

LAS FUNDACIONES EN PROCESO DE FORMACION

ALICIA REAL PEREZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. PROBLEMÁTICA EN TORNO AL RECONOCIMIENTO DE PERSONALIDAD A LAS FUNDACIONES MEDIANTE SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA SITUACIÓN ESPAÑOLA. 1. *Introducción.* 2. *Evolución en el Derecho de Fundaciones español del sistema de reconocimiento de la personalidad por disposiciones normativas.* A) Panorama general. B) Referencia a los anteriores sistemas para el reconocimiento de la personalidad en las Fundaciones de ámbito nacional. C) Referencia a los sistemas para el reconocimiento de la personalidad a las Fundaciones autonómicas. Su articulación con el recogido en la Ley 30/1994, de Fundaciones. D) La influencia del sistema de adquisición de la personalidad por las sociedades mercantiles. 3. *Esquema del nuevo proceso constitutivo de las Fundaciones y de la eficacia jurídica en sus distintas fases.* A) La perfección del negocio jurídico fundacional y sus efectos. B) La Fundación en proceso de formación: su consideración legal. C) El acceso al Registro. 4. *Fundación en proceso de formación y "Fundación irregular".* 5. *Problemática jurídica de fondo suscitada alrededor de los entes en proceso de formación, con especial referencia a las Fundaciones.* A) Duración del período. B) Actividades que podrían ser realizadas en nombre de la Fundación durante el período anterior a su inscripción. C) Intereses protegibles que podrían confluír a lo largo del proceso de formación de las Fundaciones. 6. *Algunas cuestiones previas a la resolución de los conflictos planteados.* A) Calificación del patrimonio fundacional antes de la inscrip-

ción. B) Naturaleza de la Fundación en proceso de formación. Las distintas teorías sobre la naturaleza de las personas jurídicas en proceso de formación. C) Derecho supletorio aplicable a las Fundaciones en proceso de formación. II. EN CONCRETO, LA ACTIVIDAD DE LA FUNDACION EN TRAMITE DE INSCRIPCION. 1. *Sujetos que actúan para la Fundación en proceso de formación.* A) El Patronato. B) Otras personas. 2. *Actividades necesarias y/o posibles que pueden ser realizadas antes de la inscripción.* A) Algunas cuestiones previas. B) Las actividades citadas por el art. 11. Su alcance. C) Las actividades no mencionadas en el art. 11 de la Ley. III. EN CONCRETO, LA RESPONSABILIDAD POR LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS DESPUES DE PERFECTO EL NEGOCIO FUNDACIONAL Y ANTES DE LA INSCRIPCION. 1. *Cuestiones generales.* 2. *Si la Fundación accede al Registro.* A) Responsabilidad en relación con los actos concluidos por el órgano de gobierno de la Fundación antes de la inscripción de la misma. B) Responsabilidad en relación con los actos celebrados por personas diferentes de los patronos. 3. *Si la Fundación no se inscribe.* A) Los distintos actos concluidos por el Patronato y la responsabilidad si la Fundación no accede al Registro. B) Las reglas de responsabilidad contenidas en el art. 11 *in fine* de la Ley de Fundaciones.

El art. 11 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, regula la fundación en proceso de formación. El precepto es del siguiente tema: "Otorgada la escritura fundacional y en tanto se procede a la inscripción en el Registro de Fundaciones, el órgano de gobierno de la Fundación realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquellos otros que resulten indispensables para la conseración de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la Fundación, los cuales se entenderán automáticamente asumidos por ésta cuando obtenga personalidad jurídica. En el supuesto de no inscripción, la responsabilidad se hará efectiva sobre el patrimonio fundacional, y, no alcanzando éste, responderán solidariamente los patronos" (1).

(1) A pesar de la importante problemática que suscita este artículo, sólo se presentaron dos enmiendas al mismo durante su tramitación parlamentaria en el Congreso.

I. PROBLEMATICA EN TORNO AL RECONOCIMIENTO DE PERSONALIDAD A LAS FUNDACIONES MEDIANTE SU INSCRIPCION EN EL REGISTRO

1. Introducción

La Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones, ha generalizado el sistema de reconocimiento de la personalidad por disposiciones normativas para todas las Fundaciones de ámbito estatal que se constituyan a partir de su entrada en vigor (2). Así, dispone en el art. 3.1 que

“Las Fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones. La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la Ley”. La regulación básica del Registro de Fundaciones de competencia estatal se recoge en los artículos 36 y 37 de la Ley 30/1994, y en el Reglamento de dicho Registro, aprobado por Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo. Además, existen Registros de Fundaciones en las Comunidades Autónomas.

Dicho sistema fue acogido también en las Comunidades Autónomas que han promulgado hasta la fecha Leyes de Fundaciones (3). Y, además, de acuerdo con la Disposición Final primera, núm. 1 de la Ley 30/1994, el transcrito art. 3.1 constituye (junto con los 1.1, 2.1, 6.1, 7.1 y

Una de ellas, la enmienda n.º 268, presentada por el Grupo Popular, de supresión del artículo, en coherencia con el sistema de adquisición de personalidad por libre constitución, que el mismo Grupo Popular proponía en la enmienda n.º 248 al artículo 3 del Proyecto de Ley. La otra, de modificación del último inciso, con una pequeña alteración en las reglas de responsabilidad para caso de no inscripción de la Fundación, presentada por Coalición Canaria, con el n.º 198. Ninguna de las dos enmiendas fue aceptada.

Con posterioridad, el Reglamento de Fundaciones de Competencia estatal, aprobado por Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, no desarrolla el referido artículo 11 de la Ley de Fundaciones.

(2) Recientemente, se ha publicado el libro colectivo *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, dos tomos, Madrid, 1995, del que importa consultar de forma especial en lo relativo al tema objeto de este trabajo, los estudios de PIÑAR MAÑAS, en t. I, pp. 25 y ss. (comentario del art. 3 de la Ley 30/1994); y CAFFARENA, t. I, pp. 45 y ss. (arts. 6 y ss. de la Ley 30/1994) y ps. 95 y ss. (art. 11 de la Ley).

(3) Ver, *infra*. I, 2, C.

2, 12.1, y 29) una de las "condiciones básicas del Derecho de Fundación reconocido en el art. 34 en relación con el 53, de la Constitución", y es "de directa aplicación en todo el Estado al amparo de lo previsto en el art. 149.1.1.^a de la propia Constitución". Lo cual nos permite afirmar que, a partir de ahora, sólo se otorgará personalidad a las Fundaciones que se inscriban en el Registro correspondiente (4).

La Ley de Fundaciones configura, así, un régimen de reconocimiento a las mismas a través de un *proceso* que se inicia al quedar perfecto el *negocio jurídico fundacional* y finaliza con la *inscripción de la Fundación* en el Registro. El nacimiento de una Fundación como persona jurídica es el resultado, insisto, de ese proceso articulado, y no de uno o varios actos aislados. Dicho proceso de reconocimiento comienza de manera irrevocable con la perfección del negocio jurídico creador, unido a la dotación, y culmina con la inscripción registral. E interesa insistir en que el negocio fundacional produce desde su perfección efectos importantes aunque la inscripción aún no haya tenido lugar. Así, por ejemplo, como veremos en estas líneas, el fundador queda vinculado, y puede ser obligado a entregar la dotación prometida que, desde entonces, se independiza de su patrimonio personal (5). Pues bien, aquí sólo hay lugar para reflexionar acerca de la problemática

(4) Respecto de las de ámbito estatal que ya gozasen de personalidad de acuerdo con la normativa anterior, aunque no estuvieran inscritas en el Registro (por ejemplo, las Fundaciones benéfico-asistenciales de ámbito estatal, a las que se concedía personalidad desde la perfección del negocio jurídico fundacional), evidentemente no la pierden como consecuencia de la entrada en vigor de esta Ley.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que de conformidad con la Disposición transitoria segunda de la Ley 30/1994:

"1. En el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de esta Ley, las Fundaciones ya constituidas deberán adaptar sus estatutos a lo dispuesto en la misma y presentarlos en el Registro de Fundaciones.

Excepcionalmente, el Protectorado, a solicitud razonada del Patronato, y cuando consten acreditadas circunstancias que objetivamente lo justifiquen, podrá prorrogar hasta un máximo de dos años más dicho plazo.

En igual plazo, y respecto de las Fundaciones preexistentes que no hubieran de adaptar sus estatutos a lo dispuesto en esta Ley, el Patronato dará traslado de aquéllos y de la escritura de constitución al órgano de Protectorado respectivo, quien a su vez los remitirá al Registro de Fundaciones a efectos de inscripción".

Sobre esta importante cuestión de Derecho transitorio, se pueden consultar los comentarios de PIÑAR MAÑAS, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I, cit., pp. 689 y ss.

(5) A partir de ese momento el Patronato de la Fundación es el legitimado para administrar el patrimonio fundacional, sobre el que ya no puede actuar el fundador salvo en lo que legítimamente se haya previsto en los estatutos (arts. 9.1 e) y f) de la Ley 30/1994 a la luz de los arts. 1.2 y 9.2 de la misma). Ver, *infra*. II.

jurídica que se puede presentar en el lapso de tiempo, a veces dilatado, que media entre esos dos momentos.

Desde luego no es ninguna novedad que actualmente muchas personas jurídicas sólo son reconocidas por el Derecho si su constitución se ha ajustado a un proceso integrado por distintos actos articulados entre sí, regulado por la ley y que finaliza con una constatación oficial, normalmente la inscripción en un Registro público. Sin duda, éste es un fenómeno en expansión tanto en nuestro Derecho como en otros cercanos; y lo mismo que ya hace tiempo se generalizó en el ámbito de las sociedades mercantiles, era de prever que se extendería también en la esfera de las Fundaciones.

Ciertamente, las ventajas de exigir una inscripción registral constitutiva son más relevantes que los inconvenientes. Por de pronto, gana la seguridad del tráfico y la seguridad de los terceros que contraten con la Fundación; y, sin duda, éstos son intereses que deben ser protegidos en atención tanto a la imparable expansión de las Fundaciones, como a la posibilidad de que éstas actúen en el tráfico mercantil (6). Como reverso de la moneda, ordenar que la inscripción sea constitutiva de la personalidad jurídica puede dar origen a diversas cuestiones de controvertida solución, que son abordadas por el art. 11 de la nueva Ley de Fundaciones y que constituyen el objeto de este trabajo.

No es éste el lugar ni la ocasión para entrar en el análisis de las causas que han motivado en los últimos cien años esta evolución en los criterios legales para el reconocimiento de las personas jurídicas, máxime cuando ello nos llevaría ineludiblemente a entrar en el análisis del propio concepto actual de persona jurídica. Pero sí importa recordar que en España y en el ámbito de las Fundaciones, la inscripción en un Registro no ha sido hasta época bien reciente requisito esencial para su reconocimiento como tales, según se expone a continuación. Precisamente, por lo novedoso (o relativa-

(6) En España la obra clásica, rigurosa, pionera y esencial en el análisis de estos temas es el importante libro de VALERO AGUNDEZ, *La Fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969. Igualmente, fueron pioneras las reflexiones de LOPEZ JACOISTE, en "La Fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones", *Revista de Derecho Privado*, 1965, pp. 567 y ss. Se pueden ver también CARRANCHO HERRERO, "El problema del ejercicio de actividades económicas por las Fundaciones", *Revista de Derecho Privado*, 1991, pp. 94 y ss. CALLE RODRIGUEZ, "Bancos y Fundaciones", en *Actualidad Civil*, núm. 22, 1995. Y, recientemente, CABRA DE LUNA, en su comentario al art. 22 de la Ley 30/1994, en la obra colectiva, *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I, cit., pp. 182 y ss. y NIETO ALONSO en *Fundaciones: su capacidad. Especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, La Coruña, 1996, pp. 369 y ss.

mente novedoso) de este sistema en este ámbito, y porque presenta particularidades en atención a la peculiar naturaleza de las Fundaciones, es ineludible entrar en la problemática jurídica que plantean las actividades u omisiones realizadas respecto del patrimonio fundacional, ya adscrito por el fundador al cumplimiento de un fin de interés general, mientras la inscripción en el Registro no se produce. Máxime, cuando no será infrecuente, por las causas que se verán, que dicha inscripción pueda demorarse un plazo de tiempo importante.

2. *Evolución en el Derecho de Fundaciones del sistema de reconocimiento de la personalidad por disposiciones normativas*

A) Panorama general

La legislación española sobre Fundaciones privadas se contenía, hasta hace bien poco, en una maraña de normas, de las que sólo tres tenían rango de Ley (7). El resto se hallaba en casi un centenar de disposiciones de diferentes rangos legales, que se habían sucedido a lo largo de más de cien años, sin incluir la mayoría de las veces disposiciones derogatorias de las normas anteriores, de tal modo que resultaba difícil precisar el alcance de su vigencia (8).

Respecto de las Fundaciones culturales privadas se consiguió superar la situación al promulgarse el Decreto 2930/1972, de 21 de julio, que las reguló con detalle.

En cambio, las benéfico-asistenciales continuaron regidas por la caótica normativa reglamentaria, cuyo puesto principal estaba ocupado por el Real Decreto de 14 de marzo de 1899, sobre reorganización

(7) La Ley General de Beneficencia, de 20 de junio de 1849, referida sólo a los Establecimientos de Beneficencia públicos, si bien permitía la existencia de los privados o particulares. El Código civil de 1889, que admite dentro de su normativa básica sobre personas jurídicas (arts. 35-39), la existencia de las Fundaciones privadas. Y el art. 137 de la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación.

(8) Ver PIÑAR MAÑAS y REAL PEREZ, *Legislación sobre Instituciones de Beneficencia Particular*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987. Allí presentamos, concordadas y anotadas, las disposiciones que en tal fecha considerábamos en vigor reguladoras sólo de las Fundaciones benéfico-asistenciales puras y mixtas.

DE LORENZO GARCÍA y CABRA DE LUNA, recogieron los textos de la normativa principal sobre todo tipo de Fundaciones en las pp. 277 y ss. del libro coordinado por ellos *Presente y futuro de las Fundaciones*, Civitas, Madrid, 1990.

de servicios de la beneficencia particular e Instrucción para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la beneficencia particular (9).

La Constitución de 1978 supuso un respaldo definitivo y esencial para las Fundaciones, al reconocer en el art. 34 el derecho a fundar y, con él, la existencia de Fundaciones "para fines de interés general con arreglo a la Ley" (10). Y, además, abrió las puertas a las Comunidades Autónomas para que pudieran regular jurídicamente la vida y control de las Fundaciones que operasen en sus ámbitos territoriales (11).

Así, las Comunidades Autónomas asumieron competencias en materia de Fundaciones. Y en su virtud, Cataluña, Galicia, Canarias y el País Vasco, han dictado hasta la fecha sendas Leyes de Fundaciones: Ley Catalana 1/1982, de 3 de marzo, de Fundaciones privadas, modifi-

(9) Dejo fuera a las Fundaciones laborales y de enseñanza pecuaria, agrícola y minera, por su carácter residual. Téngase en cuenta que la Disposición adicional decimoctava de la Ley 30/1994, de Fundaciones, dispone que en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley el Gobierno deberá regular el régimen económico, organizativo y fundacional de las Fundaciones laborales; de modo que las excluye del régimen fundacional general.

Las Fundaciones laborales se regulan por Decreto 446/1961, de 16 de marzo. Actualmente, no son muy importantes, en relación con el resto, principalmente por su carácter especial. Es ilustrativo el reciente libro de RODULFO, Juan, *Las fundaciones laborales. Problemática actual y régimen jurídico*, Fundación Laboral de Servicios Asistenciales, Grupo INI, Madrid, 1992.

Y las Fundaciones de enseñanza agrícola, pecuaria y minera, se regulan por Real Decreto de 30 de julio de 1926, y tienen actualmente poca relevancia.

(10) La Constitución Española es una de las pocas del mundo que reconoce el derecho de fundación.

Sobre el derecho constitucional de fundación, véase, entre otros: LACRUZ BERDEJO, "Las Fundaciones en la Constitución española de 1978", *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 1455 y ss. RICO PEREZ, *Las Fundaciones en la Constitución Española*, Toledo, 1982. PIÑAR MAÑAS, "Las Fundaciones y la Constitución Española", en el libro colectivo dirigido por S. MARTIN RETORTILLO, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría*, vol. II, Madrid, 1991, pp. 1316 y ss. PIÑAR MAÑAS, "Las Fundaciones en el marco constitucional", en la obra colectiva *Hacia una nueva Ley de Fundaciones*, Fundación Marcelino Botín, Santander, 1991; y en la *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 14, pp. 39 y ss. GARCIA DE ENTERRIA, E., "Constitución, Fundaciones y sociedad civil", en la obra colectiva *Las Fundaciones y la sociedad civil*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 21 y ss. También en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Lacruz Berdejo*, T. I, Barcelona, 1992, pp. 355 y ss. Y en *Revista de Administración Pública*, núm. 122. GARRIDO FALLA, "Comentario al art. 34 de la Constitución", en *Comentarios a la Constitución*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1985, pp. 704 y ss. MUÑOZ MACHADO, S., "Las Fundaciones en la Constitución", en la obra colectiva *Presente y futuro de las Fundaciones en España*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 19 y ss.

(11) Como ni el art. 148 ni el 149 de la Constitución Española se refieren a las Fundaciones, fue posible que los estatutos de Autonomía asumieran competencias en materia fundacional en favor de las Comunidades Autónomas.

cada en sus arts. 11.6 y 13.1 y 2, por Ley 21/1985, de 8 de noviembre. Ley de régimen de las Fundaciones de interés gallego, 7/1983, de 25 de junio, modificada por Ley 11/1991, de 8 de noviembre. Ley 1/1990, de 29 de enero, de Fundaciones Canarias. Ley 12/1994, de 17 de junio de Fundaciones del País Vasco. Aparte, claro está, de la importante y especialísima normativa sobre Fundaciones navarras, contenida en las Leyes 44 a 47 del Fuero Nuevo o Compilación de Navarra.

A continuación, se expone cuáles han sido los sistemas adoptados por todas estas disposiciones para la atribución de personalidad a las Fundaciones, de tal modo que se pueda apreciar tanto la situación actual en el panorama legislativo estatal y autonómico, como la evolución del mismo en el aspecto que aquí nos interesa, y al mismo tiempo se puedan conocer los antecedentes del actual art. 11 de la Ley 30/1994, de Fundaciones.

B) Referencia a los anteriores sistemas para el reconocimiento de la personalidad a las Fundaciones de ámbito nacional

a) *En general*

La legislación anterior a la entrada en vigor de la Ley 30/1994, de Fundaciones, distinguía, pues, entre Fundaciones benéfico-asistenciales y Fundaciones culturales, y las regulaba diferentemente. Pero dentro de esa legislación de carácter especial, ninguna norma con rango de Ley señalaba cuál sistema debía seguirse para otorgar personalidad ni a unas ni a otras; y respecto de las Fundaciones benéfico-asistenciales, ni siquiera lo decía una disposición de rango reglamentario.

Recordemos que los sistemas adoptados por los Derechos privados para el reconocimiento de las personas jurídicas se pueden clasificar en dos tipos básicos. De acuerdo con el primero, la personalidad es otorgada discrecionalmente por la autoridad pública caso por caso (sistema de reconocimiento por concesión). Y de conformidad con el otro, la organización alcanza automáticamente personalidad jurídica cuando reúne los requisitos legalmente establecidos; bien desde el momento en que los reúne, sin necesidad de que sean oficialmente constatados (sistema de libre constitución); bien desde el

Por todos, *vid.* PIÑAR MAÑAS, "Relaciones de las Fundaciones con los Protectorados", en *Presente y futuro de las Fundaciones*, coordinado por DE LORENZO GARCIA y CABRA DE LUNA, Madrid, 1990, pp. 102 y ss.

momento en que tal situación es constatada por la autoridad pública, normalmente mediante la inscripción en un Registro (sistema de reconocimiento de la personalidad por disposiciones normativas), sin que la inscripción en el Registro se configure en este caso como un acto discrecional.

b) Sistema del Código civil

El Código Civil no optó por ninguno de esos sistemas, sino que se remitió globalmente al ordenamiento jurídico para determinar los requisitos exigibles para el reconocimiento de las personas jurídicas al disponer en el art. 35.1.º que:

“Son personas jurídicas: 1.º) las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas”.

Por consiguiente, serían las normas jurídicas quienes determinarían los requisitos que deberían reunir los diferentes tipos de organizaciones para gozar de personalidad y, en consecuencia, de capacidad para actuar independientemente.

En este punto se debe recordar que, al no exigir el Código civil que dichos requisitos fueran establecidos en una norma con rango de Ley, en alguna ocasión fue un reglamento quien los fijó. Así, el Decreto 2930/1972, que exigió la inscripción en el Registro para la concesión de personalidad a las Fundaciones culturales, como enseguida veremos. Lo cual no dejó de ser controvertido (12).

Pero, como señala CAFFARENA, después de la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 parece que sólo una Ley podrá determinar los requisitos para que las personas jurídicas sean reconocidas. Y ello porque, de lo contrario, se vulneraría la reserva de Ley establecida por el art. 53.1 de la Constitución para la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I de la misma, entre los que se halla el derecho de fundación (art. 34 de la Constitución). Bien entendido que las disposiciones de rango

(12) Ver el estudio elaborado por CAFFARENA en *El régimen jurídico de las Fundaciones. Estudio para su reforma*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1991, pp. 30 y ss., en especial las notas 68 y 69.

inferior a la Ley anteriores a la entrada en vigor de la Constitución Española no habrían resultado derogadas por ésta, que, a estos efectos, sólo rige para el futuro (13).

Ante la situación expuesta más arriba, parecía lo más seguro analizar caso por caso cuál era el sistema para la atribución de personalidad a cada una de las personas jurídicas admitidas por el ordenamiento. Aunque se señalaba, eso sí, que después de entrar en vigor el Código civil, la regla general (aunque con excepciones llamativas) para la concesión de personalidad a las distintas organizaciones era el sistema de reconocimiento por libre constitución.

c) Sistema anterior aplicable a las Fundaciones

Esta regla general (reconocimiento por libre constitución) era aplicable a las Fundaciones (14).

A las antiguas benéfico-docentes porque así se desprendía del juego de los arts. 9 y 10 del Real Decreto de 27 de septiembre de 1912 (15). Y a las benéfico-asistenciales por analogía con lo anterior; pero, principalmente, porque no habiendo norma que exigiera unos requisitos especiales para la concesión de personalidad a estas Fundaciones, debía aplicarse la regla general antes expuesta.

En suma, se entendía que el ordenamiento reconocía personalidad a las Fundaciones desde el instante en que se perfeccionara el negocio jurídico *inter vivos*, sin necesidad de que ello fuera constatado ofi-

(13) CAFFARENA, *El régimen jurídico de las Fundaciones...*, op. cit., pp. 32 y 37. También en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES, DIEZ-PICAZO, BERCOVITZ Y SALVADOR, T.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 238. En el mismo sentido, TOMAS RAMON FERNANDEZ, en el libro colectivo *En torno a la Ley 30/94 de Fundaciones y de Incentivos Fiscales. Encuentro de Toledo*, Centro de Fundaciones-Fundación San Benito de Alcántara, Madrid, 1995, p. 38.

(14) Por todos, ver la exposición y puntualizaciones contenidas en las excelentes páginas del profesor DE CASTRO en "Persona jurídica tipo fundación", *La persona jurídica*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1984 (reimpresión de 1991), pp. 291 y ss.; en especial, 302 y ss.

(15) Art. 9: "Las Fundaciones a que el presente Decreto se refiere constituyen una personalidad jurídica, con capacidad legal para ejercitar sus derechos y cumplir sus deberes desde el momento de su constitución. Desde entonces también tienen carácter irrevocable".

El art. 10, a su vez, disponía que "se entenderán constituidas (las Fundaciones benéfico-docentes) desde que por cualquier modo se acreditara su existencia; pero, si estuviesen dotadas con bienes inmuebles, será indispensable la escritura pública".

cialmente ni se inscribiera en ningún Registro público; y, del mismo modo, sin necesidad de un acto del poder público que reconociera a la Fundación (16).

La cuestión clave para precisar cuándo se producía el reconocimiento a las Fundaciones se centraba, por tanto, en determinar en qué momento quedaba perfecto el negocio fundacional y cuáles eran los requisitos que debía observar ineludiblemente, tema al que me refiero más adelante.

En la línea de pensamiento que estamos exponiendo se pronunció con claridad la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto civil como contencioso-administrativa (17).

En lo civil la sentencia pionera fue la STS (Sala 1.^a) de 7 de abril de 1920 (18). En el pleito se debatía sustancialmente si el Asilo fundado por la testadora y dotado con todos los bienes de su herencia, pero aún no construido por los testamentarios, podía suceder a la funda-

(16) El acto de clasificación, preceptivo para que la Fundación pudiera gozar de los beneficios y privilegios establecidos por la Ley, no dotaba de personalidad a las Fundaciones. La clasificación es un trámite administrativo que adopta la forma de Orden Ministerial, en virtud del cual se califica el fin perseguido por la Fundación creada (benéfico-asistencial, cultural) y se la somete al Protectorado del Ministerio correspondiente (Asuntos Sociales, Educación, Cultura....).

Y no dotaba de personalidad a las Fundaciones principalmente porque según el art. 35.1.º del Código civil son personas jurídicas las Fundaciones "reconocidas por la Ley", es decir, las constituidas de conformidad con lo dispuesto en las normas; sin que exija dicho art. 35 ningún acto administrativo de reconocimiento del ente para que éste adquiera personalidad (así, DE CASTRO, *La persona jurídica, op. cit.*, p. 299).

Ahora bien, la falta de clasificación condicionaba de forma muy importante la vida de la Fundación, que si no estaba clasificada no podía gozar de los beneficios legalmente establecidos, ni podía realizar con validez y eficacia los actos jurídicos para los que la legislación aplicable exigía autorización del Protectorado. Así, ALBALADEJO en "La persona jurídica", *Revista de Derecho Notarial*, 1960, pp. 43 y 44; y también en *Derecho Civil*, I, 1, 12 ed., 1991, p. 419.

(17) Respecto de la Jurisprudencia contencioso-administrativa, se puede encontrar un análisis de las sentencias sobre estas cuestiones en PIÑAR MAÑAS, *Régimen jurídico de las Fundaciones: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1992, pp. 25 y ss.

(18) *Colección Legislativa*, abril 1920, núm. 5, pp. 25 y ss.

Decía DE CASTRO, comentando esta sentencia, que "el Tribunal Supremo, por el contrario, ha entendido que la testadora había creado una institución benéfica (caso de la Fundación de Santa Marca) que adquiere plena eficacia al morir la causante. De los considerandos, no muy claros, de esta bien orientada sentencia, si se atiende a su espíritu más que a su letra, se observa que se considera plenamente eficaz el fin y propósito de la testadora "de dar a sus bienes un destino definitivo agradable a Dios y útil al prójimo", con lo que al fallecer la testadora hay un ente "aun cuando todavía no se halle completamente organizado" (*La persona jurídica, op. cit.*, p. 301).

dora; o si debería abrirse la sucesión intestada a favor de los parientes de la testadora, por carecer esta herencia de heredero. Pues bien, dejando aparte la tradicional polémica acerca de si puede ser instituida heredera la Fundación creada en el testamento, muy relevante dentro de esta sentencia, se debe destacar ahora que el Tribunal Supremo afirmó que:

“A tenor de lo prescrito en los arts. 35, 38 y 746 del Código civil y de la jurisprudencia en armonía con ellos establecida, las fundaciones de interés público reconocidas por las leyes son personas jurídicas desde el instante mismo en el que, con arreglo a derecho, quedan válidamente constituidas, tienen legítima personalidad para adquirir, ya sea por testamento, ya por los demás medios legales, así como para poseer bienes de todas clases, para contraer obligaciones y para ejercitar acciones civiles y criminales” (Considerando primero).

“... desde el mismo día en que falleció la duquesa fundadora y adquirió consiguiente plena eficacia su postrera voluntad, el repetido Asilo de Santa Marca integra una persona jurídica, legalmente capaz de todos los derechos, facultades y obligaciones antes anunciados, aun cuando todavía no se halle completamente organizado..., no habiendo posibilidad de negar en este caso la existencia patente de persona jurídica cierta..., la sentencia impugnada... comete infracción manifiesta del art. 38 del referido Código, ya que la frase “fundaciones de interés público reconocidas por la ley”, consignada en el art. 35, no envuelve ni significa que hasta después de hecho semejante reconocimiento no adquiere existencia real de persona jurídica la fundación, sino que dándole la recta y debida interpretación, ha de entenderse previene que las fundaciones sean lícitas, admitidas, reconocidas y conformes con las leyes” (Considerando segundo).

Esta doctrina fue acogida posteriormente. Así, en la STS (Sala 1.^a), de 9 de febrero de 1948 (R. Ar. 275/1948), en su Considerando tercero (19). Y también en el espíritu del Considerando primero de la STS

(19) “Que de lo expuesto aparece haber sido la voluntad de la causante instituir o crear una obra de destino de un patrimonio, vinculando éste al cumplimiento de un fin que la misma señala, apreciándose claramente la existencia de un acto fundacional, que aparece incorporado a otro de dotación, bajo la forma de disposición testamentaria y que determina —de conformidad con la doctrina establecida en la sentencia de esta

(Sala 1.^a) de 26 de marzo de 1968 (R. Ar. 1931/1968), pues admite la plena eficacia de una disposición testamentaria en la que se instituye heredera a una Fundación que se constituirá; y argumenta, con base en el art. 7.^o de la Instrucción de 14 de marzo de 1899, que, “tratándose de una Fundación futura” corresponde al Protectorado representarla y defenderla ante los Tribunales mientras su regulación se realiza con arreglo a la voluntad de los fundadores y a las Leyes.

También es importante la STS (Sala 1.^a) de 10 de julio de 1985 (R. Ar. 4135/1985). En este caso el fundamento del fallo es exclusivamente procesal y las frases que vamos a transcribir son *obiter dicta*. Pero importa señalarlas por su claridad:

“Que presupuesto que las fundaciones para ser tales han de perseguir ‘fines de interés general’, según manda hoy el art. 34 de la Constitución, ello no obsta para que su nacimiento como persona jurídica venga determinado por la voluntad o acto fundacional (normalmente testamentario) sin necesidad de acto administrativo previo, con personalidad jurídica desde el momento de su constitución...” (del Considerando cuarto).

d) *Sistema aplicable a las Fundaciones culturales después de entrar en vigor el Decreto 2930/1972*

El Decreto 2930/1972, de 21 de julio, Reglamento de las Fundaciones culturales privadas, sustituyó el sistema anterior de reconocimiento por libre constitución por el de reconocimiento por disposiciones normativas, al disponer en su art. 5.2:

“La Fundación quedará constituida mediante el otorgamiento de la Carta Fundacional y la inscripción de la misma en el Registro de Fundaciones Culturales Privadas, que es un requisito esencial para la adquisición por la Fundación de la personalidad jurídica e implica el reconocimiento por el Estado del interés público de la Fundación y su clasificación como Fundación cultural privada, con arreglo a lo previsto en el art. 83” (20).

Sala de 7 de abril de 1920— el nacimiento de una persona jurídica desde el día en que por fallecer la testadora adquirió plena eficacia su declaración de voluntad...”.

(20) Regulaba con detalle ese Registro en los arts. 73 a 95.

Y reiterar en el art. 83.1 que:

“La inscripción de las Fundaciones culturales privadas españolas en el Registro es un requisito constitutivo de su personalidad jurídica y sólo procederá cuando previamente hayan sido reconocidas y calificadas como tales por el Ministerio de Educación y Ciencia”.

Así, por vez primera en el Derecho de Fundaciones español, aunque sólo en el ámbito de las Fundaciones culturales, se planteaba la problemática que en este estudio pretendemos analizar. Ello se debía a que siempre mediaba un plazo entre la perfección del negocio jurídico creador de la Fundación y el otorgamiento de la Carta fundacional, que debía reunir los requisitos reglamentados con detalle en dicho Decreto de 1972, por un lado; y la inscripción de la Fundación cultural en el Registro, por otro. El art. 8 del referido Decreto de 1972, pretendía resolver la problemática, al ordenar:

“1. Los actos y contratos concluidos en nombre o por cuenta de una Fundación que no obtenga luego la inscripción en el Registro sólo producirán los efectos que prevea el Derecho privado.

2. Quienes, antes de la inscripción, actúen en nombre o por cuenta de la Fundación, serán responsables frente a ésta de la integridad de la dotación fundacional y, en su caso, de las declaraciones que hagan en la Carta, con arreglo a lo previsto en el Código civil”.

El contenido del precepto suscitaba una problemática importante. Pero, sin embargo, no fue objeto de tratamiento doctrinal detallado, ni la Sala 1.^a del Tribunal Supremo tuvo oportunidad de pronunciarse sobre estos extremos. Aquí tampoco lo haremos, por tratarse de Derecho ya derogado (21). Pero sí interesa tener presente este art. 8, no sólo

(21) La Disposición derogatoria única de la Ley 30/1994, de Fundaciones, deroga el Decreto 2930/1972, de 21 de julio en “cuantas disposiciones se opongán a la presente Ley”. A su vez, la disposición derogatoria única del Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, no menciona el Decreto 2930/1972.

por constituir el primero de los precedentes del art. 11 de la Ley 30/1994, sino porque remitía a las reglas generales del Derecho civil para solucionar los conflictos que se pudieran plantear.

C) Referencia a los distintos sistemas para el reconocimiento de personalidad a las Fundaciones autonómicas.

Su articulación con el recogido en la Ley 30/1994, de Fundaciones

Como al principio se indicó, el sistema de reconocimiento de las Fundaciones configurado en el ya conocido art. 3 de la Ley 30/1994, de Fundaciones, rige en todo el Estado, según resulta de la Disposición final primera, núm. 1 de la propia Ley, según la cual:

“Los arts. 1.1; 2.1 y 2; 3; 6.1; 7.1 y 2; 12.1; y 29, constituyen las condiciones básicas del derecho de Fundación reconocido en el art. 34, en relación con el 53, de la Constitución, y son de directa aplicación en todo el Estado al amparo de lo previsto en el art. 149.1.1.ª de la propia Constitución”.

En consecuencia, si alguna de las Leyes autonómicas de Fundaciones promulgadas antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1994 contuviera un sistema distinto del instituido por esta última para el otorgamiento de personalidad a las Fundaciones, habría quedado sustituido por el que estamos analizando. Es decir, que las Fundaciones autonómicas que se constituyan después de la entrada en vigor de la Ley 30/1994 deberán ser inscritas en el correspondiente Registro de Fundaciones para adquirir personalidad jurídica, aunque la normativa autonómica sobre Fundaciones no lo exigiera antes. Si bien conservarán su personalidad las Fundaciones que ya la hubieran adquirido anteriormente de acuerdo con la legislación autonómica, puesto que la Ley 30/1994 carece de estos efectos retroactivos. Y ello con independencia de que la inscripción en el Registro pueda sea concebida o no como necesaria para que la Fundación obtenga beneficios, ya sean fiscales o de otro tipo.

En este ámbito, conviene recordar varios extremos. Primero, que las leyes de Fundaciones gallega y vasca optaron por la regla de cons-

Esta derogación no total puede plantear diversos problemas que ahora no procede abordar. Pero parece claro que el referido art. 8 del Decreto de 1972 ha sido sustituido por el art. 11 de la Ley 30/1994, de Fundaciones, que tiene un contenido distinto.

titución mediante inscripción en el Registro (22). Segundo, que era discutido si las leyes catalana y canaria preferían este sistema o mantenían el de libre constitución (23). Y tercero, que el Derecho navarro se acogía claramente a este último (24).

(22) El art. 8 de la Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las Fundaciones de interés gallego es bien expresivo, pues ordena:

“1. La Fundación se entenderá válidamente constituida como de interés gallego desde el otorgamiento de la carta fundacional en escritura pública, siempre que, una vez reconocida por la Xunta de Galicia, se inscriba en el Registro de Fundaciones de la misma.

2. La personalidad jurídica de las Fundaciones de interés gallego nace desde su inscripción en tal Registro”.

Y en sentido similar se pronuncia la reciente Ley vasca 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones, según resulta de su art. 5.2:

“Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de su escritura de constitución en el Registro de Fundaciones”.

(23) La Ley catalana 1/1982, de 3 de marzo, no expresa claramente cuándo adquieren personalidad las Fundaciones reguladas en la misma. Por un lado, el art. 2.2 dispone que:

“La personalidad jurídica de estas Fundaciones empieza en el mismo instante en que, conforme a la presente Ley, hayan quedado válidamente constituidas”.

Y, por otro, el art. 6.1 indica que:

“La Fundación queda constituida con el otorgamiento de la carta fundacional en escritura pública, siempre que aquélla se inscriba en el Registro de Fundaciones”.

La doctrina expuso sus dudas acerca de que los anteriores preceptos consagrasen el sistema de otorgamiento de la personalidad por disposiciones normativas. Véanse, entre otros, por ejemplo FERRER I RIBA, “El procés constitutiu d’una Fundació en la Llei de 3 de març de 1982 de Fundacions privades catalanes”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1984, pp. 861 y ss. Y PIÑAR MAÑAS, “Propuestas para una futura y posible Ley de Fundaciones”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 72, 1991, p. 505.

También suscita problema la interpretación de los núms. 1, 2 y 3 del art. 4 de la Ley canaria 1/1990, de 29 de enero, de Fundaciones:

“1. La personalidad jurídica de las fundaciones privadas nace desde el instante mismo en que, con arreglo a esta Ley, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2. Dada la naturaleza del fin constitutivo, la carta fundacional se autorizará en escritura pública y deberá inscribirse en el Registro de Fundaciones Canarias.

3. La inscripción sólo podrá denegarse en resolución motivada, si la entidad constituida no reúne los elementos y requisitos previstos en esta Ley”.

Como se puede observar, no indican que la inscripción en el Registro sea requisito para la válida constitución de las Fundaciones. Ciertamente que la Fundación “deberá inscribirse en el Registro”; pero de ello no cabe necesariamente deducir que antes de la inscripción no esté constituida.

(24) El Fuero Nuevo de Navarra, de acuerdo con su tradicional concepción del principio de autonomía privada, acoge el sistema de reconocimiento de personalidad jurídica a las Fundaciones por el sistema de libre constitución, en el conocido párrafo primero de la Ley 44:

De modo que, por un lado, la ley 44 de la Compilación de Navarra habría sido modificada por la Ley 30/1994, de Fundaciones, en el sentido expuesto. Y las dudas que pudieran albergarse acerca del sistema elegido por las leyes catalana y canaria de Fundaciones se habrían despejado definitivamente.

Sin embargo, se mantiene la problemática legal sobre las Fundaciones en proceso de formación en las autonomías con legislación de Fundaciones propia. Ello es debido a que el art. 11 de la Ley 30/1994 es:

“... de aplicación general, al amparo de lo previsto en el art. 149.1.8.^a de la Constitución, a todas las Fundaciones incluso a aquellas cuya competencia corresponda, de acuerdo con lo previsto en sus respectivos estatutos de Autonomía, a las Comunidades Autónomas. No obstante, todos estos artículos serán únicamente de aplicación supletoria en las Comunidades Autónomas con competencia en materia de derecho civil, foral o especial” (Disposición Final primera 2.b) de la Ley 30/1994).

Las referidas Leyes autonómicas de Fundaciones regulan la situación jurídica de las Fundaciones ya creadas y aún no inscritas en el Registro. Los arts. de las mismas que se ocupan de este tema introducen matices que los separan parcialmente del contenido del art. 11 de la Ley estatal 30/1994. De momento, conviene indicar que todas ellas siguen sustancialmente la regla contenida en el art. 7.2 de la Ley catalana 1/1982, que dispone:

“Los Organos de gobierno de una Fundación no inscrita pueden, dentro de sus facultades, otorgar actos, adquirir derechos y contraer obligaciones que consideren inaplazables, en nombre e interés de aquélla en constitución, los cuales se entenderán asumidos automáticamente por la Fundación cuando se produzca la inscripción. En caso contrario, el patrimonio fundacional responderá de las obligaciones contraídas, y, en su

“Por actos *inter vivos* o *mortis causa*, cualquier persona puede crear en Navarra, sin necesidad de aprobación administrativa, Fundaciones de caridad, fomento o de otro interés social evidente, siempre que el fundador exprese su voluntad de conferir personalidad jurídica a la Fundación, al determinar su fin y asignarle un patrimonio, que podrá consistir en bienes o derechos de cualquier clase”.

defecto, la responsabilidad recaerá solidariamente sobre las personas que hayan contratado" (25).

Pues bien, en aplicación de la transcrita Disposición final primera, 2 b) de la Ley 30/1994, de Fundaciones, continuarán aplicándose en su integridad los preceptos sobre Fundaciones-en trámite de inscripción contenidos en las Leyes catalana, gallega y vasca, puesto que son autonomías con Derecho civil foral propio. No así el incluido sobre esta materia en la Ley canaria de Fundaciones, por no tener Canarias competencias en materias de Derecho civil foral.

D) La influencia del sistema de adquisición de la personalidad por las sociedades mercantiles

El art. 11 de la Ley 30/1994, de Fundaciones, fue redactado bajo influencia de los preceptos de Derecho autonómico ya indicados (26), pero también influido por el art. 15 de la Ley de Sociedades Anónimas (27), que reglamenta la sociedad anónima en proceso de formación.

(25) El art. 9 de la citada Ley gallega 7/1983, de 22 de junio, acoge las mismas reglas casi al pie de la letra.

La Ley canaria 1/1990, de 29 de enero, en su art. 16.2 transcribe casi literalmente el art. 7.2 de la Ley catalana de Fundaciones. Introduce, sin embargo, una modificación importante. Mientras de acuerdo con la Ley catalana son responsables subsidiaria, pero solidariamente, "las personas que hayan contratado" en nombre de la Fundación, en caso de que ésta no se llegue a inscribir; de conformidad con la Ley canaria, son responsables las "que hayan actuado en su nombre" (de la Fundación).

Por su parte, el art. 8 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco, integra alguna diferencia:

"En el supuesto de una Fundación en fase de inscripción, una vez otorgada la escritura fundacional, sus órganos de gobierno podrán, tras aceptar sus cargos conforme a lo previsto en el art. 12 y dentro de sus facultades, otorgar actos, adquirir bienes o derechos y contraer obligaciones que consideren inaplazables en nombre e interés de aquélla, los cuales se entenderán asumidos automáticamente por la Fundación cuando se produzca la inscripción en el Registro. En caso de no inscripción, el patrimonio fundacional responderá de las obligaciones contraídas, y, en su defecto, la responsabilidad recaerá solidariamente sobre las personas que compongan dichos órganos de gobierno y no se hayan opuesto a la asunción de las mismas".

La Compilación de Navarra no contiene normativa sobre este tema.

(26) Sus precedentes en los sucesivos Anteproyectos de Leyes de Fundaciones elaborados a lo largo de los años ochenta y principios de los noventa son recogidos por CAFFARENA en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I, cit., p. 97.

(27) Dicho art. 15 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, dispone:

La necesidad de inscripción en el Registro Mercantil es un requisito para la adquisición de personalidad jurídica por las sociedades mercantiles. El Código de Comercio exige que las sociedades se constituyan en escritura pública que ha de inscribirse en el Registro Mercantil [arts. 19.2 y 119 (28)], por un principio de seguridad jurídica y para protección de los terceros que contraten con la sociedad. El propio Código de Comercio reconoce personalidad jurídica a las sociedades mercantiles que cumplan las formalidades de constitución (art. 116.2 (29) del Código de Comercio, en relación con el art. 7.1 (30) de la Ley de Sociedades Anónimas y el art. 11.1 (31) de la Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada); de modo que la sociedad no inscrita carece de personalidad jurídica y, en consecuencia, se impone la responsabilidad solidaria de los encargados de la gestión

"Sociedad en formación. 1. Por los actos y contratos celebrados en nombre de la Sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubieren celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la Sociedad.

2. Por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la Sociedad, por los realizados por los Administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por los todos los socios, responderá la Sociedad en formación con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios. Los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubiesen obligado a aportar.

3. Una vez inscrita, la Sociedad quedará obligada por los actos y contratos a que se refiere el apartado anterior. También quedará obligada la Sociedad por aquellos actos que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción. En ambos supuestos cesará la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes a que se refieren los apartados anteriores.

4. En el caso de que el valor del patrimonio social, sumado el importe de los gastos indispensables para la inscripción de la Sociedad, fuese inferior a la cifra del capital, los socios estarán obligados a cubrir la diferencia".

(28) Art. 119 del Código de Comercio: "Toda Compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones en escritura pública, que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil, conforme a lo dispuesto en el art. 17" (hoy la remisión se debe entender hecha al art. 19, según el cual dicha inscripción será obligatoria).

(29) "Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos".

(30) "La Sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la Sociedad anónima su personalidad jurídica".

(31) "La Sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la Sociedad de responsabilidad limitada su personalidad jurídica".

social respecto de los terceros con los que hubieren contratado en nombre de la Compañía (art. 120 del Código de Comercio). Por otra parte, es irregular la sociedad que no se constituye en escritura pública y no se inscribe en el Registro, o que no se inscribe aunque se haya solemnizado en escritura pública. La viabilidad y el régimen jurídico de las sociedades irregulares constituye un tema muy discutido dentro del Derecho mercantil (32), pero que puede alumbrar un poco el espacio de las Fundaciones en trámite de inscripción, como se indicará después.

La situación de interinidad que se plantea entre la celebración del negocio fundador de la sociedad y la inscripción de ésta en el Registro Mercantil, ha sido abordada con detalle por los mercantilistas, especialmente en relación con las sociedades anónimas, y, por extensión, con las sociedades de responsabilidad limitada. Ahora bien, ni los autores ni los Tribunales han mantenido posturas uniformes, quizá tanto por la magnitud de los problemas que se planteaban como por la insuficiencia de los textos legales para resolverlos (33). Recientemente, la doctrina mercantilista española ha ofrecido un buen número de estudios sobre las sociedades en proceso de formación (34), impulsada

(32) El art. 117 del Código de Comercio es clave en este punto, al disponer que "el contrato de Compañía mercantil celebrado con los requisitos esenciales del Derecho será válido y obligatorio entre los que lo celebren, cualesquiera que sean la forma, condiciones y combinaciones lícitas y honestas con que lo constituyan, siempre que no estén expresamente prohibidas en este Código". Y se discute si el término *forma* se refiere a escritura pública, o a los distintos tipos y formas que pueden adoptar las Compañías mercantiles (anónima, de responsabilidad limitada, comanditaria...).

(33) Los textos legales, la doctrina y la jurisprudencia al respecto son citados y analizados con todo detalle por los autores a los que me refiero en la nota siguiente, cuyos estudios han servido en la redacción de este trabajo. A ellos me remito para una mayor documentación en estos temas.

(34) Por ejemplo, ALONSO GARCIA, *La sociedad anónima no inscrita. Régimen jurídico de los actos y contratos celebrados en su nombre*, Civitas, Madrid, 1986; el prólogo, muy ilustrativo, es de ESTEBAN VELASCO. ALONSO UREBA, "La sociedad en formación", en *Derecho de Sociedades Anónimas, I: La Fundación*, Madrid, 1991, pp. 516 y ss. JIMENEZ SANCHEZ, "La sociedad anónima en formación y la sociedad irregular", en *Derecho Mercantil de la C.E.E. (Estudios Homenaje a José Girón Tena)*, Madrid, 1991, pp. 663 y ss. QUIJANO GONZALEZ, "Responsabilidades derivadas del proceso fundacional", en *Derecho de Sociedades Anónimas, I: La Fundación*, Madrid, 1991, pp. 413 y ss. RODRIGUEZ MARTINEZ, "La sociedad en proceso de fundación y la sociedad irregular", en *La reforma del Derecho español de Sociedades de capital*, Madrid, 1987. TAPIA HERMIDA: *La sociedad anónima falta de inscripción registral*, Madrid, 1996. VICENT CHULIA, "La sociedad en constitución", en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 853 y ss.

La bibliografía anterior a esas fechas es citada por los referidos autores en los trabajos recogidos.

por las Directivas Comunitarias en materia de sociedades (35), y su necesaria trasposición al Derecho español, que se contiene en el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (36). Tiene interés tener presente los trabajos que comentan el art. 15 de esta última Ley (37), pues nos ilustran con carácter general sobre la construcción de las personas jurídicas en proceso de formación y sus problemas de fondo. Recordemos que no abunda la doctrina civilista sobre las Fundaciones en formación, y faltan fallos de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo sobre este último extremo.

3. Esquema del nuevo proceso constitutivo de las Fundaciones y de la eficacia jurídica en sus distintas fases

Como antes se apuntó, el proceso de reconocimiento de personalidad a las Fundaciones se encuadra entre el momento en que el negocio jurídico fundacional deviene perfecto e irrevocable y el momento en el que la Fundación tiene acceso al Registro. Así pues, la fase inicial finaliza con la perfección del negocio jurídico fundacional, abriéndose, entonces, la fase que el art. 11 de la Ley 30/1994 llama de "Fundación en proceso de formación", durante la cual el Derecho reconoce una particular eficacia a la organización ya conformada y aún no dotada de personalidad jurídica. Por último, una vez inscrita la Fundación en el Registro adquiere personalidad y como tal persona jurídica funcionará en el tráfico. Destacamos a continuación algunos extremos esenciales relativos a las referidas fases.

A) La perfección del negocio jurídico fundacional y sus efectos

La Ley admite que la Fundación pueda constituirse *inter vivos* o *mortis causa* (art. 7.1); y, a su vez, dos modalidades de constitu-

(35) Primera Directiva del Consejo, 68/151/CEE, de 9 de marzo de 1968, y Segunda Directiva del Consejo 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976.

(36) Texto refundido por Real Decreto Legislativo de 22 de diciembre de 1989, núm. 1564/1989.

(37) Dicho art., que regula la sociedad en formación, fue transcrito unas notas más arriba. Además, a él se remite el art. 11.3 de la reciente Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, para regular la situación jurídica planteada por estas últimas sociedades antes de su inscripción registral.

ción de la Fundación por acto *mortis causa* (arts. 7.3 y 7.4) (38). Pues bien, importa ahora apuntar sólo algunos extremos en relación con el concepto, características y construcción del negocio jurídico fundacional (39), para poner de manifiesto su carácter vinculante e irrevocable para el fundador, así como sus particulares efectos.

Por un lado, de acuerdo con la opinión mayoritaria, estamos ante un negocio jurídico de liberalidad *sui generis* (40) en cuya virtud una o más personas manifiestan su decidida voluntad de crear una Funda-

(38) Art. 7 de la Ley 30/1994: "1. La Fundación podrá constituirse por acto *inter vivos* o *mortis causa*.

2. La constitución de la Fundación por acto *inter vivos* se realizará mediante escritura pública otorgada en la forma que determina el artículo siguiente.

3. La constitución de la Fundación por acto *mortis causa* se realizará testamentariamente, cumpliéndose en el testamento los requisitos establecidos en el artículo siguiente para la escritura de constitución.

4. Si en la constitución de una Fundación por acto *mortis causa* el testador se hubiera limitado a establecer su voluntad de crear una Fundación y de disponer de los bienes y derechos de la dotación, la escritura pública en la que se contengan los demás requisitos exigidos por esta Ley se otorgará por el albacea testamentario y, en su defecto, por los herederos testamentarios y en caso de que éstos no existieran, por la persona que se designe por el Protectorado".

(39) Un análisis del negocio jurídico creador de una Fundación en CAFFARENA: *El régimen jurídico de las Fundaciones...*, *op. cit.*, pp. 41 y ss. "El negocio fundacional y la constitución de las Fundaciones", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXIV, 1995, pp. 83 y ss. También en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I, *cit.*, pp. 51 y ss. VALERO AGUNDEZ, *La Fundación como forma de empresa*, *op. cit.*, pp. 261 y ss. FERRER I RIBA, "El procés constitutiú d'una fundació en la Llei de 3 de març de 1982 de Fundacions privades catalanes", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1984, pp. 863 y ss. CARRASCO PERERA, "Régimen jurídico privado de las Fundaciones en el Proyecto de Ley de Fundaciones", texto mecanografiado correspondiente a su conferencia pronunciada en el curso "Fundaciones, mecenazgo y sociedad civil en el umbral del siglo XXI", dirigido por PIÑAR MAÑAS y celebrado en Cuenca los días 13-14 de julio de 1994. CAPILLA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO Y DIAZ ALABART, t. I, vol. 3.º, 2.ª ed., Madrid, 1993, pp. 906 y ss. ALBALADEJO, en "La persona jurídica", *Revista de Derecho Notarial*, 1960, pp. 39 y ss. Y en *Derecho Civil*, t. I, vol. 1.º, pp. 417 y ss. de la 14.ª ed. (1996); y pp. 413 y ss. de la 12.ª ed. (1991). LACRUZ BERDEJO en *Elementos de Derecho Civil*, t. I, vol. 2.º (Personas), 1990 (hay reimpresión de 1992), pp. 318 y ss. DE CASTRO, *La persona jurídica*, 2.ª ed., 1984 (reimpresión de 1991), pp. 297 y ss.

(40) No es una donación, y, en consecuencia, el negocio creador de una Fundación no precisa ser aceptado por nadie para surtir plenos efectos. Se trata de un negocio unilateral (ya concurra un fundador o varios, puesto que todos actúan como una sola parte) no recepticio. Si bien, al ser un negocio de liberalidad, queda sujeto a las disposiciones generales que rigen los negocios de este tipo.

ción con personalidad jurídica (41), y a tal fin adscriben un conjunto de bienes a la persecución de un fin de interés general (42). De tal modo que la dotación de la Fundación se halla, no sólo indisolublemente unida al negocio fundacional, sino ínsita en el mismo (43). Y, en

(41) Ya ALBALADEJO llamó la atención sobre este importante extremo: "El negocio fundacional supone la voluntad, no sólo de crear una obra, sino de que ésta sea sujeto autónomo; en otro caso no nacería la Fundación como sujeto, sino simplemente una organización para un fin, pero siendo los bienes propiedad de otra persona: así, siguiendo siendo del fundador, o pasando a ser del heredero de éste (si se dispuso en testamento) o de aquel a quien se hubiese impuesto —con la atribución de los bienes— el deber de realizar la obra" ("La persona jurídica", en *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio, 1960, p. 42).

(42) La dotación deberá ser efectuada de conformidad con lo dispuesto en el art. 10 de la Ley de Fundaciones, según el cual:

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

2. La aportación de la dotación podrá hacerse de forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso inicial será al menos del 25 por 100, debiendo hacerse efectivo el resto en un plazo no superior a cinco años contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la Fundación.

Tendrán, asimismo, la consideración legal de dotación los bienes y derechos que durante la existencia de la Fundación se afecten por el fundador o el Patronato, con carácter permanente, a los bienes fundacionales.

3. Si la dotación consistiera en dinero su cuantía se fijará en pesetas. Las aportaciones no dinerarias se cuantificarán en igual forma y se especificarán los criterios de valoración utilizados. En uno y otro caso se acreditará ante el notario actuante la realidad de las aportaciones.

4. Se podrá considerar como dotación el compromiso de aportaciones de terceros siempre que estuvieran garantizadas. En ningún caso, se podrá considerar como dotación el mero propósito de recaudar donativos".

Ver también el art. 3 del Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, aprobado por Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero.

Se pueden consultar los comentarios de COBO GALVEZ al referido artículo en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I, cit., pp. 85 y ss. También CAFARENA en *El régimen jurídico de las Fundaciones...*, op. cit., pp. 97 y ss. PUIG FERRIOL, "El patrimonio fundacional en la Ley de Fundaciones catalanas", en *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 1641 y ss. LOPEZ JACOISTE, "La Fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones", en *Revista de Derecho Privado*, 1965, pp. 567 y ss. MADRUGA, "El patrimonio fundacional benéfico", en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, t. IV, pp. 494 y ss. CABALLOL: "Algunas consideraciones sobre la dotación fundacional", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1988, pp. 393 y ss.

(43) La opinión es general, y es manifestada por los autores reseñados en las notas inmediatamente anteriores a ésta. Las razones en pro de mantenerla son muchas. Quizá la principal sea puramente lógica, puesto que si la Fundación es *per se* una organización de base institucional (organización que por voluntad de sus creadores tiene afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general, reza el art. 1.1 de la Ley 30/1994), ¿cómo sería posible concebir su creación sin que necesariamente se adscribiera un patrimonio al cumplimiento de un fin de interés general?

este último sentido, el negocio fundacional es un acto complejo que ofrece dos aspectos: personal y patrimonial. Sin que la interpretación de la Ley 30/1994 permita pensar que el fundador realiza dos negocios distintos: el fundacional *stricto sensu* y el negocio de dotación. Por último, el negocio fundacional es un negocio formal o solemne, de acuerdo con lo establecido en el art. 7 de la Ley 30/1994 (44).

Por otra parte, una vez reunidos todos los requisitos exigidos por la Ley y, en consecuencia, perfecto el negocio jurídico fundacional, vincula al fundador o fundadores (o a sus herederos), que no pueden revocarlo. Independizándose en ese momento la dotación del patrimonio del fundador y constituyendo un patrimonio de destino en relación con el cual queda legitimado para actuar el órgano de gobierno de la Fundación, y no el fundador o sus herederos (45). Ello implica, por un lado, que el fundador no puede recuperar la dotación entregada (46); y, por otro, que puede ser compelido por el Patronato —o, en caso de inactividad de éste, por el Protectorado— a entregar la dotación que prometió.

El análisis de la evolución histórica de nuestro Derecho de Fundaciones nos pone también de relieve la exigencia de que en el Derecho español la constitución de la Fundación se acompañe necesariamente de la dotación de la misma.

Además, el propio art. 7.4 de la Ley 30/1994, transcrito más arriba, indica que la propia Ley se inclina por esta imprescindible unión entre la declaración de voluntad en orden a crear una Fundación y la dotación de la misma. En efecto, dicho artículo admite que pueda constituirse *mortis causa* una Fundación con tal de que, como mínimo, el testador hubiera manifestado su voluntad de crearla “y de disponer de los bienes y derechos de la dotación”. Si la Fundación es creada por acto *inter vivos*, se exige su otorgamiento en escritura pública (art. 7.2) en la que, entre otros extremos, deberá contenerse “la dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación” (art. 8.c). Ver también el art. 10.

(44) Si la Fundación se constituye por acto *inter vivos* es imprescindible el otorgamiento de escritura pública en la forma prevista en el art. 8 de la Ley (art. 7.2 de la Ley de Fundaciones).

Si la constitución es por acto *mortis causa* se observarán las formalidades testamentarias (art. 7.3 y 7.4 de la misma Ley).

(45) Es posible que el propio fundador, sus herederos o alguno de ellos, formen parte del primer Patronato de la Fundación. En este caso, seguirán legitimados para actuar en relación con la dotación; bien entendido que la legitimación provendrá en este caso de ser patronos, que no de ser dueños.

(46) Por supuesto, partimos de la base de que el negocio jurídico fundacional es perfecto, válido y plenamente eficaz. Es decir, no incurre en alguna de las circunstancias que lo harían impugnabile. En estos últimos casos, sería posible deshacer la eficacia del negocio fundacional; por ejemplo, porque el fundador haya emitido su voluntad existiendo vicio del consentimiento, o porque la dotación haya sido hecha en fraude de los acreedores del fundador... (PUIG FERRIOL, *El patrimonio fundacional...*, op. cit., pp. 1651 y ss.).

Las anteriores manifestaciones, aun siendo pacíficas en la doctrina (47), exigen alguna justificación. En especial en lo relativo a la irrevocabilidad del negocio jurídico fundacional perfecto, y a la independización de la dotación del patrimonio del fundador.

Si la Fundación se constituye por acto *mortis causa*, el negocio fundacional, contenido en testamento, sólo deviene irrevocable al fallecer el testador como consecuencia de la propia naturaleza del testamento. En cambio, si la Fundación se constituye por acto *inter vivos*, el fundador no puede revocarlo una vez que se ha perfeccionado observando todos los requisitos legales: otorgamiento de escritura pública (art. 7.2 de la Ley de Fundaciones), en la que se harán constar todos y cada uno de los extremos exigidos por el art. 8 de la Ley (48), incluidos los estatutos de la fundación (art. 9 de la Ley) y la dotación (art. 10 de la Ley). La irrevocabilidad se deriva de diversas razones, entre las que se encuentran las históricas (49); pero, principalmente del espíritu del propio art. 11, que es objeto de este trabajo. En efecto, si el art. 11 faculta al Patro-

Y, ya que es un negocio jurídico gratuito, en principio la dotación podría ser reducida por vulnerar las legítimas de los herederos forzosos del fundador. Si bien en este caso chocarían la protección dispensada por la ley a los legitimarios con la dispensada por la ley a la Fundación ya constituida, siendo el problema de difícil solución. Ver mis reflexiones en *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Madrid, 1988, en especial pp. 112 y ss.

Y aún más problemática es la posible revocación de la dotación por incumplimiento de cargas.

(47) Se pueden consultar los autores y obras citados algunas notas más arriba. Por ejemplo, FERRER Y RIBA, *op. cit.*, pp. 868 y 873 y ss.

(48) Art. 8. *Escritura de constitución*.

"La escritura de constitución de una Fundación deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

a) El nombre, apellidos, edad y estado civil de los fundadores, si son personas físicas y la denominación o razón social si son personas jurídicas, y en ambos casos la nacionalidad y el domicilio.

b) La voluntad de constituir una Fundación.

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

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

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

Ver los comentarios de CAFFARENA, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I, *cit.*, pp. 65 y ss.

(49) Sustancialmente, cuando la personalidad era otorgada a la Fundación desde el instante de su creación, la irrevocabilidad del negocio creador derivaba, precisamente, de que con él el fundador había hecho nacer una persona jurídica que no podía deshacer después a su arbitrio. Así, ocurría con las Fundaciones benéfico-asistenciales hasta la entrada en vigor de la Ley 30/1994.

nato para promover la inscripción de la Fundación creada y realizar una serie de actividades en relación con el patrimonio de la misma, resulta evidente que está presuponiendo la estabilidad de la organización instituida por el fundador que, por ello, no puede estar sujeta a su eventual revocación.

Del mismo modo, el referido art. 11 de la Ley de Fundaciones está presuponiendo la autonomía del patrimonio fundacional. Además, de forma expresa, no sólo atribuye al órgano de gobierno de la Fundación en formación determinadas facultades, sino que le ordena realizar ciertos actos en relación con ese patrimonio; sin mencionar en estos aspectos ni al fundador ni a sus herederos. Ello nos lleva a concluir, como razonamos un poco más adelante, que una vez perfecto el negocio jurídico fundacional, la dotación aportada se independiza del patrimonio del fundador. Y, en consecuencia, el fundador no puede recuperar la dotación que ya haya entregado, puede ser obligado a entregar lo que prometió (50), y deja de estar legitimado para administrar los bienes con los que dotó a la Fundación (51). A partir del instante en que el negocio fundacional es perfecto y eficaz es el órgano de gobierno de la Fundación (52) quien está legitimado para realizar los referidos actos y para exigir la entrega de la dotación; y, si no lo hiciera, no vemos inconveniente en que pueda ser el Protectorado quien exija al fundador dicha entrega.

Respecto de las Fundaciones benéfico-docentes, y con anterioridad al Decreto 2930/1972, el carácter irrevocable del negocio que las creaba se derivaba de los mismos argumentos. Pero, además, se establecía en el art. 9.º del Real Decreto de 27 de septiembre de 1912, de acuerdo con el cual "las Fundaciones a que el presente Decreto se refiere constituyen una personalidad jurídica, con capacidad legal para ejercitar sus derechos y cumplir sus deberes desde el momento de su constitución. Desde entonces también tienen carácter irrevocable".

(50) Insisto, de nuevo, en que partimos de la base de que el negocio jurídico fundacional contiene todos sus elementos, se ha celebrado de conformidad con todos los requisitos legalmente exigidos, la voluntad del fundador no adolece de vicio alguno, el negocio no ha sido realizado en fraude de los acreedores del fundador, etc.

(51) Salvo, claro está, que forme parte del Patronato inicial. Pero aun así, podrá administrarlos como patrono y no como dueño de los mismos. Y, por consiguiente, estará sujeto al régimen establecido por la Ley de Fundaciones para el órgano de gobierno de las mismas.

(52) Es necesario que los patronos hayan aceptado expresamente el cargo para poder entrar a desempeñar sus funciones (art. 13.3 de la Ley 30/1994).

B) La Fundación en proceso de formación: su consideración legal

Una vez perfecto y eficaz el negocio jurídico creador de la Fundación, se abre la situación de pendencia que es regulada en el art. 11 de la Ley de Fundaciones. Así, más adelante se analiza la naturaleza jurídica de la Fundación en proceso de formación de acuerdo con la Ley de Fundaciones (53), las actividades que pueden y/o deben de ser realizadas por los patronos en relación con el patrimonio fundacional, y los efectos y responsabilidad derivados de las mismas. Pero importa anticipar ahora que el art. 11 reconoce la existencia en nuestro Derecho de organizaciones sin personalidad (Fundaciones en proceso de formación) sometidas a un particular régimen jurídico. Régimen que se manifiesta tanto en las relaciones internas del fundador con esa organización (54) y de ésta con su Patronato, como en las relaciones establecidas entre la organización y terceras personas.

C) El acceso al Registro

El art. 11 de la Ley de Fundaciones ordena al órgano de gobierno de la Fundación realizar los actos que sean necesarios para la inscripción de la organización constituida, sin señalar plazo, ni mínimo ni máximo, para que la inscripción se promueva (55). Sin embargo, hay que tener en cuenta que para que la Fundación pueda obtener los

(53) Ver apartado I.6.B) de este trabajo.

(54) De momento, se acaba de ver que el patrimonio fundacional se independiza del patrimonio del fundador, por ejemplo.

(55) El art. 36.2 de la Ley remite al Reglamento la determinación del plazo para promover la inscripción. En este sentido, el art. 6 del Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal, dispone:

Plazo para solicitar la inscripción:

1. Todos los actos inscribibles mencionados en el art. 3 deberán presentarse a inscripción dentro del plazo de un mes a contar desde su adopción. Si la fundación ha sido constituida en testamento que deba ser adverbado judicialmente, ese plazo se contará a partir de su protocolización notarial.

2. Si la fundación se ha constituido por testamento abierto notarial, su inscripción habrá de ser solicitada en el plazo de un año a partir de la muerte del testador, acompañando copia autorizada del testamento y los certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad.

3. El incumplimiento de estos plazos por los órganos del patronato dará lugar a las responsabilidades que procedan, a solicitud del protectorado, por aplicación de los arts. 11, 15, 16.2, d) y 23.3 de la Ley 30/1994.

beneficios fiscales establecidos en la Ley deberá instarse su inscripción en el plazo señalado en el art. 46 de la misma (56).

El art. 11 de la Ley legitima, desde luego, al órgano de gobierno de la Fundación en proceso de formación para promover su inscripción. Pero no parece que excluya que dicha inscripción pueda ser solicitada por otros en caso de inactividad del Patronato. Por ejemplo, parece lógico que el fundador o sus herederos estén también legitimados para promover la inscripción (57); o los albaceas testamentarios. O el Protectorado, en cumplimiento de su misión, regulada con gran amplitud por el art. 32 de la Ley (58).

(56) Art. 46:

"1. Para el disfrute de los beneficios fiscales establecidos en el presente Título, con excepción de los regulados en la sección 4.ª de este capítulo, las entidades sin fines lucrativos a que se refiere el art. 41 deberán dirigirse, acreditando su condición, a la Delegación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en cuya circunscripción esté situado su domicilio fiscal, *una vez inscritas* en el Registro Administrativo correspondiente o declaradas de utilidad pública en el caso de las asociaciones.

El reconocimiento de los beneficios fiscales producirá efectos desde la fecha de la correspondiente comunicación a la Administración. No obstante, *cuando entre la fecha de dicho escrito y la de inscripción o, en su caso, de declaración de utilidad pública, no hubieran mediado más de tres meses, dichos efectos se retrotraerán a la fecha de solicitud* de estas últimas.

Tratándose de Fundaciones, dichos efectos *se retrotraerán a la fecha de su constitución* cuando entre ésta y la de solicitud de inscripción en el Registro administrativo correspondiente no haya transcurrido más de *un mes*".

(57) Si el fundador ha manifestado al otorgar el negocio fundacional su decidida voluntad de crear una persona jurídica, a la que dota de bienes para cumplir un fin de interés general, ¿cómo no va a estar legitimado para solicitar su inscripción y, de este modo, conseguir que la Fundación por él creada alcance personalidad?

(58) El referido art. 32 dispone:

"1. El Protectorado facilitará el recto ejercicio del derecho de Fundación y asegurará la legalidad de su constitución y funcionamiento.

2. El Protectorado..., correspondiéndole a tal fin las siguientes funciones:

b) Velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales de acuerdo con la voluntad del fundador y teniendo en cuenta la consecución del interés general.

d) Dar publicidad a la existencia y actividades de las Fundaciones.

e) Ejercer provisionalmente las funciones del órgano de gobierno de la Fundación si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo.

f) Cuantas otras funciones se establezcan en las leyes".

Por otra parte, el art. 7.4 de la Ley de Fundaciones habilita al Protectorado para designar una persona que otorgue la escritura pública de constitución de la Fundación cuando el testador se limitó a expresar en su testamento su voluntad de erigirla y de disponer de la dotación. Pero esa habilitación es para el caso de que la mencionada escritura de constitución no sea otorgada por el albacea o, en su defecto, por los herederos testamentarios. De modo que si en esos casos el Protectorado puede otorgar la

4. Fundación en proceso de formación y "Fundación irregular"

El concepto genuino de Fundaciones en proceso de formación (es decir, pendientes de inscripción registral, una vez concluido con todos los requisitos legales el negocio jurídico fundacional y desembolsada —o en vías de desembolso— la dotación) debe de ser deslindado del que podríamos llamar de "Fundaciones irregulares", por transplantar a nuestro ámbito la conocida terminología propia del Derecho de sociedades (59). Así, serían "Fundaciones irregulares" las que pudieran actuar en el tráfico *de facto*, por no haber sido promo-

escritura de constitución de la Fundación, con mayor motivo podrá promover la inscripción de la misma ("quien puede lo más, puede lo menos"). Y, por analogía, también podría hacerlo en general cuando quienes estuvieran legitimados para solicitar la inscripción permanecieran inactivos.

Recordemos que el art. 5.3.º del Decreto 2930/1972, regulador de las Fundaciones culturales privadas, estaba redactado en términos más amplios: "En aquellos supuestos en que se exprese la voluntad fundacional en un acto *inter vivos* o de última voluntad, el Protectorado procederá a otorgar la Carta Fundacional si no lo hicieren, dentro de los seis meses siguientes a ser requeridos para ello, los fundadores o las personas por ellos designadas para poner en marcha la Fundación".

(59) La admisión de las sociedades irregulares en el Derecho español, así como su tratamiento jurídico ha dado lugar a importantes discusiones doctrinales y encontrados fallos jurisprudenciales; tratamiento que hoy aborda el art. 16 de la actual Ley de Sociedades Anónimas, al que se remite el art. 11.3 de la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Las sociedades irregulares actúan en el tráfico como tales sociedades, pero existe voluntad rebelde de todos o algunos de sus socios a su inscripción en el Registro Mercantil.

El clásico debate entre los mercantilistas acerca de la sociedad anónima irregular se situaba entre las afirmaciones de que tal situación no podía producir ningún efecto jurídico (GARRIGUES), o, por contra, que podría valer como sociedad civil (GIRON, en una primera época), o como sociedad colectiva cuando su objeto fuera mercantil y respecto de los socios conscientes de la irregularidad y que asintieran en la actuación de la sociedad (GIRON, en una 2.ª época, URÍA y DE LA CAMARA). Este último régimen ha sido el acogido por el art. 16.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, sobre cuya oportunidad y corrección se ha seguido discutiendo.

En relación con toda esta problemática se pueden consultar, por ejemplo, los siguientes trabajos, en los que se encuentran referencias y bibliografía detalladas: FERNANDEZ DE LA GANDARA, "La sociedad anónima irregular", en *Derecho de Sociedades Anónimas*, I (La Fundación), *op. cit.*, 1991, pp. 613 y ss. JIMENEZ SANCHEZ, "La sociedad anónima en formación y la sociedad irregular", *op. cit.*, pp. 665 y ss. RODRIGUEZ MARTINEZ, "La sociedad en proceso de fundación y la sociedad irregular", en *La reforma del Derecho español de Sociedades de capital*, Madrid, 1987, pp. 173 y ss. VALPUESTA GASTAMINZA, *La sociedad irregular*, Pamplona, 1995.

vida su inscripción (60). Y, en este sentido, podríamos hablar también de dos tipos de "Fundaciones irregulares": las que se han constituido en un negocio jurídico fundacional que reúne los requisitos legales, pero cuya inscripción no se ha promovido; y aquellas otras respecto de las que no sólo falta la inscripción registral, sino también el negocio jurídico fundacional con los requisitos legales. Las últimas son nulas *ab initio* como consecuencia de la inexistencia del negocio fundacional, y por tanto hay que pensar que no pueden generar ningún efecto jurídico como tales Fundaciones (61). Pero no así las otras, pues en cuanto el negocio jurídico fundacional se perfecciona y la dotación se aporta se producen los efectos apuntados más arriba (62). Pero de ningún modo el ente alcanza personalidad jurídica, ya que la inscripción registral es constitutiva, de acuerdo con el sistema instaurado por la Ley 30/1994 (63).

Cierto que en el ámbito del Derecho de sociedades, donde se admiten diversos tipos de sociedades reconocidas legalmente, la sociedad irregular puede existir; no bajo la forma que pretende aparentar, ya

(60) No nos referimos a las Fundaciones benéfico-asistenciales que ya hubieran adquirido personalidad de acuerdo con la legislación anterior, puesto que la conservan aunque no se hayan inscrito. Como se indicó, adquirieron personalidad conforme al sistema de libre constitución, y no están inscritas en el Registro porque no existía tal Registro en el Ministerio de Asuntos Sociales.

Ahora bien, la Disposición transitoria segunda de la Ley 30/1994 ordena que en el plazo de dos años (prorrogables por otros dos) desde su entrada en vigor, las Fundaciones preexistentes deberán adaptar sus estatutos a la nueva Ley e inscribirse en el Registro. Y aunque dicha inscripción no se produzca en ese plazo, hay que entender que la personalidad jurídica de la Fundación se mantiene, puesto que la Ley no sanciona a éstas con la pérdida de personalidad si no adaptan sus estatutos y se inscriben en el Registro.

De todos modos, las Fundaciones benéfico-asistenciales que no estén inscritas seguirán siendo personas jurídicas, pero no podrán gozar de los beneficios fiscales establecidos en la Ley 30/1994 mientras la inscripción no se produzca (arts. 41 y 46 de la Ley).

(61) Si el negocio jurídico fundacional no se ha perfeccionado de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6 y ss. de la Ley 30/1994, de Fundaciones, ni siquiera se pone en marcha el proceso para el reconocimiento de personalidad a las Fundaciones.

(62) La dotación se separa del patrimonio del fundador, el órgano de gobierno queda habilitado para actuar...

(63) Se debe impulsar desde la Ley la rápida inscripción de las Fundaciones, porque el otorgamiento de personalidad jurídica a la organización constituida ampara mucho mejor los distintos intereses que pueden entrar en conflicto, como luego se expone. Señala RESCIGNO: "La questione consiste nel verificare se ed in quale misura siano possibili ed il sistema consenta tutele *reali* dei creditori e dei beneficiari, rispetto a beni vincolati senza la *mediazione* di un distinto soggetto a cui imputarli" (*Le Fondazioni in Italia e all'estero*, Padua, 1989, pp. 475).

que no se ha inscrito, pero sí como sociedad de otro tipo (64). En cambio, en el Derecho de Fundaciones no se pueden reproducir argumentos similares, pues la Ley de Fundaciones sólo reconoce un tipo legal de Fundación: la constituida de acuerdo con las exigencias legales e inscrita en el Registro (65). Y si la Ley exige inscripción registral para otorgar personalidad jurídica a las Fundaciones, y sólo reconoce un tipo de ellas (66), es claro que no lo serán las que no estén inscritas. Y, por tanto, los supuestos de Fundaciones creadas en negocio fundacional válido, con dotación desembolsada e *inscripción no promovida*, y por ello faltas de personalidad, están huérfanos de regulación en nuestro Derecho (67).

(64) El art. 16 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone:

"Sociedad irregular. 1. Verificada la voluntad de no inscribir la Sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la Sociedad en formación y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones.

2. En tales circunstancias, si la Sociedad ha iniciado o continúa sus operaciones, se aplicarán las normas de la Sociedad colectiva o, en su caso, las de la Sociedad civil. El apartado tercero del artículo anterior no será aplicable a la posterior inscripción de la Sociedad".

Dicho art. 16 es aplicable también a las sociedades de responsabilidad limitada, según ordena el art. 11.3 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo.

(65) Hay que tener en cuenta que el derecho de fundación se reconoce "con arreglo a la Ley" (art. 34.1 de la Constitución Española), y no es contenido esencial del derecho a fundar el que la personalidad se otorgue por el sistema de libre constitución.

(66) Porque el ser culturales, asistenciales, etc., no afecta a su esencia y régimen jurídico, que ha sido unificado por la Ley 30/1994 para las Fundaciones de régimen estatal, y es también uniforme en las Leyes autonómicas de Fundaciones actualmente en vigor. Eso sí, determina el órgano competente para el ejercicio del Protectorado sobre las Fundaciones.

Ello resulta bien claro de la Exposición de Motivos de la Ley. Y, además, de la cantidad de artículos de la misma que, por una u otra vía, son de aplicación en toda España. Ver la Disposición Final primera de la Ley 30/1994, y los comentarios a la misma de PIÑAR MAÑAS en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I. *cit.*, pp. 710 y ss.

(67) En el Derecho italiano es posible admitir la existencia de Fundaciones sin personalidad, que todavía no han solicitado u obtenido el reconocimiento, por analogía con la regulación de los "comitati" (arts. 39 a 42 *Codice Civile*). En estos casos, los administradores de estos entes responden por ellos de forma personal e ilimitada.

La construcción es de GALGANO (*vid.*, por ejemplo, *Associazioni non riconosciute. Comitati, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, 2.^a ed., Bolonia-Roma, 1976, pp. 290 y ss. También *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Padua, 1987, pp. 368 y ss., y 398 y ss.). Ha sido puntualizada por otros autores. *Vid.*, por ejemplo, GRECO, *Le fondazioni non riconosciute*, Milán, 1980, pp. 11-12, 15-19, 21-22, 61, etc. Este autor pone de relieve que para admitir una cierta autonomía a la Fundación no reconocida es imprescindible que exista un patrimonio separado y un aparato organizativo.

Creo, con CAFFARENA (68) que el art. 11 de la Ley de Fundaciones da carta de naturaleza en nuestro ordenamiento a las Fundaciones sin personalidad jurídica, pero *siempre como situaciones transitorias o provisionales*, que operan mientras no se produce la inscripción registral solicitada. Es decir, que el Derecho español reconoce la existencia de estas organizaciones sin personalidad, regulando determinados efectos jurídicos (que se verán) en el ámbito de sus relaciones internas y en el de sus relaciones con terceras personas. Del análisis del contenido del art. 11 de la Ley 30/1994 se desprende sin gran dificultad que su espíritu es regular situaciones *provisionales*. Por ello, aplicar las reglas allí contenidas para reglar la situación de "Fundaciones" reticentes a la inscripción, sería desnaturalizar el espíritu del precepto.

¿Cómo distinguir entre Fundaciones en proceso de formación y "Fundaciones irregulares"? Probablemente estaremos ante las segundas cuando no se haya presentado la solicitud de inscripción en el Registro en el plazo reglamentario previsto en el art. 6 del Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo (69). Quedando sin resolver el régimen de estas Fundaciones que pudieran operar *de facto*, en especial en cuanto al destino del patrimonio y al régimen aplicable a las obligaciones contraídas, así como la responsabilidad correspondiente.

5. Problemática jurídica de fondo suscitada alrededor de los entes en proceso de formación, con especial referencia a las Fundaciones

A) Duración del período.

No será infrecuente que sea largo el período de tiempo que medie entre el momento en que se perfeccione el negocio jurídico creador de la Fundación, y el instante en que ésta tenga acceso al Registro de Fundaciones. Por razones diversas, entre las que pueden estar la falta de diligencia del Patronato correspondiente al promover la inscripción registral, y los retrasos burocráticos; la denegación de inscripción registral por falta subsanable; la denegación de inscripción por falta insubsanable, que es recurrida (70)...; y por razones que derivan de la propia Ley 30/1994.

(68) *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I, de la obra colectiva cit., pp. 97 y 98.

(69) Transcrito *supra* en nota 55.

(70) De acuerdo con el Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal, el encargado del Registro podrá denegar la inscripción de la Fundación cuando la carta fundacional no se ajuste a las prescripciones de la Ley (art. 7.2), "in fine"; "calificará la vali-

En efecto, el art. 36.2 de la misma establece como requisito necesario previo a la inscripción *que el órgano que ejercerá el Protectorado emita un informe favorable "en cuanto a la persecución de fines de interés general y a la determinación de la suficiencia de la dotación"* (71). Dicho informe, en cuanto acto administrativo que es, podrá ser impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 35 de la Ley 30/1994). Y si dicho informe se impugna (72), habrá que esperar en ocasiones el resultado del procedimiento antes de proceder a la inscripción. Lo cual alargará el trámite, y mantendrá a la Fundación aún no inscrita en la situación de provisionalidad que aquí estamos analizando.

dez y solemnidades extrínsecas de los documentos presentados, teniendo en cuenta el contenido de los documentos o declaraciones y los obstáculos que surjan del Registro" (art. 11.1); denegará la inscripción si el acto no es válido (art. 11.2); suspenderá la inscripción "si falta algún requisito que pueda ser subsanado y no afecte a la validez del acto" (art. 11.3).

"A su vez, el artículo 15 del mismo Reglamento del Registro dispone:

1. Todas las decisiones desfavorables del Registro de Fundaciones se adoptarán por el Director General de los Registros y del Notariado, a propuesta del encargado del Registro y previo informe de la Subdirección General del Notariado y de los Registros de la Propiedad y Mercantiles.

2. Transcurrido el plazo de tres meses sin que hubiese recaído resolución expresa en relación con las solicitudes de inscripción formuladas, se entenderán desestimadas."

Y el art. 11.4 ordena que:

"La inscripción deberá practicarse, si no median defectos, en el plazo de tres meses a contar desde la fecha de presentación del título en el Registro. El Registrador procederá a calificar dentro de los primeros treinta días del plazo expresado."

(71) El art. 7 del referido Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal, dispone: "La primera inscripción de la fundación se entenderá solicitada mediante la presentación de la escritura constitutiva. El encargado del Registro solicitará del protectorado correspondiente el informe preceptivo sobre el interés general de los fines y la suficiencia de la dotación. Si el informe es favorable, la inscripción sólo podrá ser denegada cuando la escritura constitutiva no se ajuste a las demás prescripciones de la Ley."

(72) Tengamos en cuenta que si el informe es favorable, podrá ser impugnado por los que se opongan a la inscripción de la Fundación (por ejemplo, si la Fundación se ha constituido *mortis causa*, los que heredarían en lugar de la misma, o incrementarían su participación en la herencia). Si el informe es desfavorable, será normalmente impugnado por los que sostengan la viabilidad de la Fundación, en especial su órgano de gobierno.

B) Actividades que podrían ser realizadas en nombre de la Fundación durante el período anterior a su inscripción (73)

Antes se apuntó que una vez perfecto el negocio jurídico fundacional respetando todos los requisitos establecidos en la Ley 30/1994, deviene irrevocable, y la dotación (el patrimonio inicial de la Fundación), se independiza del patrimonio del fundador.

Pues bien, si la Fundación accede al Registro será la titular de dicho patrimonio; y si se le deniega definitivamente ese acceso, el patrimonio deberá ser devuelto al fundador o a sus sucesores. Pero, en cualquier caso interesará, cuando menos, que sea correctamente administrado en el ínterin. En consecuencia, y sólo para mantener el patrimonio de la Fundación aún no inscrita, y por tanto carente de personalidad jurídica, habrá que entablar una serie de relaciones jurídicas de las que pudieran derivar derechos y obligaciones para la Fundación, para los que actúan en nombre de la Fundación, y para los que con ellos contratan. Esas relaciones pueden llegar a tener un cierto volumen, dependiendo de la entidad del patrimonio fundacional, y especialmente si la inscripción registral se demora. Además, según los casos, sería necesario realizar otras actividades en interés de la Fundación; por ejemplo, aceptar donaciones sin cargas (74), consumir usucapiones, ejercitar acciones en defensa del patrimonio o continuar las ya iniciadas...

De entre todas esas actividades habrá algunas absolutamente necesarias para promover la inscripción registral; otras, imprescindibles para administrar y conservar correctamente el patrimonio fundacional; otras, precisas para iniciar las actividades fundacionales, para poner en marcha la Fundación (75). Otras no serán necesarias, pero sí convenientes para la Fundación (76). ¿Y si la Fundación se propone realizar actividades mercantiles e, incluso, las inicia...?

Además, las mencionadas actividades pudieran ser realizadas por el fundador, o sus herederos, o los albaceas testamentarios...; por los

(73) La exposición que sigue es de carácter general. Su tratamiento específico en la Ley de Fundaciones se analiza, *infra*, apartado II.

(74) Las donaciones hechas a la Fundación aún no inscrita normalmente lo serán en concepto de dotación. Pero la Ley no obliga a ello, y en consecuencia creo posible que la Fundación en formación pueda recibir donaciones no dotacionales que, para ser eficaces, deberán ser aceptadas.

(75) Por ejemplo, contratar un mínimo de personal, o alquilar el piso donde la Fundación tendrá su sede.

(76) Por ejemplo, celebrar un contrato en condiciones especialmente ventajosas para la Fundación.

miembros del órgano de gobierno de la Fundación en formación, o por gestores o administradores (ya obren en su propio nombre o actúen como representantes de la Fundación); pudiendo obrar cualquiera de ellos de buena o mala fe. Amén de que pudieran ser actividades permitidas o prohibidas por los estatutos.

Pues bien, ¿cuál será la eficacia jurídica de las distintas actividades realizadas o emprendidas en nombre de la Fundación antes de la inscripción registral? ¿Qué derechos y qué obligaciones adquirirá la Fundación cuando la inscripción se produzca? ¿Cómo responderá el patrimonio fundacional de las obligaciones asumidas por la Fundación? ¿Quién se hará cargo de las obligaciones que la Fundación no asuma? ¿Están legitimados pasivamente frente a los acreedores tanto los patronos como los gestores de la Fundación...? Y, ¿qué sucede si la Fundación no llega a inscribirse...? En cualquier caso, las normas jurídicas que resuelvan estas cuestiones deberían valorar los intereses en juego. ¿Cuáles son éstos?

C) Intereses protegibles que podrían confluir a lo largo del proceso de formación de las Fundaciones

Siempre que el Derecho se decide por el sistema de otorgamiento de la personalidad jurídica por disposiciones normativas, necesariamente se producirá el fenómeno que ahora estamos analizando en el ámbito de las Fundaciones, y que, por tanto, es común a éstas y a otras personas jurídicas. Ahora bien, el conflicto de intereses que afloran en el tiempo que media entre la perfección del negocio constitutivo y el momento en que se otorga personalidad al ente creado ha sido, y es, especialmente llamativo en las sociedades mercantiles. Ello ha favorecido el tratamiento doctrinal y jurisprudencial (77) en relación con las sociedades anónimas, quedando huérfano respecto de las Fundaciones, como antes se indicó. A continuación, se exponen esos intereses contrapuestos, dejando el estudio de su resolución en la Ley 30/1994 para los apartados siguientes. En nuestro caso, son muchos los referidos intereses: los de los acreedores del fundador, los de los acreedores

(77) Todos los trabajos anteriormente citados sobre sociedades anónimas no inscritas se refieren, de un modo u otro, a la problemática que vamos a referir a continuación, y analizan jurisprudencia y doctrina. Son especialmente expresivos el prólogo de ESTEBAN VELASCO al libro de ALONSO GARCIA, ya citado; y el artículo de VICENT CHULIA: "La sociedad en constitución", también citado, pp. 855 y ss.

de la Fundación, los del propio fundador, los de los patronos, los intereses generales que la Fundación satisface, etc.; y resultarán protegidos en distinta medida según cómo regulen las normas jurídicas la situación de la Fundación pendiente de acceso al Registro.

a) *En el ámbito de las llamadas "relaciones internas"*

En la esfera de las sociedades en formación se suelen llamar *relaciones internas* a las de los socios con la sociedad aún no inscrita. Así, se encuadrarían en este ámbito los temas referentes al nombramiento de gestores y realización de las aportaciones sociales; ¿están los socios obligados a aportar lo prometido antes de que se produzca la inscripción?; las aportaciones hechas, ¿engrosan un patrimonio distinto del de los socios? (78).

Por lo que respecta a las Fundaciones, las *relaciones internas* serían las del fundador o sus herederos con la Fundación en formación. Recordemos que el fundador queda vinculado en cuanto el negocio fundacional se perfecciona, y la dotación se independiza constituyendo desde entonces un patrimonio de destino. Por ello, el fundador o sus herederos pueden ser compelidos a entregar la dotación prometida. Ello es una consecuencia más de las diferencias sustanciales entre personas jurídicas de base asociativa (como las sociedades anónimas) y Fundaciones. Estas últimas carecen de sustrato personal y de ningún modo podrían ponerse en marcha sin un patrimonio desembolsado, siquiera parcialmente.

(78) La respuesta exige precisar previamente si la sociedad es inexistente antes de que tenga lugar la inscripción, o si, por el contrario existe, aun sin personalidad jurídica, alguna forma societaria que deriva del contrato celebrado entre los socios. Si sostenemos esta última afirmación, la respuesta a las anteriores preguntas será afirmativa.

Pues bien, en el ámbito del Derecho de Sociedades hay doctrina y jurisprudencia tanto en uno como en otro sentido. Pero la opinión mayoritaria y más moderna entiende que, una vez perfecto el contrato de sociedad, existe un ente sin personalidad en proceso de fundación. Se pueden consultar las obras citadas de ALONSO GARCIA, ALONSO UREBA, JIMENEZ SANCHEZ, RODRIGUEZ MARTINEZ y VICENT CHULIA. Y también GIRON TENA: *Derecho de Sociedades*, Madrid, 1976, especialmente pp. 179 y ss.; y DE LA CAMARA: *Estudios de Derecho Mercantil*, I, 1.ª parte, Madrid, 1977.

b) *En el ámbito de las "relaciones externas"*

Un segundo bloque de problemas, de más compleja resolución, es el integrado en las llamadas *relaciones externas*, es decir, relaciones de los terceros con el ente en trámite de inscripción (79). Además, se pueden distinguir dos clases de terceros con intereses amparables, pero contrapuestos. Unos, los que resulten afectados como consecuencia de las relaciones jurídicas entabladas por el ente en formación con el exterior, principalmente los acreedores del ente aún no inscrito. Otros, los terceros no contratantes con el ente en formación. De esta última clase serían los acreedores de los socios, si nos movemos en el ámbito de las sociedades; o, respecto de las Fundaciones, los acreedores del fundador.

Así, mientras los unos tendrían interés en que el patrimonio de la entidad fuera independiente, los otros resultarían mejor protegidos si tal autonomía patrimonial se negara mientras no se produjera la inscripción, pues podrían solicitar el embargo de las aportaciones hechas por el socio (si el ente en formación es una sociedad), o de las aportaciones hechas por el fundador o fundadores, si estamos ante una Fundación.

La necesidad de proteger en su justa medida esos intereses encontrados es tan evidente como difícil. Y, de nuevo, la respuesta pasa por determinar con carácter previo tanto la validez y eficacia de los actos realizados por el ente aún no inscrito, como si el patrimonio del mismo responde de las obligaciones contraídas antes de la inscripción; y si la respuesta es afirmativa, de cuáles, hasta dónde y en qué condiciones.

Respecto de las sociedades anónimas en formación la respuesta doctrinal y jurisprudencial fue, de nuevo, ambivalente. Resultando especialmente llamativas las posturas del Tribunal Supremo, quien, en dos sentencias separadas temporalmente sólo por un año, y juzgando en base a supuestos de hecho muy similares, adoptó soluciones diametralmente opuestas (80). De todos modos, el art. 15 de la nueva Ley de

(79) En el ámbito de las sociedades, relaciones con terceros que no sean parte en el contrato de sociedad.

(80) La doctrina puede consultarse en las obras antes citadas.

Las sentencias referidas, que son de 24 de marzo de 1984 y 13 de febrero de 1985, fueron ampliamente comentadas por ALONSO GARCIA, R., *op. cit.*, pp. 39-41. Juzgaron sendos supuestos en los que el acreedor del socio solicitaba el embargo de su aportación a la sociedad aún no inscrita. Y mientras la primera resolvió que podía hablarse en cierto modo de personalidad jurídica aún sin inscripción y, en consecuencia, el acree-

Sociedades Anónimas clarificó el panorama, y así hoy cobra especial vigor la afirmación favorable a la existencia de una construcción societaria previa a la inscripción (81).

En relación con las Fundaciones, al entender que el patrimonio fundacional se independiza del patrimonio del fundador aún antes de la inscripción, resultará que los acreedores del fundador no podrán solicitar directamente el embargo de la dotación, sino que tendrán que impugnar, si procede (por ejemplo, por fraude de acreedores), el acto de dotación (82).

c) Los intereses de los patronos de la Fundación

Los integrantes del órgano de gobierno de la Fundación, que ejercen su cargo con carácter gratuito (83), estarán interesados en no responder (o responder en la menor medida posible) con sus patrimonios personales frente al fundador, a la Fundación o a terceros, de las obli-

dor del socio no podía embargar la aportación social hecha, la segunda estimó que sin inscripción no hay sociedad y, por tanto, si procedía el embargo de la aportación hecha por el socio a la sociedad aún no inscrita.

(81) Es particularmente expresivo ALONSO UREBA ("La sociedad en formación", *op. cit.*, p. 542, cuando afirma, en medio de un detallado estudio): "... es preciso contemplar las actuaciones en la fase fundacional a partir de la construcción jurídica de la llamada 'sociedad en formación' como entidad jurídica capaz de obligarse y actuar como tal en el tráfico, de modo que la responsabilidad personal de los 'actuales en nombre de la sociedad en la fase fundacional', se añada a la de la propia sociedad como un plus de protección de terceros a falta del control preventivo y publicidad que implica la inscripción, sin descartar incluso la responsabilidad de los propios socios, haciendo jugar a estos fines los aspectos de política jurídica implícitos en la relación entre los distintos tipos societarios mercantiles y la exacta significación de la publicidad registral y 'la personalidad jurídica' como atributo de las sociedades de capital".

(82) De la misma opinión, FERRER I RIBA, *op. cit.*, p. 879.

(83) La gratuidad es característica esencial del cargo de patrono. Los patronos no pueden percibir retribución por el desempeño de sus funciones (art. 13.4 de la Ley 30/1994), si bien tienen derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que les ocasione el desempeño de su función, salvo disposición en contra del fundador (art. 13.6 de la misma Ley). Sin embargo, por vez primera en la legislación estatal de Fundaciones, la Ley permite a los patronos contratar con la Fundación, previa autorización del Protectorado (art. 26).

Esta última posibilidad se prevé sólo para actuaciones determinadas que puedan ser retribuidas; por ejemplo, si uno de los patronos es arquitecto, la elaboración de un informe en relación con uno de los inmuebles de la Fundación, que amenaza ruina.

Se pueden consultar los comentarios de DE LORENZO y CABRA DE LUNA, a los arts. 13 y 26 de la Ley, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I, cit., pp. 112 y ss. y 234 y ss.

gaciones derivadas de los actos que hayan realizado o celebrado para la Fundación en proceso de formación. Y la determinación de su responsabilidad dependerá de la consideración legal que merezcan sus relaciones con el fundador y con la Fundación (84); así como del ámbito de sus poderes y de su actuación dentro o fuera de él, con diligencia o sin ella.

d) Los intereses de la Fundación

Por supuesto, la regulación jurídica de las Fundaciones en proceso de formación deberá tener en cuenta los intereses de la propia Fundación, que si alcanza personalidad constituirá un instrumento estimable para la consecución de intereses generales y, en consecuencia, beneficioso para la colectividad. Esos intereses generales, en aras de los que el legislador estableció bien pronto una excepción a la prohibición general de vinculación de bienes (85), deben ser protegidos.

e) Los intereses del fundador y sus sucesores

Por definición, el negocio jurídico fundacional es un acto de liberalidad, del cual el fundador no obtiene lucro (86). Ciertamente es él quien, libremente, pone en marcha el proceso de creación de un ente con capacidad para adquirir derechos y para asumir obligaciones en el tráfico jurídico; y, en este sentido, él o sus herederos deberían correr con el riesgo que ello puede entrañar si la Fundación embrionaria se malogra. Pero, por otra parte, también es cierto que, sin contraprestación material, el fundador promueve la realización de un fin que no

(84) Mandatarios, gestores de negocios ajenos, representantes orgánicos de la Fundación...

(85) Ver, por todos, MALUQUER DE MOTES, *La Fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (estudio de un proceso)*, Publicaciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1983 (hay reimpresión de 1988). También en "Notas en torno a las Fundaciones y los establecimientos en el Código Civil", *Revista de Derecho Privado*, 1979, pp. 458 y ss. Y en "Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 23 de marzo de 1988", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 16, 1988, pp. 243 y ss.

(86) "Son Fundaciones las organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general" (art. 1.1 de la Ley de Fundaciones).

reviste especial interés para él o su familia (87), sino que beneficia a la colectividad; por lo que, de algún modo, esta última, en cuanto tal beneficiaria, debería de correr igualmente con las consecuencias que se derivasen de la denegación definitiva de acceso al Registro de la Fundación por causa inimputable al fundador, sus herederos, sus ejecutores testamentarios o el Patronato.

Si a la Fundación se le deniega definitivamente el acceso al Registro, la dotación ha de ser devuelta al fundador o sus herederos. Es claro que esa devolución no podrá perjudicar o burlar los intereses de los acreedores del ente, que deberán ser protegidos. Ahora bien, ¿el patrimonio fundacional debería garantizar siempre y en todo caso el pago de las obligaciones contraídas (88)? ¿También cuando el fundador, confiando en la suficiencia de la dotación y en el carácter general del fin que ordena, entrega aquélla de buena fe, pero la inscripción se deniega por causa que tampoco es atribuible al Patronato, diligente y sin tacha?

(87) La Ley de Fundaciones ha zanjado definitivamente la vieja polémica en torno a si eran admisibles en nuestro Derecho las llamadas "Fundaciones familiares", pues dispone en el art. 2.3 que "en ningún caso podrán constituirse Fundaciones con la finalidad de destinar sus prestaciones a los cónyuges o parientes del fundador hasta el cuarto grado inclusive"; lo cual no es más que una reiteración de la regla general reconocida por el art. 2.1: "La finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas".

Ya de CASTRO, en su conocida polémica con CARDENAS, había argumentado irrefutablemente que el Derecho español prohibía las Fundaciones familiares, aunque ningún texto legal lo estableciera así (DE CASTRO, "Sobre la pretendida validez de las Fundaciones familiares", *Anuario de Derecho Civil*, 1953, pp. 623 y ss.; también en *La persona jurídica*, 2.^a ed. reimp. cit., pp. 79 y ss. Y CARDENAS, "Las Fundaciones familiares en el Derecho Privado", *Revista de Derecho Privado*, 1952, p. 597 y ss.). Sin embargo, recientemente se había alzado alguna voz en defensa de dichas Fundaciones familiares, si bien con los límites del art. 781 del Código civil (ver DE PRADA: "Una futura ley de Fundaciones", I, *Actualidad Civil*, 1989.2, pp. 2621-2622).

(88) La respuesta afirmativa supondría concluir que el fundador o sus herederos responderían con todo lo aportado de las obligaciones contraídas en nombre de la Fundación que no se llega a inscribir. Y que dicha responsabilidad no sólo prescindiría de la buena o mala fe del fundador o sus herederos, sino también de la buena o mala fe de los patronos, ya que el patrimonio fundacional respondería en todo caso. Por supuesto, el fundador podría dirigirse con posterioridad contra los patronos negligentes, pero la negligencia de estos últimos no le eximiría a él de responder en primer término por las obligaciones que ellos hubieran contraído.

6. Algunas cuestiones previas a la resolución de los conflictos planteados

El negocio jurídico fundacional produce efectos importantes una vez que queda perfeccionado, como se dijo. Por lo pronto, el fundador queda vinculado por el negocio fundacional; puede ser compelido a entregar la dotación prometida; y el órgano de gobierno de la Fundación puesta en marcha asume las correspondientes funciones de gestión y representación de la Fundación aún no inscrita, cuya inscripción debe promover.

¿Cuál es la naturaleza de ese patrimonio destinado al cumplimiento de un fin antes de que la Fundación sea dotada de personalidad jurídica? ¿Cómo considera la Ley 30/1994 a la Fundación en trámite de inscripción, toda vez que el art. 11 de la misma ordena que asuma derechos y obligaciones contraídos en su nombre antes de la inscripción, e, incluso, ordena que el patrimonio fundacional responda de ciertas obligaciones aunque la inscripción no llegue a producirse? En definitiva, ¿cuál es la naturaleza de las Fundaciones en proceso de formación? La respuesta a estos interrogantes será de interés cuando tengamos que precisar, por ejemplo, en qué concepto actúa el órgano de gobierno antes de la inscripción y, en consecuencia, que régimen se aplicará a los resultados de sus actividades y a su responsabilidad en lo que no esté previsto en la Ley. También deberá tenerse en cuenta para determinar por qué la Fundación asume obligaciones contraídas antes de la inscripción, y si ese hecho conlleva o no que la adquisición de personalidad tenga efectos retroactivos desde el momento de la inscripción hasta la perfección del negocio jurídico fundacional.

A) Calificación del patrimonio fundacional antes de la inscripción

Sustancialmente, estará constituido por la dotación aportada, o por parte de la misma en los casos en los que se permite legalmente la dotación sucesiva (art. 10 de la Ley 30/1994 (89)). Pero es posible

(89) "1. La dotación, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales.

2. La aportación de la dotación podrá hacerse de forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso inicial será al menos del 25 por 100, debiendo hacerse efectivo el resto en un plazo no superior a cinco años contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la Fundación.

Tendrán, asimismo, la consideración legal de dotación los bienes y derechos que durante la existencia de la Fundación se afecten por el fundador o el Patronato, con carácter permanente, a los bienes fundacionales.

que resulte engrosado antes de que la Fundación consiga alcanzar personalidad jurídica, especialmente si el acceso al Registro se alargara. Así, por ejemplo, el activo patrimonial se incrementará con las donaciones que la Fundación pueda recibir después de su constitución y antes de la inscripción (90); o con los frutos o rendimientos de los bienes dotacionales que deberán ingresar en el patrimonio fundacional, puesto que éste ya se desprendió del patrimonio personal del fundador; o con los derechos reales o de crédito que pudieran resultar de las actividades desarrolladas por el Patronato antes de la inscripción... Todo ello nos pone de manifiesto, una vez más, que aunque la Fundación todavía no sea reconocida como persona jurídica, el patrimonio que constituirá el sustento esencial de la misma tiene una autonomía indudable desde el momento en que el negocio constitutivo se perfecciona.

En este sentido, pudiera pensarse que se trata de un *patrimonio separado*. Sin embargo, el concepto de patrimonio separado que impera

3. Si la dotación consistiera en dinero su cuantía se fijará en pesetas. Las aportaciones no dinerarias se cuantificarán en igual forma y se especificarán los criterios de valoración utilizados. En uno y otro casos se acreditará ante el notario actuante la realidad de las aportaciones.

4. Se podrá considerar como dotación el compromiso de aportaciones de terceros siempre que estuvieran garantizadas. En ningún caso se podrá considerar como dotación el mero propósito de recaudar donativos" (art. 10 de la Ley 30/1994).

Sobre el tratamiento de la dotación en la nueva Ley de Fundaciones se pueden consultar los comentarios de COBO GALVEZ, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, *op. cit.*, t. I, pp. 85 y ss.

En relación con el régimen anterior, ver el detallado estudio de CAFFARENA, en *El régimen jurídico de las Fundaciones...*, *op. cit.*, pp. 97 y ss.

Son clásicos, entre otros, los trabajos de MADRUGA, "El patrimonio fundacional benéfico", en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, t. IV, Pamplona, 1969, pp. 491 y ss. PUIG FERRIOL, "El patrimonio fundacional en la Ley de Fundaciones catalanas", *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 1641 y ss. VALERO AGUNDEZ, *La Fundación como forma de empresa*, *op. cit.*, pp. 36 y ss. y 291 y ss. Y LOPEZ JACOISTE: "La Fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones", *Revista de Derecho Privado*, 1965, pp. 567 y ss.

(90) Las donaciones que reciba la Fundación constituida y aún no inscrita pueden engrosar la dotación — cosa que ocurrirá normalmente si los donantes son fundadores (arts. 7.2, 7.4, 8 c) y 10 de la Ley 30/1994)—, pero no necesariamente. En este último sentido se puede pensar que las donaciones hechas a la Fundación no inscrita por donantes no fundadores pueden ser aceptadas por el órgano de gobierno de la misma, ya que de lo contrario se estaría privando a la Fundación en trámite de inscripción de un beneficio cierto. La aceptación de dichas donaciones, especialmente si son sin carga, puede entenderse incluida entre los actos "que no admitan demora sin perjuicio para la Fundación" (art. 11 de la Ley 30/1994), y, en consecuencia, pueden ser realizados por el Patronato.

en la doctrina española no comulga bien con la realidad a la que responde el patrimonio fundacional antes de la inscripción. En efecto, como indicó DE CASTRO “el patrimonio separado viene concebido como una masa patrimonial, que pertenece a un patrimonio personal, pero que se entiende independizada de éste, por estar destinada a un fin específico y determinado” (91). El patrimonio separado, por tanto, pertenece al mismo titular del patrimonio del que, provisionalmente y para proteger determinados intereses, se separa. “Uno y otro patrimonio, no obstante la separación, siguen siendo patrimonios con un titular dominical, y vocados a la reunión; terminada la causa justificante de la separación (siempre temporal), se produce automáticamente la unión y confusión de las dos masas patrimoniales en el patrimonio personal” (92).

En este sentido, se podría considerar que el patrimonio fundacional antes de la inscripción de la Fundación en el Registro está separado del patrimonio del fundador, puesto que, como ya se indicó, una vez perfecto el negocio jurídico fundacional la dotación adquiere una autonomía propia. Ahora bien, también es cierto que cuando la inscripción se produce el patrimonio pasa a pertenecer a un titular distinto —la Fundación— sin que el fundador pueda recuperarlo ni siquiera en caso de que la Fundación se extinga. El art. 31 de la Ley 30/1994 es suficientemente expresivo en este sentido (93); y de él resulta que el fundador no puede establecer la reversión de los bienes a su favor, ni al de sus parientes o de otras personas, en caso de extinción de la Fundación, lo que estaba permitido al amparo del art. 39 del Código civil, que en este sentido hay que entender modificado por la

(91) *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, p. 57. Esta cita y las inmediatamente siguientes que se hacen al profesor DE CASTRO se incluyen aquí como muestra de una doctrina que es unánime en el Derecho Civil español, y que, por tanto, huelga citar con mayor detalle.

(92) DE CASTRO, *Temas...*, *op cit.*, pp. 58-59.

(93) Dicho art. 31 de la Ley de Fundaciones dice así:

“1. La extinción de la Fundación, salvo en el supuesto previsto en el art. 29 d), determinará la apertura del procedimiento de liquidación que se realizará por el órgano de gobierno de la Fundación bajo el control del Protectorado.

2. Los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las Fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquéllos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en el estatuto de la Fundación extinguida. En su defecto este destino podrá ser decidido, en favor de las mismas Fundaciones y entidades mencionadas, por el Patronato, cuando tenga reconocida esa facultad por el fundador, y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido.

Ley 30/1994 (94). Lo cual nos indica que no estamos ante un patrimonio separado.

En cambio, la situación del patrimonio fundacional antes de la inscripción de la Fundación es más cercana a la del *patrimonio con titular interino o patrimonio de destino*. Recordando de nuevo a DE CASTRO, en estos supuestos "al lado de derechos subjetivos aislados, en situación jurídica de pendencia, existen también masas de bienes, con deudas y obligaciones, que subsisten unidas, mientras que no ocurre el evento que decide quién sea el titular definitivo. Entonces se tendrá conciencia de otro tipo de patrimonio, de carácter temporal, y que se mantiene en completa independencia durante el período de indeterminación de su titular. La razón de ser de este patrimonio es la misma que la de las situaciones de pendencia. El Derecho mantiene en suspenso la situación del patrimonio, confiándolo a un titular interino, para la protección del contenido patrimonial e impedir la disgregación de sus elementos; teniendo en cuenta, a la vez, el interés del futuro titular definitivo y el de los acreedores del patrimonio" (95). Y cita DE CASTRO como ejemplos de patrimonio con titular interino el del concebido y no nacido, y el de la sociedad anónima, antes de constituirse, respecto del capital suscrito y desembolsado.

En resumidas cuentas, el patrimonio interino tiene vocación de patrimonio personal, pero del que aún se desconoce el titular. Sin embargo, derechos y obligaciones se mantienen unidos en el seno de ese patrimonio para una mayor protección de los mismos, mayor garantía del futuro titular y, probablemente, también mayor garantía para los terceros interesados. Y, en este sentido, creo que coincide con la realidad del patrimonio fundacional antes de la

3. No obstante, lo dispuesto en el apartado anterior, las Fundaciones podrán prever en sus estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general".

Ver mis consideraciones en "Aspectos jurídico-civiles prácticos de la nueva Ley de Fundaciones", *En torno a la Ley 30/94 de Fundaciones y de Incentivos Fiscales. Encuentro de Toledo*, Centro de Fundaciones-Fundación San Benito de Alcántara, Madrid, 1995, pp. 58 y 59. También CAFFARENA, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I, *cit.*, pp. 276 y ss.; así como sus anteriores trabajos sobre extinción de las Fundaciones citados allí.

(94) Además, la Ley recorta notablemente las facultades del fundador en orden a determinar el destino de los bienes fundacionales una vez extinguida la Fundación (ver las citas de la nota anterior).

(95) *Temas...*, *op. cit.*, p. 59.

inscripción registral y subsiguiente adquisición de personalidad jurídica (96).

B) Naturaleza de la Fundación en proceso de formación. Las distintas teorías sobre la naturaleza de las personas jurídicas en proceso de formación

La doctrina no se ha pronunciado con frecuencia acerca de la naturaleza jurídica de la Fundación en proceso de formación; y el Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de hacerlo todavía. No es de extrañar, puesto que la problemática es relativamente reciente. Recordemos que hasta la entrada en vigor del Decreto 2930/1972 (Reglamento de las Fundaciones culturales privadas), las Fundaciones adquirirían personalidad jurídica desde el momento de perfección del negocio jurídico constitutivo de las mismas. E, incluso después, las Fundaciones benéfico-asistenciales han continuado adquiriendo personalidad por el sistema de libre constitución, hasta la entrada en vigor de la Ley 30/1994. Es decir, la situación de Fundación en proceso de constitución era desconocida en España hasta 1972 (97).

Recordemos, pues, las construcciones doctrinales más importantes en orden a la naturaleza de las personas jurídicas en proceso de forma-

(96) En este sentido PUIG FERRIOL ("El patrimonio fundacional en la Ley de Fundaciones catalanas", *op. cit.*, pp. 1642-1643), quien defiende la autonomía de la dotación inicial o "patrimonio destinado a integrar el *substratum* de la Fundación" respecto del patrimonio del o de los fundadores, desde el momento en que se otorgue la carta fundacional (si la Fundación se constituye *inter vivos*) o desde el momento del fallecimiento del fundador (si se constituye *mortis causa*). En cuanto se obtiene la inscripción en el Registro, ese patrimonio de destino se convierte en patrimonio personal de la Fundación.

(97) Con la promulgación de la Ley de Fundaciones privadas catalanas, de 3 de marzo de 1982, la doctrina catalana se pronunció sobre el tema que nos ocupa. Por todos, FERRER I RIBA, *op. cit.*, pp. 875-876.

Son de gran importancia los trabajos de GALGANO en cuanto fue él quien defendió decididamente la viabilidad de las Fundaciones en proceso de formación o Fundaciones no reconocidas. GALGANO, en *Persone giuridiche, Commentario del Codice Civile SCIALOJA-BRANCA*, arts. 11-35, Turín, 1969, pp. 2 y 147 y ss. *Associazioni non riconosciute. Comitati*, en los mismos comentarios SCIALOJA-BRANCA, arts. 36-42, 2.^a ed., 1976. *Le associazioni. Le fondazioni. I comitati*, Padua, 1987...). También GRECO, *Le fondazioni non riconosciute*, Milán, 1980. DE GIORGI, en *Trattato di Diritto Privato*, dirigido por RESCIGNO, II.1, 1982, pp. 259 y ss. RUGIERO, M. L., *Associazioni, fondazioni, comitati riconosciute (sic) e non*, Milán, 1992. TAMBURRINO, *Persone giuridiche e associazioni non riconosciute. Comitati*, Utet, Turín, 1980.

ción, y veamos cómo encajan en el Derecho de Fundaciones objeto de nuestro estudio.

a) *El ente aún no inscrito carece de toda autonomía*

El ente en proceso de formación no existe en absoluto antes de acceder al Registro y, por tanto, carece de toda autonomía. Ya que la inscripción registral es constitutiva, no hay ningún tipo de personalidad antes de aquella (98). Y, en consecuencia, quienes contratan en nombre del ente en formación responderán de las obligaciones contraídas, salvo que, una vez convertido en persona jurídica, el ente ratificara aquellos actos a través de sus órganos.

Transplantada esta teoría al ámbito del Derecho de Fundaciones, mantenerla supondría afirmar que la Fundación en proceso de formación no existe en absoluto. Y, en congruencia, ni la Fundación podría adquirir derechos antes de la inscripción, ni se podrían contraer obligaciones en su nombre, ni asumiría responsabilidades de ningún tipo.

No parece posible sostener esta opinión de acuerdo con el contenido del art. 11 de la Ley 30/1994 (99), que ordena que el patrimonio fundacional responda de algunas obligaciones, incluso aunque no se obtenga la inscripción y, por consiguiente no alcance personalidad (100). Lo cual implica reconocerle una cierta autonomía y capacidad.

(98) GARRIGUES mantuvo esta opinión respecto de las sociedades anónimas antes de su inscripción. Nos decía, por ejemplo, que "sin escritura ni inscripción no puede constituirse ninguna sociedad anónima ni ninguna sociedad de responsabilidad limitada. Por tanto, sin escritura y sin inscripción la sociedad anónima no se constituye, no ya sólo como persona jurídica, sino tampoco como situación o vínculo estable de sociedad" (*Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, Madrid, 1976, p. 342, reiterado en p. 435). Si bien, en caso de que la sociedad se inscriba (sociedad en período de constitución), los contratos celebrados en su nombre pueden ser aceptados por la sociedad en un plazo de tres meses. "En su defecto los gestores serán responsables frente a las personas con las que hubieran contratado en nombre de la sociedad (art. 7 LSA y 6 LSRL). Si la inscripción se realizó fuera del plazo legal y la morosidad fuese imputable a los otorgantes de la escritura, éstos responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados (art. 27)" (*op. cit.*, pp. 342-343).

(99) Tampoco en las legislaciones autonómicas sobre Fundaciones, de acuerdo con los artículos transcritos más arriba referentes a las Fundaciones en proceso de formación.

(100) "En el supuesto de no inscripción, la responsabilidad se hará efectiva sobre el patrimonio fundacional, y, no alcanzando éste, responderán solidariamente los patronos" (art. 11, *in fine*, Ley 30/1994).

b) *El acceso al Registro es una condición suspensiva a la que se somete la eficacia del negocio fundacional*

A la luz de las ideas rápidamente expuestas antes acerca de las características del negocio jurídico fundacional en la legislación española de Fundaciones, la anterior afirmación no es cierta. En efecto, como antes indiqué, no es discutida la opinión según la cual una vez perfecto el negocio jurídico fundacional es irrevocable. Y entre otros efectos jurídicos que produce se encuentran algunos tan importantes como que el fundador queda vinculado y obligado a entregar la dotación; o que el órgano de gobierno queda jurídicamente habilitado tanto para promover la inscripción de la Fundación como para realizar actos jurídicos de diverso tipo. Estos actos vincularán a la Fundación si se inscribe, pero también si la inscripción no se obtiene, ya que incluso entonces el patrimonio fundacional responde en algunos casos (art 11 de Ley 30/1994).

Ello entraña, es obvio, que la eficacia del negocio jurídico fundacional no está sometida a condición suspensiva. Lo único que demora la inscripción es el otorgamiento de personalidad. En nuestro Derecho la destinación de bienes con carácter permanente dirigida a satisfacer intereses generales es admitida, principalmente, mediante la construcción jurídica según la cual se otorga personalidad al ente creado. El adoptar este sistema u otro (101) no es una decisión particular o privada, sino que es sólo la Ley quien puede legítimamente ordenar que la personalidad jurídica se alcance mediante la inscripción en un Registro o de otra manera. En suma, ni el otorgamiento de personalidad ni el sistema adoptado para otorgarla son efectos propios del negocio jurídico fundacional en nuestro actual Derecho de Fundaciones.

c) *La inscripción registral es una conditio iuris del negocio jurídico fundacional (102)*

Las *conditiones iuris* o requisitos de eficacia de un negocio jurídico sujetan los efectos del sometido a ellas hasta que no tienen

(101) Como podría ser, por ejemplo, la admisión de una propiedad fiduciaria dirigida al cumplimiento de intereses generales, o la admisión de figuras paralelas al *trust* anglosajón.

(102) Así, por ejemplo, VILASECA Y MARCET, en "Entorn de la legislació catalana sobre fundacions privades", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1983, p. 30.

lugar; o, dicho de otro modo, los efectos del negocio no se producen mientras no acontece un requisito incierto que resulta de la propia naturaleza del negocio o ha sido establecido por el ordenamiento jurídico (103). Por ejemplo, la muerte del testador es una *conditio iuris* para la eficacia del testamento; o la boda una *conditio iuris* para que las capitulaciones matrimoniales otorgadas antes de la misma surtan efectos.

Pues bien, si en estos comentarios hemos puesto de relieve que el negocio jurídico creador de la Fundación surte efectos importantes con independencia de la inscripción, de ello se sigue que la inscripción no es una condición de eficacia del negocio jurídico fundacional, o *conditio iuris*. Máxime, cuando sostenemos, como se ha indicado, que la atribución de personalidad a la Fundación hoy ya no es un efecto del negocio jurídico fundacional (104), sino efecto de la inscripción. Y ésta se halla en un plano jurídico distinto al que ocupa aquél dentro del articulado procedimiento creador de la Fundación.

d) *La Ley reconoce la existencia de un ente autónomo antes de la inscripción*

Probablemente, la opinión que hoy ha adquirido mayor relieve nos enseña que en casos similares al estudiado aquí puede hablarse de “entes en proceso de formación”, o “personas jurídicas en proceso de fundación”. Carecen de personalidad, pero son organizaciones autó-

También, pero con muchas matizaciones, FERRER I RIBA (“El procés constitutiu d’una fundació...”, *op. cit.*, pp. 862-863 y 882-883). Para él, la inscripción registral es un requisito de la eficacia plena del negocio constitutivo. La creación de una Fundación, nos dice, se ajusta a un procedimiento complejo, regulado por la ley, en el que cada fase constitutiva, en especial el negocio fundacional, da lugar a sus propios efectos. De tal manera que la inscripción sólo condiciona los efectos definitivos, es decir, el otorgamiento de personalidad, pero no los efectos preliminares que se derivan de la voluntad negocial (pp. 863 y 872 y ss.).

(103) Esta es la opinión más extendida, que corresponde al sentido estricto o genuino de las *condiciones iuris*. Dado lo general de su conocimiento y difusión huelga citar doctrina. Pero, por ejemplo, puede verse ALBALADEJO, *Derecho Civil*, t. I, 2.º, 14.ª ed., 1996, pp. 299-300. O MONTES PENADES, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XV, vol. 1.º, 1989, pp. 1003-1005.

Alguna doctrina y jurisprudencia utiliza, sin embargo, el término en un sentido más amplio y poco preciso, como recoge ALBALADEJO, aun sin compartir esta acepción (*op. y loc. cit.*).

(104) Como sí lo era en otra época, cuando se admitía el sistema de libre constitución para otorgar personalidad a las Fundaciones, pues entonces el negocio jurídico fundacional, una vez perfecto, hacía nacer la persona jurídica.

nomas a las que el ordenamiento jurídico les reconoce una cierta capacidad de derechos y de obligaciones.

Entre nosotros, la doctrina mercantilista se ha hecho eco de dicha construcción, en especial al comentar la regulación establecida en la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 para las sociedades en formación (105). Ello supone que ha prevalecido la opinión ya manifestada por el profesor GIRON TENA, quien, en sus estudios clásicos sobre las sociedades irregulares, había argumentado sobre la existencia de sociedades aún antes de su inscripción en el Registro Mercantil. La opinión es desarrollada por ALONSO UREBA (106), quien concluye en relación con la Fundación-empresa, que: "Ello justificaría el proponer *de lege ferenda* para el Derecho español y en concreto respecto de la Fundación-empresa, el establecimiento de un sistema de creación mediante un proceso en el que a partir del negocio fundacional pueda ir estableciéndose la compleja estructura organizativa que requiere la Fundación-empresa (órganos de administración de la Fundación, y órganos de control y dirección de la empresa) y la normalmente no menos compleja transmisión patrimonial a la Fundación, proceso que culminaría con la inscripción en el Registro Mercantil; *este proceso supondría una persona jurídica en fundación (werdende Stiftung) sometida ya al Derecho mismo de la Fundación como marco jurídico superador del estrictamente negocial*" (107).

Esta postura es acogida por la doctrina civilista más reciente (108), y a ella nos sumamos en este estudio.

(105) Las opiniones se pueden reproducir respecto de las sociedades de responsabilidad limitada en proceso de formación, puesto que el art. 11.3 de la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, se remite en la regulación de este punto a la de Sociedades Anónimas.

(106) La expone con especial detenimiento y detallado estudio de doctrina y jurisprudencia extranjeras —especialmente alemanas— en relación con las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada antes de su inscripción en el Registro Mercantil. Vid. "La sociedad en formación", *op. cit.*, especialmente pp. 523 y ss., 533 y ss., 543 y ss. y 572 y ss. Se pueden consultar también los autores y obras citados más arriba, en relación con las sociedades anónimas en proceso de formación (apartado I.2.D) de este trabajo).

(107) *Op. cit.*, pp. 576-577. La cursiva es nuestra.

(108) FERRER I RIBA, *op. cit.*, pp. 875-876. CAFFARENA, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I, *cit.*, pp. 97 y ss. Y CARRASCO, "Régimen jurídico privado de las Fundaciones en el Proyecto de Ley de Fundaciones", texto mecanografiado, *cit.*, pp. 20 y 21.

Es importante la influencia que ha tenido la obra de GALGANO en el estudio del Derecho de Fundaciones español actual. En particular, su construcción sobre las Fundaciones sin personalidad, a la que se ha hecho alusión en notas anteriores a ésta.

En efecto, el art. 11 de la Ley 30/1994 de Fundaciones reconoce la existencia de entes fundacionales sin personalidad; de organizaciones encaminadas a destinar y emplear ciertos bienes para el cumplimiento de fines de interés general que, aunque todavía no gocen del *status* de persona jurídica, son eficaces para el Derecho. Es decir, que la Fundación tiene una existencia real, admitida jurídicamente desde que se perfecciona el negocio jurídico fundacional, si bien no obtiene personalidad jurídica mientras no accede al Registro. O, dicho de otro modo, la inscripción es necesaria para el otorgamiento de personalidad a la Fundación, pero no para la existencia de la misma.

Son varias las razones que abonan esta afirmación. La propia terminología empleada por el art. 11 es indicativa, pues habla de "Fundación", de "órgano de gobierno de la Fundación", de "patrimonio fundacional" y de "patronos" (109). Pero existen otros sustanciales motivos. Así, como dijimos más arriba, es indicativa del carácter autónomo del ente la habilitación al Patronato para actuar sobre un patrimonio que ya se ha separado del patrimonio del fundador (110). Si no se reconociera autonomía a la Fundación en formación, ¿tendría sentido ordenar a los patronos (y no al fundador, a sus herederos o a los albaceas) instar la inscripción y realizar determinados actos jurídicos antes de que aquélla se produzca?

Por otra parte, si la inscripción no tiene lugar, el art. 11 establece la responsabilidad subsidiaria y solidaria de los patronos por las obligaciones contraídas en nombre de la Fundación (último inciso del art. 11 que estamos comentando) (111); lo que no sería lógico si el ente fundacional no hubiera gozado de autonomía alguna.

Y no se debe olvidar que la propia Ley de Fundaciones admite la existencia de bienes adscritos al cumplimiento de un fin de interés general, sin otorgamiento de personalidad jurídica, pero sometidos al control del Protectorado. Es el caso de las denominadas *cargas duraderas*, a las que se refiere la Disposición adicional primera:

"El Protectorado exigirá y controlará el cumplimiento de las cargas duraderas impuestas sobre bienes para la realiza-

(109) Así, CAFFARENA en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I, cit., p. 97.

(110) Esa separación no tiene carácter definitivo mientras la Fundación no accede al Registro. Pero su independencia ha sido puesta de relieve en el apartado anterior.

(111) *Vid., infra*, apartado III.3.

ción de fines de interés general. Tales cargas deberán inscribirse en el Registro de Fundaciones y, en su caso, en el de la Propiedad" (112).

Lo que denota que no es incoherente dentro de la propia Ley de Fundaciones la existencia de organizaciones sin personalidad.

Y hay un último argumento que quizá merece una especial atención. ¿Tiene la inscripción registral eficacia retroactiva?; es decir, una vez inscrita, ¿se estima que la persona jurídica lo es desde el momento de su constitución? La contestación afirmativa se ha mantenido con referencia a la persona jurídica, en general (113). Sin embargo, si nos referimos en concreto a las Fundaciones reguladas por la Ley 30/1994, esta afirmación sólo sería parcialmente cierta.

En efecto, si el otorgamiento de personalidad a la Fundación tuviera efectos retroactivos plenos, resultaría que todos los actos realizados por el Patronato antes de la inscripción serían actos de la Funda-

(112) La existencia de estas cargas es relativamente frecuente. Ya el Decreto 2930/1972, Reglamento de las Fundaciones Culturales Privadas, las regulaba con detalle en los arts. 64-71. Hoy lo hace la Disposición Adicional Primera del Reglamento de Fundaciones de competencia estatal (Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero).

El adecuado cumplimiento de las mismas exige, a menudo, la existencia de una organización.

(113) Así, CAPILLA, *Comentarios al Código Civil...*, t. I, vol. 3.º, 2.ª ed. cit., p. 859.

En relación con las Fundaciones catalanas, es partidario del efecto retroactivo de la inscripción FERRER I RIBA, *op. cit.*, pp. 888-889. Es verdad que dicho efecto es ordenado por la letra del art. 7.1 de la Ley Catalana de Fundaciones Privadas, según el cual: "La transmisión del dominio de bienes aportados a una Fundación y el disfrute de privilegios y los beneficios establecidos en el apartado 3 del art. 2 se producen en el momento de la inscripción en el Registro de Fundaciones, pero sus efectos se retrotraerán a la fecha del otorgamiento de la carta fundacional o, en su caso, al día de la defunción del fundador". Pero, de todos modos, dicho efecto retroactivo no lo ordena el precepto con carácter general, incluyendo todas las obligaciones contraídas, sino sólo en relación a la transmisión a la Fundación de su patrimonio y el disfrute de privilegios procesales y beneficios fiscales.

Soslayo en este trabajo la tradicional problemática en torno a la institución de heredero o legatario a favor de la Fundación que se crea en el testamento, pues dada su complejidad y la diversidad de opiniones al respecto, me alejaría del propósito que persigo con estas líneas. Como el sucesor ha de existir y ser capaz en el momento en que se abra la sucesión, si éste es la Fundación que el propio testador crea, por definición no existirá y será capaz al instante de su muerte, pues aún no se habrá inscrito y carecerá de personalidad jurídica. Uno de los modos de salvar este problema consistiría en argumentar que el otorgamiento de la personalidad a la Fundación tiene efectos retroactivos. Pero no es imprescindible, pues también se podría resolver argumentando que estamos ante un llamamiento hecho a favor de persona futura, y, por tanto, sometido a condición.

ción; del mismo modo que los actos realizados por el Patronato después de la inscripción son actos de la Fundación. Ello implicaría que, tanto en un caso como en el otro, la Fundación asumiría todas las obligaciones contraídas por su órgano de gobierno, pudiendo dirigirse frente a los patronos que, por su mala fe o falta de diligencia, le hubieran causado perjuicios (114). Pero eso no es lo que dice el art. 11 de la Ley de Fundaciones, ya que, como analizaremos luego (115), la Fundación que ha tenido acceso al Registro sólo asume automáticamente ciertos actos realizados por el Patronato, y que dicho artículo enumera (116), y no otros. Lo cual conlleva que, por lo menos en relación con algunas obligaciones contraídas por el Patronato antes de la inscripción registral, esta última no tiene efectos retroactivos.

En suma, y ya que en la Ley 30/1994 no es fácil mantener que el otorgamiento de personalidad a las Fundaciones surte plenos efectos retroactivos hasta el momento en que fueron válidamente constituidas, no queda otro remedio que estimar que la propia Ley las considera como organizaciones autónomas, sin personalidad mientras no accedan al Registro, en relación con las cuales admite la producción de importantes efectos jurídicos.

C) Derecho supletorio aplicable a las Fundaciones en proceso de formación

¿Cómo solucionar las cuestiones que, como más adelante se expone, deja en el aire el art. 11 de la Ley 30/1994, y que en consecuencia no pueden ser resueltas aplicándola?

La pregunta sólo puede ser contestada a la luz de la respuesta que nos merezcan algunas otras cuestiones. Primera, y ya que la Ley 30/1994 es de aplicación en su totalidad a las Fundaciones de competencia estatal (Disposición Final primera de la Ley), ¿existen algunas

(114) La teoría general nos enseña que los actos realizados por el órgano de gobierno de una persona jurídica son actos de ésta, ya le favorezcan o le perjudiquen, y hayan sido realizados diligente o negligentemente por aquellos que ostentan su representación orgánica. Sin perjuicio de que, *a posteriori*, la persona jurídica pueda exigir responsabilidad a quienes actuaron por ella.

(115) En el apartado III.

(116) Los actos necesarios para la inscripción, los que resulten indispensables para la conservación del patrimonio fundacional, y los que no admitan demora sin perjuicio para la Fundación.

otras normas aplicables a las Fundaciones de ámbito estatal que puedan resolver las lagunas del referido art. 11? Segunda, y ya que las leyes autonómicas de Fundaciones regulan la situación de las Fundaciones en formación, ¿podrían ser utilizados sus principios para resolver las lagunas del art. 11 de la Ley de Fundaciones estatal? Tercera, ¿podrían ser aplicables los principios legales que regulan la situación de las sociedades en constitución a las lagunas en materia de Fundaciones en formación?

Y para responder a estas últimas no hay que olvidar: primero, que en su relación con el Código civil, la Ley estatal de Fundaciones es una ley especial, no excepcional. Segundo, que las disposiciones del Código civil "se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes" (art. 4.3 del Código civil). Tercero, que el Código civil puede ser aplicado para cubrir lagunas en los Derechos forales, cuando sea imposible autointegrar sus propios sistemas, y de conformidad con los sistemas de fuentes respectivos; pero, *a sensu contrario*, los sistemas de Derecho Civil foral no pueden resolver lagunas del Derecho Civil común. Cuarto, que el Código civil contiene normas y principios suficientes de acuerdo con los cuales se puede dar respuesta a los conflictos planteados.

Recordemos que en el ámbito del Derecho de Fundaciones español el primer antecedente del art. 11 de la Ley 30/1994 es el art. 8 del Decreto 2930/1972, de 21 de julio, Reglamento de las Fundaciones Culturales Privadas (117). Pues bien, la Disposición derogatoria única de la Ley 30/1994, de Fundaciones, en el penúltimo párrafo, deroga el Decreto 2930/1972, de 21 de julio, *sólo en lo que se oponga a la citada Ley* (118). Ello podría tener una cierta importancia en el tema que ahora

(117) El referido art. 8 establecía: "1. Los actos y contratos concluidos en nombre o por cuenta de una Fundación que no obtenga luego la inscripción en el Registro sólo producirán los efectos que prevea el Derecho privado.

2. Quienes, antes de la inscripción, actúen en nombre o por cuenta de la Fundación serán responsables frente a ésta de la integridad de la dotación fundacional y, en su caso, de las declaraciones que hagan en la Carta, con arreglo a lo previsto en el Código civil".

La legislación autonómica que influyó en la redacción del art. 11 de la Ley 30/1994, de Fundaciones, se expuso *supra* en el apartado I.2.C).

(118) La citada Disposición derogatoria establece: "Quedan derogadas las siguientes disposiciones:

.....
 Cuantas disposiciones se opongan a la presente Ley recogidas en el Real Decreto de 14 de marzo de 1899 sobre reorganización de servicios de la beneficencia particular e Instrucción para el ejercicio del Protectorado del Gobierno, en el Decreto 2930/1972,

nos ocupa si se estimara que parte del contenido del art. 8 del Decreto de 1972 no se opone a lo dispuesto en el art. 11 de la Ley 30/1994, y podría ser utilizado para completarlo en relación con las Fundaciones culturales privadas en proceso de formación. Pero no es ésta nuestra opinión. Por un lado, porque el art. 8 del Decreto de 1972 es incompleto y confuso, como dijimos. Y, principalmente, porque, como también expusimos más arriba, el art. 34 de la Constitución Española reserva a la Ley la regulación de los aspectos esenciales del derecho de fundación; y ya que el otorgamiento de personalidad por disposiciones normativas es uno de ellos no podría estar regulado por un reglamento.

En cuanto a la normativa autonómica sobre Fundaciones, no parece posible poder aplicarla por analogía a las Fundaciones de ámbito nacional, precisamente por su carácter de autonómica. Tengamos presente que nos movemos en sistemas jurídicos diferentes gobernados por sus propios principios y con sus propios sistemas de fuentes (119). Quizá sí pudiera ser utilizada en la interpretación del art. 11 de la Ley 30/1994 en tanto en cuanto sea posible promover una interpretación armónica de los preceptos que regulan las Fundaciones en distintos ámbitos territoriales.

Y tampoco nos parece que puedan ser aplicados para resolver las lagunas del art. 11 de la Ley de Fundaciones los preceptos contenidos en otras Leyes estatales que regulan la formación de otras personas jurídicas que adquieren personalidad al acceder al Registro. El ejemplo más relevante se encuentra contenido en el ya conocido art. 15 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, aplicable también a las sociedades de responsabilidad limitada (art. 11.3 de la Ley 2/1995). Ciertamente que la doctrina y la jurisprudencia en materia de sociedades mercantiles nos han ilustrado más arriba sobre los problemas de las personas jurídicas en proceso de formación. Pero el art. 15 de la L.S.A. no debe ser aplicado para cubrir las lagunas que presente el art. 11 de la Ley 30/1994, a pesar de haberle servido de inspiración (120). La principal

de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de las Fundaciones culturales privadas y entidades análogas y de los servicios administrativos encargados del Protectorado sobre las mismas y en el Decreto 446/1961, de 16 de marzo, sobre Fundaciones laborales”.

(119) Evidentemente, me estoy refiriendo sólo a las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio. No a la Comunidad Autónoma canaria.

(120) Aunque el art. 15 de la LSA supuso un gran avance tanto en nuestro Derecho como respecto de otros Derechos europeos, sigue siendo insuficiente. Ver, por ejemplo, ALONSO UREBA, “La sociedad en formación”, *op. cit.*, p. 533.

objeción es de fondo. Aunque la problemática que presentan sociedades y Fundaciones en trámite de inscripción pueda ser similar, unas y otras son llamativamente distintas en su concepto y en su estructura.

Así, mientras las primeras son de base asociativa y tanto su creación como su actividad son promovidas y controladas por los socios, las segundas son de base institucional. Ello implica que su organización se encamina, por propia naturaleza, a conseguir alcanzar un fin de interés general con la utilización de un patrimonio que se desprende e independiza del del fundador desde el momento de la perfección del negocio jurídico fundacional. Y dicho fundador, si bien puede redactar la Carta fundacional y los estatutos de modo que le quepa un cierto control de las actividades de la Fundación, no puede decidir su destino (121). Además, mientras las Fundaciones persiguen necesaria e ineludiblemente fines de interés general, las sociedades persiguen obtener un lucro partible. También para proteger el correcto empleo del patrimonio para la consecución del fin de interés general se justifica la intervención del poder público en la actividad de las Fundaciones. Lo cual no tiene equivalente en las sociedades.

Otras diferencias deben ser igualmente tenidas en cuenta a la hora de arbitrar soluciones. Por ejemplo, que mientras los administradores de las sociedades anónimas son siempre retribuidos por su cargo, los Patronos de las Fundaciones no pueden serlo nunca. O que, dado que las Fundaciones persiguen fines de interés general, interesa a la propia comunidad (por tanto, a los poderes públicos) impulsar o promover que adquieran pronto personalidad jurídica. Quizá por ello las actividades que el órgano de gobierno de la Fundación en trámite de inscripción realice de cara a emplear el patrimonio en el cumplimiento de los fines fundacionales, así como la responsabilidad que de ellas se derive, merezcan un tratamiento distinto del arbitrado para las sociedades anónimas.

En consecuencia, las lagunas del art. 11 de la Ley de Fundaciones deberán ser resueltas de conformidad con las reglas generales del Derecho Civil, ya que las Fundaciones son personas jurídicas privadas y su régimen sustantivo es civil. A la luz siempre de principios como el de buena fe, seguridad del tráfico, interdicción del enriquecimiento

(121) De ahí que sea necesario el control público de las Fundaciones. Dicho control obedece también a otras importantes razones. Una de ellas es la necesidad de que exista quien controle la actividad del órgano de gobierno de las Fundaciones, ya que en ellas ese control no puede generarlo su propia estructura, por cuanto carecen de base asociativa.

injusto, etc. Aplicando por analogía, si procede, las reglas del mandato o de la gestión de negocios ajenos. Y sin perder nunca de vista los intereses en juego que se expusieron con anterioridad: los del fundador o sus herederos (por ejemplo, en caso de que se deniegue la inscripción), los de los terceros de buena fe que contrataron con la Fundación antes de la inscripción registral, los de los patronos siempre que hayan actuado diligentemente, en el ámbito de sus competencias y empleando el patrimonio para la realización del fin fundacional, y los de la propia Fundación una vez inscrita.

II. EN CONCRETO, LA ACTIVIDAD DE LA FUNDACION EN TRAMITE DE INSCRIPCION

1. *Sujetos que actúan para la Fundación en proceso de formación*

Como se indicó, una vez perfecto el negocio jurídico fundacional, el Patronato nombrado en la escritura de constitución (122), y regulado en los estatutos (123), queda habilitado para actuar en nombre de la Fundación, siempre y cuando cada uno de los patronos designados acepte su cargo (124). Recordemos ahora que el Patronato es el "órgano de gobierno y representación" de la Fundación (art. 12.1 de la Ley 30/1994); al que corresponde "cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación manteniendo plenamente el rendimiento y utilidad de los mismos" (art. 12.2 de la Ley 30/1994); que "estará constituido por un mínimo de tres miembros" (del art. 13.1 de la Ley 30/1994); y que "los

(122) "La escritura de constitución de una Fundación deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

.....
e) La identificación de las personas que integran el órgano de gobierno, así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional" (del art. 8 de la Ley 30/1994).

(123) "1. En los estatutos de la Fundación se hará constar:

.....
e) El órgano de gobierno y representación, su composición, reglas para la designación y sustitución de sus miembros, causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos" (del art. 9 de la Ley 30/1994).

(124) "Los patronos entrarán a ejercer sus funciones después de haber aceptado expresamente el cargo en documento público, en documento privado con firma legitimada por notario o mediante comparecencia realizada al efecto en el Registro de Fundaciones. Dicha aceptación se inscribirá en el mencionado Registro" (art. 13.3 de la Ley 30/1994).

patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal" (art. 15.1 de la Ley 30/1994).

La legitimación del Patronato para actuar en nombre de la Fundación en proceso de formación es clara. Se desprende tanto del referido art. 13.3 de la Ley 30/1994 ("los patronos *entrarán a ejercer sus funciones* después de haber aceptado expresamente el cargo."), como del propio art. 11 de la misma ["... en tanto se procede a la inscripción en el Registro de Fundaciones, el órgano de gobierno de la Fundación realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la Fundación..."] (125)]. Pero no es infrecuente, como veremos, que quienes actúen en nombre de la Fundación sean otras personas (126), en cuyo caso hay que precisar el régimen de dichas actividades.

A continuación, se analizan tanto las características jurídicas del Patronato de una Fundación en proceso de formación —pues de ellas dependerá el régimen correspondiente a su actuación en lo no previsto por la Ley 30/1994—, como el Derecho aplicable a la actividad realizada en nombre de la Fundación aún no inscrita por personas distintas de los patronos, nombradas por éstos antes de la inscripción registral.

A. El Patronato

a) *La designación eficaz del Patronato y la aceptación del cargo de patrono*

Si la Fundación se ha constituido por negocio jurídico *inter vivos*, el art. 7.2 de la Ley 30/1994 ordena que de éste conste escritura pública con el contenido mínimo previsto en el art. 8 de la Ley. Dentro de este contenido mínimo se hallan los estatutos de la Fundación (art. 8 d), y la "identificación de las personas que integran el órgano de gobierno, así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional" (art. 8 e). A su vez, en los estatutos de la Fundación se hará constar "el órgano de gobierno y representación, su composición, reglas para la designación y sustitución de sus miembros, causas de su cese, sus atri-

(125) Más adelante abordaré si el Patronato puede realizar en nombre de la Fundación aún no inscrita otros actos distintos de los mencionados. Adelanto que, en todo caso, la responsabilidad que asuma la Fundación o los miembros del Patronato por las consecuencias de unos y otros actos, se regirá por diferentes reglas.

(126) Por ejemplo, el director o el administrador de la misma, designados por el Protectorado antes de la inscripción registral.

buciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos" (art. 9.e). En suma, si el negocio jurídico fundacional es *inter vivos* el nombramiento del Patronato debe incluirse necesariamente dentro de su contenido mínimo.

Si la Fundación se constituye *mortis causa*, la Ley admite dos modalidades de constitución de la Fundación. En una de ellas el testador, en su testamento, cumple los mismos requisitos que se exigirían si la crease *inter vivos* (art. 7.3 de la Ley). Luego, para lo que ahora nos importa, debe redactar los estatutos y designar en el testamento el primer Patronato de la Fundación, como se acaba de indicar.

Pero también se puede crear una Fundación *mortis causa* si el testador en el testamento se limita a manifestar su voluntad de crearla y de disponer de los bienes y derechos de la dotación (art. 7.4 de la Ley). En este caso, la Ley 30/1994 habilita al albacea testamentario, a los herederos testamentarios, y, en caso de que no los haya, a la persona que designe el Protectorado, para otorgar la escritura de constitución con el contenido mínimo exigido en la Ley (127). Por eso, serán estas personas a las que corresponderá nombrar el primer Patronato de acuerdo con el referido art. 8 e) de la Ley.

En cualquiera de los tres casos, una vez nombrado el Patronato, que necesariamente deberá estar compuesto por tres miembros como mínimo (art. 13.1 de la Ley 30/1994), "los patronos entrarán a ejercer sus funciones después de haber aceptado expresamente el cargo" en la forma requerida por el art. 13.3 (128) de la Ley, aunque la Fundación no se haya inscrito todavía. *A sensu contrario*, mientras los patronos no

(127) Es importante precisar si el negocio jurídico fundacional *mortis causa* se perfecciona y es eficaz al fallecer el causante, bastando por ello que éste se limite a manifestar en el testamento su firme voluntad de crear una Fundación y disponer de los bienes y derechos de la dotación. O si, por contra, es además necesario que las personas señaladas en el art. 7.4 de la Ley otorguen, en ejecución de la voluntad testamentaria creadora de la Fundación, la escritura pública de constitución, con el contenido dispuesto en los arts. 8 y 9 de la Ley.

De aceptar esta segunda solución (que quizá es más coherente con el sistema instaurado por la Ley 30/1994 el negocio jurídico fundacional, ya irrevocable desde la fecha del fallecimiento del fundador no sería eficaz, sin embargo, hasta la fecha en que se otorgue la referida escritura de constitución.

(128) "Los patronos entrarán a ejercer sus funciones después de haber aceptado expresamente el cargo en documento público, en documento privado con firma legitimada por notario, o mediante comparecencia realizada al efecto en el Registro de Fundaciones. Dicha aceptación se inscribirá en el mencionado Registro" (art. 13.3 de la Ley 30/1994). El art. 8 e) de la misma Ley prevé que la aceptación de los patronos "si se efectúa en el momento fundacional" conste en la escritura de constitución de la Fundación.

hayan aceptado no se puede constituir el Patronato con plena eficacia jurídica; y, al no estar correctamente constituido el órgano de gobierno de la Fundación, si alguno de los patronos realiza actos para ella antes de su inscripción no lo hará como tal, sino como gestor de negocios ajenos (arts. 1888 y siguientes del Código civil).

Si los patronos demoran injustificadamente la aceptación de sus cargos, impidiendo así la constitución del Patronato y obstaculizando la realización de los actos enumerados en el art. 11 de la Ley de Fundaciones (129), el Protectorado puede instar a los patronos designados en la escritura de constitución a que acepten el cargo o lo rechacen (130). Si ninguno aceptara, el Protectorado ejercerá provisionalmente las funciones del Patronato (131). Y si no aceptara el número suficiente de patronos para poder constituir el Patronato, podrá el Protectorado designar una persona o personas que lo integren (132).

b) Calificación jurídica del Patronato

El Patronato es el “órgano de gobierno y representación” de la Fundación (art. 12.1 de la Ley); es decir, es el órgano a través del cual la Fundación actúa como tal persona jurídica. Lo que implica que es él quien forma la voluntad de la Fundación en orden al cumplimiento del fin fundacional (133), exterioriza dicha voluntad, ejecuta las deci-

(129) Recordemos que es el órgano de gobierno de la Fundación en proceso de formación quien debe realizar los actos necesarios para la inscripción, los que resulten indispensables para la conservación del patrimonio fundacional y los que no admitan demora sin perjuicio para la Fundación (art. 11 de la Ley 30/1994).

(130) Una de las funciones del Protectorado es “velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales de acuerdo con la voluntad del fundador y teniendo en cuenta la consecución del interés general” (art. 32.2 b) de la Ley de Fundaciones).

(131) Es función del Protectorado “ejercer provisionalmente las funciones del órgano de gobierno de la Fundación si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo” (art. 32.2 e) de la Ley de Fundaciones).

(132) “La sustitución de los patronos se producirá en la forma prevista en los estatutos. Cuando ello no fuere posible, se procederá de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 de esta Ley, quedando facultado el Protectorado, hasta que la modificación estatutaria se produzca, para la designación de la persona o personas que integren provisionalmente el órgano de gobierno y representación de la Fundación” (art. 16.1 de la Ley 30/1994).

(133) La voluntad de la Fundación no es la voluntad del fundador, puesto que la Fundación es para el Derecho una persona jurídica distinta de este último. Lo que no quita para que la voluntad de la Fundación deba formarse siguiendo las directrices señaladas por el fundador (siguiendo, pues, la voluntad del fundador) que son ley para la Fundación en tanto en cuanto no se opongan a lo establecido por la Ley de Fundacio-

siones que toma y pone en relación a la Fundación con terceros. Lo que es común a toda persona jurídica, quien, por su naturaleza, precisa ineludiblemente de un órgano a través del cual poder actuar (134).

Ello no significa, como se ha puesto de relieve (135), que el órgano de la persona jurídica —y, para lo que aquí nos importa, de la Fundación— sea, en sentido estricto, representante de ésta, a pesar de que la terminología esté muy difundida. Buena prueba de su difusión es que la propia Ley 30/1994 la utiliza (136). Más bien, el Patronato está integrado en la propia estructura de la Fundación, que sin aquél no podría actuar de ninguna manera.

De todos modos, la situación en la que se halla el órgano de la persona jurídica respecto de ésta es similar a la representación, por lo que suele denominarse en la actualidad “representación orgánica” (137).

Ciertamente *el Patronato no es representante voluntario de la Fundación*, pues ésta no le ha apoderado para actuar en su nombre. Lo cual no impide que la Fundación, una vez constituida y actuando a

nes con carácter imperativo. Así, la Ley 30/1994 dispone que “las Fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus estatutos y, en todo caso, por la presente Ley” (art. 1.2); y que “toda disposición de los estatutos de la Fundación o manifestación de la voluntad del fundador que sea contraria a la presente Ley se tendrá por no puesta, salvo que afecte a la validez constitutiva de aquélla. En este último caso, no procederá la inscripción de la Fundación en el Registro de Fundaciones” (art. 9.2).

Ver mis consideraciones en “Aspectos jurídico-civiles prácticos de la nueva Ley de Fundaciones”, *op. cit.*, pp. 58 y ss.

(134) La afirmación es pacífica. Pueden consultarse, por ejemplo, ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I, 1, 14.^a ed., cit., pp. 379-380. CAPILLA en su comentario a los arts. 35 y ss. del Código civil en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DIAZ ALABART, t. I, vol. 3.º, 2.^a ed., *op. cit.*, pp. 869 y 870. Así, dice CAPILLA que “... la atribución de personalidad jurídica significa la necesidad de que se articule un mecanismo, por virtud del cual se puedan adoptar decisiones, imputables a la persona jurídica”.

(135) Ver, entre otros, ALBALADEJO, *Derecho Civil*, t. I, 1, 14.^a ed., p. 380; y t. I, 2, 14.^a ed., p. 372. CAPILLA, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid, 1984, en especial pp. 88 y ss. y 139. También en *Comentarios...*, *op. y loc. cit.* DE CASTRO, *La persona jurídica*, 2.^a ed., cit., pp. 268 y ss., 286 y ss., entre otras. DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, vol. 1, 8.^a ed., 1992, p. 629. NART, “La Fundación”, *Revista de Derecho Privado*, 1951, p. 490.

(136) Se acaban de citar los arts. 12.1 y 9.1 e), que hablan de “órgano de representación” de la Fundación al referirse al Patronato.

(137) Ver, por ejemplo, CAPILLA en *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 870: “A este mecanismo se lo conoce normalmente con el nombre de “representación orgánica”, queriéndose con ello significar que esas personas actúan como si fueran “órganos” de la entidad personificada, de manera semejante a lo que sucede con los órganos del cuerpo humano. También figuradamente puede decirse que mediante esos órganos actúan las personas jurídicas”.

través de su órgano de gobierno, pueda nombrar representantes voluntarios, apoderados generales o especiales (138). Pero en estos casos los representantes serán personas distintas de los Patronos, porque éstos, actuando por la Fundación, apoderan a aquéllos (139).

Tampoco el Patronato es el representante legal de la Fundación, puesto que la Ley no ordena su existencia para suplir la capacidad de quien carece de ella (140). La Fundación constituida con arreglo a la Ley e inscrita en el Registro tiene capacidad de obrar [art. 3.1 de la Ley 30/1994, en relación con los arts. 35, 37 y 38 del Código civil (141)], y, en consecuencia, no precisa de ningún representante legal. Pero sí es imprescindible que, como organización independiente, actúe a través de un órgano: el Patronato.

De modo que si el Patronato no es un verdadero representante de la Fundación reconocida, con menor motivo lo será mientras aún no se ha procedido a la inscripción registral; lo cual tiene consecuencias prácticas. En efecto, ya que el Patronato no es representante voluntario de la Fundación inscrita (y, por tanto, dotada de personalidad jurídica), en principio no serán aplicables a sus relaciones con ésta las disposiciones del Código civil que regulan el contrato de mandato

(138) "El Patronato podrá nombrar apoderados generales o especiales, salvo que los estatutos dispongan lo contrario" (art. 14.2 de la Ley 30/1994).

(139) Sobre el contenido del art. 14 de la Ley 30/1994, *vid.* los comentarios de DE LORENZO en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, *op. cit.*, t. I, pp. 121 y ss.

(140) Son supuestos típicos de representación legal, entre otros, la de los padres titulares de la patria potestad respecto de sus hijos menores o incapaces (arts. 154, 162 y 171 del Código civil), o la de los tutores respecto de sus pupilos (art. 267 del Código civil).

(141) Las personas jurídicas reconocidas gozan de capacidad de obrar. Ver, entre otros muchos, por ejemplo, CAPILLA, *Comentarios...*, *cit.*, pp. 859 y ss. Y CAFFARENA, *Comentario del Código civil*, t. I, (dirigido por PAZ-ARES, DIEZ-PICAZO, BERCOVITZ Y SALVADOR), 1991, pp. 241 y ss.

Ahora bien, la capacidad de obrar se ha recortado tradicionalmente a las Fundaciones, por el hecho de constituir vinculaciones de bienes para el cumplimiento de fines de interés general. Por ello, se limitaba de forma importante la titularidad de bienes por las Fundaciones, así como la realización de actos de trascendencia patrimonial importante, que debía ser autorizada por el Protectorado del Gobierno. Ver una exposición de la situación anterior a la Ley 30/1994, incluido el debate sobre la vigencia de las Leyes desamortizadoras en relación con las Fundaciones, por ejemplo en DE CASTRO, *La persona jurídica*, 2.ª ed. *cit.*, p. 302 y ss. CAFFARENA, *Comentario del Código Civil*, t. I, *cit.*, p. 244 y ss. DE LORENZO, *El nuevo Derecho de Fundaciones*, Madrid, 1993, p. 64 y ss. y 111 y ss. PIÑAR MAÑAS, *Régimen jurídico de las Fundaciones. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Madrid, 1992, pp. 51 y ss., entre otras.

(arts. 1709 y ss.), sino las contenidas en la Ley 30/1994 (142). Pero, lógicamente, para suplir las lagunas que esta última regulación pueda presentar, procederá la aplicación analógica de los preceptos que regulan el mandato, por su sustancial semejanza con la situación planteada (143).

Y si la Fundación se halla en proceso de formación, que es el caso que ahora nos ocupa, tampoco se aplicarán en primer lugar las disposiciones de los arts. 1709 y ss. del Código civil para regular las relaciones del Patronato con la Fundación y las obligaciones de ambos, sino las reglas contenidas en el art. 11 de la Ley 30/1994. Lo cual no impide que para suplir sus lagunas se puedan aplicar por analogía a las relaciones entre el Patronato y la Fundación en proceso de formación algunos principios generales civiles extraíbles de las normas contenidas en el Código civil reguladoras del contrato de mandato.

Además, mientras que el Patronato de una Fundación ya constituida está habilitado para actuar con libertad, siempre que respete la Ley y los estatutos de la Fundación (art. 15.2 de la Ley 30/1994, ya transcrito en nota), el Patronato de una Fundación en proceso de for-

La nueva Ley de Fundaciones mantiene la exigencia de autorización del Protectorado para la validez de determinados actos trascendentes realizados por el Patronato de la Fundación (arts. 19 y 20 de la Ley). Ahora bien, no cabe duda de que el régimen de autorizaciones se ha flexibilizado de forma importante. Ver COBO GALVEZ en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I, cit, p. 162 y ss. DE PRADA, en *En torno a la Ley 30/94 de Fundaciones y de Incentivos Fiscales. Encuentro de Toledo, op. cit.*, p. 29 y ss.

(142) Así, por ejemplo, la Fundación con personalidad asume como propias todas y cada una de las obligaciones contraídas por su órgano de gobierno, y de ellas responderá con su patrimonio; con independencia de que la actuación de los patronos al contraerlas haya sido diligente o negligente, se haya desviado de los fines fundacionales, o haya vulnerado la voluntad del fundador... Se trata de actos de la Fundación quien, en consecuencia, responde frente a terceros de las obligaciones derivadas de los mismos. Sin perjuicio, claro está, de poderse dirigir frente a los patronos en los términos regulados en los arts. 15 y 16 de la Ley 30/1994. Pues bien, si la relación entre el Patronato y la Fundación fuera de verdadera representación, la Fundación no quedaría obligada frente a los terceros por los actos que el Patronato realizara, por ejemplo, contrariando la voluntad del fundador (ver art. 1714 del Código civil).

(143) Como señala CAPILLA (*Comentarios...*, op. cit., p. 870) "los dirigentes de la persona jurídica actúan de manera análoga a como lo hace un representante voluntario: para vincularla deben actuar en nombre y por cuenta de la persona jurídica, y dentro de las atribuciones legales y voluntarias que les hayan sido conferidas. Se debe aplicar, en consecuencia, a su actuación el régimen propio de la actuación del representante". Pero más adelante puntualiza esta afirmación al decir que "las restricciones que el acto constitutivo imponga a la actuación de los representantes de las personas jurídicas pueden ser inoponibles a tercero, naciendo, en consecuencia, vinculación para la persona jurídica, a pesar de la extralimitación en que haya podido incurrir el órgano actuante".

mación sólo está habilitado por el art. 11 de la Ley para realizar determinados actos: los necesarios para la inscripción, los indispensables para la conservación del patrimonio, y los que no admitan demora sin perjuicio para la Fundación. De modo que si realiza algún acto que no se pueda encuadrar dentro de los anteriores, estará actuando fuera del marco señalado por la Ley de Fundaciones y, en el mejor de los casos, como un representante sin poder o un gestor de negocios ajenos (144).

Por otra parte, la posición del órgano de gobierno de las Fundaciones difiere notablemente de la del órgano de gobierno de las personas jurídicas de base asociativa o junta de socios, y de forma más llamativa de la posición de los administradores de algunas sociedades, como puso de manifiesto GALGANO (145). Así, mientras el Patronato está sujeto necesariamente en su actuación a la voluntad del fundador y constreñido a dedicar el patrimonio de la Fundación al cumplimiento del fin de interés general (arts. 12.2, 15.2, 16.2. e) de la Ley 30/1994), el órgano supremo de las personas jurídicas de base asociativa —formado por los miembros de la asociación— puede alterar a su arbitrio las directrices en la actividad del ente. Además, el Patronato de la Fundación no responde de su gestión frente al fundador o sus herederos, sino sólo frente al Protectorado ejercido por la Administración pública (arts. 15.3, 16 y 32 de la Ley 30/1994); mientras que los administradores de las sociedades responden periódicamente frente a la asamblea de socios; en este sentido, nos dice GALGANO (146), la situación de poder de los patronos en relación con el patrimonio de la Fundación es más amplia que la de los administradores de las sociedades. Además, añadimos, de acuerdo con el sistema español, el cargo de patrono es esencialmente gratuito (art. 13.4 de la Ley 30/1994), mientras que una

(144) Las posibilidades de actuación del Patronato al margen de los casos previstos en el art. 11, así como la eficacia de esos actos y la responsabilidad subsiguiente, son analizadas, *infra*, III.2.A). Ver las puntualizaciones que allí se hacen.

VICENT CHULIA, al tratar la figura de los gestores de las sociedades anónimas en formación, sugiere una consideración a tener en cuenta. Señala que en la práctica se observa que no contratan en nombre propio, sino en nombre de la persona jurídica en constitución, y tampoco aparentan falsas representaciones para defraudar a terceros. De un modo u otro se advierte a los terceros que se está contratando en nombre de una sociedad en constitución. Y, dice este autor, ello debe estar presente a la hora de buscar soluciones coherentes con la realidad (VICENT CHULIA: "La sociedad en constitución", *op. cit.*, pp. 875 y ss. y 889 y ss.).

(145) *Persone giuridiche*, en *Commentario del Codice Civile SCIALOJA-BRANCA* (arts. 11-35), 1969, pp. 72 y ss. y 83.

(146) *Op. y loc. cit.*

muy buena parte de los administradores de las personas jurídicas de base asociativa son cargos retribuidos...

Todo ello pone de manifiesto que existen diferencias de concepto y funcionamiento entre el Patronato de las Fundaciones y los órganos de gobierno de las personas jurídicas de base asociativa. Lo cual se debe tomar en consideración a la hora de precisar el régimen jurídico aplicable en sus relaciones con la persona jurídica cuya voluntad conforman y expresan, y por la que actúan en el tráfico.

c) Delegación de las facultades del Patronato en alguno de sus miembros

La Ley 30/1994, de Fundaciones, configura al Patronato de las mismas como un órgano colegiado, compuesto al menos por tres miembros (art. 13.1). De manera que, en principio, sólo serán actos de la Fundación los que realice el Patronato, actuando de conformidad con lo dispuesto en la Ley y en los estatutos; y no los que lleve a cabo alguno de los patronos. Pero la Ley también admite, salvo que los estatutos lo prohíban, que el Patronato pueda delegar sus facultades en uno o más de sus miembros; si bien "no son delegables la aprobación de las cuentas y del presupuesto ni aquellos actos que requieran autorización del Protectorado" (art. 14.1 de la Ley) (147). Es decir, que existiendo delegación válida, lo que hagan el patrono o patronos delegados valdrá como si lo hiciera el Patronato.

La delegación indicada no es un caso de representación voluntaria. A esta última se refiere el apartado 2 del art. 14, y no parece que pueda recaer en un patrono. El patrono delegado no es mandatario de la Fundación, sino que actúa como representante orgánico de la misma, pudiendo tomar él la decisión o las decisiones que, de no existir delegación, debería tomar el Patronato entero.

No son delegables la aprobación de las cuentas y del presupuesto de la Fundación, ni los actos que requieran autorización del Protectorado (art. 14.1). Pero como ninguno de éstos son mencionados por el art. 11 de la Ley, se puede concluir que los actos necesarios para la inscripción, los que resulten indispensables para la conservación del patrimonio fundacional y los que no admitan demora sin perjuicio para la Fundación, son delegables salvo que los estatutos lo prohíban. Y, en consecuencia, valdrán y serán eficaces tanto si los realiza el

(147) Ver DE LORENZO, en *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I, cit, pp. 121 y ss.

Patronato, como si los lleva a cabo uno o varios patronos delegados por aquél. Circunstancia esta última que, por lo demás, no será infrecuente en la práctica.

B) Otras personas

El art. 13.4 de la Ley 30/1994 dispone que “los patronos ejercerán su cargo gratuitamente sin que en ningún caso puedan percibir retribución por el desempeño de su función” (148). La norma va dirigida a preservar el patrimonio fundacional (que por definición debe dedicarse a un fin de interés general) de posibles abusos en beneficio de los patronos. Pero, con independencia de su oportunidad o inoportunidad, impide la profesionalización de los patronos en interés de la propia Fundación. Y les compele a confiar en otras personas la mayor parte de las labores habituales en la marcha diaria de la Fundación (149). De entre esas personas, alguna actúa como representante de la Fundación, con poder general o especial otorgado por el Patronato [art. 14.2 de la Ley 30/1994 (150)] (151). De modo que sus relaciones

(148) El carácter gratuito del cargo de patrono es absolutamente esencial.

Sin embargo, el propio art. 13.6 reconoce el derecho de los patronos a “ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione, salvo disposición en contrario del fundador”. Y el art. 26 permite, como novedad en el ámbito del Derecho de Fundaciones, que los patronos puedan “contratar con la Fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del Protectorado”.

Al respecto se pueden consultar los comentarios de DE LORENZO en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I, cit., pp. 112 y ss., en especial en cuanto se refiere a la evolución histórica del carácter gratuito del cargo de patrono; y los de CABRA DE LUNA, en la misma obra, pp. 234 y ss.

(149) Así, por ejemplo, en el Director de la Fundación, el secretario del Patronato —siempre y cuando no sea patrono: *vid.* art. 13.1.2.º de la Ley 30/1994—, en un administrador, etc.

(150) “El Patronato podrá nombrar apoderados generales o especiales, salvo que los estatutos dispongan lo contrario” (art. 14.2 de la Ley 30/1994).

(151) Se podría cuestionar si el Patronato, una vez que los patronos han aceptado sus cargos, pero antes de que se produzca la inscripción registral, puede nombrar apoderados de la Fundación. En mi opinión la contestación es afirmativa. Primero, porque el art. 13.3 de la Ley 30/1994 dispone que los patronos entrarán a ejercer sus funciones en cuanto acepten sus cargos. Segundo, porque el art. 14.2 de la misma Ley señala que el Patronato podrá nombrar apoderados salvo que los estatutos dispongan lo contrario, sin excluir que puedan hacerlo antes de que la Fundación se inscriba. Tercero, porque el art. 11, que es objeto de este comentario, faculta al Patronato para realizar antes de la inscripción de la Fundación los actos “que resulten indispensables para la conservación

con la Fundación en este aspecto, sus derechos y sus obligaciones en el cumplimiento del encargo, se regularán por lo establecido en los arts. 1709 y ss. del Código civil, ya tengan mandato expreso o tácito (art. 1710 del mismo Código).

Si las personas que actúan para la Fundación carecen de poder, se les aplicará la normativa sobre gestión de negocios ajenos (arts. 1888 y ss. del Código civil), siempre que lo hagan en interés de aquélla.

2. *Actividades necesarias y/o posibles que pueden ser realizadas antes de la inscripción*

A) Algunas cuestiones previas

En primer lugar, ¿cómo se debe conducir el Patronato de la Fundación en proceso de formación? La Ley 30/1994, sin distinguir si la Fundación ha alcanzado ya personalidad jurídica o se halla en trámite de inscripción, dispone que cuando el Patronato actúe tiene obligación de "cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación manteniendo plenamente el rendimiento y utilidad de los mismos" (art. 12.2); debiendo "desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal" (art. 15.1); y respondiendo "frente a la Fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados negligentemente" (art. 15.2).

Por otra parte, ya que el Patronato debe "cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación manteniendo plenamente el rendimiento y utilidad de los mismos" (art. 12.2 de la Ley), debería poder concluir cualesquiera actos *encaminados a ello*, dentro de las facultades que le concedieran los estatutos y la Ley, aunque la Fundación aún no se hubiera inscrito (152). Pero, por contra, el art. 11 de la Ley 30/1994

de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la Fundación", entre los cuales muy bien puede estar el nombrar un administrador, atendida la cuantía y composición del patrimonio fundacional.

(152) La Ley 1/1982, de Fundaciones privadas catalanas, dispone en el art. 7 que: "... 2. Los Organos de gobierno de una Fundación no inscrita pueden, dentro de sus facultades, otorgar actos, adquirir derechos y contraer obligaciones que consideren inaplazables, en nombre e interés de aquélla en constitución, los cuales se entenderán asumidos automáticamente por la Fundación cuando se produzca la inscripción. En caso contrario, el patrimonio fundacional responderá de las obligaciones contraídas, y, en su defecto, la responsabilidad recaerá solidariamente sobre las personas que hayan contratado".

sólo le faculta [y le ordena, puesto que emplea la palabra “realizará” (153)] para celebrar algunos: los necesarios para la inscripción y “únicamente aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la Fundación” (154). Así pues, el legislador estatal utiliza un criterio objetivo para fijar las actividades que deben ser emprendidas por el Patronato de la Fundación en formación; pero, al emplear conceptos jurídicos indeterminados (155) genera una cierta inseguridad jurídica. Deja la determinación de los mismos en cada caso concreto al juez, y/o previamente al Protectorado (156). Lo cual podrá acarrear una proliferación de contiendas (157) no especialmente deseable.

Idéntica regla es reproducida por el art. 9 de la Ley de régimen de las Fundaciones de interés gallego de 25 de junio de 1983. También por el art. 16.2 de la Ley 1/1990, de 29 de enero, de Fundaciones canarias (cuyo último inciso es, sin embargo, diferente, pues la ley canaria termina diciendo: “... en su defecto, la responsabilidad recaerá solidariamente sobre las personas que hayan actuado en su nombre”). Y por el art. 8 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco (cuyo último inciso también es objeto de alguna variación, pues finaliza disponiendo que “... en su defecto, la responsabilidad recaerá solidariamente sobre las personas que compongan dichos órganos de gobierno y no se hayan opuesto a la asunción de las mismas”).

Las diferencias entre esta regulación y la contenida en el art. 11 de la Ley estatal de Fundaciones son importantes. Por un lado, de acuerdo con la legislación autonómica de Fundaciones, el Patronato de la Fundación en proceso de inscripción debe actuar necesariamente dentro de las facultades que le confieran la Ley y los estatutos, extremo al que no se refiere la Ley 30/1994. Por otro, la fijación de los actos a realizar en nombre de la Fundación en formación se deja a la decisión del Patronato; *se utiliza, pues, un criterio subjetivo frente al objetivo y difuso empleado por la Ley estatal.*

(153) Así, también CAFFARENA, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I, cit., p. 99.

(154) En realidad, los dos últimos grupos de actos se pueden englobar en uno solo: los actos que, de no ser realizados, perjudicaran a la Fundación o a su patrimonio.

(155) Como indica TOMAS RAMON FERNANDEZ en la obra colectiva *En torno a la Ley 30/94...*, *op. cit.*, pp. 39 y ss., la Ley de Fundaciones hace un uso excesivo de los conceptos jurídicos indeterminados, con importantes consecuencias. “El concepto jurídico indeterminado remite, en último término, a una sola solución justa... Sin embargo, los conceptos jurídicos indeterminados tienen una zona de certeza en la que se ve muy claro que efectivamente el concepto se da, pero tienen un halo que rodea ese núcleo, que puede ser más o menos amplio. Si este halo es muy amplio entonces el margen de apreciación de quien tiene que aplicarlo es también muy grande, y en ese halo del concepto en el cual la autoridad que tiene que aplicarlo goza de un margen de apreciación importante, las consecuencias son prácticamente las mismas que cuando se reconoce por la norma un poder discrecional...” (de la p. 39).

(156) Por ejemplo, cuando examine las cuentas que periódicamente le rendirá la Fundación (art. 23 de la Ley 30/1994).

(157) Hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el referido art. 11, los actos que el Patronato haya realizado dentro de los señalados grupos de actividad *serán asumidos automáticamente por la Fundación si ésta accede al Registro.* Y no así los concluidos por el

Una última cuestión. Los actos o negocios que el órgano de gobierno celebre en nombre de la Fundación en proceso de formación ¿están sometidos a la condición suspensiva de que se produzca la inscripción registral? El art. 11 ofrece sin oscuridad una respuesta negativa. En efecto, si esos negocios fueran *per se* condicionales y la Fundación no se inscribiera, serían ineficaces por incumplimiento de la condición (arts. 1113 y ss. del Código civil); lo cual no es así de acuerdo con el art. 11 de la Ley 30/1994, que expresamente reconoce la existencia de obligaciones contraídas antes de que se produzca la inscripción y prevé quién responderá de ellas. En suma, los actos celebrados por el órgano de gobierno de la Fundación antes del acceso de ésta al Registro sólo serán condicionales si se celebraron sometidos a condición. Evidentemente, en este caso, la condición podrá ser que la Fundación se inscriba.

B) Las actividades citadas en el art. 11 de la Ley. Su alcance

El tan repetido precepto dispone que antes de la inscripción registral de la Fundación, el órgano de gobierno de la misma realizará:

a) *Los actos necesarios para la inscripción*

Es absolutamente lógico que la inscripción se deba promover enseguida, pues de ella depende que la Fundación adquiera personalidad jurídica, y así queden definitivamente afectos los bienes al cumplimiento del fin de interés general perseguido. Y que deba promoverla el Patronato, como órgano de gobierno y representación de la Fundación que es; aunque, como antes se expuso, no vemos inconveniente en que la inscripción pueda ser promovida no sólo por el Patronato, sino también por el fundador, sus herederos, sus albaceas testamentarios o el Protectorado (158). Además, la propia Ley 30/1994 dispone en su título II que sólo las Fundaciones inscritas podrán obtener beneficios fiscales (arts. 41, 42, y 46.1, primer párrafo), y desde el momento

Patronato que excedan de esos ámbitos; por lo menos, en principio, como luego se dirá. En consecuencia, los patronos tendrán interés en que se declare que los actos que celebraron para la Fundación son de aquéllos, pues de lo contrario es posible que tengan que responder de los mismos, *vid. infra*, apartado III.2.A).

(158) Ver, *supra*, I.3.C.

en que se soliciten a la Administración Tributaria, si bien "tratándose de Fundaciones, dichos efectos se retrotraerán a la fecha de su constitución cuando entre ésta y la de solicitud de inscripción en el Registro administrativo correspondiente no haya transcurrido más de un mes" (art. 46.1, tercer párrafo).

El término "actos necesarios para la inscripción" puede concebirse de un modo más o menos amplio. Sin duda, abarca la solicitud de inscripción en el Registro. Pero probablemente se refiera también a otras actuaciones. Por ejemplo, contratar con un especialista la emisión de un dictamen jurídico sobre la viabilidad de la Fundación, solicitado por el Patronato ante la duda de que, pongo por caso, la Fundación persiga realmente fines de interés general, ¿es acto necesario para la inscripción? Es posible que sí, dependiendo de las circunstancias concurrentes. No se debe olvidar que si la Fundación no persigue fines de interés general, la inscripción será denegada, debiendo regresar los bienes al patrimonio del fundador o de sus herederos quizá después de agotar recursos y de transcurrir bastante tiempo; con los gastos consiguientes, que quizá podrían haber sido evitados si se hubiera solicitado el dictamen. Con ello quiero poner de manifiesto que incluso el concepto de "actos necesarios para la inscripción" es indeterminado, y deberá ser concretado en atención a las circunstancias de cada caso.

b) *Los actos que resulten indispensables para la conservación del patrimonio de la Fundación.*

Parece que antes de la inscripción registral el Patronato *sólo puede [y debe, pues el precepto emplea el término realizará (159)]* emprender esos actos *indispensables*. De nuevo otro concepto jurídico indeterminado cuyo alcance se fijará en relación con la regla general contenida en el art. 12.2 de la Ley, según la cual "corresponde al Patronato cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación manteniendo plenamente el rendimiento y utilidad de los mismos". Lo que implica entender que el Patronato, antes de la inscripción registral, *realizará únicamente los actos indispensables para la conservación del patrimonio; siendo actos indispensables todos los necesarios para mantener plenamente el rendimiento y utilidad de aquél.*

(159) *Realizará únicamente*, dice el art. 11. Si existe esa obligación legal y el Patronato la incumple, responderá de acuerdo con las reglas generales.

Se propugna, pues, una interpretación amplia del concepto, entendiendo que son actos de conservación todos los dirigidos a mantener el patrimonio fundacional tanto en su configuración, como valor económico y rentabilidad iniciales. Actos, por tanto, que si no se realizaran, ocasionarían una disminución, cuantitativa o cualitativa, de la dotación. Lo cual es coherente con la protección que la Ley 30/1994 dispensa a esta última (160). Esta interpretación amplia, además, comulga mejor con el contenido del referido art. 12.2.

c) Los actos que no admitan demora sin perjuicio para la Fundación

Realmente, este concepto engloba al anterior, por cuanto los actos indispensables para la conservación del patrimonio fundacional son actos que causarán perjuicio a la Fundación si se retrasan. Es decir, se puede afirmar con carácter general que los actos que el Patronato de la Fundación aún no inscrita *puede y debe realizar son todos aquellos que no admitan demora sin perjuicio para ella.*

El término *perjuicio* debe ser entendido en sentido amplio. Y así, el Patronato de la Fundación en formación se halla legitimado para emprender todo tipo de actos de cuya omisión o retraso pueda derivar cualquier perjuicio para la Fundación; y ésta, una vez inscrita, asumirá esos actos (161). Las razones son básicamente las mismas expuestas en el apartado inmediatamente anterior.

C) Las actividades no mencionadas en el art. 11 de la Ley

Si el órgano de gobierno de la Fundación en proceso de formación emprende actividades que no son encuadrables en ninguno de

(160) La Ley 30/1994 considera a la dotación como una parte del patrimonio de la Fundación que debe de ser especialmente protegido, por cuanto es el patrimonio que inicialmente se adscribe al cumplimiento del fin de interés general. Por ejemplo, cualquier acto de enajenación o gravamen de bienes o derechos que integran la dotación debe de ser autorizado previamente por el Protectorado (art. 19.1 de la Ley). Gozando también la dotación de un tratamiento fiscal distinto al del resto del patrimonio fundacional.

(161) Ahora bien, repito de nuevo, la Fundación podría dirigirse frente a los patronos exigiendo su responsabilidad si éstos llevaron a cabo las referidas actuaciones negligentemente, o contrariando la Ley o los estatutos (art. 15.1 y 2 de la Ley 30/1994).

los apartados anteriores, la Fundación no las asumirá automáticamente cuando alcance personalidad (art. 11, inciso penúltimo). Si bien, como luego se dirá, podrían corresponder al ente, pero no de forma automática.

III. EN CONCRETO, LA RESPONSABILIDAD POR LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS DESPUES DE PERFECTO EL NEGOCIO FUNDACIONAL Y ANTES DE LA INSCRIPCIÓN

1. Cuestiones generales

Como se verá en las siguientes líneas, las reglas de responsabilidad que señala el art. 11 de la Ley 30/1994, tanto si la Fundación llega a inscribirse como si la inscripción no tiene lugar, no alcanzan a resolver todos los supuestos que se pueden producir en la práctica ni protegen siempre adecuadamente los intereses en conflicto, a los que hemos hecho referencia detallada más arriba (162).

El art. 8 del Real Decreto 2930/1972, Reglamento de las Fundaciones Culturales Privadas, abordó por vez primera la responsabilidad por los actos celebrados en nombre de una Fundación antes de que ésta accediera al Registro, al disponer:

“1. Los actos y contratos concluidos en nombre o por cuenta de una Fundación que no obtenga luego la inscripción en el Registro sólo producirán los efectos que prevea el Derecho privado.

2. Quienes, antes de la inscripción, actúen en nombre o por cuenta de la Fundación, serán responsables frente a ésta de la integridad de la dotación fundacional y, en su caso, de las declaraciones que hagan en la Carta, con arreglo a lo previsto en el Código civil”.

Como al principio se indicó, el precepto era confuso, suscitaba dudas, y presentaba lagunas importantes (163). Y aunque carecemos

(162) *Vid., supra*, I.5.C).

(163) Como dice CAFFARENA, refiriéndose al art. 8 del Real Decreto de 1972, “... se caracteriza por una gran indefinición, tanto por lo que se refiere al supuesto de hecho como en lo referente a las consecuencias jurídicas: por una parte, se remite al

de doctrina y jurisprudencia sobre el artículo transcrito, existía gran inquietud en torno a estas situaciones. Buena prueba de ello es la inclusión en la Ley 30/1994 del art. 11 que comentamos, más preciso y completo que su referido precedente. Se aparta de él para ajustarse más a las reglas que introdujo el art. 7 de la Ley 1/1982 de Fundaciones Privadas Catalanas, a la que siguieron el resto de las Leyes Autonómicas de Fundaciones (164). Y es influido también por el art. 15 de la Ley de Sociedades Anónimas (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre) (165).

Derecho privado y al Código civil y, por otra, no determina claramente ni el período de tiempo al que alude, ni quiénes son los que actúan, ni establece diferencias entre los actos que pueden llevarse a cabo. Además, podría parecer a la vista del art. que en el caso de que la Fundación obtenga la inscripción no se plantea ningún problema en relación con terceros”, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I, *op. cit.*; pp. 95-96.

(164) Los preceptos de las leyes autonómicas de Fundaciones ya se han citado más arriba (*vid.* apartados I.2.C) y II.2). Aquí importa recalcar que la diferencia esencial entre el régimen autonómico de responsabilidad por actos realizados en nombre de la Fundación no inscrita y el régimen instaurado por el art. 11 de la Ley estatal de Fundaciones estriba en que mientras éste establece un sistema objetivo al fijar los actos que el Patronato de la Fundación puede (y debe) realizar antes de la inscripción de ésta, los arts. correspondientes de las Leyes autonómicas de Fundaciones instauraron un sistema subjetivo (“los órganos de gobierno de una Fundación no inscrita pueden, *dentro de sus facultades*, otorgar actos, adquirir derechos y contraer obligaciones *que consideren inaplazables*, en nombre e interés de aquélla en constitución, los cuales se entenderán asumidos automáticamente por la Fundación cuando se produzca la inscripción” —art. 7.2, primer inciso de la Ley catalana de Fundaciones 1/1982—). Lo cual flexibiliza las posibilidades de actuación de los patronos en nombre de la Fundación no inscrita, así como aligera la severidad del régimen de responsabilidad que el art. 11 de la Ley estatal de Fundaciones atribuye a los mismos, como veremos.

(165) Sustancialmente, el régimen establecido por este artículo [cuyo texto fue transcrito en el apartado I.2.D) de este trabajo] respecto de los actos realizados en nombre de la Sociedad Anónima antes de su acceso al Registro Mercantil, es el siguiente:

— La sociedad, una vez inscrita en el Registro, responderá: por un lado, de los actos y contratos indispensables para la inscripción; de los realizados por los administradores “dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción”; y de los “estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios” (art. 15.2). También responderá de los actos celebrados en nombre de la Sociedad que no estén incluidos entre los anteriores, pero sean aceptados por ésta en el plazo de los tres meses que siguen a la inscripción (art. 15.3).

— Del resto de los actos y contratos celebrados en nombre de la Sociedad en trámite de formación responderán solidariamente quienes los hubiesen celebrado, salvo que su eficacia hubiera quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad (art. 15.1).

Así pues, el art. 15.3 de la Ley de Sociedades Anónimas admite que la Sociedad quede obligada por las consecuencias de los actos realizados por los administradores distintos de los previstos en el propio artículo pero *aceptados por la Sociedad dentro del plazo de tres meses desde su inscripción*.

Hay que distinguir, claro es, dos ámbitos de responsabilidad. Por un lado, la que pueda asumir la Fundación, o los patronos de la misma, u otras personas que obren en su nombre, *frente a terceros con los que hayan contratado o a los que hayan perjudicado de algún modo* (166). Y por otro lado, la responsabilidad que la Fundación pueda exigir a quienes obraron en su nombre y a los patronos (167). De ellas, la primera es la que plantea una mayor problemática.

Distinguiremos, siguiendo al art. 11 de la Ley de Fundaciones, si la Fundación accede al Registro y, en consecuencia, adquiere personalidad jurídica; o si, por el contrario, carece de ella definitivamente por serle denegado el acceso. Y, en cualquier caso, analizaremos la responsabilidad por actos realizados por el órgano de gobierno o por otras personas que, con o sin mandato, actúan para la Fundación.

2. Si la Fundación accede al Registro

A. Responsabilidad en relación con los actos concluidos por el órgano de gobierno de la Fundación antes de la inscripción de la misma

De la lectura del texto del art. 11 se desprende que existen dos regímenes diferentes de responsabilidad por actos realizados por el Patronato en nombre de la Fundación en formación. El primero, regulado en el art. 11, contempla la atribución a la Fundación —una vez inscrita— de las consecuencias de los actos en él enumerados. El segundo no está regulado en la Ley de Fundaciones, y se produciría en el caso de que el Patronato de la Fundación hubiera realizado antes de la inscripción de ésta algún acto jurídico que no fuera de los previstos en el artículo (168).

Esta disposición no se ha podido transplantar al ámbito de las Fundaciones, pues al carecer éstas de base asociativa, sería el propio Patronato el órgano al que correspondería aceptar, una vez inscrita la Fundación los actos que él mismo realizó en nombre de la Fundación no inscrita y sobrepasando el marco de actuación permitido en el art. 11 de la Ley 30/1994. Lo cual sería inaceptable, pues dejaría al arbitrio del Patronato el realizar no importa qué actos en nombre de la Fundación en inscripción, en la seguridad de que después de inscrita la Fundación ésta correría con las consecuencias simplemente con que el Patronato se reuniera para aceptar dichos actos.

(166) Responsabilidad en las relaciones externas, a la que nos referíamos en el apartado I.5.C.b).

(167) Responsabilidad en las relaciones internas. *Vid., supra*, I.5.C.a).

(168) De nuevo hay que tener presente que el Patronato de la Fundación es un órgano colegiado (art. 13.1 de la Ley 30/1994) y como tal actuará. Pero, salvo que los

a) *Si los actos realizados por el Patronato son de los mencionados en el art. 11*

Recordemos que el art. 11 de la Ley de Fundaciones dispone que:

“... otorgada la escritura fundacional y en tanto se procede a la inscripción en el Registro de Fundaciones, el órgano de gobierno de la Fundación realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la Fundación, *los cuales se entenderán automáticamente asumidos por ésta cuando obtenga personalidad jurídica*”.

Un poco más arriba (169) argumentamos cuál debe de ser, en nuestro criterio, la interpretación de los tres grupos de actividades que el art. 11 enumera. Ahora corresponde hacer algún comentario en relación con la última frase transcrita, que nos manifiesta que dichos actos “se entenderán automáticamente asumidos” por la Fundación una vez que ésta se inscriba.

1.º Con esta expresión se nos está indicando, por un lado, que dichos actos *son actos de la Fundación*. Lo que implica que los derechos u obligaciones que dimanen de los mismos entran en el patrimonio de la Fundación ya constituida desde la fecha en que se adquirieron o se contrajeron. Es decir, los derechos o beneficios que se adquieran como consecuencia de la celebración de los actos enumerados en el art. 11 serán derechos de la Fundación; y responderá de las obligaciones contraídas el patrimonio de la Fundación y sólo él. Sin que la ley distinga en este último caso si los patronos obraron con diligencia o sin ella al contraerlas; y, en consecuencia, aunque de dichos actos pudieran derivar perjuicios para la Fundación provocados por el actuar culposo de

estatutos se lo prohíban, puede delegar sus facultades en uno o más de sus miembros; con excepción de las facultades más importantes: la aprobación de las cuentas, del presupuesto, y la realización de los actos que requieran autorización del Protectorado (del art. 14.1 de la Ley de Fundaciones). Como ninguna de estas actividades son de las enumeradas por el art. 11, estas últimas pueden ser delegadas por el Patronato en uno o varios patronos. En suma, cuando hablemos a continuación de actividades realizadas por el Patronato se debe sobreentender que *nos referimos bien al Patronato como órgano colegiado, bien al patrono o patronos en quien aquél haya delegado*.

(169) *Vid., supra*, apartado II.2.

los patronos, la Fundación responderá de las obligaciones contraídas (170). Si bien la tan repetida Fundación podrá dirigirse contra los patronos para resarcirse de esos perjuicios (171).

Estamos, pues, ante el régimen normal de responsabilidad de una persona jurídica por actos de sus órganos, que se aplica respecto de las obligaciones contraídas como consecuencia de la realización antes de que la Fundación adquiera personalidad de los actos enumerados en el art. 11 de la Ley. De modo que, a estos efectos, se puede entender que la Ley 30/1994 admite la retroacción de la personalidad jurídica adquirida por la Fundación hasta el momento de la celebración del negocio jurídico fundacional (172). Pero preferimos pensar que, en nuestro caso, los derechos y obligaciones derivados de esos actos entraron en su momento en el patrimonio fundacional, puesto que éste gozaba de autonomía antes de la inscripción registral (173). Como señala CAFFARENA (174), la adquisición de derechos y de obligaciones por la Fundación en proceso de formación es una muestra de que nuestro ordenamiento reconoce la existencia de Fundaciones sin personalidad, si bien como situaciones transitorias. O, lo que es lo mismo, reconoce la existencia de organizaciones susceptibles de generar efectos jurídicos tanto en sus relaciones con su órgano de gobierno (ámbito interno), como frente a terceros (ámbito externo).

2.º Por otra parte, el art. 11 dispone que dichos actos se entenderán *automáticamente asumidos* por la Fundación. Es decir, devienen actos de la Fundación sin necesidad de que sea precisa actividad o resolución que se los atribuya; por ejemplo, que el Patronato los confirme o que el Protectorado dé su aprobación a los mismos.

(170) Así, también CAFFARENA en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I, cit., p. 101.

(171) El art. 15 de la Ley 30/1994 dispone que: "1. Los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal.

2. Los patronos responderán frente a la Fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados negligentemente. Quedarán exentos de responsabilidad quienes se opusieron expresamente al acuerdo determinante de la misma o no hubiesen participado en su adopción.

....."

(172) En relación con la persona jurídica en general, propugna la eficacia retroactiva de la inscripción CAPILLA, en *Comentarios al Código Civil...*, t. I, 3.º, 2.ª ed., cit., p. 859. También FERRER I RIBA, en relación con la adquisición de personalidad por las Fundaciones catalanas, en *op. cit.*, pp. 888-889.

(173) Ver las consideraciones hechas, *supra*, apartado I.6.B.d).

(174) En la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I, cit., pp. 97 y 98.

Obsérvese que, si bien el precepto indica que esos actos son asumidos automáticamente por la Fundación, *no excluye que la Fundación pueda asumir otros*, aunque en este caso la asunción no sería automática. Por ejemplo, parece lógico que la Fundación pueda asumir los derechos o consecuencias favorables que se deriven para ella de la actuación de algún patrono (175), en nombre e interés de la Fundación, pero excediéndose del marco de actividades descrito en el art. 11 de la Ley. Y, lógicamente, en ese caso también tendría que atender la Fundación a las obligaciones que se derivaran de dicha actuación, pues *qui sentit commodum sentire debet incommodum*. Recordemos que respecto de los negocios concluidos por mandatario “no se consideran traspasados los límites del mandato si fuese cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste” (art. 1715 del Código civil) (176); y que, en relación con la gestión de negocios ajenos el art. 1893 del Código civil dispone que el que aproveche las ventajas de la gestión correrá con las obligaciones contraídas en su interés (177). Parece que el principio que se encuentra encerrado en estos dos preceptos es aplicable a nuestro caso. La Fundación debe poder adquirir los derechos que se deriven de la actuación de los patronos realizada antes de la inscripción, aunque aquella actuación hubiera podido demorarse sin perjuicio para la Fundación; y si puede adquirir esos derechos, lógicamente tendrá que correr con las correlativas obligaciones.

Pero, ¿puede el Patronato de una Fundación, después de la inscripción de la misma, asumir para ella obligaciones contraídas por el propio órgano de gobierno antes de la inscripción y derivadas de la con-

(175) O incluso de algún representante de la Fundación o de un mero gestor, como veremos luego.

(176) Acerca del contenido y adecuada interpretación de este art. 1715 del Código civil, consultar las sugestivas reflexiones de RODRIGUEZ MORATA, “La ventaja en la gestión como límite de la autorización implícita en el contrato de mandato: art. 1715 del Código civil”, en *Actualidad Civil*, 1987, pp. 2199 y ss. y 2279 y ss. y en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 22, 1990, pp. 319 y ss. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1990).

(177) “Aunque no hubiese ratificado expresamente la gestión ajena, el dueño de bienes o negocios que aproveche las ventajas de la misma será responsable de las obligaciones contraídas en su interés, e indemnizará al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo.

La misma obligación le incumbirá cuando la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ella no resultase provecho alguno” (art. 1893 del Código Civil).

clusión de actos distintos de los enumerados en el art. 11? (178). Parece que no puede hacerlo por sí solo, puesto que entonces quedaría en sus manos contraer cualquier obligación antes de que la Fundación adquiriera personalidad para, posteriormente, acordar que la Fundación deba responder de ella (179). Pero, ¿podría hacerlo con la anuencia del Protectorado? Creemos que sí (180).

Tengamos en cuenta que el art. 1727 del Código civil dispone que:

“El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato.

En lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente”.

Es decir, que cuando uno obra por y para otro, aun realizando actos que no se le han encargado, este último resulta obligado si muestra su conformidad con lo hecho por aquél. Por ello, a pesar de que ni la Fundación es mandante ni el Patronato de la misma mandatario, ni los actos enumerados en el art. 11 de la Ley de Fundaciones constituyen los límites del mandato, la situación regulada en el art. 1727 del Código civil y la planteada aquí son sustancialmente similares, por lo que debería aplicárseles la misma regla. El problema, en nuestro caso, estriba en que quien podría ratificar lo hecho por el Patronato sería el propio Patronato, pues es el único órgano de gobierno de la Fundación. Y se solucionaría si alguien, distinto de él,

(178) Respecto de las Fundaciones catalanas, gallegas, canarias y vascas el problema se plantea en otros términos, puesto que, como vimos, allí el Patronato puede, “dentro de sus facultades, otorgar actos, adquirir derechos y contraer obligaciones que *consideren inaplazables...*, los cuales se entenderán asumidos automáticamente por la Fundación cuando se produzca la inscripción” (de los arts. 7.2 de la Ley catalana 1/1982, de Fundaciones; 9 de la Ley de 25 de junio de 1983, de Fundaciones de interés gallego; 16.2 de la Ley 1/1990, de 29 de enero, de Fundaciones canarias; y 8 de la Ley 12/1994, de Fundaciones del País Vasco). De modo que *si las obligaciones contraídas fueron consideradas inaplazables por el Patronato que las contrajo, se entenderán automáticamente asumidas por la Fundación cuando adquiera personalidad.*

(179) Si antes de la inscripción actúa un Patronato, y una vez inscrita la Fundación es sustituido por otro con una composición distinta, sí parece posible que este segundo Patronato pueda ratificar las obligaciones contraídas por el primero, que así pasarán a ser obligaciones de la Fundación. Así, CAFFARENA, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I, cit., p. 100.

(180) Señala CAFFARENA que “parece oportuno que la ratificación sea autorizada por el Protectorado ante el conflicto de intereses existente” (*Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I, cit., p. 100).

estuviera legitimado para aceptar las consecuencias derivadas de los actos de éste, que así devendrían actos de la Fundación. ¿Puede hacerlo el Protectorado?

Hemos visto que el órgano supremo de las personas jurídicas de base asociativa puede aceptar las obligaciones contraídas por los administradores antes de la adquisición de personalidad (181). Evidentemente, ello no es posible en el ámbito de las Fundaciones, pues al carecer de base asociativa no existe en ellas un órgano distinto del Patronato y que pueda controlarlo; ésta es una de las causas que justifican que ese control sea desempeñado por el Protectorado de la Administración (182). Pero no hay que olvidar que la Ley 30/1994, de Fundaciones, configura con gran flexibilidad la labor o función del Protectorado; así, por ejemplo, el art. 32.2. b) asigna al Protectorado la función de “velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales de acuerdo con la voluntad del fundador y teniendo en cuenta la consecución del interés general”. La amplitud con que este precepto está redactado nos permite admitir que el Protectorado pueda dar su conformidad a los actos del Patronato realizados antes de la inscripción de la Fundación y no incluidos en el marco objetivo diseñado por el art. 11 de la Ley, siempre que estuvieran dirigidos a cumplir los fines fundacionales en el sentido recién mencionado (“de acuerdo con la voluntad del fundador y teniendo en cuenta la consecución del interés general”). Si dicha conformidad se produce, la Fundación asumirá dichos actos y sus consecuencias jurídicas. Y así, las obligaciones dimanantes de los mismos serán consideradas obligaciones de la Fundación desde el instante en que fueron contraídas, no desde que la Fundación se inscribe ni desde que el Protectorado da su aprobación.

b) Si los actos no son de los mencionados en el art. 11 y no son asumidos por la Fundación

De acuerdo con lo expuesto, la Fundación asumirá automáticamente las obligaciones derivadas de la realización por el Patronato de

(181) Recordar, por ejemplo, el art. 15.3 de la Ley de Sociedades Anónimas, al que se remite el art. 11.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 23 de marzo de 1995, para regular la situación de estas últimas sociedades en proceso de formación.

(182) Hay otras causas más principales que autorizan dicha intervención administrativa en las Fundaciones, como el hecho de que la Fundación entraña una vinculación de bienes para la consecución de fines de interés general.

los actos previstos en el art. 11, y también las que deriven de otros distintos, con anuencia del Protectorado. Pero, ¿quién responde de las obligaciones contraídas en nombre de la Fundación (puesto que el Patronato actúa en nombre de la Fundación) en los casos en los que, de un modo u otro, dichas obligaciones no sean asumidas por la misma? Y ya que la Ley de Fundaciones calla al respecto, acudiremos a la analogía para buscar en el Derecho Civil común la respuesta al problema planteado (183).

Sabemos (184), que el Patronato no es representante legal ni voluntario de la Fundación ya constituida, sino que ostenta su "representación orgánica". Es quien forma, exterioriza y ejecuta la voluntad de la entidad, el medio del que ésta se sirve para poder actuar en el tráfico jurídico; de tal modo que el acto realizado por el Patronato es un acto de la Fundación, y no de aquél. Pero, aceptado esto, la situación real del Patronato es similar a la de un representante o mandatario, por lo que las reglas de la representación en general, y del mandato, nos servirán para cubrir las lagunas que pudieran existir en la regulación de las relaciones entre la persona jurídica y su órgano de gobierno.

Tengamos presente que en los estatutos de las Fundaciones se contendrán las reglas a las que el Patronato debe ajustar su actuación, su "ámbito de poder", que se dirigirá, en cualquier caso, a cumplir los fines fundacionales mediante el empleo del patrimonio de la Fundación (185). Pues bien, de acuerdo con la regulación establecida por el art. 11 de la Ley 30/1994, cualquiera que fuere la amplitud de las

(183) Más arriba (*vid.* apartado I.6.C) excluimos la posibilidad de aplicar analógicamente a las Fundaciones de ámbito estatal en proceso de formación la normativa que regula las Fundaciones autonómicas pendientes de inscripción, así como la normativa que disciplina otras personas jurídicas de base asociativa (Sociedades Anónimas, Sociedades de Responsabilidad Limitada...) en proceso de fundación.

(184) *Supra*, apartado II.1.A.b).

(185) El art. 9 de la Ley 30/1994 ordena: "1. En los estatutos de la Fundación se hará constar:

d) Las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios.

e) El órgano de gobierno y representación, su composición, reglas para la designación y sustitución de sus miembros, causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos.

f) Cualesquiera otras disposiciones y condiciones lícitas que los fundadores tengan a bien establecer".

Y el art. 12 de la misma dispone: "... 2. Corresponde al Patronato cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación manteniendo plenamente el rendimiento y utilidad de los mismos".

facultades atribuidas al Patronato de la Fundación, antes de la inscripción de la misma éstas se encuentran reducidas a las enumeradas en dicha norma (186). Y, por ello, si el Patronato realizara otras distintas se excedería de su "ámbito de poder", y debería correr con las consecuencias (187). Esta interpretación está propiciada por el tenor literal del art. 11, pues claramente dice que el Patronato "realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la Fundación"; de modo que si realiza otros distintos no está cubierto por la regla del art. 11. Y, en base a la argumentación que se ha desarrollado un poco más arriba, si el Protectorado no consiente que la Fundación asuma las obligaciones que nazcan de la realización de esos actos, serán los patronos que los hayan concluido quienes deberán responder de sus consecuencias (188).

Sin son varios los patronos que han actuado, la responsabilidad será mancomunada, de acuerdo con la regla general establecida en el art. 1137 del Código Civil (189). Tengamos en cuenta que el art. 11 de la Ley 30/1994, cuando ordena la responsabilidad solidaria de los patronos lo hace sólo para el caso de que la Fundación no llegue a inscribirse en el Registro, y en esta fase del estudio estamos partiendo de la base de que dicha inscripción se ha producido y, en consecuencia, la Fundación ha alcanzado personalidad.

(186) No así en las leyes autonómicas de Fundaciones que, encabezadas por la catalana, disponen, como vimos, que antes de la inscripción el órgano de gobierno de la Fundación puede "dentro de sus facultades, otorgar actos, adquirir derechos y contraer obligaciones que consideren inaplazables, en nombre e interés de aquélla en constitución".

(187) En este mismo sentido, CAFFARENA en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I, cit., p. 100.

(188) De nuevo, la respuesta resulta de aplicar por analogía la regulación del mandato en el Código civil. En concreto, los arts. 1725 ("El mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata, sino cuando se obliga a ello expresamente o *traspasa los límites del mandato* sin darle conocimiento suficiente de sus poderes") y 1727 ("El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato. *En lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente*").

(189) En el ámbito del mandato se establece la misma regla en el art. 1723 del Código civil. Pero no es éste el artículo aplicable a la situación que estamos viendo, sino el referido 1137. El motivo estriba en que el art. 1723 regula la responsabilidad entre los mandatarios y su mandante, mientras que aquí analizamos la responsabilidad de los patronos respecto de terceros con los que contrataron, y no su responsabilidad para con la Fundación.

c. Responsabilidad de los patronos si no realizan los actos previstos en el art. 11

El art. 11 de la Ley 30/1994 impone a los patronos de la Fundación en formación una verdadera obligación de actuar (190), cuyo incumplimiento es susceptible de ser indemnizado. Esta responsabilidad se da frente a la Fundación quien, si sufre perjuicios como consecuencia de la inactividad o actividad insuficiente de los patronos, podrá exigirles responsabilidad de acuerdo con las reglas establecidas en el art. 15 de la misma Ley y, en lo allí no previsto, en aplicación analógica de las reglas generales que reglamentan el mandato representativo.

Por otra parte, en caso de inactividad o actividad insuficiente del Patronato en orden a promover la inscripción de la Fundación ya creada, o realizar los actos que no admitan demora sin perjuicio para la Fundación, podrá realizarlos el Protectorado (art. 32. 1 y 2 de la Ley); quien también está facultado por la Ley para iniciar acción de responsabilidad frente a los patronos o promover el cese o suspensión de los mismos (arts. 32.3, 15.3 y 16.2 y 3 de la Ley).

B. Responsabilidad en relación con los actos celebrados por personas diferentes de los patronos (191)

a) Si tienen poder de representación

La Ley de Fundaciones admite que el Patronato pueda nombrar apoderados generales o especiales, salvo que los estatutos dispongan lo contrario (art. 14.2). En estos supuestos, tanto a las relaciones entre la Fundación y sus apoderados como a las relaciones entre aquélla y terceras personas se les aplicarán las normas del Código civil reguladoras del contrato de mandato (arts. 1709 y ss.): el mandato puede ser

(190) *Vid., supra*, apartado II.2.B).

(191) Como anteriormente se explicó [*supra* II.1.B)], suele ser frecuente que no sean los patronos quienes lleven a cabo la actividad material de la Fundación, ya que la necesaria gratuidad del cargo de patrono (art. 13.4 y 6 de la Ley 30/1994) impide la profesionalización de los mismos. Es muy frecuente que la verdadera dirección de las actividades fundacionales sea encomendada por el Patronato a personas distintas de los patronos; y esas personas actúan frecuentemente en nombre de la Fundación, con mandato expreso o tácito del Patronato.

expreso o tácito (192); el representante deberá ajustarse a las instrucciones que el Patronato le haya dado (193); el negocio celebrado por el representante dentro del ámbito de su poder surte efectos para la Fundación (194); etc.

Ahora bien, ¿puede el Patronato nombrar (expresa o tácitamente) representantes de la Fundación antes de que ésta se inscriba? O, dicho de otra manera, los actos necesarios para la inscripción, los indispensables para la conservación del patrimonio fundacional y los que no admitan demora sin perjuicio para la Fundación, ¿deben ser necesariamente realizados por el Patronato, o pueden ser encomendados a representante? La respuesta pasa necesariamente por valorar las circunstancias que concurran en el caso concreto.

En efecto, por un lado, la literalidad del art. 11 es clara (“el órgano de gobierno de la Fundación realizará...”) y parece indicarnos que necesariamente deberá actuar el Patronato por sí mismo, y no a través de representante. Pero, por otro lado, cuando el art. 14.2 faculta al Patronato para nombrar representantes no hace referencia ninguna al momento en que puedan ser nombrados; luego no habría obstáculo para que el Patronato los designara antes de la inscripción. De modo que todo depende de si el nombramiento de representantes por un Patronato concreto de una Fundación concreta puede ser considerado como un acto “indispensable para la conservación del patrimonio”, o que no admita demora sin perjuicio para la Fundación (art. 11 de la Ley); es posible que lo sea, atendiendo, por ejemplo, a la complejidad del patrimonio fundacional. Pero también es posible que el nombramiento, expreso o tácito, de representantes de la Fundación en formación no esté amparado por el art. 11 si las circunstancias del caso no justifican el otorgamiento de poder a un representante antes de la inscripción. Y si no lo está, recordemos que los patronos pueden llegar a responder de las consecuencias del nombramiento, de conformidad con lo antes expuesto.

(192) Art. 1710 del Código civil:

“El mandato puede ser expreso o tácito.

El expreso puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra.

La aceptación puede ser también expresa o tácita, deducida esta última de los actos del mandatario”.

(193) Art. 1719 del Código civil:

“En la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante.

A falta de ellas hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia”.

(194) Art. 1725 y 1727 del Código Civil, transcritos en nota un poco más arriba.

Pues bien, si el Patronato puede nombrar representante durante el proceso de formación de la Fundación, de los actos que realice el representante dentro del ámbito de poder conferido no responde el representante, con independencia de que esos actos sean de los mencionados en el art. 11 de la Ley o sean otros distintos. Si se pueden incluir dentro de las tres categorías de actos contenidas en el referido precepto, éstos serán asumidos automáticamente por la Fundación si el representante estaba apoderado para realizarlos. Si, aunque no se puedan incluir en ninguna de esas categorías, el Patronato ha autorizado al representante para celebrarlos, no responderá el representante (art. 1725 del Código civil), sino el Patronato, de conformidad con las reglas mencionadas, *supra*, en el apartado III, 2, A, b). Y si el representante actuó excediéndose del poder conferido, responderá de las consecuencias salvo que el Patronato ratifique su actuación (art. 1727.2 del Código civil) después de haber accedido la Fundación al Registro.

b) Si carecen de poder de representación

Quienes actúen para la Fundación aún no inscrita sin poder expreso o tácito conferido por el Patronato son meros gestores de negocios ajenos. Y, por ello, la normativa aplicable a sus relaciones con la Fundación y con terceros es la contenida en los arts. 1888 y ss. del Código civil. Así, si la Fundación se aprovechara de las ventajas de la gestión asumiría también las obligaciones correlativas, aunque no ratificara dicha gestión (195); si la Fundación ratifica la gestión se producen los efectos del mandato expreso (196), etc...

(195) Art. 1893 del Código civil:

“Aunque no hubiese ratificado expresamente la gestión ajena, el dueño de bienes o negocios que aproveche las ventajas de la misma será responsable de las obligaciones contraídas en su interés, e indemnizará al gestor de los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y de los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo.

La misma obligación le incumbirá cuando la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ella no resultase provecho alguno”.

(196) Así, el art. 1892 del Código civil.

3. Si la Fundación no se inscribe

Según el último inciso del art. 11 de la Ley 30/1994, “en el supuesto de no inscripción, la responsabilidad se hará efectiva sobre el patrimonio fundacional, y, no alcanzando éste, responderán solidariamente los patronos” (197). Es evidente que no estamos ante un caso de extinción de la Fundación, puesto que ésta ni siquiera llegó a alcanzar personalidad; y, en consecuencia, no resultan aplicables las reglas del art. 31 de la Ley. Pero parece igualmente claro que, denegada definitivamente la inscripción deberá abrirse el correspondiente procedimiento de liquidación, como si la Fundación se hubiera extinguido, siempre que se hayan contraído obligaciones y adquirido derechos antes de la firme negativa de acceso al Registro. Y ese procedimiento se desenvolverá bajo la supervisión del fundador o sus herederos, y no bajo el control del Protectorado, como dispone el art. 31.1 para caso de extinción de la Fundación (198). Realmente, el art. 11 de la Ley de Fundaciones no se ocupa de este extremo, pero la conclusión parece lógica puesto que el patrimonio fundacional (es decir, el que va a ser devuelto al fundador o a sus herederos) será el primer responsable de las obligaciones contraídas.

El patrimonio fundacional se mantendrá separado del patrimonio del fundador mientras no finalice el proceso liquidatorio, garantizando los derechos de los acreedores del ente que ya no alcanzará personalidad. La afirmación se deduce de la regla contenida en el último inciso del art. 11 de la Ley 30/1994, puesto que si éste ordena que el patrimonio fundacional satisfaga las obligaciones contraídas hasta agotarse si es preciso, es necesario que se mantenga separado del patrimonio del fundador y no pueda ser embargado por los acreedores

(197) La regla es la instaurada en el ámbito de las Fundaciones por la Ley catalana 1/1982 de Fundaciones privadas (art. 7.2), seguida por el resto de la legislación autonómica sobre Fundaciones [ver, *supra*, apartado I.2.C)]; si bien existe alguna especialidad en cuanto a los actos por los que se responde y a los sujetos responsables, como se indicó, *supra*, apartado II.2.A).

(198) “La extinción de la Fundación, salvo en el supuesto previsto en el art. 29 d), determinará la apertura del procedimiento de liquidación que se realizará por el órgano de gobierno de la Fundación bajo el control del Protectorado” (art. 31.1 de la Ley 30/1994).

La necesaria supervisión del Protectorado es ordenada por la Ley porque, según se regula con detalle en el referido art. 31, los que fueron bienes de la Fundación necesariamente se destinarán a entidades que persigan fines de interés general. De conformidad con ello, el fundador no podrá establecer válidamente que dichos bienes reviertan a su patrimonio o al de sus herederos.

de éste mientras que no se paguen definitivamente aquellas obligaciones (199). Se observa, pues, que cuando la inscripción registral se deniega definitivamente cambia la naturaleza del patrimonio fundacional, que deja de ser un patrimonio de destino para convertirse en un patrimonio separado del patrimonio del fundador (200).

El último inciso del art. 11 de la Ley de Fundaciones establece dos reglas de responsabilidad: en primer lugar, responderá el patrimonio fundacional de conformidad con las puntualizaciones que inmediatamente haremos; subsidiariamente, responderán los patronos con carácter solidario. La responsabilidad del patrimonio fundacional por las obligaciones contraídas es lógica, pues siendo el fundador quien puso en marcha el procedimiento creador de la Fundación, parece que él o sus herederos deberán correr con las consecuencias derivadas de su inviabilidad como tal persona jurídica hasta el límite de los bienes y derechos que aportaron. La responsabilidad subsidiaria y solidaria de los patronos, aunque se justifica para proteger los intereses de los acreedores del ente, suscita alguna problemática, que se verá.

A) Los distintos actos concluidos por el Patronato y la responsabilidad si la Fundación no accede al Registro

Más arriba se analizaron las actividades que podían y/o debían ser llevadas a cabo por el Patronato de la Fundación, así como la responsabilidad por las obligaciones contraídas en su ejecución si la Fundación alcanzaba personalidad jurídica (201). Dicha distinción no es reproducida por la Ley para el supuesto de que la Fundación no se inscriba, lo cual plantea un problema de interpretación. Es decir, cuando el art. 11 *in fine* establece la responsabilidad del patrimonio fundacional, ¿se refiere a la responsabilidad por las obligaciones derivadas de la ejecución de los actos necesarios para la inscripción o que perjudiquen a la Fundación o a su patrimonio si se demoran?, ¿o, por contra, se refiere a cualesquiera actos que haya podido concluir el Patronato antes de que la inscripción sea definitivamente denegada?

Parece preferible una interpretación sistemática y global del art. 11, poniendo en relación su último inciso con los anteriores, y conclu-

(199) De la misma opinión CAFFARENA, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I, cit., p. 101. Y FERRER I RIBA. *op. cit.*, p. 878.

(200) *Vid., supra*, I.6.A) las consideraciones hechas en torno a los patrimonios separado y de destino, que se deben reproducir aquí.

(201) *Vid., supra*, apartados II.2 y III.2.

yendo que el patrimonio fundacional responderá sólo de las consecuencias derivadas de los actos celebrados por el Patronato que sean de los mencionados en el propio precepto (202). De las obligaciones contraídas por los patronos fuera del ámbito de actuación permitido por el art. 11 de la Ley responderán ellos mismos, exactamente igual que responderían si la Fundación hubiera accedido al Registro (203).

B) Las reglas de responsabilidad contenidas en el art. 11, *in fine*, de la Ley de Fundaciones

a) *El carácter irrelevante de la causa por la que se deniega el acceso al Registro*

El art. 11 de la Ley 30/1994 no distingue el motivo por el que la Fundación no consigue alcanzar personalidad jurídica, aplicando, en consecuencia, el mismo régimen de responsabilidad para todos los casos en los que la Fundación no acceda al Registro. Sin embargo, la práctica puede ofrecer supuestos bien distintos que demandan regímenes diferentes. Principalmente, no es lo mismo que la Fundación no se inscriba porque, con plena consciencia no se inste la inscripción, que porque no pueda ser inscrita. Cuando existe voluntad rebelde a la inscripción el régimen de responsabilidad debería de ser distinto al que procede cuando la inscripción se solicita pero es denegada porque la Fundación constituida no cumple todos y cada uno de los requisitos exigidos por la Ley.

El tema de las que podrían ser llamadas "Fundaciones irregulares" ha sido abordado con anterioridad (204), y la responsabilidad por actos emprendidos por "Fundaciones irregulares" merecería un tratamiento diferenciado, que la Ley de Fundaciones no acomete. El Derecho italiano ordena en estos casos la responsabilidad solidaria de los organizadores y gestores (205). También el Derecho español de sociedades establece un sistema de responsabilidad para las sociedades irregulares distinto del que dispone para las sociedades en for-

(202) *Supra* II.2 se recoge la interpretación que propugnamos en orden al alcance de las actuaciones para las que el Patronato es habilitado por el art. 11 de la Ley de Fundaciones.

(203) *Vid., supra*, apartado III.2.

(204) *Vid., supra*, apartado I.4.

(205) Arts. 40 y 41 del Código civil italiano, que regulan los *comitati*. Ver las notas incluidas, *supra*, apartado I.4, en especial las de GALGANO.

mación (206). Por contra, de acuerdo con el último inciso del art. 11 de la Ley de Fundaciones, sólo existe un régimen aplicable a los entes no inscritos en el Registro de Fundaciones, sin importar cuál sea la causa por la que la inscripción no se ha producido. Realmente, cuando los patronos no promueven la inscripción registral de la Fundación es enteramente lógico que se establezca su responsabilidad solidaria por las obligaciones que contraigan (207). Pero, ¿por qué subsidiaria de la del patrimonio fundacional?

b) La diligencia o negligencia de los patronos

Las reglas de responsabilidad contenidas en el último inciso del art. 11 de la Ley de Fundaciones no toman en consideración la diligencia o negligencia con la que hayan podido obrar los patronos al contraer las respectivas obligaciones. Ciertamente estas situaciones tampoco son valoradas cuando el mismo precepto determina la responsabilidad por obligaciones contraídas en nombre de la Fundación sin personalidad para el caso de que ésta se alcance. Pero también es verdad que en este último supuesto la responsabilidad en que pudieran incurrir los patronos es mancomunada, y no solidaria (208).

De todos modos, la diligencia o negligencia con la que obraron los patronos será tenida en cuenta en el siguiente sentido. Por un lado, si contraerían obligaciones actuando negligentemente y el patrimonio fundacional tuviera que responder de las mismas porque la Fundación no se llegara a inscribir, el fundador o sus herederos (209) podrán dirigirse contra el o los patronos negligentes, reclamándoles responsabilidad. Por otra parte, si, por haberse agotado el patrimonio fundacional, los acreedores se dirigieran contra los patronos, aquel de ellos que obró con diligencia o se opuso a que el Patronato tomara el acuerdo de contraer la obligación que ahora hay que pagar, podrá

(206) *Vid.* art. 16 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, aplicable a las de Responsabilidad Limitada por disposición del art. 11.3 de la Ley 2/1995, reguladora de estas últimas sociedades. *Vid., supra*, apartado I.4, un esbozo de la situación de las sociedades irregulares en el Derecho Mercantil, y abundante bibliografía.

(207) No lo es tanto siempre que la inscripción se deniega, como vemos a continuación.

(208) *Vid., supra*, apartado III.2.A.b).

(209) Que son, en definitiva, los que resultan perjudicados en última instancia por ese actuar culposos, puesto que no revierte a sus patrimonios la dotación entera, sino lo que resulte después de pagar las deudas contraídas.

dirigirse frente a los negligentes en el caso de que, por ser la responsabilidad solidaria, hubiera sido él el condenado a pagar la deuda (210). Todo ello en aplicación de la regla general contenida en el art. 1902 del Código civil (211).

c) La responsabilidad del patrimonio fundacional

Si la Fundación no se inscribe, el *entero patrimonio fundacional* garantiza el pago de las obligaciones contraídas después de perfecto el negocio constitutivo del ente. Es el patrimonio fundacional el que asume dicha responsabilidad, pues así lo dice el art. 11 de la Ley, y no exclusivamente la dotación aportada, que no siempre coincidirá con aquél (212). En efecto, la dotación es el patrimonio que, de acuerdo con lo manifestado en la escritura de constitución, inicialmente se destina al fin de interés general que la Fundación persigue (arts. 8, c) y 10 de la Ley 30/1994); dicho patrimonio se podrá incrementar incluso antes de la inscripción del ente en el Registro (o denegación de acceso al mismo), con donaciones no dotacionales, los frutos o rendimientos de los bienes que constituyen la dotación, etc., constituyendo un patrimonio de destino que será el de la Fundación cuando obtenga personalidad, o volverá a sus titulares iniciales en caso contrario, después de satisfechas las obligaciones contraídas.

d) La responsabilidad subsidiaria y solidaria de los patronos

Si el patrimonio fundacional no es suficiente para sufragar todas las obligaciones contraídas en nombre del ente y pendientes de cumplimiento, responderán solidariamente los patronos con sus patrimonios personales. De este modo, el último inciso del art. 11 de la Ley 30/1994 ordena una responsabilidad subsidiaria de la que el patrimo-

(210) El último inciso del art. 15.2 de la Ley de Fundaciones contiene una regla que, si bien no es aplicable directamente en estos casos ya que se refiere a los supuestos de responsabilidad de los patronos frente a la Fundación dotada de personalidad jurídica, sí merece ser tenido en cuenta el principio que la inspira. Dice: "Quedarán exentos de responsabilidad quienes se opusieron expresamente al acuerdo determinante de la misma o no hubiesen participado en su adopción".

(211) "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

(212) *Vid., supra*, apartado I.6.A).

nio fundacional asume, y solidaria respecto de los miembros que integran el Patronato de la Fundación que ya no obtendrá personalidad.

Sin duda, la solidaridad se establece en beneficio de los acreedores del ente no inscrito, lo cual, en principio, es correcto. Sin embargo, la regla que comentamos protege mejor los intereses de los acreedores si la Fundación no se inscribe que si accede al Registro. En este último caso, sólo el patrimonio fundacional responde de las obligaciones contraídas; si la inscripción no se produce, la responsabilidad recae sobre el mismo patrimonio, y, además —y con carácter solidario—, sobre los patrimonios personales de los patronos. Como dice FERRER I RIBA, ello se justifica “como una forma de suplir, en garantía de los terceros acreedores, la falta de publicidad registral” (213) y de personalidad jurídica del ente (214); al igual que sucede en el ámbito de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, añado yo (215). Pero, como pone de relieve DE PRADA, “sorprende que la responsabilidad, en caso de no inscribirse, alcance a los patronos y con carácter solidario, mientras que no se extiende al fundador que es, en principio, quien tiene la iniciativa en la constitución” (216); máxime, cuando el cargo de patrono es necesariamente gratuito (art. 13.4 de la Ley) (217).

(213) *Op. cit.*, p. 878.

(214) Así, CAFFARENA, *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, t. I, cit., p. 101.

(215) *Vid.*, *supra*, apartado I.2.D).

(216) Dentro del libro colectivo *En torno a la Ley 30/1994 de Fundaciones y de incentivos fiscales*, *op. cit.*, p. 28.

(217) *Vid.* las consideraciones que se hacen, *supra*, apartado II.1.A.b) en torno a la calificación jurídica que merece el cargo de patrono.

