La constitución de las fundaciones en la Ley 30/1994 de fundaciones y de incentivos fiscales

Jorge Caffarena Laporta
Catedrático de Dret Civil de la Universidad Carlos III

Desde la entrada en vigor de la Constitución nadie discutía ya la necesidad de una ley que unificase el régimen aplicable a todas las fundaciones y que ofreciera una regulación sistemática, ordenada, precisa de las mismas y que fuera conforme al contexto social y jurídico actual. Pues bien, seguramente la constitución de las fundaciones sea una de las materias donde era más evidente la necesidad de una reforma. Dejando para más tarde la valoración negativa que merecía el régimen antes vigente en algunos puntos concretos como la forma del negocio fundacional o la adquisición de la personalidad jurídica, la visión general del tema producía una impresión deprimente. Se trataba de una regulación dispersa, contenida en disposiciones de diferente rango y alejadas en el tiempo, y que respondía a criterios distintos según el tipo de actividad que realizase la fundación. Se trataba además de una regulación, al menos en parte, la que no se refería a las fundaciones culturales ni laborales, insuficiente por no decir inexistente dado el artículo 35 del Código Civil. Las llamadas fundaciones benéficas se regían en cuanto a su constitución por una serie de reglas “encontradas” por los autores y los tribunales lo cual era grave teniendo en cuenta la importancia del tema.

En cuanto a las disposiciones regulatorias de la constitución de las fundaciones culturales y laborales conviene tener en cuenta que su rango, no de ley, no parecía el más adecuado su objeto, planteándose por ello precisamente dudas acerca de la validez de algunos de sus preceptos. Por otra parte las deficiencias en ambas regulaciones eran evidentes.

Un examen de Derecho comparado pone de manifiesto que hay ordenamientos que hacen depender la adquisición de la personalidad jurídica por la fundación de un acto de la autoridad pública que la concede en cada caso, como por ejemplo el ordenamiento alemán, el italiano o el francés. Hay otros Derechos en cambio que acogen el sistema de libre constitución, establecen la adquisición automática de la personalidad jurídica si se cumplen determinados requisitos establecidos por la ley para todos los casos sin que sea necesaria la intervención de la autoridad pública. Es por ejemplo el sistema que rige en el Derecho sueco. Hay Ordenamientos en fin que adoptando un sistema normativo o de reconocimiento genérico exigen para la adquisición de la personalidad jurídica que una vez cumplidos los requisitos legales ello sea atestiguado por un acto de autoridad normalmente a través de la inscripción en un Registro público. Así ocurre por ejemplo en el Derecho suizo.

En nuestro Derecho antes de la Ley de fundaciones la adquisición de la personalidad jurídica por las fundaciones de competencia estatal se regía por sistemas tan dispares como el de libre constitución, en el caso de las llamadas fundaciones benéficas, y el de reconocimiento por disposiciones normativas, en el caso de las fundaciones culturales. En este tema la Constitución española dejó las manos libres al legislador y éste optó por una fórmula que exigiendo un acto de autoridad entroniza en el sistema normativo. La Ley acoge el sistema que regía para las llamadas fundaciones culturales que ha sido acogido también por las leyes de fundaciones autonómicas. En la Ley de 24 de noviembre de 1994 la fundación adquiere la personalidad jurídica según el artículo 3 con y desde la inscripción en el Registro de
fundaciones, inscripción que sólo puede ser denegada cuando la escritura de constitución no se ajuste a las prescripciones legales. El artículo 3 tiene además carácter básico al amparo del artículo 149.1.1º según la disposición final 1º de la Ley. Se discute en este tema el contenido del artículo 36.2 de la ley que requiere para la inscripción el informe favorable del órgano encargado del Protectorado en cuanto a la persecución de los fines de interés general y a la determinación de la suficiencia de la dotación.

En relación al negocio fundacional, éste aparece en la ley como un negocio que comprende unidos el doble aspecto personal y patrimonial que presenta la creación de una fundación. Si la personificación de la fundación no es sino un instrumento técnico para destinar un conjunto de bienes a un determinado fin, sólo a través de un conceptualismo difícilmente justificable podemos llegar a separar la dotación de la creación de la fundación. En la Ley el patrimonio constituye un elemento esencial de la fundación, la consecuencia lógica es la necesaria unión entre la dotación y la creación del ente y, por tanto, la unicidad del negocio fundacional. Además en la Ley el patrimonio no sólo aparece como un elemento que integra el concepto de fundación, en el artículo 1, sino también como un elemento esencial del negocio fundacional. Así según el artículo 8 forma parte del contenido necesario de la escritura de constitución, y en el artículo 7.4 se cita a la dotación dentro del contenido mínimo del negocio fundacional cuando éste es llevado a cabo por acto mortis causa.

El tema de la revocabilidad del negocio fundacional no plantea problemas en un ordenamiento en que rija el sistema de libre constitución, pero sí en un sistema como el que acoge la nueva Ley o en cualquier otro que exija una intervención de la autoridad pública. En estos casos se puede plantear la cuestión de la revocabilidad respecto del negocio de fundación celebrado en acto inter vivos mientras no se produzca aquélla. Dicha cuestión es resuelta en algunos Ordenamientos con claridad por el legislador, así por ejemplo en el Derecho alemán y en el italiano. Una laguna legal en este punto en el derecho suizo ha originado grandes dudas y discusiones sin cuenta. La Ley 30/1994 no afronta la cuestión directamente. Esto no plantea problemas en relación a la constitución de la fundación por acto mortis causa. Las dudas se suscitan como antes decía en la constitución de la fundación por acto inter vivos, ya que podría pensarse que el negocio fundacional sólo deviene irrevocable con la inscripción en el Registro, porque sólo entonces se produce la adquisición de la personalidad jurídica de la fundación. Pero cabe encontrar en la Ley argumentos de peso en favor de la opinión de que el negocio fundacional llevado a cabo en acto inter vivos es irrevocable desde su perfección. Los artículos 11 y 36 de la Ley entre otros preceptos permiten pensarlo así y ello viene corroborado por el artículo 6 del Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal (BOE 29-III-1996).

Una novedad importante de la ley la constituye la existencia de un precepto en relación al tema de los sujetos que pueden crear fundaciones y de la capacidad para celebrar el negocio fundacional, el artículo 6, precepto que a la vista de la disposición final primera tiene un importante alcance. Lo más relevante es que se afirma como regla la posibilidad de que las personas jurídico-públicas creen fundaciones. Aunque hay argumentos importantes en favor de esta solución, hay que reconocer que la misma presenta el peligro de que por esta vía se eluda la aplicación de una serie de reglas que constituyen el estatuto jurídico de la persona jurídico-pública fundadora. Por otra parte hay que tener en cuenta que la citada posibilidad no viene exigida por la Constitución ni se corresponde con la finalidad de las fundaciones.

En cuanto a la forma del negocio fundacional la Ley configura a éste como un negocio solemne exigiéndose las formas del testamento si se lleva a cabo por acto mortis causa y a la escritura pública para el caso de que se realice por acto inter vivos. En este caso la escritura pública es requisito de validez. Esto también constituye una novedad importante de la nueva
ley que además debe ser valorada positivamente.

Por lo que se refiere al contenido del negocio fundacional hay que distinguir a la vista de la Ley según que la fundación se constituya por acto *inter vivos* o por actomortis *causa*. En el primer caso si el negocio de fundación se celebra en acto *inter vivos*, el art. 7.2 establece que "se realizará mediante escritura pública otorgada en la forma que determina el artículo siguiente". El precepto trata de dejar claro que la escritura pública en la que se manifiesta la voluntad fundacional debe al menos hacer referencia a los extremos que recoge el artículo 8. Dicho contenido excede del que tradicionalmente en nuestro Derecho y comúnmente en los Derechos extranjeros que nos son más próximos se ha considerado contenido esencial del negocio fundacional, referido además de a la voluntad de crear la fundación a la dotación y al fin de aquélla. Aunque el tema no tiene una gran importancia práctica en relación a la constitución por acto *inter vivos* dada la exigencia de forma, creemos en todo caso que la remisión que hace el artículo 7.2 al artículo siguiente no debe entenderse de modo estricto, en el sentido de que la omisión de cualquiera de los puntos referidos en el artículo 8 y en el 9 lleva a la nulidad del negocio. En cuanto a la constitución de la fundación por *acto mortis causa* el artículo 7, si bien con una técnica defectuosa, permite que la constitución se pueda llevar a cabo bien directamente por el fundador a través del testamento, que deberá cumplir los requisitos establecidos en el artículo 8 para la escritura de constitución, bien mediante un proceso más complejo constituido por la voluntad del fundador manifestada en testamento y el otorgamiento de la escritura pública por terceras personas. En este caso exige la ley que el fundador al otorgar el testamento al menos manifieste su voluntad de crear una fundación y disponga para ello de los bienes y derechos que constituyen su dotación. Los demás elementos de la escritura de constitución pueden ser determinados por la persona a quien corresponda según el citado artículo 7.4. En relación a este precepto conviene explicar la falta de referencia, explícita al menos, al fin fundacional y la exigencia de que el testador exprese su voluntad de crear una fundación. También conviene hacer en este punto alguna observación sobre el papel que en la ley juega la voluntad del fundador.

Finalmente hay que aludir a la fundación en proceso de formación, que contempla el artículo 11 de la Ley. El precepto supone el reconocimiento de la fundación sin personalidad jurídica si bien con un alcance limitado tanto en el tiempo como en cuanto al ámbito objetivo de su actuación. Se refiere a la fase que se inicia con el otorgamiento de la escritura de constitución y termina con la inscripción en el Registro de fundaciones. El artículo plantea numerosas cuestiones: ¿A qué actos en concreto se refiere?, ¿cuál es el tratamiento que merecen dichos actos?, ¿qué ocurre respecto de aquellos actos que no sean necesarios para la inscripción ni sean actos inaplazables sin perjuicio de la misma?