

ASPECTOS DE LA NUEVA REGULACION DE LAS FUNDACIONES CULTURALES PRIVADAS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONCEPTO DE FUNDACIÓN CULTURAL PRIVADA: 1. *La fundación cultural como fundación benéfico-docente.* 2. *Requisitos esenciales: problemática.* 3. *El artículo 35 del Código Civil y los límites de la potestad reglamentaria de la Administración.* 4. *Interés público de la fundación.* 5. *Reconocimiento por Ley.* 6. *Los beneficios fiscales y jurídicos y la potestad reglamentaria de la Administración.*—III. LA CONSTITUCIÓN DE LAS FUNDACIONES CULTURALES PRIVADAS: 1. *El ámbito de la potestad reglamentaria.* 2. *Sistema de inscripción constitutiva.* 3. *Fundamento del nuevo sistema.*—IV. PROTECTORADO SOBRE LAS FUNDACIONES CULTURALES PRIVADAS: 1. *Principio de autonomía de la voluntad y principio de intervención: un nuevo equilibrio.* 2. *Ámbito del Protectorado.*—V. PROTECTORADO Y GESTIÓN ECONÓMICA DE LOS BIENES: 1. *Capacidad patrimonial de las fundaciones culturales privadas.* 2. *Adquisición de bienes.* 3. *Enajenación de bienes.* 4. *Ejercicio de actividades comerciales e industriales.* 5. *Cualidad de socio mayoritario.*—VI. ACTUACIONES ANTE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA.—VII. MODIFICACIÓN, FUSIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS FUNDACIONES: 1. *Modificación.* 2. *Fusión.* 3. *Extinción.*

I

INTRODUCCIÓN

La necesidad de actualizar la regulación de las fundaciones benéfico-docentes—y, más ampliamente, de las fundaciones benéficas—ha sido puesta de relieve por nuestra doctrina y legislación. Así, la doctrina ha señalado, entre otros aspectos, la urgencia de derogar la legislación desamortizadora, pues la progresiva pérdida del poder adquisitivo de la moneda conducía a una inevitable extinción de todas las fundaciones que, por prescripción legal, tienen su capital convertido en inscripciones intransferibles de títulos de la Deuda pública; y como contrapartida a esta derogación, con el consiguiente aumento de la capacidad jurídica para poseer toda clase de bienes, se ponía también de manifiesto la necesidad de una mayor intervención estatal, con objeto de evitar que el patrimonio de las fundaciones pudiera ser utilizado para fines distintos de los que guiaron al fundador (1).

(1) Según ha puesto de relieve GARRIDO FALLA, «La beneficencia general y particular. Situación y perspectivas», en *Problemas fundamentales de beneficencia y asistencia social*, Madrid, 1967, p. 30. La necesidad de actualizar la legislación ha sido también señalada por BADENES GASSET: *Legislación de beneficencia particular*, Barcelona, 1948, p. 17. Como es sabido, la *Ley desamortizadora de 1 de mayo de 1855* declaró en estado de venta todos los predios rústicos y urbanos, censos y foros pertenecientes a la beneficencia e instrucción pública, exceptuándose tan sólo los edificios que ocupaban los establecimientos de beneficencia e instrucción; el

Por su parte, la Ley del II Plan de Desarrollo, texto refundido de 9 de mayo de 1969, reflejaba en su artículo 12 la necesidad de actualizar la legislación relativa a las fundaciones de carácter docente (2); y la Ley General de Educación, consciente el legislador del problema planteado, ha venido a derogar la legislación desamortizadora con relación a estas entidades (3), estableciendo, como contrapartida, una serie de criterios y directrices para reestructurar el ejercicio del protectorado sobre las mismas. En este sentido, el artículo 137 de la Ley General de Educación dice en sus apartados 1, 3 y 4:

«Compete también al Ministerio de Educación y Ciencia la supervisión sobre las *Fundaciones y Asociaciones de carácter docente y cultural* y el control del cumplimiento de las cargas docentes y culturales en las transmisiones de bienes gravados con ellas. Se autoriza al Gobierno para reestructurar el ejercicio de la tutela sobre estas Entidades, ajustándose a los criterios y directrices siguientes:

1. El Ministerio de Educación y Ciencia intervendrá en el *reconocimiento y clasificación* de estas instituciones, aunque cumplan, además de fines docentes, otros fines asistenciales no docentes.

3. Las fundaciones regularmente constituidas *podrán poseer toda clase de bienes, pero habrán de ajustar su gestión económica a las normas que reglamentariamente se establezcan*, y corresponderá a los Patronatos, administradores o titulares de las mismas la prueba del cumplimiento de los fines a que se destinan.

artículo 20 de esta Ley establecía que el producto íntegro de la venta de estos bienes se destinaría a la compra de títulos de la Deuda consolidada al 3 por 100 para convertirlos en inscripciones intransferibles a favor de los referidos establecimientos, y el artículo 25 de la propia Ley establecía que en lo sucesivo no podrían poseer predios rústicos ni urbanos, censos ni foros las «manos muertas» a que se refiere su artículo 1.º, entre las cuales se encontraban la beneficencia e instrucción pública; ordenando la venta o reducción —artículo 26— de los bienes donados o legados o que se donen y leguen en lo sucesivo a manos muertas. Sobre el desarrollo de la legislación desamortizadora cfr. TOMÁS Y VALIENTE, F.: *El marco político de la desamortización*, Barcelona, 1971.

(2) El artículo 12 citado en el texto decía «Para la mayor extensión de la enseñanza, de la formación profesional y de la investigación científica y técnica, el Estado fomentará la creación de fundaciones de este carácter y se actualizará la legislación relativa a las mismas».

(3) En este sentido, el artículo 137 de la Ley General de Educación establece en su apartado tercero que las fundaciones regularmente constituidas podrán poseer toda clase de bienes. Como indica la Exposición de Motivos del Decreto de 21 de julio de 1972, esta regulación «ha significado un cambio radical frente a la vieja normativa inspirada en el espíritu de la desamortización y de la lucha contra las manos muertas, abriendo a las fundaciones muchas posibilidades».

4. *El Ministerio tiene a su cargo el control de los actos extraordinarios de gobierno y administración de las fundaciones y establecerá reglamentariamente la debida publicidad de los fines, los recursos y la gestión ordinaria de cada fundación, salvo que por Ley se atribuyan a otro Ministerio.»*

El reciente Reglamento de 21 de julio de 1972, que viene a desarrollar las directrices de la Ley General de Educación, recoge además las normas reglamentarias anteriores, ofreciendo así una regulación completa y actualizada de las fundaciones culturales privadas; aun cuando la nueva disposición regula también otras manifestaciones de carácter cultural de la actividad asistencial de los particulares (4), el estudio de las mismas excede del ámbito del presente trabajo, que se refiere específicamente a las fundaciones culturales privadas, objeto fundamental del nuevo Reglamento.

El estudio de la nueva regulación sugiere una serie de cuestiones de interés, pues incide en temas tan sustanciales del Ordenamiento como la personalidad jurídica, la regulación administrativa de la gestión económica de sus bienes por entidades privadas o la determinación del ámbito del protectorado sobre las mismas. Sin ánimo, pues, exhaustivo, voy a referirme a algunos de los aspectos que a mi entender presentan mayor interés, como son el concepto de estas fundaciones, su constitución, el ámbito del Protectorado sobre las mismas y su modificación y extinción.

II

EL CONCEPTO DE FUNDACIÓN CULTURAL PRIVADA

1. El artículo 137 de la Ley General de Educación se refiere a las fundaciones de carácter docente y cultural sin precisar el concepto de las mismas, lo que planteaba el problema de determinar si tales fundaciones eran las benéfico-docentes o constituían un tipo nuevo. El tema era importante, porque las fundaciones benéfico-docentes se caracterizan no sólo por su objeto docente o cultural, sino también

(4) Entre las cuales se incluyen las fundaciones extranjeras que realizan actividades culturales en España; fundaciones sometidas al protectorado de otros Departamentos ministeriales que realicen actividades asistenciales de carácter cultural; asociaciones culturales privadas, cargas culturales de carácter permanente y liberalidades con fines no permanentes. Por cierto que se observa cómo el nuevo Reglamento ha evitado utilizar la expresión «beneficencia», no obstante caracterizar a la fundación cultural privada como una fundación de beneficencia, según se verá más adelante. Sobre los conceptos y alcance de la beneficencia y asistencia social, vid. MARTÍN MATEO, «Sobre el concepto de asistencia social», en *Problemas fundamentales de la beneficencia y asistencia social*, Madrid, 1967, pp. 53 y ss., esp. 63.

por su finalidad benéfica, en atención a la cual gozan de un conjunto de beneficios fiscales y jurídicos. Si se tiene además en cuenta el carácter de *numerus clausus* que los tipos de fundaciones tienen en nuestro Derecho—de acuerdo con el artículo 35 del Código Civil—puede ya observarse la trascendencia que tenía el determinar si la Ley General de Educación ha venido a introducir un nuevo tipo de fundación—caracterizada tan sólo por su objeto docente o cultural—y, en caso afirmativo, si serían aplicables a la misma los beneficios fiscales y jurídicos previstos en el Ordenamiento para las fundaciones benéfico-docentes.

El examen del artículo 137 de la Ley General de Educación conduce a la afirmación de que el legislador no ha pretendido introducir un nuevo tipo de fundación. Así lo acredita el hecho de que el precepto citado autorice al Gobierno para «reestructurar el ejercicio de la tutela sobre estas entidades», lo que evidencia que está refiriéndose a entidades ya existentes y sometidas al Protectorado del Estado. Y éstas no son otras que las fundaciones benéfico-docentes, reguladas sustancialmente, con base en la Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849 y en el Código Civil, por el Real Decreto de 27 de septiembre de 1912, sobre «Ejercicio del Protectorado por el Ministerio de Instrucción Pública» y por el Real Decreto de 24 de julio de 1913, relativo a «Instrucciones para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la beneficencia docente particular».

2. Si se parte de que la Ley General de Educación no viene a introducir un nuevo tipo de fundación parece, como justificaré más adelante, que esta posibilidad excedía de los límites de la potestad reglamentaria de la Administración. De aquí que el nuevo Reglamento, después de definir en su artículo 1,1, qué debe entenderse por fundación cultural privada, en base fundamentalmente a su objeto cultural y a la ausencia de fin de lucro, haya dedicado su apartado 2.º a precisar una serie de requisitos que deben concurrir en estas fundaciones; requisitos que vienen a caracterizarlas como fundaciones de beneficencia, consideración que expresamente se les atribuye en el apartado tercero del propio precepto. En efecto, los apartados citados dicen:

«2. Serán requisitos esenciales para la creación de estas entidades:

a) Que los *destinatarios* de sus beneficios sean esencialmente *colectividades indeterminadas de personas*.

b) Que sus *prestaciones sean gratuitas*, salvo que *excepcionalmente* se autorice por el Protectorado el percibo de algunas cantidades de los beneficiarios, la cual sólo será exigible dentro de los límites previstos en el artículo 24 (máximo el coste real del servicio sin margen comercial de ninguna clase).

c) Que los gastos de administración no excedan de los máximos previstos en el número 2 del artículo 39 (10 ó 20 por 100 de los ingresos ordinarios anuales).

d) Que los beneficiarios de sus prestaciones carezcan de medios económicos suficientes para obtener beneficios o resultados análogos a título oneroso, salvo que se trate de prestaciones de indole no exclusivamente económica, en cuyo caso habrán de distribuirse en atención a los méritos de los a ellas aspirantes.

3. Las fundaciones culturales privadas reguladas en este Reglamento se considerarán, a todos los efectos, instituciones benéfico-docentes.»

La exigencia de todos estos requisitos revela una toma de posición en torno a una serie de problemas que se habían ido planteando en nuestro Derecho a partir del siglo XIX—con las Leyes desvinculadoras y desamortizadoras—, problemas cuya solución se reflejaría en la Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849, y en el Código Civil, especialmente en su artículo 35, que vendría a establecer un criterio restrictivo en materia de fundaciones. La posibilidad de existencia o no de fundaciones de patronato familiar pasivo, los límites de la potestad reglamentaria de la Administración en orden a la creación de nuevos tipos de fundaciones, a la determinación del concepto de beneficencia y a la extensión de los beneficios fiscales reconocidos a las instituciones de beneficencia; he aquí un conjunto de cuestiones que sugiere la lectura de los requisitos exigidos por el nuevo Reglamento, a las que he de referirme brevemente en cuanto su estudio puede contribuir a la mejor comprensión del precepto transcrito.

3. Para estudiar estas cuestiones es necesario partir del artículo 35 del Código Civil, fundamental en la materia, que dice así en su apartado primero:

Son personas jurídicas: 1. Las Corporaciones y Fundaciones de interés público, reconocidas por la Ley.

Este precepto revela que en nuestro Derecho para que puedan existir fundaciones con personalidad jurídica es necesario que sean de interés público y que estén reconocidas por la Ley. Ahora bien, es necesario referirse brevemente a los antecedentes del mismo para valorar el alcance de estos dos requisitos, para concretar a qué responde la dicción «interés público» y para determinar si el término Ley se emplea en el sentido de Ley formal, pues, como es sabido, se utiliza con diversas acepciones por el Código Civil (5). La respuesta

(5) Como dice DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, parte general, I, Madrid, 1949, pp. 348 y ss., el término Ley se utiliza unas veces en sentido amplio de norma de Derecho positivo, otras en sentido estricto de norma estatal, y, finalmente, se emplea también en sentido técnico de norma estatal primordial.

a esta última cuestión es importante, porque si el término Ley se emplea en el sentido de Ley formal es claro que la Administración no podrá reconocer nuevos tipos de fundaciones por normas de rango inferior (6).

Pues bien, el citado artículo 35 responde a una serie de problemas que se plantearon a partir de las Leyes desvinculadoras, subsistentes después del Código Civil, que refleja el criterio desvinculador en alguno de sus preceptos, como los artículos 781 y 785, al prohibir las sustituciones fideicomisionarias que pasen del segundo grado y al establecer que no surtirán efecto las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar.

En concreto, la Ley desvinculadora de 27 de septiembre de 1820 (art. 1.º) suprimió toda clase de vinculaciones restituyendo los bienes vinculados.

«a la clase de absolutamente libres»

Como ha expuesto el profesor DE CASTRO en un importante trabajo (7), la aplicación de la legislación desvinculadora dio lugar a que los herederos de los fundadores, o los patronos de las fundaciones particulares, entendieran que los bienes adscritos al fin fundacional habían quedado desvinculados y debían atribuirseles como absolutamente libres. Esta pretensión de los patronos y herederos va a encontrar la oposición de la Administración, que pretende que tales bienes han quedado exceptuados de la desvinculación y deben continuar adscritos a su fin. La incidencia de la legislación desamortizadora, cuya aplicación plantearía ya al Estado la necesidad de subvenir a las necesidades de la beneficencia, dio lugar a que la polémica con los particulares se hiciera más viva, en cuanto la Administración pretendía no sólo que las fundaciones particulares siguieran subsistiendo, sino, además, que fuesen bien administradas para que cumpliesen efectivamente sus fines (8).

(6) Puesto que, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico, la Administración no puede dictar disposiciones contrarias a las leyes. Y si existe un precepto de una Ley que impone que las fundaciones estén reconocidas por una Ley formal es obvio que no podrán reconocerse nuevos tipos de fundaciones por disposiciones de rango inferior.

(7) *Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares*, en «Anuario de Derecho Civil», julio-septiembre de 1953, esp. pp. 640 y ss.

(8) La aplicación de la legislación desamortizadora de 29 de julio de 1837 (desamortización eclesiástica) y más adelante de la Ley de 1 de mayo de 1855 (desamortización general, eclesiástica y civil) va a enfrentar ya de forma muy directa a los particulares y la Administración. Pues, como pone de relieve DE CASTRO, *op. cit.* p. 642, los Delegados de Hacienda imponen la venta de los inmuebles de las fundaciones y la inversión del precio en bonos o títulos de la deuda; y para oponerse a ello, los particulares acuden a los Tribunales solicitando declaren que se trata de bienes familiares vinculados, a distribuir, por tanto, entre los parientes más cercanos, y que, además, como bienes de particulares están exentos de la desamortización.

Pues bien, la solución de esta tensión se intentaría llevar a cabo por la Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849, que, por un lado, declaró la subsistencia de las fundaciones particulares de beneficencia (art. 1.º) y, por otro, las sometió al Protectorado del Estado (9), al que otorgó determinadas potestades en materia de remoción de patronos, inspección, formación de presupuestos y rendición de cuentas y modificación y extinción de estas entidades. Por otra parte, la Ley de Beneficencia determinó ya, de forma clara, que en caso de extinción de las fundaciones o establecimientos particulares los bienes no irían a parar a los patronos de la fundación, sino a otros establecimientos de beneficencia (art. 16).

La promulgación de la Ley de Beneficencia no terminó, sin embargo, con la polémica entre la Administración y los particulares, llegándose al fin, como ha puesto de relieve DE CASTRO, a la distinción entre fundaciones de patronato familiar pasivo, que eran de interés particular y se entendían afectados por la legislación desvinculadora, y las que no tuvieran este carácter, que eran de interés público y se entendían exceptuadas de dicha legislación (10).

La consideración de estos antecedentes nos explica ya el sentido del artículo 35 del Código Civil. En primer lugar, sólo admite las fundaciones de interés público, únicas admitidas por el Ordenamiento después de las Leyes desvinculadoras; y, en segundo lugar, exige que estén reconocidas por «Ley», mención que sólo puede interpretarse en el sentido de Ley formal, porque se trata de establecer una excepción a una Ley formal, como es la que ordenó la desvinculación.

4. Si este es el sentido del artículo 35,1 del Código Civil, se comprende ya el doble límite que—en virtud del principio de jerarquía de las normas—debía observar la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria. La fundación cultural privada debía quedar caracterizada en forma tal que no cupiera duda de que era de interés público y correspondía a un tipo de fundación reconocida por una Ley formal. Este doble condicionamiento explica, a mi entender,

(9) La Ley de 6 de febrero de 1822, que vino a organizar la beneficencia pública, había reconocido ya la subsistencia de los establecimientos particulares de beneficencia (arts. 127 y ss.), que quedaban sometidos «en todo el orden de policía que prescribe esta Ley», y a los que se obligaba a «presentar sus cuentas a la Junta Municipal de Beneficencia únicamente para examinar si se cumple lo dispuesto por los fundadores y se lleva a debido efecto su voluntad». Y la *Real Orden de 26 de marzo de 1834* los sometió a la inspección, vigilancia y protección de los subdelegados de Fomento. Conviene hacer notar que el Protectorado surge ya desde el primer momento como una técnica para asegurar el cumplimiento por los patronos de la voluntad del fundador.

(10) DE CASTRO, *op. cit.*, p. 643. La distinción aparece ya en la *circular de 5 de junio de 1861*, dictada para fijar la posición de la Administración en los litigios existentes sobre la pertenencia o adjudicación de bienes de las fundaciones de beneficencia; en esta circular se dan instrucciones acerca de las que «no tengan carácter familiar pasivo» respecto de las que deberán interponerse en tiempo y forma los recursos procedentes.

el conjunto de requisitos cuya concurrencia se exige por el artículo 1,2 del nuevo Reglamento.

Así, la caracterización de estas fundaciones como de interés público —primer condicionamiento, al que voy a referirme en este apartado— ha llevado a exigir.

«que los destinatarios de sus beneficios sean una colectividad indeterminada de personas»,

pues con ello se pretende evitar el reconocimiento de las fundaciones de patronato familiar pasivo, propugnado por una parte de la doctrina (11), reconocimiento al que se ha opuesto la tesis ya expuesta del profesor DE CASTRO, tesis que en definitiva viene a aceptar el nuevo Reglamento, al entender que no son de interés público las fundaciones en que no concurre el requisito de la indeterminación de las destinatarias de sus beneficios.

Ahora, bien, este requisito —aun cumpliéndose formalmente— podría quedar eludido indirectamente de no establecerse un límite máximo para los gastos de administración. Pues de lo contrario la fundación podría ser un medio para favorecer a determinadas personas —los administradores— a quienes se atribuiría el rendimiento de ciertos bienes que gozan, como se verá, de un trato fiscal específico y de una protección jurídica especial. De aquí que la fijación de límites máximos para los gastos de administración por el nuevo Reglamento puede explicarse partiendo del propio artículo 35 del Código Civil, ya que no parece, además, que pueda calificarse de interés público una fundación cuyos rendimientos se destinen prácticamente a los gastos derivados de su administración (12):

5. El segundo condicionamiento que derivaba del Código Civil para el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración, según hemos visto, era que la fundación cultural privada debía quedar caracterizada como uno de los tipos de fundación reconocidos por Ley formal. Pues bien, dado que la Ley General de Educación no viene a introducir un nuevo tipo de fundación, sino que se está refiriendo a las benéfico-docentes y, más aún, dado que en nuestro Derecho, en la práctica, las únicas fundaciones privadas de interés público reconoci-

(11) Así, CÁRDENAS, *Las fundaciones familiares de Derecho privado*, en «Revista de Derecho Privado», julio-agosto de 1952, pp. 579 y ss.

(12) La limitación de los gastos de administración de las fundaciones no es, por lo demás, una novedad del nuevo Reglamento. Se encuentra ya establecida con respecto a las fundaciones laborales, creadas por el *Decreto de 16 de marzo de 1961*, desarrollado por la *Orden ministerial de 25 de enero de 1962*, en cuyo artículo 24 se indica que «los gastos de administración normalmente no sobrepasarán el 2 por 100 de las aportaciones o ingresos anuales por todos conceptos». En las fundaciones culturales se ha establecido como tope normal el del 10 por 100 y excepcionalmente el del 20 por 100, sin que en ningún caso pueda sobrepasarse este límite (art. 39 del *Decreto de 21 julio de 1972*).

das por una Ley formal son las de beneficencia, la consecuencia es ya obvia: el nuevo Reglamento había de caracterizar a la fundación cultural privada como una fundación de beneficencia.

Pero como resulta que la Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849 no define qué debe entenderse por beneficencia, de aquí que el nuevo Reglamento haya venido a concretar el alcance de este concepto jurídico en base a dos requisitos: carácter gratuito de las prestaciones—o excepcionalmente oneroso, pero siempre a precio inferior al de mercado—y carácter de necesitado de sus destinatarios en el caso de prestaciones de índole exclusivamente económica.

Estos dos caracteres—gratuidad y necesidad—se deducen de los principios que inspiran la Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849, especialmente reflejados en su artículo 18, al decir que.

«los establecimientos de beneficencia, públicos o particulares, no admitirán a pobres mendigos válidos».

Se deducen de aquí dos elementos esenciales respecto a los destinatarios de la beneficencia. En primer lugar, ha de tratarse de necesitados, es decir, de personas que carecen de medios económicos para pagar el valor real, o de mercado, de la prestación que reciben; en segundo lugar, la causa de la necesidad no debe ser imputable a los mismos. Ahora bien, si la beneficencia se dedica a socorrer a los necesitados, ello implica un tercer elemento, que es la gratuidad de sus prestaciones, o, al menos, el otorgamiento de las mismas a precio inferior al real o de mercado (13).

En definitiva, como vemos, la indeterminación del concepto de beneficencia permite que la Administración, en el uso de su potestad reglamentaria, venga a concretar su alcance, aunque siempre dentro de los principios esenciales deducidos de la Ley. Así lo ha venido haciendo la Administración a lo largo del siglo XIX y en el propio siglo XX (14), aunque no siempre haya sido consciente de cuáles eran los

(13) Este doble requisito—necesidad y gratuidad, o, al menos, disminución de la contraprestación que sería exigible—ha venido siendo contemplado por la doctrina como delimitador del ámbito de la beneficencia. Así, GUASP, «La beneficencia como objeto formal de la actividad administrativa», en *Estudios en homenaje a JORDANA DE POZAS, III*, esp. pp. 308 y ss.

(14) Así, el *Real Decreto de 14 de marzo de 1899*—artículo 2.º—definiría las instituciones de beneficencia como «los establecimientos o asociaciones permanentes destinados a la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas». El concepto de beneficencia, así definido, se aplicará también a algunos tipos de fundaciones calificadas de benéficas, como las benéfico-docentes (*Real Decreto de 27 de septiembre de 1912* y *Real Decreto de 24 de julio de 1913*) y las benéfico-docentes de enseñanza agrícola, pecuaria y minera (*Real Decreto de 20 de junio de 1926*). El *Real Decreto de 27 de marzo de 1934*, antecedente de las actuales fundaciones laborales, ofrecerá ya una determinación más flexible del concepto, al pasar de la gratuidad a que «exista notoria desproporción entre las aportaciones que presten los beneficiarios y los beneficios que reciben».

límites de su potestad reglamentaria, que no comprende la posibilidad de crear tipos de fundaciones nuevos —no reconocidos previamente por Ley formal—, sino tan sólo la posibilidad de concretar un concepto jurídico indeterminado, como es el de beneficencia.

6. La caracterización de las fundaciones culturales privadas como instituciones de beneficencia, benéfico-docentes, tiene además otra finalidad, como es la de posibilitar que gocen de los beneficios fiscales y jurídicos reconocidos a tales instituciones. Así, el beneficio de pobreza —artículo 17 de la Ley de Beneficencia— y los beneficios fiscales, entre otros, previstos en la Contribución Urbana respecto a los bienes que no produzcan renta (art. 8,4 texto refundido de 12 de mayo de 1966) y en orden al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (art. 19,1 y 65,1, c), del texto refundido de 6 de abril de 1967).

En efecto, como es obvio, la Administración no puede, en vía reglamentaria, extender estos beneficios a instituciones o bienes que no sean de beneficencia; y ello, porque han sido previstos por las leyes exclusivamente para tales instituciones, por lo que su extensión a otras iría contra lo previsto en normas con valor de Ley, lo que daría lugar a la nulidad de la disposición reglamentaria de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración. Por lo demás, y en materia tributaria, es claro que esta ampliación no puede efectuarse por la Administración, porque ello iría contra lo dispuesto en el artículo 10, b), de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, que indica que se regularán en todo caso por Ley:

«El establecimiento, supresión y prórroga de las exenciones, reducciones y demás bonificaciones tributarias.»

De aquí que si se pretendía que las fundaciones culturales privadas disfrutasen de los beneficios fiscales reconocidos a las de beneficencia, la única solución aplicable —en vía reglamentaria— era la de caracterizarlas como verdaderas fundaciones de beneficencia.

III

LA CONSTITUCIÓN DE LAS FUNDACIONES CULTURALES PRIVADAS

El Reglamento de Fundaciones Culturales Privadas viene a establecer un nuevo sistema en la constitución de estas fundaciones inspirado en buena parte en la Ley de Sociedades Anónimas; sistema que supone una intervención más intensa de la Administración que la prevista por la legislación anterior, y que suscita el problema de determinar cuáles son las razones que han motivado esta modificación. Para valorar adecuadamente este cambio es necesario referirse

en primer lugar al sistema anterior, para, a continuación, confrontarlo con el vigente y determinar así el alcance y fundamento de la modificación.

1. La constitución de las fundaciones es un momento fundamental, pues determina el nacimiento de su personalidad jurídica. La regulación restrictiva del Código Civil en materia de fundaciones, al admitir tan sólo «las de interés público» «reconocidas por la Ley», se reflejó también al regular la constitución de estas personas jurídicas. Y así, el artículo 35 de dicho Cuerpo legal establece que

«su personalidad empieza desde el instante mismo en que con arreglo a Derecho hubiesen quedado válidamente constituidas.»

Como se observa, el precepto transcrito no establece cuáles son los requisitos para la constitución de las fundaciones. Únicamente determina que su personalidad comienza desde el momento en que se hayan constituido válidamente «con arreglo a Derecho». Pues bien, el término Derecho, más amplio que el de «Ley», parece equivalente al de «bloque de la legalidad», o, todavía más, al de Ordenamiento jurídico. De aquí que deba entenderse que la Administración puede establecer en vía reglamentaria los requisitos para la constitución de estas entidades, entre los que puede pensarse en un acto de reconocimiento o intervención para determinar si la fundación que se pretende establecer es de «interés público» y de las «reconocidas por la Ley».

La regulación legal que comentamos permitió que la Administración se planteara si debía intervenir de alguna manera en la constitución de las fundaciones benéfico-docentes, lo que dio lugar a que el Real Decreto de 27 de septiembre de 1912, por el que se atribuyeron determinadas competencias al Ministerio de Instrucción Pública en relación a estas fundaciones, regulase esta materia en su artículo 7.º, que decía:

«Al Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes corresponde, en orden a la institución de las fundaciones: a) *Conocer su constitución.* b) Investigar las fundaciones de que no se le hubiese dado conocimiento. c) *Prohibir aquellas que fuesen contrarias a la moral o a las leyes,* y d) Ordenar lo que estime conveniente en honra de los fundadores.»

Y, por su parte, el artículo 8.º, b), del mismo Real Decreto decía:

«Una vez constituidas corresponde a dicho Ministerio, b) Clasificar las fundaciones.»

Los preceptos transcritos permiten afirmar que, con relación a las fundaciones benéfico-docentes, la Administración podría intervenir en dos momentos: el de su institución —posibilidad de prohibirlas— y el de su clasificación, una vez constituidas (15).

La distinción entre estos dos momentos es importante a efectos de comprender el nuevo sistema, porque la Ley General de Educación, en su artículo 137,1, al autorizar al Gobierno para reestructurar el ejercicio de la tutela sobre las Fundaciones y Asociaciones de carácter docente y cultural establece que

«el Ministerio de Educación y Ciencia intervendrá en el reconocimiento y clasificación de estas instituciones.»

Es decir, que aparte de la potestad reglamentaria de la Administración en materia de constitución de fundaciones —derivada, como se ha visto, del artículo 35 del Código Civil—, la Ley General de Educación sienta un criterio de intervención que ha venido a reflejarse en el mismo Reglamento, cuya regulación se expone a continuación:

2. El sistema establecido en el nuevo Reglamento se inspira en buena parte, como antes decía, en el de la Ley de Sociedades Anónimas. En efecto, la personalidad surge mediante la inscripción de la Carta fundacional en el Registro de Fundaciones Culturales Privadas. Esta inscripción, 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 (art. 5,1).

Conviene hacer notar que el contenido de la Carta fundacional, en la que han de constar los Estatutos, se inspira en buena medida con las necesarias modulaciones derivadas de su diferente objeto y naturaleza, en la regulación de la Ley de Sociedades Anónimas en cuanto al contenido de la escritura fundacional (16). Asimismo se inspira en esta Ley el sistema de inscripción en un Registro —en nuestro caso administrativo—, como requisito constitutivo de la personalidad

(15) La clasificación de los establecimientos de beneficencia regulada por el *Real Decreto de 6 de julio de 1853* cumplía la función de calificarlos como públicos o particulares, y dentro de los primeros, en generales, provinciales o municipales. La calificación, como es obvio, tenía importancia a efectos de régimen jurídico. Posteriormente, y a medida que —como antes se ha indicado— se fue distinguiendo diversos tipos de establecimientos particulares (benéficos, benéfico-docentes, benéfico-docentes de enseñanza agrícola, pecuaria y minera), la clasificación determinaba la clase de establecimiento particular de que se trataba y el protectorado del Ministerio correspondiente (Gobernación, Instrucción Pública, Fomento, Trabajo, respectivamente, este último en cuanto a las reguladas por el *Real Decreto de 27 de marzo de 1934*).

(16) Señalemos que la Carta fundacional, que ha de otorgarse en escritura pública, debe contener los Estatutos. Y que entre los extremos que han de constar figuran las dos esenciales que la doctrina había puesto de manifiesto: la dotación inicial de la fundación y la organización de la misma, con indicación de los nombres y domicilios de las personas que inicialmente constituyen los órganos de gobierno de la entidad.

jurídica (art. 83); aunque debe ponerse de relieve que la inscripción es 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 en reposición ante el propio ministro (arts. 85,2 y 103,4).

3. Podemos ahora preguntarnos qué razones han llevado a establecer el nuevo sistema, que implica una intervención más intensa de la Administración, en cuanto que debe existir necesariamente un acto de reconocimiento inscrito en un Registro administrativo para que surja la personalidad jurídica de la fundación.

A mi entender, la existencia de una mayor intervención constituye una contrapartida de la derogación de las leyes desamortizadoras en cuanto afectan a las fundaciones culturales privadas. Esta derogación da lugar a que exista, en mayor medida que con la legislación anterior, la posibilidad de que se intenten crear fundaciones de interés particular con objeto de obtener los correspondientes beneficios fiscales y jurídicos, sin el temor a la progresiva devaluación del patrimonio que implicaba la obligación de vender los bienes inmuebles y transformarlos en títulos intransferibles de la Deuda pública (17); de aquí que intente contrapesarse este riesgo con una mayor intervención del Estado que garantice que sólo se constituirán aquellas fundaciones que sean de interés público. Y, por otra parte, la derogación de la legislación desamortizadora implica asimismo que las fundaciones podrán ser titulares de toda clase de bienes sin limitación, e intervenir en el tráfico jurídico de los mismos, lo que conduce—en garantía de la buena fe y la seguridad del tráfico— a la conveniencia de que exista una adecuada publicidad de la constitución de estas entidades. De aquí la necesidad de inscripción en un registro administrativo, registro que juega un importante papel no sólo en el momento de constitución, sino también, entre otros aspectos, en orden a la constancia de la designación de miembros de los órganos de gobierno (artículos 13 y siguientes), de las normas complementarias de los Estatu-

(17) Por lo demás, como puso de relieve CASTÁN, *Derecho común español civil y foral*, t. I, v. 1, II, Madrid, 1956, p. 351, la aplicación de la legislación desamortizadora fue restringiéndose en lo posible por la jurisprudencia en base a la distinción entre bienes amortizados o no y a la calificación o no de las instituciones de beneficencia particulares como manos muertas, según que carecieran o no de la facultad de enajenar, ya sea por limitaciones puestas en los títulos de adquisición de los bienes, ya por impedirlo las condiciones de constitución de la fundación de que se trate. Sobre la aplicación de la legislación desamortizadora después del Código Civil, vid. DE CASTRO, *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, p. 101. En todo caso, no puede ignorarse que la aplicabilidad de la misma aparece expresamente reconocida para las fundaciones benéfico-docentes por el artículo 11 del *Real Decreto de 27 de septiembre de 1912*, que dice así: «Las fundaciones pueden constituirse con toda clase de bienes y derechos y están capacitadas para adquirirlos y poseerlos, pero no podrán retener más inmuebles que los necesarios a los fines de su institución. Los demás deberán convertirlos en inscripciones intransferibles de la Deuda del Estado, a nombre de la fundación.»

tos para la gestión económica de los bienes (art. 19), de la autorización para el cobro de algunas cantidades a los beneficiarios (art. 24), y de la modificación, fusión y extinción de la fundación (arts. 50 y siguientes). Es decir, que este registro constituye un medio de publicidad a través del cual los terceros pueden tener conocimiento de aquellos extremos relacionados con la fundación que poseen relevancia para los mismos.

IV

EL PROTECTORADO SOBRE LAS FUNDACIONES CULTURALES PRIVADAS

1. La regulación de las fundaciones se ha movido siempre en un equilibrio difícil entre dos extremos: de un lado, la conveniencia de fomentar la creación de las mismas, lo que llevaba a la necesidad de respetar la voluntad del fundador, y, con ello, a reconocer ampliamente el principio de la autonomía de la voluntad; y de otro, la necesidad de garantizar el efectivo cumplimiento por los patronos de la voluntad del fundador, lo que llevaba a la creación del protectorado y a la intervención en la vida de las fundaciones (18). Estas dos tendencias—principio de autonomía de la voluntad y principio de intervención—podían entrar fácilmente en colisión en el supuesto de que el fundador excluyera—incluso condicionando resolutoriamente la vida de la fundación—toda intervención de la Administración. Y este supuesto—no meramente teórico, como veremos—llevó a reconocer las fundaciones denominadas «a fe y conciencia» a que se refiere el artículo 4.º del Decreto de 24 de julio de 1913 sobre «Instrucciones para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la beneficencia docente particular», que dice así:

«Cuando por disposición explícita del fundador quedase el cumplimiento de su voluntad a la fe y conciencia del patrono o administrador, sólo tendrán éstos la obligación de declarar solemnemente dicho cumplimiento, acreditando que es ajustado a la moral y a las leyes» (19).

(18) La finalidad con que se ejercía el Protectorado, de asegurar el efectivo cumplimiento de la voluntad del fundador, aparece reflejada en diversas disposiciones, como en la *Ley de 6 de febrero de 1822*—art. 131—, *Real Orden de 25 de mayo de 1846* y artículo 1.º de la *Instrucción de 14 de mayo de 1899*, para el ejercicio del protectorado en la beneficencia particular.

(19) En definitiva, esta regulación no hace sino reflejar la contenida ya en la *Real Orden de 25 de marzo de 1846*, que vino a establecer que «cuando por disposición explícita del fundador queda el cumplimiento de su voluntad a la fe y conciencia del patrono o administrador, cesa toda voluntad coercitiva de parte del Protectorado, porque la voluntad de un fundador debe ser respetada en tanto que no se opone a la moral, ni a la naturaleza, ni a las leyes».

La Jurisprudencia, en diversas sentencias, admitió la validez de cláusulas fundacionales que venían a excluir la intervención de la Administración. Así, entre otras, en sentencias de 11 de febrero de 1892 y 20 de mayo de 1910 (20).

Resulta así que en el supuesto de colisión entre el principio de autonomía de la voluntad y el principio de intervención prevalecía el primero de ellos, lo que se basaba en que la intervención del Protectorado cumplía la función de garantizar la realización de la voluntad del fundador, voluntad que quedaría incumplida en estos casos de producirse la intervención del Protectorado.

Pues bien, la Ley General de Educación al derogar la legislación desamortizadora establece la intervención del Protectorado (21) en una serie de aspectos relacionados esencialmente con la gestión económica de los bienes, especialmente en cuanto a los actos extraordinarios de gobierno y administración; la capacidad para poseer toda clase de bienes y para gestionarlos da lugar a que, como contrapartida, se intensifique la necesaria intervención del Protectorado, intervención que tiene además carácter imperativo, por lo que en lo sucesivo no podrá ser excluida en base al principio de autonomía de la voluntad.

Esta importante modificación en el equilibrio de los dos principios —el de autonomía y el de intervención— planteaba el problema de la subsistencia de las fundaciones anteriores a la nueva regulación en que el fundador hubiera condicionado su existencia a la no intervención de la Administración. De aquí que en las disposiciones transitorias del Reglamento, si bien se prevé su aplicación a las fundaciones anteriores, se exceptuona a las denominadas «a fe y conciencia», a las que (disp. transitoria 4.ª)

(20) Así, la *Sentencia de 11 de febrero de 1892*, del Consejo de Estado, contempla el supuesto planteado por la siguiente cláusula de una fundación que reconoce como legítima: «Si llegase el caso de quererse introducir en el patronato, administración y manejo de las rentas y caudales (de la fundación)... otros que los arriba mencionados (por el fundador)... se entiendan por no cedidos (los bienes con que dotó dicha fundación).» Y por su parte, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1910* reconoce la plena licitud de la siguiente cláusula: «Pero es mi voluntad que jamás el Gobierno, autoridad alguna ni otro que mis administradores y patronos... que nombraré, tenga intervención alguna... y si llegare el caso de que, a pesar de... mi disposición, así se intentare y pretendiese por el Gobierno, autoridad u otra fuerza mayor, es mi voluntad que mis administradores y patronos... adquieran y repartan (los bienes de la fundación) entre mis parientes y los de mi esposa, como harían, según la Ley dispone, a falta de un testamento que determine el heredero...»

(21) Aunque el artículo 137 de la *Ley General de Educación* utiliza el término «tutela», el Reglamento, que se refiere exclusivamente a fundaciones privadas, utiliza el término tradicional de «Protectorado», dicción que parece acertada, por cuanto la palabra tutela se utiliza técnicamente para las relaciones entre entes públicos y su existencia se interpreta normalmente como un índice de publicidad. Así, VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*, en esta REVISTA, núm. 3, p. 104.

«sólo les será de aplicación el presente Reglamento en cuanto no suponga la extinción de la fundación, por haberse condicionado su subsistencia, por disposición explícita del fundador, en forma tal que dicha aplicación supusiera el cumplimiento de una condición resolutoria».

2. Puede así afirmarse que el nuevo Reglamento, como contrapartida a la derogación de la legislación desamortizadora, contempla un nuevo equilibrio entre el principio de autonomía de la voluntad y el de intervención. La Administración ejercerá de forma necesaria el Protectorado sobre una serie de actos de las fundaciones; y tal intervención, cuya finalidad es el mejor cumplimiento de la voluntad del fundador y del interés público reflejado en la misma, no podrá ser excluida por el propio fundador en base al principio de autonomía de la voluntad.

Aun cuando la intervención del Protectorado se extiende desde el momento de constitución de la fundación hasta el de su extinción, su actuación reviste especial interés y gravedad, debido a la derogación de la legislación desamortizadora, en lo referente a la gestión económica de los bienes de la fundación. Sin perjuicio, pues, de tratar específicamente de este aspecto, debe ahora dejarse constancia de algunas intervenciones del Protectorado que afectan a otros extremos, intervenciones que, en general, estaban ya previstas por la legislación anterior.

— Así en cuanto a la *constitución* puede plantearse el supuesto de que las personas designadas por el fundador no otorguen la Carta fundacional y procedan a constituir la fundación, en cuyo caso se prevé que el Protectorado llevará a cabo estas actuaciones (art. 5.3). En definitiva, como vemos, se trata de una intervención del Protectorado para llevar a cabo la voluntad expresada por el fundador.

-- En orden *al gobierno de las fundaciones*, el nuevo Reglamento respeta la voluntad del fundador en cuanto a la organización de la propia fundación y designación de titulares de sus órganos de gobierno, dentro de unas normas mínimas de capacidad, procedimiento de actuación de los órganos colegiados y supuestos de cese de tales titulares. Sin embargo, el Protectorado puede intervenir en el supuesto de que existan graves irregularidades en la actuación de los titulares de los órganos de gobierno, adoptando, entre otras medidas, la de suspender a los afectados en el ejercicio de sus cargos; e incluso en los supuestos de que la irregularidad fuera muy grave, y afectase a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno y dirección de la fundación, puede nombrar un Comisario especial que sustituya a tal órgano en el ejercicio de sus funciones hasta tanto se regularice su composición (artículos 9 a 18). Se trata también aquí, como se observa, de asegurar el

cumplimiento del fin fundacional y con ello de la voluntad del fundador (22).

— En relación al *ejercicio de actividades encaminadas al cumplimiento del objeto fundacional* se prevé un control del Protectorado que varía según se trate de fundaciones de financiación, de promoción o de servicio (23). Pero, en todo caso, todas estas fundaciones han de cumplir unas normas mínimas en materia de contabilidad y han de rendir cuentas (24) al Protectorado, al que deben enviar la liquidación del presupuesto—ordinario y, en su caso, extraordinario—, el balance y una Memoria explicativa (arts. 35 a 46). De esta forma el Protectorado puede comprobar, en cada caso, la aplicación efectiva de los fondos a los fines fundacionales y, con ello, el efectivo cumplimiento de la voluntad del fundador.

— Por último, es necesario referirse a las facultades del Protectorado en relación a la inspección de las fundaciones. El sometimiento de las fundaciones a esta inspección se encontraba ya previsto en la Ley de Beneficencia, de 20 de junio de 1849, y el nuevo Reglamento refleja la subsistencia de esta facultad de inspección al regular los servicios administrativos del Protectorado y las competencias de los distintos órganos del Ministerio de Educación y Ciencia (arts. 104,8 y 107,3).

— En fin, en cuanto a la investigación de bienes de las fundaciones culturales, prevista también en la legislación anterior (25), se establece la obligación de los notarios, magistrados, jueces y, en general, funcionarios públicos, de dar cuenta al Ministerio de Educación de los actos relacionados con estos bienes de que tuvieran conocimiento por razón de su oficio. Y se estimula la colaboración social al regular la autorización a personas privadas para investigar la existencia de bienes destinados a fines culturales no aplicados a los mismos, regulando la compensación que se otorgará al particular cuando el resultado de su investigación fuera positivo (arts. 114 a 116).

(22) La posibilidad de suspender y destituir a los patronos de las fundaciones se encontraba ya prevista por el artículo 18 del *Real Decreto de 24 de julio de 1913* de «Instrucción para el ejercicio del protectorado del Gobierno en la beneficencia docente particular».

(23) Debe hacerse notar que el nuevo Reglamento clasifica—artículo 2.º— las fundaciones culturales privadas en diversos tipos: de financiación, cuando tienen por objeto conceder ayudas económicas para el desarrollo de actividades culturales y seleccionar los beneficiarios; de servicio, cuando tienen por objeto el sostenimiento de un establecimiento cultural; de promoción, cuando tienen un objeto sólo definido genéricamente en los Estatutos.

(24) La obligación de rendir cuentas se regulaba ya por la *Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849* (art. 11,7), y fue desarrollada por disposiciones posteriores.

(25) Artículos 59 y siguientes del *Real Decreto de 24 de julio de 1913*, sobre «Instrucciones para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la beneficencia docente particular».

V

PROTECTORADO Y GESTIÓN ECONÓMICA DE LOS BIENES

1. El Código civil, al regular la capacidad patrimonial de los establecimientos de instrucción y beneficencia —calificación que, como hemos visto, conviene a las fundaciones culturales privadas—, se remite a lo que dispongan las Leyes especiales (art. 38) (26).

En definitiva, resulta así que la determinación de la capacidad patrimonial de las fundaciones puede remitirse a las Leyes especiales. Leyes que son fundamentalmente la de Beneficencia, de 20 de junio de 1849, que estableció el Protectorado del Estado sobre estas fundaciones, y las Leyes desamortizadoras que limitaron su capacidad para la posesión de bienes inmuebles, que debían transformarse en inscripciones de la deuda pública, aunque la jurisprudencia, según vimos, fue progresivamente flexibilizando la aplicación de este requisito. En definitiva, y en base a la legislación especial de beneficencia, los principales actos de gestión económica de estas entidades estaban sometidos a autorización del Protectorado.

La Ley General de Educación (art. 137) viene a derogar la legislación desamortizadora al establecer que las fundaciones podrán poseer toda clase de bienes; pero, como contrapartida, deberán someterse en la gestión económica de tales bienes a las normas que reglamentariamente se establezcan, normas que, lógicamente, pueden prever intervenciones concretas del Protectorado, ya que, en definitiva, se trata de reestructurar el ejercicio de la «tutela» sobre estas entidades. Además de ello, el artículo 137 de la Ley General de Educación —antes transcrito— establece que el Ministerio de Educación y Ciencia tiene a su cargo el control de los actos extraordinarios de gobierno y administración; y la determinación de qué actos deben incluirse dentro de dicha denominación, suscitaba problemas de interés, pues de entenderse comprendido en tal categoría todos los actos de disposición de bienes ello podía conducir a una disminución de la necesaria agilidad en la administración del patrimonio fundacional, al hacer preceptiva la intervención del Protectorado.

(26) Como dice DE CASTRO, *Temas de Derecho Civil*, cit., p. 100, la fundación recibe su Ley de la voluntad del fundador («voluntad cristalizada»), lo que la Ley subraya diciendo que la capacidad civil de las fundaciones se regulará «por las leyes de su institución», art. 37, Código Civil. Pero, aparte de ello, son aplicables a la fundación las reglas generales establecidas en el artículo 38 del propio Código sobre capacidad de obrar. Y este artículo 38, después de establecer que las personas jurídicas pueden adquirir y poseer toda clase de bienes, así como contraer obligaciones conforme a las leyes y reglas de su constitución, indica en su párrafo 2.º que «los establecimientos de instrucción y beneficencia (se regirán) por lo que dispongan las leyes especiales». En cuanto a la adquisición por testamento, el artículo 746 del Código Civil reconoce, en principio, su capacidad, si bien «con sujeción a lo dispuesto en el artículo 38», que, como hemos visto, remite a las leyes especiales.

El nuevo Reglamento, al delimitar los actos de gestión económica en que será preceptiva la intervención del Protectorado, ha intentado armonizar la necesaria agilidad, antes aludida, con la adopción de garantías en defensa del patrimonio de la fundación. De aquí que haya previsto la intervención del Protectorado en relación con aquellos actos que puedan tener una especial trascendencia para el patrimonio de la fundación, dejando que ésta pueda actuar por sí misma en los demás supuestos.

2. Así, respecto a la adquisición de bienes, el Reglamento distingue según sean a título oneroso y lucrativo. Las adquisiciones a título lucrativo pueden efectuarse por la propia fundación, siempre que ello no suponga obligación alguna; en este sentido, las herencias han de aceptarse a beneficio del inventario (27); y cuando se pretende aceptarlas pura y simplemente es necesaria la autorización del Protectorado, autorización que asimismo es necesaria cuando se pretende aceptar donaciones o legados con carga, si bien en tal caso la autorización será reglada cuando las rentas o frutos de los bienes donados o legados sean suficientes para atender la carga de que se trate (art. 27):

En cuanto a las adquisiciones a título oneroso pueden llevarse a cabo, en principio, por la fundación sin autorización del Protectorado. Pero cuando se trata de adquisiciones de trascendencia económica por exceder su precio del 50 por 100 de los ingresos ordinarios, se precisa tal autorización (art. 33). Con ello se intenta evitar el peligro que para el patrimonio de la fundación puede suponer la compra de bienes por precio superior al real, como demuestra el hecho de que la autorización no sea necesaria cuando el valor de los bienes está determinado de forma objetiva, como sucede con los valores cotizados en Bolsa.

3. En cuanto a la venta y gravamen de bienes de las fundaciones (arts. 29 a 31, se observa que el Reglamento prevé la intervención del Protectorado para evitar que el precio pueda ser inferior al real, con el consiguiente peligro para el patrimonio de la fundación. Así, respecto a los bienes inmuebles y establecimientos mercantiles, se exige la autorización del Protectorado y la venta en subasta pública (28). Res-

(27) El Código Civil, en su artículo 993, partiendo de que la aceptación de la herencia es un acto beneficioso para el heredero, establece que los legítimos representantes de las fundaciones capaces de adquirir pueden aceptar la herencia; mientras que para repudiarla, acto que en principio se estima perjudicial, necesitan aprobación judicial con audiencia del Ministerio público. El nuevo Reglamento, con base en el artículo 137 de la Ley General de Educación, viene a matizar el alcance del artículo 993 del Código Civil al decir que la aceptación de los representantes ha de ser a beneficio de inventario, porque en tal caso es claro que de tal acto no puede derivarse perjuicio económico alguno; en cambio, si la aceptación pretende llevarse a cabo pura y simplemente es necesaria la autorización del Protectorado, pues en este caso la aceptación da lugar a que el heredero responda de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios (art. 1.003 del Código Civil).

(28) Aunque se prevé la posibilidad de que, a petición de la fundación, el Protectorado pueda dispensar de la subasta, si bien con la condición de que el precio de venta no sea inferior al de la valoración de los bienes efectuada por la fun-

pecto a la venta de los demás bienes es necesaria la autorización del Protectorado (29), excepto para la venta de valores cotizados en Bolsa, siempre que se haga al precio de cotización, lo que se explica por qué aquí existe una fijación objetiva del precio que evita el peligro de que los bienes se vendan por valor inferior al real (30).

4. La derogación de la legislación desamortizadora, con la consecuencia en el orden patrimonial de que las fundaciones pueden poseer toda clase de bienes, plantea la posibilidad de que las fundaciones sean titulares de empresas mercantiles, lo que puede suceder, entre otros supuestos, cuando el fundador las aporte como dotación de la fundación. Por esta vía podrían llegar a desnaturalizarse las fundaciones y convertirse en la práctica en empresas mercantiles o industriales; pero, por otra parte, el mantenimiento de la empresa en manos de la fundación puede ser el medio más adecuado—aunque no gozara de beneficio específico alguno en el ejercicio de su actividad comercial o industrial—para obtener el mayor rendimiento posible de su patrimonio. De aquí que el Reglamento haya adoptado una serie de cautelas para este supuesto, como son las siguientes:

- En principio, las fundaciones sólo podrán realizar aquellas actividades industriales o mercantiles que sean estrictamente necesarias para el mejor cumplimiento del fin fundacional.
- En los demás casos no podrá ejercer actividades industriales o mercantiles sin previa y expresa autorización del Protectorado.
- En todo caso, el Protectorado podrá establecer las medidas necesarias para evitar perjuicios al patrimonio de la fundación; pudiendo llegar a imponer el arrendamiento de industria cuando considere que se ha producido una desnaturalización de la fundación.

El establecimiento de estos criterios parece oportuno para evitar la desnaturalización de las fundaciones. Pueden existir algunas de ellas en las que la realización de este tipo de actividades sea un medio

dación y comprobada por el Protectorado. El Reglamento refleja aquí la necesidad de flexibilizar la regulación, pues es un hecho conocido de la Administración el que, por diversas circunstancias, se obtiene en ocasiones un precio inferior con la venta en subasta pública que con la enajenación directa.

(29) Si bien con objeto de dotar de mayor agilidad a la actuación de la fundación se otorga al silencio, transcurrido el plazo de tres meses, valor positivo; regulación ajustada al artículo 95 de la *Ley de Procedimiento Administrativo*, que prevé la posibilidad de que el silencio positivo se establezca «por disposición expresa».

(30) La necesidad de autorización está prevista también para otros actos de trascendencia económica, como para comprometer en árbitros y para celebrar transacciones; o para concertar operaciones de crédito que, aislada o conjuntamente con otras anteriores, obliguen a abonar anualmente por amortización e intereses una cantidad que exceda del 30 por 100 de los ingresos ordinarios. Se trata, como se observa, de que el Protectorado intervenga en todos aquellos actos que por su trascendencia pueden comprometer el patrimonio de la fundación.

adecuado para el mejor cumplimiento del fin fundacional (31). Pero cuando estas actividades no responden al cumplimiento de dicho fin es necesario evitar que pueda producirse la desnaturalización de la fundación, para lo cual el nuevo Reglamento adopta una serie de cautelas que pueden dar lugar a que se imponga al arrendamiento de la industria por el Protectorado, como una forma de gestión que intenta hacer compatible el mantenimiento de la propiedad de los bienes y la dedicación de la fundación al logro de su finalidad específica.

5. Junto al supuesto anterior el Reglamento contempla también la hipótesis de que la fundación puede ser socio o accionista mayoritario de una sociedad mercantil o industrial.

También en este supuesto existen argumentos a favor y en contra de la posibilidad de que una fundación sea accionista mayoritario de una sociedad. Desde una perspectiva económica puede ser conveniente como medio para obtener mayores rendimientos de los bienes. Pero, desde otra perspectiva, puede conducir a una desnaturalización de la fundación, que de esta forma se convertirá prácticamente en un empresario—a través de persona interpuesta—lo que no parece muy acorde con sus fines culturales; los cargos de patronos tendrán un atractivo especial derivado del poder que pueden atribuir en la empresa; es posible que se produzcan interferencias entre los fines fundacionales y empresariales, y otras en que podría pensarse (32).

También en este punto el Reglamento ha adoptado una regulación flexible que si bien respeta la capacidad de las fundaciones para poseer toda clase de bienes otorga determinadas facultades al Protectorado, que puede llegar a imponer la venta de las acciones cuando se produzca una desnaturalización de la fundación.

(31) Piénsese, por ejemplo, en un centro de formación profesional, en el que, lógicamente, deben existir talleres y pueden venderse los objetos fabricados. Debe recordarse que el establecimiento de fábricas y talleres en las denominadas casas de socorro estaba previsto ya por la *Ley de 6 de febrero de 1822* (arts. 74 y siguientes), que reguló especialmente la beneficencia pública; y ello con objeto de proporcionar a los niños y niñas, además de la primera enseñanza, la de una profesión, arte u oficio, y, asimismo, como una forma de remediar el paro, lo que demuestra cómo ya en esta época (trienio liberal) se pensaba en la actividad industrial del sector público, si bien no desde una perspectiva económica, sino asistencial.

(32) La existencia de estos peligros, fundamentalmente en relación a las fundaciones familiares, que, como hemos visto, no permite el nuevo Reglamento, ha sido puesto de relieve por el profesor DE CASTRO, *Temas...*, cit. p. 96. «En el derecho extranjero no se ha impedido la creación de poderosas fundaciones semifamiliares. Se han originado (aparte un aprovecharse de los beneficios fiscales) y se han desarrollado para mantener a través de las generaciones la preponderancia financiera de la familia del fundador. A tal efecto, los patronos por linaje, teniendo voto mayoritario, disponen de los paquetes de acciones que controlan compañías de importancia nacional e internacional. Fundaciones que, además de asegurar el buen vivir de los miembros del linaje, sirven o se utilizan como fuerzas de presión o difusión de determinadas ideologías. ¿Es aconsejable permitir, o favorecer, a tales fines, las vinculaciones de bienes?»

VI

ACTUACIONES ANTE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

En cuanto a la capacidad procesal de los establecimientos de instrucción y beneficencia, el artículo 38 del Código Civil remite a lo previsto en las Leyes especiales. En esta legislación—Ley de Beneficencia especialmente—estaban previstos determinados beneficios que ha recogido el reciente Reglamento, si bien con alguna modificación importante, como la referencia a la inaplicabilidad a las fundaciones culturales privadas del artículo 15 de la Ley de Administración y Contabilidad.

Las especialidades que recoge el Reglamento en cuanto a la actuación ante los Tribunales de Justicia hacen referencia al beneficio de pobreza—previsto ya en el artículo 15 de la Ley de Beneficencia—; al nombramiento de Abogados por el Protectorado, previsto con relación a las fundaciones benéfico-docentes por los artículos 24 y siguientes del Real Decreto de 24 de julio de 1913, y a la necesidad de autorización para entablar litigios y de dar cuenta de aquellos en que inter venga la fundación, especialidad a que se referían los artículos 28 y siguientes del propio Decreto.

La novedad más importante del nuevo Reglamento se refiere a la inaplicabilidad a las Fundaciones Culturales Privadas del artículo 15 de la Ley de Administración y Contabilidad, de 1 de julio de 1911, que, como es sabido, prohíbe que los Jueces o Tribunales dicten mandamiento de ejecución o providencia de embargo contra rentas o caudales del Tesoro; la aplicación de este privilegio a las fundaciones de beneficencia particular fue llevada a cabo por diversas disposiciones (33), extendiendo un privilegio que legalmente sólo estaba previsto para el Tesoro, creando por vía reglamentaria una excepción al sistema de ejecución de sentencias regulado en los artículos 819 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El nuevo Reglamento, plenamente consciente de la necesidad de ajustarse a las Leyes—dado su rango—y de los fines de interés público que desarrollan las fundaciones, ha suprimido la aplicación de este privilegio, intentando un sistema respetuoso con la Ley procesal, aunque de dudosa eficacia práctica cuando de cumplir una sentencia se trate. En definitiva, el nuevo sistema consiste sintéticamente en que el Protectorado, oyendo a la fundación, comu-

(33) Así, el artículo 9.º del *Real Decreto de 14 de marzo de 1899*, artículo 66 de la Instrucción de la misma fecha, para el ejercicio del protectorado del Gobierno en la beneficencia docente particular. Y ya específicamente con relación a las fundaciones benéfico-docentes, por *Real Decreto de 27 de septiembre de 1912* (art. 10) y por el artículo 53 del *Real Decreto de 24 de julio de 1913*, que decía así: «Ningún Tribunal podrá despachar mandamiento de ejecución ni dictar providencia de embargo contra rentas y bienes de las instituciones benéfico-docentes. Si por consecuencia de alguna sentencia o resolución firme de los tribunales hubiese de hacerse efectiva alguna cantidad, se estará a lo dispuesto en el artículo 15 de la *Ley de 1 de julio de 1911*.

nicará al Tribunal la forma en que la fundación puede cumplir las obligaciones que contra ella resulten, a fin de que pueda ser tenida en cuenta en la ejecución de la sentencia. El sistema tendrá escasa eficacia práctica, porque la forma de ejecutar la sentencia está prevista en las Leyes procesales y no es discrecional para el juez el decidir la forma de llevarla a cabo; en todo caso, es claro que el Reglamento no podría llegar a otra solución—dado su rango—si quería intentar ajustarse a la Ley y, al propio tiempo, poner de manifiesto la conveniencia de tener en cuenta el fin de interés público que cumplen estas instituciones.

VII

MODIFICACIÓN, FUSIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS FUNDACIONES

1. Parece que, en principio, no debería admitirse la posibilidad de modificar los Estatutos o cláusulas fundacionales, porque, como ha puesto de relieve la doctrina, «la fundación recibe su Ley de la voluntad del fundador», que es «una voluntad cristalizada» que perdura a través de los años o de los siglos mientras subsiste la fundación (34). Y, por otra parte, no puede ignorarse que el estímulo para crear instituciones se vería notablemente disminuido si el posible fundador contemplara cómo su voluntad podía quedar incumplida en base a una modificación de los Estatutos de la fundación.

Frente a estas consideraciones, el legislador se ha planteado el problema del surgimiento de nuevas circunstancias con el transcurso del tiempo, que podrían hacer necesaria la modificación de la fundación con objeto de permitir, en ocasiones, su propia subsistencia. Y para salvar la aporía que supone de un lado el cumplimiento de la voluntad del fundador y de otro la necesidad de adoptar los Estatutos a las circunstancias cambiantes de los tiempos, ha entendido que entre las cláusulas fundacionales existía sobreentendida una especie de cláusula *rebus* en virtud de la cual la voluntad misma del fundador era, en caso del silencio del mismo, que los Estatutos de la fundación pudieran adaptarse a las circunstancias sobrevenidas (35).

Esta es la construcción que, a mi entender, se encuentra en la base de la regulación que efectúa el nuevo Reglamento de la modificación de la fundación. Así, el cambio de los Estatutos puede llevarse a cabo siempre que no lo haya prohibido el fundador. Y, todavía más, la modificación de los mismos debe llevarse a cabo cuando las circunstancias que presidieron la constitución de la fundación hayan variado de tal

(34) DE CASTRO, *Temas...*, cit. p. 100.

(35) La incidencia de nuevas circunstancias y sus efectos jurídicos ha sido estudiada por la doctrina civil, especialmente en relación al contrato; una exposición sintética de las distintas teorías, en Díez PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970, pp. 863 y ss.

manera que ésta no pueda actuar con arreglo a las previsiones de sus Estatutos, salvo que para tal supuesto el fundador haya previsto la extinción de la institución. Es decir, se supone que el fundador, salvo manifestación expresa en contrario, preferiría que la fundación siguiese existiendo, aun modificada, a que se produjera su extinción ante el cambio de circunstancias.

Por último, el respeto a la voluntad supuesta del fundador se traduce en que el contenido de la modificación habrá de alejarse lo menos posible de la voluntad del fundador, es decir, deberá responder al espíritu de la misma contemplado en función de las nuevas circunstancias. Y por otra parte, en el supuesto de que el fundador hubiera establecido determinados requisitos para llevar a cabo la modificación, deberá acreditarse su cumplimiento.

Por otra parte, el acuerdo de modificación—igual que el de fusión o extinción—se adopta por el órgano de mayor jerarquía entre los que posean competencia para ejercer el Protectorado, que es el Ministro de Educación y Ciencia, y con la garantía que supone el dictamen previo del Consejo de Estado (36).

2. En cuanto a la fusión de fundaciones, el nuevo Reglamento la regula en forma muy sucinta. Creo, sin embargo, que el respeto debido a la voluntad del fundador exige interpretar esta regulación en conexión con las causas de extinción de la fundación, pues de otra forma a través de la fusión podría quedar sin efecto el cumplimiento de dicha voluntad. Y no tendría sentido que el Reglamento adoptara una serie de prevenciones para respetar esta voluntad en la simple modificación y no se aplicara garantía alguna en la fusión que, en definitiva, da lugar a la extinción de todas o alguna de las entidades fusionadas.

En efecto, la fusión puede producirse esencialmente de dos formas. Por creación de una nueva fundación, con extinción de todas las entidades fusionadas, o por absorción, con extinción de la fundación o fundaciones absorbidas. De aquí que toda fusión suponga la extinción, al menos, de alguna fundación, por lo que parece que sólo podrán llevarse a cabo cuando se produzca alguna de las causas que dan lugar normalmente a la extinción de la fundación, como son las previstas en los Estatutos o en la Carta fundacional y, en general, las reflejadas en el artículo 39 del Código Civil (37).

(36) Las consideraciones anteriores permiten afirmar que el Reglamento ofrece una regulación más matizada que la contenida en la legislación anterior, por lo demás muy respetuosa en líneas generales con la voluntad del fundador. En dicha legislación se admitía, y así lo expresa el artículo 5.º del *Real Decreto de 24 de julio de 1913* en relación a las fundaciones benéfico-docentes, que el Ministerio de Instrucción Pública podría modificar las fundaciones «en armonía con las nuevas conveniencias sociales, didácticas y pedagógicas».

(37) La distinción que efectúa el *Reglamento* entre la fusión y la extinción puede justificarse en base a las facultades que otorgaba al Protectorado el artículo 15 de la *Ley de Beneficencia* para «crear o suprimir establecimientos, agregar o segregar sus rentas», cuando haya caducado su objeto o no pueda llenarse cumplidamente. Los términos «agregar o segregar sus rentas» fueron interpretados como «agregar y

3. En cuanto a los otros supuestos de extinción, distintos de la fusión, el Reglamento se remite a los previstos en la Carta fundacional o Estatutos y, en general, a los reflejados en el artículo 39 del Código Civil. Y en cuanto al destino de los bienes se estará a lo dispuesto por el artículo 39 del Código Civil, que contempla en primer lugar la necesidad de respetar la voluntad del fundador reflejada en las cláusulas fundacionales; y si nada se hubiera establecido previamente se aplicarán estos bienes a la realización de fines análogos en interés de la región, provincia o municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas.

Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT

segregar fundaciones por el *Real Decreto de 24 de julio de 1913* (art. 5.º); es decir, se contempla la fusión como algo distinto de la extinción, lo que, como se dice en el texto, es cierto respecto a algunas de las fundaciones fusionadas en los casos de absorción. En todo caso, es cierto que la fusión presenta especialidades de interés, como es la posible subsistencia de todos los establecimientos de beneficencia de cada una de las fundaciones fusionadas, y, asimismo, porque la fusión produce un traspaso en bloque de los patrimonios, por lo que no es necesaria la liquidación de los bienes que ha de efectuarse normalmente en los demás casos de extinción.

