

MORILLO GONZÁLEZ, Fernando: *El proceso de creación de una fundación*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, 298 pp.

La que fuera tesis doctoral del autor se comprime, por necesidades editoriales, en esta monografía cuyo título no está puesto a la ligera: Fernando Morillo es firme defensor de la existencia de un *proceso* de creación de las fundaciones, esto es, de la existencia de fases en un todo unitario que se inicia con la constitución de la fundación y finaliza con su inscripción en el Registro de Fundaciones. Fiel a este planteamiento, nos introduce en el tema en un primer capítulo dedicado al concepto de fundación y a sus elementos configuradores, para pasar después a analizar las dos fases del proceso, y sus efectos, en los tres capítulos siguientes: el negocio jurídico fundacional, los efectos de este negocio (la fundación en formación) y la adquisición de personalidad jurídica (con la inscripción en el Registro correspondiente).

La Ley estatal 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general (en adelante *Ley de Fundaciones*), es la analizada principalmente en el trabajo, sin perjuicio de las oportunas referencias a los distintos textos, tanto legales como reglamentarios, autonómicos. Aun así, se hace la salvedad de que muchas de las cuestiones tratadas son generales.

I. Respecto del concepto legal de fundación (art. 1 de la Ley de Fundaciones), se resalta la referencia a una *organización*, sin que ello lleve al autor a menospreciar la importancia del fin y el patrimonio fundacionales. Si bien se tacha de meramente teórica la cuestión sobre la determinación de cuál sea el sustrato de la personalidad jurídica de la fundación, se opina sobre el elemento decisivo que produce el nacimiento de la fundación, cuya falta impide su existencia: sincréticamente se defiende la necesidad de «patrimonio, fin y voluntad de que los medios se apliquen a la realización de los fines mediante una adecuada organización». Resumiendo, se trata de un «patrimonio organizado para un fin». Se matiza que puede tener mayor relevancia el elemento patrimonial o el organizativo dependiendo del tipo de fundación, pero en cualquier caso deben confluír todos los elementos citados.

Los tres elementos esenciales reseñados se recogen en la definición legal, a la que también se atribuye el mérito de enunciar las características fundamentales que aquéllos deben reunir: la organización debe carecer de ánimo de lucro, el patrimonio debe estar afectado de modo duradero y el fin debe ser de interés general. Redondea el autor la crítica favorable a la definición legal reconociendo la mención de la voluntad del fundador (no en vano el negocio fundacional es la fuente de las fundaciones), y aplaudiendo que no se aluda a la personalidad jurídica de la fundación, debido al carácter instrumental de dicha personalidad.

A continuación se analizan brevemente esos tres elementos. En primer lugar, la organización. Resulta significativo, dice el autor, que la ausencia de ánimo de lucro se predique de la organización y no de la fundación, lo que conlleva dos importantes consecuencias: impide que los patronos, como miembros de la organización, obtengan cualquier tipo de beneficio, y abre la posibilidad de que la fundación pueda obtener ingresos con su actividad.

A continuación, los fines fundacionales, manteniendo el profesor Morillo que la exigencia constitucional de que sean de *interés general* implica que «debe tratarse de un fin de interés para la comunidad de personas que forman la sociedad y, a su vez, los beneficiarios directos de los fines fundacionales deben reunir el requisito de la indeterminación». En relación con esta última cuestión, apunta

su idea de que las fundaciones familiares están en todo caso vedadas a pesar del tenor literal del artículo 2 de la Ley de Fundaciones, que sólo excluye como beneficiarios a los cónyuges y a los parientes hasta el cuarto grado, razonando que la determinación subjetiva de los beneficiarios de las fundaciones está prohibida por la Ley, sean o no familiares del fundador.

Por último, el patrimonio se distingue de la dotación, que forma parte de aquél, y se incide en que la noción legal de fundación se aleja de la teoría tradicional que caracterizaba a aquélla como un patrimonio, aun reconociendo la importancia y funciones de éste. El autor, haciéndose eco del nuevo contexto social, alude a los nuevos bienes y derechos que integran el patrimonio fundacional (títulos de participaciones en sociedades, empresas...), que si bien implican un mayor riesgo, pueden dar una mayor rentabilidad. Es precisamente el dinamismo de la economía actual lo que le lleva a criticar las limitaciones que la Ley contiene respecto a la disposición del patrimonio, concluyendo que «la nueva Ley debería haber suavizado en ciertos aspectos, permitiendo una gestión más ágil y un mejor aprovechamiento de los bienes que forman el patrimonio de la fundación».

II. Del epígrafe dedicado al concepto y caracteres del negocio fundacional, yo destacaría dos cuestiones.

En primer lugar, analizando la voluntad negocial, el autor responde a la pregunta, no resuelta por la Ley, de qué ocurre si la voluntad fundacional se ha manifestado *inter vivos* y el fundador fallece antes de que se otorgue la preceptiva escritura pública: ni los herederos ni ninguna otra persona estará obligada a la constitución de tal fundación, que, por carecer de dicho requisito formal, es inexistente (resulta inaplicable, por su carácter excepcional, el art. 7.4 de la Ley de Fundaciones).

En segundo lugar, el problema del alcance de la ineficacia de la voluntad emitida por uno o varios de los fundadores, siendo válida la del resto, Fernando Morillo lo conecta con «la necesaria correlación que debe existir entre el fin de la fundación y los medios patrimoniales aportados para su realización»: si esa ineficacia supone una reducción de la dotación fundacional, que la hace insuficiente para la realización de los fines de la fundación, ésta no adquirirá personalidad jurídica, debiendo modificarse el fin fundacional; en otro caso, esa ineficacia no afectará al negocio fundacional. Esta solución no se da, no obstante, cuando la validez de cada declaración se subordine, en el negocio, a la validez del resto de las declaraciones.

En cuanto a la naturaleza jurídica del negocio fundacional, como la mayoría de la doctrina defiende el autor que estamos ante un único negocio jurídico, no dos (acto de creación y dotación), si bien a efectos expositivos sí distingue el elemento personal (constitución de una persona jurídica) del elemento patrimonial (dotación). De ahí que estudie la discutida naturaleza jurídica de la *dotación* en las fundaciones constituidas *inter vivos*, por una parte, y en las fundaciones *mortis causa*, por otra.

En el primer caso rechaza que estemos ante una donación, con la que la dotación fundacional sólo tendría en común el carácter gratuito o de liberalidad. Se trata en realidad de un acto unilateral y gratuito, de atribución y destinación de bienes a un fin, con especial y propia naturaleza no reconducible a ningún otro tipo de acto. La común liberalidad permite aplicar a la dotación algunas normas previstas para la donación; así, las reguladoras de su reducción por inoficiosa (arts. 654 y 655 CC), las relativas a la capacidad para donar, o los artículos 638 y 634 CC. Igualmente son aplicables las de los contratos en general, como los artículos 1111 y 1291.3.º CC sobre fraude de acreedores. En cambio, sería incompatible con la dotación la revocación por ingratitud o por incumplimiento de cargas: la primera causa por tratarse de un acto de destinación; la segunda debido a

la naturaleza institucional de la fundación. El autor se muestra, además, contrario a admitir la revocación de la dotación por supervivencia o superveniencia de hijos (a salvo la reducción por inoficiosidad de la dotación desembolsada). Por último, tampoco serían trasladables las normas contrarias a lo estipulado en la Ley de Fundaciones (como el art. 641 CC).

Una apuesta asimismo arriesgada es la de defender que cuando la dotación se produce *mortis causa*, la fundación no es heredera ni legataria del fundador. Si es la única llamada a la herencia, y a efectos de responsabilidad por deudas del causante, serían aplicables las normas sobre el legado, concretamente el artículo 891 CC.

Después de la vertiente patrimonial del negocio fundacional se analizan sus elementos personales, o capacidad para fundar, distinguiendo las personas físicas de las jurídicas. En cuanto a la capacidad exigida a las primeras, el autor denuncia que la expresión capacidad «especial para disponer gratuitamente, *inter vivos* o *mortis causa*, de los bienes y derechos en que consista la dotación» (art. 6.2 de la Ley de Fundaciones) está mal utilizada por la Ley: en realidad quiere decir que el sujeto debe estar legitimado para poder disponer del bien concreto de que se trate. Tras aludir a las limitaciones generales (arts. 634, 636, 806 ss. CC) y particulares (concurrido, quebrado, casado...) que pueden darse, se incide en supuestos problemáticos. Así, por ejemplo, se defiende, alineándose con una corriente minoritaria, la posibilidad de que los padres constituyan fundaciones como representantes legales de sus hijos, siempre que les reporte a éstos algún tipo de beneficio. Y también es partidario de que los tutores de incapacitados puedan constituir fundaciones, no siendo, efectivamente, descabellado, imaginar la constitución por un tutor –con la correspondiente autorización judicial– de una fundación «cuya finalidad sea la protección de aquellos sujetos que se encuentren en una situación similar a la de su tutelado, incluyendo a éste, entre los beneficiarios de la actividad fundacional».

Pasando a los fundadores-personas jurídicas, el problema de la constitución de fundaciones por sociedades mercantiles lo resuelve afirmativamente Fernando Morillo: es una realidad (sin ir más lejos, en el BOE del 20 de septiembre de 1999 encontramos publicada la Orden del Ministerio de Educación y Cultura, de 10 de septiembre del mismo año, por la que se inscribe en el Registro de Fundaciones Culturales de Competencia Estatal la denominada «Fundación Iberoamericana para la Gestión de la Calidad», constituida, entre otras sociedades y personas jurídicas, por el Banco Bilbao Vizcaya, Iberia, Renfe, Repsol y Unión Fenosa), sin obstáculo en la Ley de Fundaciones, y que no resulta contradictorio con el ánimo de lucro tradicionalmente exigido a estas entidades (incluso cabe ver la constitución de una fundación como un lucro indirecto para la sociedad creadora, «debido a la publicidad favorable que lleva aparejada y el régimen de incentivos fiscales que esta actividad supone»).

La posibilidad de que sean asociaciones, en sentido estricto, las que constituyan fundaciones se trata a continuación (denunciando alguna laguna legal y criticando, también, alguna exigencia legal). Sirva como ejemplo (de los que, por cierto, anda escasa la monografía, pudiendo haberse utilizado en abundancia por el autor, gran conocedor de la práctica, para aligerar la incesante transmisión de información enjundiosa) la constitución por la Asociación Española de Amigos de Goya, representada por su presidente, de la «Fundación Goya», inscrita en el Registro de Fundaciones Culturales de Competencia Estatal por Orden del Ministerio de Educación y Cultura de 10 de septiembre de 1999 («BOE» de 29 de septiembre de 1999).

Para acabar las personas jurídicas privadas se abordan los problemas planteados por las llamadas crípticamente por la Ley de Fundaciones «de índole institucional». Entre otros temas, se contesta a la pregunta de quiénes son estas personas: después de exponer diversas ideas de aproximación, el autor concluye que en realidad se está permitiendo que las fundaciones puedan constituir otras fundaciones (matiza después que el fin de la nueva fundación debe ser similar o tener cierta relación con el de la fundadora), y que la terminología utilizada, aparentemente sólo generadora de confusión, permite incluir en el precepto personas jurídico-privadas que, careciendo de base asociativa, no son propiamente fundaciones, pero pueden considerarse como instituciones (así, las Cajas de Ahorros, o la ONCE).

La polémica doctrinal, anterior a la vigente Ley, sobre la posibilidad o no de que las personas jurídico-públicas pudiesen constituir fundaciones, ha quedado zanjada legalmente en pro de la primera alternativa, solución con la que se muestra de acuerdo el autor.

En otro apartado del capítulo II, bajo el título «Modalidades del negocio fundacional», se estudian detalladamente la escritura fundacional (negocio jurídico *inter vivos*) y el negocio jurídico *mortis causa*.

El contenido de la escritura fundacional es, sin duda, el plato fuerte de ese primer subapartado señalado, distinguiéndose los aspectos orgánicos (relativos a la organización de la nueva persona jurídica) de los patrimoniales (o sea, la dotación). En profundidad se analizan las cuestiones referentes a la identificación de los fundadores, la expresión de la voluntad del fundador (en el epígrafe resulta asistemático, en mi opinión, incidir en esta exigencia legal aplicada a la constitución *mortis causa* de la fundación), la identificación de los miembros del órgano de gobierno y los estatutos de la fundación. Quizás esa largueza en la exposición de los llamados por el autor «aspectos orgánicos» de la fundación contribuya a acentuar la sensación de que hay un cierto desequilibrio formal en la narración, cuando al llegar a los «aspectos patrimoniales» nos encontramos en el mismo título una remisión y una nota a pie en la que se explica esa remisión. Estéticamente hubiese quedado mejor subir a texto el contenido de dicha nota, para no dejar huérfano de escritura el cuerpo del epígrafe.

En las páginas dedicadas al negocio jurídico *mortis causa*, después de recordar la vieja polémica, ya superada, sobre su admisibilidad, se trata de la constitución por testamento en el que aparecen todos los requisitos establecidos para la escritura de constitución, primero, y de la constitución en testamento en el que el testador se limita a establecer su voluntad de crear una fundación y disponer de los bienes y derechos de la dotación, a continuación.

Para acabar el capítulo Fernando Morillo dedica un epígrafe especial a la dotación inicial, que es el que a mí, particularmente, más me ha gustado. Sobre esta dotación inicial ya se habían apuntado algunas cuestiones en el capítulo I, y ahora se profundiza en otras, concretamente en la obligación de que la dotación sea adecuada y suficiente, la forma de la aportación (quizás hubiese sido menos equívoco que el término «forma» el de modalidades o tipos de aportación) y la cuantificación de la aportación.

Respecto de la mencionada obligación, el autor defiende la identidad, en esta sede, de *adecuada* y *suficiente*, lo que convierte en inútil la duplicidad de términos. Se muestra favorable a este control del Protectorado, que es el legitimado para emitir el informe sobre la suficiencia de la dotación, a pesar del margen de discrecionalidad que conlleva la indeterminación de los conceptos legales referidos. Aun así, es criticable la ausencia de algún término objetivo de referencia que permita calibrar la suficiencia de la dotación, pues como ha señalado algún autor

los fines de la fundación, normalmente muy amplios y abstractos, no pueden servir como tal término. Efectivamente, sirva como ejemplo la comparación de la modesta dotación inicial, considerada suficiente por el Protectorado, con los ambiciosos fines de la «Fundación Cultural Lucio Anneo Séneca»: un millón de pesetas para «La difusión de la cultura, la ciencia y el arte en todas sus manifestaciones. La sensibilización de la sociedad en materia de medio ambiente, derechos humanos y cooperación internacional. Dar a conocer a empresas, asociaciones e instituciones las técnicas de gestión más avanzadas que contribuyan al incremento de su eficacia. Apoyar la integración social y cultural de la tercera edad» (*vid.* Orden del Ministerio de Educación y Cultura, de 31 de agosto de 1999, por la que se inscribe en el Registro de Fundaciones Culturales de Competencia Estatal la citada fundación, publicada en el BOE del 23 de septiembre de 1999). Por ello tiene razón Fernando Morillo cuando afirma que «el Protectorado, más que la suficiencia de la dotación en relación a los fines, debe valorar la suficiencia de la dotación con respecto a la realización de las actividades que pretende desarrollar la fundación para el logro de aquéllos».

Muy instructivas son igualmente las páginas que el autor dedica a la «forma de la aportación», comenzando por la exposición de unas reglas generales para encarar después dos supuestos especiales: la aportación en forma sucesiva y el compromiso de aportaciones de terceros. No deja ningún interrogante, de los que se abren en estos temas, sin resolver. Así, por ejemplo, en el primer supuesto, y en relación a si la suficiencia de la dotación debe estar referida a los bienes efectivamente desembolsados o a la totalidad de la dotación fundacional que aparece reflejada en la escritura constitutiva, con argumentos convincentes llega a la conclusión de que el Protectorado debe comprobar que la *totalidad* de la dotación inicial «es suficiente para que la fundación esté en condiciones objetivas de poder realizar el conjunto de los fines que tiene atribuidos en un plazo de cinco años, período de tiempo en el que debe estar desembolsada la totalidad de la dotación inicial». Y en el segundo supuesto, defiende que el compromiso de aportaciones de terceros sólo puede referirse al 75 por 100 de la dotación inicial, pues como mínimo un 25 por 100 debe estar efectivamente desembolsado.

Por último, en cuanto a la cuantificación de la aportación, Fernando Morillo concluye, ante la inexistencia de criterios de valoración legales, que lo normal será anotar en la escritura fundacional el valor en el mercado del bien que se aporta. Es lo que parece que se hace en la enumeración de los bienes aportados a la «Fundación Goya» (ya mencionada *supra*), todos ellos muebles sin que se incluya aportación dineraria alguna: entre otros, veintiuna colecciones, de once tomos cada una, de la edición *La obra de Goya* (en rústica), valoradas cada una de ellas en 100.000 pesetas (601,01 euros), en conjunto 2.100.000 pesetas (12.621,25 euros).

III. Llegamos así al capítulo III, ya apretados de espacio en esta recensión, por lo que, dejando constancia del rigor con el que el autor expone también su contenido, seré más breve que en los dos anteriores. Se estructura el capítulo en dos grandes apartados: el primero referido a los efectos de la perfección del negocio jurídico fundacional, y el segundo más concretamente a la fundación en formación.

A reseñar que el tratamiento del momento en que se produce la perfección del negocio fundacional adolece, a primera vista, de un defecto: está redactado pensando fundamentalmente en una constitución *inter vivos* de las fundaciones. Pero, como me ha explicado Fernando Morillo, que además de compañero es amigo, ello encuentra su justificación en la propia realidad social: en la actualidad la inmensa mayoría de las fundaciones se constituyen por medio de escritura pública, esto es, *inter vivos*. Por otra parte, también es digno de mención el empe-

ño del autor en defender, en contra de una gran parte de la doctrina, la constitución de la fundación antes de su inscripción en el Registro de Fundaciones, con importantes efectos fuera de la esfera del fundador. Entre otras cosas, su tesis le sirve, entre otros acertados razonamientos, para posicionarse en la polémica cuestión del momento en que el negocio fundacional deviene irrevocable.

Los efectos patrimoniales y los efectos en la esfera del fundador cierran ese primer bloque del capítulo III al que más arriba me refería. A destacar que se da coincidencia doctrinal en entender que el fundador no puede disponer de los bienes que forman la dotación una vez otorgada la escritura pública; pero las desavenencias comienzan al tratar de determinar la situación de este patrimonio antes de la inscripción. Fernando Morillo niega que se trate de un patrimonio separado, pues desde la constitución de la fundación la dotación deja de pertenecer al fundador. Pero a mí, a pesar del esfuerzo invertido, no acaba de convencerme su solución, es decir el rechazo de la existencia de un patrimonio separado, en la que profundiza al estudiar la fundación en formación (denominación, por cierto, criticada por el autor, que prefiere la de «fundación a la espera de inscripción»), titular de ese patrimonio inicial fundacional.

De la fundación en formación, constituida con el otorgamiento de la escritura pública o con la apertura del testamento, dos son los más importantes temas a tratar: el de su naturaleza jurídica y el de su régimen jurídico. En cuanto a la naturaleza jurídica, después de pasar revista a la doctrina italiana, a la doctrina española y a la doctrina mercantilista sobre la sociedad en formación, se llega a la conclusión de que las teorías que mejor se adaptan al régimen jurídico diseñado por el artículo 11 de la Ley de Fundaciones (descartando a continuación, con argumentos más o menos contundentes, las restantes) «son aquellas que reconocen que, una vez otorgada la escritura fundacional, a la espera de que se produzca su inscripción, estamos ya ante una entidad distinta y separada de sus socios o fundadores, que tiene su propio patrimonio y sus propios órganos, y que puede, en alguna medida, comenzar a operar en el tráfico jurídico, estableciendo relaciones obligacionales en las que será parte la propia persona jurídica en formación».

IV. En el tramo final de la obra se recorren los siguientes asuntos en relación a la adquisición de personalidad jurídica: los diferentes sistemas de adquisición de personalidad jurídica de las fundaciones, la adquisición de personalidad jurídica por las fundaciones en la Ley 30/1994, el procedimiento de inscripción, los efectos de la inscripción y la denegación de la inscripción.

Casi telegráficamente hay que reseñar la argumentada y convincente defensa de la constitucionalidad del sistema adoptado por el legislador español, en el que es imprescindible una doble intervención pública: la del órgano encargado del Registro y la del Protectorado, que debe emitir un informe previo favorable en cuanto al interés de los fines de la fundación y la suficiencia de la dotación para su realización.

También elogiable es el estudio del Registro de Fundaciones, como cuestión preliminar del procedimiento de inscripción; resultando muy formativa la lectura del epígrafe dedicado a este procedimiento. El autor da, a continuación, un repaso a los efectos de la inscripción: la adquisición de personalidad jurídica y sus efectos retroactivos, la oponibilidad a terceros, el derecho a usar la denominación de fundación, los efectos fiscales, la liquidación de la situación transitoria.

Y finaliza su trabajo abordando cuestiones como el órgano competente para denegar la inscripción, la denegación por silencio, la posibilidad de recurrir la negativa a la inscripción y los efectos de la denegación de la inscripción, en con-

creto, el destino del patrimonio fundacional (en este último punto se esbozan algunas ideas sobre las controvertidas fundaciones irregulares).

Susana QUICIOS MOLINA
Profesora Ayudante de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

RAMOS CHAPARRO, Enrique: *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, Barcelona, 1999, 431 pp.

I. La obra que recensamos es realmente singular.

Es singular por el tema que aborda: los estados civiles, añejo *topos*, preñado de trampas ideológicas e históricas. Se separa de la boga actual en la que predomina el análisis aséptico (cuando no meramente «periodístico») de lo práctico.

Es singular por el método que emplea: iusnaturalismo clásico, acompañado coherentemente del *apparatus* argumentativo escolástico (constantes apelaciones a los binomios esencia/accidente, primario/secundario, principal/accesorio, inmanente/contingente, *natura rerum*, causas formales, eficientes y finales).

Es singular por lo muchísimo que disecciona y afirma (sin escamotear problemas muy complejos). También aquí va contracorriente, ante la pléyade de obras contemporáneas que poco aportan, salvo el consabido *collage* de opiniones ajenas o el no menos consabido puñado de pomposas solemnizaciones de lo obvio.

Es singular, por último, por el estilo desplegado. La prosa del profesor Ramos es de tal calidad, que es casi literaria.

Tal es el número de cuestiones tratadas, que la exposición de las mismas que subsigue, no es más que una sinopsis que la ocasión requiere.

II. La obra principia con una Parte I, dedicada a fundamentar lo que el autor denomina «un concepto “estricto” de estado civil». Éste sería traducción jurídica de un *quid* preexistente: la «relación social orgánica». Ésta dimanaría ontológicamente del *prius* antropológico de la personalidad, que, *ex natura sua*, tiene una faceta relacional o social. De esa forma, el estado civil es, para Ramos, un concepto «metajurídico», con eficacia *a priori* sobre las restantes relaciones de la persona, «imprescindible» para la existencia del propio ordenamiento y con eficacia jurídica universal (o supra-estatal) y omnidisciplinar. Sería análogo en rango a los derechos humanos.

Para el autor, este concepto sirve para que la exaltación liberal de la individualidad no acabe ignorando o desnaturalizando el esencial plano social de la persona, «último creador y destinatario del Derecho». El liberalismo individualista lleva a una sociedad atomizada en puras subjetividades independientes, que no es tal sociedad, sino masa anárquica, en la que la personalidad carece de cauces para su libre desarrollo.

El estado civil es definido, pues, como «un hecho participativo del sujeto, derivado de su carácter de miembro o parte funcional en las comunidades jurídicas esenciales» (familia, nación). Para Ramos, tiene un valor «institucional» y «estructurador» de la «sociedad civil», armonizando el plano social (*ius publicum*) y el individual (*ius privatum*) de la existencia humana. Y sería una exigencia de la propia dignidad humana, siendo, para la persona, «instrumento de integración, en vínculo de solidaridad y fraternidad humanas».