

DOTACIÓN PATRIMONIAL E IRREVERSIBILIDAD DE LOS BIENES FUNDACIONALES*

CARLOS LASARTE**

A Santiago Varela¹, compañero y amigo. que nos dejó —un gris y lluvioso día 7 de junio de 1993— privados para siempre de su plácida y constante sonrisa. In memoriam.

SUMARIO: 1. Preliminar.—2. Nociones introductorias.—3. Tipos de fundaciones y legislación aplicable.—3.1. Las fundaciones benéficas.—3.2. Las fundaciones laborales.—3.3. Las fundaciones culturales privadas.—3.4. Referencia a las fundaciones religiosas.—3.5. Referencia al Proyecto.—4. Constitución de la fundación.—4.1. La voluntad del fundador.—4.2. La dotación patrimonial.—4.3. Los fines de interés general: los beneficiarios.—4.4. La forma y la inscripción en el Registro.—5. Reversión e irreversibilidad del patrimonio fundacional en la legislación general.—5.1. El destino de los patrimonios fundacionales en liquidación en la Ley General de Beneficencia.—5.2. Significado y alcance del artículo 39 del Código Civil.—5.3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo.—6. La consideración del tema por las disposiciones forales o autonómicas.—6.1. La Compilación navarra.—6.2. La Ley catalana.—6.3. La Ley gallega.—6.4. La Ley canaria.—7. La irreversibilidad del patrimonio fundacional en el Proyecto de ley.

* Ponencia defendida por el autor en el Curso de Verano de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, intitulado «Fundaciones y Mecenazgo», celebrado en Avila los días 28 de junio a 2 de julio de 1993.

** Catedrático de Derecho Civil (UNED/Madrid). Vocal de la Comisión General de Codificación.

¹ El Dr. D. Santiago VARELA DÍAZ era Catedrático de Derecho Constitucional. Desempeñó igualmente la función de Letrado del Tribunal Constitucional en los primeros años de este órgano y, desde 1988 hasta el momento de su fallecimiento, fue Subsecretario del Ministerio del Interior.

1. PRELIMINAR

Antes de abordar propiamente la cuestión a la que se refiere el título de esta Ponencia, me permitirán que realice una breve descripción del panorama legislativo existente en el marco general de las fundaciones, pues de otra forma muchas de las precisiones convenientes al caso podrían quedar un tanto desfiguradas.

No obstante ello, es claro que la cuestión concreta que debemos considerar y debatir en esta Ponencia se centra en las características propias de la dotación patrimonial y en preguntarnos si el mejor criterio legislativo sobre el particular es establecer que los bienes adscritos a una fundación no pueden retornar al fundador (o a sus sucesores) en caso de disolución o extinción sobrevinida de la fundación o, por el contrario, resulta preferible que quepa el retorno de los bienes a la línea familiar de la que procedían en el momento constitutivo de la fundación.

El criterio personal de quien tiene el honor de dirigirles la palabra se deduce con facilidad del propio título de la Ponencia: a mi juicio, una vez constituida y dotada patrimonialmente la fundación, la dinámica fundacional no debería permitir la «marcha atrás» del patrimonio fundacional; de tal manera que los fundadores (y/o sus sucesores o herederos) no podrían argüir derechos o expectativas algunas en relación con los bienes fundacionales. Ahora bien, la cuestión no es tan simple ni lineal como pudiera parecer, por lo cual la avanzadilla de la opinión propia (o el *abstract* que acabo de realizar) no es más que un recurso retórico para atraer la atención sobre la materia.

Más adelante la veremos con el detenimiento debido, pues ahora debemos realizar un breve repaso de la legislación aplicable según el tipo de fundación de que se trate y de cuáles son los elementos fundamentales en la constitución de cualquier fundación, pues son éstas cuestiones que no van a ser abordadas por ningún otro de los ponentes y cuyo conocimiento presupone el correcto entendimiento de la materia a desarrollar.

2. NOCIONES INTRODUCTORIAS

La fundación es la persona jurídica de substrato patrimonial por excelencia: una vez constituida no importa en ella tanto la persona del fundador cuanto el conjunto de bienes (o patrimonio) que éste separa o individualiza para atender a un fin determinado. Consiguientemente, de forma breve, puede

caracterizarse la fundación como la personificación de un patrimonio establemente adscrito a un fin de carácter general.

Nuestro actual Derecho positivo regula fragmentaria y dispersamente las fundaciones, hasta el extremo de que, acertadamente, afirma J. Caffarena que en la actualidad «el régimen español puede calificarse... de caótico»². El Código civil, en concreto, dedica escasa atención ellas, limitándose prácticamente a mencionarlas (art. 35.1) y señalar unos cuantos extremos:

- a) Que su capacidad civil se rige por las reglas de institución (art. 37).
- b) Que, al igual que las restantes personas jurídicas, pueden actuar en el tráfico (art. 38).
- c) Que se extinguen por las causas genéricas de falta de funcionamiento contempladas en el artículo 39, las cuales, no obstante, tienen una enorme importancia práctica y teórica.

La falta de atención demostrada por el Código civil hacia la fundación se debe sencillamente a que los movimientos culturales y políticos (individualismo iluminista, Revolución francesa) que dieron origen a los Códigos civiles europeos partían de la base de potenciar la propiedad privada individual y la abolición de las manos muertas (propiedad vinculada, mayorazgos, fideicomisos...). La fundación, pese a ser un patrimonio o conjunto de bienes adscrito permanentemente al servicio de un fin de interés general, siguió admitiéndose legalmente, pero con escaso ímpetu y convicción.

Ya en el presente siglo, las fundaciones recobran vigor y representatividad social, fundamentalmente por el influjo de la realidad de los países anglosajones, en los que ciertamente han desempeñado y desempeñan un papel importantísimo al servicio de fines benéficos, asistenciales, docentes y culturales.

Frente a la secular desatención de la legislación ordinaria, de forma novedosa, nuestra actual Constitución de 1978 ha optado por constitucionalizar el «derecho de fundación para fines de carácter general» en el artículo 34.1. No obstante, tampoco en este punto se ha generado legislación postconstitucional de carácter estatal hasta la fecha, resultando curioso que varias Comunidades Autónomas, por contra, hayan afrontado el reto de modernizar la legislación sobre fundaciones en el marco de sus competencias. La Generalidad de Cataluña ha dictado la Ley 1/1982, de 3 de marzo, sobre Fundaciones Privadas (parcialmente modificada por la Ley 21/1985, de 8 de noviembre), la cual recoge, sistematiza y regula la materia con mayor corrección y modernidad que la legislación estatal, que continúa siendo fragmentaria y origina la necesidad de distinguir diversos

² J. CAFFARENA, *El régimen jurídico de las fundaciones*, pág. 11.

tipos de fundaciones, como seguidamente veremos. Con posterioridad a la Ley catalana, han sido objeto de publicación dos nuevas leyes autonómicas en esta materia: la Ley de 25 de junio de 1983, de régimen de las fundaciones *de interés gallego* y la Ley 1/1990, de 29 de marzo, de fundaciones canarias.

Mención aparte merece la regulación establecida para las fundaciones en las Leyes 44 a 47 de la Compilación navarra, aprobada —como sabemos— por Ley 1/1973, de 1 de marzo.

En la anterior legislatura (1989/1993), el Gobierno presidido por D. Felipe González había presentado ante las Cortes un *Proyecto de Ley de fundaciones* de ámbito estatal (en adelante PLF), que se ha considerado en la elaboración de estas páginas, al menos en los aspectos fundamentales, pues en una exposición como la presente resultaría inapropiado descender al detalle de una regulación tan variopinta y dispersa como la existente. No obstante ello, conviene insistir en que dicho Proyecto de Ley constituye sólo un material prelegislativo que, por supuesto, carece de cualquier utilidad que no sea la puramente informativa, aunque lo más probable es que una vez constituidas las nuevas Cortes Generales y designado el correspondiente Gobierno, el referido Proyecto de Ley comience de nuevo su andadura parlamentaria y culmine su «iter» formativo convirtiéndose en ley.

3. TIPOS DE FUNDACIONES Y LEGISLACIÓN APLICABLE

Nuestro Derecho vigente reconoce tres tipos fundamentales de fundaciones: las fundaciones benéficas, las fundaciones laborales y las fundaciones culturales.

3.1. *Las fundaciones benéficas*

Las fundaciones benéficas, tradicionalmente denominadas *de beneficencia particular*, son las más antiguas y, hasta nuestros días, las de mayor raigambre social. Aunque resulte llamativo, su regulación básica sigue siendo la Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849 (Reglamento: Real Decreto de 14 de mayo de 1852), desarrollada en este punto —con posterioridad a la promulgación del CC— por un Real Decreto de 14 de marzo de 1899 y una Instrucción, de la misma fecha, relativa al ejercicio del Protectorado por el Gobierno.

El Real Decreto de 1899 las identifica en cuanto fundaciones «permanentemente dedicadas a la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físi-

cas...», y en base a dicha regulación la actividad altruista o filantrópica de origen privado ha generado un buen número de instituciones sanitarias o asistenciales que, mejor o peor, cumplieron su cometido durante bastantes décadas (hospitales, manicomios, asilos, casas-cuna, etc.). Actualmente, sin embargo, la presencia social de las fundaciones puramente benéficas es bastante escasa, ante la generalización del sistema público de Seguridad Social, cuya eficacia respecto de la gran mayoría de los ciudadanos es mucho mayor, pese a sus defectos y carencias.

3.2. Las fundaciones laborales

Las denominadas fundaciones laborales constituyen un grupo de personificaciones desconocidas en nuestro ordenamiento jurídico durante el siglo XIX y la primera mitad del XX. Se encuentran reguladas por un Decreto de 16 de marzo de 1961 (y Orden de 25 de enero de 1962), cuyo artículo 3.º establece que «serán creadas a virtud de pacto o concierto entre la Empresa y sus trabajadores (para ser contradicho en seguida por el art. 2.º de la Orden de 1962: "... podrán asimismo crearse por acto unilateral de una empresa o de terceras personas en beneficio de los trabajadores de un ámbito o ámbitos laborales determinados y sin obligación alguna para aquéllos"). En él se estipulará la aportación de unas y otros y las normas sobre gobierno y administración. Dichos pactos tendrán el carácter y se celebrarán con las formalidades establecidas para los Convenios Colectivos Sindicales». Su número e importancia, en la práctica, son escasos.

3.3. Las fundaciones culturales privadas

Las actividades de carácter escolar (en sus diversos grados) o docente no han sido nunca extrañas a los designios de los prohombres que dieron vida a las fundaciones. De ahí que durante largo tiempo pudiera hablarse, sencillamente, de fundaciones *benéfico-docentes*, bajo el protectorado del Ministerio de la Gobernación (hoy Interior), hasta la publicación del Decreto 2930/1972, de 21 de julio, siendo Ministro de Educación el prof. Villar Palasí.

En efecto, con la publicación de dicho Decreto, se crea la categoría de las denominadas fundaciones culturales privadas (rúbrica oficial), cuyo Protectorado queda encomendado al Ministerio de Educación. Actualmente continúan estando reguladas por el Decreto 2930/1972, de 21 de julio, cuyo artículo 1.º-1 las define premiosamente como «patrimonios autónomos destinados

primordialmente por sus fundadores a la educación, investigación científica y técnica o a cualquier otra actividad cultural y administrados sin fin de lucro por las personas a quienes corresponde su gobierno con arreglo a las prescripciones de sus Estatutos». Por su parte, el número 3 de dicho artículo, quizá para reafirmar su matriz histórica, establece que «las fundaciones culturales privadas... se considerarán, a todos los efectos, *Instituciones benéfico-docentes*».

Las fundaciones culturales privadas han conocido un relativo éxito dentro de la característica desidia de las fuerzas económicas de nuestra Nación a asumir los cometidos reseñados. No obstante, tampoco el Ministerio de Educación ha demostrado un gran interés hacia el instrumento y puede afirmarse que no ha llegado ni siquiera a estructurar el Registro «ad hoc», creado y regulado con todo detalle por el Decreto (arts. 73 a 95).

Conforme al artículo 2 del Decreto 2930/1972, las fundaciones culturales privadas se subdividen en:

- A) *Fundaciones de financiación*: Las que tienen por objeto conceder ayudas económicas para el desarrollo de actividades culturales y seleccionar los beneficiarios de las mismas con arreglo a sus estatutos.
- B) *Fundaciones de servicio*: Las que tienen por objeto el sostenimiento de un establecimiento cultural.
- C) *Fundaciones de promoción*: Aquellas cuyo objeto se encuentra definido sólo genéricamente en los estatutos, correspondiendo a sus órganos de gobierno la concreción y el desarrollo de sus programas de actividades.

Dicha subdivisión, sin embargo, es innecesaria y francamente criticable, por ser puramente descriptiva, en cuanto el régimen jurídico de las fundaciones de financiación, de servicio y de promoción es idéntico.

3.4. Referencia a las fundaciones religiosas

Junto a los tipos reseñados es necesario considerar que, conforme al Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre la Iglesia y el Estado, de 3 de enero de 1979, y al Real Decreto 589/1984, de 8 de febrero, sobre Fundaciones religiosas de la Iglesia Católica, éstas podrán también adquirir personalidad jurídica civil mediante su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, dependiente en este caso del Ministerio de Justicia (vid. R.D. 142/1981, de 9 de enero).

3.5. Referencia al proyecto

El Proyecto abandona la clasificación anterior, obligada conforme a los datos normativos, llevando a cabo una regulación de carácter general aplicable a cualesquiera tipos de fundaciones. Por consiguiente, la disposición derogatoria prevé expresamente la pérdida de vigencia de las disposiciones a que nos hemos referido en rúbricas anteriores. Cuestión bien diferente es que, incluso en el futuro, se pueda seguir hablando, descriptivamente, de fundaciones asistenciales, docentes o laborales, atendiendo a sus fines concretos o a la labor social que efectivamente llevan a cabo. Mas, desde el punto de vista legislativo, la regulación dejará de ser diferente y, a la postre, diferenciadora.

Desde otro punto de vista, mantiene el Proyecto el régimen propio de las fundaciones religiosas de la Iglesia Católica ya consideradas, si bien extendiéndolo en general a las diversas «Iglesias, Confesiones y Comunidades Religiosas» (Cfr. disp. ad. 3.^a), de conformidad con el principio de *aconfesionalidad estatal* establecido en el artículo 16 de nuestra vigente Constitución.

4. CONSTITUCIÓN DE LA FUNDACIÓN

4.1. La voluntad del fundador

Por lo general, la constitución o creación de una fundación puede llevarse a cabo tanto por personas físicas cuanto por personas jurídicas, ya sea mediante acto *inter vivos* o *mortis causa* (en testamento). La voluntad del fundador (o fundadores) asume un extraordinario protagonismo, ya que la fundación no es en absoluto una «estructura abierta» dependiente de la voluntad de los administradores a la sazón, sino sólo y exclusivamente dependiente de los designios del fundador. Los Estatutos de la fundación han de ser interpretados y, en su caso, integrados conforme a la voluntad del fundador (S.T.S. de 23 de junio de 1964).

Ahora bien, la voluntad del fundador no debe entenderse protegible de forma ilimitada, sino que queda sometida a las exigencias derivadas del orden público interno del Ordenamiento jurídico y a la propia estructura y finalidad de la persona jurídica fundacional (que, a fin de cuentas, es una «personificación» que sólo existe en cuanto el Derecho positivo la admite). Así pues, hay un *mínimum* exigible al pretendido fundador que, conforme a nuestro Derecho, debe observarse:

- a) La fundación ha de servir fines de interés general para la colectividad, conforme requiere la Constitución; debe estar presidida por la idea del altruismo, como seguidamente veremos con mayor detenimiento.
- b) Pese a que los Estatutos fundacionales deben ser interpretados conforme a la voluntad del fundador, éste, por sí mismo, no tiene facultad alguna para decidir la suerte de la fundación una vez constituida. La pervivencia o extinción de la fundación dependerá en exclusiva de lo dispuesto en los Estatutos y habrán de ser tenidos en cuenta con carácter general los criterios establecidos en el artículo 39 del Código civil *in fine*.

4.2. La dotación patrimonial

De otra parte, es obvio que no basta la mera voluntad del fundador para que la fundación pueda entenderse constituida. La fundación es un patrimonio adscrito a un fin y, por tanto, no nacerá al mundo del Derecho mientras que el fundador no la dote de los bienes necesarios para atender a los fines previstos. Por consiguiente, la dotación patrimonial es un requisito *sine qua non* de la existencia y constitución de la fundación.

La afirmación anterior es la más segura y la mayoritariamente seguida por los especialistas. No obstante, tanto fuera de España como en nuestra patria, hay autores partidarios de distinguir entre el llamado negocio fundacional y la dotación patrimonial: «la dotación de un patrimonio no es esencial, en principio, para la constitución de la fundación, ni forma parte del negocio fundacional», afirma, por ejemplo, G. García Valdecasas, entre nosotros.

Semejante entendimiento de la cuestión es, sin embargo, rechazable. De seguirlo, se personificarían no sólo las entidades u organizaciones, sino también las meras *declaraciones de buena voluntad* aunque se encontraran privadas de base patrimonial alguna. En nuestro Derecho, desde luego, se requiere *ab initio* la dotación patrimonial de la fundación (Cfr. art. 1 D. 1972; art. 88.3 Inst. 1899; Ley 44.1 Comp. navarra; art. 3.3 Ley catalana, art. 7.2 Ley gallega, y artículo 7.2 Ley canaria) y en dicha línea se mueve inequívocamente el Proyecto; según el cual, de añadidura «en ningún caso se podrá considerar como dotación al mero propósito de recaudar donativos o recibir aportaciones de terceros» (art. 10.4). Por su parte, el Tribunal Supremo considera que la dotación es «requisito esencial, sea cual fuere su naturaleza jurídica, para la existencia de la fundación» (STS 22-3-1983).

Lo dicho no obsta, desde luego, a que la *dotación patrimonial inicial* se configure por el fundador como un mero paso instrumental para conseguir una *dotación ideal* o una *dotación óptima*. Tampoco imposibilita futuras apor-

taciones patrimoniales que deban agregarse a la dotación inicial. Mas, en todo caso, ésta debe tener la suficiente entidad económica para garantizar el cumplimiento de los fines fundacionales de forma relativamente segura durante un plazo de tiempo prolongado. En definitiva, la *dotación patrimonial inicial* constituye un presupuesto más de la constitución de la fundación y no puede identificarse con una transferencia patrimonial irrisoria, ridícula o, sencillamente, simbólica.

4.3. *Los fines de interés general: los beneficiarios*

Hay numerosas razones para pensar que el novedoso «derecho de fundación», acogido en el artículo 34 de la Constitución se reconoce precisamente en atención a los «fines de interés general» que las fundaciones deben desarrollar. Tal adjetivación de los fines fundacionales es similar a la utilizada por el artículo 35.1 CC al hablar de (corporaciones, asociaciones y) *fundaciones de interés público*, pero la mejora y concreta, en cuanto pone de manifiesto que los fines fundacionales deben atender tanto a la actividad de la fundación propiamente dicha cuanto a los beneficiarios (o eventuales beneficiarios) de las actividades fundacionales. Así, por ejemplo, la alfabetización o la curación del cáncer son evidentemente fines de interés público; pero si sólo pueden ser beneficiarios de la fundación los parientes de los patronos o de los fundadores que sean analfabetos o cancerosos, no cabe duda de que la *generalidad* del altruismo de los fundadores cabe ponerlo en duda.

Hoy día, no puede caber duda alguna respecto del requisito constitucionalmente establecido: «fines de interés general». Semejante dicción constitucional arroja, a mi juicio, las siguientes consecuencias:

- Los fines perseguidos por el fundador han de ser determinados, en cuanto consecución a perseguir por la fundación una vez constituida. Precisamente por ello los fines fundacionales constituyen una de las menciones imprescindibles de los estatutos de cualquier fundación que, en general, deben someterse al control de los poderes públicos.
- Los futuros beneficiarios de las prestaciones de la fundación han de ser, por el contrario, necesariamente indeterminados y deben entenderse inconstitucionales las denominadas «fundaciones familiares» (las constituidas en beneficio de una determinada línea de parentesco: por ejemplo, doto una fundación cultural privada que sólo otorgue becas a quienes lleven mi apellido), cuya general inadmisibilidad fue ya demostrada por el insigne Prof. F. de Castro, en un espléndido estudio publicado un cuarto de siglo antes de la aprobación de la Constitución vigente.

- Los fines han de ser lícitos por principio y, en particular, legales. En efecto, el artículo 34 de la Constitución establece que «regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22». Es decir, que las fundaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales y, por tanto, pueden ser suspendidas sus actividades o ser extinguidas, pero siempre bajo trámite de la autoridad judicial, mediante sentencia.

4.4. La forma y la inscripción en el registro

Atendiendo a las disposiciones reguladoras de las fundaciones benéficas, es tradicional afirmar que la constitución de las fundaciones no debe hacerse depender de que el acto fundacional se haya instrumentado de una *forma* (en el sentido de *formalidad*) determinada y/o de que la fundación haya sido inscrita en un Registro público. Dicha conclusión ha pretendido extenderse por algunos autores a todas las fundaciones, dado que la *lex suprema* en la materia debe ser la voluntad del fundador.

Sin embargo, la libertad de forma en la manifestación constitutiva de la fundación no parece que pueda elevarse a regla general en nuestro sistema, pues:

- 1) El Decreto de 1961 prevé, en su artículo 3, que los pactos de creación de las fundaciones laborales deberán observar las formalidades establecidas para los Convenios colectivos sindicales; lo que comporta, en definitiva, su aprobación por la autoridad administrativa correspondiente.
- 2) Respecto de las fundaciones culturales privadas, la legislación correspondiente otorga valor constitutivo a la escritura pública (en que ha de constar la denominada carta fundacional) y a la inscripción de la misma en el Registro de fundaciones dependiente del Ministerio de Educación y Ciencia.
- 3) Otorga igualmente valor constitutivo a la inscripción en el correspondiente Registro el ya citado RD 142/1981, de 9 de enero, regulador del Reglamento del Registro de Entidades Religiosas.
- 4) La consideración del tema por parte del TS, tras la aprobación de la Constitución, parece decantarse con carácter general en la línea argumental que estamos desarrollando y, de forma indubitada, cuando en la dotación patrimonial existan bienes inmuebles: «si no es doctrina segura la de que la escritura pública o el testamento sean requisitos a que se supedite, siempre y en todo caso, la existencia jurídica de la Fundación con vida y capacidad propias, sí es constante e ininterrumpida la exigen-

cia de la escritura pública si la dotación (requisito esencial, sea cual fuere su naturaleza jurídica, para la existencia de la Fundación) se efectúa con bienes inmuebles, y así lo expresaba por su art. 10 la Instrucción aprobada por R.D. de 27 septiembre 1912, que si bien entendía constituidas las fundaciones “desde que por cualquier modo se acreditare su existencia”, pero añadía que si estuviesen dotadas con bienes inmuebles sería “indispensable la escritura pública”; exigencias formales que traen causa de la Ley de Beneficencia de 21 julio 1849 y que, en cuanto a la escritura pública para la dotación con bienes inmuebles, cuentan con el precedente del R.D. de 27 septiembre 1812, que se expresaba en términos idénticos a los del de 1912» (STS 22 marzo 1983).

De lege ferenda, no existe problema constitucional alguno (en contra de cuanto ocurre respecto de las asociaciones) para que se prevea la inscripción registral con carácter constitutivo, al menos si dicho requisito se establece mediante ley en sentido formal. En tal sentido, el artículo 3 del PLF preceptúa en efecto que «las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de su escritura de constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones». La previsión normativa parece loable y aclararía finalmente complejos problemas en la materia, respecto de los cuales también las normas forales (o autonómicas) se han pronunciado en el sentido de requerir la escritura pública y posterior inscripción registral.

5. REVERSIÓN O IRREVERSIBILIDAD DEL PATRIMONIO FUNDACIONAL EN LA LEGISLACIÓN GENERAL

Estamos ya en condiciones de abordar la cuestión central de la ponencia, desarrollada al hilo del Proyecto de Fundaciones y planteada al comienzo de la exposición: ¿Cabe la reversibilidad de los bienes fundacionales? Innesario es extenderse en subrayar que semejante pregunta requiere contemplar la materia por duplicado: atenderemos primeramente a los datos de *iure condito*, para pasar posteriormente a la contemplación del tema *de lege ferenda* en base a lo determinado en el reiterado Proyecto de ley.

5.1. EL DESTINO DE LOS PATRIMONIOS FUNDACIONALES EN LIQUIDACIÓN EN LA LEY GENERAL DE BENEFICENCIA

El primer dato normativo que debemos considerar al respecto viene representado por el artículo 16 de la Ley General de Beneficencia, de 20 de junio de

1849, sobre cuya vigencia aún hoy día se sigue discutiendo. Dispone este precepto, de manera terminante y a mi juicio clara, que «la supresión de cualquier establecimiento de beneficencia, público o particular, supone siempre la incorporación de sus bienes, rentas y derechos en otro establecimiento de beneficencia».

Aparte de la claridad meridiana de la *dictio legis*, si se atiende al entorno socio-político y al momento cultural propios de dicha ley, la conclusión del tema debería llevar a considerar que existe una subrogación real de los bienes afectos a los establecimientos benéfico-docentes (y entre ellos, como sabemos, las fundaciones). La política general de desamortización y de lucha contra las denominadas «manos muertas», iniciada hacia 1820 y mantenida —eso sí, con ciertos vaivenes— hasta el momento mismo de publicación del Código civil en 1889, suponía que la afectación de conjuntos patrimoniales sólo podía encontrar fundamento en consideraciones de interés público (o, en términos de nuestra actual Constitución, atendiendo a «fines de interés general») y no en el mantenimiento de «estructuras de vinculación» de patrimonios que hasta entonces habían garantizado la pervivencia de mayorazgos y otras instituciones características del *ancien regime*, sobre las que obviamente no podemos extendernos en estas páginas. Por consiguiente, una vez que determinadas masas patrimoniales hubieran sido adscritas a la puesta en ejecución de intereses públicos, no cabía el retorno de aquéllas a la disponibilidad privada.

Como ya sabemos, precisamente la vinculación de un determinado patrimonio a través de la figura técnica de la fundación sobrevive precisamente durante la codificación, atendiendo a razones de interés público.

5.2. *Significado y alcance del artículo 39 del Código civil*

Sin embargo, lo cierto es que la declaración terminante del artículo 16 de la Ley de Beneficencia, anteriormente transcrito, no se ve reiterado por el artículo 39 del texto definitivo del Código Civil, todavía en vigor sin modificación alguna. En efecto, el tenor literal de este artículo induce a confusión. Quizá la razón primera de semejante desembocadura venga provocada por el hecho de que el Código civil pretende establecer una regla general aplicable a la destinación del patrimonio restante de la trilogía de personas jurídicas que identifica en su breve articulado: corporaciones, asociaciones y fundaciones.

Dispone dicho artículo que cuando «dejasen de funcionar las corporaciones, asociaciones y fundaciones, se dará a sus bienes la aplicación que las leyes, los estatutos, o las cláusulas fundacionales les hubiesen en esta previsión asignado. Si nada se hubiere establecido previamente, se aplicarán esos bienes a la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia o municipio

que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas».

Es incontrovertible que la aplicación prevista en el último inciso transcrito tiene carácter subsidiario y vigencia supletoria: sólo entrará en juego cuando «las leyes, los estatutos o las cláusulas fundacionales» no hayan previsto especialmente nada sobre el particular para el caso de disolución de las personas jurídicas reseñadas. En cambio, resulta sumamente discutible precisar si «las leyes, los estatutos y las cláusulas fundacionales» han de aplicarse, por este orden precisamente, a las corporaciones, asociaciones o fundaciones; o si, por el contrario, el entendimiento correcto del artículo 39 del Código debe partir del hecho de que entre la trilogía de personas jurídicas y la trilogía de «criterios normativos» (leyes, estatutos y cláusulas fundacionales) se debe establecer un estrecho paralelismo.

Si se opta por esta última interpretación, las leyes vendrían referidas a las corporaciones, los estatutos a las asociaciones y, finalmente, las cláusulas fundacionales a las fundaciones. Para éstas, entonces, resultaría que el Código sitúa a las cláusulas fundacionales como primer criterio normativo del supuesto de hecho que nos ocupa, sin que lo dispuesto en las leyes o, mejor, en otras leyes (porque, al fin y al cabo, el Código también lo es; aunque en terminología constitucional actual debiéramos calificarlo como Decreto legislativo), vinculará a los fundadores en relación con el destino del patrimonio fundacional para el caso de extinción de la fundación.

Existen sin duda indicios que posibilitan la defensa de la posición apuntada, empezando por el propio elemento literal de la norma y terminando por el propio ambiente de exacerbación del liberalismo coetáneo al movimiento de la codificación. No obstante, la conclusión a la que se llega mediante semejante razonamiento no deja de ser tan llamativa y draconiana que, convenientemente sometida a la *reductio ad absurdum*, exige plantearse el tema con otros mimbres: las leyes no vincularían a los fundadores, quienes por el contrario podrían establecer cuanto les viniera en gana a través de las cláusulas fundacionales.

Si bien se piensa, de admitirse semejante conclusión, habría que propugnar la derogación del artículo 16 de la Ley de Beneficencia por el Código civil, cuestión igualmente muy discutible, por mucho que la hayan defendido juristas señeros.

En uno de sus últimos escritos³, precisamente mi maestro, el Profesor Alfonso de Cossío, se situaba en tales coordenadas. Sin llegar a afirmar expre-

³ Trátase de su aportación al primer tomo de los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, publicados por Edersa bajo la dirección de M. ALBALADEJO, Jaén, 1978. Si mal no recuerdo, el tomo referido se comercializó con posterioridad al fallecimiento de D. Alfonso de Cossío, acaecido el 11 de noviembre de 1978, para quien fue por tanto una obra póstuma.

samente semejante derogación, entendía que las facultades gubernativas reconocidas a las autoridades por la Ley de Beneficencia deberían replantearse: «...entendemos que, sobre todo después de la publicación del CC en 1889, el problema se plantea en términos distintos, ya que no parece posible —afirmaba— que la autoridad gubernativa pueda actuar con tan amplia libertad, sino que, por el contrario, teniendo las fundaciones su origen en un negocio jurídico privado —donación o testamento— a éste habrá de atenerse necesariamente, y tan sólo en los casos previstos en los Estatutos fundacionales, o en los señalados en el artículo 39 que venimos comentando, podrá adoptar resoluciones de tal clase»⁴.

Esto es, la voluntad del fundador debería situarse por encima de las previsiones normativas de la Ley de Beneficencia, pues a su entender, «en el fondo, el CC no hace sino establecer una norma de carácter supletorio, a falta de voluntad manifestada en otro sentido diferente por el fundador, que puede libremente dar en tal supuesto un diferente destino a los bienes fundacionales, llegando incluso a establecer una cláusula de reversión a su favor o en el de sus herederos. No debe en ningún momento olvidarse —remachaba— que, si bien la fundación es un ente de interés público, constituye una persona de Derecho privado que encuentra su origen en un acto de la autonomía de la voluntad del fundador, cuya ley se impone a cualesquiera otra(s), aunque sea de un rango superior...»⁵.

Semejante apología de la autonomía privada, exacerbada incluso frente a las leyes propiamente dichas, es difícilmente pensable en el autor de una obra tan señera como *El dolo en el Derecho Civil*; pero lo cierto es que, en dicha línea, llegaba incluso el prof. A. de Cossío a defender por vía analógica la posibilidad de la *revocación de la fundación* como una causa más de extinción de la fundación⁶.

Resulta siempre incómodo criticar la opinión de un gran maestro, sensación que se agrava cuando se trata del propio y, de añadidura, no se encuentra ya entre nosotros. Sin embargo, la defensa de las convicciones personales y la búsqueda del rigor en el razonamiento fueron enseñanzas suyas que difícil-

⁴ A. DE COSSIO, *ibidem*, pág. 863.

⁵ A. DE COSSIO, *ibidem*, pág. 864, *in fine*.

⁶ A. DE COSSIO, *ibidem*, pág. 865. Partiendo de la base de la naturaleza gratuita del acto fundacional y de la aplicación analógica del artículo 647, arguye que la *revocación de la fundación* «será siempre posible en el caso de que el funcionamiento de la fundación creada no se ajuste a la voluntad del fundador donante de los bienes, lo que significaría una causa de extinción distinta de todas las que anteriormente hemos examinado, y sometida, por tanto, a un régimen especial». Este extremo no va a ser considerado en el presente trabajo, por exceder claramente de sus márgenes propios; no obstante, conste mi dissentimiento del mismo, por entender que el acto constitutivo de la fundación es por naturaleza irrevocable y, por tanto, distinto de la donación, aunque ésta sea también un acto a título gratuito.

mente puedo olvidar, aunque en esta ocasión, y por excepción, me lleven a disentir de su parecer sobre el tema. No obstante, antes de pasar a exponer mi posición personal, desearía dejar apuntadas algunas consideraciones en relación con el autor reiteradamente citado. El acendrado espíritu liberal y las profundas concepciones democráticas del Prof. A. de Cossío, acreditados suficientemente a lo largo de todas las actuaciones de toda su vida y sumados a la larga serie de sinrazones de una dictadura política inacabable, con la que él, por estrictas razones cronológicas, hubo de convivir todos los años de su madurez intelectual y profesional, sin duda alguna lo llevaron a situarse en un plano de radical confrontación con las «autoridades gubernativas». De otra parte, aunque sin citarla expresamente, dada su peculiar forma de escribir una vez consagrado, conocía perfectamente el Prof. de Cossío la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular y se dejó influir por lo afirmado por la STS (Sala 3.ª) de 6 de junio de 1987, dictada precisamente en los momentos en que él escribía los comentarios citados.

5.3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

En efecto, las escasas resoluciones judiciales del TS dictadas sobre el particular se sitúan en la línea de permitir la reversión de los bienes fundacionales a los herederos del constituyente o fundador cuando se encontrare prevista en los estatutos o en las cláusulas fundacionales y se produjere la extinción de la fundación por la imposibilidad de atender sus fines propios.

Así lo declaró ya la STS de 23 de junio de 1964 (Sala 1.ª/Pon. Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramón), en relación con el caso de la «Escuela Baños». El fundador, Sr. Baños, dispuso en la cláusula 12.ª de su testamento que en su memoria «se funde y constituya en esta Corte una escuela de niños que se titulará «Escuela Baños» y tendrá por objeto dar enseñanza enteramente gratuita a todos los niños que sea posible, dada la amplitud y dimensiones del edificio que para tal fin ha de construirse en el distrito de Palacio». En la siguiente cláusula testamentaria, se preveía que «si por cualquier causa no pudiera constituirse la fundación que debe establecerse, conforme dispone en la cláusula anterior, o una vez construida, el Estado, por cualquier título o motivo, pretendiera incautarse de los bienes de la misma, pasen éstos a ser propiedad de sus herederos y sucesores, quienes se incautarán desde luego de dichos bienes, pudiendo disponer de ellos sin restricción ni limitación alguna y sin tener en cuenta para nada el objeto a que se destinan o estuviesen destinados, sean cualesquiera las disposiciones legales que rijan o se dicten sobre la materia, que no prevalecerán en contra de lo dispuesto en esta cláusula».

La fundación se constituyó y fue clasificada como fundación benéfico-docente por la R.O. de 12 de marzo de 1918. El artículo 3 de sus estatutos establecía, de conformidad con la voluntad testamentaria, que «nunca podrá el Estado bajo pretexto ni motivo alguno incautarse de todos o parte de los bienes que constituyen el capital de la fundación, ni de sus rentas, ni agregar dichos bienes ni la fundación misma a otros establecimientos ni fundaciones, aunque sean de índole análoga, ni servir a otros fines que a los expresamente establecidos por el fundador». La Escuela se construyó y puso en funcionamiento, mas lamentablemente fue casi enteramente destruida durante la fratricida guerra civil española.

Los herederos del fundador reclaman los bienes (es decir, los terrenos) dada la imposibilidad de atender los fines fundacionales, pese a que la fundación no había sido formalmente extinguida, ante el Juzgado de Primera Instancia mediante demanda de juicio declarativo de mayor cuantía. Las correspondientes «autoridades gubernativas» y el patronato, demandados, se oponen a la demanda, que es desestimada tanto por el Juzgado como por la Audiencia, habiendo propuesto con anterioridad la resolución de la Dirección General de Enseñanza Primaria de 8 de noviembre de 1955 bien la reconstrucción de la escuela bien la nacionalización de la escuela reconstruida. El Tribunal Supremo, sin embargo, casa la sentencia y dicta segunda sentencia, en cuya virtud declara la reversión de los bienes fundacionales a los herederos del Sr. Baños.

El fundamento decisorio radica en que el TS considera estimable la alegación de los demandantes basada en el artículo 37 del CC:

«... pues prevista en la cláusula 13.^a del testamento del fundador como cláusula resolutoria la pretensión del Estado de incautarse de los bienes de la misma, no la consumación de la incautación, ésta indudablemente se encierra en la Resolución del Ministerio de Educación Nacional de 8 de noviembre de 1955, después de una pasividad inexplicable de los patronos de la fundación y de las autoridades competentes, que perdura después de los 25 años de paz, tan fructuosa en otros órdenes de nuestra vida cultural y económica, todas las soluciones que proponen vulneran la voluntad del fundador, suprema ley, máxime cuando ha obtenido su expreso reconocimiento por el Estado..., no teniendo la fundación capacidad civil necesaria para dicha agregación o integración, procediendo en consecuencia la estimación íntegra del recurso.»

Casi veinticinco años después, se dicta la STS de 6 de junio de 1987 (Sala 3.^ª/Pon. Excmo. Sr. Antonio Agúndez Fernández). El caso que la origina es similar en algunos aspectos al anterior, pero difiere en términos procesales; de ahí que termine en la jurisdicción contencioso-administrativa. La Fundación «Escuela de D. Francisco Bustamante Guerra», sita en Ontaneda (Santander, ahora Cantabria) fue calificada como de beneficencia particular por Orden del

Ministerio de la Gobernación de fecha 19 de junio de 1900. Una de las cláusulas de sus estatutos establecía que «si por una ley desamortizadora o por otra causa no fuere posible el sostenimiento de la Escuela, estos bienes (los fundacionales) se distribuirán entre los herederos de D. Francisco Bustamante Guerra o sus derechohabientes en la misma forma en que lo fueren».

Andando el tiempo, la fundación se declara extinguida y uno de los patronos (que es el recurrente ante el TS) propone al Ministerio de Educación y Ciencia la distribución del activo fundacional entre los derecho-habientes del fundador. El conocido Dictamen del Consejo de Estado de 19 de mayo de 1983 y el correspondiente Acuerdo del Ministerio entienden que los bienes fundacionales deben ser distribuidos entre instituciones benéficas de la localidad de Ontaneda, de su comarca, o de la provincia cántabra.

La Sala 3.^a del TS declara nulo el Acuerdo ministerial y estima la procedencia de distribuir los bienes fundacionales entre los derecho-habientes del fundador, atendiendo básicamente a las siguientes razones:

- 1.^a Propugna la sentencia que la Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849 se opone a lo dispuesto por el artículo 39 del CC, según el cual «la regla primera que rige el destino de los bienes de la fundación extinguida es la de cumplirse lo dispuesto por las cláusulas fundacionales y, si éstas nada estableciesen previamente, la segunda regla es la de que los bienes se aplicarán a la realización de fines análogos en beneficio de la región, provincia o municipio sede de la fundación» (fj. 5.º).
- 2.^a Defiende el paralelismo antes reseñado entre la trilogía de personas jurídicas y la trilogía de criterios normativos recogidos en el artículo 39 del CC: «Y no se diga, según de contrario afirma la Administración, que el artículo 39 del CC da prevalencia de fuente regidora primero a las leyes, luego a los estatutos y después a las cláusulas fundacionales, porque al exponer este orden se está refiriendo a las normas que respectivamente rigen las corporaciones, las asociaciones y las fundaciones, es decir, las leyes, los estatutos y/o las cláusulas fundacionales según correlativamente correspondan» (fj 5.º).
- 3.^a En consecuencia, la voluntad del fundador a través de las cláusulas fundacionales, se eleva a *lex suprema* de la materia, situando en un marco secundario y, por supuesto, supletorio a las propias previsiones o determinaciones legislativas: «Es que las cláusulas fundacionales constituyen ley de la fundación; y si ya no pueden cumplirse los fines deseados por el fundador, los bienes que adscribió a ellos han de seguir el destino que le señalase; los cuales, de no haber tal expresa designación, seguirán el destino regulado por las leyes, aquí el artículo 16 de la Ley de 1849 y el 392 del Código civil» (fj. 6.º).

6. LA CONSIDERACIÓN DEL TEMA POR LAS DISPOSICIONES FORALES O AUTONÓMICAS

Una vez conocidas las pautas de desarrollo del problema en la legislación general, corresponde ahora tener en cuenta el planteamiento del tema en otras disposiciones legislativas de aplicación territorialmente delimitada, como son las disposiciones propias de la Compilación Foral de Navarra o Fuero Nuevo de Navarra (que serán analizadas en este curso, con particular atención, por mi amigo y compañero D. Ramón Durán Rivacoba) y las leyes autonómicas dictadas en materia de fundaciones tras la aprobación de la Constitución por algunas Comunidades Autónomas (hasta ahora, Cataluña, Galicia y Canarias).

6.1. *La compilación navarra*

La Compilación Navarra, dictada en 1973, contempla específicamente la posibilidad de réversión de los bienes fundacionales. Establece en tal sentido la Ley 47 que «el acto fundacional o los estatutos podrán establecer la reversión en favor de los herederos del fundador o de determinadas personas, sean o no parientes de éste, con el límite de la Ley 224» (remisión al régimen jurídico de las sustituciones fideicomisarias); previendo su párrafo segundo que «cuando se extinga una fundación sin haberse previsto el destino de sus bienes, adquirirá éstos la Comunidad Foral de Navarra, que los aplicará a fines similares a los establecidos por el fundador».

6.2. *La Ley catalana*

La Ley 1/1982, de 3 de marzo, de la Generalidad de Cataluña, aborda el problema que nos ocupa de forma directa y clara. Establece textualmente el artículo 9-2 de la misma lo siguiente:

«La previsión de la destinación de los bienes sobrantes en caso de extinción de la Fundación, sólo podrá hacerse en favor de otras Fundaciones, de Entidades públicas o de Entidades privadas, sin ánimo de lucro y con finalidad análoga. Si los Estatutos no la previeran, corresponderá al Protectorado decidirla dentro de los límites señalados.»

La importancia que el legislador catalán otorga al precepto transcrito no radica sólo en cuanto afirma y establece (que ya de por sí es suficiente), sino en consideraciones relativas a su entrada en vigor y a su eficacia retroactiva.

Las disposiciones transitorias de la Ley 1/1982 otorgan a las fundaciones existentes la posibilidad de adecuar sus Estatutos a la nueva regulación durante un plazo de doce meses a partir de su entrada en vigor. Transcurrido dicho plazo, si no se ha llevado a cabo la pertinente adaptación estatutaria, las actividades fundacionales «quedarán en suspenso», indica al final la segunda y última de las disposiciones transitorias.

Sin embargo, el número tres de la anterior disposición transitoria excepciona de dicho régimen la regla relativa a la destinación del patrimonio fundacional en liquidación: «El precepto del punto 2 del artículo 9.º —establece— entrará en vigor inmediatamente. Quedan sin efecto, a partir de ahora, las disposiciones de los Estatutos que se le opongan».

Esto es, el legislador catalán degüella de raíz cualquier pretensión de supervivencia de cláusulas fundacionales en las que se hubiera establecido por el constituyente la posible adjudicación o atribución de los bienes fundacionales a sus sucesores. Tales previsiones estatutarias o fundacionales «quedan sin efecto» por haber concedido el legislador eficacia retroactiva máxima a la norma sobre destinación del patrimonio fundacional.

No es necesario insistir más: en el ámbito territorial propio de la Ley 1/1982 y en el ámbito competencial del Estatuto de Autonomía de Cataluña cualquier pretensión de establecimiento o pervivencia de reglas fundacionales o estatutarias que tengan por objeto plantear la posible reversión del patrimonio fundacional a la mano privada carece de valor alguno.

6.3. La Ley gallega

Esta Ley, aprobada el 25 de junio de 1983, se denomina oficialmente *Ley de régimen de las fundaciones de interés gallego*, siguiendo lo establecido al respecto en el artículo 27 del Estatuto de Autonomía para Galicia. De semejante expresión («de interés gallego»), evanescente e imprecisa hasta extremos surrealistas, toma sin embargo, pie el legislador de la Comunidad Autónoma gallega para considerar que, frente a lo que ocurre respecto de otras Comunidades Autónomas, «la competencia atribuida a Galicia es más amplia, ya que incluye la formulación del régimen de las Fundaciones de interés gallego». «Esto —continúa afirmando el preámbulo de la Ley— permite realizar un replanteamiento profundo de la Institución fundacional, del que está extraordinariamente necesitada, al menos para Galicia, tal y como también se ha hecho recientemente en Cataluña».

El razonamiento es, sencillamente, peregrino. No es extraño, sin embargo, en redactores que escriben «institución fundacional» con mayúscula. Pero, en fin, a nosotros nos preocupan otros temas, a los que paso.

En relación con el destino del patrimonio fundacional en liquidación, la Ley gallega de 25 de junio de 1983 se limita prácticamente a remitirse a lo establecido en el artículo 39 del CC, interpretado al parecer como norma supletoria de lo establecido en las cláusulas fundacionales⁷. En consecuencia, debemos remitirnos a las conclusiones obtenidas en relación con el régimen normativo de carácter común y de aplicación territorial generalizada a la mayor parte del ámbito geográfico nacional.

6.4. La Ley canaria

La Ley de fundaciones canarias es la Ley 1/1990, de 29 de marzo («B.O.C». 31 enero; «B.O.E». 6 marzo 1990), recientemente aprobada y, hasta la presente, la última de las leyes autonómicas sobre la materia.

La cuestión que nos interesa no es fácil de dilucidar de forma rotunda, pues existen indicios normativos en cuya virtud parece que el Parlamento de Canarias ha optado por remitirse al reiterado artículo 39 del Código civil⁸, mientras que otros pasajes normativos (inspirados probablemente en la Ley catalana) deberían llevar a la conclusión de que la Ley 1/1990 imposibilita el retorno de los bienes (o patrimonios) fundacionales en liquidación a la familia o a los sucesores del fundador⁹.

Personalmente, opto por esta última interpretación en base a lo siguiente: cuando la Ley canaria regula las funciones propias del Protectorado en el artículo 24, establece en la letra j) lo siguiente:

⁷ Dispone el artículo 24 cuanto sigue: «La extinción de una Fundación o su transformación por agregación o fusión procederá por las causas previstas en la carta fundacional y en los supuestos establecidos en el artículo 39 del Código civil, dándole a los bienes y derechos el destino predeterminado en dichas disposiciones».

⁸ El artículo 21.4, al regular los requisitos del acuerdo de extinción, presupone y requiere la constancia formal «del destino de los bienes fundacionales de conformidad con el artículo 39 del Código civil».

⁹ En esta línea, posiblemente la norma más representativa sea la contenida en el artículo 14.1: «Los bienes integrantes de la dotación patrimonial de la fundación deben ser destinados de modo permanente a la satisfacción de los fines fundacionales».

«Decidir, según lo establecido en el artículo 39 del Código civil, sobre el destino de los bienes dotacionales cuando no sea posible la constitución de la fundación o debe procederse a su extinción y no se halle previsto en sus estatutos. La aplicación de los referidos bienes se realizará exclusivamente en favor de Entidades públicas o privadas, sin ánimo de lucro, que cumplan fines análogos y siempre en interés de la Comunidad Autónoma de Canarias.»

La precisión contenida en el segundo inciso, al adicionar a la determinación de los adjudicatarios (las entidades sin ánimo de lucro) la necesidad de atender al interés de la Comunidad Autónoma, parece excluir frontalmente la posibilidad de que la destinación de los bienes restantes beneficie a particulares y, señaladamente, a los eventuales sucesores o herederos del fundador. Así pues, la remisión al artículo 39 del CC tiene en este caso un valor muy relativo, pues la previsión estatutaria o fundacional, caso de existir, sólo es de recibo si contempla como adjudicatarios finales de los bienes fundacionales a entidades sin ánimo de lucro y no a personas naturales propiamente dichas¹⁰.

7. LA IRREVERSIBILIDAD DEL PATRIMONIO FUNDACIONAL EN EL PROYECTO DE LEY

Como ya he adelantado, el último Proyecto de ley de fundaciones parte de la base de considerar que los bienes fundacionales, una vez que merezcan tal calificación, no pueden volver a la disponibilidad de la mano privada.

La materia se encuentra contemplada en el artículo 31 del referido Proyecto, bajo la rúbrica de *liquidación*. De acuerdo con el número 1 de dicho texto, cualquiera que fuese la causa de extinción de la persona jurídica tipo fundación, la liquidación se producirá bajo el control del Protectorado y tendrá por objeto adscribir los bienes o los elementos patrimoniales de la fundación a

¹⁰ Por otra parte, aunque no vaya a ser desarrollado en texto, tiene una gran importancia el hecho de que el régimen normativo de la atribución del patrimonio fundacional en liquidación se haga también extensivo al «destino de los bienes dotacionales cuando no sea posible la constitución de la fundación...». Según ello, existiendo voluntad constituyente y dotación patrimonial, los bienes fundacionales quedan ya afectos al cumplimiento de fines de interés general, aun en el caso de que la fundación no llegara a constituirse propiamente hablando. Ergo, determinadas cláusulas de estilo en la materia que ya hemos tenido ocasión de ver en alguna de las sentencias comentadas (por decirlo en pocas palabras, todas aquellas en que la voluntad del fundador se manifiesta *sub conditione*, pretendiendo que el régimen normativo general de las fundaciones haya de ser el que le viene en gana al fundador, frente al que —en cualquier momento posterior— pudiera decidir el legislador competente en la materia) han de tenerse por no puestas.

otras entidades¹¹. Esto es, el Proyecto atribuye a la liquidación su significado habitual y convencional.

La destinación de los elementos patrimoniales de la fundación extinguida queda determinada por el Proyecto con claridad, si bien se hace necesario distinguir entre las fundaciones que encuentren su origen en la iniciativa económica privada, con independencia de que hayan sido constituidas por personas físicas u otras personas jurídicas (Cfr. art. 6) y aquellas fundaciones que hayan sido constituidas por cualesquiera otras personas jurídicas públicas.

Esta última expresión («personas jurídicas públicas») obviamente está referida al propio Estado y a cualesquiera otras Administraciones, Sociedades o Entidades que tengan carácter público. En este caso, las fundaciones «podrán prever en sus estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a otras entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general». En consecuencia, la entidad receptora del patrimonio en liquidación puede ser de naturaleza fundacional, pero no tiene por qué serlo obligatoriamente. Basta con que sea una entidad pública que, como es casi regla, persiga fines de interés general. Por consiguiente, la fundación constituida por un Ayuntamiento o por una Sociedad Estatal puede prever, lo mismo que su sucesora en caso de extinción, sea otra fundación jurídico-pública, o un consorcio deportivo, o una junta municipal, o un museo público.

El legislador no ha considerado conveniente, pues, establecer otros requisitos, entendiendo que en el caso de personas o entidades jurídicas públicas el interés general se encuentra convertido en el propio eje genético de tales entidades.

Para la liquidación de las fundaciones constituidas por los particulares, el número 2 del artículo comentado considera tanto la posibilidad de que los fundadores hayan previsto el sucesivo destino de los bienes cuanto la eventualidad de que, en el momento de la constitución, dicha cuestión haya sido omitida. Consideremos ambas cuestiones por separado:

A) Considera admisible el Proyecto que en el propio negocio fundacional o en el estatuto de la fundación extinguida, se hayan previsto y designado las fundaciones o las entidades no lucrativas que han de ser consideradas sucesoras de aquélla. Mas, en todo caso, tales entidades han de cumplir cumulativamente los dos requisitos siguientes:

¹¹ Como es sabido, en la pasada legislatura, el Grupo Parlamentario Popular presentó el día 17 de mayo de 1991 una «Proposición de ley sobre el derecho de fundación». Dicha proposición de ley no dedicaba norma ni inciso alguno al tema que nos ocupa.

1. Perseguir fines de interés general, exigencia coherente y concorde con el conjunto de la regulación de la materia, pues, como sabemos, los fines de interés particular excluirían de raíz la consideración de tales entidades como fundaciones.
2. Afectación de sus bienes, incluso para el supuesto de disolución, a la consecución de tales fines de interés general.

La consideración cumulativa de ambos requisitos debe llevar a concluir que, sin asomo de duda alguna, el Proyecto opta radicalmente por excluir la posibilidad de que los bienes fundacionales dejen de estar afectos en el futuro a la atención y consecución de los fines de interés general. No cabe, pues, el retorno a la «mano privada». El estatuto jurídico de los bienes fundacionales excede de la disponibilidad propia de los particulares.

B) En el supuesto de imprevisión, determina el Proyecto que «los bienes y derechos de la fundación extinguida se destinarán a las fundaciones que designe el Protectorado de entre las que persigan fines análogos a la extinguida». Obsérvese que, en tal supuesto, la fijación de las posibles entidades sucesoras de la fundación extinguida corresponde en exclusiva al Protectorado, sin participación ni decisión alguna del Patronato. Se reserva pues a los poderes públicos correspondientes la decisión sobre el destino final de los bienes patrimoniales de la fundación extinguida, si bien la actuación del Protectorado encuentra a su vez pautas de conducta legalmente determinadas. Las únicas sucesoras serán otras fundaciones (y no, por tanto, cualesquiera otras entidades, aunque tengan carácter altruista y sean calificables por ende de naturaleza no lucrativa), y, de otra parte, debe existir afinidad entre los fines perseguidos por la fundación sucesora y por la fundación extinguida. El ámbito de actuación del Protectorado se encuentra legalmente circunscrito en este caso y el acto administrativo correspondiente de adjudicación a cualquier otra fundación, en cuanto acto reglado, queda sometido al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues los poderes públicos que representen el Protectorado carecen de cualquier ámbito discrecional de actuación.

Pero respecto del tema central de nuestra atención, la conclusión es la misma que la deducida anteriormente: los bienes fundacionales han de estar afectos, tanto en el momento genético de la fundación como en el futuro, a la atención y consecución de fines de interés general.

BIBLIOGRAFÍA

- J. CAFFARENA, *El régimen jurídico de las fundaciones. Estudio para su reforma*. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1992.

- VV.AA., *Presente y futuro de las fundaciones* (coord. R. de Lorenzo García y M. A. Cabra de Luna), Madrid, 1990.
- J. FERRER I RIBA, *Formes jurídiques de destinació fundacional en el Dret Civil de Catalunya*, Tesis doctoral inédita, leída en la Universidad de Barcelona (10 de julio de 1989).
- J. L. PIÑAR MAÑAS y A. REAL PÉREZ, *Legislación sobre instituciones de beneficencia particular. Fundaciones benéfico-asistenciales. puras y mixtas*, Madrid, 1987.
- J. TRASERRA CUNILLERA, *Las fundaciones pías autónomas*, Barcelona, 1985.
- GENERALITAT DE CATALUNYA (ed.), *Fundacions privades catalanes*, Barcelona, 1984.
- C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un Proceso)*, Universidad de Barcelona, 1983.
- F. RICO PÉREZ, *Las fundaciones en la Constitución española*, Toledo, 1982.
- R. BADENES GASSET, *Las fundaciones de Derecho privado. Doctrina y Textos legales*, Barcelona, 1977.
- U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969.
- J. ROMERO GIRÓN, *Las fundaciones*, Madrid, 1886.
- M.^a T. CARRANCHO HERRERO, *El problema del ejercicio de actividades económicas por las fundaciones*, RDP, 1991, pág. 94.
- R. DURÁN RIVACOBBA, «Las fundaciones en el Derecho foral navarro», en *Temas de Derecho civil foral navarro*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 137.
- J. CAFFARENA, «El artículo 39 del CC y la extinción de las fundaciones», en *Centenario del Código Civil*, tomo I, Madrid, 1990, pág. 371.
- J. M.^a DE PRADA GONZÁLEZ, *Una futura Ley de fundaciones*, AC, 1989, págs. 2617 y 2677.
- J. CAFFARENA, «Competencia de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones», en el colectivo *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas* (coord. B. MORENO QUESADA), Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- M. A. CABRA DE LUNA, «El Protectorado sobre las fundaciones benéfico-asistenciales», en *Cuadernos de Acción Social*, 1987, págs. 4, 8.
- J. CAFFARENA, «Modificación y extinción de las fundaciones», en *Cuadernos de Acción Social*, 1987-4, pág. 104.
- J. L. PIÑAR MAÑAS y A. REAL PÉREZ, «Notas sobre el régimen jurídico de las fundaciones en los Derechos europeos», *Cuadernos de Acción Social*, 1987-4, pág. 125.
- A. MARTÍNEZ LAFUENTE, «Exención tributaria y capacidad contributiva de las fundaciones», *Crónica Tributaria*, 1984.
- J. FERRER I RIBA, *El procés constitutiu d'una fundació en la llei de 3 de març de 1982 de fundacions privades catalanes*, RJC, 1984.
- J. L. LACRUZ BERDEJO, *Las fundaciones en la Constitución española de 1978*, ADC, 1983, pág. 1455.
- L. PUIG FERRIOL, *El patrimonio fundacional en la Ley de fundaciones catalana*, ADC, 1983, pág. 1641.
- J. M. VILASECA MARCET, *Entorn de la legislació catalana sobre fundacions privades*, RJC, 1983, pág. 7.
- J. L. LACRUZ BERDEJO, «Aportación para una futura Ley de fundaciones», en *Hacia un estatuto de las fundaciones*, Madrid, 1979.
- L. DÍEZ-PICAZO, «Potestad legislativa en materia de fundaciones en España tras la promulgación de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía», en *Las fundaciones y los Estatutos de Autonomía*, Madrid, 1979.
- R. BADENES GASSET, *Regulación legal de las fundaciones: algunas consideraciones críticas del Derecho español*, RDP, 1979.
- C. MALUQUER DE MOTES, *Notas en torno a las fundaciones y establecimientos en el CC*, RDP, 1979, pág. 458.
- F. SAINZ MORENO, *Fundaciones benéficas: algunas consideraciones sobre la intervención del Protectorado y la voluntad del fundador (SSTS 28 febrero y 27 abril 1979)*, REDA, 1979, pág. 651.
- J. M.^a VILASECA MARCET, *Una ley de fundaciones privadas*, RJC, 1977, pág. 61.

- L. MORELL OCAÑA, *Notas sobre el arcaísmo del derecho de las fundaciones benéficas*, en REDA, 1978, pág. 149.
- B. CAMY, *Fundaciones, breve idea de su normación legal*, RDP, 1974, pág. 980.
- R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Aspectos de la nueva regulación de las fundaciones culturales privadas*, RAP, 1973, pág. 377.
- J. MADRUGA MÉNDEZ, «El patrimonio fundacional benéfico», en *Estudios Castán*, tomo IV, Pamplona, 1969, pág. 491.
- J. MADRUGA MÉNDEZ, *Consideraciones en torno a las fundaciones privadas de interés público*, ADC, 1968, pág. 413.
- J. J. LÓPEZ JACOISTE, *La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones*, RDP, 1965, pág. 567.
- J. M. VILASECA MARCET, *Fundaciones culturales privadas*, RJC, 1973, pág. 319.
- J. MADRUGA MÉNDEZ, *Fundaciones benéfico-particulares y docentes*, RGLJ, 1961, pág. 159.
- R. BADENES CASSET, *El negocio jurídico de fundación*, RJC, 1959, pág. 151.
- F. DE CASTRO Y BRAVO, *Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares*, ADC, 1953, pág. 623.
- L. CÁRDENAS, *Las fundaciones familiares del Derecho privado*, RDP, 1952.
- I. NART, *Las fundaciones*, RDP, 1951, pág. 448.