

# EL RÉGIMEN DEL PATRIMONIO FUNDACIONAL

Carlos Vattier Fuenzalida

Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Burgos

## 1. Evolución y panorama legislativo

El régimen del patrimonio fundacional presenta un singular interés desde puntos de vista diferentes. En primer lugar, es bien sabido que el patrimonio de la fundación no sólo es un presupuesto de su existencia, sino que, como se ha señalado hace tiempo, es un elemento fundamental para la subsistencia de la misma<sup>1</sup>. Se ha dicho, asimismo, en términos realistas que el patrimonio de la fundación, como el de toda persona jurídica, es tanto la base económica que le permite alcanzar sus fines como el sustrato de garantía y responsabilidad ante los terceros<sup>2</sup>. Es el patrimonio, en suma, el que confiere unidad e independencia a la fundación en el tráfico jurídico.

En segundo lugar, este régimen representa el mejor *test*<sup>3</sup> para verificar en las diversas fases de su evolución el ámbito de autonomía patrimonial reconocido a la fundación y, correlativamente, el grado de su dependen-

<sup>1</sup> Se trata de la conocida advertencia de U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969, p. 39.

<sup>2</sup> Aludimos a la concepción defendida por J. A. DORAL y D. MARTÍN, *La persona jurídica hoy*, RGLJ, 1984, p. 287-288.

<sup>3</sup> O barómetro, como dice P. COBO GÁLVEZ, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid, 1995, p. 162.

cia respecto de la Administración, lo mismo estatal que autonómicas. En otras palabras, el régimen del patrimonio es un fiel reflejo del concepto legal de fundación y de la filosofía más o menos liberal o intervencionista que inspira las distintas normativas que han regulado y regulan hoy la materia.

En fin, es conocido también que el régimen jurídico del patrimonio fundacional comprende dos aspectos que, aun cuando están en estrecha relación, en el plano analítico se deben distinguir. El primer aspecto es la composición del patrimonio, esto es, los bienes y derechos, así como las obligaciones, que pueden formar parte del mismo, mientras que el segundo aspecto se refiere a la gestión del patrimonio y, en concreto, a los diferentes medios de control de las principales alteraciones patrimoniales que pueden resultar tanto por los actos de disposición acordados por el Patronato como por la adquisición de liberalidades establecidas a favor de la fundación.

Estos dos aspectos presentan una gran variedad de regulaciones a lo largo de un siglo de legislación estatal y de un decenio largo de legislación autonómica. Recordemos que el Real Decreto de 14 de marzo de 1899, sobre las fundaciones de beneficencia, como consecuencia de la Ley de 1 de mayo de 1855, de desamortización general, permitió que mantuvieran la posesión de los bienes que entonces les pertenecían (art. 7), obligándolas a convertir su capital permanente en inscripciones intransferibles de la renta perpetua interior (art. 8) –las famosas láminas de la Deuda Pública– al tiempo que la Instrucción de igual fecha exigía autorización previa del Protectorado para la venta de inmuebles no amortizados (art.7.4), y para los arrendamientos (art. 8.7), entre muchos otros actos, venta que debía verificarse en la mayoría de los casos en subasta pública notarial<sup>4</sup>.

Un importante paso hacia cierta autonomía dió el Reglamento de fundaciones culturales aprobado por el Decreto 2930/1972, de 21 de julio, al admitir que tales fundaciones podían, no sólo poseer toda clase de bienes (art. 25), sino ejercer actividades económicas (art. 28) y operar libremente en Bolsa (art. 30), dentro de ciertos límites, si bien requerían autorización previa del Protectorado para enajenar inmuebles y establecimientos industriales y mercantiles (art. 29), así como para aceptar herencias sin beneficio de inventario o donaciones y legados con carga (art. 27), mientras que podían enajenar los demás bienes de su patrimonio dando cuenta al Protectorado y sin la oposición del mismo dentro de tres meses (art. 31).

---

<sup>4</sup> Como lo recuerda oportunamente T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *El patrimonio de las fundaciones: su enajenación y gravamen. Comentario al artículo 19 de la Ley de Fundaciones de 24 de noviembre de 1994*, RGD. 619, 1996, p. 3310.

A la vista de este régimen, el Profesor A. Luna Serrano ha dicho, con razón, que la anterior prepotencia del Estado cambia ahora por una gran libertad para la inversión de la dotación en cualquier clase de bienes, lo que permitió a las fundaciones adquirir valores mobiliarios y acceder al accionariado de entidades financieras e industriales<sup>5</sup>. Lo que es cierto en lo que concierne al primer aspecto, a la composición del patrimonio fundacional, pero no lo es tanto en lo que atañe al segundo, pues la gestión del patrimonio sigue sometida a una pesada intervención administrativa. Hay aquí, pues, una inexplicable contradicción entre ambos aspectos que ha perdurado en buena medida hasta nuestros días.

En efecto, tras el silencio del Anteproyecto de 1981 sobre este punto<sup>6</sup>, la vigente Ley 30/1994, de 24 de noviembre (LF), desarrollada por el Reglamento aprobado por Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero (RF), sobre las fundaciones de competencia estatal, ha mantenido y acentuado el intervencionismo de la Administración en la gestión del patrimonio que, como dejó escrito L. Rojo Ajuria –que es siempre grato recordar– es absolutamente desmesurado y, sobre todo, carente de lógica y justificación, además de ser técnicamente incorrecto por no establecer una sanción clara para las enajenaciones efectuadas sin la debida autorización del Protectorado<sup>7</sup>. En cambio, una intervención algo atenuada se aprecia en el borrador de Anteproyecto de reforma elaborado por la Administración central y presentado en el Colegio de Registradores de España el pasado mes de abril de 2001, que debemos tener en cuenta en el presente estudio.

Sin embargo, esta intervención excesiva no se ha superado del todo en la legislación autonómica, pues, no sólo la refuerza con una mayor discrecionalidad del Protectorado y con importantes limitaciones impuestas al Patronato, sino que, en algún caso, la ha hecho aún más agobiante y pesada. Destaca la notable excepción del País Vasco y las pocas Comunidades que han seguido su ejemplo, donde se ha sustituido el control preventivo por la comunicación posterior, tendencia a la que no parece ser ajeno el citado Anteproyecto.

En efecto, varias leyes autonómicas reducen los actos sometidos a la autorización previa del Protectorado, pero obligan a la reinversión del precio obtenido por los actos de enajenación. Es el caso de la Ley cata-

---

<sup>5</sup> En este sentido, *vid su Presentación del Seminario*, El Régimen Jurídico de las Fundaciones. Actas del Seminario Ítalo-Español (Barcelona, 19-21 de octubre de 1995, ed. al cuidado de A. Luna Serrano, Barcelona, 1997, p. 19.

<sup>6</sup> Que se ha criticado con acierto por M. T. CARRANCHO HERRERO, *El problema del ejercicio de actividades económicas por las fundaciones*, RDP, 1991, p. 106.

<sup>7</sup> *Vid. su trabajo Patrimonio y gestión económica de la fundación*, El Régimen Jurídico de las Fundaciones, cit., p.107 y ss.

lana 1/1982, de 3 de marzo, según la cual los bienes de la dotación destinados permanentemente al cumplimiento directo de los fines deben enajenarse a título oneroso en las condiciones establecidas por el fundador, salvo que el Protectorado disponga otra forma, mientras que el resto de los bienes dotacionales pueden enajenarse libremente, pero el precio debe reinvertirse en bienes fructíferos, que quedan subrogados en lugar de los enajenados. La autorización previa se requiere para gravar o consumir bienes dotacionales, eximir de la reinversión o invertir en empresas mercantiles que atribuyan a la fundación la cualidad de comerciante (art. 4)<sup>8</sup>.

Esta Ley catalana se ha derogado por la reciente Ley 5/2001, de 3 de mayo, que, aún cuando introduce importantes modificaciones, mantiene en lo esencial el régimen anterior, en el punto que nos ocupa. En efecto, reduce los supuestos sujetos a la autorización previa del Protectorado a la renuncia a los legados, herencias y donaciones no onerosas (art. 37.2) y a la adquisición onerosa de participaciones mayoritarias en sociedades no formalistas (art. 39.4). En consecuencia, todos los bienes y derechos de la fundación se pueden enajenar y gravar libremente, a título oneroso, en las condiciones establecidas en los Estatutos (art. 39.1) y con la obligación de reinvertir el precio obtenido o bien en la adquisición de otros bienes que se subrogan a los enajenados, o bien en la mejora de los demás bienes pertenecientes a la fundación (art. 39.2), obligación que sin embargo, es dispensable por el Protectorado antes de la presentación de las cuentas anuales (art. 39.3). Este mismo régimen se aplica, además, a los fondos especiales destinados al cumplimiento de determinadas finalidades coincidentes con los fines de la fundación (art. 39.1), los cuales dan lugar, por tanto, a masas patrimoniales separadas e independientes dentro del patrimonio de la fundación.

Semejante es la Ley gallega 7/1983, de 22 de junio, reformada por la Ley 11/1991, de 8 de noviembre, pues la enajenación de los inmuebles destinados al cumplimiento directo de los fines se somete al mismo régimen, pero la de los demás bienes dotacionales, cuyo precio se debe reinvertir en otros de la misma naturaleza, requiere comunicación al Protectorado y no oposición de éste en el plazo de tres meses. La autorización previa se exige aquí para gravar o consumir bienes dotacionales (art. 20)<sup>9</sup>. En fin, en Navarra la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio,

<sup>8</sup> Vid. L. PUIG FERRIOL, *El patrimonio fundacional en la Ley de fundaciones catalanas*, ADC, 1983, p. 1641 y ss; también C. MALUQUER DE MOTES BERNET, *Notas para una aproximación a la Ley estatal de fundaciones desde Cataluña*, *El Régimen Jurídico de las Fundaciones*, cit., p. 177 y ss.

<sup>9</sup> Vid. A. L. REBOLLEDO VARELA, *La legislación de la comunidad autónoma de Galicia en materia de fundaciones*, *El Régimen Jurídico de las Fundaciones*, cit., p. 185 y ss.

reguladora del régimen tributario de las fundaciones, sólo exige autorización previa para reducir el porcentaje de ingresos destinado a la realización de los fines al objeto de incrementar la dotación fundacional (art. 8.5)<sup>10</sup>.

Por otra parte, la innovadora Ley vasca 12/1994, de 17 de junio, suprime la autorización administrativa previa y establece que los principales actos de enajenación y gravamen deben comunicarse de inmediato al Protectorado, lo mismo que los arbitrajes y las transacciones (art. 22), mientras que la aceptación o el repudio de herencias, legados o donaciones debe ponerse en conocimiento del Protectorado, que podrá ejercer judicialmente las oportunas acciones de responsabilidad contra los patronos (art. 21)<sup>11</sup>. Parecido es el sistema adoptado por la Ley de la Comunidad de Madrid 1/1998, de 2 de marzo, ya que los actos de enajenación y gravamen deben comunicarse al Protectorado en el plazo de un mes a contar desde su formalización y están sujetos a la misma responsabilidad de los patronos (art. 16), mientras que la autorización previa se requiere solamente para los actos relativos a las liberalidades (art. 17). Asimismo, la nueva Ley canaria 2/1998, de 6 de abril, que deroga la anterior Ley 1/1990, de 29 de enero<sup>12</sup>, establece un régimen semejante tanto para los actos de enajenación y gravamen, que deben comunicarse al Protectorado con un mes de antelación (art. 13), como para la aceptación o el repudio de herencias, legados y donaciones (art. 14).

Finalmente, se aparta notablemente de esta orientación la regresiva Ley valenciana 8/1998, de 9 de diciembre, que exige autorización del Protectorado para los actos de disposición y de administración, incluido el arrendamiento, previa justificación de la necesidad o conveniencia del acto, que no puede perjudicar a la fundación, con la salvedad de ciertas excepciones, así como también para los relativos a las liberalidades y los contratos celebrados por los patronos o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad con la fundación, lo mismo que los celebrados con sociedades participadas mayoritariamente por dichas personas; se debe dar cuenta inmediata, además, de los mencionados actos, siempre que superen el 10 por 100 del activo según el último balance anual (art. 22).

<sup>10</sup> En Navarra, las fundaciones se rigen por las leyes 42 y 44 y ss de su Compilación y otras normas administrativas; *vid.* al respecto E. RUBIO TORRANO, *Las fundaciones en derecho navarro*, El Régimen Jurídico de las Fundaciones, cit., p. 197 y ss.

<sup>11</sup> *Vid.*, J. M. FINEZ RATÓN, *Panorámica de la Ley de fundaciones del País Vasco*, El Régimen Jurídico de las Fundaciones, cit., p. 211 y ss. Esta Ley ha suscitado la aprobación generalizada de la doctrina; *vid.*, por ejemplo, T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *op. cit.*, p. 3319, con referencias.

<sup>12</sup> Para esta Ley, *vid.* F. J. DÍAZ BRITO, *El desarrollo del artículo 34 de la Constitución por la Ley de Fundaciones Canarias*, DP y C, 8, 1996, p. 119 y ss.

En conclusión, este complejo y heterogéneo panorama nos muestra que no hay en España una única forma de articular el régimen jurídico del patrimonio fundacional y que todas las que existen hoy son compatibles con el marco constitucional, ya que no se ha impugnado en los distintos recursos de inconstitucionalidad. En lo que concierne a la gestión del patrimonio, el sistema actual no se aparta demasiado del anterior a la Constitución, en el que acaso se pueden distinguir dos modelos, uno que pone el acento en el control externo de la Administración y otro que confía más en el autocontrol ejercido por el Patronato.

El primer modelo descansa principalmente en la intervención del Protectorado, que puede ser preventiva, cuando se exige la autorización previa, o bien posterior, en aquellos casos en que basta la comunicación antes o después de la realización del acto de disposición. Este modelo está presente en la LF, en la que coexisten las dos técnicas de intervención administrativa, y en mayor o menor medida en todas las leyes autonómicas, con la excepción de Navarra. El segundo modelo se basa en técnicas propias del Derecho privado y consiste en la obligación impuesta al Patronato de reinvertir el precio de los actos de enajenación, al tiempo que subraya la posible responsabilidad civil de los patronos. Aunque este modelo no se da en estado puro en ninguna ley de fundaciones, rige solamente en Cataluña, Galicia y Navarra<sup>13</sup> respecto de los bienes dotacionales, pero no para los demás bienes que integran el patrimonio de la fundación. Sin embargo, este modelo es el único que concuerda, en rigor, con la capacidad general y la autonomía patrimonial que el Código civil reconoce a las fundaciones por ser una persona jurídica (art. 38-I), y es el único que permite equiparar estas entidades a los demás sujetos con plena capacidad de obrar. Si es necesario controlar la gestión patrimonial de las fundaciones, hay una amplia panoplia de otros medios, que abarca desde las memorias o los presupuestos, hasta la contabilidad, las auditorías externas o la rendición de cuentas, pasando por la publicidad registral obligatoria de las alteraciones patrimoniales jurídica y económicamente importantes.

En fin, dada esta gran diversidad legislativa, se comprende bien que a continuación nos refiramos solamente el Derecho estatal en vigor, sin olvidar el antes mencionado Anteproyecto. Tras las principales características del patrimonio fundacional, veremos la composición del patrimonio y el embargo de bienes, el régimen de los actos de disposición y la disciplina aplicable a las liberalidades.

---

<sup>13</sup> Y anteriormente en la derogada Ley canaria 1/1990 (art. 14).

## 2. Algunas características del patrimonio fundacional

Sabemos que el patrimonio es un elemento esencial de la fundación y que desempeña, como observa L. Puig Ferriol, las mismas funciones que corresponden al patrimonio de las personas físicas<sup>14</sup>. Se trata, pues, del conjunto de relaciones jurídicas valorables en dinero, que confieren a la fundación un determinado ámbito de autonomía y de responsabilidad. Además, las principales características del patrimonio de la fundación son las siguientes: 1) está destinado al cumplimiento de sus fines, 2) debe existir al momento de constituirse la fundación, 3) es irreversible, 4) es unitario y 5) comprende todos los bienes y derechos de naturaleza patrimonial que pertenecen a la fundación. Veamos brevemente las características apuntadas.

En efecto, el patrimonio de la fundación, una vez constituida, es un patrimonio separado y propio de la misma que ha sido destinado, adscrito o afectado por el fundador para el cumplimiento de sus fines. Tan esencial es este vínculo de destinación, que aparece en la definición de fundación que nos ofrece la LF, según la cual es una organización sin ánimo de lucro que tiene afectado su patrimonio de modo duradero a la realización de fines de interés general (art. 1.1)<sup>15</sup>. Este vínculo es de naturaleza real y, por eso, se proyecta a las rentas o ingresos netos del patrimonio, que deben ser aplicados al cumplimiento de los fines, al menos, en un 70 por 100, mientras que el resto, deducidos impuestos y gastos, debe destinarse a incrementar la dotación fundacional (art. 25.1 LF). Pero no hay obligación de reinvertir los productos de los bienes enajenados en otros bienes de la misma procedencia.

Asimismo, tal vínculo obliga al Patronato, no sólo a cumplir los fines, sino a administrar el patrimonio para mantener su pleno rendimiento y utilidad (art. 12.2 LF). Según la LF, esta vinculación no amortiza el patrimonio de la fundación, ni comporta una prohibición de disponer, puesto que los actos de disposición pueden ser acordados por

---

<sup>14</sup> Subraya este aspecto el mencionado autor, *op. cit.*, p. 1642; en este sentido, afirmaba F. DE CASTRO, *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, p. 59 y ss, que el patrimonio de las personas jurídicas es también un patrimonio personal.

<sup>15</sup> Para este punto nos remitimos a nuestro trabajo *Concepto, constitución y dotación de la fundación*, *El Régimen Jurídico de las Fundaciones*, cit., p. 69 y ss. C. MALUQUER DE MOTES BERNET, *op. cit.*, p. 182, critica tal definición porque, al resaltar la organización como elemento básico de la fundación, desnaturaliza el concepto tradicional según el cual se trata de la adscripción de un patrimonio a una finalidad de interés general, patrimonio que es personalizado por la norma (p. 177). Pero la norma no puede transmutar un objeto (el patrimonio) en un sujeto (la fundación) sin la mediación de las personas físicas que integran la organización, la cual adscribe la fundación, por otra parte, al genus de las personas jurídicas. Por estas dos razones, la definición legal es, a nuestro juicio, correcta.

el Patronato «en la forma establecida en los Estatutos» (art. 17.2). En cambio, a juicio de M. A. Nieto Alonso, sería válida y vincula al Patronato una prohibición expresa de disponer establecida en los mismos, incluso con carácter perpetuo<sup>16</sup>, lo que se puede admitir, salvo esto último, pues choca con la no derogada Ley desamortizadora de 1855, siempre que la prohibición contribuya al cumplimiento de los fines de interés general y su duración se limite a la existencia de la fundación, dada la necesaria temporalidad impuesta por el art. 785.2º del Código civil. Esta prohibición, así concebida, puede acceder al Registro de la Propiedad, de acuerdo con el art. 26.3º de la Ley Hipotecaria.

Por otra parte, el patrimonio debe existir al momento de constituirse la fundación, pues, en dicho momento consiste en la dotación inicial, que debe estar desembolsada, al menos, en una cuarta parte y a la que se pueden asimilar, en ese momento o bien en un momento posterior, otros bienes y derechos afectados por el fundador o el Patronato con carácter permanente a los bienes *-rectius-* fines- de la fundación (art. 10.2-II LF). Por eso, la dotación, que equivale aquí al patrimonio inicial de la fundación, es un elemento esencial del acto constitutivo de la fundación, en el que debe mencionarse su consistencia, valoración y forma y realidad de su aportación (art. 8.c LF). De aquí que la vieja tesis alemana, que divulgó M. M. Traviesas entre nosotros<sup>17</sup>, según la cual el patrimonio era un elemento secundario que podía completarse después de la constitución, no pueda tener cabida en nuestra LF; pero no ha pasado a la historia, como se ha afirmado<sup>18</sup>, pues, con ser esencial, su aportación puede quedar postergada en las hipótesis de dotación sucesiva y de dotación diferida (art. 10.2 y 4 LF).

Además, el patrimonio de la fundación es irreversible puesto que la voluntad del fundador no puede establecer que, una vez extinguida, el remanente del patrimonio vuelva a su poder o pase a sus herederos o a las personas designadas por él. Y ello es así, a pesar de que se ha sostenido lo contrario recientemente<sup>19</sup>, porque el destino de los bienes y derechos resultantes de la liquidación está predeterminado por la LF (art. 31.2 y 3). Aunque el Anteproyecto no pretende, de momento, cambiar este rígido criterio legal, hay que reconocer que es francamente dudoso, ya que puede desaminar a los particulares a constituir fundaciones,

---

<sup>16</sup> Vid. su importante monografía *Fundaciones: su capacidad. Especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales*, La Coruña, 1996, p. 105 y ss.

<sup>17</sup> En su clásico artículo *La persona jurídica*, RDP, 1921, p. 203.

<sup>18</sup> En este sentido, P. COBO GÁLVEZ, *op. cit.*, p. 151.

<sup>19</sup> Vid. el discutible estudio de J. J. ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, *La admisibilidad de la cláusula de reversión en las fundaciones*, La Ley, 5252, 2001, p. 1 y ss.

como en el caso extremo –verdaderamente dickensiano– del hijo pobre que pide limosna a la puerta del hospital fundado por su padre.

Como hemos puesto de relieve en otro lugar<sup>20</sup>, para paliar este inconveniente el fundador podría fijar una pensión de alimentos con cargo al patrimonio de la fundación a favor de las personas que acrediten estar en una situación de necesidad, o bien conferirles un retractor convencional en caso de enajenación de bienes, acaso dotacionales, por parte de la fundación. Si estas estipulaciones son expresas, vinculan al Patronato, según vimos, que debe hacerlas efectivas mientras la fundación subsista, salvo disposición contraria del fundador.

Por su parte, casi por mimetismo con las antiguas fundaciones benéficas, suele afirmarse<sup>21</sup> que los bienes de la dotación, y los asimilados a la misma, constituyen una masa diferenciada dentro del patrimonio de la fundación. Es cierto que tales bienes están sujetos a un régimen especial de disposición (art. 19 LF) y sabemos que se incrementan con los ingresos no gastados en el cumplimiento de los fines; pero, en el sistema de la LF, no constituyen un patrimonio separado, puesto que no opera aquí nada semejante a la subrogación real, ni existe obligación de reinvertir, como en Cataluña o en Galicia. Es cierto también que en caso de enajenación, según el RF, el valor de la contraprestación debe integrarse en la dotación fundacional (art. 3.5). Pero esta norma reglamentaria, que es extraña al sistema legal, no sólo es de legalidad dudosa sino de clara inconstitucionalidad, ya que vulnera la reserva de ley que, de acuerdo con la Constitución, debe regular el derecho de fundación (art. 53.1 CE); además, carece del rango normativo suficiente para producir el efecto patrimonial que propicia, es decir, la subrogación real del precio obtenido por la enajenación.

Por el contrario, se ha observado que no cabe en la LF esta diferenciación ya que todos los bienes de la fundación, pertenezcan a la dotación o al resto de su patrimonio, están destinados al cumplimiento de los fines<sup>22</sup>. En esta línea, advierte P. de Pablo Contreras, con toda razón, que no hay aquí bienes inalienables, puesto que todos los de la fundación pueden enajenarse con arreglo a los requisitos exigidos en cada caso por la LF<sup>23</sup>. Con todo, los bienes dotacionales, los bienes asimila-

<sup>20</sup> Vid. nuestro *Prólogo* a la obra de M. T. CARRANCHO HERRERO, *La constitución de fundaciones*, Barcelona, 1997, p. 15.

<sup>21</sup> Así, por ejemplo, T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *op. cit.*, p. 3315; asimismo, A. REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, *La nueva Ley de Fundaciones*, Madrid, 1994, p. 35, y J. GARCÍA-ANDRADE, *La Fundación: un estudio jurídico*, Madrid, 1997, p. 133.

<sup>22</sup> Lo recalca J. A. DEL CAMPO ARBULO, *La Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/1994, de fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General*, Madrid, 1996, p. 218.

<sup>23</sup> Vid. su meditada aportación al *Curso de Derecho Civil*, I, de C. MARTÍNEZ DE

dos y los incrementos de los mismos mantienen su identidad mientras no sean enajenados, de modo que conservan una individualidad puramente contable dentro del patrimonio fundacional<sup>24</sup>.

### 3. Composición del patrimonio y embargo de bienes

De acuerdo con la LF, el patrimonio de la fundación «puede estar constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica» (art. 17.1) y su titularidad debe figurar a favor de la fundación, constar en el inventario, e inscribirse de forma obligatoria en el Registro de Fundaciones y en los Registros que correspondan, según la naturaleza de los mismos (art. 18). Lo que se mantiene en parecidos términos por el Anteproyecto (arts. 18.1 y 19.3).

Ante todo, observemos que esta norma permite a las fundaciones ostentar la titularidad de cualquier clase de bienes, lo que está en concordancia con su capacidad general (art. 38-I CC), reitera el Reglamento sobre fundaciones culturales (art. 25) y deroga la vieja prohibición de poseer inmuebles, censos y foros impuesta a la fundaciones benéficas, en cuanto «manos muertas», por la Ley desamortizadora de 1855.

Asimismo, hay que tener en cuenta que la mención expresa de los «bienes y derechos» que pertenezcan a la fundación es una fórmula habitual para aludir al patrimonio en nuestro Derecho, como se advierte, por ejemplo, en el art. 1911 del Código civil. Por eso, parece exagerado pensar, como se ha estimado en relación con la Ley catalana, que la mención de los bienes denota una consideración económica del patrimonio<sup>25</sup>, pues es claro que se alude así al derecho de propiedad, o a cualquier otro derecho o titularidad, sobre las cosas muebles e inmuebles, sobre los bienes de naturaleza inmaterial, o sobre conjuntos complejos de bienes, tales como los establecimientos mercantiles e industriales o la explotación agrícola. Prueba de ello es que la fundación puede ser titular de acciones o participaciones en las sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente por las deudas sociales (art. 22.1 LF), tales como la sociedad anónima y la de responsabilidad limitada, salvo la unipersonalidad sobrevenida y no inscrita en el Registro Mercantil (art. 129 LSR); incluso cabe que esta participación sea mayoritaria, en cuyo caso la fundación debe dar cuenta al Protectorado (art. 22.3 LF), y

---

AGUIRRE ALDAZ, P. DE PABLO CONTRERAS, M. A. PÉREZ ÁLVAREZ y M. A. PARRA LUCÁN, Madrid, 1998, p. 503.

<sup>24</sup> En parecidos términos, *vid.* J. DELGADO ECHEVERRÍA, en *Elementos de Derecho Civil*, I-2, de J. L. LACRUZ BERDEJO *et al.*, Madrid, 1998, p. 307.

<sup>25</sup> Pone de relieve esta consideración L. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, p. 1647.

en el caso de que formen parte de la dotación participaciones en sociedades personalistas, la fundación debe procurar su transformación en sociedades de tipo capitalista (art. 22.2 LF).

En suma, el patrimonio de la fundación se compone de todos los derechos reales y de crédito que correspondan a la misma, incluido el derecho hereditario<sup>26</sup>, los cuales se rigen por las reglas generales del Derecho común.

Sin embargo, algunos de estos derechos presentan ciertas particularidades que conviene recordar. Como ha puesto de relieve M. A. Nieto Alonso, el derecho de usufructo constituido a favor de una fundación no puede durar más de treinta años (art. 515 CC) y tampoco puede sobrepasar esta duración el usufructo sucesivo (arts. 521 y 787 CC), a no ser que opere antes el límite del segundo grado establecido por el art. 781 del Código civil, lo mismo que ocurre con la donación de la nuda propiedad o del usufructo a favor de una fundación (art. 640 CC), o con la donación con cláusula de reversión a favor del donante (art. 641 CC). Aunque se ha discutido, parece que las fundaciones también pueden ser titulares de los derechos de uso, habitación, servidumbres personales y de la posesión, incluso como situación de hecho<sup>27</sup>.

Por otro lado, aunque el arrendamiento de fincas urbanas por una fundación debe calificarse normalmente como arrendamiento para uso distinto del de vivienda (art. 3.2 LAU), cabe que pueda ser también un arrendamiento de vivienda cuando su único fin sea la protección de menores o la colaboración en los procesos de adopción; en ambos casos, a nuestro juicio, el contrato se debe regir por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos. En cambio, es claro que las fundaciones no pueden ser arrendatarias rústicas por carecer de la condición de profesional de la agricultura (art. 15 LAR), ni ser titulares de explotaciones prioritarias de carácter asociativo (art. 6 LMEA).

En particular, es discutible si subsiste o no el especial derecho de retracto conferido a los arrendatarios de inmuebles pertenecientes a fundaciones por el Real Decreto-Ley de 28 de mayo de 1928, que la LF no ha derogado expresamente (Disp.der.única). Se ha sostenido que el mencionado derecho está en vigor<sup>28</sup>, siguiendo el criterio que impera en la jurisprudencia, por ejemplo la STS (3<sup>a</sup>) de 7 de octubre de 1994, últimamente. No obstante, es más segura la opinión contraria y entender que tal derecho ha sido derogado tácitamente tanto por la LF (Disp.der.única, pár. final) como por las referidas leyes arrendaticias (Disp.final LAR y

<sup>26</sup> Como señala T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *op. cit.*, p. 3316.

<sup>27</sup> *Id.* para esto y lo que sigue M. A. NIETO ALONSO, *op. cit.*, p. 93 y ss y 119 y ss.

<sup>28</sup> Así opinan, entre otros, M. A. NIETO ALONSO, *op. cit.*, p. 120, y J. J. MARÍN LÓPEZ, *Prólogo*, Legislación sobre Fundaciones, Madrid, 1998, p. 45.

Disp.der.única LAU), que derogan cuantas disposiciones de opongan a las mismas.

Además, la fórmula del art. 17.1 LR, pese a su tenor literal, no se refiere sólo al activo patrimonial<sup>29</sup>, ya que las deudas están implícitas en el lado pasivo de los derechos que pueden corresponder a la fundación. Buena muestra de ello es que el Anteproyecto hace mención expresa de las obligaciones como elemento integrante de su patrimonio (art. 17.1).

Una consecuencia importante que se deriva de esto es que la responsabilidad patrimonial de la fundación se rige por las reglas generales. Sin embargo, sobre este punto la doctrina está dividida, ya que la LF no ha derogado expresamente los antiguos privilegios procesales de las fundaciones, como la virtual inembargabilidad de los bienes pertenecientes a las fundaciones benéficas (art. 10 RD de 1899) y el especial procedimiento de apremio contra las fundaciones culturales (art. 49 D 2930/1972). Aunque M. A. Nieto Alonso sostiene que no cabe el embargo<sup>30</sup>, T. Marín García de Leonardo demuestra que se trata más bien de un procedimiento de apremio especial en el que debe intervenir el Protectorado para la ejecución de la respectiva sentencia<sup>31</sup>. Ambas autoras entienden que este régimen especial no se ha derogado por la LF, lo mismo que un sector de la doctrina especializada<sup>32</sup>, mientras que otro sector estima, en cambio, que se ha derogado de forma tácita<sup>33</sup>.

A nuestro juicio, está mejor fundada esta última postura, pues concuerda además, como ha puesto de relieve J. J. Marín López, con la doctrina de la STC 113/1989, de 22 de junio, que proclama la inconstitucionalidad de las declaraciones legales que impiden el embargo forma genérica e incondicionada, las cuales protegen la existencia y dignidad humanas, y no resultan fácilmente trasladables, por ello, a las personas jurídicas<sup>34</sup>. Corrobora esta postura la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, que ha derogado cuantas normas se opongan o sean incompatibles con la misma (Disp.der.única. 3).

Por último, los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación deben ser susceptibles de valoración económica. Algunos co-

<sup>29</sup> Como entiende J. GARCÍA-ANDRADE, *op. cit.*, p. 136.

<sup>30</sup> Lo resalta en su *op. cit.*, p. 104.

<sup>31</sup> Como explica en su *op. cit.*, p. 3326.

<sup>32</sup> Opinan en este sentido, entre otros, A. REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, *op. cit.*, p. 46 y ss, y R. HUERTA HUERTA y C. HUERTA IZAR DE LA FUENTE, *Fundaciones. Régimen civil, administrativo y fiscal*, I, Barcelona, 1998, p. 593.

<sup>33</sup> Mantienen esta opinión J. A. DEL CAMPO ARBULO, *op.cit.*, p. 216, y J. GARCÍA-ANDRADE, *op. cit.*, p. 140.

<sup>34</sup> *Vid.* su denso y documentado *Prólogo*, *cit.*, p. 36 y ss, con referencias a la jurisprudencia.

mentaristas han relacionado este requisito con las aportaciones no dinerarias a la sociedad anónima (art. 36 LSA) y dan a entender que no se puede aportar a la fundación prestaciones de trabajo o de servicios<sup>35</sup>. No obstante, aunque la LF no contempla este supuesto de forma expresa, tales aportaciones pueden tener cabida en el caso de la dotación diferida hecha por terceros, siempre que estén suficientemente garantizadas (art. 10.4). Además, es indudable que la fundación ya constituida, igual que la sociedad, puede ser acreedora de tales prestaciones laborales o profesionales.

Por el contrario, la valoración económica no tiene aquí otro papel que el de distinguir las relaciones patrimoniales y las extrapatrimoniales, y adscribir sólo las primeras al patrimonio fundacional, dejando las últimas fuera del mismo, aunque pertenezcan a la fundación, como ocurre con las personas físicas y las demás personas jurídicas. Es el caso, por ejemplo, del discutido derecho al honor, entendido más bien como fama o reputación, que la jurisprudencia, tras algunas vacilaciones, ha reconocido a las personas jurídicas en sentencias tales como las STC 139/1995, de 26 de septiembre, y las STS de 20 de marzo y de 9 de octubre de 1997, entre muchas otras.

#### 4. Régimen de los actos de disposición

Hemos visto que la LF consagra el modelo del control administrativo de los actos de disposición, que se articula mediante dos técnicas diferentes, la autorización previa del Protectorado (art. 19.1) y la dación de cuenta o comunicación al mismo (art. 19.2), a las que se une la publicidad obligatoria en el Registro de Fundaciones (art. 19.4). Modelo que se ha desarrollado y matizado en algún extremo por el RF (arts. 4 a 9), que regula sin amparo legal y con dudoso acierto la sanción civil por la omisión de la mencionada autorización previa. (art. 10). Este régimen, en fin, debe interpretarse con carácter restrictivo por ser excepcional.

En efecto, los actos de disposición de mayor trascendencia jurídica y económica están sujetos al control «fuerte» de la autorización administrativa previa, puesto que pueden comprometer la subsistencia de la fundación. No se trata tanto de que el Protectorado autorice positivamente el acto respectivo, sino de que no muestre su oposición o disconformidad<sup>36</sup>, señalándose, con razón, que esta autorización es a la vez de legalidad y de

<sup>35</sup> Lo recalcan, por ejemplo, P. COBO GÁLVEZ, *op. cit.*, p. 156, y R. HUERTA HUERTA y C. HUERTA IZAR DE LA FUENTE, *op. cit.*, p. 571.

<sup>36</sup> Como indica A. SÁENZ DE MIERA, *Las bases legales de las Fundaciones y su situación en España*, Rev. Situación, 4, 1989, p. 60.

oportunidad negativa, de modo que el Protectorado sólo debe oponerse a las decisiones del Patronato que estime inoportunas<sup>37</sup>. En este sentido, debe destacarse que el Anteproyecto, influido acaso por la Ley valenciana, es aún más restrictivo al establecer que la autorización sólo «podrá concederse si existe causa justa debidamente acreditada» (art. 19.1).

Por su parte, el RF exige que la solicitud del Patronato se acompañe de una memoria en la que figuren, entre otros extremos, la razones que justifican el acto proyectado, el destino del precio y la valoración de los bienes y derechos con arreglo a criterios de mercado (art. 4.2). Aunque se ha criticado que no se fijen aquí criterios para la actuación del Protectorado<sup>38</sup>, no hay que olvidar que cabe la autorización tácita por silencio del Protectorado al cabo de tres meses (art. 33 LF).

Los actos sujetos a esta autorización son los de enajenación y gravamen a título oneroso, dado que las liberalidades ajenas al fin de la fundación están prohibidas por el art. 21.1 LF. La enajenación puede ser a cualquier título, incluida la transacción (art. 1812 CC), a la que se asimila el arbitraje de equidad (art. 19.3 LF), pero no el arbitraje de Derecho, que no requiere autorización administrativa alguna. La enajenación se contrapone a los actos de administración, entre los que se debe comprender el contrato de arrendamiento, incluidos los arrendamientos especiales, que tampoco exigen la mencionada autorización. Los gravámenes, en fin, comprenden, no sólo la hipoteca en garantía de cualquier obligación contraída por la fundación, en especial por préstamos hipotecarios, sino la constitución de derechos reales limitados en bienes de la fundación, como el derecho de usufruto o el derecho de superficie (art. 5 RF). Sólo se excluyen los actos de disposición relativos a bienes donados a la fundación y las subvenciones recibidas por ella, siempre que sean disponibles (art. 19.1 LF).

Los bienes sometidos a este régimen son de tres categorías heterogéneas, los dotacionales, los asimilados a los mismos por estar vinculados a los fines de forma expresa y los que representen un valor superior a la quinta parte del activo de la fundación según el balance del año anterior (art. 19.1 LF). Pero, de acuerdo con el RF, las tres categorías pueden consistir en bienes de la misma naturaleza y, en concreto, pueden ser bienes inmuebles, establecimientos mercantiles e industriales, bienes muebles, valores y participaciones en sociedades mercantiles, respecto de los que contempla algunas reglas especiales, todas ellas discutibles.

Así, cabe que las fundaciones que se ocupan de la edificación obtengan cada año una autorización genérica para enajenar inmuebles en

<sup>37</sup> Resalta esta naturaleza de la autorización J. GARCÍA-ANDRADE, *op. cit.*, p. 146.

<sup>38</sup> Destacan este aspecto J. R. SALELLES CLIMENT y R. VERDERA SERVER, *El Patronato de la Fundación*, Pamplona, 1997, p. 91.

cualquier momento, dando cuenta trimestralmente, autorización que es revocable por lesión, pero sólo para el futuro, sin afectar a los terceros que han contratado con la fundación (art. 4.7), lo que constituye un privilegio explicable, aunque de no fácil justificación. Una norma semejante rige para los valores que se coticen en Bolsa, siempre que se enajenen por un precio superior al de adquisición, salvo que el mercado aconseje lo contrario (art. 8.4), norma que se ha criticado por desbordar las posibilidades de actuación del Protectorado<sup>39</sup>. Por fin, la participación mayoritaria en sociedades mercantiles se ha fijado en la mitad del capital social o de los derechos de voto (art. 9.3), lo que es también excesivo, pues caben participaciones de control mucho menores<sup>40</sup>. En caso que la sociedad sea personalista, el Protectorado puede obligar al Patronato a la venta de las participaciones dotacionales, si no consigue transformar la sociedad en otra de tipo capitalista, lo mismo se trate de participaciones mayoritarias que minoritarias, así como hacer efectiva la responsabilidad de los patronos, salvo que, según las circunstancias, hayan actuado de buena fe (art. 9.4), regla de dudosa legalidad por no estar prevista en la LF.

Lo mismo ocurre con la sanción por el incumplimiento de esta obligación legal. Según el RF, se trata de un acto defectuoso, que el Patronato debe subsanar en un plazo de quince días a contar desde el respectivo requerimiento; en caso contrario, de acuerdo con las circunstancias y atendida la buena fe, el Protectorado puede o bien otorgar la autorización omitida, o bien entablar la acción de responsabilidad contra los patronos (art. 10.1 y 2). Lo que ha desconcertado a la doctrina, puesto que no consagra la nulidad de la enajenación o el gravamen no autorizado, en opinión de L. Rojo Ajuria, tanto por violación de la norma legal como por falta de legitimación<sup>41</sup>; para J. García-Andrade, hay aquí un vicio del consentimiento, por lo que el acto de disposición debería ser anulable<sup>42</sup>, mientras que A. Carrasco Perera, lo asimila a un contrato a favor de tercero, del que puede desistir el contratante de la fundación, pues la autorización expresa o tácita posterior equivaldría a la ratificación prevista por el art. 1259-II del Código civil<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Llama la atención sobre esto J. M. DE PRADA GONZÁLEZ, *Algunas observaciones en torno al Proyecto de Ley de fundaciones*, La Ley, 1993, vol. II, p. 856. En este sentido, L. ROJO AJURIA, *op. cit.*, p. 120, advertía, no sin cierta ironía, que el Protectorado se había convertido en un «tutor bursátil».

<sup>40</sup> Como señalan J. R. SALELLES CLIMENT y R. VERDERA SERVER, *op. cit.*, p. 93.

<sup>41</sup> Lo subraya en su *op. cit.*, p. 114 y ss y 122.

<sup>42</sup> Como afirma en su *op. cit.*, p. 186-187.

<sup>43</sup> Para esta interesante solución, *vid.* del citado autor su ponencia *Régimen jurídico privado de las fundaciones en el Proyecto de Ley de fundaciones*, Fundaciones, mecenazgo

A nuestro juicio, es claro que la norma reglamentaria ha querido evitar el perjuicio del tercero que contrata de buena fe con la fundación y, en concordancia con el art. 6.3 del mismo Código, ha establecido un efecto distinto de la nulidad, salvando la validez del acto. Por eso, si debe constar en documento público, el Notario debe otorgarlo bajo la condición suspensiva de la obtención de la autorización correspondiente (art. 10.3 RF).

Por otra parte, los bienes que se consideran menos importantes están sometidos al control «débil» de la información *a posteriori*, que consiste en la dación de cuenta o en la comunicación de inmediato o dentro de los diez días siguientes al acto de disposición. Estos bienes son los excluidos del control anterior y guardan cierto paralelismo con los que el menor emancipado no puede enajenar o gravar sin el consentimiento de sus padres o, a falta de ambos, sin el de su curador (art. 323-I CC).

En concreto, se trata de los bienes y derechos siguientes: a) los inmuebles y los establecimientos mercantiles e industriales, pero no las explotaciones agrícolas, cuya enajenación y gravamen no están sujetos a control, pues no cabe aquí la analogía; b) los bienes muebles de extraordinario valor que, según el RF, son los pertenecientes al patrimonio histórico español, los incluidos en el Inventario y los declarados bienes de interés cultural, así como los de características únicas o excepcionales por su autoría, procedencia, diseño, forma o composición material (art. 7.2); c) los valores mobiliarios que representen participaciones superiores a la cuarta parte del capital en las sociedades mercantiles y además, conforme al RF, las participaciones mayoritarias en sociedades no personalistas (art. 9.2), lo que se ha criticado por carecer de cobertura legal<sup>44</sup>.

Por último, todos estos actos de disposición, así como cualquier alteración patrimonial que supere el 10 por 100 del activo de la fundación, deben constar anualmente en el Registro de Fundaciones al término del ejercicio económico (art. 19.4 LF), con lo cual este Registro de personas se deforma al convertirse en un Registro de bienes.

Con todo, lo más grave es que no se prevé en estos dos últimos supuestos sanción alguna por la falta de comunicación o en su caso, de la inscripción. En ambos casos, se trata de una formalidad administrativa, de naturaleza informativa, que no afecta a la validez civil del acto<sup>45</sup>, por cuya omisión no se incurre en ningún tipo de responsabilidad<sup>46</sup>. De acuerdo con la LF, sólo si esta omisión fuera reiterada o pone en peligro

---

y sociedad civil en el umbral del siglo XXI, Toledo, 1994, p. 32, solución que parece compartir T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *op. cit.*, p. 3323, nota 33.

<sup>44</sup> Lo resalta J. GARCÍA-ANDRADE, *op. cit.*, p. 174.

<sup>45</sup> Como opina acertadamente J. GARCÍA-ANDRADE, *op. cit.*, p. 168-169.

<sup>46</sup> Según lo destaca T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *op. cit.*, p. 3325.

la subsistencia de la fundación, el Protectorado podría instar ante el juez el cese de los patronos (art. 16.2.c) o la intervención temporal de la fundación (art. 34.1), aparte de impugnar los acuerdos del Patronato que sean ilegales o antiestatutarios (art. 32.3).

En definitiva, la doctrina es casi unánime a la hora de criticar estas dos técnicas de control que la LF atribuye al Protectorado. Conforme con las propuestas de J. M. de Prada González, tanto antes como después de la LF<sup>47</sup>, predomina la idea de suprimir la autorización previa y mantener para todos actos de disposición las simples comunicaciones posteriores. En este sentido, se ha escrito que «el Protectorado debe facilitar el ejercicio del Derecho de Fundación para, sin dejar de ejercer los medios de control necesarios en toda fundación, llevar a cabo sus funciones en el marco de libertad que fija la Constitución»<sup>48</sup>.

Sin embargo, el Anteproyecto no responde exactamente a esta orientación crítica, sino que se limita a mitigar algo la intervención del Protectorado. Por una parte, reduce los actos sometidos a la autorización previa a los bienes dotacionales y a los bienes vinculados directamente al cumplimiento de los fines, pero sabemos que exige para toda enajenación, tanto onerosa como gratuita, una causa justa debidamente acreditada (art. 19.1). Por otra parte, somete a la necesaria comunicación dentro de diez días los actos de disposición de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes de interés cultural, así como aquéllos que, con independencia de su objeto, su importe sea superior a la quinta parte del activo anual de la fundación (art. 19.2-I). Finalmente, además de las acciones de responsabilidad, el Protectorado «está legitimado para instar la rescisión de los actos del Patronato que perjudiquen o resulten lesivos para los intereses de la Fundación» (art. 19.2-II), con lo que este caso se vendría a añadir a los supuestos excepcionales de los contratos rescindibles por lesión (art. 1291.5° CC).

Con todo, dadas las críticas a la autorización previa y la ineficacia de las comunicaciones posteriores, parece preferible el otro modelo de control, el modelo del autocontrol ejercido por el propio Patronato mediante la obligación de reinversión, sin perjuicio de la acción de responsabilidad, puesto que, no sólo puede ser más efectivo en la práctica, sino que concuerda, como vimos, con la plena capacidad de la fundación.

<sup>47</sup> Vid. J. M. DE PRADA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 849 y ss, y su conferencia recogida en el vol. *En torno a la Ley 30/1994 de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Toledo, 1995, p. 29-30, respectivamente.

<sup>48</sup> Son palabras de T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *op. cit.*, p. 3319.

## 5. Adquisición de liberalidades

Por último, la adquisición de liberalidades por la fundación está sujeta también a límites y restricciones, que no parecen compatibles con su plena capacidad.

En efecto, la LF determina que la aceptación de herencias se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario (art. 20.1), lo que coloca a la fundación en una situación próxima a la del incapacitado total sujeto a tutela (art. 271.4º CC), o a la del menor emancipado que requiere el complemento de capacidad para aceptar herencias pura y simplemente a fin de evitar que las deudas hereditarias incidan en su patrimonio (arg. *ex* art. 323-I CC). Se ha señalado que se pretende así proteger a la fundación de los posibles herederos del fundador que pueden integrar el Patronato<sup>49</sup>, y acaso ésto es lo que persigue el Anteproyecto al hacer responsables a los patronos de la pérdida del beneficio de inventario por los actos de ocultación o de disposición previstos por el art. 1024 del Código civil (art. 20.1). Pero esta responsabilidad no impide que la fundación pueda resultar perjudicada por las deudas del causante (art. 1003 CC), por lo que sorprende que no se establezca aquí la intervención del Protectorado en orden a limitar *intra vires* la responsabilidad hereditaria de la fundación<sup>50</sup>.

Asimismo, según la LF, la aceptación de legados o donaciones con cargas que puedan desnaturalizar el fin fundacional requiere autorización previa del Protectorado (art. 20.2), así como para repudiar herencias o legados y para dejar de aceptar donaciones se requiere también autorización del mismo o, a falta de éste, aprobación judicial con audiencia del Ministerio Público (art. 20.3). Es de notar que esto modifica subrepticamente el art. 993 del Código civil para las fundaciones al anteponer la intervención administrativa a la actuación judicial y es de suponer que, pendiente esta actuación, se interrumpe la intervención del Protectorado.

De acuerdo con el RF, si la carga consiste en la prestación de un servicio por parte de la fundación, se debe informar, además, sobre las cargas y medios que su cumplimiento exige. Por otra parte, el Protectorado debe ponderar si la carga modifica la voluntad del fundador o los fines de la fundación y, en caso afirmativo, puede condicionar la aceptación a la modificación de los Estatutos, señalando las causas y los preceptos que impiden la aceptación pura y simple del legado o donación. En fin,

<sup>49</sup> Subraya este posible fundamento P. COBO GÁLVEZ, *op.cit.*, p. 170.

<sup>50</sup> A juicio de J. GARCÍA-ANDRADE, *op. cit.*, p. 179, es contradictorio que no se establezca aquí la intervención del Protectorado al objeto de que la fundación conserve el beneficio de inventario.

en caso de incumplimiento, la sanción es la que conocemos, esto es, la criticada opción conferida al Protectorado según la cual puede elegir entre la subsanación de la aceptación o el repudio sin la previa autorización por la aprobación posterior, o la modificación también posterior de las condiciones exigidas para aceptar la liberalidad con carga, o, en fin, la responsabilidad civil de los patronos (art. 11).

Hay que renocer que el régimen descrito no es muy explícito, sobre todo, en lo que concierne a los legados y donaciones con carga. No ha faltado quien cree que se comprenden aquí todas las liberalidades sometidas a gravamen<sup>51</sup>, pero tal interpretación extensiva no se compecede con la excepcionalidad que es propia de estas normas; por el contrario, las liberalidades sin cargas y aquéllas cuyas cargas no desnaturalizan la fundación son libres<sup>52</sup>. Se ha observado que estas cargas se establecen normalmente para beneficiar a personas de la familia del testador o del donante, lo que no transforma a la fundación de una prohibida fundación de tipo familiar (arts. 2.3 y 42.3 LF), sino que son válidas siempre que la atención de tales personas esté dentro de los servicios prestados por la fundación<sup>53</sup>. En términos más generales, la carga no desnaturaliza la fundación cuando los beneficiarios de una y otra son los mismos, y la desnaturaliza si los de la carga son personas determinadas y concretas exclusivamente, y no los demás beneficiarios de la fundación, o cuando la carga impone actividades que trascienden de los fines de la misma<sup>54</sup>. En el fondo, es claro que late aquí un problema semejante al de las donaciones remuneratorias y las donaciones con causa onerosa (arts. 619 y 622 CC), del que no podemos ocuparnos en esta ocasión<sup>55</sup>.

En fin, prueba de ello es que el Anteproyecto, aunque suprime la autorización previa, exige la comunicación al Protectorado dentro de diez días, lo mismo para las liberalidades puras que para las sujetas a gravamen. Se trata, en concreto, de la aceptación de legados con cargas, la aceptación de donaciones onerosas o remuneratorias y la repudiación de herencias, legados o donaciones sin cargas. Además de esta comunicación, cuya falta de eficacia civil conocemos, el Protectorado puede

<sup>51</sup> Como sostiene J. GARCÍA-ANDRADE, *op.cit.*, p. 181-182, equivocadamente, con apoyo en el art. 11 RF.

<sup>52</sup> Lo destaca J. A. DEL CAMPO ARBULO, *op. cit.*, p. 239.

<sup>53</sup> Como afirma P. COBO GÁLVEZ, *op. cit.*, p. 172-173.

<sup>54</sup> Mantiene este punto de vista R. HUERTA HUERTA y C. HUERTA IZAR DE LA FUENTE, *op.cit.*, p. 590.

<sup>55</sup> Para la no fácil interpretación de los preceptos citados, *vid.* J. L. DE LOS MOZOS, *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, p. 79 y ss, por todos.

ejercer las acciones de responsabilidad contra los órganos de gobierno si la aceptación o el repudio fueran lesivos para la fundación (art. 20.2). Pero no en el caso de que no resulte perjudicado el patrimonio fundacional con la carga impuesta a la liberalidad, lo que depende exclusivamente de los patronos. Por eso, debe resaltarse que el Anteproyecto se aproxima de forma notable en este punto, a diferencia del régimen previsto para los actos de disposición, al modelo del autocontrol encomendado al Patronato de la fundación. ■