Novenes Jornades de Dret Català a Tossa, 1996

La autocontratación en las fundaciones (los contratos entre la fundación y sus patronos y apoderados)

Rafael Verdera Server

Departamento de Derecho Civil

Universitat de València

I. Consideraciones preliminares

La problemática derivada de los supuestos de autocontratación constituye una materia que carece de un tratamiento normativo homogéneo en nuestro sistema. En efecto, no se ha fijado un criterio general para la resolución de los diversos casos que puedan plantearse. Naturalmente, no es pretensión de estas notas el replanteamiento de la teoría general de la autocontratación. Su propósito resulta mucho más limitado y modesto, pues se trata simplemente de analizar el régimen normativo de esa figura en el ámbito de las fundaciones, y, más concretamente, conforme a los criterios establecidos en la regulación estatal. Ante todo, parece conveniente precisar que a la noción de autocontratación se le adjudica aquí una función puramente instrumental y se emplean los parámetros aceptados por la doctrina y la jurisprudencia para su delimitación. En los tribunales, acogiendo la construcción dogmática, se acepta que el fenómeno del autocontrato o contratación consigo mismo concurre cuando una persona por su sola actuación, mediante una sola decisión, compromete simultáneamente dos patrimonios distintos cuya titularidad o representación ostenta. Aun siendo conscientes de que los perfiles de la figura condicionan, de manera directa, la mayor o menor amplitud de supuestos a examinar, no parece pertinente replantear una cuestión de tan hondo calado e implicaciones.

Desde la perspectiva de los supuestos calificables de autocontratación, conviene observar que en este punto la regulación de las fundaciones demuestra una cierta flexibilidad. No se limita a aludir a autocontratación, sino que el art. 26 LF precisa que la misma se puede producir tanto por la actuación del patrono en nombre propio como de un tercero, es decir, lo que la doctrina denomina, respectivamente, representación simple y representación doble.

Sin embargo, estudiar el régimen de la autocontratación en las fundaciones exige una precisión ulterior. No se pueden perder de vista en ningún momento las características de la relación que une a la fundación con sus patronos y con los apoderados. La cuestión, como puede intuirse, se conecta con un aspecto que afecta a una serie más amplia de casos: se trata del problema de la llamada representación orgánica y, más en general todavía, de la actuación de las personas jurídicas. Desde este punto de vista, la problemática de la autocontratación en las fundaciones se acerca a la que se puede verificar en relación a otras técnicas de organización, como las asociaciones y a las sociedades. Ahora bien, existe un factor que sólo concurre en las fundaciones y que condiciona decisivamente todo el planteamiento normativo de las mismas (y también de la autocontratación). La peculiar estructura orgánica de las fundaciones, con la acumulación de funciones

en favor del patronato, dificulta el establecimiento de mecanismos de control de la actuación de este órgano. Este problema no se suscita de la misma manera en otras organizaciones jurídicas, donde existen otros órganos que pueden recíprocamente controlarse (*cfr*., por ejemplo, art. 67 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, *de Sociedades de Responsabilidad Limitada*). En las fundaciones, en cambio, la organización carece de cualquier base asociativa y se desvincula absolutamente de sus fundadores y de sus beneficiarios.

Determinada con este sentido puramente instrumental la noción de autocontratación, debemos analizar cuáles son las posibles soluciones que legalmente pueden establecerse. En pura hipótesis, cabe partir como extremos opuestos desde su radical prohibición hasta su total admisibilidad, sin aceptar en uno u otro caso matiz alguno. Naturalmente, los criterios normativos no presentan esa taxatividad sino que suelen introducir elementos correctores de diverso signo, que alteran la regla básica. En este sentido, es habitual el recurso a nociones como la (in)existencia de conflicto de intereses o la necesidad de una autorización judicial o de cualquier otro órgano.

Esta descripción nos permite constatar dos aspectos de desigual importancia: por un lado, subraya el carácter político-jurídico de la decisión normativa de cada legislador; en otras palabras, el régimen de la autocontratación no desvela una consecuencia institucional del sistema, sino que queda al arbitrio del legislador (con mayor o menor coherencia) la determinación de su alcance; por otro lado, aunque se ha advertido que la mayoría de ordenamientos se inclinan por soluciones intermedias, no deja de tener importancia la necesidad de establecer la regla general, o, si se quiere, subsidiaria, para aquellos casos en que los criterios complementarios no puedan entrar en acción.

La cuestión del criterio general ha preocupado al legislador estatal. En el Proyecto de Ley, la norma relativa a la autocontratación se formulaba con carácter prohibitivo, admitiendo como salvedad el supuesto de autorización del protectorado. En su tramitación parlamentaria en el Congreso, el Grupo Parlamentario Catalán (CiU) propuso redactar el precepto en sentido inverso y así quedó establecido en el art. 26 LF que "[l]os patronos podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del protectorado". Con ello se pretendía evitar que, dada la frecuencia con la que entidades públicas y privadas que forman parte del patronato celebran contratos con esa fundación para subvencionarla o ayudarla económicamente, la autocontratación se sometiera a prohibiciones, pareciendo más adecuado el sistema adoptado.

El art. 14 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, *de Fundaciones del País Vasco* (en adelante, LVascF) se estructura con carácter prohibitivo, pues dispone que los miembros del órgano de gobierno no pueden contratar con la fundación, sea en nombre propio, sea en nombre de tercero, salvo autorización del protectorado. La norma ha sido desarrollada por el art. 39 del Decreto 404/1994, de 18 de octubre, *por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento y del Protectorado del Registro de Fundaciones* (en adelante, DFVasc). En otras normas autonómicas no hay previsión acerca de la autocontratación de patronos y apoderados, con lo que la cuestión debe resolverse como una aplicación más de la diligencia exigible a los mismos en el desempeño de su cargo [*cfr*. arts. 12 de la Ley catalana 1/1982, de 3 de marzo, *de Fundaciones Privadas* (modificada por Ley 21/1985, de 8 de noviembre); 16 de la Ley 7/1983, de 25 de junio, *de Régimen de las Fundaciones de Interés Gallego* (modificada por Ley 11/1991, de 8 de noviembre); y 11 de la Ley 1/1990, de 29 de enero, *de Fundaciones Canarias*].

II. El régimen normativo de la autocontratación en las fundaciones

En la normativa estatal, el régimen de la autocontratación en las fundaciones se concreta en dos planos distintos. Por una parte, el art. 26 LF, y por otra, el art. 15 del Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero,*por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal* (en adelante, RF), ambos bajo la rúbrica "

[a]utocontratación". El carácter sumamente escueto del precepto legal justifica el mayor detalle del art. 15 RF, cuyo contenido constituye el objeto principal de estas líneas. Pero debemos subrayar inmediatamente que el art. 15 RF, además de establecer el régimen normativo de la autocontratación de los patronos, introduce un elemento ulterior al regular la situación derivada de la actuación de los apoderados, generales o especiales, de la fundación. Esta referencia reglamentaria a los apoderados, que carece de base legal, se plantea en unos términos completamente distintos por lo que respecta a los sujetos afectados, al objeto de la limitación y los requisitos de la autorización. Pero, a mi juicio, la diferencia fundamental radica en que, cuando se trata de autocontratación de los patronos, el control tiene carácter externo a la fundación; y, en cambio, en relación a la autocontratación de los apoderados, ese control es interno a la fundación en cuanto es asumido por el propio patronato. Es evidente que el grado de autonomía (o heteronomía) de la fundación en uno u otro caso ofrece una diversa intensidad. Estas consideraciones hacen conveniente un análisis separado de ambas hipótesis de autocontratación.

III. La autocontratación de los patronos

Desde un punto de vista general, es preciso efectuar una serie de observaciones que contribuyan a situar adecuadamente en el marco de las fundaciones el problema de la autocontratación de los patronos. En primer lugar, aunque existen, como hemos visto, normas legales y reglamentarias que de manera directa se ocupan de esta cuestión, la cuestión de la autocontratación debe ser, a mi juicio, analizada en un plano más amplio. En efecto, los arts. 26 LF y 15 RF deben relacionarse con el conjunto de normas que determinan los poderes (y las obligaciones) de los patronos y del protectorado, puesto que no son piezas aisladas e independientes sino que forman parte de un sistema más amplio. En particular, me parece absolutamente necesario contrastar esa regulación, por un lado, con los preceptos que se ocupan de la diligencia (y la responsabilidad) exigible a los patronos en el desempeño de su cargo (art. 15 LF) y de los mecanismos de enajenación de los bienes fundacionales (art. 19 LF), y, por otro, con los que se refieren a las funciones y competencias del protectorado en orden a facilitar el recto ejercicio del derecho de fundación y a asegurar la legalidad de su funcionamiento (art. 32.1 LF).

Por todo ello, la omisión, salvo en la Ley vasca, de cualquier referencia a la autocontratación en las leyes autonómicas no implica la carencia de regulación sobre la materia. Basta con aplicar los parámetros de diligencia exigible a los patronos en el ejercicio de su cargo para verificar si en un supuesto concreto donde se produce una autocontratación, éstos han actuado negligentemente y se ha producido un daño a la fundación. De este modo, a falta de una norma explícita, el sistema gana en coherencia interna. No cabe plantear entonces la existencia de un control previo del protectorado (o autorización) en todos los casos de autocontratación: ese control puede producirse en ciertos casos de autocontratación, pero por razones diversas (por ejemplo, enajenación de la dotación).

También resulta destacable la posición sistemática del art. 26 LF. La norma se sitúa en el capítulo V del título I de la Ley de Fundaciones, dedicado al " [f]uncionamiento y actividad de la fundación". Esta colocación debe subrayarse

porque el legislador contaba con otra posibilidad sistemática, no carente de argumentos a su favor. Cabía la ubicación de la norma junto a las que se ocupan del órgano de gobierno, de sus funciones y de sus deberes. Con ello, la regla sobre autocontratación hubiera enlazado más directamente con la conducta exigible a los patronos en el desempeño de su cargo, configurándose claramente como un límite a sus facultades. Téngase en cuenta que el art. 26 LF ofrece una amplitud en su contenido que puede llegar a solaparse con las reglas destinadas a la enajenación y gravamen de los bienes y derechos fundacionales. Como veremos, en ocasiones las cautelas previstas para uno y otro supuesto pueden coincidir y reiterarse. La decisión del legislador estatal no es absolutamente desacertada, en la medida que la autocontratación se suscita en relación al funcionamiento y actividad de la fundación, pero creo que su ubicación en el capítulo dedicado al órgano de gobierno hubiera contribuido a destacar aún más su sentido y finalidad.

A. Sujetos sometidos al régimen de autocontratación

Aparentemente, pocas dudas puede suscitar la determinación de qué sujetos quedan vinculados por el régimen de autocontratación impuesto por la Ley de Fundaciones. Sin embargo, una consideración más detenida obliga a concluir que existen diversos aspectos que el laconismo de los preceptos legales y reglamentarios no resuelve adecuadamente.

De entrada, es evidente que las limitaciones impuestas a la autocontratación afectan a los patronos de la fundación. El desempeño del cargo de patrono respecto a determinada fundación supone que la contratación con la misma se halle sometida a ciertas restricciones. Obsérvese que, naturalmente, se trata de una situación relativa: no basta ser patrono, sino que se debe ser patrono de la fundación con quien se pretende contratar y justamente en ese período temporal. En principio, cualquier otra persona (salvo que sea apoderada), por vinculada que esté con la fundación, puede contratar con plena libertad con la misma: en esta situación se encuentra, por ejemplo, el fundador de la fundación, en tanto no sea patrono, o el secretario del patronato, siempre que, como permite el art. 12.1.II LF, ese cargo recaiga en una persona que no sea miembro del patronato.

La Ley de Fundaciones sólo exige con carácter necesario la existencia del patronato en cuanto órgano de gobierno de la fundación. Sin embargo, la doctrina ha sugerido que cabe la posibilidad de configurar una estructura orgánica más compleja mediante la creación estatutaria de órganos de colaboración con el patronato o incluso de control de su actuación. Este planteamiento tiene un cierto apoyo normativo en la Ley de Fundaciones que alude en el art. 23.1 LF a los "órganos de gobierno, dirección y representación" y en el art. 25.3 LF a los "órganos de gobierno". El problema surge en tales hipótesis cuando se pretende aplicar a los miembros de esos órganos el estatuto jurídico del patrono y, en concreto, las limitaciones a la autocontratación. La solución depende, pues, de una toma de postura sobre un aspecto más general. Conviene retener, sin embargo, dos elementos: por una parte, hay que plantearse en qué medida la existencia de ese tipo de órganos no debe suponer una disminución de las funciones de control del protectorado, entre otras, sobre la autocontratación; y, por otra, debe destacarse la dificultad de extender el régimen restrictivo del art. 26 LF a otros individuos que, en puridad, no pueden calificarse como patronos; cuando se ha pretendido alcanzar ese resultado, aun sin base legal, se ha resuelto explícitamente (*vid.* art. 15.5 RF).

La primera cuestión surge en la medida que la Ley de Fundaciones sitúa a los patronos en una posición respecto a la misma que, en rigor, no corresponde tanto a los mismos, individualmente considerados, como al patronato en cuanto órgano de gobierno. La Ley asume que se trata de un supuesto de autocontratación, pero, con carácter general, esa situación sólo puede afirmarse parcialmente. El gobierno

de la fundación corresponde al patronato, y no a un patrono en particular. Los arts. 12.2 y 17.2 LF resultan concluyentes en este sentido, al atribuir al patronato, el primero de ellos, el cumplimiento de los fines fundacionales y la administración (en sentido amplio) de los bienes y derechos de la fundación, y el segundo, la administración (ahora en un sentido más estricto) y disposición del patrimonio fundacional, con sujeción a los estatutos y a la propia Ley. Salvo que exista una delegación de facultades del patronato en uno o más de sus miembros (art. 14.1 LF), la actividad de la fundación se desarrolla a través del patronato y no mediante patronos individualmente considerados. Téngase en cuenta, además, que no cabe delegación de facultades en los casos en que se exige autorización del protectorado y esto es cabalmente lo que sucede en caso de autocontratación.

El eventual conflicto podría plantearse si todos los patronos trataran de prevalerse de su situación, pero no parece que la situación sea comparable cuando es uno solo el que contrata con la fundación. En efecto, dada la exigencia de pluripersonalidad en el órgano de gobierno fundacional (art. 13.1.I LF), la autocontratación sólo se planteará, en sentido estricto, cuando todos los miembros del patronato contraten a la vez con la fundación. Mas es preciso reconocer que esta situación no se dará habitualmente en la práctica. Sin duda, es más frecuente que sea uno solo de los miembros del patronato quien pretenda entablar una relación contractual con la fundación.

A mi juicio, la hipótesis en que está pensando el art. 26 LF es precisamente la contratación con uno solo de los patronos, y no con todos ellos. La dicción del art. 26 LF no resulta concluyente, pues aunque habla de "los patronos" en plural, no exige que se refiera a todos los que integran el órgano de gobierno. En el art. 15.2.c) RF sí se alude, con más claridad, a la contratación con "el patrono".

En estas hipótesis, cabe cuestionar si el control efectuado por el protectorado no pudiera haber sido sustituido, con mayor ventaja para la fundación, por el control efectuado por el propio patronato. El art. 15.3.a) LF ofrece un criterio legal para una situación que guarda una cierta semejanza con la aquí descrita: ante la eventual responsabilidad de uno de los patronos, la acción puede ser entablada por el patronato "previo acuerdo motivado del mismo, en cuya adopción no participará el patrono afectado". Siquiera previsto alternativamente, como sucede en el art. 15.3 LF este criterio hubiera dotado de mayor flexibilidad y autonomía la actuación de las fundaciones, sin perjuicio de la responsabilidad o cese de los patronos en caso de actuación negligente.

Por otra parte, el mencionado laconismo de la Ley de Fundaciones (y, aquí también, del Reglamento de Fundaciones) se advierte también en la concreción de las personas afectadas por el régimen restrictivo de autocontratación. Sólo se menciona a los patronos, sin efectuar precisión alguna acerca de la contratación con la fundación de aquellas personas que guarden una estrecha vinculación con los patronos.

El problema se puede plantear en relación a los parientes más cercanos del patrono (cónyuge o conviviente de hecho, ascendientes, descendientes). También cabe analizar qué sucede cuando quien contrata con la fundación es una persona jurídica en la que el patrono goza de capacidad decisoria o de una posición prevalente. En los casos en que estas hipótesis pueden reconducirse a los casos de autocontratación mediante persona intermedia o interpuesta (*cfr*. arts. 1459 CC, 16.2 LORCA y art. 6.I de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre,*reguladora de las Inversiones de Institución Colectiva*), existen en el ordenamiento jurídico

mecanismos suficientes para sancionar esa contratación. El recurso a los negocios en fraude de ley, la analogía con el art. 1459 CC, etc., ofrecen instrumentos adecuados para la represión de estas conductas. Sin embargo, me parece discutible que la limitación del art. 26 LF pueda extenderse, a falta de previsión normativa, a otros supuestos de los expresamente recogidos. En otras palabras, las cautelas del art. 26 LF no pueden aplicarse sin más a los casos en que la fundación contrata con personas, sean físicas, sean jurídicas, vinculadas, siquiera estrechamente, a los patronos.

El art. 39.1 DFVasc sí se refiere al supuesto en que un miembro del órgano de gobierno quiera contratar con la fundación "a través de cualquier persona física o jurídica interpuesta" y somete esa hipótesis al mismo régimen previsto para los casos de contratación en nombre propio de ese miembro.

La posición del protectorado merece una referencia especial. La Ley de Fundaciones confía al mismo la autorización para la contratación de los patronos con la fundación entendiendo que el patronato supone el único órgano de esa entidad. Cabe plantear, en consecuencia, cuál es la posición del protectorado de la administración en relación a la fundación: en mi opinión, no se integra en la estructura orgánica de la misma, sino que su posición obedece a un mantenimiento del control administrativo sobre estas entidades. En consecuencia, nada impide que la fundación contrate con la administración que ejerce el protectorado sobre la misma. No debemos hablar aquí de autocontratación, aunque es evidente que las cautelas administrativas que establece la Ley de Fundaciones (por ejemplo, art. 19 LF) ofrecerán una menor intensidad cuando la relación contractual se pretenda establecer precisamente con quien ejerza el protectorado.

B. Actos sometidos al régimen de autocontratación

Objetivamente, la autocontratación de los patronos aparece perfilada en el art. 26 LF (y también en el art. 15.1 RF) por dos elementos: por una parte, debe pretenderse la conclusión de un contrato entre la fundación y un patrono; y, por otra, el patrono puede actuar en nombre propio o de un tercero.

La aplicación de los parámetros de los arts. 26 LF y 15 RF requiere, en primer lugar, que se quiera establecer una relación contractual entre fundación y patrono. De entrada, ello supone una primera duda: ¿en qué sentido se utiliza la referencia al contrato en esos preceptos? ¿En un sentido estricto o en un sentido amplio? La respuesta a esta pregunta condiciona el ámbito de aplicación de esta normativa. Obsérvese que el legislador es reiterativo en el empleo de expresiones "contractuales", tanto en la rúbrica como en el texto de los diversos preceptos que dedica a la cuestión. En particular, al determinar los motivos por los que el protectorado puede denegar la autorización, el art. 15.4 RF revela que se está pensando fundamentalmente en relaciones de contenido económico. Pero no podemos olvidar que en este ámbito la referencia a la autocontratación, aunque aplicada preferentemente a los contratos, puede considerarse equivalente a la de negocio (bilateral) celebrado consigo mismo. Además, el Reglamento de Fundaciones alude también a negocio jurídico que, como es notorio, es categoría más amplia que la de contrato.

Lo que resulta francamente criticable es aludir, como hace el art. 15.2.a) RF, al "negocio jurídico de autocontratación". No existe un negocio (o contrato) de autocontratación sin más, sino que se trata de una cuestión que no incide en la estructura o el tipo del contrato. La autocontratación puede concretamente plantearse en relación a cualquier contrato en función de las partes que intervienen o de los patrimonios que resultan afectados por esa relación.

La referencia a la posibilidad de que el patrono actúe en nombre propio o de un tercero, si bien puede considerarse innecesaria, permite resolver de manera inequívoca la cuestión de la relevancia de la doble representación. Ese tercero en cuyo nombre actúa el patrono puede ser cualquier persona, física o jurídica, fundacional o no.

La cuestión puede ser especialmente llamativa cuando el patrono ostenta un cargo representativo en relación a otra persona con intereses claramente opuestos a los de la fundación. Nótese que la existencia de un eventual conflicto de intereses (del patrono o de quien es representado por éste) con la fundación no es causa explícita de cese del patrono, pero es evidente que, cuando esta situación sea permanente y no se actúe de modo favorable a la fundación, se incurrirá en la carencia de diligencia exigible a todo patrono [*cfr*. arts. 15.1 y 16.2.d) LF]. Acaso sea conveniente, al amparo de la libertad estatutaria que permite el art. 16.2.h) LF, introducir esa circunstancia como causa explícita de cese en el cargo.

El art. 14 LVascF también se refiere a la contratación de los miembros del órgano de gobierno con la fundación, sea en nombre propio, sea en nombre de tercero. Pero el art. 39 DFVasc omite el problema de la doble representación y analiza los casos de contratación "en nombre propio o a través de cualquier persona física o jurídica interpuesta", que, evidentemente, no equivale a lo previsto en la norma legal.

A pesar de la transcendencia de las anteriores cuestiones, considero que la principal dificultad en cuanto a la delimitación del ámbito objetivo sometido al régimen de los arts. 26 LF y 15 RF estriba en su coordinación con el resto de preceptos que se ocupan de la contratación de la fundación.

En efecto, aunque estén situadas en un capítulo dedicado al "[p]atrimonio de la fundación", las reglas que someten a diversas cautelas los actos de la fundación en orden a su patrimonio no excluyen la posibilidad de que a través de los mismos se verifique un autocontrato. Ciertamente, en la medida que los enfoques son absolutamente distintos nada impide que concurran las reglas sobre autocontratación (cuando quiera contratar con la fundación un patrono, en nombre propio o de un tercero) y sobre enajenación y gravamen de los bienes fundacionales (cuando el contrato se refiera a uno de esos bienes).

Con ello, nos encontramos ante un solapamiento de planos normativos: entre ambos criterios existe una zona común que cae tanto bajo la esfera de uno como de otro parámetro. Más gráficamente, puede indicarse que nos encontramos ante círculos (normativos) secantes. Dada esta eventual coincidencia en orden a los presupuestos de aplicación de cada regla, hay que preguntarse cómo debe procederse en aquellos casos en que un mismo supuesto cae bajo esa doble regulación. Ante todo, debe observarse que este concurso normativo no parece haber sido advertido por el legislador pues no ofrece mecanismo alguno para evitar esa coincidencia.

El problema resulta aún más complejo en la medida que los efectos de esa duplicidad normativa pueden también coincidir. Como hemos venido reiterando, dado el inequívoco sentido del art. 26 LF, la consecuencia legal inmediata de la verificación de un supuesto de autocontratación radica en la necesidad de la previa autorización del protectorado. Cuando se trata de enajenación o gravamen de los bienes fundacionales, una (no la única) consecuencia puede ser también la exigencia de previa autorización del protectorado. En concreto, se requiere esa previa autorización para comprometer en árbitros de equidad, celebrar transacciones, enajenar o gravar en relación a ciertos bienes o derechos (art. 19.1 y 3 LF). La delimitación de esos bienes se efectúa alternativamente: a) que formen

parte de la dotación; b) que estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales; o c) que representen un valor superior al veinte por cien del activo de la fundación que resulte del último balance anual. El propio art. 19.1 LF exceptúa la necesidad de autorización en los casos de "disposición de donaciones o subvenciones conforme a los fines establecidos por el donante o por la correspondiente norma".

La autorización previa se configura en la Ley de Fundaciones como el máximo elemento de control durante el funcionamiento ordinario de la fundación, y por ello se quiere justificar ante la especial relevancia de los bienes o derechos enajenados o gravados. Pero la intervención administrativa, siquiera sea *a posteriori*, no cesa en otros supuestos de enajenación o gravamen. Así, para la enajenación o gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, valores mobiliarios que representen participaciones significativas en los mismos, y objetos de extraordinario valor, que no puedan incluirse en lo previsto en el art. 19.1 LF, debe darse cuenta inmediatamente al protectorado (art. 19.2 LF). La misma exigencia se prevé para comprometer en árbitros de equidad o para celebrar transacciones respecto a esos bienes (art. 19.3 LF). También respecto a estos contratos es perfectamente posible pensar en supuestos de autocontratación, si bien los efectos difieren entonces en su intensidad (comunicación inmediata y autorización previa).

Finalmente, todas las anteriores operaciones y toda alteración superior al diez por ciento del activo de la fundación debe hacerse constar anualmente en el registro de fundaciones al término del ejercicio económico (art. 19.4 LF).

Para que respecto a estos supuestos sea posible el solapamiento normativo es preciso que se refieran a contratos con los patronos. Si el contrato se pretende realizar con cualquier otra persona, su marco normativo es exclusivamente el art. 19 LF, y no el art. 26 LF. Debemos centrarnos, pues, en aquellos supuestos en que el interesado en la enajenación o en el gravamen del bien o del derecho fundacional (o en el compromiso o la transacción correspondiente) sea un patrono, en nombre propio o de un tercero.

Se reproducen aquí similares problemas a los apreciados en relación al art. 26 LF a la hora de delimitar el ámbito de aplicación del art. 19 LF. La cuestión estriba también en determinar qué debe entenderse por enajenación y gravamen y a qué bienes y derechos se refiere. Habida cuenta de la amplitud que muestra la Ley de Fundaciones, superando anteriores restricciones, en cuanto a los bienes y derechos que pueden ser de titularidad fundacional (*cfr*. art. 17.1 LF), hay que concluir que pueden estar sometidos a las cautelas del art. 19 LF "toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica" que constituyan el patrimonio de la fundación. Más concretamente, me parece que ello implica que también el dinero de que sea titular la fundación puede quedar sujeto a esos mecanismos de control. La cuestión no admite dudas en cuanto que el art. 10.3 LF diferencia, respecto a la composición de la dotación, entre las aportaciones dinerarias (cuya cuantía se fija en pesetas) y las no dinerarias (que también se cuantifican en pesetas y que deben especificar los criterios de valoración utilizados).

Con ello se advierte la importancia de precisar en qué consiste la enajenación o gravamen de esos bienes. Aunque en una primera aproximación pueda pensarse

que el legislador se está refiriendo a la disposición de bienes distintos al dinero, no hay razón suficiente *de lege data* para proceder a una restricción de ese alcance. Esas cantidades dinerarias pueden formar parte de la dotación, estar directamente vinculadas al cumplimiento de los fines fundacionales o representar un valor superior al veinte por cien del activo fundacional conforme al último balance anual. No tiene buen sentido que una fundación pueda quedar absolutamente descapitalizada a través de la decisión de su patronato en aquellos casos en que las aportaciones fundacionales, iniciales o posteriores, han consistido en sumas pecuniarias. ¿Es lógico que para enajenar una finca rústica carente de valor se requiera, cuando menos, dar cuenta inmediata al protectorado y la disposición de cuantiosas sumas de dinero no quede sometida a ningún control?. Claro está que ello no nos debe hacer incurrir en el defecto contrario que supondría que cualquier disposición dineraria de la fundación debiera estar sometida a cierto control administrativo. Las pautas que en este punto brinda la Ley de Fundaciones y que antes hemos mencionado son válidas siempre que de las mismas no se excluya al dinero. En conclusión, creo que también ciertas (pero no todas) disposiciones de dinero por parte de la fundación deben incluirse en los supuestos englobados por el art. 19 LF. Aunque el art. 19.1 LF hable de "enajenación y gravamen" (por influencia del art. 19.3 LF), en realidad hay que someter a autorización cualquier "disposición" (*cfr*. art. 17.2 LF) de bienes y derechos fundacionales, incluido el dinero, que cumpla las exigencias del art. 19.1 LF. Cuestión distinta es hasta qué punto, dadas las características del dinero, pueda identificarse una cierta suma de dinero a los efectos de reunir los requisitos que prevé el art. 19 LF. De todo ello se deriva también la importancia de determinar la concurrencia de lo dispuesto en el art. 19.1 LF y la mayor autonomía de que goza la fundación cuando esos criterios no se constatan.

Es evidente que con este planteamiento la importancia de prever un régimen específico para la autocontratación decrece considerablemente. El control que se impone en función de las características del acto reduce los peligros derivados de la autocontratación y cuestiona la necesidad de una norma particular para esa situación.

Más difícil resulta incluir en el ámbito del art. 19 LF la prestación de servicios por parte de la fundación. En principio, no parece que el objetivo de ese precepto haya sido precisamente ocuparse de esa cuestión. La realización de servicios por la fundación se acerca, por lo general, al cumplimiento de los fines fundacionales a través de esa concreta actividad, con lo que no se reputan justificadas las medidas de control administrativo previstas en ese art. 19 LF.

El silencio de la Ley de Fundaciones en el art. 26 contrasta con los indicios que se detectan en el art. 15 RF acerca de los caracteres del objeto que deben subsumirse en su ámbito de aplicación. El apartado 2.c) habla tanto de "los recursos económicos destinados al negocio jurídico" como del "valor actual del bien o servicio que se desea contratar con el patrono". Con ello está dando a entender que (al menos, algunas de) las hipótesis típicas de autocontratación son aquellas en las que el patrono suministra un bien o un servicio a la fundación. Si además se parte de una interpretación restrictiva del art. 19 LF que excluya la disposición de dinero de la fundación, el cuadro quedaría perfectamente dibujado: el art. 19 LF se aplicaría a los casos de (básicamente) enajenación o gravamen de bienes o derechos no consistentes en dinero, y el art. 26 LF a la disposición de dinero en favor de patronos a cambio de un bien o servicio por su parte. Pero ya hemos destacado los inconvenientes de esta lectura, propia de una cierta desconsideración acerca del carácter del dinero como bien y de una

sobrevaloración de cualquier otro bien o servicio, así como de una interpretación de la disposición de los bienes y derechos condicionada por la enajenación y el gravamen.

Más general, y por ello, más adecuado, es el art. 15.4 RF al referirse simplemente a "valor de la contraprestación" y "valor de la prestación" a cargo de la fundación por cuanto no prejuzga la entidad de esas prestaciones y permite una remisión al art. 1088 CC.

No podemos dejar de criticar el planteamiento del art. 19 LF y, aun en mayor medida, de su desarrollo reglamentario (arts. 4-10 RF). Esas normas utilizan diferentes criterios en la delimitación de su ámbito de aplicación. El primer elemento (y, acertadamente, el más decisivo) destaca la importancia del bien o derecho en orden a la actuación de la fundación (*cfr*. art. 19.1 LF), basándose en criterios que prescinden de la concreta entidad del bien y se centran en su cuantía (valor superior al veinte por ciento del activo de la fundación), su finalidad (directamente vinculados al cumplimiento de las finalidades fundacionales) o su origen (componentes de la dotación fundacional). Aceptada esta delimitación, la referencia contenida en el art. 19.2 LF a bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, valores mobiliarios que representen participaciones significativas en los anteriores y objetos de extraordinario valor, no se inserta en la misma lógica. Se reproduce, con ciertas variaciones y mejoras, la delimitación del art. 323.I CC, que en ese otro contexto es la única precisión acerca del ámbito objetivo de actuación de los menores emancipados. Pero se trata, como es obvio, de un planteamiento absolutamente anacrónico que confiere una desmesurada importancia a los bienes inmuebles. A pesar de que el régimen de control del protectorado es de menor intensidad (sólo comunicación inmediata y *a posteriori*), hubiera sido más adecuado mantener la línea iniciada por el art. 19.1 LF y acudir a criterios similares.

Los problemas de este recurso a categorías anacrónicas se verifica al describir el acto o el mecanismo por el que incide en esos bienes. Aquí no hay diferencias entre los párrafos 1 y 2 del art. 19 LF: en ambos casos se habla de enajenación y gravamen, expresión empleada también en el art. 323.I CC y que, aunque se adapta bastante bien al art. 19.2 LF, dada la materialidad de los bienes fundacionales allí descritos, presenta graves dificultades en su aplicación al art. 19.1 LF, porque en este precepto los bienes fundacionales pueden presentar una mayor variedad que obstaculice la aplicación de esas categorías tradicionales, al menos en su sentido más estricto. Lo que no me parece adecuado es que en este contexto se quiera reducir el ámbito de los bienes y derechos fundacionales sujetos al régimen del art. 19.1 LF apelando a los concretos mecanismos de disposición que contiene ese precepto.

Estas objeciones se acrecientan porque el desarrollo reglamentario ha procedido con cierta promiscuidad y se ha centrado especialmente en los criterios del art. 19.2 LF, con ligeras referencias a los caracteres contenidos en el art. 19.1 LF. En efecto, en el plano reglamentario lo decisivo no es la inclusión de un determinado bien o derecho en la enumeración del art. 19.1 LF, sino en las categorías previstas en el art. 19.2 LF. Este planteamiento, que pudiera tener su sentido dada la diferente transcendencia de cada uno de los bienes mencionados en el art. 19.2 LF, presenta un defecto fundamental, cual es el de presuponer que todos los bienes y derechos, que en el art. 19.1 LF se hallan descritos no en su materialidad, sino por otras circunstancias, se encuentran aludidos explícitamente en el art. 19.2 LF. En otras palabras, que los bienes y derechos incluidos en el art. 19.1 LF pueden identificarse con la serie acogida en el art. 19.2 LF, esto es, que todos son bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, valores mobiliarios que representen participaciones significativas en los mismos y objetos de extraordinario valor caracterizados por formar parte de la dotación fundacional, por estar directamente vinculados al cumplimiento de las finalidades fundacionales o por entrañar un valor superior al veinte por ciento del activo de la fundación.

Sin embargo, con ese planteamiento se convierte en inútil un precepto más general como es el art. 17.1 LF, que no pone cortapisas a las características de los bienes y derechos de la fundación, siempre que sean susceptibles de valoración económica; y, en última instancia, se reproducen las dificultades de caracterización del dinero de que sea titular la fundación. Como venimos observando, de qué sirven las cautelas en orden a la enajenación de los bienes expresamente mencionados en el art. 19.2 LF, si una suma de dinero que reúna los requisitos del art. 19.1 LF puede ser libremente dispuesta por el patronato, sin control alguno: ¿dónde hay mayor peligro para la conservación del patrimonio fundacional? No puede replicarse que en esas hipótesis lo que deberá suceder es que los patronos que actúen lesionando esa integridad patrimonial se verán separados de su cargo y sometidos a la acción de responsabilidad (*cfr*. arts. 15 y 16 LF). Esa misma consecuencia se puede perfectamente establecer en caso de, por ejemplo, enajenación de un bien inmueble y el legislador introduce cautelas adicionales.

A mi juicio, en la interpretación del art. 19.1 LF se debe poner el acento en las características funcionales y causales de los bienes y derechos de la fundación. Esto significa que debe atenderse que formen parte de la dotación fundacional, o que estén directamente vinculados al cumplimiento de las finalidades fundacionales o que supongan un valor superior al veinte por ciento del activo de la fundación. En cuanto a la identificación de esos bienes, no parece adecuado acudir, tal y como ha sucedido en el Reglamento de Fundaciones, a una enumeración como la del art. 19.2 LF que no tiene vocación de exhaustividad: para determinar qué bienes pueden reunir las características del art. 19.1 LF no se debe acudir al art. 19.2 LF, sino al art. 17.1 LF, que permite que se trate de "toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica".

Buena parte de los problemas que aquí se plantean en cuanto a la interpretación del art. 19 LF están motivados por la proyección de un concepto, como es la enajenación y gravamen, que si bien resulta adecuado a los bienes enumerados en el art. 19.2 LF, no debía haber sido utilizado en relación a una categoría de bienes y derechos mucho más amplia, como es la que, por aplicación del art. 17.1 LF, utiliza el art. 19.1 LF. En consecuencia, la enajenación y el gravamen de que habla también el art. 19.1 LF debe ser entendida en sentido amplio, acomodando su significado a la heterogeneidad de bienes y derechos, que siendo titularidad de la fundación, puedan reunir los requisitos previstos en ese apartado. Este planteamiento concuerda perfectamente con la referencia a la "disposición" del patrimonio fundacional que el art. 17.2 LF asigna al patronato (*cfr*. también art. 19.1 *i.f.*).

Insisto en que este planteamiento no pretende un mayor sometimiento de la actividad fundacional a los controles administrativos. Antes al contrario, entiendo que legalmente la fundación se encuentra sujeta todavía a excesivas cautelas y desconfianzas, que se han visto acrecentadas por la postura del Reglamento de Fundaciones. Se trata, más simplemente, de evitar que se produzcan situaciones incongruentes ante la particular función que puede revestir el dinero. El planteamiento tradicional basado en la dicotomía bienes muebles-bienes inmuebles hace tiempo que ha perdido vigencia y si se quiere garantizar adecuadamente la consistencia del patrimonio fundacional es preciso atender a las funciones que, citadas en el art. 19.1 LF, cumple cualquier clase de bien o de derecho.

Hay otro factor que quizá pueda explicar la actitud del legislador acerca del dinero de que es titular la fundación. La Ley de Fundaciones ha superado anteriores actitudes restrictivas en orden a esa titularidad: no impone su conversión en deuda pública o criterio equivalente que suponga la imposibilidad de negociar sobre el mismo. Pero esta libertad, que, en mayor o menor medida, había ido lográndose en ciertas clases de fundaciones, se plantea aparentemente sin límites. De un régimen de intervención absoluta se pasa a otro en donde no se mencionan reglas especiales. Ante ello cabe mantener la absoluta liberalización de la posición de la fundación respecto a esos bienes, o una aplicación de los criterios funcionales y causales del art. 19.1 LF, para evitar la descapitalización de la fundación.

Vistas las posibilidades de coincidencia de un mismo contrato bajo el régimen de los arts. 19 y 26 LF desde la perspectiva de sus presupuestos de aplicación, es preciso analizar la cuestión en función de sus efectos. En consecuencia, hay que determinar qué sucede cuando, sea por el art. 19 LF, sea por el art. 26 LF, se requiere autorización previa del protectorado; y qué ocurre cuando el art. 19 LF impone comunicación inmediata al protectorado y el art. 26 LF mantiene la autorización previa.

Cuando se requiere por esa doble vía (arts. 19 y 26 LF) la autorización previa del protectorado, debemos observar que *prima facie* las razones que impulsan al órgano administrativo a concederla no tienen en principio que coincidir. Es posible que un mismo acto sea intachable a los efectos de la enajenación de un bien fundacional y, en cambio, no lo sea en orden al régimen de la autocontratación. Mas si se tiene en cuenta el desarrollo reglamentario de ambos preceptos nos encontraremos con que esa primera impresión comienza a disiparse y debe tenerse en cuenta que es precisamente en el ámbito reglamentario donde esas reglas muestran su auténtica transcendencia.

El protectorado denegará la autorización previa para la autocontratación, según el art. 15.4 RF, cuando el negocio jurídico encubra una remuneración por el ejercicio

del cargo de patrono (*cfr*. art. 13.4 LF) y cuando la contraprestación que deba recibir la fundación sea inferior a la que vaya a efectuar. En el caso de enajenación o gravamen de bienes fundacionales, laautorización previa se plantea cuando se reúnen los ya mencionados requisitos del art. 19.1 LF. Con carácter general, respecto a estos supuestos (no para los previstos en el art. 19.2 LF), el art. 19.1 faculta al protectorado para que exija "que se le acrediten las condiciones y circunstancias concurrentes" en la enajenación o el gravamen.

a) Enajenación de bienes inmuebles (art. 4 RF). El art. 4.2 RF, en sus apartados b) y c), exige, por un lado, "[m]emoria acreditativa de las características del bien o derecho objeto de la enajenación y de los elementos y condiciones del negocio jurídico, con exposición de las razones en que se fundamenta la enajenación e indicación del destino del importe", y, por otro, "[u]na valoración de los bienes o derechos con arreglo a criterios de mercado". Con la referencia a ese "destino del importe" se evidencia que se está pensando fundamentalmente en aquellos casos en que la fundación se desprende de ciertos bienes inmuebles para obtener a cambio una cantidad de dinero (básicamente, pues, venta de inmuebles fundacionales) y no otro bien.

Tras establecer estas exigencias, el Reglamento no precisa las causas por las que el protectorado puede autorizar o denegar la autorización previa. Se limita a indicar que el protectorado puede solicitar una valoración pericial (art. 4.3 RF). Con ello nos encontramos huérfanos de criterios acerca de la fundamentación de la decisión del protectorado: ¿es posible que se niegue la autorización cuando la fundación pueda obtener por el bien inmueble un precio superior a su valoración en el mercado, y a la inversa, que se conceda la autorización a pesar de que el importe establecido sea inferior al del mercado? En este punto parece que habrán de tenerse en cuenta, con carácter primordial, las "razones en que se fundamenta la enajenación" alegadas por la propia fundación.

b) Gravamen de bienes inmuebles (art. 5 RF). Aunque el art. 5.3 RF se remite en cuanto a procedimiento y documentación necesarios para el establecimiento del gravamen a lo previsto en el art. 4 RF (relativo, como hemos analizado, a la enajenación de bienes inmuebles), el art. 5.2 RF requiere que se expresen otras circunstancias:

- Respecto a los préstamos hipotecarios, hay que determinar expresamente su cuantía y el destino del principal, la valoración del bien (gravado) conforme a los criterios empleados por las entidades de crédito, los intereses pactados y el plazo para el cumplimiento de la obligación garantizada.

- Respecto a usufructos, derechos de superficie u otra clase de gravámenes, hay que expresar el valor de los derechos reales que se pretende constituir, conforme a las reglas del impuesto sobre transmisiones patrimoniales, la duración y los elementos y condiciones esenciales del gravamen.

En ciertos aspectos, estas previsiones son reiterativas en relación a las contenidas en el art. 4.2 RF y presentan el mismo defecto que esa norma: no determinan las causas por las que el protectorado puede negar o aceptar el gravamen de los bienes fundacionales.

c) Enajenación y gravamen de establecimientos mercantiles o industriales (art. 6 RF). En la medida que el art. 6 RF se remite para la enajenación y el gravamen de establecimientos mercantiles o industriales simplemente a lo previsto en los arts. 4 y 5 RF, son extrapolables a este contexto las objeciones que allí se efectuaban respecto a la oscuridad que preside las decisiones del protectorado.

d) Enajenación y gravamen de bienes muebles (art. 7 RF). A pesar de la generalidad con que se aborda esta categoría, debe subrayarse su carácter residual pues sólo atiende a los bienes muebles que no sean valores o participaciones en sociedades (*cfr*. arts. 8 y 9 RF).

La enajenación y gravamen de estos bienes muebles de la fundación se produce básicamente mediante una remisión a las pautas sentadas en relación a la enajenación y gravamen de los bienes inmuebles: de los cinco párrafos del art. 7.1 RF, cuatro se remiten a lo dispuesto en los arts. 4 y 5 RF. Sin embargo, a mi juicio, en este punto lo más significativo estriba en el único apartado del art. 4 RF para el cual se rechaza esta aplicación. En efecto, por obra de esas remisiones, se aplican a la enajenación y gravamen de bienes muebles los apartados 2.a) y b), 3, 4 y 5 del art. 4 RF y el art. 5.2 RF. En lo que ahora interesa, ello significa que se exige la "[m]emoria acreditativa de las características del bien o derecho objeto de la enajenación y de los elementos y condiciones del negocio jurídico, con exposición de las razones en que se fundamenta la enajenación e indicación del destino del importe", pero no se requiere la "valoración de los bienes o derechos con arreglo a criterios de mercado". La no exigencia de

esta valoración, aunque puede ser suplida por la valoración pericial a solicitud del protectorado *ex* art. 4.3 RF, dificulta aún más el conocimiento de los criterios con arreglo a los que la autoridad administrativa va a fundamentar su decisión. Acaso se busque con ello acentuar la flexibilidad de la enajenación y el gravamen de los bienes muebles, pero, además de responder a una concepción económicamente superada de esos bienes, presenta el grave riesgo de crear más problemas de los que resuelve.

e) Enajenación y gravamen de valores (art. 8 RF). En primer lugar, se observa una diferencia en relación a la enajenación y gravamen de otros bienes muebles: el protectorado "podrá exigir que se le acrediten las condiciones y circunstancias concurrentes" (art. 8.1.I RF). Esta facultad del protectorado no se prevé, en cambio, en el más general art. 7 RF.

Además, en caso de valores de cotización bursátil, se debe adjuntar valoración de los mismos de acuerdo con la cotización media del último trimestre. Si no cotizan en bolsa, hay que acreditar su valor por certificación de perito. Si son valores negociables, su valor será el teórico al tiempo del último balance aprobado (art. 8.3 RF).

De gran interés resulta la previsión del art. 8.4 RF, similar a la del art. 4.7 RF. En caso de valores de cotización bursátil, se puede solicitar al protectorado una autorización para enajenar los mismos (o los que los sustituyan) en cualquier momento durante el ejercicio a cuyo comienzo se efectúa la solicitud. Para conceder esta autorización, el protectorado debe analizar "si las circunstancias del caso lo hicieran aconsejable" y que la enajenación se efectúe "por un precio superior al de adquisición, salvo que circunstancias de mercado aconsejen lo contrario", extremo éste que debe mencionarse en la solicitud de autorización y en el escrito de concesión. En caso de concesión de esta autorización, el patronato debe comunicar trimestralmente al protectorado las enajenaciones y los gravámenes efectuados y éste puede revocar la autorización "si considera perjudiciales aquéllos para los intereses de la fundación, sin perjuicio de la eficacia de las operaciones ya efectuadas".

Desde la perspectiva que ahora interesa, la importancia del art. 8.4 RF no sólo estriba en la flexibilidad que aporta al régimen de control del protectorado, sino en su consideración del beneficio experimentado por la fundación a través de la operación. En efecto, la regla básica se limita a la concesión de esta particular autorización en aquellos casos en que la fundación obtenga un beneficio a través de la diferencia entre el precio pactado y el de adquisición.

f) Enajenación y gravamen de participaciones en sociedades mercantiles (art. 9 RF). Tratando de seguir el esquema de la Ley de Fundaciones, el Reglamento establece un régimen diferente en función de si la participación se refiere a sociedades mercantiles personalistas o no personalistas, y en aquel caso si la participación es mayoritaria o no. Pero no en todos los supuestos se exige autorización previa del protectorado.

La autorización previa del protectorado se requiere, como en los casos anteriores, para la enajenación o el gravamen de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles no personalistas cuando se verifiquen los criterios del art. 19.1 LF. Se debe proceder conforme a lo dispuesto en los apartados 3, 4 y 5 del art. 4 RF y, así mismo, se exige la documentación prevista en el art. 4.2.a) y b) RF, esto es, en lo que ahora importa supone que no se requiere la "valoración de los bienes o derechos con arreglo a criterios de mercado" del art. 4.2.c) RF.

La exigencia de puesta en conocimiento del protectorado se plantea con carácter residual, a pesar del tenor del art. 19.3 LF. En efecto, ese requisito no se establece respecto a toda operación relativa a cualquier bien o derecho de la fundación que no reúna los requisitos del art. 19.1 LF (formar parte de la dotación, estar directamente vinculadas al cumplimiento de los fines fundacionales o representar un valor superior al veinte por cien del activo fundacional conforme al último balance anual). Ha de tratarse, además, de un bien inmueble, establecimiento mercantil o industrial, valores mobiliarios que representen participaciones significativas en los anteriores u objetos de extraordinario valor. Dada la estructura de la norma, cualquier enajenación de un bien inmueble o de un establecimiento mercantil o industrial debe ser puesta en conocimiento del protectorado. Pero sólo cuando los valores mobiliarios supongan una participación significativa o sea un objeto de extraordinario valor se requiere el cumplimiento de esa exigencia. En todo caso, téngase en cuenta que cuando la alteración sea

superior al diez por ciento del activo de la fundación, debe hacerse constar en el registro de fundaciones al término del ejercicio económico (art. 19.4 RF).

En otras palabras, la enajenación y el gravamen de valores mobiliarios que entrañen una participación no significativa o no tengan un extraordinario valor (y que no supongan una alteración superior al diez por ciento del activo de la fundación) representan el ámbito donde el control administrativo pierde mayor intensidad.

Brevemente, veamos las características de las operaciones que requieren comunicación inmediata al protectorado:

a) enajenación de bienes inmuebles (art. 4 RF). La comunicación de la enajenación al protectorado debe efectuarse en el plazo de diez días, siendo acompañada "de una exposición de las circunstancias concurrentes en el negocio jurídico" (art. 4.6 RF).

b) Gravamen de bienes inmuebles (art. 5 RF). Según el art. 5.4 RF, la comunicación del gravamen al protectorado también debe efectuarse en el plazo de diez días, detallando "todas las circunstancias concurrentes" que establece el art. 5.2 RF, ya mencionado.

c) Enajenación y gravamen de establecimientos mercantiles o industriales (art. 6 RF). La remisión a lo dispuesto en los arts. 4 y 5 RF implica que sean de aplicación a estos supuestos las previsiones relativas a la puesta en conocimiento del protectorado de la enajenación y el gravamen de bienes inmuebles.

d) Enajenación y gravamen de bienes muebles (art. 7 RF). Como hemos señalado anteriormente, ha de tratarse de bienes muebles de extraordinario valor y no han de concurrir las circunstancias que requieran autorización previa. La enajenación o el gravamen se comunicará al protectorado en el plazo de diez días hábiles desde su formalización; por remisión al art. 4.6.II RF, debe acompañarse "una exposición de las circunstancias concurrentes en el negocio jurídico".

e) Enajenación y gravamen de valores (art. 8 RF). A diferencia de la enajenación y gravamen de otros bienes muebles, cuando se trate de valores mobiliarios que representen participaciones significativas en el capital de entidades mercantiles o industriales o de tenencia de bienes inmuebles, hay que acompañar la comunicación inmediata de "una exposición de las circunstancias concurrentes" (art. 8.2.I RF). Obsérvese que no se trata aquí de una facultad del protectorado como la prevista en el art. 8.1.I RF, sino de una exigencia legal.

En caso de valores de cotización bursátil, al formular la comunicación inmediata se debe acreditar el importe de la cotización del día anterior al de la venta, cuya fecha deberá hacerse constar. Si no cotizan en bolsa, hay que acreditar su valor por certificación de perito. Si son valores negociables, su valor será el teórico al tiempo del último balance aprobado (art. 8.3 RF). Mas lo que no indica el Reglamento es la transcendencia de la diferencia, sea a favor, sea en contra de la fundación, entre el importe de la cotización o su valor pericial y el efectivamente pactado por el patronato.

f) Adquisición, enajenación y gravamen de participaciones en sociedades mercantiles (art. 9 RF).

La importancia de este art. 9 RF radica en que no se limita, como el resto de preceptos reglamentarios analizados, a referirse como posibles negocios a la enajenación y el gravamen, sino que alude también a la adquisición de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles no personalistas. En esa hipótesis, el Reglamento entiende que no se requiere autorización previa, sino que basta con ponerlas en conocimiento del protectorado en cuanto se produzcan (*cfr*. art. 9.2 RF). Hay que destacar que en este punto el Reglamento no se apoya en el art. 19 LF: la Ley de Fundaciones establece en su art. 22.3 la exigencia de puesta en conocimiento del protectorado de las operaciones de adquisición de participaciones mayoritarias en sociedades no personalistas. Pero el problema surge porque en el art. 22.3 LF, con independencia de la cuantía comprometida en la operación, se limita a exigir una puesta en conocimiento del protectorado. ¿Qué régimen se debe aplicar si la suma invertida representa más del veinte por ciento del activo patrimonial de la fundación? ¿El art. 22.3 LF o el art. 19.1 LF? Evidentemente, por lo dicho hasta aquí, la aplicación de este último precepto me parece mucho más justificada.

Como establece el art. 9.2 RF, se exige puesta en conocimiento del protectorado de: a) la adquisición

de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles no personalistas (*cfr*. art. 22.3 LF); b) la enajenación y el gravamen de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles no personalistas, cuando no reúnan los requisitos del art. 19.1 LF. En estos supuestos, la comunicación debe ser acompañada "de una exposición de las circunstancias concurrentes en el negocio jurídico, así como cualesquiera otros extremos relevantes que el patronato estime necesarios para una adecuada información".

De la regulación de la participación en sociedades mercantiles personalistas prevista en el art. 9.4 RF, merece destacarse que se debe proceder a su enajenación en dos supuestos: a) cuando la participación sea mayoritaria y el patronato no pueda efectuar la transformación en una forma jurídica que limite su responsabilidad en el plazo prefijado (no inferior a dos meses); b) cuando la participación sea minoritaria. En ambos supuestos, a la hora de fijar el plazo de venta, "el protectorado debe considerar que no se produzca quebranto patrimonial a la fundación". Ahora bien, el incumplimiento por parte del patronato del requerimiento de enajenación efectuado por el protectorado no repercute en la titularidad de esa participación por la fundación, sino que, en su caso, supone el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los patronos.

La exposición de los supuestos de autorización previa y puesta en conocimiento del protectorado en relación a ciertas operaciones sobre los bienes y derechos de la fundación pone de relieve una serie de consideraciones que son de utilidad al compararlas con las que se derivan del régimen de la autocontratación de los patronos.

En efecto, ni la Ley ni el Reglamento de Fundaciones suministran criterios que permitan con carácter general predecir el sentido de la decisión administrativa. La única previsión general es que "[l]as resoluciones han de ser siempre motivadas" (*cfr*. art. 4.4 RF). No son tampoco excesivamente exigentes a la hora de determinar los datos que debe suministrar la fundación para proceder a la disposición de esos bienes y derechos. El art. 19.1 se limita a permitir que el protectorado exija "que se le acrediten las condiciones y circunstancias concurrentes". Más en particular, no se generaliza la determinación del valor de esos bienes conforme a criterios de mercado y, cuando se exige esta precisión, no se condiciona, como sí ocurre en el art. 15.4.b) RF, la resolución del órgano administrativo.

¿Cuáles son las razones que pueden explicar este planteamiento normativo? En última instancia, parece que se pretende evitar un absoluto maniatamiento de las posibilidades de las fundaciones de operar con cierta libertad en el tráfico jurídico-económico, que se hubiera producido de exigir que en cualquier operación la fundación obtuviera un beneficio. Pero quizá hubiera sido conveniente establecer de antemano criterios y parámetros de decisión en relación a la resolución del protectorado, para evitar incertezas y discriminaciones.

El régimen de las donaciones se sitúa en unos parámetros normativos completamente diferentes. Sin necesidad de replantear la polémica naturaleza de la donación, el criterio de la Ley de Fundaciones resulta plausible en la medida que atendiendo al carácter gratuito de la misma, unifica su tratamiento al de las herencias y los legados. Aparte de lo previsto en la frase final del art. 19.1 LF, la cuestión de las donaciones entre fundación y patrono debe, por tanto, plantearse en otros términos.

Nada impide que un patrono done a la fundación a cuyo órgano de gobierno pertenece. Es más, parece que ésta puede ser una de las formas de designación por las que se pasa a formar parte del patronato, incluso con posterioridad al negocio fundacional. El art. 20 LF se plantea únicamente la hipótesis de fundación-donataria. Más compleja resulta la donación de la fundación en favor del patrono (fundación-donante). El principal obstáculo se encuentra en la prohibición de remuneración que pesa sobre los patronos (art. 13.4 LF). Ahora bien, si esa atribución gratuita se articula en tanto que cumplimiento de la finalidad fundacional, y se actúa con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de los beneficiarios (art. 21 LF), la cuestión puede cambiar de cariz. Sin embargo, esta hipótesis se encuentra limitada en su transcendencia fiscal si el patrono es a la vez fundador: el art. 42.3.I LF no considera entidad sin fin lucrativo aquélla en la que el fundador y su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado inclusive sean los destinatarios principales de las actividades que se realicen por las entidades o gocen de condiciones especiales para beneficiarse de

sus servicios. Obsérvese que la limitación sólo se predica de los fundadores de esas entidades y no de los miembros de sus órganos de gobierno en cuanto tales. Para éstos, el art. 43.I LF sólo establece, como limitación que excluye los beneficios fiscales, la falta de interés económico en los resultados de la actividad, por sí mismos o a través de persona interpuesta. En todo caso, con mayor razón, el negocio de donación en favor del patrono debe quedar sometido a los requisitos del art. 19 LF, si se verifican los presupuestos objetivos allí descritos.

C. La autorización previa del protectorado

Cuando se pretende analizar cualquier solución normativa, suele ser importante no perder de vista otras posibilidades que el legislador tenía a su disposición porque permiten entender de una manera más certera el sentido de la concreta regla adoptada. Esta perspectiva se revela especialmente interesante en el ámbito de las fundaciones, porque entre la absoluta libertad y la rígida prohibición de la autocontratación, la autorización previa del protectorado manifiesta también una particular interpretación de la autonomía de las fundaciones y de su control administrativo. En este mismo sentido, hay que destacar que la exigencia de autorización previa supone una de las posibles medidas de control administrativo, pero que se podían, aun dentro del ámbito administrativo, haber adoptado otras.

Los caracteres del mecanismo de control previsto para el caso de autocontratación de los patronos son básicamente dos: por una parte, su carácter previo, y, por otra, su carácter administrativo. Más adelante analizaremos la incidencia de la autorización (o de su falta) en la estructura del negocio celebrado.

La autorización debe concederse con carácter previo. La cuestión es de importancia porque desde este punto de vista temporal existían otros mecanismos, que además inciden de otro modo en la estructura del negocio. En efecto, en lugar de la autorización previa del protectorado, se podía haber establecido una comunicación inmediata de la operación al órgano administrativo (*cfr*. art. 19.2 LF) o una simple constancia de la operación en el registro de fundaciones al término del ejercicio económico (*cfr*. art. 19.4 LF). Estas posibilidades, no adoptadas por el legislador, revelan el interés del mismo por someter a un mayor control las operaciones que los miembros del órgano de gobierno de fundación efectúa con la misma. Dejando al margen la hipótesis de la prohibición absoluta (*cfr*. art. 22.1 LF), la autorización previa constituye la máxima manifestación de control por el protectorado que recoge la Ley de Fundaciones.

En cambio, la comunicación inmediata o la constancia de la operación despliegan su eficacia de un modo diverso. La administración no supedita con su decisión la validez del acto, pero el conocimiento que tiene del mismo puede permitirle desencadenar una acción de responsabilidad o de cese contra los patronos. De esta manera, el protectorado puede utilizar esos mecanismos para verificar la actuación diligente de los patronos: no salimos, por tanto, del sistema instaurado con carácter general por el art. 15.1 LF.

¿Es aplicable analógicamente la posibilidad de conceder una autorización anual, prevista en el art. 4.7 RF (*cfr*. también art. 8.4 RF), en los supuestos de autocontratación? La cuestión es muy dudosa. Se trata de una posibilidad prevista para supuestos excepcionales, en función del fin o de la actividad fundacional. Hay que reconocer que, en principio, esta posibilidad no parece revestir la misma importancia en los casos de autocontratación, aunque también es evidente que pueden existir supuestos-límite. Obsérvese además que los preceptos dedicados a la enajenación y gravamen de los bienes muebles y de participaciones mayoritarias excluyen de su remisión al art. 4 RF su apartado 7.

La autorización es, además, concedida o denegada por el protectorado. Se instaura en consecuencia un control de carácter administrativo que resulta tanto más significativo cuanto que supone el rechazo de la atribución de ese control a otros

entes, sea a la propia fundación [*cfr*. art. 15.3.a) LF o art. 15.5 RF], sea a la autoridad judicial (*cfr*. art. 20.3 LF). La solución de la intervención administrativa revela que el legislador continúa manteniendo una concreta visión de las relaciones entre la fundación y los poderes públicos y que perpetúa ciertas instancias de control más propias de anteriores épocas.

Es evidente que, en comparación con otras organizaciones jurídicas, la peculiar estructura orgánica de la fundación incide de manera directa en su régimen normativo. A causa de la carencia de una base asociativa, la acumulación de funciones (y también de poder) que se produce en el seno del patronato no tiene parangón con otras personas jurídicas y obliga a extremar controles que en otros casos son atribuidos a otros órganos dentro del concreto esquema organizativo.

La exigencia de autorización del protectorado se puede relacionar asimismo con la exigencia de diligencia del patronato. En mi opinión, en aquellos casos en que el protectorado conceda su autorización para la autocontratación se excluirá la responsabilidad de los patronos por tal acto, en la medida que han actuado con el mínimo de diligencia exigible.

El problema del control del patronato existe sin duda. Ahora bien, lo que, a mi juicio, no resulta tan claro es que ese control deba tener la intensidad y las características del que establece nuestra Ley de Fundaciones. Resulta díficil determinar hasta qué punto las funciones, que en otras organizaciones son asumidas por la pluralidad de sus miembros, puedan ser adecuadamente ejercidas por el protectorado sin producir una entorpecedora intromisión en la esfera de autonomía de las fundaciones.

La Ley de Fundaciones perfila el control administrativo con carácter necesario, sin admitir, salvo excepciones muy concretas (*cfr*. art. 20.3 LF), mecanismos alternativos. Acaso hubiera sido más adecuado que ese control se estableciera con carácter subsidiario, esto es, a falta de una previsión expresa del fundador en orden a la existencia de órganos de control de la actuación de los patronos. Nada se opone a la existencia de esos órganos de control y probablemente dispongan de mejores y más eficientes mecanismos para examinar la actuación de los patronos. Cuando a través de estas vías se establezca un control interorgánico en el seno de la fundación, la necesidad de acudir a un control externo y previo se revela menor. Sin perjuicio de las funciones fiscalizadoras de la administración que con carácter posterior puedan efectuarse, el sistema que ahora se comenta no difiere en exceso del que normativamente se ha adoptado en relación a la actuación de los apoderados en el art. 15.5 RF.

La duda surgirá en aquellos casos en que exista ese órgano estatutario de control de la actuación de los patronos y se obtenga su autorización o conformidad para la autocontratación: ¿se elimina la necesidad de contar con la autorización (previa) del protectorado? Dados los términos en que se expresa nuestra Ley, no parece que actualmente pueda excluirse la autorización del órgano administrativo, sin perjuicio de que, aunque no lo exija el Reglamento, el parecer de ese órgano interno de control, pueda ser tomado en consideración.

Centrándonos ahora en la concreta articulación de la autorización del protectorado, hay que comenzar por resaltar que se trata de una cuestión confiada absolutamente al desarrollo reglamentario (*cfr*.apartados 2-4 del art. 15 RF). El

laconismo del precepto legal implica su silencio acerca de qué documentación debe aportarse con la solicitud, del plazo en que debe ser resuelta y las causas por las que puede negarse la autorización.

La sistemática del art. 15 RF aconseja analizar como problemas separados tres cuestiones diversas, alterando ligeramente su orden: los elementos formales que debe reunir la solicitud de autorización, las razones en que el protectorado puede basarse para denegar la autorización y, por último, los aspectos procedimentales de la decisión de la administración.

A) En cuanto a la solicitud de autorización para autocontratar, el art. 15.2 RF establece, en primer lugar, cuál es el sujeto obligado a cursarla. A pesar de que la limitación afecta a los miembros del órgano de gobierno, es el patronato en cuanto órgano el que debe comunicarla al protectorado. La solicitud debe ser acompañada de diversos documentos:

a) "Copia del documento en que se pretende formalizar el negocio jurídico de autocontratación". Esta concreta exigencia no puede considerarse en absoluto un ejemplo de rigor jurídico. Por un lado, parece suponer que todos los contratos celebrados por la fundación se formalizan documentalmente. Por otro, alude, como hemos indicado antes, a una categoría inexistente: no hay un negocio jurídico abstracto que suponga un caso de autocontratación, sino que esta situación se verificará en cada caso concreto en función de los sujetos que intervienen en el mismo. La autocontratación puede producirse en relación a cualquier clase de contrato.

Existe otro factor que contribuye a difuminar los perfiles de este requisito: ¿qué alcance tiene, en cuanto a su contenido, ese documento que pretende recoger el negocio donde se constate la autocontratación? ¿Cuál es el grado de concreción que resulta exigible para que nos podamos hallar efectivamente ante un supuesto de autocontratación y no de tratos preliminares? Obsérvese que de la respuesta que se dé a este interrogante depende la calificación de los actos realizados antes de la concesión o de la denegación de la autorización previa, pues, en el fondo, nos estamos planteando si ya existe o no contrato entre la fundación y el patrono.

b) "Certificación del acuerdo del patronato por el que se dispone la realización de la autocontratación". La exigencia de un acuerdo del patronato resulta coherente con la circunstancia que la legitimación para cursar la solicitud le corresponda al mismo. Mas existe otro factor que explica, con un fundamento más sólido, el sentido de esta norma: el art. 14.1 LF excluye de la delegación de facultades del patronato, además de la aprobación de las cuentas y del presupuesto, aquellos actos que requieran la autorización del protectorado. Como es evidente que la autocontratación es uno de estos actos, es consecuente la exigencia de un acuerdo del patronato.

El acuerdo del patronato acerca de la autocontratación no difiere de otras decisiones de este órgano. Salvo que estatutariamente se disponga un quórum reforzado, bastará con una decisión mayoritaria, conforme a las reglas que rigen el funcionamiento de los órganos colegiados. Tampoco hay especialidad alguna en orden al sujeto encargado de la certificación de ese acuerdo, función que normalmente recaerá en el secretario del patronato.

La falta de especialidades de este acuerdo debe ser destacada en otro sentido. En principio, nada impide al patrono o patronos beneficiados con la autocontratación concurrir a la formación de la decisión del órgano colegiado. Cuestión distinta, naturalmente, es que en su caso la exigencia de responsabilidad, a causa de su negligencia, les afecte de una manera más directa.

c) "Documento acreditativo de los recursos económicos destinados al negocio jurídico, así como justificación del valor actual del bien o servicio que se desea contratar con el patrono". Esta exigencia revela que la hipótesis en la que está pensando el art. 15.2 RF no es otra que la adquisición de bienes o servicios del patrono por parte de la fundación, a pesar del carácter más general del art. 15.4.b) RF. Como he intentado demostrar antes, este planteamiento está supeditado a una determinada (y, a mi juicio, inadecuada) lectura del art. 19 LF. Desde mi perspectiva, nada impide que nos hallemos ante un supuesto de autocontratación cuando el patrono desea adquirir un bien o derecho de la fundación, concurran o no los requisitos que prevé el art. 19.1 LF. De lo contrario, existiría una serie de supuestos en los que verificándose un autocontrato pudiera no existir control del protectorado si no se dan los requisitos del art. 19 LF: considero, por tanto, que la participación de los patronos en un contrato con la fundación repercute de manera necesaria en la exigencia de control administrativo.

No se indica en este caso qué origen tiene el documento acreditativo de los recursos (¿bastará cualquier certificación bancaria?), ni cómo se puede justificar que efectivamente están destinados a cierto negocio y no lo están concurrentemente a otro.

Una transcendencia decisiva reviste la valoración del bien o servicio, porque de su comparación con los recursos económicos destinados se deducirá de forma directa el cumplimiento o el incumplimiento de uno de los motivos que justifican la denegación de la autorización por el protectorado.

Nada prevé el art. 15 RF acerca de la posibilidad del protectorado de solicitar un informe pericial acerca del valor del bien o servicio objeto de intercambio. La cuestión, en cambio, como hemos visto, sí aparece contemplada en los arts. 4.3 (al que se remite el Reglamento en otros supuestos) y 8.3.II RF. Ante el silencio normativo, no parece haber obstáculo en una aplicación analógica de esos criterios, que por lo demás puede explicarse por el hecho de que el protectorado entienda que los documentos presentados por el patronato no constituyen "justificación" del valor de esos bienes o servicios [art. 15.2.c) RF] o que la solicitud no se presente "debidamente documentada" (art. 15.3.II RF). Piénsese que, en la interpretación que aquí se defiende, ese informe pericial podrá solicitarse directamente en aquellos casos en que la fundación pretenda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimiento mercantiles o industriales, bienes muebles, valores o participaciones en sociedades.

Del mismo modo, puede ser oportuna la aplicación (analógica o directa, según la posición que adopte la fundación respecto a la enajenación o el gravamen del bien) de la posibilidad prevista en el art. 4.3 RF en su inciso final. En consecuencia, la solicitud de autocontratación será informada por el protectorado y si el informe es contrario, se dará traslado al patronato para que alegue lo que corresponda en un plazo de quince días.

Finalmente, cabe advertir que, habida cuenta de los motivos por los que el protectorado puede denegar la autorización (*cfr*. art. 15.4 RF), y a pesar del silencio del art. 15.2 RF, puede ser conveniente indicar y acreditar explícitamente en la correspondiente solicitud que no concurren esos motivos denegatorios.

B) Las razones por las que reglamentariamente el protectorado puede denegar la autorización previa se recogen en el art. 15.4 RF. Su mera lectura suscita dos dudas de diferente alcance, previas al análisis de las concretas causas de denegación. Por un lado, hay que preguntarse por el carácter de esa enumeración: ¿tiene carácter de *numerus apertus* o de *numerus clausus*?. Por otro, ¿cuál es el margen de flexibilidad del protectorado, una vez verificada la concurrencia de una de esas causas? ¿Puede conceder la autorización a pesar de la constatación de esa causa?

En primer lugar, por lo que respecta al sentido de la enumeración del art. 15.4 RF, en la medida que instaura un control administrativo que limita la autonomía propia de los entes fundacionales, debe ser interpretada restrictivamente. En consecuencia, el protectorado sólo podrá negar su autorización cuando concurra una de las dos causas reglamentariamente previstas.

¿Qué sucede si el servicio que se desea contratar con el patrono a precio de mercado es objeto de una oferta excepcionalmente baja por un tercero (o por otro patrono)? La cuestión es dudosa, dado el sentido del art. 15.4.b) RF, pero si el precio del servicio inicialmente ofrecido por el patrono es su valor actual, me parece que deberá concederse la autorización. Cuestión distinta es que esa actuación del patronato evidencie negligencia y permita el ejercicio de la acción de responsabilidad por los daños causados.

En segundo lugar, y en la misma línea interpretativa, considero que la actuación de la administración una vez verificada la concurrencia o la carencia de las causas enumeradas en el art. 15.4 RF está reglada. No puede el protectorado conceder la autorización si se constata una de esas circunstancias, ni negarla si no se aprecia su existencia. De lo contrario, carece de sentido la previsión reglamentaria de esos supuestos y se acentúa, más que la flexibilidad, la incertidumbre en torno al ámbito de actuación del patronato y el grado de control de las decisiones del protectorado.

Las causas reglamentariamente establecidas para denegar la autorización son las siguientes:

a) "Cuando el negocio jurídico encubra una remuneración por el ejercicio del patronato". La previsión entronca con el tajante (y criticable) art. 13.4 LF, que prohibe la retribución por el ejercicio del cargo de patrono. Así las cosas, puede pensarse que escaso alcance tiene el precepto reglamentario, en cuanto no hace sino recordar lo que ya dispone la Ley de Fundaciones. La principal virtualidad de la norma reglamentaria estriba en que sanciona los negocios de autocontratación que "encubran" una remuneración por el desempeño del cargo. Pretende, por tanto, recordar que la prohibición opera no sólo en los negocios que directamente la persigan, sino también en aquellos que por cualquier vía intenten un resultado parecido. Se trata de una aplicación de categorías generales de anomalías negociales (negocios fraudulentos, simulados, indirectos, etc.) y, por ello, hasta cierto punto innecesaria.

b) "Cuando el valor de la contraprestación que deba recibir la fundación sea inferior al valor de la prestación que deba realizar la misma". La comparación

entre ambos valores deriva de lo previsto en el art. 15.2.c) RF, pero, como hemos señalado, no puede identificarse con ese supuesto que se limita a la hipótesis en que la fundación adquiere un bien o servicio del patrono. El art. 15.4.b) RF tiene un sentido más amplio y no condiciona en modo alguno el intercambio de prestaciones entre la fundación y el patrono.

La comparación entre los valores de la prestación y de la contraprestación que impone el art. 15.4.b) RF reviste una indudable transcendencia en cuanto proporciona un criterio predeterminado, objetivo y general para la concesión o la denegación de la autorización del protectorado. En efecto, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de supuestos de enajenación o gravamen de bienes fundacionales (arts. 4-9 RF), aquí se establece una pauta concreta en orden a la admisión o el rechazo de la operación. Cuestión distinta es si esta decisión no peca de rigidez en la medida que sólo permite los supuestos de autocontratación cuando la fundación experimenta un beneficio con la operación. Piénsese que una regla próxima a la aquí analizada como es el art. 8.4 RF establece como criterio general la enajenación de valores a un precio superior al de adquisición, "salvo que circunstancias de mercado aconsejen lo contrario". No deja de ser curioso el silencio reglamentario en la determinación de las pautas decisorias para unos supuestos que, sin duda, van a ser más frecuentes, como los previstos en los arts. 4-9 RF, y la concreción que se establece en casos marginales como, en el fondo, suelen ser los de autocontratación.

En última instancia, esta regla parece explicarse a la vez desde dos puntos de vista. Por una parte, se presenta como el corolario de la prohibición de remuneración de los patronos, entendida aquí ya no como prohibición en relación al ejercicio del cargo, sino también en todas sus relaciones con la fundación, lo que en realidad no impone la Ley. Por otra parte, constituye una aplicación de los criterios que rigen la admisibilidad de las hipótesis de autocontratación: la inexistencia de conflicto de intereses entre el representado y el representante se aprecia sólo en la medida que aquél (la fundación) no experimenta una pérdida económica con la operación.

El art. 39.1 DFVasc exige que el miembro del órgano de gobierno de la fundación que desee contratar con ésta aporte "la documentación necesaria que justifique suficientemente la inexistencia de contraposición de intereses en relación con la contratación a llevar a cabo". Esta previsión tiene, evidentemente, un carácter más amplio que la contenida en el Reglamento de Fundaciones.

C) El art. 15.3 RF se ocupa de cuestiones relativas fundamentalmente al procedimiento administrativo que se debe seguir para la concesión o la denegación de la autorización del protectorado. La norma presenta numerosos puntos de coincidencia con el art. 4.4 RF y constituye una aplicación de las pautas del art. 33 LF.

El protectorado dispone de un plazo de tres meses para resolver la solicitud. El transcurso del plazo sin que hubiese recaído resolución expresa permite entender estimada la solicitud (*cfr*. art. 43 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común). Para que el acto presunto surta efectos frente a la administración y a los particulares, se exige certificación del mismo (*cfr*. art. 44 Ley 30/1992), con lo que evidentemente se amplía el período temporal previsto en el art. 33 LF y puede repercutir negativamente en la gestión de la fundación.

El planteamiento de la Ley estatal en orden a la autorización en caso de autocontratación mediante el

silencio administrativo no constituye excepción aislada, sino que es una regla sentada por el art. 33 LF con un carácter más amplio (*cfr*. arts. 19.1 y .2; y 20.2 y .3 LF). En cambio, en el art. 37 LVascF (*cfr*. art. 39.2 DFVasc), la autorización para el supuesto de autocontratación, que se entiende otorgado transcurrido el plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud sin que haya resolución expresa, representa una singular excepción, pues "[e]n los restantes casos en los que se solicite la autorización o aprobación del protectorado, siempre que no haya recaído resolución expresa en el plazo arriba mencionado [tres meses], se entenderá desestimada la solicitud formulada".

Ahora bien, ese plazo quedará interrumpido (o, quizá mejor, suspendido) cuando el protectorado estime, mediante acto motivado y notificado al patronato, la concurrencia de una de estas dos circunstancias: a) que no se reúnen los requisitos necesarios; b) que no se presente debidamente documentado. Los problemas de documentación no ofrecen grandes dificultades interpretativas: se trata de verificar si se cumplen las exigencias que en este sentido impone el art. 15.2 RF. Más complejo es determinar qué alcance tiene la falta de requisitos necesarios de la solicitud para determinar la suspensión del plazo. Hay que entender que no puede estar refiriéndose a elementos sustanciales para autorizar la autocontratación (*cfr*. art. 15.4 RF), pues en tal caso lo que procede no es la suspensión de plazo, sino directamente la denegación de la autorización. Por ello, ha de referirse a aspectos de la solicitud, distintos a los documentales que prevé el art. 15.2 RF: por ejemplo, la solicitud no es presentada por el patronato, o no se acredita adecuadamente su condición de tal, etc.

Obsérvese que la falta de requisitos necesarios de la solicitud o su presentación carente de la debida documentación significa que el plazo de tres meses para la resolución queda suspendido. No vuelve a iniciarse un nuevo plazo en el momento en que el patronato haya subsanado esos defectos, sino que continúa por el tiempo que reste. Esta solución beneficia sin duda a la fundación porque no amplía el período de resolución del que dispone la administración.

Finalmente, el art. 15.3.II RF exige que las resoluciones del protectorado (sin distinguir su contenido positivo o negativo) sean siempre motivadas. Idéntica exigencia se contiene en el art. 4.4.II RF, pero en esa norma tiene un alcance diverso por cuanto no se precisan, como hace el art. 15.4 RF, criterios conforme a los cuales la administración concederá o denegará la autorización.

E. Efectos de la autocontratación sin autorización del protectorado

La autocontratación en la que se cumplen perfectamente los requisitos previstos en los arts. 26 LF y 15 RF no presenta problema alguno: el contrato despliega todos sus efectos en la medida que se trata de un acto totalmente válido y regular. No hay, pues, especialidad alguna destacable cuando se ha obtenido correctamente la autorización del protectorado. Los problemas surgen si se lleva a cabo la autocontratación sin contar con la preceptiva autorización previa del protectorado. En tal caso, ¿qué consecuencias se derivan? Se trata de determinar en qué medida la eficacia o la validez del negocio se ve afectado por la falta de ese elemento externo.

Como es sabido, diversas son las calificaciones que en supuestos similares han recibido esos actos y cabe encontrar razones de cierto fundamento en defensa de cada una de ellas. Conviene observar, desde una perspectiva general, que las peculiares circunstancias de cada caso de representación inciden de manera directa en la calificación que merece el negocio anómalo. En este ámbito general,

los criterios en cuya virtud se admite la autocontratación suelen ser la licencia o autorización del representado o de otro sujeto y la ausencia de conflicto de intereses. La relación entre ambos criterios, no todo lo clara que sería de desear, no debe ser objeto de estudio ahora. Lo que nos debe preocupar es que legalmente se ha descartado la posibilidad de acudir como criterio de justificación de la autocontratación a la licencia de la fundación, en la medida que ésta se gobierna precisamente a través del patronato. Otro factor que debemos resaltar, por su incidencia en el tratamiento de la autocontratación de los patronos, se encuentra en el carácter de su representación en relación a la fundación. Califíquese, o no, de orgánica, son evidentes las diferencias que median entre la misma y la representación legal y la voluntaria y, en consecuencia, la dificultad de extrapolar pautas de solución dictadas para éstas últimas. Por ello, el problema de la autocontratación de los patronos se encuentra más próximo al que se suscita, por ejemplo, respecto a los administradores de las sociedades mercantiles, que a la autocontratación de los padres o los tutores.

En la regulación de las fundaciones existe un elemento normativo que debe ser tomado en consideración. El art. 10 RF, bajo la rúbrica "[e]najenaciones y gravámenes defectuosos", establece qué sucede cuando se ha procedido a una de las enajenaciones o gravámenes sin la autorización previa legalmente exigida.

El primer problema que se suscita es si las reglas contenidas bajo esa rúbrica son aplicables, directa o analógicamente, a los supuestos de autocontratación de los arts. 26 LF y 15 RF. El principal dato que apoya la exclusión de la autocontratación del art. 10 RF se encuentra en su posición sistemática: a continuación de los arts. 4-9 RF y refiriéndose a los supuestos previstos en el art. 19.1 LF. Además, en otro caso en que se exige autorización previa, el del art. 20, apartados 2 y 3, LF, la correspondiente norma reglamentaria, el art. 11.4 RF, sí se remite expresamente a lo dispuesto en el art. 10 RF.

No obstante, la cuestión dista de ser clara. Por un lado, el art. 10 RF, a pesar de su posición sistemática, se presenta con un contenido general al referirse simplemente a enajenaciones y gravámenes defectuosos o realizados sin la preceptiva autorización. No prejuzga, pues, cuál es la razón por la que se exigía esa autorización. Si se tiene en cuenta que, en la interpretación que aquí se defiende, es conveniente una lectura amplia de esos arts. 4-9 RF que evite la exclusión de aquellos supuestos en los que la fundación adquiere bienes y servicios a cambio de cierta suma dineraria, se llegará a la conclusión que, por vía indirecta, ese art. 10 RF se está refiriendo a unos casos más amplios de lo que inicialmente podía pensarse. Por otro lado, la remisión del art. 11 RF al art. 10 RF se explica fácilmente: por mucho que se quiera ampliar la noción de actos subsumibles en los arts. 4-9 RF, no parece posible incluir entre los mismos la aceptación de legados o donaciones con cargas, la repudiación de herencias o legados o la no aceptación de donaciones. Ésta es la razón que justifica su remisión a la que se considera norma general en la materia. Por eso mismo, parece plausible que la misma solución se aplique a los casos de autocontratación sin autorización previa del protectorado.

En consecuencia, considero que los criterios contenidos en el art. 10 RF son de aplicación a los supuestos de autocontratación de patronos, con lo cual disponemos de un importante elemento normativo para la delimitación del régimen jurídico de los casos en que se verifica sin autorización del protectorado.

A diferencia de lo que sucede en relación a la (falta de) autorización previa, nada se indica en el Reglamento acerca del incumplimiento por parte del patronato de la puesta en conocimiento del protectorado de los diversos actos en que se requiere tal comunicación. Probablemente, la única reacción que pueda plantear el protectorado se encuentre, en su caso, en la posibilidad de una acción de responsabilidad, conforme al art. 15 LF, si esa actuación negligente de los patronos ocasiona un daño a la fundación. La actuación negligente, pero no dañosa, también puede suponer alguna consecuencia a instancia del protectorado: obsérvese que el art. 16.2.d) LF permite el cese de los patronos "[p]or no desempeñar el cargo con la diligencia prevista" en el art. 15.1 LF, "si así se declara en resolución judicial"; y el art. 32.3 LF indica que el protectorado está legitimado para ejercitar esa acción, que no es una acción de responsabilidad [*cfr*. art. 16.2.e) LF].

La solución que instaura el art. 10 RF en sus dos primeros apartados no deja de ser peculiar. Por un lado, al tener conocimiento de la realización de enajenaciones y gravámenes sin la correspondiente autorización, debe requerir del patronato cuanto información considere conveniente; el patronato dispone de un plazo de quince días para suministrar esa información. Por otro, "a la vista de las circunstancias concurrentes, y ponderando especialmente la existencia de buena fe por parte de la fundación", el protectorado resuelve "sobre la procedencia de subsanar el defecto o de entablar la acción de responsabilidad" prevista en el art. 15.3.b) LF. La principal carencia que se plantea en este art. 10 RF radica en la calificación del acto efectuado sin la preceptiva autorización. La norma sólo se preocupa de indicar que se trata de un defecto subsanable *a posteriori*y que puede dar lugar a la acción de responsabilidad de los patronos. Naturalmente, el protectorado puede optar por soluciones distintas a las expresamente citadas en el precepto: así, por ejemplo, nada impide que, "a la vista de las circunstancias concurrentes", pueda negar la autorización, pero no ejercitar la acción de responsabilidad.

El problema de la calificación de la autocontratación sin autorización es el que presenta una mayor dificultad. Dados los términos en que se plantea el art. 10 RF, no puede reputarse un acto perfectamente válido y eficaz: falta un elemento que incide de lleno en su transcendencia jurídica. Ahora bien, ¿hasta dónde llega la irregularidad del acto? Con el sistema implantado por el art. 10 RF y la admisión de la subsanación ulterior, no cabe afirmar que el acto sea nulo. Aun siendo cuestión dudosa, tampoco me parece que sea un acto anulable: el silencio de la Ley y del Reglamento en torno a la legitimación, a los plazos de ejercicio, etc. de la acción de impugnación de ese acto dificultan su asimilación al régimen propio y peculiar de la anulabilidad. A mi juicio, la calificación que más adecuadamente refleja el alcance de la autocontratación sin autorización es la que afirma la existencia de un negocio incompleto o en vía de formación y cuyo principal apoyo normativo se encuentra en el art. 1259 CC.

No se me ocultan dos objeciones a la anterior afirmación. Por un lado, la indefinición que supone referirse a un negocio incompleto, en la medida que se carece de un régimen normativo para los mismos. Hasta cierto punto, esta incertidumbre se utiliza para evitar excesivos compromisos en cuanto a los efectos de ese negocio. Por otro lado, hay que destacar que el art. 1259 CC está pensado prevalentemente para unos supuestos en donde la ratificación o la autorización corresponde al propio representado, y, en el caso que aquí nos ocupa, el protectorado no puede identificarse con la fundación.

¿Cuál es la transcendencia de ese acto celebrado sin autorización en relación a los terceros? Conviene observar de inmediato que nos hallamos en el terreno de la autocontratación y ello puede imponer unas consecuencias distintas a las que habitualmente se predican de otros actos efectuados sin la preceptiva licencia del protectorado.

En efecto, la introducción de mecanismos de protección de los terceros de buena fe se dificulta considerablemente habida cuenta de la posición que ocupa el patrono en la autocontratación. La cuestión no ofrece dudas cuando se trata de un caso de representación simple y el patrono contrata en nombre propio con la fundación. Más compleja es la solución en caso de representación doble (cuando el patrono contrata con la fundación en nombre de un tercero). En tal caso, la decisión acerca del alcance de la autocontratación (sin autorización) depende de la postura que se mantenga en torno a un problema tradicional en la representación, cual es la incidencia de la buena o mala fe del representante en la esfera jurídica del representado.

Al igual que sucede en otros casos de autocontratación, gran relevancia presenta la determinación de la incidencia de conflicto de intereses en la validez del acto. ¿Qué sucede si el protectorado comprueba posteriormente que, a pesar de la falta de autorización, el autocontrato reunía los requisitos exigidos para su admisión? ¿El acto es válido *ab initio* o sólo con la autorización posterior? En mi opinión, la autorización se integra en la estructura del acto, con lo que la inexistencia de conflicto es presupuesto necesario, pero no suficiente. Se hace necesaria su constatación por el órgano legitimado para ello, en este caso, el protectorado.

El planteamiento anterior encuentra confirmación en la regulación que el art. 10.3 RF efectúa de la posibilidad de otorgamiento del acto en cuestión a través de fedatario y en documento público, sometido a la condición suspensiva de obtención de la autorización correspondiente. La falta de autorización no impide el otorgamiento del acto, en este caso, de autocontratación, pero afecta a la eficacia del mismo, que queda sujeto a la concurrencia ulterior de autorización por el protectorado. Con ello, se advierte que la autocontratación sin la autorización del protectorado no puede considerarse un acto plenamente eficaz.

IV. La autocontratación de los apoderados

El régimen de la autocontratación de los apoderados de la fundación se articula de un modo radicalmente distinto a lo que sucede respecto a los patronos. Carente de un apoyo legal explícito, su regulación queda limitada al art. 15.5 RF. En verdad, la Ley de Fundaciones no se ha preocupado en exceso de establecer el marco normativo de los apoderamientos, a pesar de que el peculiar estatuto jurídico de los patronos augura una importante utilización de esa posibilidad, al menos en las fundaciones de cierta dimensión. En efecto, los obstáculos dispuestos para evitar la profesionalización del cargo de patrono (en particular, la prohibición de remuneración: *cfr*. art. 13.4 LF), en combinación con el rigor de la responsabilidad exigible (*cfr*. art. 15 LF), son factores que, en cuanto la fundación adquiera cierta importancia, aconsejan el nombramiento de apoderados, que efectúen una gestión profesionalizada y altamente cualificada, o la delegación de ciertas facultades en uno o más de los miembros del patronato (*cfr*. art. 14 LF).

Evidentemente, no toda fundación dispone de apoderados. Mientras que el patronato constituye un órgano necesario (art. 12.1 LF), la existencia de apoderados es facultativa ("[e]l patronato podrá nombrar ...": art. 14.2 LF): es más se trata de una cuestión cuyo alcance puede ser delimitado por los estatutos, ya que se admite la disposición en contrario de los mismos. La prohibición de los estatutos sólo podrá ser eliminada por el patronato a través de la correspondiente modificación (art. 27 LF).

Se admite el nombramiento de apoderados tanto generales como especiales. Hay

aquí aplicación de criterios generales, pero la cuestión reviste en orden a la autocontratación una indudable transcendencia por cuando el ámbito del apoderamiento condiciona la exigencia de autorización. Esta cuestión repercute, pues, en el ámbito subjetivo de aplicación de la necesidad de autorización. Evidentemente, esa exigencia afecta a aquellos sujetos en quienes concurra la condición de apoderados de la fundación; y al igual que sucede respecto a los patronos, sólo en tanto mantengan esa condición. Pero se requiere la concurrencia de un factor adicional, no previsto para los patronos, ya que la autorización sólo se plantea en función del alcance del apoderamiento concedido. En consecuencia, no toda relación que trate de entablarse entre apoderado y fundación requerirá la correspondiente autorización. La limitación que afecta a los apoderados presenta, por tanto, un mayor grado de relatividad que la de los patronos. A mi juicio, condicionar el alcance de la limitación al ámbito del apoderamiento constituye una decisión acertada.

Lo que no especifica el art. 15.5 RF es en nombre de quién actúa el apoderado. No parece haber inconveniente en aplicar las precisiones de los arts. 26 LF y 15.1 RF y entender que tanto puede obrar en nombre propio como de un tercero. Como hemos dicho anteriormente, se trata de una especificación útil pero que, en caso de omisión, no hubiera supuesto un criterio distinto.

¿Quién debe determinar si cierto contrato se encuentra dentro del ámbito de facultades de cierto apoderado? Aquí se plantea un grave problema de articulación de los mecanismos dispuestos en el Reglamento de Fundaciones. Lógicamente, no resulta adecuado atribuir esta decisión al propio apoderado, por el peligro de abuso que entraña; tampoco parece que deba ser competencia del protectorado, que, en esta materia, carece de funciones, o de los tribunales (sin perjuicio de la posibilidad de revisar ante los mismos cualquier decisión); lo más pertinente parece que sea el patronato quien determine si cierto autocontrato entra dentro de las atribuciones del apoderado que pretende participar en el mismo para así conceder o denegar su autorización. De este modo, la inclusión del autocontrato en la esfera de facultades del apoderado sería previa a la posibilidad de su autorización.

Ahora bien, ¿cómo debe verificarse ese examen previo a la propia autorización? ¿De qué mecanismos dispone el patronato para controlar los contratos que celebren sus apoderados? Obsérvese que la autorización ha de ser previa, expresa y especial, por lo que, salvo que quiera considerarse subsanación de defectos, la comunicación del contrato ya celebrado se sitúa en otro plano. Por lo tanto, parece que el art. 15.5 RF está indirectamente imponiendo una obligación complementaria a los apoderados: la de comunicar, antes de su conclusión, al patronato todos aquellos contratos en los que el apoderado actúa también como contraparte, sea en nombre propio, sea en nombre de tercero. Con esa información, el patronato debe determinar si el contrato se incluye en el ámbito del apoderamiento, por cuanto si entiende que es un acto ajeno al mismo nada debe autorizar. Sin embargo, la decisión del patronato es relevante en otro sentido: si considera que el acto no forma parte del ámbito de apoderamiento, no se exige su autorización, pero, en tal caso, puede estar afirmando la carencia de legitimación del apoderado para contratar pues el acto cae fuera de la esfera de sus competencias.

Por lo tanto, cuando un apoderado quiera contratar con la fundación a la que

también representa, la comunicación de su intención al patronato debe conducir a uno de estos resultados:

a) acto no incluido en el ámbito del apoderamiento: ese apoderado carece de legitimación para efectuarlo.

b) acto incluido en el ámbito del apoderamiento: hay que obtener la autorización del patronato. Pero no se indican los criterios objetivos en cuya virtud pueda procederse a la concesión o a la denegación de la autorización. Ni siquiera se establecen los documentos que el patronato puede exigir (*cfr*. art. 15.2 RF). La aplicación de los criterios previstos en el art. 15.4 RF en relación a los patronos resulta enormemente difícil por cuanto el estatuto jurídico del apoderado no presenta los mismos caracteres que el del patrono. Basta con plantear la posibilidad de retribución del apoderado (*cfr*. art. 1711 CC) para darse cuenta de la inaplicabilidad del art. 15.4.a) RF. En este punto, considero que deben resurgir los criterios generales que limitan la autocontratación cuando exista conflicto de intereses y de los cuales el art. 15.4.b) RF no es más que una concreción. Por tanto, el patronato negará justificadamente su autorización cuando exista un conflicto de intereses entre el apoderado y la fundación. Nada impide, no obstante, que a pesar de la existencia de ese conflicto, el patronato conceda la autorización: la licencia del representado permite la autocontratación. Sin embargo, esa actuación del patronato puede causar un daño a la fundación, y de ser considerada como negligente, podría dar lugar al correspondiente ejercicio de la acción de responsabilidad (art. 15.3 LF). Si no se genera daño, pero hay negligencia del patronato, puede instarse el cese [arts. 16.2.d) y 32.3 LF].

La autorización para la autocontratación de los apoderados corresponde al patronato. Ésta es una importante e interesante diferencia en comparación con lo previsto en el art. 26 LF. De este modo, se acentúa la autonomía de la propia fundación en detrimento de su control administrativo y plantea con renovada fuerza la posibilidad de instaurar controles internos también en los casos de autocontratación de patronos: acaso se haya pensado que el margen de discrecionalidad del patronato en cuanto a la vigilancia de los intereses de la fundación deba ser más amplio que el atribuido al protectorado. Pero, como hemos señalado, en caso de que la actuación del patronato sea negligente, siempre queda la posibilidad de llegar a exigir su responsabilidad conforme a lo previsto en el art. 15 LF o su cese, al amparo del art. 16.2.d) LF.

Así mismo, esta autorización parece diferenciarse de la prevista en el art. 26 LF en orden a sus caracteres: ha de ser previa, expresa y especial. Estas dos últimas notas no figuraban entre las que explícitamente debía reunir la autorización del protectorado, pero ante la concreta articulación de su régimen en el art. 15 RF, apartados 1 a 4, no hay inconveniente en afirmar su sustancial equivalencia. Con la precisión del art. 15.5 RF se tratan de evitar autorizaciones genéricas e indeterminadas que, pese a tener carácter previo (por ejemplo, por ser simultáneas al apoderamiento), impiden un control adecuado por parte del patronato.