fundador¹⁴⁴.

De ahí que, el apartado 2 del artículo 11 LF/2002 haya previsto que cualquier disposición estatutaria o manifestación de la voluntad del fundador que vulnere la Ley se tendrá por no puesta, salvo en el supuesto de que afecte a la validez constitutiva del acto fundacional, en cuyo caso, no procederá la nulidad de las cláusulas contrarias a la Ley, sino la nulidad del negocio fundacional, por lo que no procederá la inscripción de la fundación en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Sobre esta cuestión, véase, en especial, PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A., *Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador*, op. cit.

Un cambio trascendental en el respeto a la voluntad del fundador ha venido del artículo 29.1 LF/2002, que permite la modificación estatutaria siempre que resulte conveniente en interés de la misma y no lo haya prohibido el fundador, a diferencia del artículo 27.1 de la LF/1994 que, en caso de que el fundador hubiese prohibido modificar los estatutos, la modificación podría acaecer pero previa autorización del Protectorado.

¹⁴⁵ En relación con el artículo 11.2 LF, véase lo desarrollado en el apartado 1.4 del Capítulo IV del presente trabajo, que contiene la consideración que la doctrina científica ha dado en torno a esta cuestión.

4.3.- Los documentos que acrediten la realidad de la aportación dotacional y, en el caso de aportaciones no dinerarias, su valoración por un experto independiente.

La dotación tiene un carácter esencial porque constituye el elemento patrimonial del negocio jurídico fundacional, de ahí que, de un lado, el artículo 10.c) LF/2002 haya establecido que en la escritura de constitución de la fundación deba constar *la* dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación+, lo que está en relación con la exigencia de que, dentro del contenido de la primera inscripción de la fundación en el Registro, deberá constar: *la* dotación, su valoración, así como la forma y realidad de su aportación+(artículo 31.2.f) RRF/2007).

De otro lado, el citado carácter determina, también, un particular régimen jurídico para los actos de disposición, onerosa o gratuita, así como el gravamen de los bienes y derechos integrantes de la dotación fundacional (artículo 21 LF/2002 en relación particularmente con el artículo 17 RF).

La dotación puede consistir en bienes y derechos de cualquier clase, y ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales.

El artículo 12.1 LF/2002, a diferencia de lo previsto en el artículo 10 de la precedente LF/1994, exige que la dotación alcance el valor económico de 30.000 euros, sin perjuicio de que, en el caso de que la dotación sea de inferior valor, el fundador tendrá que justificar su adecuación y suficiencia a los fines fundacionales mediante la presentación del primer programa de actuación, junto con un estudio económico que acredite la viabilidad del proyecto sirviéndose, única y exclusivamente, de dichos recursos.

La realidad de las aportaciones deberá acreditarse o garantizarse ante el notario autorizante de la escritura pública de constitución según lo previsto en los artículos 5 y 6 RF, que traen causa del artículo 12 LF/2002.

De esta manera, de una parte, si la aportación es dineraria podrá efectuarse de forma sucesiva. En tal caso, el desembolso inicial será, al menos, del 25 por 100, y el resto se deberá hacer efectivo en un plazo no superior a cinco años, contados, no desde la adquisición de personalidad jurídica por la fundación, sino desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la fundación (artículo 12.2 LF/2002)¹⁴⁶.

De otra parte, si la aportación no es dineraria, deberá incorporarse a la escritura de constitución, la tasación realizada por un experto independiente.

La citada exigencia prevista en el artículo 12.2 LF/2002 ha sido desarrollada en el artículo 6 RF, que prevé que dicho experto será nombrado por el Patronato a su costa, excepto en el caso de que la aportación se produzca en el momento de constituir la fundación, supuesto en el que el experto será designado por el aportante y a su costa (artículo 6.4 RF).

La designación deberá recaer en personas que ejerzan una profesión o actividad directamente relacionada con la valoración o peritación de los bienes o derechos objeto de la aportación, y que cumplan los requisitos exigidos para su ejercicio (artículo 6.2 RF)¹⁴⁷.

El artículo 6.4 RF prevé el contenido mínimo necesario del informe a elaborar por dicho experto independiente, en tanto en cuanto establece que, ~~el~~ informe contendrá la descripción de cada una de las aportaciones no dinerarias, con sus datos registrales, en su caso, así como los criterios de valoración adoptados~~+~~.

¹⁴⁶ En opinión de MORILLO GONZÁLEZ, el hecho de que el artículo 12.2 LF utilice la expresión ~~desembolso~~ para referirse al 25 por ciento, ~~que se debe aportar de forma efectiva~~, excluye, respecto a este porcentaje, la posibilidad de que la dotación esté constituida por derecho de crédito de realización futura~~+~~, porque, según dicho autor, ~~de~~ admitirse esto, no sería el 25 sino el 100 por 100 de la dotación lo que podría estar formado por simples derechos de crédito realizables en un plazo de cinco años~~+~~. MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 155 y s.

¹⁴⁷ Con el fin de evitar cualquier incidencia en el momento en que el Protectorado verifique la tasación efectuada por el correspondiente experto independiente, MORILLO GONZÁLEZ propone que dicho experto sea nombrado por el Colegio profesional al que pertenezca. MORILLO GONZÁLEZ, F., *El proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 161.

Tratándose dicho informe de un documento que deberá incorporarse a la escritura pública de constitución, el artículo 6.4 RF, en relación con el artículo 31.2.f) RRF/2007, exige que en la inscripción registral de la fundación deberá constar el nombre del experto que haya elaborado la tasación, las circunstancias de su designación y la fecha de emisión del informe.

El artículo 12.3 LF/2002 permite que la dotación esté constituida por el compromiso de aportaciones de terceros, siempre que dicha obligación conste en títulos que lleven aparejada ejecución, por lo que, dicho compromiso de aportaciones de terceros.

Por tanto, como la dotación inicial debe estar desembolsada, al menos, en un 25 por 100, lo que el artículo 12.3 LF/2002 posibilita, con MORILLO GONZÁLEZ,¹⁴⁸ es que la parte de la dotación, cuya aportación puede deferirse en el tiempo, esté compuesta no sólo por los bienes y derechos que el fundador se haya comprometido a aportar, sino también por las aportaciones garantizadas con títulos que lleven aparejada ejecución con las que terceros, ajenos a la fundación, estén dispuestos a contribuir, y que, como tales, deberán quedar reflejadas en la escritura fundacional¹⁴⁸.

En ningún caso se considerará dotación el mero propósito de recaudar donativos.

En efecto, la dotación, dice GONZÁLEZ CUETO, debe ser real, existir, no basta con propósitos o expectativas que no sean jurídicamente exigibles¹⁴⁹.

¹⁴⁸ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una fundación*, op. cit., p. 159.

Ahora bien, el compromiso de aportaciones de terceros a la dotación representa un caso en que una parte de la dotación no está desembolsada inicialmente, por lo que, a pesar del silencio del artículo 12.3 LF/2002, el citado autor considera que dicho compromiso deberá estar también garantizado con cualquier tipo de garantía personal o real, como exige el párrafo tercero del apartado 2 del artículo 12 LF/2002 para el supuesto en que una parte de la dotación no este desembolsada inicialmente.

¹⁴⁹ GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentario al artículo 12*, *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 121.

En el momento en que la fundación adquiera personalidad jurídica y, a lo largo de la existencia de la misma, también tendrán carácter dotacional los bienes y derechos que se aporten en tal concepto por el fundador o por terceras personas, o que se afecten por el Patronato, con carácter permanente, a fines fundacionales (artículo 12.4 LF/2002 y 16.a) RF)¹⁵⁰.

¹⁵⁰ En este sentido, téngase en cuenta que, el artículo 27 LF/2002, en relación con el artículo 32 RF, exige que el importe de los resultados netos no destinados a la realización de los fines fundacionales deberá destinarse, según acuerdo del Patronato, a incrementar bien la dotación o bien las reservas, posibilidad esta última que no estaba prevista en la anterior LF/1994.

De ahí que, con GONZÁLEZ CUETO, *no* parece una buena idea haber creado estas reservas, propias de la legislación societaria mercantil, por cuanto desvincula bienes y derechos de la dotación -sustrato patrimonial esencial de la fundación-, con la consecuencia inmediata de que su enajenación o gravamen no requerirá la previa autorización del Protectorado, por lo que su protección es menor+ GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios al artículo 27+ Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit. 221.

5.- EL INFORME DEL PROTECTORADO.

5.1.- Introducción.

A tenor de lo previsto en el conocido artículo 4 LF/2002, las fundaciones adquieren personalidad jurídica mediante la inscripción de la escritura pública de constitución en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, (artículo 4 LF/2002), empero, el artículo 35.1.a) LF/2002, en relación con el artículo 31.3 RRF/2007, supedita la inscripción a la emisión de un Informe favorable por el Protectorado en relación no sólo con la idoneidad de los fines sino también con la suficiencia de la dotación, de modo que, si el informe es favorable, la inscripción sólo podrá ser denegada cuando la escritura constitutiva no se ajuste a las demás prescripciones establecidas en la normativa aplicable (artículo 31.3 RRF/2007).

5.2.- El informe preceptivo y favorable del órgano encargado del Protectorado a efectos de la inscripción de las fundaciones.

En virtud de lo establecido tanto el artículo 35.1.a) LF/2002¹⁵¹, que trae causa de lo previsto en el artículo 36.2 de la LF/1994¹⁵², como el artículo 43.b) RF, una de las funciones del Protectorado no es sino la de informar, con carácter preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones, no sólo sobre la idoneidad de los fines, sino también en relación con la adecuación y suficiencia de la dotación de las fundaciones en proceso de constitución.

¹⁵¹ Durante la tramitación del Proyecto de Ley de Fundaciones, de la que resultó la LF/2002, el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria presentó la enmienda número 91 al artículo 34.1.a) (actual artículo 35.1.a) LF/2002), que no prosperó pero a través de la que propuso la supresión de la letra a) del artículo 34.1 con justificación en que, ~~la~~ constitución de la fundación y la determinación de si reúne los requisitos precisos para su existencia debe dejarse al criterio del encargado del Registro como ocurre en las sociedades mercantiles sin necesidad de un informe previo, que resulte perturbador, de un órgano administrativo. (BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 105-12, de 24 de Octubre de 2002, p. 28).

¹⁵² Ahora bien, a diferencia de la LF/1994, la exigencia de dicho Informe no está contenida dentro del Capítulo dedicado al Registro de Fundaciones, sino en el correspondiente al Protectorado.

Ahora bien, el citado artículo 43.b) RF reitera el término ~~de~~ *suficiencia* (de la dotación), pero, añade, con respecto a lo dispuesto en el artículo 35.1.a) LF/2002, la palabra ~~de~~ *adecuación*, lo que ha provocado una valoración negativa por parte de MORILLO GONZÁLEZ, quien ha calificado dicha adición de ~~de~~ *improcedente* porque contradice el artículo 35.1.a) LF/2002 que, única y exclusivamente, atribuye competencia al Protectorado para informar sobre la ~~de~~ *adecuación*, pero no en cuanto a la ~~de~~ *suficiencia* de la misma¹⁵³.

En relación con ello, la LF/1994 no preveía un artículo sobre la cuantía de la dotación mínima para la constitución de fundaciones, lo que llevó a que cada Protectorado adoptase un criterio propio, de ahí que, para evitar una eventual disparidad de criterios entre Protectorados en relación a esta cuestión, el artículo 12.1 LF/2002 prevé que ~~se~~ *se* presumirá suficiente la dotación cuyo valor económico alcance los 30.000 euros, estableciendo, a continuación, la documentación que necesariamente deberá aportar el fundador cuando la dotación sea de un valor inferior al citado, que ha sido indicado en el correspondiente apartado del presente Capítulo, dedicado a la documentación a aportar con la solicitud de inscripción.

Sobre esta cuestión, el Anteproyecto de Ley de Fundaciones fijó la cuantía de la dotación mínima para la constitución de fundaciones en 50.000 euros, frente a la cantidad actualmente prevista de 30.000 euros, lo que fue valorado negativamente por el Consejo Económico y Social que, en el Informe al Anteproyecto de Ley de Fundaciones, manifestó que la misma debía reducirse ~~de~~ *hasta* situarla en el límite establecido para la constitución de sociedades mercantiles limitadas, esto es, 3.000 euros, haciendo posible la creación de fundaciones que poseen en muchas ocasiones, en los momentos de gestación, menos recursos, pero se orientan a fines de interés general de gran valor social,

¹⁵³ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 257.

Sobre esta cuestión, téngase en cuenta que el artículo 31.3 RRF/2007 dice que el informe preceptivo del Protectorado será sobre los fines de interés general y la adecuación y suficiencia de la dotación, por lo que reitera el contenido previsto en artículo 41.b) RF, a diferencia, por tanto, del derogado artículo 7.2 del RRF/1996, del que trae causa el artículo 31.3 RRF/2007 y del artículo 35.1.a) LF/2002 que, en relación a la valoración del Protectorado sobre la dotación, contiene, únicamente, el término de suficiencia.

por lo que, debería suprimirse cualquier facultad del Protectorado, tanto para aceptar una menor dotación, como para obligar a superar el límite fijado¹⁵⁴.

Por tanto, la solicitud de inscripción de la escritura de constitución de la fundación, junto con la documentación anteriormente tratada, deberá presentarse en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal y será el Encargado del Registro, a la vista de la solicitud, el que pida al Protectorado correspondiente el Informe preceptivo sobre la idoneidad de los fines y la adecuación y suficiencia de la dotación+(artículo 31.3 RRF/2007)¹⁵⁵.

La doctrina científica no ha sido pacífica en torno a la presente función atribuida al Protectorado durante el proceso de constitución de una fundación ni con motivo del artículo 36.2 de la LF/1994, ni, por tanto, a tenor del correlativo artículo 35.1.a) LF/2002.

De esta manera, para un sector doctrinal, dicha función responde, según PAU PEDRÓN a una acertada delimitación de competencias entre el Protectorado y el Registro de Fundaciones. En efecto, la mencionada función supone una valoración -no discrecional, por supuesto- que va más allá de un

¹⁵⁴ En este sentido, por ejemplo, en el supuesto de que la cuantía de la dotación inicial sea inferior a 30.000 euros, el legislador, a diferencia de lo previsto en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 12 LF/2002, no ha previsto presunción alguna sobre la suficiencia de la dotación, sino que, antes bien, el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 12 LF/2002, anteriormente citado, exige que el fundador justifique su adecuación mediante la presentación del primer programa de actuación, junto con un estudio económico que acredite su viabilidad utilizando exclusivamente dichos recursos.

Por tanto, en el presente caso, el fundador, en el momento de presentación de la escritura de constitución en el Registro, no tendrá la certeza jurídica sobre si la dotación será adecuada y suficiente a los fines fundacionales, pero, de la redacción del citado párrafo segundo del apartado 1 del artículo 12 LF/2002, en relación con la sujeción a derecho del Protectorado, podrá inferir que si el estudio económico al que se refiere dicho artículo acredita su viabilidad, el Protectorado no podrá informar desfavorablemente.

¹⁵⁵ En relación a la decisión que adoptará el Encargado del Registro sobre el Protectorado correspondiente, a la vista de la solicitud de inscripción, véase lo desarrollado en el punto en que se trataron los fines fundacionales, dentro del apartado correspondiente a los estatutos, contenido en el apartado 4 del Capítulo VIII, dedicado a la documentación a aportar con la solicitud de inscripción.

razonamiento estrictamente jurídico- que es el único tipo de razonamientos que puede hacer el encargado del Registro de Fundaciones¹⁵⁶.

En este sentido, CAFFARENA LAPORTA, a tenor de lo previsto en el artículo 35.1.a) LF/2002, califica la función ejercida por el Protectorado de consultiva, manifestando, también que, el juicio de si el fin o los fines son o no de interés general y de si la dotación es o no suficiente no queda a la discrecionalidad del Protectorado¹⁵⁷.

De otra parte, otro sector doctrinal ha adoptado una postura crítica en relación con dicho informe.

De esta manera, a modo representativo de dicha postura, PIÑAR MAÑAS, a tenor de lo que preveía el artículo 36 de la LF/1994, del que, como se ha visto, trae causa el vigente artículo 35.1.a) LF/2002, consideró que dicho informe era criticable no sólo porque (o) debe ser favorable, sino además porque debe ser emitido no por el Registro, sino por el órgano del Protectorado. Lo cual puede conducir a que sean varios los criterios que se tengan para determinar si el fin es de interés general o la dotación suficiente, con el consiguiente menoscabo para la seguridad jurídica y la posibilidad de producir resultados discordantes respecto a requisitos que deben ser uniformes para todas las fundaciones¹⁵⁸.

¹⁵⁶ PAU PEDRÓN, A., *El Registro de Fundaciones*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, op. cit., p. 17 y s. En este mismo sentido, véase, también, CUÑAT EDO, V., *Comentario al artículo 35*, OLAVARRÍA IGLESIA, J. (Coordinador). *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 871.

¹⁵⁷ CAFFARENA LAPORTA, J., *La Constitución de Fundaciones*, MUÑOZ MACHADO, S; CRUZ AMORÓS, M.; DE LORENZO GARCÍA, R., (Directores), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, op. cit., p. 76 y s.

En este mismo sentido, véase, también, por ejemplo, REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, A., *La Nueva Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 96.

¹⁵⁸ PIÑAR MAÑAS, J.L., *Comentario al artículo 36*, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., p. 317.

En este mismo sentido, véase, entre otros, CARRANCHO HERRERO, M^a.T., *La Constitución de Fundaciones*, op. cit., p. 191 y ss.; DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., *Aspectos notariales de la Ley de Fundaciones*, *Revista Jurídica del Notariado*: julio-septiembre 1994, n^o 11, p. 254 y s.

Por tanto, cada postura doctrinal está condicionada, a su vez, por la adoptada en torno a la intervención de la Administración en el proceso de inscripción de la fundación, así como en lo relativo a la naturaleza del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, como se ha desarrollado a lo largo del presente trabajo.

El contenido previsto en el artículo 35.1.a) LF/2002 ha sido calificado por MORILLO GONZALEZ como *muy parca*, al igual que la Ley 30/1994+, por lo que el legislador no aprovechó la oportunidad que brindó la LF/2002 para regular propiamente el mismo¹⁵⁹.

En este sentido, ni el RF ni el RRF/2007 han desarrollado expresamente dicho Informe, excepto que, el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 28 RRF/2007 ha previsto, por vez primera, que la solicitud de dicho informe, así como su recepción, tendrá que ser comunicada a los interesados¹⁶⁰.

En relación con lo que acabamos de ver, la LF/2002 no estableció el plazo dentro del cual el Protectorado deberá emitir el citado informe preceptivo y vinculante o, transcurrido el mismo y, no habiendo recaído, cuáles son las consecuencias jurídicas, a diferencia, por tanto, de lo previsto en el artículo 28.6 RRF/2007 que prevé que, si no se apreciaron defectos, el Encargado del Registro practicará la inscripción en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de presentación, frente a lo dispuesto en el artículo 15.2 del derogado RRF/1996, que, como luego veremos, preveía el plazo de tres meses.

¹⁵⁹ En efecto, dicho autor dice sobre el informe del Protectorado: *La nueva Ley de Fundaciones, al igual que la Ley 30/1994, contiene una información muy parca (...) No se incluye norma alguna en la que se determinen no ya unas reglas materiales que deba seguir aquél, sino cuestiones formales de indudable importancia, tales como: el plazo que tiene el Protectorado para emitir su informe; las consecuencias de su incumplimiento; el carácter motivado o no del mismo; la posibilidad de recurso; la jurisdicción o, en su caso, órgano administrativo competente para conocer de aquél; o la comunicación de la resolución del Protectorado al Registro y a la fundación interesada+*

¹⁶⁰ La dicción de dicho artículo dice literalmente: *La petición del informe al que se hace referencia en el párrafo anterior, así como su recepción, deberá ser comunicada a los interesados+*

Téngase en cuenta que la falta de comunicación de la resolución a la fundación interesada había sido una de las cuestiones que MORILLO GONZÁLEZ había considerado que debían regularse de forma expresa, como ha sido indicado en la anterior nota a pie de página.

El silencio del legislador en relación a esta cuestión provocó, con carácter previo al RRF/2007, un debate doctrinal.

De esta manera, GONZÁLEZ CUETO consideró que: «Cuando el informe es solicitado, y en tanto se emite, cabe la suspensión, por un tiempo máximo de tres meses, del plazo máximo de resolución del procedimiento (artículo 45.2.c) LRJPAC. Ahora bien, si transcurren los plazos y el informe no se emite resulta aplicable el artículo 83.3 LRJPAC, cuyo inciso final permite «interrumpir el plazo de los trámites sucesivos. Esto es precisamente lo que habrá de hacerse porque no se podrá resolver sin disponer del previo informe vinculante»¹⁶¹.

La ausencia de solicitud de dicho informe preceptivo y vinculante sería, en opinión de dicho autor, causa de nulidad de pleno derecho conforme con lo establecido en el artículo 62.1.e) LRJPAC.

Frente a dicha opinión, PIÑAR MAÑAS, entendió, con fundamento en el artículo 43.2.c) LRJPAC, que el silencio del Protectorado en relación con dicho informe tiene sentido positivo. Dicho autor consideró que «todos los actos presuntos del Protectorado, sean o no de contenido autorizatorio, tendrán carácter positivo si no hay una disposición expresa que establezca lo contrario»¹⁶².

En este mismo sentido se pronunció PAU PEDRÓN quien, con fundamento en la referida delimitación de competencias establecida entre el Protectorado y el Registro de Fundaciones, entendió que, cuando por silencio del Protectorado, la falta de informe deba entenderse en sentido positivo, «el encargado no puede

¹⁶¹ GONZÁLEZ CUETO, T. «Comentario al artículo 35», *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 278.

¹⁶² PIÑAR MAÑAS, J.L., «Comentario al artículo 33», *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., p. 300.

También, de la misma opinión, véase, MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 255.

entrar en el fondo, aunque aprecie que no concurren las circunstancias que motiven la decisión (presunta favorable)¹⁶³.

En relación con todo ello, la Audiencia Nacional, (en adelante, AN), Sala de lo Contencioso-administrativo, de 15 de marzo de 2000, (Pte.: D. Ernesto Mangas González), (EDJ 2000/11929), resolvió un Recurso Contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la solicitud de inscripción de la Fundación (...). En el presente caso, una vez instada la inscripción registral y, a falta de resolución expresa, se solicitó la expedición de certificación de acto presunto¹⁶⁴, la cual tuvo un efecto desestimatorio con fundamento en el artículo 15.2 del RRF/1996.

Conforme previene el Fundamento jurídico de dicha Sentencia:

«...» Pero entre una (solicitud de inscripción registral) y otra (expedición de certificación de acto presunto), y en lo que al ejercicio de las funciones del Protectorado en el procedimiento de inscripción de la fundación respecta, solamente obra en el expediente un acto de trámite. **La omisión del preceptivo trámite de informe del órgano al que corresponde el ejercicio del Protectorado, (...) ha de conducir, (...), a la declaración de nulidad de la resolución presunta impugnada, por infracción del Ordenamiento jurídico (artículo 36 de la LF/1994, -del que trae causa el artículo 35.1.a) LF/2002-, 22 del RRF/1996, 63 LRJPAC¹⁶⁵ y concordantes de la Ley jurisdiccional aplicable al caso), a fin de que, con reposición de las actuaciones al momento en que se cometió la infracción de procedimiento, se proceda a emitir dicho Informe, dándose después al expediente el curso legalmente establecido**¹⁶⁵.

¹⁶³ PAU PEDRÓN, A., «El Registro de Fundaciones», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, op. cit., p. 43.

¹⁶⁴ Con motivo de la modificación introducida en el apartado 5 del artículo 43 por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la solicitud de certificación de acto presunto no es preceptiva para hacer valer el silencio administrativo positivo.

¹⁶⁵ Téngase en cuenta que la falta de solicitud de dicho informe representa, para GONZÁLEZ CUETO, un supuesto de nulidad de pleno derecho (artículo 62.1.e) LRJPAC) y no, como entiende la presente Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 15 de marzo de 2000, un supuesto de anulabilidad (artículo 63 LRJPAC), lo que conlleva diferentes consecuencias jurídicas.

¹⁶⁵ La negrita es nuestra.

Ahora bien, conforme con lo previsto en el RRF/2007, Si el encargado del Registro entiende que procede la inscripción, el plazo máximo dentro del que deberá notificar la resolución a los interesados será de seis meses, que se contarán desde la fecha de recepción de la solicitud en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal (artículo 29.3 RRF/2007), empero, el apartado 4 del artículo 29 RRF/2007 ha previsto, por vez primera, que el cómputo del plazo para notificar la resolución expresa se suspenderá de acuerdo con lo establecido en el apartado 5 del artículo 42 LRJPAC (artículo 29.4 en relación con el artículo 4 RRF/2007 que prevé que el procedimiento de inscripción de la fundación estará sujeto a la citada LRJPAC), lo que induce a pensar que el RRF/2007 ha optado por acoger una postura mixta.

En efecto, a pesar de que cuando el informe sea solicitado, y en tanto se emite, cabrá la suspensión, por un tiempo máximo de tres meses, del plazo máximo de resolución del procedimiento (artículo 45.2.c) LRJPAC), como consideraba GONZÁLEZ CUETO, la consecuencia jurídica, en caso de que transcurra el plazo máximo de suspensión y el informe no se haya emitido no será, empero, como defendía dicho autor, la aplicación del artículo 83.3 LRJPAC cuyo inciso final permite ~~interrumpir~~ el plazo de los trámites sucesivos, sino, antes bien, el sentido positivo del silencio, por lo que el interesado podrá entender estimada la solicitud de inscripción de la fundación, lo que remite a la postura defendida por PIÑAR MAÑAS y PAU PEDRON, aunque está estuviera referida al sentido positivo del silencio administrativo en relación al informe del Protectorado.

En lo relativo a la motivación del presente Informe, MORILLO GONZÁLEZ ha manifestado que, a pesar del silencio del legislador, el informe del órgano al que corresponda el ejercicio del Protectorado deberá estar motivado (artículo 54.1.LRJPAC)¹⁶⁶, lo cual está directamente vinculado con la posibilidad de

¹⁶⁶ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit. 256.

Sobre la necesidad de motivación del acto administrativo para que el interesado conozca las razones que justifican el acto y, a su vez, la jurisdicción contencioso-administrativa puede controlar a la Administración, véanse, entre otras, a modo representativo, Sentencias del TS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 17 de marzo de 2004, (EDJ 2004/25635); 30 de enero de 2001, (EDJ 2001/697); 6 de junio de 2003, (EDJ 2003/35195).

impugnar en sede contencioso-administrativa dicho informe, con fundamento en el ejercicio del derecho constitucional de fundación (artículo 34 CE).

La doctrina científica ha manifestado que el informe del Protectorado es un acto administrativo que está integrado dentro del procedimiento de inscripción de la fundación, por lo que representaría un acto administrativo de trámite.

Ahora bien, el hecho de tratarse de un acto de trámite no significa que el mismo no pueda impugnarse, en tanto en cuanto, el artículo 107 LRJPAC, según la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, posibilita la interposición de recurso de alzada o potestativamente de reposición contra los actos de trámite que ~~de~~ deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos (...)+, por lo que, dice PIÑAR MAÑAS¹⁶⁷, ~~el~~ informe del Protectorado, al ser vinculante por tener que ser necesariamente favorable, puede impedir la inscripción, y por tanto es recurrible+, al margen de la impugnación de la calificación del encargado del Registro en sede contencioso-administrativa en base al informe desfavorable del Protectorado (artículo 43.2 LF/2002 en relación con el artículo 9.2 RRF/2007).

Finalmente, como se ha visto, el párrafo primero del apartado 1 del artículo 28 RRF/2007 ha previsto, por vez primera, que tanto la petición del informe como la recepción del mismo deberá ser comunicada a los interesados, por lo que, a pesar de que dicha obligación de comunicación no se haya previsto en relación con el Registro, la misma debe entenderse implícitamente contenida en el citado apartado 3 del artículo 31 RRF/2007, cuando prevé que ~~si~~ el informe+-por tanto, una vez que haya sido recibido por el Encargado del Registro- ~~fuera~~ favorable, la inscripción sólo podrá ser denegada cuando la escritura constitutiva no se ajuste a las demás prescripciones de la normativa aplicable+.

¹⁶⁷ PIÑAR MAÑAS, J.L., ~~Comentario~~ al artículo 36+, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., p. 319.

5.3.- Sobre el ámbito de aplicación del artículo 35.1.a) de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en relación con el artículo 4 de la misma Ley.

Como se ha visto¹⁶⁸, la Disposición Final Primera LF/2002 atribuye al artículo 4 el carácter de norma básica al amparo del artículo 149.1.1 CE, por tanto, se trata de un precepto vinculante para las Comunidades Autónomas y, por consiguiente, aplicable a todo tipo de fundaciones.

A diferencia del artículo 4 LF/2002, el precepto 35.1.a) LF/2002 no ha sido incluido en ninguno de los apartados que la Disposición Final Primera considera de aplicación directa al amparo de los artículos 149.1.1^a (apartado 2.a), 8^a (apartado 2.b) y 6^a (apartado 2.c) de la CE respectivamente, en tanto en cuanto, el legislador ha entendido que no regulan aspectos relativos al contenido esencial del derecho de fundación, ni constituyen legislación civil o procesal.

Por tanto, el artículo 35.1.a) LF/2002 será, única y exclusivamente, de aplicación a las fundaciones de competencia estatal, esto es, a las fundaciones que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma, conforme al artículo 36.1 LF/2002¹⁶⁹, lo que determinará que, a diferencia de lo acaecido con el artículo 4 LF/2002, la legislación autonómica no tenga que seguir necesariamente lo que la LF/2002 ha establecido en relación al informe del Protectorado para las fundaciones de competencia estatal, como luego veremos.

¹⁶⁸ Véase lo tratado en el apartado 2.3 del Capítulo VII del presente trabajo dedicado al ámbito de aplicación del artículo 4 LF/2002 en relación con el artículo 35 LF/2002.

¹⁶⁹ A éstas deberían sumarse las previstas en el artículo 6.2 LF, segundo párrafo, es decir, a las que desarrollan su actividad principal en el extranjero+. GONZÁLEZ CUETO, T., %Comentario a la Disposición Final Primera+, *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 417 y s.

6.- LA CALIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO DE LA FUNDACIÓN POR EL ENCARGADO DEL REGISTRO DE FUNDACIONES DE COMPETENCIA ESTATAL.

6.1.- Introducción.

A tenor de lo previsto en la LF/2002 y, particularmente en el desarrollo dado al Registro de Fundaciones de Competencia Estatal mediante el RRF/2007, dicho Registro está sometido, entre otros, al principio de legalidad¹⁷⁰ (artículo 28.1 RRF/2007).

La doctrina científica ha manifestado que, a tenor de las funciones atribuidas al Registro de Fundaciones de Competencia estatal, la calificación o control de legalidad del título constitutivo de la fundación por el Encargado del Registro no está circunscrita a un mero control externo de legalidad sino que, antes bien, comprenderá, tanto *la forma extrínseca de los documentos+ como su validez material+o, lo que es lo mismo+, dice PAU PEDRÓN, el fondo y la forma+, conforme con la posición que mantiene dicho autor consistente en que el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal es un Registro de seguridad jurídica¹⁷¹, frente a la posición doctrinal que, al amparo igualmente del artículo 11.1 del RRF/1996, del que trae causa el artículo 28.1 RRF/2007, defendía que dicho Registro tuviese una naturaleza administrativa, en cuyo caso, el encargado del Registro no tendría competencia para valorar el fondo del asunto, sino que,*

¹⁷⁰ En relación con los principios registrales, véase, en especial, lo tratado en el punto 2.2.3 del apartado 2.2 del Capítulo VIII de este trabajo, dedicado al Registro de Fundaciones de Competencia Estatal.

¹⁷¹ PAU PEDRÓN, A., *El Registro de Fundaciones+*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, op. cit., p. 42.

En este mismo sentido, véase, por ejemplo, MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 258.

El autor último citado ha resaltado también que, con excepción de la idoneidad de los fines y la suficiencia de la dotación cuyo control ejerce el Protectorado (artículo 35.1.a) LF/2002), el control de la legalidad de la constitución de la fundación se atribuye al órgano encargado del Registro de Fundaciones de Competencia estatal, según lo previsto en el artículo 4.1 LF/2002.

única y exclusivamente, podría llevar a cabo una mínima e imprescindible actividad de control externo de legalidad¹⁷².

Ahora bien, téngase en cuenta que frente al artículo 11.1 RRF/1996 que decía *El encargado del Registro calificará la validez y solemnidades extrínsecas de los documentos presentados, teniendo en cuenta el contenido de los documentos o declaraciones y los obstáculos que surjan del Registro*, el artículo 28.1 RRF/2007, en relación con la función de calificación atribuida al Encargado del Registro, ha añadido el adjetivo *material* al sustantivo *validez*, lo que induce a pensar que el Encargado debería valorar el fondo del título presentado a inscripción en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, conforme con la naturaleza doble que le atribuye a dicho Registro el RRF/2007¹⁷³.

La inscripción del título constitutivo de la fundación procederá, si no se apreciarán defectos, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de presentación del título en el Registro. El Encargado del Registro procederá a calificar dentro del primer mes a contar desde la misma fecha (artículo 28.6 RRF/2007).

El plazo máximo para notificar la resolución será de seis meses cuando se trate de la primera inscripción, modificación o nueva redacción de estatutos, fusión y extinción de la fundación y de tres meses para el resto, contados ambos plazos desde la fecha de recepción de la solicitud en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal (artículo 29.3 RRF/2007). Transcurridos los plazos señalados sin notificación de la resolución, podrá entenderse estimada la solicitud de inscripción correspondiente (artículo 29.5 RRF/2007), lo que

¹⁷² ATIENZA NAVARRO, M^a. L., *Comentario al artículo 36*, OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 906 y s. Véase, también, DURAN RIVACOBA, R., *El Negocio Jurídico Fundacional*, op. cit., p. 158.

¹⁷³ En efecto, el apartado 1 del artículo 28 RRF/2007 dice que: *El encargado del Registro calificará la validez de la forma extrínseca de los documentos inscribibles, y su validez material, por lo que resulte de ellos y, en su caso, de los asientos del Registro y solicitará del Protectorado, una vez clasificada la fundación, y siempre que se trate de la primera inscripción, la emisión del informe sobre la idoneidad de los fines y sobre la adecuación y suficiencia dotacional*.

Sobre la naturaleza del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, véase, el epígrafe 2.2.2 del apartado 2.2 del Capítulo VIII presente trabajo, al que nos remitimos.

representa un cambio trascendental frente a la redacción contenida en el artículo 15.2 del RRF/1996, que estableció que transcurrido el plazo de tres meses sin que hubiera recaído resolución expresa en relación con la solicitud de inscripción, la misma se entendía desestimada, lo que fue negativamente valorado por la doctrina científica, como luego veremos.

6.2.- La calificación del Encargado del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal.

En virtud de lo previsto en el artículo 28.6 RRF/2007, la inscripción del título constitutivo de la fundación procederá, si no medían defectos, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de su presentación en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, a diferencia, por tanto, del plazo de tres meses que preveía el correlativo artículo 11.4 del RRF/1996. El Encargado del Registro deberá calificar dicho título en el plazo de un mes, frente al plazo de treinta días que estableció el citado artículo 11.4 del derogado RRF/1996, como se ha visto anteriormente¹⁷⁴.

Según el artículo 29 RRF/2007, el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal deberá notificar la inscripción o, en su caso, la denegación o suspensión, a quien hubiera presentado el título, por lo que, el contenido de dicho artículo permite inferir que, solicitada la inscripción por el interesado, el Encargado del Registro, podrá:

¹⁷⁴ En relación con el artículo 11.4 del RRF/1996, del que trae causa el artículo 28.6 RRF/2007, MORILLO GONZÁLEZ manifestó que: "Resulta llamativo que se distinga entre el plazo para calificar y el plazo para proceder a la inscripción. No parece que tenga demasiado sentido que una vez que el documento ha sido ya calificado, la inscripción pueda demorarse hasta dos meses más. No obstante, dicha distinción puede estar justificada teniendo presente que, si el encargado del Registro opta por la negativa a la inscripción, deberá ponerlo en conocimiento del Director General de los Registros y el Notariado, ya que la competencia para decidir la denegación la tiene este último. De esta forma cobra sentido el hecho de que el encargado del Registro califique en el primer mes, debiendo comunicar en este plazo su decisión negativa al Director General de los Registros. Por el contrario, si la calificación es favorable, la única explicación posible es que se trate de dar mayor celeridad a la calificación, sin que ello resulte contradictorio con el plazo de tres meses que el Protectorado tiene para emitir su informe." MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 259.

- a) Decidir a favor de la inscripción, si no median defectos (artículo 28.6 RRF/2007).
- b) Suspender la inscripción, en caso de que falte algún requisito que pueda ser subsanado y no afecte a la validez del acto (artículo 28.3 RRF/2007).
- c) Entender que procede la denegación de la inscripción (artículo 28.5 y, en su caso, artículo 28.3 *in fine* RRF/2007).

6.2.1.- Decidir a favor de la inscripción, si no median defectos.

La inscripción de la fundación exige tener en cuenta no sólo el artículo 28.6 RRF/2007 que prevé que, si el Encargado del Registro no apreciara defectos de forma en la escritura constitutiva de la fundación, deberá llevar a cabo la inscripción, sino también el artículo 35.1.a) LF/2002, en relación con el artículo 28.5.a) RRF/2007, que exige, para que pueda procederse a dicha inscripción que, el Protectorado haya comunicado al Encargado del Registro que, el informe sobre la idoneidad de los fines y sobre la adecuación y suficiencia dotacional, es favorable.

A tenor de todo lo desarrollado, la fundación adquirirá personalidad jurídica desde el momento de la inscripción registral de la escritura pública de su constitución en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal (artículo 4 LF/2002, en relación con el artículo 3 RRF/2007).

En cualquier caso, el artículo 30.1.a) RRF/2007 ha establecido que serán publicadas en el Boletín Oficial del Estado las resoluciones de inscripción registral que se refieran, entre otras, a la constitución de fundaciones, a diferencia, por tanto, del RRF/1996, que no contenía exigencia alguna de publicidad en boletín alguno.

6.2.2.- Suspender la inscripción, en caso de que falte algún requisito que pueda ser subsanado y no afecte a la validez del acto.

Según el artículo 28.3 RRF/2007, que trae causa del artículo 11.3 del RRF/1996¹⁷⁵, el Encargado del Registro, en caso de que la calificación fuera desfavorable por defectos de forma, requerirá a los interesados para que subsanen las deficiencias dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, que será de tres meses, con indicación de que, si así no lo hicieren, se les tendrá por desistidos de su solicitud, previa resolución dictada al efecto, que se notificará a los interesados, de ahí que, mediante segunda anotación registral se hará constar que los defectos han sido subsanados o, en su caso, que ha transcurrido el plazo para hacerlo, por lo que, en este último caso, no procederá la inscripción de la fundación en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal.

De ahí que, el apartado 4 del artículo 28 RRF/2007 establezca que: *Con base en todo lo actuado el Encargado del Registro adoptará la decisión que corresponda+ que podrá ser estimatoria o, en su caso, denegatoria de la inscripción, sin perjuicio de que el interesado solicite auxilio judicial frente a la misma (artículo 42.3 LF/2002).*

Por tanto, el Encargado, en caso de que falte algún requisito que pueda ser subsanado y no afecte a la validez del acto, suspenderá la inscripción para, a continuación, seguir el procedimiento que acabamos de ver y, finalmente, dictar la resolución que proceda (artículo 28.3 y 4 RRF/2007).

Ahora bien, el citado artículo 28.3 RRF/2007, al igual que acaeció con el artículo 11.3 del RRF/1996, tampoco determina ni cuándo nos encontramos ante un defecto subsanable, ni en qué supuestos dicho defecto afectará a la validez constitutiva de la fundación.

En relación con ello, al amparo de la redacción del artículo 11.3 del RRF/1996, MORILLO GONZÁLEZ entendió que, en virtud de lo previsto en los artículos 10 y 11 LF/2002, *los defectos que aprecie el encargado del Registro que no afecten a la validez del negocio fundacional, y que puedan ser*

¹⁷⁵ En efecto, según el apartado 3 del artículo 11 del RRF/1996, por el que se aprobó el anterior Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, *se suspenderá la inscripción si falta algún requisito que pueda ser subsanado y no afecta a la validez del acto+.*

subsanaos, serán los que darán lugar a la suspensión de la inscripción, abriendo el plazo para su subsanación. Y *a sensu contrario*, todo defecto que no pueda ser subsanado o que, pudiendo serlo, afecte a la validez del título dará lugar a la denegación de la inscripción¹⁷⁶.

El RRF/2007 brindó una enorme oportunidad para haber previsto dichas cuestiones, cuya regulación expresa hubiera otorgado una certeza jurídica sobre su concurrencia de la que carece con la redacción dada al artículo 28.3 RRF/2007.

En todo caso, frente al artículo 11.3 del RRF/1996, que no preveía ni quiénes deberían proceder a dicha subsanación ni el plazo para realizar la misma, el artículo 28.3 RRF/2007 ha regulado expresamente ambas cuestiones.

De un lado, ha hecho recaer dicha obligación en aquellos interesados en que se subsanen las deficiencias que hubieran sido advertidas por el Encargado del Registro, lo que implícitamente representa una llamada al Patronato porque, según el artículo 13 LF/2002, este es el órgano que debe llevar a cabo todos los actos necesarios para que proceda la inscripción de la fundación, entre los cuales estaría incluido la subsanación de los defectos que se contengan en la escritura presentada a la inscripción en el Registro¹⁷⁷.

De otro lado, en lo que concierne al plazo para la subsanación, este deberá estar comprendido dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación que, será de tres meses, de ahí que, si los interesados no proceden a subsanar las deficiencias que hubieran sido advertidas por el Encargado del Registro en dicho plazo, se les tendrá por desistidos de su solicitud (artículo 28.3 RRF/2007).

¹⁷⁶ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 261 y s.

¹⁷⁷ A tenor del silencio contenido en el artículo 11.3 del RRF/1996, la doctrina científica había manifestado que dicha obligación debía recaer en el Patronato, en virtud de lo contenido en el artículo 13 LF.

En este sentido, véase, por ejemplo, ATIENZA NAVARRO, M^a.L., *Comentario al artículo 36*; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 906; MORILLO GONZÁLEZ, *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 262 y s.

El apartado 4 del artículo 31 RRF/2007, que sigue lo contenido en el precepto 37.5 LF/2002, ha previsto un supuesto en que el procedimiento de inscripción quedará suspendido hasta que recaiga resolución judicial firme¹⁷⁸.

En este sentido, en caso de que el Encargado del Registro encuentre indicios racionales de ilicitud penal en la constitución de una fundación, deberá dictar una resolución motivada, dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, debiéndoselo comunicar también a la Fundación interesada para que esta pueda, en su caso, defenderse con todas las garantías que el Ordenamiento le reconoce

Por tanto, la dicción del último inciso del apartado 4 del artículo 37 LF/2002, esto es, *comunicando*-el Registro- *esta circunstancia*-(indicios racionales de ilicitud penal en la constitución de la fundación) *la fundación interesada*+ supone el reconocimiento implícito del derecho a la tutela judicial efectiva de un ente sin personalidad, en tanto en cuanto, la fundación adquiere personalidad jurídica desde el momento de la inscripción registral de la escritura pública de su constitución (artículo 4 LF/2002 en relación con el artículo 3.1 RRF/2007)¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Obsérvese que el artículo 31.5 RRF/2007 está comprendido dentro del artículo dedicado a la primera inscripción de las fundaciones, frente al artículo 28.3 RRF/2007 que lleva por título: *Calificación e inscripción registral. Subsanación y efectos*+, sin perjuicio de que ambos artículos están dentro del Capítulo III que tiene por objeto la *inscripción de las fundaciones y de sus actos*+

En todo caso, la ubicación del artículo 31.4 RRF/2007 dentro del artículo dedicado a la primera inscripción de la fundación induce a confusión en el operador.

En efecto, el artículo 31.4 RRF/2007 prevé un supuesto de suspensión que podría conducir, en caso de que la resolución judicial constatare la existencia de delito, a que la fundación no sea inscrita, por lo que no acierta a comprenderse porque se ha incluido en el artículo dedicado a la primera inscripción a una fundación que, en su caso, pudiera llegar a no estar inscrita en el Registro.

¹⁷⁹ Téngase en cuenta que el artículo 6.1.5º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, supletoriamente aplicable a la jurisdicción contencioso-administrativa, (Disposición Final Primera de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, establece que: *Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles: (...) 5º.- Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte*+

Sobre la tutela judicial efectiva de la fundación en proceso de formación, véase, por todas, la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sec. 9ª, de 9 de mayo de 2003, Pte. Quesada Varea, José Luis. (EDJ 2003/220308), que fue tratada en el apartado 2.2 del Capítulo VII del presente trabajo, al que nos remitimos.

El supuesto de suspensión previsto en el artículo 37.5 LF no fue previsto por el legislador en la LF/1994, por lo que el antecedente del citado artículo 37.5 LF está en el artículo 30.4 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, de Asociaciones, que trae causa del artículo 22.2 CE, al que remite expresamente el artículo 34.2 CE, que regula el derecho constitucional de fundación.

En virtud de lo previsto en el artículo 37.4 LF/2002, dice GONZÁLEZ CUETO, %Si la resolución judicial firme constata la existencia de delito, la fundación no podrá ser inscrita y no llegará a adquirir personalidad jurídica (conforme al artículo 34.2 en relación con el artículo 22.2 de la CE).

Si la resolución judicial es absolutoria o se limita a archivar el proceso el plazo interrumpido continuará su cómputo y la fundación, si cumple el resto de requisitos necesarios, será inscrita¹⁸⁰.

Ahora bien, cuando la fundación haya adquirido personalidad jurídica, el legislador, a raíz del carácter que atribuye al Protectorado en el artículo 34.1 LF/2002, ha hecho recaer en dicho órgano la obligación de velar porque ninguna actividad fundacional incurra en ilicitud penal¹⁸¹.

6.2.3.- *Entender que procede la denegación de la inscripción.*

El apartado 5 del artículo 28 RRF/2007 ha enumerado los dos supuestos en que el Encargado deberá dictar resolución motivada denegando la inscripción de la fundación, a diferencia de lo dispuesto en el RRF/1996, en que, a falta de una clasificación, la doctrina infirió dichos supuestos del articulado del citado RRF/1996¹⁸².

En efecto, el apartado 4 del artículo 30 de la citada Ley Orgánica 1/2002, dice expresamente: %.- Cuando se encuentren indicios racionales de ilicitud penal en la constitución de la entidad asociativa, por el órgano competente se dictará resolución motivada, dándose traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, y comunicando esta circunstancia a la entidad interesada, quedando suspendido el procedimiento administrativo hasta tanto recaiga resolución judicial firme.

¹⁸⁰ GONZÁLEZ CUETO, T., %Comentario al artículo 37+, *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 300.

¹⁸¹ En efecto, el artículo 35.3 LF/2002 establece que: %Cuando el Protectorado encuentre indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de una fundación, dictará resolución motivada, dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, comunicando esta circunstancia a la fundación interesada+ que, a diferencia del supuesto previsto en el artículo 37.5 LF/2002, la fundación sí goza de personalidad jurídica para actuar en el tráfico jurídico.

¹⁸² En todo caso, el RRF/2007 ha mantenido la distinción entre suspensión y denegación de inscripción que, con motivo del anteproyecto del Real Decreto por el que se aprobó el anterior Reglamento del Registro de Fundaciones, había sido valorado negativamente por el Consejo de Estado en el Informe que emitió el día 29 de febrero de 1996.

Por tanto, según el artículo 28.5 RRF/2007, el Encargado del Registro dictará resolución motivada denegando la inscripción, que se notificará a los interesados, en los siguientes supuestos:

a) Cuando el informe del Protectorado sobre la idoneidad de los fines y sobre la adecuación y suficiencia dotacional sea desfavorable (artículo 28.5.a) RRF/2007 en relación con el artículo 35.1.a) LF/2002 y 28.1 RRF/2007).

El artículo 28.5.a) RRF/2007 reitera el hecho de que el Encargado del Registro no pueda pronunciarse sobre dichas cuestiones, puesto que la calificación que de éstos haga el Protectorado es vinculante para aquél¹⁸³.

En efecto, dicho órgano consultivo, manifestó en dicho informe, en relación al artículo 11 que, %e.) se considera que la distinción entre denegación y suspensión debería ser suprimida, pues se trata de una técnica traída del Derecho Hipotecario, sin base legal en lo relativo a fundaciones y que, además, resulta confusa y discutible. En el caso de que parte del contenido del título inscribible sea contrario a la Ley, pero no afecte a la validez del acto, lo procedente no es la suspensión de la inscripción, sino la inscripción parcial. Así resulta de lo que establece el artículo 9.2º de la Ley.+

¹⁸³ A tenor del artículo 7.2 del RRF/1996, del que trae causa el citado artículo 28.5.a) RRF, la doctrina científica, al margen de la posición que mantuviera cada autor en relación a la naturaleza del Registro, había llegado unánimemente a la misma conclusión.

De esta manera, con carácter previo al RRF/2007, el sector doctrinal que entendía que el Registro de Fundaciones era un Registro de seguridad jurídica, consideró que, a pesar de que el Encargado del Registro no pudiese entrar a valorar la adecuación y suficiencia de la dotación y el interés general de los fines, ello no significaba que careciese de autonomía en su función calificadora. De esta manera, por ejemplo, MORILLO GONZÁLEZ, consideró que %el contenido de la escritura fundacional no queda limitado sólo a estos dos aspectos, sino que aquélla contiene más precisiones, cuya legalidad debe ser verificada por el encargado del Registro, sin que el informe favorable del Protectorado impida una calificación negativa por parte de aquél, si estima que la escritura fundacional adolece de defectos de fondo, al margen de la suficiencia de la dotación y el interés general de los fines, que a su juicio impidan el acceso de la misma al Registro de Fundaciones+; MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 259. En este mismo sentido, véase, también, PAU PEDRÓN, A., %el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal+; *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, op. cit., p. 44.

De otra parte, conforme con todo lo desarrollado a lo largo del presente trabajo, el sector doctrinal que defendía que el Registro tenía una naturaleza exclusivamente administrativa, consideró que dicha falta de autonomía del Encargado del Registro resultaba, precisamente, del carácter administrativo que otorgaban al Registro de Fundaciones de Competencia Estatal. En este sentido, véase, ATIENZA NAVARRO, Mª.L., %Comentario al artículo 36+; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 909; DEL CAMPO ARBULO, J.A., *Ley de Fundaciones: Comentarios a la Ley 30/1994, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*, Madrid: Fundación Mapfre-Centro de Fundaciones, 1996, p. 380.

b) Cuando se aprecien defectos insubsanables que afecten a la validez constitutiva de la fundación (artículo 28.5.b) RRF/2007 en relación con el artículo 11.2 LF/2002 y 28.2 RRF/2007).

El antecedente del artículo 28.5.b) RRF/2007 está en el artículo 11 RRF/2007, que igualmente consideró insubsanables los defectos que afecten a la validez del acto, lo que fue valorado negativamente por la doctrina científica, porque los defectos que originan la anulabilidad del acto siempre se han considerado que eran subsanables¹⁸⁴.

En relación con ello, el apartado 2 del artículo 28 RRF/2007 prevé que, en virtud de lo contenido en el artículo 11.2 LF/2002, toda disposición o manifestación de la voluntad del fundador que sea contraria a la Ley se tendrá por no puesta, salvo que afecte a la validez constitutiva de aquélla, en cuyo caso, no procederá tampoco la inscripción de la fundación en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal.

Ahora bien, como se vio anteriormente, al amparo de lo dispuesto en el citado artículo 11.2 LF/2002, la doctrina científica ha manifestado que cuando el fundador haya supeditado la creación de la fundación a una determinada disposición contenida en el título constitutivo, en caso de que la misma sea contraria a la Ley, la consecuencia jurídica no será, en su caso, la nulidad parcial, sino, antes bien, la nulidad de todo el negocio jurídico fundacional, sin que proceda, por tanto, la inscripción en el correspondiente Registro, fundamentándolo tanto en el respeto a la voluntad del fundador como en la causa de dicho negocio¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Véase, por todos, PAU PEDRÓN, A., *El Registro de Fundaciones*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, op. cit., p. 42.

Sobre la distinción entre defecto subsanable e insubsanable, véase lo anteriormente comentado en relación con la suspensión de la inscripción.

¹⁸⁵ En este sentido, véase, CAFFARENA LAPORTA, J., *Comentario al artículo 11*, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., p. 84; DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., *Aspectos notariales de la Ley de Fundaciones*, *Revista Jurídica del Notariado*, op. cit., p. 253; DURAN RIVACOBÁ, R., *El Negocio jurídico fundacional*, op. cit., p. 76 y s.; MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 262; PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A., *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, op. cit., p. 122.

A pesar de que el artículo 28.5 RRF/2007 no lo establezca expresamente, del artículo 28.3 RRF/2007 podemos inferir que el Encargado del Registro también deberá dictar resolución motivada denegando la inscripción, que igualmente se notificará a los interesados, en el caso de que los mismos no hayan subsanado las deficiencias advertidas por el Encargado del Registro dentro del plazo de vigencia del asiento, que será de tres meses (artículo 28.3 RRF/2007).

Por tanto, transcurrido el plazo sin que los interesados hayan corregido los defectos subsanables, el Encargado del Registro debería dictar una resolución motivada denegando la inscripción, (artículo 28.4 RRF/2007) que se notificará a los interesados (artículo 28.3 RRF/2007) para que, en su caso, la impugnen ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativa (artículo 43.2 LF/2002).

6.3.- Plazo para notificar la resolución a los interesados. Sentido del silencio en el caso de la primera inscripción de la fundación en el Registro.

Si el encargado del Registro entiende que procede la inscripción, el plazo máximo para notificar la resolución a los interesados será de seis meses, que se contarán desde la fecha de recepción de la solicitud en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal (artículo 29.3 RRF/2007), sin perjuicio de que el cómputo del plazo para notificar dicha resolución se suspenderá conforme con lo previsto en el apartado 5 del artículo 42 LRJPAC (artículo 29.4 RRF/2007)¹⁸⁶.

También, véase, en relación al artículo 9.2 LF todo lo desarrollado en el apartado 1.4 del Capítulo IV del presente trabajo, dedicado a la forma del negocio jurídico fundacional, al que nos remitimos.

¹⁸⁶ Sobre la suspensión del plazo en el momento en que el Encargado del Registro solicite al Protectorado el informe preceptivo sobre la idoneidad de los fines y la adecuación y suficiencia

Ahora bien, transcurrido el plazo máximo sin notificación, los interesados podrán entender estimada la solicitud de inscripción correspondiente (artículo 29.5 RRF/2007), de ahí que el inciso final del apartado 5 del artículo 29 RRF/2007 haya establecido que la resolución expresa posterior a la producción del acto que deba dictar la Administración en virtud de lo contenido en el artículo 42.1 LRJPAC, sólo podrá ser confirmatoria de dicho acto, según prevé el artículo 43.4.a) LRJPAC.

Por tanto, el contenido del apartado 5 del artículo 29 RRF/2007 representa un cambio trascendental frente al apartado 2 del artículo 15 del RRF/1996, que estableció que, transcurrido el plazo de tres meses desde la solicitud de la inscripción sin que hubiese recaído resolución expresa, aquélla se entendía desestimada, apartándose de las normas generales que regulan el silencio administrativo y que optan por conferirle un sentido positivo, como acontece en la actualidad según lo previsto en el citado artículo 29.5 RRF/2007¹⁸⁷.

Téngase en cuenta que, en virtud de lo dispuesto RRF/2007, la decisión negativa a la inscripción del Director General de los Registros y del Notariado no exige la concurrencia de informe alguno, a diferencia del RRF/1996, que

de la dotación y la consecuencia en caso de que, transcurrido el plazo máximo de suspensión, el mismo no haya sido emitido, véase lo desarrollado en el punto 5.2 del Capítulo VIII, al que nos remitimos.

¹⁸⁷ La doctrina científica había valorado negativamente el contenido del precedente artículo 15.2 del RRF/1996.

De esta manera, a modo representativo de ello, de una parte, PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A., quienes consideran que la solicitud de inscripción en el Registro plasma el ejercicio del derecho constitucional de fundación, de ahí que, entendieran que el contenido del artículo 43.2 LRJPAC, (en redacción dada por la Ley 4/1999), conllevaba que la falta de resolución expresa una vez solicitada dicha inscripción en el Registro de fundaciones tuviese efectos de silencio positivo, a pesar del contenido citado artículo 15.2 del RRF/1996. PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A., *Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador*, op. cit., p. 195 y s.

De otra parte, DURAN RIVACOBIA manifestó literalmente que no hay justificación posible al silencio negativo en esta disciplina y, desde luego, desde gravemente de la calidad técnica y jurídica del texto reglamentario; DURAN RIVACOBIA, R., *El Negocio Jurídico Fundacional*, op. cit., p. 161.

En este mismo sentido, también, ATIENZA NAVARRO, M^a.L., *Comentario al artículo 36*; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 910; MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 271.

requería, en este caso, el informe previo de la Subdirección General del Notariado y de los Registros de la Propiedad y Mercantiles¹⁸⁸.

6.4.- La jurisdicción competente para recurrir la negativa a la inscripción.

Una cuestión que no abordó ni la precedente LF/1994, ni el derogado RRF/1996, fue la jurisdicción competente para recurrir las decisiones denegatorias del Director General de los Registros y del Notariado en relación con las inscripciones solicitadas, lo que provocó un debate doctrinal que estuvo condicionado, a su vez, por la postura que cada autor mantenía sobre la naturaleza del Registro de Fundaciones.

De esta manera, el sector doctrinal que entendía que el Registro de Fundaciones de Competencia estatal era un Registro de seguridad jurídica defendió que la jurisdicción competente era la civil, a diferencia, por tanto, del otro sector defensor del carácter administrativo de dicho Registro, que manifestó que la decisión negativa a la inscripción sería recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Como se ha visto anteriormente, el Encargado del Registro será el titular de la Dirección General de los Registros y del Notariado (artículo 9.1 RRF/2007 en relación con el artículo 28.5 del mismo), por lo que las decisiones negativas se adoptarán por el Director General de los Registros y del Notariado; frente a lo dispuesto en el artículo 15.1 RRF/1996, que preveía que las decisiones negativas se adoptarían igualmente por el Director General de los Registros y del Notariado, a propuesta, sin embargo, del Encargado del Registro y previo informe de la Subdirección General del Notariado y de los Registros de la Propiedad y Mercantiles.

¹⁸⁹ A favor de que la jurisdicción competente debía ser la civil, entre otros, PAU PEDRÓN, A., *El Registro de Fundaciones*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, op. cit., p. 53 o, VATTIER FUENZALIDA, C., *Observaciones sobre la constitución, la modificación y la extinción de las fundaciones*, *La Ley*, 4 de mayo de 1998, p. 1; frente a autores como DURÁN RIVACOBÁ, R., *El Negocio Jurídico Fundacional*, op. cit., 173 o, PIÑAR MAÑAS, J.L., *Comentario al artículo 36*, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., p. 357, que defendieron que la jurisdicción competente tenía que ser la contencioso-administrativa.

La LF/2002 terminó con dicha falta de previsión normativa y, por consiguiente, con el citado debate doctrinal, decantándose el legislador a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa frente a la civil.

En efecto, el apartado 2 del artículo 43 LF/2002 establece que *las resoluciones dictadas contra la calificación de los Registros de Fundaciones ponen fin a la vía administrativa y podrán ser impugnadas ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo*¹⁹⁰.

Con el fin de que los interesados puedan ejercer plenamente su derecho de defensa frente a la resolución denegatoria de inscripción (artículo 24 CE), el apartado 5 del artículo 29 RRF/2007 exige que la misma este motivada, frente a la falta de previsión expresa en este sentido del derogado Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo, como se vio anteriormente.

¹⁹⁰ Téngase en cuenta que, con carácter previo a que los interesados acudan a la jurisdicción contencioso-administrativa para impugnar la resolución negativa a inscribir del Director General de los Registros y del Notariado, podrán interponer, frente a dicha resolución, un recurso de alzada ante el Secretario de Estado de Justicia en la forma y plazos previstos en la LRJPAC (artículo 9.2 RRF/2007).

7.- LA PRIMERA INSCRIPCIÓN DE LA FUNDACIÓN.

La fundación adquirirá personalidad jurídica desde el momento de la inscripción registral de la escritura pública de su constitución en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal.

De ahí que, el apartado 2 del artículo 31 RRF/2007, establezca el contenido mínimo que deberá constar necesariamente en la primera inscripción de la fundación.

Por tanto, conforme con dicho artículo, la primera inscripción de la fundación comprenderá, al menos, las siguientes circunstancias:

1.- Denominación y número de Identificación Fiscal de la fundación (artículo 31.2.a) RRF/2007).

Según el artículo 8.1.b) del RRF/1996, la denominación de la fundación también debía formar parte del contenido de la primera inscripción, a diferencia del número de Identificación Fiscal que no estaba comprendido en la primera inscripción según lo previsto en el citado RRF/1996.

2.- Fines de interés general que persiga la fundación (artículo 31.2.b) RRF/2007 que reproduce el artículo 8.1.c) del RRF/1996).

3.- Domicilio (artículo 31.2.c) RRF/2007 que transcribe el artículo 8.1.d) del RRF/1996).

4.- El nombre, apellidos, edad y estado civil de los fundadores, si son personas físicas, y la razón o denominación social, si son personas jurídicas, y en ambos casos la nacionalidad, el domicilio y el número de identificación fiscal (artículo 31.2.d) RRF/2007 que trae causa del artículo 8.1.e) del RRF/1996 pero añade la información relativa al número de identificación fiscal correspondiente a los fundadores.

La información contenida en el presente apartado tiene que formar parte igualmente del contenido mínimo de la escritura de constitución de una fundación (artículo 10.a) LF/2002).

Sin perjuicio del carácter público del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, la publicidad del Registro no alcanza a los datos referidos a los domicilios de las personas, estado civil y otros datos de carácter personal que consten en la documentación de cada fundación, de acuerdo con la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (artículo 5.2 RRF/2007).

5.- Estos mismos datos de los dotantes, en caso de ser distintos de los fundadores (artículo 31.2.e) RRF/2007 que reproduce literalmente el artículo 8.1.f) del RRF/1996).

6.- Dotación, su valoración, así como la forma y realidad de su aportación; circunstancia que debe constar también necesariamente dentro del contenido mínimo de la escritura de constitución de la fundación (artículo 31.2.f) RRF/2007 que trae causa del artículo 8.1.g) del RRF/1996, en relación con el artículo 10.c) LF/2002).

7.- Estatutos de la fundación, que igualmente deberán constar en la escritura de constitución (artículo 31.1.g) RRF/2007, que reproduce el artículo 8.1.h) del RRF/1996, en relación con el artículo 10.d) LF/2002).

8.- Identificación de las personas que integran el Patronato, de quienes ostenten los cargos de Presidente y Secretario, y de las personas que integren, en su caso, otros órganos de gobierno, su aceptación, si se efectúa en el momento fundacional, cargo que ostentan, duración del mandato o apoderamientos generales (artículo 31.1.h) RRF/2007).

El artículo 31.1.h) RRF/2007 exige que consten un mayor número de circunstancias que el precedente artículo 8.1.i) del RRF/1996, que requería que

constasen exclusivamente la identificación de las personas que integraban el Patronato, así como su aceptación si se efectuaba en el momento fundacional, que son, empero, las mismas circunstancias que exige el artículo 10.e) LF/2002 dentro del contenido mínimo de la escritura pública de constitución de la fundación.

9.- Notario o autoridad judicial o administrativa que autorice o expida el título que se inscriba, y la fecha y en su caso el número de protocolo del mismo (artículo 31.2.i) RRF/2007, a diferencia del artículo 8.1.j) del RRF/1996 que exigía únicamente la circunstancia relativa al Notario autorizante de la escritura constitutiva).

10.- La fecha de emisión del informe del Protectorado sobre fines y suficiencia dotacional al que se refiere el artículo 35.a) LF/2002 en relación con el artículo 31.3 RRF/2007 (artículo 31.2.j) RRF/2007).

A pesar de que el artículo 36.2 de la LF/1994 exigió igualmente el mismo Informe, la presente circunstancia no fue prevista dentro del contenido que debía constar en la primera inscripción de la fundación según el artículo 8 del RRF/1996.

11.- La identificación y autorización del Encargado del Registro y la fecha de la inscripción en el Registro (artículo 31.2.k) RRF/2007 que unifica el contenido del artículo 8.1.l) y m) del RRF/1996.

Por tanto, el contenido del artículo 31.2 RRF/2007 está directamente relacionado con el Capítulo VI del RRF/2007 que regula el ejercicio de la publicidad formal que corresponde a un Registro público, previéndose la expedición de certificaciones, notas simples informativas o copias de los asientos y documentos depositados (artículo 53.2 RRF/2007).

Como se ha visto, el Registro es público para quienes tengan interés en conocer su contenido (artículo 53.1 en relación con el artículo 7.g) RRF/2007), sin que la publicidad del mismo alcance a los datos referidos a las personas,

D.E.A. (29-6-2009) *EL NACIMIENTO DE LA FUNDACIÓN COMO PERSONA JURÍDICO-PRIVADA EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA* (HENAR PÉREZ CASTAÑO).

estado civil y otros datos de carácter personal que consten en la documentación de cada fundación, de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (artículo 53.2 en relación con el artículo 5.2 RRF/2007).

***CAPÍTULO IX.- LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA
INSCRIPCIÓN REGISTRAL.***

1.- INTRODUCCIÓN.

Según todo lo desarrollado, el momento de adquisición de personalidad jurídica por la fundación coincidirá con el momento de la inscripción registral de la escritura pública de su constitución en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal (artículo 4.1 LF/2002 en relación con el artículo 3.1 RRF/2007), lo que determina que el legislador ha optado por otorgar un carácter constitutivo a la inscripción registral de la fundación.

Como se ha visto a lo largo del presente trabajo, la creación de una fundación conlleva un proceso que culmina, en su caso, con la atribución de personalidad jurídica.

De ahí que, en el periodo comprendido entre la perfección del negocio jurídico fundacional y la inscripción registral, la fundación está en proceso de formación, siéndole aplicable un régimen jurídico propio¹⁹¹.

La fundación, persona jurídica de Derecho privado, tiene, por tanto, capacidad jurídica y autonomía para actuar en Derecho, para ser titular de relaciones jurídicas, respetando, claro está, tanto la voluntad del fundador manifestada en el acto constitutivo, como el resto del Ordenamiento jurídico aplicable a la misma.

La extinción de la fundación supone la extinción de la personalidad jurídica de la misma¹⁹². Por tanto, la adquisición de personalidad jurídica por la fundación conlleva consecuencias de una enorme trascendencia jurídica, como veremos a continuación.

¹⁹¹ A esta situación calificada por GONZÁLEZ CUETO como de *maternidad* está dedicado el artículo 13 LF y 7 RF. GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios al artículo 4+*, *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 68.

Sobre la fundación en proceso de formación, véase, en particular, lo tratado en el apartado 2 del Capítulo IV del presente trabajo, al que nos remitimos.

¹⁹² En relación con lo tratado en este apartado introductorio, véase, en particular, el Capítulo III del presente trabajo, al que nos remitimos.

2.- LA ATRIBUCIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA.

La fundación tendrá personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal (artículo 4.1 LF/2002 en relación con el artículo 3.1 RRF/2007).

Por consiguiente, el contenido del artículo 4.1 LF/2002, que sigue lo dispuesto artículo 3.1 de la LF/1994, determina que la inscripción de la fundación en el Registro tiene un carácter constitutivo, como se ha visto a lo largo del presente trabajo.

La doctrina científica mayoritaria ha entendido que el citado carácter constitutivo determina que el legislador ha optado por no atribuir efectos retroactivos a dicha inscripción.

En este sentido, según la doctrina científica dominante, admitir la retroactividad de la inscripción al momento de la celebración del negocio jurídico fundacional supondría que la fundación ha tenido personalidad jurídica desde ese momento¹⁹³.

Por tanto, frente a la situación jurídica propia de la fundación en proceso de formación (artículo 13 LF/2002 en relación con el artículo 7 RF), la atribución de

¹⁹³ En este sentido, véase, PIÑAR MAÑAS, J.L., *Comentario al artículo 3º, Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., p. 29 y s., autor que cita como ejemplo de dicha retroactividad el artículo 2.2, en relación con el precepto 6.1 de la vieja Ley 1/1982, de 3 de marzo, de Fundaciones Privadas Catalanas. En este sentido, véase, la STSJ de Cataluña, de 16 de abril de 2004, (EDJ 2004/32639) (Fundamento Jurídico 4º).

En contra de dicha retroactividad, véase, también, entre otros, ATIENZA NAVARRO, Mª.L., *Comentario al artículo 4º, OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 149; MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 265.

En contra, CARRANCHO HERRERO, autora que considera que, al amparo del artículo 11 de la Ley 30/1994, del que trae causa el artículo 13 LF/2002, la responsabilidad de la fundación por los actos derivados con anterioridad a la inscripción, determina la retroactividad de los efectos derivados de la inscripción al momento de otorgamiento de la escritura pública fundacional. CARRANCHO HERRERO, *La Constitución de fundaciones*, op. cit., p. 186. En este mismo sentido e, igualmente a la vista del citado artículo 11 de la Ley 30/1994, véase, también, REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, A., *La Nueva Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 101.

personalidad jurídica a la misma supone la existencia de un patrimonio separado y propio, que será el que responda de las deudas y responsabilidades en que hubiera podido incurrir la fundación (artículo 1911 CC)¹⁹⁴.

La adquisición de personalidad jurídica por la fundación conlleva, por su parte, capacidad jurídica y autonomía para actuar en Derecho, para ser titular de relaciones jurídicas, respetando, claro está, tanto la voluntad del fundador, como el resto del Ordenamiento jurídico aplicable a la misma, en la cual desempeña un papel protagonista el Protectorado, dada la naturaleza de la institución fundacional¹⁹⁵.

En este sentido, conforme establece la Exposición de Motivos de la LF/2002, uno de los objetivos de dicha Ley fue, como vimos anteriormente, reducir dicha intervención¹⁹⁶. De esta manera, se ha sustituido en la mayor parte de los casos la exigencia de autorización previa de actos y negocios jurídicos por parte del Protectorado, (autorización, sin embargo, necesaria para el caso previsto en el artículo 21.1 LF/2002), por la de simple comunicación al mismo del acto o negocio realizado, (por ejemplo, artículo 21.3 LF/2002), con objeto de que pueda impugnarlo ante la instancia judicial competente, si lo considera contrario a derecho, y eventualmente, ejercitar acciones legales contra los patronos responsables¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Sin perjuicio de que podrán ejercitarse las acciones de responsabilidad que, en su caso, correspondan frente a los miembros del patronato por las responsabilidades en que puedan haber incurrido no sólo frente a la fundación sino también ante terceros, conforme establece el artículo 17 LF/2002, en relación con el artículo 35.2 LF/2002.

Sobre esta cuestión, véase, en particular, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Responsabilidad de los patronos de una fundación frente a terceros*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, op. cit.

¹⁹⁵ Véase, el Capítulo VII LF/2002 (arts. 34 y 35) y el Capítulo VIII RF (arts. del 40 al 48, ambos inclusive).

¹⁹⁶ En relación a los objetivos perseguidos por el legislador a través de la LF, nos remitimos, en particular, a lo tratado en el apartado 1 del Capítulo VII del presente trabajo.

¹⁹⁷ Según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sala Civil, Sec. 8ª, de 4 de julio de 2007, (Pte. Villalba Lava, Mercenario), (EDJ 2007/239848), la interpretación que debe darse al artículo 21.1 LF exige que concuerde con la voluntad del legislador reflejada en la Exposición de Motivos, por lo que dicha interpretación tiene que ser restrictiva.

En este sentido, a tenor del 21.1 LF/2002, dice el Fundamento jurídico Segundo de dicha Sentencia, (5), para que sea necesaria la preceptiva autorización del protectorado es necesario que se cumplan dos presupuestos; uno, que se trate de enajenación, onerosa o gratuita, o la imposición de algún tipo de gravamen de bienes; y dos, que se vean afectados bienes o

Dentro de esta particular autonomía de actuación, el artículo 24.1 LF/2002 admite que las fundaciones no sólo puedan participar a través de sociedades no personalistas en la realización de todo tipo de actividades económicas, sino que también puedan desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la competencia¹⁹⁸.

En este sentido, el Protectorado debe velar por la correcta adecuación entre las actividades económicas directamente realizadas por la fundación y los intereses generales perseguidos por la misma, (artículo 35.1.f) y 46.e) LF/2002 para evitar posibles *abusos de la personalidad*, en cuyo caso podría aplicarse la doctrina del *levantamiento del velo* que consiste en prescindir de la forma externa de la persona jurídica para, penetrando en ella, (esto es, levantando el velo jurídico de la misma), alcanzar a las personas y a los bienes amparados bajo su cobertura¹⁹⁹.

derechos que formen parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines de la fundación+

¹⁹⁸ Ahora bien, al menos el 70% de los ingresos que la fundación obtenga por el desarrollo de explotaciones económicas, al igual que el resto de las rentas e ingresos de la fundación, se destinarán en el plazo de los cuatro años que siguen al cierre del ejercicio económico en que se hayan obtenido, a la realización de los fines fundacionales, reducidos los gastos realizados para la obtención de tales resultados o ingresos, debiendo destinar el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas, según acuerdo del Patronato+(arts. 27.1 y 2 LF/2002).

Tradicionalmente el ejercicio de actividades económicas no era algo propio de las fundaciones. Actualmente, sin embargo, según lo dispuesto en LF/2002, esta situación ha cambiado, como acabamos de ver.

En relación con ello, véase, entre otros, LA CASA GARCÍA, R., *El ejercicio de actividades económicas por fundaciones y asociaciones*, *Derecho de los Negocios*, 2003, número 153, pp. 1-20.

¹⁹⁹ Sobre la doctrina jurisprudencial en torno al levantamiento del velo de las personas jurídicas, véanse, entre otras, las Sentencias del TS, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 2008, (Sentencia nº 56/2008); de 30 de Octubre de 2007, (Sentencia nº 1145/2007); 30 de noviembre de 2005, (Sentencia nº 919/2005) y las allí citadas; BOLDÓ RODA, C., *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español*, 3ª edición, Pamplona: Aranzadi, 2000; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 5ª edición, Madrid: Civitas, 2006.

En relación con ello, el Protectorado podrá ejercitar la acción de responsabilidad en favor de la fundación frente a los patronos en caso de que concurra alguno de los supuestos previstos en el artículo 35.2 LF/2002, sin perjuicio de que, como se vio anteriormente, cuando el Protectorado encuentre indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de una fundación, deberá dictar resolución motivada, dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, comunicándolo a la fundación interesada para que pueda ejercer su derecho de defensa (artículo 24 CE).

Cabe preguntarse si el Protectorado cuenta con medios personales y técnicos adecuados y suficientes para cumplir eficazmente con las funciones que el legislador le ha encomendado.

3.- EFICACIA DEL REGISTRO FRENTE A TERCEROS Y LA PUBLICIDAD DEL REGISTRO DE FUNDACIONES DE COMPETENCIA ESTATAL.

La inscripción de la escritura pública de constitución de la fundación conllevará la oponibilidad de lo inscrito en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal.

Como se ha visto anteriormente, la doctrina científica ha puesto unánimemente de manifiesto que el apartado 3 del artículo 37 LF/2002 contiene el principio de publicidad negativa porque dice: *Los actos sujetos a inscripción no inscritos no perjudicarán a tercero de buena fe. La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción no inscrito*²⁰⁰.

La doctrina científica ha resaltado que la inscripción de la fundación implica que los terceros que vayan a contratar con la fundación puedan tener conocimiento tanto del patrimonio de la fundación como de las personas que pueden vincularla contractualmente. Por tanto, *en la medida en que los terceros puedan conocer estos datos simplemente acudiendo al Registro de Fundaciones, es lógico que lo allí inscrito les sea siempre oponible, al igual que lo no inscrito no les perjudica*²⁰¹.

²⁰⁰ Téngase en cuenta lo desarrollado en el apartado 2.2.3, dentro del Capítulo VIII del presente trabajo, en torno a la posición doctrinal sobre el principio de publicidad negativa previamente a la inscripción de la fundación en el Registro.

El RRF/2007, a diferencia del RRF/1996, dedicó el artículo 7 a los principios registrales a los que quedará sujeto el Registro en el ejercicio de su función de inscripción, como se trató en el citado apartado 2.2.3 del Capítulo VIII al que nos remitimos.

²⁰¹ MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., p. 266 y s.

En este sentido, PAU PEDRÓN, conforme con el artículo 37.1 de la LF/1994, del que trae causa el artículo 37.3 LF, considera que *terceros* serán las personas que pretendan contratar con la fundación, y necesiten conocer el patrimonio fundacional y las personas -patronos, delegados, apoderados- que puedan vincularlo contractualmente. PAU PEDRÓN, A., *El Registro de Fundaciones*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, op. cit., p. 60.

La consulta que cualquier tercero pueda realizar en el Registro sobre la fundación con la que pretenda contratar viene del carácter público del mismo (artículo 7.1.g) 53.1 RRF/2007).

De ahí que el artículo 7.g) RRF/2007, que consagra el principio de publicidad formal, (en relación con el Capítulo VI RRF/2007 dedicado a la publicidad del Registro), haya previsto que al Encargado del Registro corresponde el tratamiento del contenido de los asientos registrales, de modo que se haga efectiva su publicidad directa y se garantice, al mismo tiempo, la imposibilidad de su manipulación o televaciado²⁰².

²⁰² Véase lo desarrollado sobre la publicidad del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal en el 2.2.3 del Capítulo VIII de este presente trabajo, al que nos remitimos.

4.- EL DERECHO A USAR LA DENOMINACIÓN DE FUNDACIÓN.

Como se ha visto a lo largo del presente trabajo, conforme con lo previsto en el apartado 1 del artículo 4 LF/2002, las fundaciones adquieren la personalidad jurídica desde el momento de la inscripción registral de la escritura pública de su constitución, de ahí que, el apartado 2 del mismo artículo 4 LF/2002 haya previsto que sólo las entidades inscritas en el Registro podrán utilizar la denominación de fundación²⁰³, dedicándose el artículo 5 LF/2002 a la denominación²⁰⁴.

El legislador ha pretendido otorgar seguridad jurídica al tráfico porque, a través de la previsión contenida en el apartado 2 del artículo 4 LF/2002, pretende evitar cualquier tipo de utilización contraria a derecho del término fundación, lo que contribuye a que la sociedad civil continúe valorando positivamente la fundación como organización dotada de personalidad jurídica sin fin de lucro que tiene afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general (artículo 2.1 y 4 LF/2002)²⁰⁵.

²⁰³ A la vista del apartado 2 del artículo 3 de la LF/1994, cuyo contenido reproduce el apartado 2 del artículo 4 LF/2002, manifestó PIÑAR MAÑAS que: «En tanto no se inscriba la Fundación no es tal y, por tanto, no puede usar esa denominación. Aunque nada impide utilizar la expresión fundación en formación o alguna semejante», PIÑAR MAÑAS, J.L., «Comentario al artículo 3», *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., p. 31. Véase, también, ATIENZA NAVARRO, M^a.L., «Comentario al artículo 4», OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 147; EMBID IRUJO, A., «La denominación de la fundación», MUÑOZ MACHADO, S; CRUZ AMORÓS, M.; DE LORENZO GARCÍA, R., (Directores), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, op. cit., p. 151.

²⁰⁴ El apartado 2 del artículo 4 LF/2002, dice GONZÁLEZ CUETO, «es complementario de las previsiones del artículo siguiente dedicado a la denominación de las fundaciones». De ahí que, a continuación añade, «contemplando ambos preceptos en conjunto resulta que sólo las fundaciones pueden utilizar esta denominación, pero además deben utilizarla». GONZÁLEZ CUETO, T., «Comentario al artículo 4», *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 68 y s.

En relación con ello, téngase en cuenta que la denominación consta en el artículo 11.1.a) LF como un requisito necesario de los Estatutos de la fundación, como se vio en el apartado 4.2 del Capítulo VIII del presente trabajo, al que nos remitimos.

²⁰⁵ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Comentario al artículo 3», *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., p. 31 y s. Véase, también, por ejemplo, MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una fundación*, op. cit., p. 266.

En relación con ello, GONZÁLEZ CUETO manifiesta que «No nos encontramos, (õ), sólo ante un problema de presentación de la persona jurídica en sociedad, ni tan siquiera de prestigio social, sino que pueden existir consecuencias desagradables para potenciales donantes que esperan legítimamente desgravar siquiera parcialmente las cantidades aportadas»²⁰⁶.

A pesar de que, como acabamos de comprobar, la doctrina científica ha valorado positivamente el contenido del apartado 2 del artículo 4 LF/2002, DEL CAMPO ARBULO ha manifestado que el artículo 13 LF/2002 incurre en la misma contradicción que la LF/1994, porque «habla continuamente de una fundación que aún no existe, como si ya existiera»²⁰⁷.

La doctrina científica también había criticado que la LF/1994 no hubiese previsto sanción jurídica alguna para el responsable del uso indebido del término fundación. El legislador no ha aprovechado la oportunidad dada por la LF/2002 para regular esta cuestión, por lo que habrá que continuar acudiendo a la normativa que, en cada caso, sea aplicable²⁰⁸.

²⁰⁶ GONZÁLEZ CUETO, T., «Comentario al artículo 4», *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 69.

²⁰⁷ En todo caso, considera dicho autor que el término fundación habrá de utilizarse necesariamente para determinados trámites aunque no haya habido aún la preceptiva inscripción en el Registro que habilita para usar dicha denominación. Por ejemplo, ello resulta manifiesto «para obtener el número de identificación fiscal, para hacer la declaración censal correspondiente, para abrir una cuenta corriente en la que depositar la dotación». DEL CAMPO ARBULO, J.A., *Ley de Fundaciones: Comentarios a la Ley 30/1994, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*, op. cit., p. 88.

En este mismo sentido, también, MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una fundación*, op. cit. 267.

²⁰⁸ CAFFARENA LAPORTA, J., «La constitución de la fundación», MUÑOZ MACHADO, S; CRUZ AMORÓS, M.; DE LORENZO GARCÍA, R., (Directores), *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Mecenazgo*, op. cit., p. 78; GONZÁLEZ CUETO, T., «Comentario al artículo 4», *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 69; PIÑAR MAÑAS, J.L., «Comentario al artículo 3», *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., p. 31.

5.- EFECTOS FISCALES.

La inscripción en el Registro es uno de los requisitos necesarios que la fundación debe haber cumplido en el caso de que la misma desea ejercitar la opción por el régimen fiscal especial previsto en el Título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin fines lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo, Ley desarrollada mediante el Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo²⁰⁹.

Debe destacarse que, sin perjuicio de que según el artículo 24.2 LF/2002, las Fundaciones deberán dar cuenta al Protectorado de la existencia de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles, en cuanto dicha circunstancia se produzca, la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin fines lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo, permite que las fundaciones puedan disfrutar de los beneficios fiscales sin necesidad de justificar que la titularidad, directa o indirecta, de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles coadyuva al mejor cumplimiento de los fines que la fundación persiga, a diferencia, por tanto, de lo previsto en la LF/1994, cuyo artículo 42.1.c) exigía dicho requisito.

²⁰⁹ En este sentido, véase, el apartado 7º del artículo 3 de la citada Ley 49/2002, en relación con el apartado 4 del artículo 1 del Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre.

Dicho Real Decreto ha derogado todas las disposiciones que se opongan al mismo y, en particular, el Real Decreto 765/1995, de 5 de mayo, por el que se regularon determinadas cuestiones del régimen de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general.

***CAPÍTULO X: LA ADQUISICIÓN DE PERSONALIDAD
JURÍDICA POR LAS FUNDACIONES DE COMPETENCIA
AUTONÓMICA.***

1.- INTRODUCCIÓN.

Según se ha visto a lo largo del presente trabajo, la LF/2002, siguiendo lo previsto en la precedente Ley 30/1994, ha optado por el sistema de inscripción constitutiva previo informe favorable del Protectorado (artículo 4 y 35.1.a) LF/2002).

La Disposición Final Primera de la LF/2002 determina el ámbito de aplicación de la LF/2002 en relación con las Comunidades Autónomas, por lo que, dicha disposición está directamente relacionada con el artículo 1 LF/2002 que establece el alcance de la Ley estatal²¹⁰.

La Disposición Final Primera de la LF/2002, en su apartado primero, considera que los artículos 2 (concepto de fundación); 3.1, 2 y 3 (fines y beneficiarios); 4 (adquisición de personalidad jurídica); 14 (existencia obligatoria, con el nombre de Patronato, de un órgano de gobierno y representación para el cumplimiento de los fines fundacionales); 31 (causas de extinción) y 34.1 (Protectorado), constituyen las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación reconocido en el artículo 34 CE, en relación con el artículo 53 CE, y resultan de aplicación directa en todo el Estado al amparo del artículo 149.1.1ª, que atribuye al Estado *la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*.

De ahí que, a tenor de lo previsto en el apartado primera de la Disposición Final Primera, GONZÁLEZ CUETO haya resaltado que el grupo de artículos incluido en el apartado primero de la Disposición Final Primera constituyen la

²¹⁰ En efecto, el artículo 1 LF/2002 establece que: *la presente Ley tiene por objeto desarrollar el derecho de fundación reconocido en el artículo 34 de la Constitución y establecer las normas de régimen jurídico que corresponde dictar al Estado, así como regular las fundaciones de competencia estatal*.

Sobre la tramitación parlamentaria del apartado 1 del artículo 1.2 del Proyecto de Ley, en relación con el apartado 1 del artículo 3 (actual 4), véase el apartado 1 del Capítulo VII del presente trabajo.

expresión del contenido esencial del derecho de fundación, por lo que debe ser de directa aplicación en todo el Estado²¹¹.

En este sentido, los artículos no incluidos en el grupo de preceptos de aplicación directa en virtud de los títulos señalados en la Disposición Final Primera LF/2002 (artículo 149.1.1^a, 8^a o 6^a CE) por no regular aspectos relativos a las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación (artículo 149.1.1^a CE), ni constituir legislación civil (artículo 149.1.8^a CE, sin perjuicio de la aplicabilidad preferente del Derecho Civil o Foral, allí donde exista), o procesal (artículo 149.1.6^a CE), serán únicamente de aplicación a las fundaciones de competencia estatal.

Por tanto, la Disposición Final Primera de la LF/2002, en su apartado primero, considera que la adquisición de la personalidad jurídica es una de las condiciones básicas que garantiza la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho constitucional de fundación, cuya regulación compete en exclusiva al Estado, en virtud de lo previsto en el artículo 149.1.1^a CE, al igual que había previsto el apartado 1 de la Disposición Final Primera de la LF/1994.

A tenor de todo ello, el legislador autonómico no podrá establecer un sistema distinto de adquisición de la personalidad jurídica por la fundación, por lo que el sistema único que rige para todas las fundaciones es el de la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones estatal o, en su caso, autonómico²¹².

Ahora bien, a diferencia de lo que acabamos de ver, la Disposición Final Primera LF/2002 no ha incluido en ninguno de sus apartados el artículo 35.1.a)

²¹¹ GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentario a la Disposición Final Primera*, *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 413.

Sobre el contenido esencial del derecho de fundación, véase lo tratado en el apartado 4.2 del Capítulo VI del presente trabajo, al que nos remitimos.

²¹² En este sentido, véase, a modo representativo, entre otros, ATIENZA NAVARRO, M^a.L., *Comentario al artículo 4*, OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 152; GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentario al artículo 4*, *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, p. 68; PIÑAR MAÑAS, J.L., *Comentario al artículo 3*, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., p. 29.

LF/2002, el cual obliga a que el Protectorado, con carácter preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones estatal, emita un informe favorable sobre la idoneidad de los fines y sobre la suficiencia de la dotación de las fundaciones que se encuentren en proceso de formación.

Por tanto, a diferencia del artículo 4 LF/2002, el artículo 35.1.a) LF/2002 no es de competencia estatal exclusiva, como igualmente había ocurrido con el artículo 36.2 de la LF/1994, del que, como se ha visto anteriormente, trae causa el artículo 35.1.a) LF/2002²¹³.

En cualquier caso, según venimos desarrollado, el régimen jurídico de las fundaciones se integra, no sólo por las normas que dicta el Estado o la correspondiente Comunidad Autónoma, sino también por la voluntad del fundador y los Estatutos de la Entidad²¹⁴.

²¹³ Sobre el informe favorable que el Protectorado debe emitir previamente a la inscripción en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, véase, en particular, el apartado 5 del Capítulo VIII del presente trabajo, al que nos remitimos.

²¹⁴ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones*; MUÑOZ MACHADO, S; CRUZ AMORÓS, M.; DE LORENZO GARCÍA, R., (Directores), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, op. cit., p. 30.

2.- LA DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA FUNDACIONAL.

La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas prevista en la CE ha determinado que esta continúe siendo una cuestión abierta. La materia fundacional no ha sido ajena a este debate²¹⁵.

La conocida STC 341/2005, de 21 de diciembre, dictada con ocasión del recurso de inconstitucionalidad promovido por sesenta y un senadores del Grupo Parlamentario Socialista, en relación con diversos preceptos de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones, hace referencia al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias sobre fundaciones.

En efecto, conforme con lo dispuesto en el Fundamento jurídico Segundo:

En el texto constitucional el fenómeno fundacional no es considerado como materia competencial dotada de sustantividad propia. En efecto, esta materia no figura en los listados de los artículos 148.1 y 149.1 CE²¹⁶, sin que a efectos de la

²¹⁵ Debate que, también, en materia fundacional, está presente en la doctrina científica. Además de la bibliografía citada a lo largo de este trabajo sobre esta cuestión, véase, también, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 341/2005, de 21 de diciembre*, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, op. cit.; CAFFARENA LAPORTA, J., *Competencia de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones*, Moreno Quesada, B., (coord.), *Competencias en materia Civil de las Comunidades Autónomas*, Madrid: Tecnos, 1989; DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V., *Consideraciones sobre las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas*, *Revista de Derecho Privado*: número 88, 2004; MARTINEZ NIETO, A., *El Nuevo Derecho de Fundaciones en el Estado de las Autonomías*, *Diario La Ley*: número 5897, Año XXIV, 20 de noviembre de 2003, refª D-259; SERRA RODRÍGUEZ, A., *Las fundaciones y la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, [en línea]. *Universitat de Girona Les persones jurídiques en el Dret civil de Catalunya: associacions i fundacions. Novenas Jornades de Derecho Catalán en Tossa, 1996*, [fecha de consulta: 2 de abril de 2009]. Disponible en: <http://civil.udg.edu/tossa.html>; VAQUER ALOY, F., *Fundacions de competència estatal, fundacions de competència autonòmica i desenvolupament dels drets civils autonòmics*, [en línea]. *Universitat de Girona Les persones jurídiques en el Dret civil de Catalunya: associacions i fundacions. Novenas Jornades de Derecho Catalán en Tossa, 1996*, [fecha de consulta: 2 de abril de 2009]. Disponible en: <http://civil.udg.edu/tossa.html>.

²¹⁶ Cuestión que ha sido unánimemente resaltado por la doctrina científica. A modo representativo, véase, CAFFARENA LAPORTA, J., *Competencia de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones*, Moreno Quesada, B., (coord.), *Competencias en materia Civil de las Comunidades Autónomas*, op. cit., p. 25; GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentario al*

necesaria distribución competencial resulte clarificadora la consagración del derecho de fundación en el artículo 34 CE ya que no se trata de una norma atributiva de competencias. Por otra parte, las fundaciones sí se recogieron desde fecha temprana en varios Estatutos de Autonomía que proclamaron la competencia sobre las mismas de las respectivas Comunidades Autónomas.

Ahora bien de tal situación no puede extraerse la conclusión de que el Estado carezca de competencias en relación con el derecho de fundaciones proclamado en el artículo 34 CE. En efecto el reconocimiento por el precepto citado del derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley incluye una llamada al desarrollo legislativo, que ha de realizarse en los términos fijados en el artículo 53.1 del mismo texto constitucional, y en el que al Estado compete ex artículo 149.1.1 CE regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en su ejercicio. Por otra parte, otros títulos competenciales del Estado -en los términos en que los consagra la propia Constitución- le habilitan igualmente para disciplinar el régimen jurídico de las fundaciones en los aspectos civiles y procesales (artículo 149.1, números 8²¹⁷ y 6 CE), así como a estimular la participación de la iniciativa privada en la

artículo 1; *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 44; PIÑAR MAÑAS, J.L., *Las fundaciones y la Constitución Española*, *Estudios Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, op. cit., 1.330.

²¹⁷ Como se ha visto anteriormente, el artículo 149.1.8 CE, tras proclamar la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación civil, añade *sin perjuicio de la conservación, modificación o desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales allí donde existan*.

Por tanto, el contenido de dicho precepto implicaba no sólo descentralizar la producción normativa civil atribuyéndola a las Comunidades Autónomas en las que existiera Derecho civil propio, sino también modificar o, en su caso, desarrollar éste.

La compleja redacción del artículo 149.1.8 CE ha determinado una polémica doctrinal en torno al alcance de las competencias que se atribuyen en el mismo. Sobre esta cuestión, véase, a modo representativo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La Conservación, modificación y desarrollo de los Derechos Civiles, Forales o Especiales allí donde existan*, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, I: 1993, p. 15-82.; DELGADO ECHEVARRÍA, *Los Derechos civiles Forales en la Constitución*, *Revista Jurídica de Cataluña*: número 3, 1979, p. 145 y s.; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Comentario al artículo 13 del Código civil*, *Comentarios al Código civil*, Tomo I, Volumen 2, Madrid: Edersa, 2004; MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J., *Del artículo 149.1.8ª de la Constitución al Ordenamiento jurídico catalán: Su reciente desarrollo en sistemas*, *Revista de Derecho Privado y Constitución I*: 1993, p. 125-150; MORENO QUESADA, B., (Coordinador), *Competencias en materia Civil de las Comunidades Autónomas*, op. cit.; VAQUER ALOY, A., *Los conceptos de conservación, modificación y desarrollo del artículo 149.1.8ª de la Constitución; su interpretación por el legislador catalán*, *Revista de Derecho Privado y Constitución*: número 2, Enero-Abril 1994, p. 239-250.

En relación con la interpretación dada por el TC sobre la competencia atribuida a las Comunidades Autónomas en el citado artículo 149.1.8ª CE, véase, particularmente, las

realización de actividades de interés general, mediante medidas fiscales que le corresponde establecer, de conformidad con el artículo 149.1.14 CE+.

A ello añadía el Fundamento jurídico 5º de dicha Sentencia que:

El artículo 34.1 CE emplaza al legislador para que complete la configuración del derecho de fundación para fines de interés general+. Pues bien un análisis armónico del bloque de constitucionalidad anteriormente descrito pone de manifiesto que tal llamamiento se dirige tanto al legislador estatal como a los legisladores autonómicos. Así, será el legislador autonómico el habilitado para ejercer la amplia libertad de configuración que el texto constitucional le confiere cuando se trate de fundaciones que realicen su actividad principalmente en el territorio de la Comunidad Autónoma, mientras que lo será el estatal en los supuestos no cubiertos por las aludidas previsiones estatutarias. En todo caso, al establecer el régimen jurídico de esos entes fundacionales es evidente que la regulación autonómica habrá de respetar las competencias del Estado en las materias de legislación civil y procesal (art. 149.1.8 y 6, respectivamente CE), sin olvidar que el artículo 149.1.1 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos...constitucionales+, competencia que habilita al Estado para dictar normas que permitan disfrutar en condiciones de igualdad del derecho de fundación+²¹⁸.

Por tanto, en la presente cuestión, al amparo del artículo 149.3 CE, la asunción de las concretas competencias sobre la materia se deja a cada Estatuto de Autonomía, que, en cualquier caso, como se acaba de ver, deberá respetar

Sentencias del TC 121/1992, de 28 de septiembre; 182/1992, de 16 de noviembre y 88/1993, de 12 de marzo.

²¹⁸ En este sentido, obsérvese que, como se vio anteriormente, la Disposición Final Primera LF establece un grupo de preceptos de aplicación directa en todo el Estado al amparo de dichos títulos (149.1.1ª, 8ª o 6ª CE), de ahí que los artículos no incluidos en el citado grupo de preceptos serán únicamente de aplicación a las fundaciones de competencia estatal.

el marco constitucional, es decir, las competencias atribuidas en exclusiva al Estado²¹⁹.

De ahí que, en cuanto a las competencias de las Comunidades Autónomas, el Fundamento jurídico 2º de la STC 341/2005, continuaba diciendo que:

Señalamos en la Sentencia 48/1988, de 22 de marzo, F. 2, que las fundaciones adquieren relevancia competencial precisamente en los textos estatutarios. Así, en primer lugar, ya en los textos originarios de los Estatutos de Autonomía para el País Vasco (art. 10.13), Cataluña (art. 9.24), Andalucía (art. 13.25), Comunidad Valenciana (art. 31.23) y Canarias (art. 30.7), estas Comunidades Autónomas asumieron la competencia exclusiva sobre fundaciones y asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares, en tanto desarrollen principalmente sus funciones en cada una de ellas; en parecidos términos se pronuncian el Estatuto de Autonomía para Galicia (art. 27.26) y la Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (art. 44.20) en relación con la Comunidad Foral de Navarra.

Posteriormente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 f) de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, la competencia exclusiva sobre fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma fue asumida por las restantes Comunidades Autónomas.

En efecto, dicha competencia se incorporaría más tarde al articulado de los distintos Estatutos de Autonomía y, concretamente, en el de Asturias (art. 10.1.30), Cantabria (art. 24.29), La Rioja (art. 8.1.34), Murcia (art. 10.1.26), Aragón (art. 35.1.27), Castilla-La Mancha (art. 31.1.25), Extremadura (art. 7.26), Islas Baleares (art. 10.29), Madrid (art. 26.1.26) y Castilla y León (32.1.27)²²⁰.

²¹⁹ Téngase en cuenta que, en función de la otra cláusula residual contenida en el artículo 149.3 CE, la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado.

²²⁰ De ahí que ENTRENA CUESTA haya manifestado que lo verdaderamente decisivo para la distribución de las competencias es el artículo 149, cuyo apartado primero enumera las materias correspondientes a la competencia exclusiva del Estado. Pues, el artículo 148 tiene un valor meramente transitorio, consistente en fijar el techo máximo inicial a alcanzar por las Comunidades Autónomas de régimen normal. Pero, a la larga, estas podrán asumir la totalidad de las funciones que no estén reservadas al Estado por el señalado precepto; ENTRENA CUESTA, R., *Comentario al artículo 148; Comentarios a la Constitución*, op. cit., p. 2.248.

Posteriormente, dice GONZÁLEZ CUETO, los Reales Decretos de traspaso han culminado el proceso de transferencias en materia de fundaciones. No obstante, según se ha indicado, conforme con lo previsto en la Disposición Final Primera, determinados preceptos de la Ley estatal de Fundaciones serán también de aplicación a las fundaciones que sean competencia de las Comunidades Autónomas; GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentario al artículo 1; Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 45.

A tenor de todo ello, según BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, la STC 341/2005, de 21 de diciembre, parte de considerar la regulación de las fundaciones como una materia no encuadrable básicamente en la legislación civil²²¹.

Dicho autor entiende, sin embargo, que la legislación de fundaciones debería considerarse esencialmente como legislación civil²²².

²²¹ Así se explica, sin que ello pueda plantear objeción alguna, que los Estatutos de autonomía hayan atribuido a los respectivos legisladores autonómicos competencia sobre dicha regulación por lo que se refiere a las fundaciones cuyo ámbito de actuación sea fundamentalmente el propio del territorio de cada Comunidad. Semejante hipótesis parece responder fielmente a lo que nuestro legislador estatal ha querido. Ello resulta no sólo de esa atribución de competencias en los Estatutos de autonomía a la que me acabo de referir, sino también de las dos Leyes que han regulado sucesivamente en el tiempo las fundaciones de ámbito estatal. Me refiero concretamente a la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, y a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. De ahí que en la Disposición Final Primera de una y otra se establezca qué preceptos de la propia Ley se dictan al amparo del artículo 149.1 CE, siendo por consiguiente de aplicación general a todas las fundaciones, y qué preceptos, no siendo subsumibles en ninguno de los apartados del mencionado artículo, son únicamente aplicables a las fundaciones de competencia estatal; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 341/2005, de 21 de diciembre*; *Cuadernos Civitas de Derecho Civil*, op. cit., 1.628.

²²² De ahí que BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO manifieste que: *Desde el momento en que se disocia la legislación sobre fundaciones de la legislación civil se propicia una interpretación restrictiva de las normas de naturaleza civil que la regulan, al igual que se hace con respecto a las normas procesales, (justificadamente en este caso), en favor de una interpretación extensiva y extralimitada de una pretendida materia propia de fundaciones (desligada del derecho civil y de cualquier otra rama jurídica) o de la actuación de las administraciones públicas autonómicas implicadas en el protectorado de aquéllas. Ello transforma además la regulación de las fundaciones en un auténtico rompecabezas en el que difícilmente cabe actuar con criterios claros y coherentes. Baste con dedicar atención a las ya mencionadas disposiciones finales primeras de la Ley 30/1994 y de la Ley 50/2002. Algunos ejemplos extraídos de ellas servirán para comprender lo que acabo de decir, en la medida en que ponen de relieve como el legislador estatal se ve abocado a un encuadramiento competencial errático . y consecuentemente oscilante o inconsciente- de sus normas reguladoras de las fundaciones+ Lo mismo que, en opinión de dicho autor, le ocurre al Tribunal Constitucional en la citada Sentencia. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 341/2005, de 21 de diciembre*; *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, op. cit., p. 1.629.*

Variación de título competencial que, sin embargo, no ha acontecido con el artículo 4 LF (artículo 3 LF/1994). En efecto, como se ha visto a lo largo de este trabajo, la Disposición Final Primera tanto de la LF/1994 como de la LF/2002, atribuyen la competencia sobre el mismo al artículo 149.1.1 CE.

A favor de la interpretación dada por el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, véase, VERDERA SERVER, R. *Comentario al artículo 1*; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 67.

Dicha cuestión está, por tanto, directamente relacionada con el debate doctrinal en torno a la naturaleza jurídica del derecho de fundación²²³.

²²³ A modo representativo de ello, por ejemplo, a la vista de la Disposición Final Primera de la LF/1994, TOMAS Y VALIENTE manifestó que la amplitud con la que se invoca por el legislador el título del Derecho civil (149.1.8 CE) *demuestra que el Derecho civil es el propio de las fundaciones. Quiero decir que el prolongado proceso de "administrativización" (...) del Derecho de Fundaciones no ha transformado la naturaleza jurídica del derecho de fundación*+ TOMAS Y VALIENTE, F., TOMAS Y VALIENTE, F., *Estudio previo*+ *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., p. XXXVI.

En este sentido, véase también, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Rotestad legislativa en materia de fundaciones en España tras la promulgación de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía: Derecho Comparado*+ *Las Fundaciones y los Estatutos de Autonomía*, p. 71; PIÑAR MAÑAS, J.L., *Las fundaciones y la Constitución Española*+ *Estudios Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, p. 1.331.

3.- REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.

A tenor de todo lo anterior, el reparto de competencias legislativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones, ha cristalizado, hasta el momento, en las siguientes leyes autonómicas:

- Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOE número 156, de 1 de julio de 2005).
- Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones canarias. (B.O.E. número 108, de 6 de mayo de 1998).
- Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León (BOE, número 183, de 1 de agosto de 2002)²²⁴.
- Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones (de Cataluña). (BOE número 134, de 5 de junio de 2001), en relación con el Título III de la Ley 4/2008, de 24 de abril, que está dedicado a las fundaciones²²⁵.

²²⁴ Obsérvese que, de una parte, la Ley 12/2003, de 3 de Octubre, de Reforma de la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla-León, (BOE número 252, de 21 de octubre de 2003), dio una nueva redacción al artículo 14 (delegaciones y apoderamientos) de dicha Ley 13/2002 y, de otra parte, la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de la Hacienda y del Sector Público de la Comunidad de Castilla y León, (BOE número 135, de 7 de junio de 2006) modificó el apartado 2 del artículo 6 (capacidad para fundar) de la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León, e introdujo en él un nuevo apartado 3.

²²⁵ Téngase en cuenta que la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, (BOE número 131, de 30 de mayo de 2008), ha derogado expresamente los artículos 1 a 50 y el 53, las disposiciones adicionales, las disposiciones transitorias y la disposición final primera de la Ley 5/2001, de 2 de mayo de Fundaciones.

En relación con el artículo 311.1.d) (ámbito de aplicación) y 311.9.1 (fundaciones y asociaciones reguladas por otras leyes) de Ley de Cataluña 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, téngase en cuenta la Resolución de 30 de enero de 2009, de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, por la que se publica el Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado en relación con la Ley de Cataluña 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña (BOE número 40, de 16 de febrero de 2009).

- Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego (BOE número 14, de 16 de enero de 2007).
- Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de la Rioja (BOE número 59, de 9 de marzo de 2007)²²⁶.
- Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid (BOE número 192, de 12 de agosto de 1998)²²⁷.

²²⁶ Téngase en cuenta que, el TC, por Providencia de 5 de junio de 2007, (BOE número 151, de 25 de junio de 2007), ha admitido a trámite el Recurso de inconstitucionalidad número 4368-2007, promovido por el Presidente del Gobierno en relación con los apartados 1 y 3 del artículo 37 de la Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de la Rioja, reguladoras de determinados aspectos de la fusión entre fundaciones.

El artículo 37 de la 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de la Rioja prevé en sus apartados 1 y 3:

“a.- Las fundaciones con fines análogos y siempre que no lo haya prohibido el fundador podrán fusionarse, previo acuerdo de los respectivos Patronatos. Los acuerdos de fusión deberán comunicarse al Protectorado, acompañando memoria acreditativa de las circunstancias que aconsejan la fusión frente a otras posibles alternativas, e informando de las condiciones convenidas con las fundaciones afectadas+.

“b.- Si por el fundador se hubiere prohibido la posibilidad de acordar la fusión de la fundación, ésta sólo podrá acordarse cuando sea la única manera de evitar la liquidación de dicha fundación y previa autorización del Protectorado+.

De una parte, el apartado 1 del artículo 37 de la Ley 1/2007 de La Rioja impone una exigencia para la fusión de fundaciones -la analogía de sus fines- que no figura en la LF/2002, la cual únicamente exige que la fusión no haya sido prohibida por el fundador y, de otra parte, el apartado 3 del artículo 37 de la Ley 1/2007 establece que, si el fundador hubiera prohibido la posibilidad de acordar la fusión de la fundación, "ésta sólo podrá acordarse cuando sea la única manera de evitar la liquidación de dicha fundación y previa autorización del Protectorado". La LF/2002, establece en su artículo 30 que no está permitida la fusión en contra de la voluntad del fundador, sin que exista ninguna excepción a esta regla.

La impugnación se fundamenta en que el contenido normativo de las previsiones autonómicas de los apartados 1 y 3 del artículo 37 de la Ley 1/2007 que, como acabamos de ver regulan determinados aspectos de la fusión entre fundaciones, exceden las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma en materia de fundaciones (artículo 8.1.34 del Estatuto de Autonomía de La Rioja), por lo que vulneran la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.8 CE, en relación con el apartado 2.b) de la Disposición Final Primera LF/2002.

Sobre dicho Recurso de inconstitucionalidad, véase, el Boletín de conflictividad entre el Estado y las Comunidades Autónomas, (Boletín informativo), correspondiente al Segundo Trimestre 2007, Madrid, Secretaria General Técnica del Ministerio de Administraciones Públicas, p. 13 y s. [Fecha de consulta: 10 de marzo de 2009]. Disponible en: <http://publicaciones.administracion.es>.

²²⁷ La Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la representación procesal de sesenta y un senadores del Grupo Parlamentario Socialista contra los artículos 11.1 y 2, 17.2, inciso final, 24.3, 27.2 y 28.1, inciso final.

En virtud de lo dispuesto en el fallo de la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional 341/2005, de 21 de diciembre, el máximo intérprete de la Constitución:

1º.- Declaró que no es inconstitucional el artículo 27.2 de dicha Ley, interpretado en los términos expresados en el fundamento jurídico 7.

- Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio (BOE número 244, de 9 de octubre de 1996).
- Ley del Parlamento Vasco 12/1994, de 17 de junio de 1994, de Fundaciones (BOPV número 135, de 15 de julio de 1994).
- Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana (BOE número 18, de 21 de enero de 1999)²²⁸.

A tenor de todo lo desarrollado, la regulación autonómica tendrá que respetar las competencias del Estado en las materias de legislación civil, sin perjuicio de la aplicabilidad preferente del derecho civil foral o especial allí donde exista (artículo 149.1.8 CE) y procesal (artículo 149.1.16 CE), sin olvidar que el artículo el art. 149.1.1ª CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para establecer "las condiciones básicas de todos los españoles en el ejercicio de los derechos (...) constitucionales", competencia que, como se ha visto, habilita al Estado para dictar normas que permitan disfrutar en condiciones de igualdad del derecho de fundación.

(En todo caso, como consta en la Nota número 20 del presente trabajo, a la que nos remitimos, Dña. María Emilia Casas Bahamonde formuló un Voto Particular en el que manifestó su disconformidad con el fallo interpretativo del artículo 27 LFM).

2º.- Declaró la inconstitucionalidad y nulidad del inciso ~~6~~ en defecto de éste sin la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal~~;~~ del artículo 17.2 y la del artículo 24.3.

3º.- Desestimó el recurso en todo lo demás.

En relación con la STC 341/2005, de 21 de diciembre y, sin perjuicio de lo desarrollado en el presente Capítulo, véase también lo tratado, especialmente, en el Capítulo III de este trabajo.

²²⁸ Téngase en cuenta que el Capítulo IX de la Ley 11/2002, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat Valenciana, (BOE número 30, de 4 de febrero de 2003), modificó la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, añadiendo el apartado 6 al artículo 11; dando nueva redacción a los artículos 20.4 y 21.2.d) y adicionando una nueva Disposición adicional octava a la citada Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana.

4.- REFERENCIA A LA NORMATIVA AUTONÓMICA EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2 f) de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, la competencia exclusiva sobre fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma+ fue asumida por aquellas Comunidades Autónomas que no lo habían podido prever originariamente en sus Estatutos de Autonomía.

Ahora bien, como se infiere de lo que acabamos de tratar en el apartado anterior, hay Comunidades Autónomas que, hasta el momento, no han dictado una ley propia de fundaciones, por lo que las mismas se registrarán por la normativa estatal²²⁹.

En cualquier caso, dichas Comunidades Autónomas han dictado la siguiente normativa relativa tanto a la organización del funcionamiento del Registro como a la ordenación del Protectorado:

- Decreto 276/1995, de 19 de diciembre, de la Diputación General de Aragón, por el que se regulan las competencias en materia de Fundaciones y se crea el Registro de Fundaciones (BOA número 1, de 3 de enero de 1996)²³⁰.
- Decreto 34/1998, de 18 de junio, por el que se crea y regula el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés

²²⁹ En relación con ello, véase, en especial, MARTINEZ NIETO, A., *El Nuevo Derecho de Fundaciones en el Estado de las Autonomías*, *Diario La Ley*, op. cit., p. 1.849.

²³⁰ Téngase en cuenta que el Decreto 25/2004, de 10 de febrero, del Gobierno de Aragón, de modificación del Decreto modificó el número 3 del artículo 2 del 276/1995, de 19 de diciembre, de la Diputación General de Aragón, por el que se regulan las competencias en materia de Fundaciones y se crea el Registro de Fundaciones, (BOA número 25, de 27 de febrero de 2004), dio nueva redacción al número 3 del artículo 2.

General del Principado de Asturias (BOPA de 4 de julio de 1998)²³¹.

- Decreto 61/2007, de 18 de mayo, de regulación del Registro Único de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y de Organización del ejercicio del protectorado (BOIB número 77, de 24 de mayo de 2007).

- Decreto 26/1997, de 11 de abril, por el que se crea y regula el Protectorado y el Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC número 78, de 18 de abril)²³².

- Decreto 2/1987, de 27 de enero, de Creación del Registro de Federaciones, Asociaciones, Fundaciones Culturales y Entidades afines dictado por la Comunidad Autónoma de Extremadura, (DOE número 9, de 3 de febrero de 1987).

²³¹ La Disposición derogatoria Decreto 12/2000, de 3 de febrero, por el que se regula la estructura orgánica básica de la Consejería de Educación y Cultura, (BOJA número 39, de 17 de febrero de 2000), derogó expresamente el apartado 1 del artículo 2 del 34/98, de 18 de junio, por el que se crea y regula el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias.

²³² Téngase en cuenta que, el artículo único del Decreto 33/1998, de 6 de abril, por el que se modifica el Decreto 26/1997, de 11 de abril, por el que se crea y regula el Protectorado y el Registro de las Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Cantabria, (BOC número 78, de 20 de abril), dio nueva redacción al apartado 3 del artículo 12 y a la Disposición transitoria segunda del citado Decreto 26/1997 y añadió una disposición adicional al mismo.

5.- LA ATRIBUCIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA A LAS FUNDACIONES DE COMPETENCIA AUTÓNOMICA.

5.1.- Introducción.

Según se ha indicado anteriormente, la LF/2002, siguiendo lo previsto en la anterior LF/1994, optó por el sistema de inscripción constitutiva previo informe favorable del Protectorado (artículo 4 y 35.1.a) LF/2002).

Según se ha visto a lo largo del presente trabajo, de acuerdo con la Disposición Final Primera de la LF/2002, el artículo 4 LF/2002 constituye una de las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación reconocido en el artículo 34 CE, por lo que será de aplicación general al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.1 CE; a diferencia, por tanto, del artículo 35.1.a) LF/2002 que, al no haber sido incluido en el grupo de artículos de aplicación directa en virtud de los títulos indicados en dicha Disposición Final Primera LF/2002 (artículo 149.1.1ª, 8ª o 6ª), será únicamente de aplicación a las fundaciones de competencia estatal, según prevé expresamente el apartado 4 de la misma Disposición Final Primera LF/2002.

Por consiguiente, el legislador autonómico no podrá prever un sistema distinto de adquisición de la personalidad jurídica por la fundación, de ahí que, como se ha indicado anteriormente, el sistema único que rige para todas las fundaciones es el de la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones estatal o, en su caso, autonómico.

Ahora bien, como veremos a continuación, la cuestión será distinta en lo relativo al informe favorable que el Protectorado debe emitir previamente a la inscripción.

En efecto, como se ha indicado, el artículo 35.1.a) LF/2002 no constituye un artículo de aplicación general porque el mismo no fue dictado por el Estado en ejercicio de competencia exclusiva alguna.

Según lo que venimos desarrollando, a continuación, pasamos a tratar, de manera sucinta, lo previsto en relación a la adquisición de personalidad jurídica por las fundaciones de competencia autonómica, según lo previsto en las leyes sustantivas de fundaciones que, hasta el momento, han aprobado las Comunidades Autónomas.

5.2.- La Comunidad Autónoma de Andalucía.

El apartado 1 del artículo 4 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, determina que el momento de adquisición de personalidad jurídica por parte de las fundaciones será coincidente con la inscripción de la escritura pública de su constitución en el Registro de Fundaciones de Andalucía. Nos encontramos, por tanto, ante una inscripción constitutiva.

En cualquier caso, a tenor de lo previsto no sólo en el apartado 2 del artículo 49 Ley 10/2005, de 31 de mayo, de fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, como en el apartado 1 del artículo 25 del Decreto 279/2003, de 7 de Octubre, por el que se crea el Registro de Fundaciones de Andalucía y se aprueba su Reglamento de organización y funcionamiento, la inscripción de la fundación en el citado Registro, requerirá el informe favorable del Protectorado sobre la suficiencia de la dotación y la idoneidad de los fines de la función, cuya emisión será solicitada por el encargado del Registro de Fundaciones de Andalucía, una vez clasificada la fundación (artículo 25.1 del citado Decreto 279/2003, de 7 de Octubre).

Ahora bien, el artículo 43.d) del Decreto 32/2008, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, (BOJA número 44, de 4 de marzo de 2008), en relación a dicho Informe, ha reiterado el término **suficiencia** (de la dotación), pero, ha añadido,

con respecto a lo dispuesto en el artículo 49.2 de la citada Ley 10/2005, de 31 de mayo, la palabra *adecuación*²³³.

5.3.- La Comunidad Autónoma de Canarias.

La Ley autonómica 1/1990, de 29 de enero, de Fundaciones Canarias, fue derogada por la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias, conforme con cuyo apartado 1 del artículo 9, las fundaciones alcanzan la personalidad jurídica con la inscripción de la escritura pública de constitución en el Registro de Fundaciones.

Por tanto, a diferencia del anterior apartado 2 del artículo 4 de la derogada Ley 1/1990, de 29 de enero, cuyo contenido llevó a que CARRANCHO HERRERO afirmase que el legislador autonómico había optado por un sistema de reconocimiento genérico o normativo²³⁴, el vigente apartado 1 del artículo 9 de la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias, ha optado, como acabamos de ver, por la inscripción constitutiva²³⁵.

El artículo 40.2 de dicha Ley prevé que la inscripción de la escritura de constitución en dicho Registro debe contar también con un informe favorable del Protectorado de Fundaciones Canarias sobre la persecución de fines de interés

²³³ Obsérvese que, en relación a esta cuestión, dicha adición también fue establecida el artículo 43.b RF, lo que provocó, como se vio anteriormente, una valoración negativa por parte de MORILLO GONZÁLEZ, quien calificó la misma de *improcedente* porque contradice el artículo 35.1.a) LF que, única y exclusivamente, atribuye competencia al Protectorado para informar sobre la *adecuación*, pero no en cuenta a la *suficiencia* de la misma. MORILLO GONZÁLEZ, F., *El Proceso de Creación de una Fundación*, op. cit., 257.

Sobre el Informe preceptivo y favorable del órgano encargado del Protectorado a efectos de la inscripción de fundaciones según la legislación estatal, véase, en especial, el apartado 5.2 del Capítulo VIII del presente trabajo, al que nos remitimos.

²³⁴ CARRANCHO HERRERO, M^a.T., *La constitución de fundaciones*, op. cit., p. 176.

En relación con la Ley 1/1990, véase, también, DIAZ BRITO, F.J., *Normativa y Competencias de Canarias sobre Fundaciones Canarias*, Barcelona: Bosch, 1997.

²³⁵ En este sentido, véase, por ejemplo, ATIENZA NAVARRO, M^a.T., *Comentario al artículo 4*; OLAVARRÍA IGLESIA, J. (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 154.

general y la determinación de la suficiencia de la dotación prevista en el artículo 11.2 de la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias.

5.4.- La Comunidad Autónoma de Castilla y León.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León, en relación tanto con el artículo 3 del Decreto 63/2005, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Castilla y León, las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura de su constitución en el Registro de Fundaciones de Castilla y León (artículo 8 de la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León).

Por tanto, dicha inscripción tiene una eficacia constitutiva en relación con la atribución de personalidad jurídica a las fundaciones comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la normativa autonómica.

El apartado 3 del artículo 4 del citado Decreto 63/2005, de 25 de agosto, establece que el Encargado del Registro de Fundaciones de Castilla y León para acordar la referida inscripción precisa del Informe del Protectorado en el que conste no sólo que la dotación fundacional sea adecuada y suficiente y que los fines previstos son de interés general, sino también que el contenido de los Estatutos se ajusta a lo dispuesto en la Ley; previsión esta última que ha sido valorada negativamente por MARTÍNEZ NIETO porque, en su opinión, puede ser una fuente de discrecionalidad en función del funcionario informante y su idea de de las limitaciones que para las Fundaciones se puedan contener en el Ordenamiento jurídico²³⁶.

²³⁶ MARTÍNEZ NIETO, A., *El Nuevo Derecho de Fundaciones en el Estado de las Autonomías*; *Diario La Ley*, op. cit., p. 1.848.

5.5.- La Comunidad Autónoma de Cataluña.

El Título III de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, (BOE número 131, de 30 de mayo de 2008), está dedicado a las fundaciones.

En efecto, como se ha visto anteriormente, la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley 4/2008, de 24 de abril, ha derogado expresamente los artículos 1 a 50 y el 53, las disposiciones adicionales, las disposiciones transitorias y la disposición final primera de la Ley 5/2001, de 2 de mayo de Fundaciones²³⁷; ley que, a su vez, había derogado a la anterior Ley autonómica 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas.

Según el apartado 4 del artículo 331.1: *Las fundaciones adquieren personalidad jurídica definitiva con la inscripción de la Carta fundacional en el Registro de Fundaciones*²³⁸.

²³⁷ De ahí que la propia Exposición de Motivos de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, señale que a través de dicho Libro el legislador autonómico ha pretendido refundir, sistematizar y armonizar, de acuerdo con las exigencias propias de la técnica codificadora, la legislación catalana de asociaciones y fundaciones, contenida en la Ley 7/1997, de 18 de junio, de asociaciones, y la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de fundaciones.

No obstante, continúa diciendo dicha Exposición de Motivos que: *(5)* al mismo tiempo, se ha aprovechado el impulso codificador para formular unas disposiciones generales que contienen el estatuto básico de la personalidad jurídica en derecho catalán y, ya en el ámbito específico de las asociaciones y fundaciones, para actualizar algunos aspectos de su régimen jurídico a fin de favorecer su operatividad y de garantizar que puedan cumplir de forma más efectiva las finalidades que les son propias.

²³⁸ Por tanto, a diferencia del apartado 2 del artículo 6 de la Ley 5/2001, de 5 de mayo, de fundaciones, que preveía que: *Las fundaciones alcanzan la personalidad jurídica con la inscripción de la carta fundacional (artículo 7) en el Registro de Fundaciones*, el apartado 4 del artículo 331.1 de dicha Ley 4/2008, no sólo ha sustituido el verbo *adquieren* por *alcanzan* (la personalidad jurídica), sino que también, ha añadido el calificativo *definitiva* (también referida a la personalidad jurídica).

En cualquier caso, como vimos anteriormente en este trabajo, el apartado 2 del artículo 6 de la Ley 5/2001 finalizó con el debate doctrinal en torno al momento que la fundación adquiría personalidad jurídica que había provocado el contenido del apartado 2 del artículo 2 de la anterior Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas.

En relación con dicho apartado 2 del artículo 2 de Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas, véase, CARRANCHO HERRERO, M^a.T., *La constitución de fundaciones*, op. cit., p. 176; PIÑAR MAÑAS, J.L., *Comentario al artículo 3*; *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, op. cit., p. 29, sin perjuicio de lo que sobre este artículo se comentó en el apartado 2 del Capítulo IX del presente trabajo, al que nos remitimos.

A tenor de ello, nos encontramos, por tanto, ante una inscripción constitutiva²³⁹.

En relación con ello, ni la precedente Ley 5/2001, de 5 de mayo, de fundaciones, ni la vigente Ley 4/2008, prevén la emisión de Informe alguno a emitir por el órgano de la Administración pública autonómica que, en su caso, tuviese atribuida dicha competencia.

Ahora bien, a pesar de no previsto dicho Informe, el apartado 2 del artículo 331.7, dentro del Capítulo I del Título III, de dicha Ley 4/2008, de 24 de abril, exige que: ~~la~~ fin de verificar la suficiencia de la financiación de las actividades fundacionales, debe presentarse al protectorado, como requisito para la inscripción en el Registro de Fundaciones²⁴⁰, un proyecto de la viabilidad económica de los dos primeros años de funcionamiento de la fundación y de las actividades previstas²⁴¹.

²³⁹ De ahí que el artículo 311.2, dentro del Capítulo I, ~~la~~ personalidad jurídica y sus atributos del Título I, ~~Disposiciones Generales~~, del Libro III, ~~Personas jurídicas~~, haya establecido que: ~~Las~~ entidades sujetas a las disposiciones del presente código adquieren personalidad jurídica por medio de la voluntad manifestada en el acto de constitución y del cumplimiento, si procede, de los requisitos establecidos por la ley a tal efecto, como acontece con lo exigido en el citado apartado 4 del artículo 331.1 dentro del Título III de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas.

²⁴⁰ Según el apartado 2.b) del artículo 336-2, dentro del Capítulo VI, de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código civil de Cataluña, corresponde al Protectorado, entre otras funciones, la llevanza del Registro de Fundaciones.

²⁴¹ Obsérvese que, según se vio anteriormente, el artículo 12.1 LF/2002, a diferencia de lo previsto en el artículo 10 de la precedente LF/1994, exige que la dotación alcance el valor económico de 30.000 euros, sin perjuicio de que, en el caso de que la dotación sea de inferior valor, el fundador tendrá que justificar su adecuación y suficiencia a los fines fundacionales mediante la presentación del primer programa de actuación, junto con un estudio económico que acredite la viabilidad del proyecto sirviéndose, única y exclusivamente, de dichos recursos.

Por tanto, el legislador autonómico exige, como requisito para la inscripción en el Registro de Fundaciones, un proyecto de la viabilidad económica de los dos primeros años de funcionamiento de la fundación y de las actividades previstas, a diferencia, por tanto, del legislador estatal que, en caso de una dotación inicial inferior a 30.000 €, exige la presentación del primer programa de actuación, junto con un estudio económico que acredite la viabilidad del proyecto sirviéndose, única y exclusivamente, de dichos recursos.

5.6.- La Comunidad Autónoma de Galicia.

La Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego, que ha derogado la anterior Ley 7/1983, de 22 de junio, tiene por objeto regular las fundaciones de interés gallego, de competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia (artículo 1).

De ahí que el apartado 1 del artículo 2 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego, en relación con el artículo 3 del Decreto 14/2009, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de interés gallego, haya previsto que: *«Son fundaciones de interés gallego aquellas organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tengan afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general para Galicia y desarrollen principalmente sus actividades y tengan su domicilio en el territorio de la comunidad autónoma»*²⁴².

La Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego ha previsto la inscripción constitutiva en el apartado 1 del artículo 5 que dice: *«Las fundaciones reguladas por la presente ley tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego de la Comunidad Autónoma de Galicia»*.

El apartado 3 del artículo 52 de la citada Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego, establece que la inscripción de las

²⁴² Sin perjuicio de lo dispuesto en dicho apartado 1 del artículo 2 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego, el apartado 2 del mismo artículo, en relación con el apartado 1 del artículo 3 del reciente Decreto 14/2009, de 21 de enero, prevé que las fundaciones de interés gallego podrán establecer relaciones instrumentales con terceros en diferente ámbito territorial.

Téngase en cuenta que, según el apartado 1 de la Disposición Final Primera LF, el artículo 2 LF/2002 forma parte del grupo de artículos que constituyen las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación reconocido en el artículo 34 CE, en relación con el artículo 53 CE y es de aplicación general a todas las fundaciones, sean estatales o autonómicas, al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1 CE.

De ahí que el apartado 1 del artículo 2 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego podría vulnerar las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación previstas en el apartado 1 del artículo 2 LF, que han dictadas en desarrollo de la competencia exclusiva estatal del artículo 149.1.1 CE.

fundaciones en dicho Registro requerirá un informe favorable del protectorado en cuanto a la idoneidad de los fines de interés gallego y a la determinación de la suficiencia de la dotación.

En cualquier caso, en relación con dicho Informe, el artículo 54.b) del citado Decreto 14/2009, de 21 de enero, al igual que acaeció con el artículo 43.d) del Decreto 32/2008, de 5 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, ha reiterado el término %suficiencia+ (de la dotación), pero, ha adicionado, añade, con respecto a lo dispuesto en el artículo 52.3 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego, la palabra %adecuación+²⁴³.

5.7.- La Comunidad Autónoma de la Rioja.

Según el artículo 4 de la Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de la Rioja²⁴⁴, las fundaciones reguladas en dicha ley, tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el Registro de Fundaciones de la Rioja.

Por consiguiente, nos encontramos, ante una inscripción constitutiva.

Ahora bien, el artículo 43.b) de la Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de la Rioja, en relación con lo contenido en el apartado 6 del artículo 8 de la misma, prevé que la inscripción

²⁴³ Véase lo tratado sobre esta cuestión en el apartado 5.2 del Capítulo X, al que nos remitimos.

²⁴⁴ Según se indicó anteriormente, el TC, por Providencia de 5 de junio de 2007, (BOE número 151, de 25 de junio de 2007), ha admitido a trámite el Recurso de inconstitucionalidad número 4368-2007, promovido por el Presidente del Gobierno en relación con los apartados 1 y 3 del artículo 37 de la Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de la Rioja, reguladoras de determinados aspectos de la fusión entre fundaciones.

En relación con dicho Recurso de inconstitucionalidad, véase lo tratado en el apartado 3 del Capítulo X del presente trabajo, al que nos remitimos.

La citada Ley no ha sido, hasta la fecha, objeto de desarrollo normativo por parte del legislador autonómico.

de la fundación en dicho Registro exige que el Protectorado haya emitido, con carácter previo y vinculante, un informe favorable no sólo sobre la idoneidad de los fines y sobre la adecuación y suficiencia dotacional de las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución, sino también sobre la adecuación de los estatutos a la legalidad, al igual que establece el artículo 4.3 del Decreto 63/2005, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Castilla y León, lo que fue valorado negativamente por MARTINEZ NIETO, según se vio anteriormente²⁴⁵.

5.8.- La Comunidad Autónoma de Madrid.

A tenor de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid²⁴⁶, en relación con el artículo 18.1 del Decreto 20/2002, de 24 de enero, por el que se regula el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid.

Dicha inscripción, que tiene un carácter constitutivo, requerirá el informe favorable del Protectorado sobre la persecución de fines de interés general y la determinación de la suficiencia de la dotación (artículo 6.1 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid).

²⁴⁵ En relación con la previsión normativa contenida en el artículo 4.3 del Decreto 63/2005, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Castilla y León, véase lo tratado en el apartado 5.4 del Capítulo X del presente trabajo, al que nos remitimos.

²⁴⁶ La citada Ley fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad que fue resuelto, como se ha visto a lo largo del presente trabajo, por la STC 341/2005, de 21 de diciembre (Pleno).

Según el fallo de dicha Sentencia, el máximo intérprete de la CE declaró, de un lado, que el artículo 27.2 de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones, no era inconstitucional interpretado en los términos contenidos en el Fundamento jurídico 7º de dicha Sentencia y, de otro lado, la inconstitucionalidad y nulidad del inciso "en defecto de éste sin la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Público" del artículo 17.2 y del artículo 24.3.

En relación con la STC 341/2005, de 21 de diciembre y, sin perjuicio de lo tratado en el presente Capítulo, véase también lo desarrollado, particularmente, en el Capítulo III del presente trabajo.

Ahora bien, mientras que en el caso de dicho informe el transcurso del plazo de tres meses con que cuenta el Protectorado para emitirlo, opera como silencio positivo a los efectos registrales²⁴⁷; en el supuesto del procedimiento de inscripción en el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, vencido igualmente el plazo de tres meses, el silencio opera, sin embargo, en sentido negativo, por lo que el interesado podrá entender que la solicitud de inscripción ha sido denegada (artículo 17.2 del Decreto 20/2002, de 24 de enero, por el que se regula el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid)²⁴⁸.

En relación con ello, sin embargo, la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, no prevé en qué momento debe empezar a contar el plazo del que dispone el Protectorado para dictar el preceptivo informe, a diferencia de lo que sucede con el plazo para resolver la solicitud de inscripción, el cual empezará a contar a partir de la presentación de la documentación en el Registro de Fundaciones o, en caso de presentarse por otra vía, a partir de la fecha de su registro de entrada en la Consejería de Presidencia, (artículo 17 del Decreto 20/2002, de 24 de enero, por el que se regula el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid), sin perjuicio de que el artículo 15.3 de dicho Decreto 20/2002, de 24 de enero, establezca que la solicitud del informe al Protectorado interrumpa los trámites sucesivos en el

²⁴⁷ En efecto, el artículo 6.2 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones, de la Comunidad de Madrid dice literalmente que: «El plazo para emitir dicho informe (el informe del Protectorado previo a la inscripción constitutiva) será de tres meses. Si en dicho plazo no se hubiera producido el citado informe, se entenderá como informe positivo a los efectos registrales».

²⁴⁸ Según el citado artículo 17.2 del Decreto 20/2002, de 24 de enero, por el que se regula el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid: «Si en este plazo no se hubiera resuelto el procedimiento, se podrá entender que la solicitud de inscripción ha sido denegada».

Téngase en cuenta que, según lo previsto en el RRF/2007, cuando se trate de la solicitud de la primera inscripción, el plazo máximo para notificar la resolución será de seis meses contado desde la fecha de recepción de la solicitud en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal (artículo 29.3 RRF/2007). Transcurrido dicho plazo sin notificación de la resolución, la misma podrá entenderse estimada (artículo 29.5 RRF/2007), lo que, como vimos, ha representado un cambio trascendental frente a la redacción contenida en el artículo 15.2 del RRF/1996, que estableció que, transcurrido el plazo de tres meses sin que hubiera recaído resolución expresa en relación con la solicitud de inscripción, la misma se entendía desestimada, lo que fue negativamente valorado por la doctrina científica, como se desarrolló en el apartado 6 y, en especial, en el apartado 6.3 del Capítulo VIII del presente trabajo, al que nos remitimos.

procedimiento de inscripción de la constitución de una fundación, al amparo de los artículos 42.5.c) y 83.3 LRJPAC²⁴⁹.

5.9.- La Comunidad Foral de Navarra.

En virtud de lo previsto en la Ley 43 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, dentro del Título I del Libro I, además de las instituciones cuya personalidad jurídica se halla reconocida por las Leyes, la tienen igualmente por antigua costumbre: (...) 6.- Las fundaciones privadas constituidas conforme a la Ley siguiente²⁵⁰.

Dice DURÁN RIVACOBÁ que resulta llamativo proponer la personalización de las fundaciones a través de antigua costumbre, pues, en apariencia, sólo aquellas que se constituyan con arreglo a las leyes correspondientes del Fuero Nuevo alcanzan su objetivo, lo que conduce a la extraña fórmula con arreglo a la cual un fenómeno cuyo régimen se diseña en 1973 tiene reconocida en antigua costumbre su existencia. La paradoja se salva si pensamos que por antigua costumbre las fundaciones tenían en Derecho Navarro personalidad y que a partir de su Compilación civil se diseña un conjunto de requisitos de ineludible cumplimiento para su pervivencia²⁵¹.

En este sentido, según la Ley 44 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, cualquier persona puede constituir fundaciones sin necesidad de intervención administrativa previa, siempre que el fundador exprese su voluntad de conferir personalidad jurídica a la fundación. Por tanto, la constitución de una fundación supone la atribución automática de personalidad jurídica, sin perjuicio de que, en el caso de constitución *inter vivos*, se exija escritura pública, conforme

²⁴⁹ En relación a esta cuestión, según lo previsto en la legislación aplicable a las fundaciones de ámbito estatal, véase, en especial, lo tratado en el apartado 5.2 del Capítulo VIII del presente trabajo, al que nos remitimos.

²⁵⁰ Dentro de dicha Compilación, la Ley 2 establece que, en Navarra la prelación de fuentes de Derecho es la siguiente.- 1.- La costumbre. 2.- Las Leyes de la presente Compilación. 3.- Los principios generales del Derecho Navarro. 4.- El derecho supletorio.

²⁵¹ DURAN RIVACOBÁ, R., *El negocio jurídico fundacional*, op. cit., p. 111.

establece la mencionada Ley 44 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra²⁵².

En todo caso, en virtud de lo previsto en el apartado 1 del artículo 15 de la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, Reguladora del Régimen Tributario de las Fundaciones y de las Actividades de Patrocinio, (BOE de 9 de octubre de 1996), la aplicación del régimen tributario previsto en la misma exige que la Fundación de que se trate este inscrita en el Registro de Fundaciones.

De ahí que, el artículo 2 del Decreto Foral 613/1996, de 11 de noviembre, por el que se regula la estructura y funcionamiento del Registro de Fundaciones, establece que, podrán inscribirse en el Registro de Fundaciones aquellas constituidas al amparo de la Ley 44 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra. No obstante, de conformidad con la Ley Foral 10/1996, la inscripción será obligatoria si pretenden acogerse al régimen tributario regulado en la misma+.

5.10.- La Comunidad Autónoma del País Vasco.

La Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco, ha establecido la inscripción constitutiva en el apartado 2 del artículo 5, que prevé: Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de su escritura de constitución en el Registro de fundaciones+ Dicha inscripción sólo podrá denegarse, en resolución motivada, si la entidad constituida no reúne los requisitos exigidos en esta ley y demás legislación aplicable+²⁵³.

²⁵² A raíz de ello, por ejemplo, ATIENZA NAVARRO ha manifestado que, la regulación del tema de la adquisición de personalidad jurídica en el Ley navarra plantea un grave problema competencial por la interpretación que mayoritariamente se da a la Disposición Final Primera de la LF. ATIENZA NAVARRO, M^a. L., Comentario al artículo 4+, OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 155.

²⁵³ Repárese la notable incoherencia que se comete al aludir a una entidad constituida precisamente para el caso de la negación justificada en orden a la práctica de un asiento que se desea constitutivo+, DURÁN RIVACOBBA, R., *El negocio jurídico fundacional*, op. cit., p. 148.

En cualquier caso, según el artículo 7.b) del Decreto 100/2007, de 19 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Protectorado de Fundaciones del País Vasco, en relación con el artículo 36 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco, la inscripción de la fundación en dicho Registro exige un informe de la Comisión Asesora del Protectorado de Fundaciones del País Vasco en el que deberá constar que los fines de la fundación son lícitos y de interés general²⁵⁴; informe que deberá ser favorable para que pueda proceder, en su caso, la inscripción de la fundación en dicho Registro, según lo previsto en el apartado 4 del artículo 36 del Decreto 101/2007, de 19 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones del País Vasco.

5.11.- La Comunidad Autónoma de Valencia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 4.1 de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, en relación con el precepto 6.2 del Decreto 139/2001, de 5 de septiembre, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, la fundación adquiere personalidad jurídica mediante la inscripción de la escritura pública de constitución (artículo 9 de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana) en el Registro de Fundaciones de la Comunidad Valenciana.

Por tanto, la inscripción en el mencionado Registro tiene un carácter constitutivo en relación con la atribución de la personalidad jurídica a las fundaciones²⁵⁵.

²⁵⁴ Según el artículo 8.1 del citado Decreto 100/2007, de 19 de junio, será la Comisión Técnica de dicha Comisión la encargada de elaborar dicho Informe que, como acabamos de ver, no deberá comprobar si la dotación patrimonial es suficiente para el desarrollo del primer programa de actuación, (artículo 9.1 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco), sino, antes bien, verificar que los fines de la fundación son lícitos y de interés general.

²⁵⁵ Carácter constitutivo de la inscripción que ha sido expresamente recogido en el apartado 3 del artículo 11 del Decreto 139/2001, de 5 de septiembre, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, que dice: «El Protectorado deberá informar favorablemente para la práctica de inscripción constitutiva de la Fundación».

Ahora bien, para efectuar la primera inscripción, resulta preceptivo el informe favorable del Protectorado tanto sobre el interés general de los fines, como sobre la suficiencia de la dotación, cuya emisión por el Protectorado correspondiente será solicitada por el encargado del Registro de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, remitiéndole los documentos necesarios a estos efectos (artículo 11.3 y 51.2 del Decreto 139/2001, de 5 de septiembre, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Valenciana).

CAPÍTULO XI.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL.

Con anterioridad a la LF/2002, las Fundaciones del Sector Público Estatal eran ya una realidad, sin embargo, ha sido la LF/2002 la primera norma sustantiva de fundaciones que propiamente las ha regulado²⁵⁶, dedicándolas el Capítulo XI²⁵⁷.

En efecto, en el Capítulo XI (artículos 43 al 45) se desarrollan los aspectos referidos a las fundaciones del Sector Público Estatal; enumerándose las condiciones que deberán cumplir para que sean consideradas públicas, así como los requisitos exigidos para su creación (autorización por Acuerdo del Consejo de Ministros) y el régimen jurídico al que deberán estar sujetas.

En relación con el objeto de estudio del presente trabajo y, a la vista del Capítulo XI LF/2002, cabe preguntarse si las fundaciones del Sector Público Estatal reguladas en dicho capítulo tienen personalidad jurídica pública o privada.

La respuesta a esta cuestión tiene, como veremos a continuación, una enorme trascendencia, puesto que el régimen jurídico aplicable a un gran número de aspectos (régimen patrimonial, contratación, personal etc.) puede depender de la calificación de la fundación como entidad de derecho público o, antes bien, como sujeto jurídico privado.

La legislación estatal contiene, bajo diferentes denominaciones, un elenco variado de entidades jurídico públicas, sin embargo, el legislador estatal no ha

²⁵⁶ En cualquier caso, el artículo 6 de la LF/1994, preveía expresamente la capacidad de las personas jurídico-públicas para fundar.

En efecto, el artículo 6.1 y 4 de la LF/1994, estableció que:

«a.- Podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas (...).

4.- Las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario».

Obsérvese que el artículo 8.1 y 4 LF/2002 reproduce el artículo 6.1 y 4 de la LF/1994.

²⁵⁷ De ahí que la Disposición Transitoria Segunda de la LF/2002 aluda a la obligación de las fundaciones del Sector Público Estatal ya constituidas de adaptar sus Estatutos a lo dispuesto en el Capítulo XI.

previsto, hasta el momento, un concepto legal preciso que establezca qué debe entenderse por *entidades de derecho público*:

En este sentido, el artículo 43 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, enumera las que pueden denominarse *entidades públicas típicas* u *organismos públicos*²⁵⁸ pero, junto a dichos organismos, existe un amplio elenco de entidades dependientes o, vinculadas a la Administración, cuya calificación como entidades de derecho público puede, en determinados supuestos, no ser unánime.

De esta manera, se admite pacíficamente que no tienen dicho carácter público, las entidades constituidas con arreglo al Derecho privado, entre las que están, las sociedades mercantiles públicas, que son aquellas cuya titularidad corresponde mayoritariamente a la Administración²⁵⁹, pero que se crean y se rigen esencialmente por el Derecho privado, sin perjuicio de determinadas especialidades derivadas del carácter público del sujeto titular de estas entidades, que distinguen su régimen jurídico del de las restantes entidades privadas.

A tenor de ello y, a la vista del contenido del Capítulo XI de la LF/2002, consideramos que, también, las fundaciones del Sector Público Estatal tienen personalidad jurídica privada.

²⁵⁸ En efecto, el apartado 1 del artículo 43 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en redacción dada por la Ley 18/2006, de 18 de julio, dice:

Los Organismos públicos se clasifican en:
a.- Organismos autónomos.
b.- Entidades públicas empresariales.
c.- Agencias Estatales, que se regirán por su normativa específica y, supletoriamente, por esta Ley.

²⁵⁹ Por ejemplo, en el ámbito estatal, Corporación de Radio Televisión Española, Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A.

La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, define las sociedades estatales mercantiles como aquellas cuyo capital social está participado, directa o indirectamente, en más del 50% por entidades pertenecientes al Sector Público Estatal (artículo 161.1.c).

En efecto, según lo dispuesto en dicho Capítulo XI de la LF/2002, las fundaciones del Sector Público Estatal, no sólo se crean con arreglo al Derecho privado²⁶⁰, sino que también están sujetas al mismo, sin perjuicio de la procedencia mayoritariamente pública del patrimonio fundacional, que, en nuestra opinión, no desvirtúa la naturaleza privada de la entidad.

En consecuencia, las fundaciones del Sector Público Estatal no se rigen, con carácter general, por el Derecho público, sino, antes bien, tanto por la LF/2002, como por el resto del Derecho privado, salvo en determinadas cuestiones, como, por ejemplo, presupuestos, contabilidad, control económico-financiero, en el que se someterán a la Ley General Presupuestaria o, también, a los principios que presiden la normativa aplicable a las Administraciones Públicas en lo relativo, por ejemplo, el régimen de personal o contratación²⁶¹.

²⁶⁰ Obsérvese que el artículo 45 LF/2002 exige, para la constitución de una fundación del Sector Público Estatal, la previa autorización del Consejo de Ministros, pero se constituyen con arreglo a lo previsto en la LF/2002.

Sobre el negocio jurídico fundacional, véase, en especial, lo tratado en el apartado 1 del Capítulo IV del presente trabajo, al que nos remitimos.

²⁶¹ GONZÁLEZ CUETO mantiene esta consideración. De esta manera, dice, a la vista del contenido del artículo 44 LF/2002: *Se comete además el grave error de referirse a figura fundacional de carácter público, cuando dicho carácter será, en su caso, predicable del fundador, pues la fundación será una persona jurídica de derecho privado (salvo las denominadas fundaciones públicas sanitarias).* GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., p. 340.

De ahí que la Disposición Adicional Tercera LF/2002 haya previsto que: *Las fundaciones públicas sanitarias a que se refiere el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, seguirán rigiéndose por su normativa específica, por lo que la LF/2002 no se aplicará las Fundaciones Públicas Sanitarias.*

CONCLUSIONES.

-I-

La LF/2002, siguiendo lo dispuesto en la LF/1994, ha optado por el sistema de inscripción constitutiva.

Durante la tramitación parlamentaria de la LF/2002, a diferencia de lo acontecido durante la tramitación de la correspondiente tramitación de la LF/1994, no fueron debatidas las distintas alternativas en orden a la adquisición de la personalidad jurídica por las fundaciones.

La realidad política y socioeconómica de nuestro país, por lo que se refiere a las fundaciones y otras entidades del llamado Tercer Sector, era muy distinta en el momento de promulgarse la LF que cuando la LF/1994 vio la luz. Por ello, el mandato contenido en el artículo 34 CE fue cumplido por el legislador en la LF/2002 interpretando el fenómeno fundacional+de manera diferente a como lo había hecho el legislador de 1994.

Con motivo de los objetivos perseguidos por el legislador a través de la LF/2002, plasmados en la Exposición de Motivos y articulados a lo largo del texto normativo, pudiera considerarse que, en orden al reconocimiento de la personalidad jurídica por la fundación, el legislador podría haber optado por el sistema de libre constitución frente al sistema de inscripción constitutiva que, como se ha visto, se prevé en el artículo 4 LF/2002, que ha reproducido el artículo 3 de la precedente LF/1994.

-II-

Como se ha desarrollado a lo largo del presente trabajo, las fundaciones adquieren personalidad jurídica mediante la inscripción de la escritura pública de constitución en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, previo Informe favorable del Protectorado, en relación, tanto sobre la idoneidad de los fines, como con la adecuación y suficiencia de la dotación (artículo 35.1.a) LF en relación con el artículo 43.b) RF).

En este sentido, el legislador ha incluido el artículo 4 LF dentro del grupo de preceptos que la Disposición Final Primera LF considera que son de aplicación general en todo el territorio del Estado al amparo del artículo 149.1.1ª CE.

Ahora bien, el artículo 35.1 a) LF no ha sido incluido en ninguno de los apartados que la Disposición Final Primera considera de aplicación directa al amparo de los artículos 149.1.1ª (apartado 2.a), 8ª (apartado 2.b) y 6ª (apartado 2.c) CE respectivamente, en tanto en cuanto, el legislador ha entendido que no regulan aspectos relativos al contenido esencial del derecho de fundación, ni constituyen legislación civil o procesal.

Por tanto, el artículo 35.1.a) LF será, única y exclusivamente, de aplicación a las fundaciones de competencia estatal, esto es, a las fundaciones que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado o, principalmente, en el territorio de más de una Comunidad Autónoma (artículo 36.1 LF), lo que determinará que, a diferencia de lo acontecido con el artículo 4 LF, la legislación autonómica no tenga que seguir necesariamente lo que la LF ha establecido en relación al informe del Protectorado para las fundaciones de competencia estatal.

-III-

La naturaleza de la institución fundacional determina que la Administración General del Estado, a través del Protectorado, deba intervenir tanto en el momento del nacimiento de las fundaciones, como asegurando que el posterior funcionamiento de las mismas sea conforme a Derecho.

En este sentido, cabe preguntarse si el Protectorado cuenta con medios técnicos y humanos suficientes para verificar si las fundaciones, una vez que han adquirido personalidad jurídica, realizan los fines de interés general para los que fueron constituidas.

La respuesta negativa a esta cuestión no sólo perjudicaría el papel que las entidades que forman parte del Tercer Sector vienen desempeñando en la sociedad, sino que también desincentivaría la creación de fundaciones como organizaciones que coadyuvan con los poderes públicos en la realización de fines de interés general, favoreciendo, sin embargo, la creación de una fundación para otros fines que no son, precisamente, de interés general.

La realidad social refleja que el Protectorado reclama un incremento de medios humanos y técnicos para cumplir con el cometido que tiene legalmente encomendado, por lo que, en caso de que esta situación persista podrían acarrear consecuencias jurídico-económicas de gran trascendencia para el funcionamiento de un gran número de fundaciones, lo que repercutiría igualmente en la valoración que la sociedad civil tiene del Tercer Sector y de la Administración General del Estado.

-IV-

La LF/1994 previó por vez primera la existencia de un Registro de Fundaciones de Competencia Estatal dependiente en aquel momento del Ministerio de Justicia e Interior. Al amparo de la habilitación reglamentaria contenida en el apartado 5 del artículo 36 de la LF/1994, en relación con la Disposición Quinta de la misma Ley, fue dictado el Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, sin embargo, el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal nunca llegó a ser puesto en marcha bajo la LF/1994. De ahí que, el artículo 36 LF/2002 estableciera de nuevo la existencia del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal pero, igualmente a lo acontecido con la LF/1994, la entrada en vigor de la LF no ha conllevado la puesta en marcha del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, por lo que, también, la Disposición Transitoria Cuarta LF, como acaeció con la Disposición Transitoria Cuarta LF/1994, haya previsto que, en tanto dicho Registro no entre en funcionamiento, subsistirán los Registros de Fundaciones actualmente existentes, manifestación que reitera la Disposición Transitoria Única del RF.

Al amparo de la habilitación reglamentaria contenida en el apartado 2 del artículo 36 LF, ha sido aprobado el Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, que ha derogado expresamente el citado Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo. A pesar de que el RRF/2007 ha entrado en vigor el día 8 de octubre de 2008, aún no ha sido acordada la puesta en marcha del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal (DF 2ª y 3ª del Real Decreto 1611/2007).

El cumplimiento efectivo de lo dispuesto en la LF/2002 exige la puesta en marcha del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, sin perjuicio de que la situación actual no posibilita la adecuada coordinación y cooperación del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal con los correspondientes Registros autonómicos, conforme a lo previsto en la LF/2002.

-V-

El RRF/2007 ha regulado un gran número de cuestiones relevantes que, sin embargo, no habían sido desarrolladas por el RRF/1996, lo que provocó un debate doctrinal en torno a las mismas. En este sentido cabe resaltar:

- El Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, ha establecido, por vez primera, que el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal tiene una naturaleza doble, por lo que ha finalizado con el debate doctrinal en torno a la naturaleza que presentaba el Registro objeto del Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo.

- En relación con ello, el artículo 4 del RRF/2007 ha previsto que el régimen jurídico aplicable al procedimiento de inscripción se ajustará a lo establecido en la LRJPAC y al RRF/2007, lo que conlleva igualmente la terminación de la polémica doctrinal en torno a la legislación que supletoriamente se debía aplicar a dicho procedimiento y que, como se ha desarrollado a lo largo del trabajo de investigación, estuvo ligada a la consideración que cada autor

tenía sobre la naturaleza jurídica que presentaba el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal bajo el derogado RRF/1996.

- A diferencia de lo acontecido con el RRF/1996, el RRF/2007, ha previsto, por vez primera, que el Encargado del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal deberá notificar a los interesados tanto la solicitud al Protectorado del Informe sobre la idoneidad de los fines y sobre la adecuación y suficiencia rotacional, como la recepción del mismo (artículo 28.1 RRF/2007), por lo que el debate doctrinal en torno a esta cuestión ha finalizado.

- El apartado 5 del artículo 29 del RRF/2007 prevé, como novedad frente al RRF/1996, que el cómputo del plazo máximo para notificar la resolución expresa de la primera inscripción de la fundación se suspenderá de acuerdo con lo previsto en el apartado 5 del artículo 42 LRJPAC. Por tanto, cuando el informe sea solicitado, y en tanto se emite, cabrá la suspensión, por un tiempo máximo de tres meses, del plazo máximo de resolución del procedimiento (artículo 45.2.c) LRJPAC). Ahora bien, la consecuencia jurídica, en caso de que transcurra el plazo máximo de suspensión y el citado informe no se haya emitido no será, empero, la aplicación del artículo 83.3 LRJPAC cuyo inciso final permite ~~interrumpir~~ interrumpir el plazo de los trámites sucesivos, sino, antes bien, el sentido positivo del silencio, a raíz de lo contenido en el apartado 6 del artículo 29 RRF/2007.

En este sentido, el Encargado del Registro cuenta con el plazo máximo de seis meses para notificar al interesado la resolución expresa en relación con la solicitud de inscripción formulada (artículo 29.3 RRF/2007), de ahí que, transcurrido dicho plazo el interesado podrá entender estimada dicha solicitud (artículo 29.5 RRF/2007), sin perjuicio de la posibilidad que tiene el Encargado del Registro de suspender el cómputo del plazo para notificar la resolución expresa (artículo 29.4 RRF/2007).

La consecuencia jurídica prevista en el apartado 5 del artículo 29 RRF/2007 conlleva un cambio radical frente a lo contenido en el apartado 2 del artículo 15 RRF/1996 que había previsto que, transcurrido el plazo de tres meses sin que

hubiese recaído resolución expresa en relación con las solicitudes de inscripción formuladas, las mismas se entendían desestimadas, como se ha visto a lo largo del presente trabajo, fue valorado negativamente por la doctrina científica, a la vista de la LRJPAC.

-VI-

A tenor de lo previsto tanto en el apartado 2 del artículo 13 LF/2002, como en el apartado 2 del artículo 7 RF/2007, los patronos deberán instar la inscripción de la fundación en proceso de formación en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal dentro de los seis meses siguientes al otorgamiento de la escritura pública de constitución, puesto que, transcurrido dicho plazo sin que los mismos hayan cumplido con dicho deber jurídico, el Protectorado procederá a cesarlos y nombrará, previa autorización judicial, nuevos patronos, que asumirán la obligación de inscribir la fundación en proceso de formación en el correspondiente Registro, sin perjuicio de que los patronos cesados respondan solidariamente de las obligaciones contraídas en nombre de la fundación y por los perjuicios que ocasione la falta de inscripción (artículo 35.1.a) LF/2002 en relación con el artículo 13.2 de la misma).

Ahora bien, el apartado 1 del artículo 26 RRF/2007 dice que: *La inscripción de los actos mencionados en el artículo 24 de este Reglamento deberá solicitarse por el órgano de gobierno de las fundaciones en el plazo de un mes a contar desde su adopción, o de la autorización administrativa o judicial cuando ésta sea necesaria+y, precisamente, uno de los actos sujetos a inscripción en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal será, la constitución de la fundación, así como los desembolsos sucesivos de la dotación inicial.*

Por tanto, cabe preguntarse si el plazo de un mes establecido en el apartado 1 del artículo 26 RRF/2007 no es compatible con el de seis meses previsto en el apartado 2 del artículo 13 LF/2007.

En este sentido, se podría considerar, que los patronos de la fundación en proceso de formación cuentan con el plazo de seis meses para instar la

inscripción de la escritura de constitución en el Registro de Fundaciones (artículo 13.2 LF/2002), por lo que transcurrido dicho plazo, sin que lo hubieran solicitado, el Protectorado no sólo procederá a cesarlos, sino que, previa autorización judicial, nombrará otros patronos, que tendrán la obligación de inscribir la fundación en el correspondiente Registro de Fundaciones (artículo 35.1.a) LF/2002 en relación con el artículo 13.2 LF/2002) dentro del plazo de un mes (artículo 26.1 *in fine* RRF/2007) frente al plazo de seis meses con el que cuentan los patronos de la fundación en proceso de formación (artículo 13.2 LF/2002).

-VII-

La jurisdicción competente para recurrir la eventual decisión denegatoria del Director General de los Registros y del Notariado en relación con la inscripción de una fundación en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, no fue abordada ni por la LF/1994 ni por el RRF/1996, lo que provocó un debate doctrinal que estuvo, a su vez, condicionado por la postura que cada autor mantenía en torno a dicho Registro.

La LF/2002 terminó con dicha falta de previsión normativa y, por tanto, con el citado debate doctrinal, decantándose el legislador a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa frente a la civil (artículo 43.2 LF/2002).

-VIII-

La vigente LF/2002, a diferencia de la LF/1994, no tuvo como uno de sus objetivos la acomodación de la materia fundacional a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, lo que podría inducir a pensar que la misma ya no es una cuestión controvertida, lo que, como se vio, no se ajusta ni a la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley del que resultó la LF/2002, ni a la realidad jurídica.

A modo representativo de lo anterior, de una parte, la Ley 1/1998, de 2 de Marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, fue objeto de un recurso de

inconstitucionalidad que fue resuelto, como se ha visto a lo largo del presente trabajo, por la STC 341/2005, de 21 de diciembre (Pleno).

Según el fallo de dicha Sentencia, el máximo intérprete de la CE declaró, de un lado, que el apartado 2 del artículo 27 de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones, no era inconstitucional interpretado en los términos contenidos en el Fundamento jurídico 7º de dicha Sentencia y, de otro lado, la inconstitucionalidad y nulidad del inciso ~~%~~ en defecto de éste sin la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Público+ del apartado 2 del artículo 17, por vulnerar el la competencia exclusiva del legislador estatal sobre la legislación procesal (artículo 149.1.6ª CE) y del apartado 3 del artículo 24 de la citada Ley autonómica por incurrir en extralimitación competencial ex artículo 149.1.8ª CE. En efecto:

- El apartado 2 del artículo 27 de dicha Ley autonómica dice: ~~%~~ los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una Fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador+. Los actores imputaron al precepto que no prohibiese expresamente el establecimiento de cláusulas de reversión de los patrimonios fundacionales. El TC consideró que la omisión que los recurrentes denunciaron como causa de inconstitucionalidad no puede entenderse en el sentido de que permita al fundador hacer previsiones para después de la extinción de la fundación, que ignoren o contradigan la finalidad de interés general que la Constitución establece como esencia de la naturaleza jurídica de la fundación.

- Conforme con la redacción originaria del apartado 2 del artículo 17 de dicha Ley autonómica: ~~%~~ no se podrán repudiar herencias ni dejar de aceptar donaciones sin la previa autorización del Protectorado o, en defecto de ésta, sin la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Público+. De este precepto, que reproduce el apartado 3 del artículo 20 LF/1994, se recurrió el inciso final, pues los recurrentes entendieron que incurría en extralimitación competencial, dado que, según la Disposición Final Primera, apartado 3 LF/1994, se trataba de una previsión perteneciente al campo de la ~~%~~ legislación procesal+, de competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.6 CE), como también lo

consideró el TC, declarando la inconstitucionalidad del inciso final del citado apartado 2 del artículo 17 de dicha Ley autonómica.

- El apartado 3 del artículo 24 de dicha Ley se impugnó por reproducir el apartado 1 del artículo 27 LF/1994, de acuerdo con el cual, ~~el~~ Patronato podrá acordar la modificación de los Estatutos de la Fundación siempre que resulte conveniente en interés de la misma y no lo haya prohibido el fundador, en cuyo caso requerirá la autorización previa del Protectorado+. A dicho precepto se le atribuyó la condición de ~~la~~ legislación civil+ en el apartado 2.b) de la Disposición Final Primera LF/1994. El apartado 1 del artículo 29 LF/2002, que reproduce dicho artículo, suprimió, como se ha visto en el presente trabajo, su inciso final. Con esta supresión, según el TC, el ~~la~~ legislador estatal ha erigido a la voluntad del fundador, manifestada en el negocio jurídico fundacional, en límite infranqueable de eventuales modificaciones estatutarias, excluyendo la intervención sustitutiva del Protectorado+ (FJ 10º), por lo que el legislador autonómico incurrió en una extralimitación competencial ex artículo 149.1.8ª CE.

De otra parte, el TC, por Providencia de 5 de junio de 2007, (BOE número 151, de 25 de junio de 2007), ha admitido a trámite el Recurso de inconstitucionalidad número 4368-2007, promovido por el Presidente del Gobierno en relación con los apartados 1 y 3 del artículo 37 de la Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de la Rioja, reguladoras de determinados aspectos de la fusión entre fundaciones.

Por consiguiente, la distribución competencial en materia fundacional entre el Estado y las Comunidades Autónomas continúa siendo una cuestión controvertida.

La Disposición Final Primera LF/2002 atribuye, entre otros, tanto al artículo 2 LF/2002, que prevé el concepto de fundación, como al artículo 4 LF/2002, dedicado a la personalidad jurídica, el carácter de norma básica al amparo del artículo 149.1.1 CE. Por tanto, se trata de artículos vinculantes para las Comunidades Autónomas y, por consiguiente, aplicables a todo tipo de fundaciones, a diferencia de lo que ha acontecido con el artículo 35.1.a) LF/2002, que, como se ha visto, no fue incluido en ninguno de los apartados de la Disposición Final Primera LF/2002, por lo que, única y exclusivamente, será aplicable a las fundaciones de competencia estatal.

En este sentido, la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego, que ha derogado la anterior Ley autonómica 7/1983, de 22 de junio, prevé el concepto de fundación en el apartado 1 del artículo 2 de dicha Ley 12/2006, de 1 de diciembre, estableciendo, al igual que el correlativo de la LF/2002, que la fundación tenga afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. Sin embargo exige que estos fines de interés general sean para Galicia, a diferencia, por consiguiente, de lo contenido en el apartado 1 del artículo 2 LF/2002, que exige, única y exclusivamente, que dichos fines sean de interés general, lo que representa un caso excepcional porque el resto de la normativa autonómica aprobada hasta el momento sigue el contenido del artículo 2 LF/2002.

Ahora bien, como se ha visto a lo largo del presente trabajo, en virtud de lo previsto en la Disposición Final Primera LF/2002, su artículo 2 (LF) está integrado dentro del grupo de artículos que constituyen las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación reconocido en el artículo 34 CE, en relación con el artículo 53 CE, y es de aplicación general a todas las fundaciones, sean estatales o autonómicas, al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1 CE²⁶².

²⁶² Condiciones vinculadas a la garantía institucional que al derecho de fundación otorga el apartado 1 del artículo 34 de la CE.

En relación con ello, véase, en particular, lo tratado en el apartado 4 del Capítulo VI del presente trabajo, dedicado al reconocimiento constitucional del derecho de fundación, al que nos remitimos.

A tenor de ello, podría entenderse que el apartado 1 del artículo 2 Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego ha vulnerado las condiciones básicas del ejercicio del derecho constitucional de fundación, en concreto las previstas en el apartado 1 del artículo 2 LF/2002, dictadas en desarrollo de la competencia exclusiva estatal del artículo 149.1.1 CE, por lo que podría decirse que la interpretación que la Comunidad Autónoma de Galicia ha hecho de su título competencial referido a fundaciones de interés gallego en el apartado 1 del artículo 2 de la citada Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego, no se ajusta a la CE.

-X-

Con anterioridad a la LF/2002, las Fundaciones del Sector Público Estatal eran ya una realidad, sin embargo, ha sido la LF/2002 la primera norma sustantiva de fundaciones que propiamente las ha regulado. Como se ha desarrollado, a pesar de la participación mayoritaria de la Administración en la constitución o en el patrimonio de las mismas, aquellas son personas jurídico-privadas.

En este sentido, el carácter ~~pub~~ público sólo es predicable de la identidad del fundador y del origen de los fondos que sufragaron la dotación inicial o, de aquellos que nutren el patrimonio fundacional. Dicha calificación, sin embargo, no transforma en pública la naturaleza jurídico privado de las ~~fo~~ fundaciones del Sector Público, igual que acontece en el caso de las sociedades estatales, que no pierden con tal calificación su naturaleza jurídico privada ni su carácter mercantil. Caso aparte representan, como se vio, las fundaciones públicas sanitarias.

BIBLIOGRAFIA.

AARNIO, A., *Persona jurídica, ¿Una ficción?*, *Doxa*: Número 3, 1986, pp. 86-87. (Traducción de ÚBEDA, J.P. y RUIZ MANERO, J.)

AGUIAR DE LUQUE, L., *Los límites de los Derechos Fundamentales*, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 14, 1993.

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, 16ª edición, Madrid: Edisofer, 2003.

ATIENZA NAVARRO, M^a.L., *Comentario al artículo 4; 36; 37*, OLAVARRÍA IGLESIA, J. (Coordinador). *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

BADENES GASSET, R., *Las Fundaciones de Derecho Privado, Tomo I*, Barcelona: Bosch, 1986.

BAÑO LEÓN, J.M., *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 24, 1988.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 341/2005, de 21 de diciembre*, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*: Octubre/diciembre 2006, número 72.

-- *La Conservación, modificación y desarrollo de los Derechos Civiles, Forales o Especiales allí donde existan*, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, I: 1993.

BERMEJO LATRE, J.L., *Las fundaciones Privadas de Iniciativa Pública y la huida del Derecho Administrativo*, [El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo](#) / Coord. por [Francisco Sosa Wagner](#): Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.

BLANCH NOUGUÉS, J.M., *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho Romano*, Madrid: Dykinson, 2007.

BOBBIO, N., *La gran dicotomía: Público/Privado+, Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*, México: Fondo de Cultura Económica, 1992. (Traducción de FERNÁNDEZ SANTILLAN).

BOLDÓ RODA, C., *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español+*, 3ª edición, Pamplona: Aranzadi, 2000.

BOQUERA MATARREDONA, J., *Comentario al artículo 13+ en OLAVARRÍA IGLESIA, J. (Coordinador). Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

CABRA DE LUNA, M.A., *El Derecho de fundación en la Constitución+*, CIRIEC, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, número 47, noviembre, 2003.

CAFFARENA LAPORTA, J., *Comentario al artículo 11+*. En: *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Madrid: Escuela Libre Editorial y Marcial Pons, 1995.

-- *Comentario al artículo 35+*. En: *Comentarios al Código Civil*. España: Ministerio de Justicia, 1993.

-- *Competencia de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones+*, Moreno Quesada, B., (Coordinador), *Competencias en materia Civil de las Comunidades Autónomas*, Madrid: Tecnos, 1989.

-- *El negocio fundacional y la constitución de las fundaciones+*, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*: Tomo XXXIV, p. 83-103.

-- *El Régimen Jurídico de las Fundaciones*, España: Ministerio de Asuntos Sociales, 1991.

-- *La Constitución de la Fundación+; la extinción de la fundación+ y la fundación en proceso de formación+*. En: MUÑOZ MACHADO, S; CRUZ AMORÓS, M.; DE LORENZO GARCÍA, R. (directores). *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*. Madrid: Iustel y Fundación ONCE, 2005.

CAPILLA RONCERO, F.: *Las fundaciones+*. En: Blascó Gascó, F. (coordinador). *Derecho Civil. Parte General*, 4ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

-- *La Persona Jurídica. Funciones y Disfunciones*, Madrid: Tecnos, 1984.

CARRANCHO HERRERO, M^a.T., *La Constitución de Fundaciones*, Barcelona: Bosch, 1997.

CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español. Común y Foral. Tomo I, Volumen II*, 11ª edición, Madrid: Reus, 1971.

CUÑAT EDO, V., *Comentario al artículo 35+*, OLAVARRÍA IGLESIA, J. (Coordinador). *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

DE ANGEL YAGÜEZ, R., *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia+*, 5ª edición, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2006.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Formación y deformación del concepto de persona jurídica+y la persona jurídica+*, *La persona jurídica*, Madrid: Civitas, 1981.

-- *El Negocio Jurídico*, Madrid: Civitas, 1985.

-- *Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares+*, *Anuario de Derecho Civil*, 1953

DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., *Aspectos notariales de la Ley de Fundaciones*, *Revista Jurídica del Notariado*: julio-septiembre 1994, nº. 11, p. 203-282.

DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V., *Consideraciones sobre las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas*, *Revista de Derecho Privado*: número 88, 2004.

-- *El Negocio Fundacional y la Adquisición de Personalidad Jurídica por las Fundaciones*, Madrid: Dykinson, 2004.

DEL CAMPO ARBULO, J.A., *Ley de Fundaciones: Comentarios a la Ley 30/1994, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*, Madrid: Fundación Mapfre-Centro de Fundaciones.

DELGADO ECHEVARRÍA, *Los Derechos civiles Forales en la Constitución*, *Revista Jurídica de Cataluña*: número 3, 1979.

DÍAZ, E., *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid: Edicusa, 1973.

DIAZ BRITO, F.J., *Normativa y Competencias de Canarias sobre Fundaciones Canarias*. Barcelona: Bosch, 1997.

DIEZ-PICAZO, L., *Rotestad legislativa en materia de fundaciones en España tras la promulgación de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía: Derecho Comparado*, *Las Fundaciones y los Estatutos de Autonomía*, Madrid: Centro de Fundaciones, 1980.

-- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I, 6ª edición, Madrid: Thomson-Civitas, 2008.

DIEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, 9ª edición. Madrid: Tecnos, 1997.

DURAN RIVACOBIA, R., *El Negocio Jurídico Fundacional*, Pamplona: Aranzadi, 1996.

EMPID IRUJO, A., «La denominación de la fundación». En: MUÑOZ MACHADO, S; CRUZ AMORÓS, M.; DE LORENZO GARCÍA, R. (directores). *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*. Madrid: Iustel y Fundación ONCE, 2005.

ENTRENA CUESTA, R., «Comentario al artículo 148». En: Garrido Falla et al. *Comentarios a la Constitución*. 2ª edición. Madrid: Civitas, 1985.

FERNÁNDEZ AGUADO, J., *Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia estatal*. Revista Derecho de los Negocios. Número 211. Abril 2008.

FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L., «Problemas regulatorios y autorreglamentación en el Derecho de Fundaciones: Acotaciones a un Modelo de Estatuto-Tipo», *Revista de Derecho de Sociedades*. Aranzadi, Año 2001-I, nº 16, p. 253-273.

FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid: Reus, 1929, (Traducción de la segunda edición italiana por Eduardo Ovejero)

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones». En: MUÑOZ MACHADO, S; CRUZ AMORÓS, M.; DE LORENZO GARCÍA, R. (directores). *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*. Madrid: Iustel y Fundación ONCE, 2005.

GARCÍA DE ENTERRIA, E., «Constitución, Fundaciones y Sociedad Civil», *Revista de Administración Pública*: Mayo-agosto 1990, nº 122.

GARCÍA VALDECASAS, G., *Parte General de Derecho Civil*, Madrid: Civitas, 1983.

GARRIDO FALLA, F., %Comentario al artículo 34 y 53+ En: Garrido Falla et al. *Comentarios a la Constitución*. 2ª edición. Madrid: Civitas, 1985.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R., %La Nueva Regulación de las Fundaciones Culturales Privadas+, *Revista de Administración Pública*: Enero-abril 1973, nº 70.

GONZÁLEZ CUETO, T., %Comentario a los artículos 4; 12; 13; 27; 33 ; 36; 44 y Disposición Final Primera+ En: González Cueto, T. *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2003.

HERRERO DE MIÑÓN, M., %La regulación de las Fundaciones en los Estatutos de Autonomía: Visión General+, *Las Fundaciones y los Estatutos de Autonomía*, Madrid: Centro de Fundaciones, 1980.

LA CASA GARCÍA, R., %El ejercicio de actividades económicas por fundaciones y asociaciones+, *Derecho de los Negocios*, 2003, número 153.

LACRUZ BERDEJO, J.L., %Las Fundaciones en la Constitución Española+, *Anuario de Derecho Civil*: Tomo XXXVI, julio-septiembre 1983.

-- *Manual de Derecho Civil*, 2ª edición. Barcelona: Bosch, 1984.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., %Comentario al artículo 13 del Código civil+, *Comentarios al Código civil, Tomo I, Volumen 2*, Madrid: Edersa, 2004

LÓPEZ JACOISTE, J.J., %La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones+, *Revista de Derecho Privado*. Julio-agosto 1965.

MADRUGA MÉNDEZ, J., %Consideraciones en torno a las fundaciones privadas de interés público+, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo II, 1968.

MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J., %Del artículo 149.1.8ª de la Constitución al Ordenamiento jurídico catalán: Su reciente desarrollo en sistemas+, *Revista de Derecho Privado y Constitución I*: 1993, p.

-- *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona: (estudio de un proceso)*, Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, 1983.

-- *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Barcelona: Bosch, 2003.

MARTÍN RETORTILLO, L., %Fundaciones: Sólo para fines de interés general+, *Materiales para una Constitución*, Madrid: Akal, 1984.

MARTINEZ NIETO, A., %El Nuevo Derecho de Fundaciones en el Estado de las Autonomías+, *Diario La Ley*: número 5897, Año XXIV, 20 de noviembre de 2003, refª D-259.

MAS BADÍA, Mª.D., %Comentario al artículo 11+, OLAVARRÍA IGLESIA, J. (Coordinador). *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

MORILLO GONZÁLEZ, F., *La Fundación: Concepto y Elementos esenciales*. Madrid: Tecnos, 2001.

-- *El Proceso de Creación de una Fundación*, 3ª edición, Pamplona: Aranzadi, 2006.

MUÑOZ MACHADO, S., *La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en Materia de Cultura*, España: Ministerio de Cultura, 1982.

NART, I., %La Fundación+, *Revista de Derecho Privado*, 1951.

OLAVARRÍA IGLESIA, J., %Artículo 8. Capacidad para fundar+. En: OLAVARRÍA IGLESIA, J. (Coordinador). *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

OLMOS VICENTE, I., *Las fundaciones: su nuevo regimen jurídico, fiscal y contable: jornadas sobre la nueva ley de fundaciones y de incentivos fiscales* (Coord). Madrid: Dykinson, 1995.

PALMA FERNÁNDEZ, J.L., *El Registro de Fundaciones: Inscripción y dinámica registral*+ En: Ruiz Ojeda, A. (coord.). *Manual de Fundaciones*. Madrid: Civitas, 1999.

PAREJO ALFONSO, A., *Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional*+ *Revista Española de Derecho Constitucional*. 1981, nº 3, p. 169-190.

PAU PEDRÓN, A., *El Registro de Fundaciones*+ *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*: Enero-febrero 1997.

-- *El Registro de Fundaciones*+ En: MUÑOZ MACHADO, S; CRUZ AMORÓS, M.; DE LORENZO GARCÍA, R. (directores). *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*. Madrid: Iustel y Fundación ONCE, 2005.

PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 3ª edición, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1996

-- *Las fuentes del Derecho*, Madrid: Editorial Tecnos, 1.984.

PIÑAR MAÑAS, J.L. *Comentario a los artículos 1; 3; 33 y 36*+ En: *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Madrid: Escuela Libre Editorial y Marcial Pons, 1995.

-- *Régimen Jurídico de las Fundaciones: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, España: Ministerio de Asuntos Sociales, 1992.

-- *Las fundaciones y la Constitución Española*+ En: *Estudios Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid: Civitas, 1991.

-- *Tercer Sector, Sector Público y Fundaciones*, *Revista Española del Tercer Sector*, nº 1, 2005.

PIÑAR MAÑAS, J.L.; REAL PÉREZ, A., *Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Madrid: Debate, 1990.

-- *Justicia constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid: Trotta, 2003.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo I. Volumen I. 2ª parte*, Barcelona: Bosch, 1979.

PUIG FERRIOL, L., *Patrimonio fundacional en la Ley de Fundaciones Catalanas*. *Anuario de Derecho Civil*: Tomo XXXVI, julio-septiembre 1983, p.1641-1656.

RAPOSO ARCEO, J.J., *La Constitución de Fundaciones en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre: Análisis del Capítulo II (Arts. 6-11)*. En: Ruiz Ojeda, A. (coord.).

-- *Manual de Fundaciones*. Madrid: Civitas, 1999.

REAL PÉREZ, A., *Las fundaciones en proceso de formación: Comentario al artículo 11 de la Ley 30/1994, de fundaciones*. En: Real Pérez, A. (coord.). *Constitución y Extinción de Fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

-- *La voluntad del fundador en Derecho de Fundaciones*. En: Ruiz Ojeda, A. (coord.). *Manual de Fundaciones*. Madrid: Civitas, 1999.

REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, A., *La nueva Ley de Fundaciones*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 1994.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., %Responsabilidad de los patronos de una fundación frente a terceros+, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*: Marzo-abril 2001..

ROCA ROCA, E., *Fundación, mecenazgo y derecho. Contestación al Discurso de ingreso de Luis Rojas Montes en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*: Granada, 1996.

ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, P., *Fundación y empresa. La admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de fundaciones*, Madrid: La Ley, 2003.

ROJAS MONTES, L., *La fundación: Instrumento Privado de Intereses Generales. Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*: Granada, 1996.

RUBIO TORRANO, E., %Fundaciones y Competencia autonómica+, *Aranzadi Civil*: marzo 2006, nº 20.

SERRA RODRÍGUEZ, A., Las fundaciones y la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, [en línea]. Universitat de Girona *Les persones jurídiques en el Dret civil de Catalunya: associacions i fundacions. Novenas Jornadas de Derecho Catalán en Tossa*, 1996, [fecha de consulta: 2 de abril de 2009]. Disponible en: <http://civil.udg.edu/tossa.html>.

SERRANO CHAMORRO, M^a.E., *Las Fundaciones: Dotación y Patrimonio*, 2^a edición, Madrid: Civitas, 2003.

TOMAS Y VALIENTE, F., %Estudio previo+, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid: Marcial Pons, 1995.

VALERO AGUNDEZ, U., *La Fundación como forma de empresa*, Valladolid: Universidad de Valladolid, 1969.

VAQUER ALOY, A., Fundacions de competència estatal, fundacions de competència autonòmica i desenvolupament dels drets civils autonòmics, [en línea]. Universitat de Girona *Les persones jurídiques en el Dret civil de Catalunya: associacions i fundacions. Novenas Jornadas de Derecho Catalán en Tossa, 1996*, [fecha de consulta: 2 de abril de 2009]. Disponible en: <http://civil.udg.edu/tossa.html>

-- Los conceptos de conservación, modificación y desarrollo del artículo 149.1.8ª de la Constitución; su interpretación por el legislador catalán, *Revista de Derecho Privado y Constitución*: número 2, Enero-Abril 1994.

VAQUER CABALLERÍA, M. *Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública: La Reforma de los Servicios Públicos Sanitarios*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

VATTIER FUENZALIDA, C., Observaciones sobre la constitución, la modificación y la extinción de las fundaciones, *La Ley*, 4 de mayo de 1998.

VERDERA SERVER, R. y SALELLES CLIMENT, J.R., *El Patronato de la fundación*: Pamplona: Aranzadi, 1997.

-- Comentario al artículo 1; 2, OLAVARRÍA IGLESIA, J. (Coordinador). *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 20ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

VILASECA Y MARCET, J.M., *Fundaciones Culturales Privadas*, *Revista Jurídica de Cataluña*: Abril-junio 1973.