

La capacidad de las fundaciones para incorporar fundadores de forma sobrevenida

Leticia López-Lapuente Gutiérrez

Abogado, Uría Menéndez

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA EXPERIENCIA PRÁCTICA RECIENTE EN LA INCORPORACIÓN DE FUNDADORES «SUCEIVOS».—III. REFLEXIÓN SOBRE LA TERMINOLOGÍA UTILIZADA POR LA LEY 50/2002: 1. *Consideración previa: la naturaleza del negocio fundacional*. 2. *Términos utilizados por la normativa para referirse a las personas que participan en la creación y dotación fundacional*: A) El creador. B) El fundador. C) El tercero (*ex artículo 12 de la Ley 50/2002*). D) El aportante. E) Conclusiones a propósito de la nomenclatura utilizada por la normativa vigente.—IV. PRINCIPALES CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE SER (O NO) CONSIDERADO FUNDADOR: 1. *Facultades del fundador en el momento de la constitución de la fundación*. 2. *La figura del fundador y la relevancia de la voluntad del fundador durante la vida de la fundación y a su extinción*.—V. PRINCIPALES ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA POSIBILIDAD DE INCORPORACIÓN DE FUNDADORES «SUCEIVOS».—VI. CONCLUSIONES.

I. Introducción

En la génesis de la figura de las fundaciones está sin duda el hecho de que una persona, física o jurídica, decide desprenderse voluntariamente de bienes de su titularidad para destinarlos a un interés general y, por tanto, en beneficio de una pluralidad de terceros. Este acto de generosidad realizado en aras de un provecho que excede la esfera de lo privado del titular del bien o de sus allegados más próximos ha merecido un reconocimiento social y jurídico. Si bien el reconocimiento jurídico otorgado a las fundaciones ha sufrido durante su historia una evolución dispar, desde las últimas décadas y en la actualidad esta institución goza en España de un desarrollo normativo consolidado —cuya piedra angular se encuentra en el reconocimiento constitucional¹ del derecho a fundar—, aunque sujeto a constante crítica y en constante progreso. Frente al recelo mostrado en otros momentos históricos

¹ *Vid.* artículo 34 de la Constitución Española de 1978.

ante un instituto que se asociaba fundamentalmente a la caridad y a una cierta injerencia frente a los poderes públicos, hoy parecen consolidadas en nuestra sociedad las ideas de la importante función social que desarrollan las fundaciones, de las ventajas de este instituto y de la necesidad de su desarrollo y protección. En la actualidad, el concepto de fundación se entiende por la mayoría como una fuerza social necesaria para llegar a lugares a los que la iniciativa pública no quiere o no puede llegar, cubriendo así necesidades sociales, culturales, científicas o de otro tipo en beneficio de la sociedad. De ahí, de este reconocimiento otorgado al acto altruista efectuado por las personas físicas o jurídicas, surge precisamente el que el ordenamiento haya configurado la voluntad del fundador como parte nuclear del Derecho de fundaciones y haya provisto diversos mecanismos jurídicos de protección a la figura del fundador y a las directrices establecidas por éste como la guía y el alma que deben regir la fundación.

Esta protección jurídica a la figura del fundador ha resultado, en todas las fases evolutivas de la normativa fundacional, una pieza clave en la configuración y actuación de las fundaciones. Como señala González Porras² los cinco elementos básicos de toda fundación son «la personalidad jurídica, la voluntad del fundador, la dotación, el fin fundacional y su organización». Sin embargo, la protección a la voluntad del fundador es una protección que (ya adelantamos) es limitada dado que, a lo largo de la historia y quizás con especial intensidad en las últimas décadas, ha quedado restringida por una serie de límites impuestos por la propia regulación fundacional. Si bien la cuestión de los límites a los poderes y a la voluntad del fundador se abordará en detalle más adelante en este estudio, basta señalar ahora las que, a nuestro entender, son las dos principales fuentes de restricciones a dicha voluntad: por un lado, la protección otorgada a los intereses generales que deben regir la actividad de toda fundación y, por otro, la existencia de una regulación imperativa que restringe los poderes del fundador para determinar cuestiones organizativas y materiales de la fundación y que impone asimismo un control a la actividad de las fundaciones por parte de órganos administrativos y judiciales.

Pero, si como hemos señalado, la protección jurídica de la figura del fundador tiene como principal origen y fundamento el hecho altruista de la adscripción voluntaria de bienes propios a un interés general, podría resultar paradójico que dicha protección se otorgara en exclusiva a aquellos «creadores» de la fundación (tal y como los denomina la propia Ley 50/2002 de

² La aportación dotacional y su posible reversión a los herederos del fundador», *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, 2004, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 2172.

Fundaciones³) que intervienen en el momento inicial de la constitución de la fundación y que en cambio no se reconociera a aquellas personas que realizan exactamente el mismo acto filantrópico en un momento posterior al de la constitución. Esta posible paradoja se plantea porque la normativa vigente en materia de fundaciones y, en particular, el artículo 12.4 de la Ley 50/2002, con una lógica jurídica y económica destinada a promover y preservar la pervivencia de las fundaciones, reconoce la posibilidad de que tanto los fundadores como «*terceras personas*» puedan aportar bienes que pasen a formar parte de la dotación fundacional en momentos posteriores a su constitución⁴. Así, el citado artículo 12.4.º de la Ley señala lo siguiente:

«Artículo 12. Dotación.

(...)

4. *Formarán también parte de la dotación los bienes y derechos de contenido patrimonial que durante la existencia de la fundación se aporten en tal concepto por el fundador o por terceras personas, o que se afecten por el Patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales».*

Las preguntas que surgen intuitivamente tras la lectura de este artículo serían las siguientes: ¿quiénes son esas «terceras personas» a las que hace referencia la Ley 50/2002? ¿Es la del tercero una figura total o parcialmente equiparable a la del fundador o, por el contrario, ha querido la normativa establecer con carácter imperativo en el artículo 12.4.º que dicho tercero es una figura distinta a la del fundador? Y por último, si se mantuviera esta última tesis, entonces ¿qué contenido habría que darle a esta figura del tercero y qué derechos y prerrogativas, en su caso, tendría reconocidos?

Estas reflexiones son el fundamento del presente estudio que, sin embargo, no pretende limitarse a analizar la figura del fundador para compararla con la del «tercero» que realiza una dotación en un momento sucesivo. Por el contrario, este estudio también pretende reflexionar en general sobre los límites legales impuestos al fundador a la hora de ejercer y hacer valer su voluntad en aquellos aspectos no específicamente previstos en la normativa, como sería la posibilidad de incorporar a la fundación a fundadores «sucesivos» o «sobrevenidos», como quieran denominarse, en momentos posteriores a la constitución.

³ *Vid.* artículo 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (la «Ley 50/2002»).

⁴ Dejamos al margen de este estudio la posibilidad de que el Patronato adscriba bienes y derechos a la dotación fundacional puesto que es un acto que se realiza en el ámbito interno de la fundación, frente a las dotaciones por fundadores y terceros, que son realizadas al margen de la gestión de la propia fundación y las que nos interesan para este análisis.

Por último, y a los efectos de delimitar el alcance del presente estudio, importa señalar que este análisis se realiza en relación con la normativa de ámbito estatal y excluye de forma específica el análisis de cualquier otra normativa autonómica distinta a la del País Vasco (a la que se refiere brevemente la Sección V dadas las peculiaridades de esta norma autonómica en particular en relación con un potencial reconocimiento de una figura equiparable a la del fundador «sucesivo»).

II. La experiencia práctica reciente en la incorporación de fundadores «sucesivos»

Se han dado en la práctica reciente de las fundaciones españolas situaciones en las que se ha pretendido, bien en el mismo momento de constitución de una fundación, bien en un momento posterior mediante la modificación de los estatutos fundacionales, regular expresamente en los estatutos la posibilidad de que los terceros que aporten dotación fundacional en un momento posterior al de la constitución sean denominados y tengan la consideración plena de fundador, creando una suerte de fundadores «sucesivos». Estos intentos se han realizado sobre el entendimiento por parte de estas fundaciones de que el Derecho fundacional vigente, a falta de una regulación específica de esta cuestión y sin una prohibición expresa, habilitaría la creación de esta figura de fundador «sucesivo» al amparo del principio de libertad y de autonomía de voluntad que inspira toda la Ley 50/2002.

Detrás de este interés de las fundaciones por crear esta nueva figura está la legítima intención de dotar de dinamismo a la fundación, de aumentar su capacidad de actuación y de asegurar en lo posible su pervivencia en el tiempo. Esta figura supondría sin lugar a dudas un importante aliciente para que los terceros que, por cualquier razón, no hayan tenido la oportunidad de participar en la constitución de la fundación se animen a destinar de forma duradera bienes y derechos a la fundación. También podría servir para subsanar posibles situaciones en las que, por motivos puramente circunstanciales y contingentes, una persona promotora de la fundación e interesada en la misma desde su concepción, no haya podido participar de su constitución, otorgando flexibilidad a la creación del instituto fundacional.

Sin embargo, los Protectorados correspondientes, en su condición de órganos administrativos facultados para controlar y validar la legalidad de los estatutos, han dado, en estas ocasiones en las que se les ha planteado esta cuestión, una interpretación estricta al artículo 12.4.º de la Ley 50/2002 y han entendido, tanto en sus resoluciones formales como en las consultas informales que

se les han planteado, que la Ley establece dos figuras diferenciadas sin posibilidad de equiparación; la del fundador y la del tercero que aporta dotación fundacional de forma sobrevenida. Manifiestan así que, conforme a su opinión, el término fundador debe ser reservado de forma exclusiva a aquéllos que aportan los bienes dotacionales exclusivamente en el momento de la constitución de la fundación y no después. En esta interpretación, que entendemos es discutible en los términos que analizaremos más adelante, el plano temporal (esto es, el momento en el que se realiza la aportación) parece prevalecer sobre cualesquiera otros planos o consideraciones, como pueda ser el plano estrictamente material o patrimonial (esto es, el hecho de que las actuaciones realizadas por el fundador y el tercero son esencialmente las mismas, ya que ambos adscriben bienes de su patrimonio a fines generales que se promueven a través de una fundación como entidad jurídica independiente).

De esta opinión mantenida por los Protectorados podrán derivar otras consecuencias jurídicas para el tercero que aporta sus bienes a la dotación durante la vida de la fundación, consecuencias que serán tanto o más relevantes que la mera cuestión terminológica —no exenta de cierta relevancia en sí misma por el reconocimiento social a la figura del fundador—. La interpretación de la norma por parte de los Protectorados al impedir la institución de la figura de los fundadores «sucesivos» y al establecer la diferenciación entre el concepto legal de fundador y el de tercero comporta razonablemente una interpretación del resto de preceptos de la Ley 50/2002 que impedirá, en principio, la equiparación de los derechos y obligaciones reconocidos al fundador a favor de estos terceros. En este caso, se podría interpretar que quien niega la mayor, niega la menor, por lo que si el tercero no puede denominarse fundador, no parece permitirse que se les atribuyan los derechos legales establecidos a favor de los fundadores. Así, si los Protectorados concluyen que los terceros previstos en el artículo 12.4.º de la Ley 50/2002 son una figura distinta a la del fundador y que no pueden equipararse a los fundadores ni tan siquiera por vía estatutaria, la lógica jurídica nos lleva a interpretar que no será posible aplicar analógicamente a estos terceros las facultades, responsabilidades y prerrogativas reconocidas a los fundadores en la Ley 50/2002 y su normativa de desarrollo⁵.

Sin embargo, esta línea interpretativa seguida por algunos Protectorados puede plantear, en nuestra opinión, algunos problemas que se expondrán en detalle en posteriores apartados. Destacan entre ellos la posible vulneración

⁵ Nos referimos aquí a la atribución de derechos por operativa legal automática. Ello debe entenderse sin perjuicio de que por vía estatutaria se le puedan reconocer determinados derechos y prerrogativas a estos «terceros», pero no en su condición de «fundadores».

del principio de libertad y autonomía de la voluntad reconocidos por la normativa, así como el vacío normativo al que se condenaría al tercero del artículo 12.4.º de la Ley 50/2002 dada la falta absoluta de reglamentación de esta figura.

Por último, téngase en cuenta que lo que se ha indicado acerca de la posición adoptada por los Protectorados no es absoluta, en el sentido de que, dada la pluralidad de Protectorados existentes en la actualidad y como ocurre con otras materias, nada impide que determinados Protectorados estén realizando o vayan a realizar una interpretación distinta a la aquí planteada. Sin embargo, este estudio busca llamar la atención sobre un problema práctico que, sin duda, diversas fundaciones españolas han vivido y que plantea un interesante análisis jurídico, doctrinal y jurisprudencial complejo y no resuelto.

III. Reflexión sobre la terminología utilizada por la Ley 50/2002

Sin ánimo de detenernos demasiado en el análisis de una cuestión que —al menos en parte— tiene naturaleza extra jurídica como es la de la nomenclatura utilizada por la norma fundacional, resulta relevante para este estudio el examen de los términos que utiliza la Ley 50/2002 y su normativa de desarrollo para referirse a las personas —ya sean físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada— que participan en el negocio fundacional o que de otra manera aportan bienes o derechos a la dotación fundacional. Nos encontramos fundamentalmente ante cuatro términos distintos utilizados en diversos apartados de la Ley 50/2002 y sus reglamentos en función, principalmente, del momento en el que dichas personas participan en el negocio fundacional o en la dotación: creador, fundador, tercero y aportante.

La antecesora de la vigente Ley 50/2002, la derogada Ley 30/1994⁶, contenía estos mismos cuatro términos, si bien de forma más limitada. Así por ejemplo, el uso del término «tercero» en relación con la dotación patrimonial tenía un contenido más restringido que el de la norma actual, ya que la Ley 30/1994 no preveía de forma expresa la posibilidad de la aportación dotacional sobrevenida más que por fundadores y Patronato en casos tasados⁷. Es por tanto el vigente marco legislativo el que ha venido a aportar una mayor complejidad a esta cuestión.

⁶ Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General (la «Ley 30/1994»).

⁷ *Vid.* artículo 10.4.º de la Ley 30/1994.

1. *Consideración previa: la naturaleza del negocio fundacional*

Para entender el uso de los diversos términos introducidos por el Derecho positivo vigente es conveniente realizar una reflexión preliminar sobre la naturaleza del negocio fundacional. Esta cuestión ha sido analizada en detalle a lo largo de los años por numerosos estudios doctrinales y no es el objeto del presente estudio, por lo que nos referiremos a ella en lo estrictamente necesario para intentar comprender el porqué del uso por el legislador de una pluralidad de términos que, *a priori*, pueden parecer intercambiables.

Así pues, la doctrina ha discutido de forma recurrente la naturaleza del acto fundacional, dando como resultado fundamentalmente dos posturas al respecto. Por un lado, en la senda iniciada por parte de la doctrina alemana, algunos autores nacionales así como en ocasiones la jurisprudencia han entendido que la constitución de una fundación está compuesta por dos negocios jurídicos independientes: por una parte está la declaración de voluntad de la persona que manifiesta su deseo de crear una entidad independiente y de establecer unos determinados fines para la misma y, por otra, está el acto de la dotación patrimonial a dicha entidad independiente. Mientras, por otra parte, se encuentran quienes afirman que el negocio fundacional es único e inescindible y que, por tanto, no es posible entender de forma independiente los actos de creación y de dotación, siendo ambos necesarios para que se pueda dar el negocio fundacional. Son numerosos los autores que se decantan por esta última postura como, por ejemplo, Serrano Chamorro⁸ que afirma que «hay que abandonar la pura elaboración teórica y atender al Derecho positivo para ver si el acto de dotación es o no esencial», que señala también que el negocio fundacional «se trata (...) de un negocio único que comprende conjuntamente una destinación patrimonial y la creación de una persona jurídica, de un ente autónomo»⁹. Finalmente, algunos autores entre los que destaca Albaladejo¹⁰ han defendido una posición que podría considerarse ecléctica, en el sentido de que se muestran de acuerdo con la posibilidad de construir y distinguir no sólo conceptualmente sino también en la práctica ambos conceptos (creación y dotación), aunque reconocen que el Derecho positivo, con la intención de evitar la creación de entidades inoperativas para la vida civil y económica, no reconoce efectos jurídicos a la

⁸ M.^a E. SERRANO CHAMORRO, *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, pp. 67 y 68, Thomson-Cívitas, 2003.

⁹ M.^a E. SERRANO CHAMORRO, *Las fundaciones...*, ob. cit., p. 84.

¹⁰ M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil I. Introducción y parte general*, pp. 396 y ss., Edisofer, 2009.

creación de la fundación si ésta no se acompaña de la correspondiente y suficiente dotación.

Como se analizará a continuación, la Ley 50/2002 parece haber optado por la segunda de las posturas doctrinales planteadas, entendiendo la manifestación de la voluntad del fundador de constituir una entidad independiente dotada de fines y la aportación de la dotación como esenciales ambas para la existencia del negocio fundacional, pese a que la redacción de la norma no resulta especialmente clara (sobre todo al definir los sujetos que deben o pueden intervenir en dicho negocio fundacional). Como se verá, la Ley 50/2002 sí distingue en ocasiones el acto de la manifestación de voluntad y el de dotación desde un plano estrictamente teórico, pero configura ambos como inescindibles e imprescindibles para que se pueda consumir el negocio fundacional.

2. Términos utilizados por la normativa para referirse a las personas que participan en la creación y dotación fundacional

Hecha esta breve consideración acerca de la naturaleza del negocio fundacional, a continuación se analizan los distintos términos utilizados por la Ley 50/2002 y su normativa de desarrollo para referirse a aquellas personas que participan en el acto de constitución de la fundación, en el acto de aportación de dotación o en ambos —asumiendo, para facilitar este análisis que ambos actos, constitución y dotación, pueden diferenciarse cuando menos de forma teórica—. Como se ha adelantado, nos encontramos con que el legislador ha utilizado al menos cuatro términos distintos a estos efectos (creador, fundador, tercero y aportante), lo que dificulta el análisis de la figura del fundador y de los requisitos que éste debe cumplir para ser considerado como tal. Es por ello que la revisión de cada uno de estos conceptos de forma separada se hace necesaria para aislar e identificar de forma correcta y completa las características legales que debe cumplir el fundador a los efectos de considerar la posibilidad de incorporar fundadores «sucesivos» que cumplan esas mismas (o muy similares) características.

A) El creador

El primero de los términos utilizados por el Derecho positivo vigente, el de creador, lo encontramos únicamente en el artículo 2 de la Ley 50/2002 que establece que «*son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general*». En términos prácticamente idénticos

se utilizaba el término «creador» por la norma previa del 94¹¹. Cabe preguntarse si este término, que como adelantábamos no vuelve a utilizarse ni en la Ley 50/2002 ni en su normativa de desarrollo, se introduce en la Ley como una figura distinta de la del fundador o como términos sinónimos.

Una primera interpretación sería que el uso del término «creador» en el citado artículo 2 de la Ley tiene como única finalidad la de poner un mayor énfasis en el hecho constitutivo y de manifestación de voluntad que en el aspecto dotacional del negocio fundacional pero que, más allá de esta precisión, el legislador utiliza este término con el mismo contenido que el de «fundador». En este sentido y atendiendo a la literalidad del precepto, el uso del término «creador», al igual que ocurría en la Ley 30/1994¹², se vincula expresamente al acto de voluntad («*voluntad de sus creadores*»). A favor de esta interpretación de considerar ambos términos equivalentes encontramos diversos argumentos. En primer lugar está el hecho de que, de haber querido establecer dos figuras diferenciadas, lo lógico hubiera sido que la Ley 50/2002 o su normativa de desarrollo hubieran dotado de algún contenido concreto a la figura del creador y no la hubieran dejado, como ocurre en realidad, sin la atribución de ningún derecho u obligación específicos. La equiparación entre ambos términos viene refrendada igualmente por el hecho de que, como hemos analizado con anterioridad, los Protectorados de fundaciones han venido interpretando la figura del fundador de forma restrictiva, de modo que entienden que solamente podrá ser considerado fundador aquél que comparezca al acto creador de la fundación y no a quienes comparezcan para aportar dotación en momentos posteriores a dicha creación. Por tanto, si se limita el concepto de fundador a las personas que comparecen en el momento de creación de la fundación, sea mediante acto *inter vivos* o *mortis causa*, ambos términos (creador y fundador) podrían entenderse utilizados por el legislador como sinónimos si perjuicio de que, como hemos señalado, con el uso del término «creador» el legislador habría querido dar prevalencia en este precepto concreto a la emisión de la voluntad de constitución del «creador» frente a su condición de aportante.

Sin embargo, cabría también una segunda interpretación de la inclusión del término «creador» en el artículo 2 de la Ley 50/2002. Es posible argu-

¹¹ La Ley 30/1994 establecía en su artículo 1 que «*son fundaciones las organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general*».

¹² Y ello porque el artículo 1.1.º de la Ley 30/1994 establecía, en términos similares a los de la Ley 50/1992, que: «*Son fundaciones las organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general*».

mentar que el legislador eligió voluntariamente el uso del término «creador» en vez de usar el término más utilizado y extendido de «fundador», y que ello se hizo con el objeto de expresar, de forma más precisa y coherente con otros preceptos del mismo texto normativo, que en la creación de la fundación pueden participar personas distintas del propio fundador y a las que de esta manera se les otorga un cierto reconocimiento jurídico. Como nos referiremos con más detalle al analizar el uso del término «tercero», el artículo 12.3.º de la Ley 50/2002 contiene la previsión de que en el acto de creación fundacional se podrá considerar dotación el compromiso de aportaciones realizada por parte de un «tercero». Por tanto, y puesto que la Ley 50/2002 contiene la previsión expresa de que, además de lo aportado por los propios fundadores cabe entender comprendida en la dotación inicial el compromiso voluntario de dotación emitido por «terceros», se puede concluir que pueden participar igualmente en la creación de una fundación personas que no tienen necesariamente la condición de fundadores. Esta sería la principal razón por la que la Ley 50/2002 evitaría el uso del término fundador en este precepto con el objeto de obtener una mayor precisión terminológica, ya que la inclusión del término «fundador» hubiera podido dar lugar a equívocos con respecto a la aportación de estos «terceros» permitida por el artículo 12.3.º y su participación en la creación de la fundación.

Conforme a esta segunda interpretación, el término «creador» abarcaría no solamente a los fundadores sino también a los terceros que intervienen en la constitución de la fundación aportando compromisos firmes de dotarla en un momento posterior. De esta forma la Ley otorgaría un cierto reconocimiento jurídico a esta participación. No obstante, es necesario reconocer que, más allá de la mayor precisión terminológica del uso del término «creador» como figura más amplia que la del «fundador», pocas (o ninguna) ventajas prácticas derivarían del hecho de este reconocimiento de los «terceros» como «creadores», ya que como se ha analizado, ni la Ley 50/2002 ni su normativa de desarrollo asignan a la figura del «creador» ningún acervo concreto de derechos u obligaciones.

Finalmente, para suscribir esta segunda interpretación, habría que entender que la voluntad a la que se refiere este artículo 2.1.º de la Ley 50/2002 no es la voluntad del fundador de constituir una persona jurídica independiente a la que nos hemos referido anteriormente al analizar los dos componentes «teóricos» del negocio fundacional único, sino que se refiere a una voluntad distinta. El tenor literal del precepto parece referirse a la voluntad expresada por los «creadores» en relación con el destino del patrimonio, no la constitutiva, o lo que es lo mismo, la voluntad de dichos «creadores» de afectar de modo duradero el patrimonio fundacional a la realización de unos

determinados fines y no a la voluntad de constituir un ente jurídico independiente. Esta interpretación de la voluntad del creador encajará mejor con el uso del término «creador» como término comprensivo de fundadores y terceros, ya que a estos últimos no se les exige —ni en las normas ni por la doctrina— manifestar una voluntad de constituir una fundación.

En todo caso, sea cual sea la interpretación que se comparta, el uso del término «creador» en la Ley 50/2002 no resulta especialmente significativo a los efectos de este estudio, ya que ninguna de las interpretaciones expuestas precluiría o excluiría necesariamente una posible equiparación estatutaria y el posible tratamiento como «fundadores» de los aportantes sucesivos.

B) *El fundador*

El segundo de los términos utilizados por la Ley 50/2002, el de fundador, es piedra angular de las fundaciones y de su normativa. No se concibe la figura de la fundación sino como un instrumento jurídico, al que se reconoce autonomía y personalidad jurídica propia, que ha sido creado por el ordenamiento exclusivamente para dar forma jurídica y reglar adecuadamente el deseo de las personas de destinar parte de sus bienes a fines de interés general. Como acertadamente citan Piñar Mañas y Real Pérez¹³ a Gierke, «la fundación es un organismo institucional reconocido por el Derecho como persona, en el cual se ha incorporado inmortalmente un trozo de la voluntad del fundador». Dada la relevancia del fundador y su función nuclear en el instituto fundacional, es normal la multitud de referencias a esta figura contenidas a lo largo de los textos normativos de fundaciones y la diversidad de derechos y obligaciones que se le reconocen en ellos de forma expresa.

Sin embargo, y a la vista de la discusión doctrinal acerca de la naturaleza del negocio fundacional antes expuesta, resulta necesario plantearse cuáles son los requisitos que debe cumplir una persona para ser considerada fundador a los efectos de la Ley 50/2002. Habría que analizar si la norma le exige participar en el acto de creación de la fundación, en el de aportación dotacional o en ambos. Aquí se encuentra, sin duda, el *quid* del presente estudio pues la conclusión a la que se llegue respecto a cuáles son los requisitos legales exigibles a la figura del fundador y respecto a la imperatividad de dichos requisitos será esencial para establecer la posibilidad o no de instituir fundadores «sucesivos». La relevancia del análisis de los requisitos exigidos a la figura del fundador reside también en el hecho de que, con independencia del uso de

¹³ J. L. PIÑAR MAÑAS, y A. REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Marcial Pons, 2000, p. 30.

una pluralidad de términos afines al del fundador por parte del Derecho positivo vigente, solamente a éste se le reconoce de forma expresa un conjunto claro y definido de derechos y obligaciones. En este sentido, únicamente se reconoce *ex lege* al fundador —y no a las figuras de creador, tercero y aportante— determinadas capacidades de control sobre el desarrollo y actividad de la fundación.

Como punto de partida para el estudio del contenido y requisitos legales exigibles al fundador hay que destacar que no existe en la Ley 50/2002 ni en sus reglamentos una definición legal de fundador, definición que sin duda hubiera sido de utilidad ante la variedad de términos relacionados utilizados por el legislador. No hay en la Ley 50/2002, ni en su normativa de desarrollo, ni en sus precedentes legislativos más próximos (en particular, en la Ley 30/1994) ningún precepto destinado a aclarar qué entiende el legislador por fundador y qué características posee esta figura. Es posible que, históricamente, dicha definición legal no fuera necesaria pero, ante las nuevas reglas que amplían el abanico de sujetos que pueden participar en la dotación fundacional, esta definición se hace más conveniente. Como consecuencia de este vacío, se hace necesario acudir a los distintos preceptos de la Ley 50/2002 y sus reglamentos en los que se hace mención al fundador para intentar componer los contornos y límites de esta figura. La principal dificultad a la hora de realizar este análisis está en el hecho de que estos diversos preceptos se centran, casi de forma exclusiva, en definir los derechos y obligaciones que se asignan *ex lege* al fundador y facilitan escasa información, en particular, sobre qué debe entenderse por fundador. Entre los diversos beneficios¹⁴ concedidos en favor del fundador encontramos sin duda el más esencial de todos ellos en el artículo 2.2.º de la Ley 50/2002, que establece que las fundaciones se deben regir por la voluntad del fundador (además de por sus estatutos y la Ley). Pero no todo es reconocimiento de derechos. También se apuntan a lo largo de las normas fundacionales algunas obligaciones y responsabilidades del fundador como, por ejemplo, la del artículo 12.1.º de la Ley 50/2002 que señala a éste como la persona responsable de justificar ante el Protectorado la suficiencia de la dotación para la consecución de los fines fundacionales¹⁵.

¹⁴ Un breve análisis de los principales beneficios y prerrogativas otorgados por la norma al fundador y las referencias a los correspondientes artículos se contiene con más detalle en la Sección IV de este estudio.

¹⁵ El artículo 12.1 de la Ley 50/2002 establece a estos efectos lo siguiente:
«(...) Cuando la dotación sea de inferior valor, el fundador deberá justificar su adecuación y suficiencia a los fines fundacionales mediante la presentación del primer programa de actuación, junto con un estudio económico que acredite su viabilidad utilizando exclusivamente dichos recursos».

Sin embargo, el análisis de la figura del fundador deberá, en nuestra opinión, ir todavía más allá que la revisión de los requisitos que debe cumplir conforme a Derecho. Una vez aclarado mínimamente el contenido del término legal de fundador conforme a la literalidad de la Ley 50/2002 y su normativa de desarrollo, sea el que sea, deben plantearse dos cuestiones esenciales. La primera cuestión será si la norma fundacional ha pretendido establecer un concepto cerrado de «fundador» o si, por el contrario, el uso de este término se ha realizado de forma genérica e inespecífica. La segunda cuestión a plantear será si cabría o no, sobre la base la libertad y autonomía de la voluntad del fundador y posteriormente del Patronato a la hora de organizar y gestionar la fundación, crear la figura del fundador «sucesivo» asignando estatutariamente a un tercero que razonablemente posea características similares a las de fundador la denominación de fundador y los mismos (o similares) derechos y obligaciones que los otorgados por la norma al fundador.

Planteadas las cuestiones a analizar, es necesario pasar entonces a revisar los requisitos aplicables a la figura legal de fundador:

i) *Participación en el acto de constitución.* Lo que se deduce de las diferentes menciones legales y reglamentarias al fundador es el hecho de que:

- el fundador —y no cualquier otra de las figuras analizadas¹⁶— es quien manifiesta la voluntad de constituir la fundación y cómo debe esta fundación regirse con posterioridad¹⁷; y
- dicha voluntad gobernará la vida de la fundación junto con otros criterios rectores como son los estatutos o la Ley.

Esta voluntad del fundador se debe plasmar necesariamente y de forma expresa en la escritura de constitución cuando la creación se articule por negocio *inter vivos* —conforme establece el artículo 10.b) de la Ley— o en el testamento cuando la creación se realice por negocio *mortis causa* —conforme establece el artículo 9.4.º de la Ley—. Aclarado el hecho de que la Ley 50/2002 exige en la creación de la fundación la comparecencia de uno o varios fundadores, la verdadera cuestión reside en el hecho de si, por ello,

¹⁶ En este mismo sentido nos hemos manifestado al analizar del término «creador», al interpretar la voluntad de los «creadores» a la que hace referencia el artículo 2.1.º de la Ley 50/2002 como una referencia a la voluntad de afectar el patrimonio fundacional a unos determinados fines y no a la voluntad de constituir una fundación, que solamente es exigible a los fundadores y no a los denominados «terceros».

¹⁷ En este sentido se manifiestan, por ejemplo, los artículos 2.2.º, 9.4.º u 11.2.º de la Ley 50/2002.

la Ley 50/2002 excluye la posibilidad de la existencia de fundadores «sucesivos» por no participar éstos en dicho acto creador.

A nuestro entender, la exigencia legal de que en el momento de la constitución comparezcan uno o varios fundadores que manifiesten la voluntad de creación y los fines y directrices que deben regir la actividad fundacional no excluiría por sí misma la posibilidad de que pudieran existir fundadores que se vinculen a la fundación en un momento posterior al de la creación. No se aprecia obstáculo jurídico alguno a la posibilidad de que, en un momento posterior al constitutivo, una persona se adhiera a la voluntad de constituir una fundación expresada inicialmente por los fundadores. Una adhesión de estas características debería entenderse válida conforme a las reglas generales de Derecho y no encontramos en el Derecho positivo fundacional norma que la prohíba. De hecho, cabe argumentar incluso que el propio hecho de aportar dotación en un momento posterior al de creación conlleva necesaria e ineludiblemente la adhesión tácita del tercero aportante a la voluntad de constitución inicialmente expresada por el fundador, ya que muestra tanto una evidente conformidad del tercero con el negocio fundacional realizado por el fundador como su apuesta y compromiso con los fines generales que el fundador (o posteriormente el Patronato) hayan decidido establecer para la fundación.

ii) *Destinación de bienes a la dotación fundacional.* El segundo de los aspectos que conforma el negocio fundacional es el de la adscripción voluntaria de bienes propios a la dotación fundacional. Históricamente y en el sentido más clásico, el instituto de la fundación tenía un fuerte sentido patrimonial que, sin embargo, se ha ido aligerando parcialmente con el tiempo. En línea con esta evolución, la Ley 50/2002 define en su artículo 2.1.º las fundaciones como aquellas «*organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general*»¹⁸. Un análisis literal de este artículo 2.1.º revela que ni este precepto, y ya adelantamos que ni ningún otro de los contenidos en la Ley 50/2002, exigen de forma expresa que todo fundador deba destinar bienes a la dotación patrimonial¹⁹. Lo que es-

¹⁸ Artículo 2.1 de la Ley 50/2002.

¹⁹ Por ejemplo, en el artículo 12.4.º de la Ley y en el 5.4.º del Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal se hace referencia a las aportaciones efectuadas por los fundadores, pero en ambos artículos se contemplan aportaciones dotacionales realizadas también por terceros, por lo que la aportación dotacional no se puede considerar característica exclusiva del fundador.

En todo caso, lo más cercano a una regla que vincule al fundador con la necesidad de dotar se puede encontrar en el artículo 8 de la Ley 50/2002, que su apartado 2.º señala, respecto a la capacidad de fundar, que «*las personas físicas requerirán de capacidad para disponer gratuitamente «inter vivos» o «mortis causa», de los bienes y derechos en que consista la dotación*». No

tablece el citado artículo 2.1.º de la Ley es que la voluntad de los fundadores constituyentes debe expresar la afectación de un patrimonio a determinados fines, sin hacer referencia al origen de dicho patrimonio (¿suyo o de otros?).

Este precepto debe entenderse, además, conjuntamente con el artículo 12.3.º de la Ley que, como ya se ha visto, acepta como dotación en el momento de la constitución el compromiso de aportaciones dotacionales de «terceros» distintos en principio de los propios fundadores. Como señala Serrano Chamorro²⁰ «el compromiso garantizado de aportación de terceros debe considerarse dotación a los efectos de adecuación y suficiencia a los fines fundacionales con el objeto de obtener el informe favorable del Protectorado para su inscripción en el Registro (...) no existen duda alguna de que el compromiso garantizado de aportar constituye un derecho de la fundación frente al tercero comprometido, quien de acuerdo con la garantía ofrecida podrá ejercerla en caso de incumplimiento, por lo que forma parte de la dotación fundacional». Llevado al extremo este razonamiento, ¿cabría entonces conforme al Derecho positivo vigente la creación de una fundación en la que la dotación se compusiera exclusivamente de compromisos de aportaciones de terceros y en la que por tanto los fundadores no aportaran dotación alguna? ¿Es posible desligar completamente el concepto de fundador del requisito de aportar dotación fundacional? Si bien la literalidad de la norma vigente podría llegar a interpretarse en este sentido —no hay ninguna regla que establezca que la totalidad de la dotación no pueda estar compuesta de compromisos de terceros²¹—, no se puede obviar la tradición jurídica ni menos aún el contenido del derecho constitucional a fundar tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia. No solamente la génesis histórica y jurídica de este instituto sino también la doctrina y jurisprudencia se han manifestado partidarias de ligar la condición de fundador con el requisito de la aportación dotacional. Como hemos argumentado anteriormente, el negocio fundacional tiene como origen el hecho de que una persona, el fundador, decida desprenderse de

obstante, entendemos que la exigencia de que los fundadores personas físicas posean capacidad de disposición no puede interpretarse necesariamente como una exigencia de que todo fundador deba aportar dotación fundacional.

²⁰ M.ª E. SERRANO CHAMORRO, *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Thomson-Civitas, 2003, pp. 219 y 220.

²¹ Pese a que no se prohíbe esta posibilidad, hay que tener en cuenta que la Ley 50/2002 se posiciona de forma clara en contra de la constitución de fundaciones que no estén suficientemente dotadas y las que sustituyan la dotación por el mero propósito de recaudar donativos. En los casos en los que la dotación inicial estuviera compuesta exclusiva o fundamentalmente de compromisos de terceros no materializados, existirían importantes riesgos de que el Protectorado objetara esta dotación sobre la base de que ésta sería insuficiente para garantizar la operatividad de la fundación desde su constitución.

bienes de su titularidad para constituir un ente independiente destinado a cumplir fines de interés general. En este mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional («TC») n.º 341/2005, de 21 de diciembre, que se refiere a la doctrina establecida por la Sentencia del TC n.º 49/1988, de 22 de marzo y que señala que *«el art. 34 CE se refiere sin duda al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera»*.

Según entendemos, conforme a la jurisprudencia, a la doctrina y la interpretación razonable de la Ley 50/2002, el acto de la aportación dotacional debe entenderse íntimamente vinculado con la figura del fundador, de manera que no deberá existir un fundador que no realice aportación, siquiera mínima, de bienes o derechos a la dotación, si bien la norma no exige que el fundador dote por un valor mínimo determinado para que sea considerado como tal fundador. En la práctica, por tanto, podrán existir fundadores cuya aportación dotacional sea muy limitada siempre que el valor total de la dotación —completado por las dotaciones de otros fundadores o por compromisos de terceros— se considere suficiente para el desarrollo de los fines de interés general propuestos conforme a lo previsto en la Ley 50/2002²². La aportación dotacional se configura en nuestra opinión, por tanto, como un requisito esencial para la consideración de una persona como fundador, ya que es el acto voluntario de liberar bienes de su esfera patrimonial en favor del fin general, y la voluntad de destinarlos en beneficio de una pluralidad de terceros ajenos a sí mismo y a sus allegados, lo que legitima en última instancia el haz de prerrogativas que concede la normativa fundacional al fundador. Haciendo un símil con la normativa societaria, es la aportación de capital lo que otorga al socio los derechos inherentes a la condición de socio y no su mera participación en el acto societario de constitución social²³.

²² Se establece en el artículo 12.1.º de la Ley 50/2002 que la dotación deberá ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales y que se presumirá suficiente la dotación cuyo valor económico alcance los 30.000 euros. Si la dotación no alcanzara esta cantidad, el fundador deberá justificar su adecuación y suficiencia a los fines fundacionales mediante la presentación de un programa de actuación y un estudio económico que acredite la viabilidad de la fundación.

²³ Ello sin perjuicio de los especiales derechos económicos que, por ejemplo, pueden reconocerse los socios fundadores de las sociedades anónimas conforme al artículo 27 de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio).

Si bien el paralelismo entre el derecho fundacional y el derecho societario no puede hacerse sin importantes reservas, tampoco puede olvidarse que ambos derechos tienen en común que son una manifestación de la autonomía de la voluntad de la persona respecto de sus propios bienes. Esta autonomía ampara que una persona pueda disponer de su patrimonio de forma libre dentro de unos determinados condicionantes legales y permite a dicha incluso la creación de una persona jurídica independiente para garantizar la consecución de determinados fines (con independencia de que estos fines sean de naturaleza mercantil o de promoción de intereses generales)²⁴.

Este símil no obsta que haya que reconocer las innegables peculiaridades del negocio fundacional y sus diferencias con el derecho societario, ya que el acto de la dotación reviste características inequívocas de liberalidad o gratuidad que no se dan en el negocio societario. En este sentido cabe citar, por ejemplo, a Durán Rivacoba²⁵ que señala que en las fundaciones «la voluntad del disponente resulta la de un acto gratuito y de liberalidad, pero respecto del patrimonio final causalizado mediante la fundación». No pretende en modo alguno argumentarse en este estudio que la causa del negocio fundacional o, más en concreto, de la aportación de dotación se encuentra en la recepción por el aportante de una serie de derechos de gestión o control sobre la fundación como contraprestación —lo que desvirtuaría la naturaleza del negocio fundacional—, ni tampoco pretende negarse la esencialidad de la emisión de la voluntad del fundador como requisito necesario para el negocio fundacional, sino que sostenemos que es la disposición de los bienes a favor de la fundación para promover unos fines de interés general (y no la mera participación en el acto constitutivo de la fundación) lo que en mayor parte justifica que el ordenamiento jurídico reconozca al fundador una serie de prerrogativas. En este sentido se manifiestan autores como Piñar Mañas y Real Pérez²⁶ al señalar que «ya que es el fundador quien gratuitamente se desprende de sus bienes para servir intereses generales (y en este sentido colabora con la organización estatal) el Derecho respeta la voluntad del bienhechor».

En conclusión, la figura del fundador tal y como se configura en la Ley 50/2002 posee unos contornos precisos y comporta la participación del fundador en el negocio fundacional entendido como un negocio jurídico único

²⁴ En este sentido de vincular el derecho de la propiedad y el derecho a fundar se manifiesta, por ejemplo, la Sentencia del TC n.º 341/2005.

²⁵ R. DURÁN RIVACOBA, *Fundaciones: problemas actuales y reforma legal*, Capítulo 8. *La voluntad del fundador*, Aranzadi, 2011, p. 269.

²⁶ J. L. PIÑAR MAÑAS, y A. REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Marcial Pons, 2000, p. 30.

(esto es, la participación tanto en la creación como en la dotación patrimonial) si bien, a nuestro entender, la existencia de este concepto legal de fundador no debe excluir por sí mismo la posibilidad de establecer estatutariamente la figura de fundadores «sucesivos» como aquellos fundadores vinculados a la fundación en un momento posterior al de su creación. La autonomía de la voluntad del fundador reconocida por la ley en el momento de la constitución (y posteriormente reconocida al Patronato) debería permitir el establecimiento de esta figura dada la ausencia de una prohibición clara en este sentido.

C) *El tercero (ex artículo 12 de la Ley 50/2002)*

La Ley 50/2002 se refiere en su artículo 12 a la figura del «tercero» como la de aquél que materializa una aportación de bienes o derechos a la fundación en concepto de dotación en un momento posterior al constitutivo, es decir, durante la vida de la fundación. Es conveniente aclarar que este estudio revisa el concepto de «tercero» cuando se utiliza por la Ley 50/2002 y su normativa de desarrollo exclusivamente en relación con la dotación patrimonial y no en otros contextos y con otras acepciones más genéricas de tercero que poco importan a nuestro análisis²⁷. Nos encontramos ante el término «tercero» que, utilizado en relación con la dotación patrimonial, se incluye en la Ley 50/2002 en un único artículo (art. 12, apartados 3.º y 4.º) y en diversos artículos del Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal²⁸ [art. 5, apartados 2.º y 4.º, art. 16.a) y art. 32.2.ºa)]. Estos artículos, el 12 de la Ley y los diversos preceptos del Reglamento, son los destinados a regular la dotación y el patrimonio fundacional en los respectivos textos normativos.

En síntesis, las menciones a la participación de «terceros» en la dotación fundacional pueden agruparse en las siguientes dos categorías:

i) Menciones al tercero que se «compromete» a aportar dotación en el momento de la constitución.

El apartado 3.º del artículo 12 de la Ley 50/2002 se refiere a esta figura del tercero para establecer que: *«se aceptará como dotación el compromiso de aportaciones de terceros, siempre que dicha obligación conste en títulos de los que*

²⁷ Por ejemplo, el concepto de tercero se utiliza de forma genérica (e irrelevante para este análisis) en los artículos 28 o 38.3.º de la Ley 50/2002 o en el artículo 44.b) del Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal.

²⁸ Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal (el «Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal» o el «Reglamento»).

llevan aparejada ejecución» (cursiva nuestra). A su vez, en desarrollo de este precepto legal, el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal señala en su artículo 5.4.º que dichos compromisos de aportaciones de terceros a la dotación inicial «habrán de constar en títulos de los que llevan aparejada ejecución, que deberán describirse en la escritura fundacional». Ambos textos exigen firmeza al compromiso del tercero, de tal forma que el compromiso no podrá ser considerado dotación inicial salvo que conste en los correspondientes títulos ejecutivos²⁹. El Reglamento añade además la exigencia de que estos títulos sean descritos en la escritura fundacional. Por tanto, nos encontramos ante la figura de un tercero delimitada en este caso como la de aquél que no consuma la aportación dotacional en el momento de la constitución de la fundación pero que sí manifiesta su compromiso firme de aportar dotación en ese mismo momento inicial, creando a estos efectos un derecho en favor de la fundación que podrá exigirse por ésta en algún momento posterior y con suficientes garantías. Este precepto ha de ponerse en relación con el hecho de que se permita la aportación dotacional tanto de bienes como de derechos³⁰, puesto que los compromisos de terceros no serían sino una categoría específica de derechos aportados en favor de la fundación, que serán exigibles frente al propio tercero aportante. Por último, hay que añadir que el resto de las menciones al tercero previstas en los artículos 16.a)³¹ y 32.2.ºa)³² del Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal no aportan requisitos formales o materiales adicionales

²⁹ La exigencia de que el compromiso conste en «títulos de los que llevan aparejada ejecución» sustituye en la Ley 50/2002 a la expresión (sin duda más sencilla) contenida en la Ley 30/1994, que exigía que los compromisos estuvieran garantizados. Así, el artículo 10.4.º de la Ley 30/1994 establecía que «se podrá considerar como dotación el compromiso de aportaciones de terceros siempre que estuvieran garantizadas».

³⁰ Este reconocimiento legal a la posibilidad de aportar derechos como dotación fundacional se encuentra, entre otros preceptos, en los artículos 8.2.º, 9.4.º y, fundamentalmente, en el 12.1.º de la Ley 50/2002.

³¹ «Artículo 16. Composición del patrimonio.

El patrimonio de la fundación está formado por los siguientes bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica:

a) *La dotación, integrada por la dotación inicial aportada por el fundador o por terceras personas, por los bienes y derechos de contenido patrimonial que durante la existencia de la fundación se aporten en tal concepto por el fundador o por terceras personas, y por los bienes y derechos que se afecten por el patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales. (...).*

³² «Artículo 32. Destino de rentas e ingresos. (...)

2. *No se incluirán como ingresos:*

a) *La contraprestación que se obtenga por la enajenación o gravamen de bienes y derechos aportados en concepto de dotación por el fundador o por terceras personas, así como de aquellos otros afectados por el patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales, incluida la plusvalía que se pudiera haber generado».*

a los compromisos del tercero, sino que se limitan exclusivamente a constatar y reiterar el hecho de que estos compromisos tendrán la consideración plena de dotación.

Cabe preguntarse qué es lo que diferencia al tercero del citado artículo 12.3.º del fundador, dado que ambos, por definición, destinan bienes o derechos de forma duradera a la fundación que tienen la consideración legal de dotación fundacional y ambas figuras realizan esta dotación en el momento de la constitución. Parece entonces que la única diferencia entre ambos, al menos desde el punto de vista de la aportación patrimonial, deriva del hecho de que el fundador consume la aportación en el momento de la constitución y el tercero, por el contrario, difiere en el tiempo la materialización de dicha aportación. En todo caso, éste no parece un hecho diferenciador relevante y con suficiente peso para negar al tercero la condición de fundador, sobre todo a la vista de que la propia Ley 50/2002³³ no pone objeciones en reconocer la condición de fundador a quien realiza una aportación dineraria de forma sucesiva, esto es, desembolsando inicialmente al menos el 25% de la aportación comprometida y debiendo hacerse efectivo el resto en un plazo no superior a cinco años contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la fundación. Con ello, el legislador reduce significativamente la relevancia que pudiera otorgar al hecho de la materialización *ab initio* de la dotación.

Lo anterior parece indicar que nos encontramos ante un caso en el que lo verdaderamente relevante para discernir las figuras de fundador y tercero es la mera opción legal (o, dicho de otro modo, la decisión del legislador) sin que existan en apariencia motivos jurídicos de peso para adoptar dicha opción. Esto es especialmente relevante si tenemos en cuenta el posible impacto de esta opción, cual es la privación al tercero de la denominación de fundador y, en consecuencia, de los derechos que se le otorgan a éste en el control y destino de las fundaciones.

ii) Menciones al tercero que aporta dotación fundacional en un momento posterior al de la constitución.

El reconocimiento a la posibilidad de que, además de los fundadores y el Patronato, «*terceras personas*» puedan realizar aportaciones dotacionales con posterioridad al momento constitutivo se encuentra en el artículo 12.4.º que ya hemos transcrito con anterioridad. A su vez, el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal en su artículo 5.2.º desarrolla parcialmente y con respecto a las dotaciones de carácter no dinerario este precepto legal al esta-

³³ Vid. artículo 12.2.º de la Ley 50/2002.

blecer que: «en los aumentos de la dotación, cuando la aportación fuese no dineraria procedente del fundador o de terceros, se deberá hacer constar en la escritura pública correspondiente lo establecido en el párrafo anterior, así como la manifestación de la voluntad del aportante de que forme parte de la dotación». La norma reglamentaria se refiere por tanto a este «tercero» al establecer las formalidades que deben seguir las aportaciones no dinerarias realizadas con posterioridad a la constitución. En general, todas las aportaciones sobrevenidas hechas por fundadores, Patronato o terceros, tengan naturaleza dineraria o no, deberán constar en escritura pública dada su condición de modificación de la dotación fundacional, como resulta del artículo 24.1.ºb) del Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal³⁴ (en relación con el 25.1.º del mismo texto). La referencia a que esta escritura debe contener lo previsto en el primer párrafo del artículo 5.2.º del Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal aclara que los requisitos exigibles a estas dotaciones no dinerarias sobrevenidas serán esencialmente los mismos que los establecidos para las dotaciones no dinerarias hechas en el momento constitutivo, garantizando así que tanto fundador como tercero cumplan con una serie de requisitos destinados a asegurar la realidad de la aportación (p.e., mediante la inclusión de un informe de valoración del bien o derecho aportado). También se exige que la escritura contenga la declaración de voluntad expresa del aportante respecto a que los bienes o derechos aportados tengan la condición de dotación (y no de donación a la fundación de otra naturaleza). Para finalizar el análisis de las referencias incluidas en el Reglamento al «tercero», hay que señalar de nuevo que las que se contienen en los artículos 16.a) y 32.2.ºa) del Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal no aportan requisitos formales o materiales adicionales, sino que se limitan a constatar y confirmar el hecho de que esta aportación sobrevenida tendrá la consideración plena de dotación fundacional.

Para analizar este escenario de dotación sobrevenida realizada por terceros no es posible referirse a los antecedentes legislativos más recientes. A diferencia de lo que ocurría con la posibilidad de incorporar a la dotación inicial compromisos de terceros, que sí se preveía ya en la Ley 30/1994, esta regla de la dotación sobrevenida³⁵ por parte de terceros resultó una novedad de la Ley 50/2002 que no se contemplaba de forma expresa en la norma fundacional inmediatamente precedente.

³⁴ Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal.

³⁵ Sí se recogía en el artículo 10.2 de la Ley 30/1994 la posibilidad de aumentar dotación de forma sobrevenida, aunque se limitaba a la dotación hecha por fundadores o Patronato, en los siguientes términos:

En esencia, el artículo 12.4.º de la Ley 50/2002 reconoce que no solamente los fundadores que comparecieron en el acto de constitución podrán ampliar la dotación que realizaron *ab initio* en momento posterior, sino también todos aquellos que no comparecieron inicialmente en el momento constitutivo (entre los que podrán estar los terceros que aportaron compromisos de dotación cuya materialización se difirió en el tiempo) podrán destinar bienes y derechos de su esfera patrimonial a la dotación fundacional en cualquier momento durante la vida de la fundación. El reconocimiento legislativo a esta posibilidad resulta sin duda elogiable y supone un avance en el establecimiento de medidas legislativas que dinamicen este sector mediante la inyección de fondos y que faciliten la supervivencia en el tiempo de las fundaciones y su adaptación a posibles nuevas circunstancias, que es uno de los principales objetivos de la Ley 50/2002.

En nuestra opinión, es posible entender que la mención del legislador al «tercero» en este artículo 12.4.º de la Ley 50/2002 se hace exclusivamente por oposición lógica a la mención al fundador, es decir, para dejar claro y sin lugar a dudas —frente a lo que ocurría en las normas precedentes— que la posibilidad de dotar de forma sobrevenida no se reconoce solamente a aquellos que pudieron comparecer en la constitución como fundadores o al Patronato. Entendemos así que no existen razones de índole jurídica que obliguen a entender este precepto como un establecimiento de límites a los derechos de los «terceros» aportantes, prohibiendo su equiparación con los fundadores. Para amparar sin resquicio alguno de duda esta interpretación, lo deseable hubiera sido que el legislador hubiera incluido una regla expresa por la que se equipararan, total o parcialmente, las figuras de fundador y tercero en cuanto a derechos, facultades y obligaciones o, que al menos, permitiera esta posibilidad. Sin embargo, la mera ausencia de esta regla de equiparación de figuras en el texto legal no debería interpretarse de forma tal que se asuma por ello que hay una prohibición legal expresa de establecer estatutariamente dicha equiparación, tanto terminológica como de derechos. Esta interpretación restrictiva podría vulnerar, entre otros, el principio de autonomía de la voluntad reconocido ampliamente en la norma fundacional.

Una segunda opción sería la de interpretar, por el contrario, que el legislador, de entre las diversas opciones que se le presentaban y en particular ante la opción de equiparar las figuras de fundador y tercero, decidió establecer la diferencia terminológica y conceptual entre el fundador y el tercero y evitó

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

voluntariamente la inclusión de una regla que, de forma expresa, equiparase —o permitiese equiparar— las figuras o al menos los derechos de uno y de otro. En nuestra opinión, tal y como se ha expresado al analizar el uso del término «tercero» en el artículo 12.3.º en relación con el compromiso de aportación a la dotación inicial, no existen motivos que justifiquen una diferencia de trato legal tal entre los fundadores y los terceros. Entendemos que la interpretación del artículo 12.3.º como una prohibición de naturaleza imperativa de incluir una equiparación estatutaria vulneraría, como señalamos, el principio de autonomía de la voluntad.

Una de las principales características de la figura del «tercero» aquí analizada (ya sea por haber aportado compromisos a la dotación inicial o por haber destinado bienes a la dotación de forma sobrevenida) es el que, salvo el reconocimiento de dicha capacidad de aportar dotación, el Derecho positivo vigente no les reconoce de forma expresa ninguna otra prerrogativa³⁶. Esto, unido a la interpretación restrictiva de la figura mantenida por algunos Protectorados, es casi tanto como decir que la participación en la fundación de estos terceros se confinaría a dicha capacidad de aportación patrimonial y a nada más. Como analizaremos más en detalle en la Sección V, esto podría resultar incongruente con los motivos y las características de la figura que legitiman el reconocimiento de derechos en favor del fundador y que se comparten en su mayoría por la figura del tercero.

En nuestra opinión y para concluir, pese a que no puede dejar de reconocerse el hecho de que el legislador ha utilizado dos términos diferenciados para denominar al fundador y al tercero y no ha incluido regla por la que se equiparen los derechos y obligaciones de uno y otro, no existen razones de «relevancia» que impidan a las fundaciones establecer estatutariamente la figura del fundador «sucesivo». La posibilidad de establecer la figura en los estatutos fundacionales podría parecer aún más clara y legítima si ésta se instituyera y autorizara por los fundadores en el mismo momento constitutivo (o que al menos no se prohibiera) que si se realizara en una modificación estatutaria posterior por el Patronato, si bien nada en la norma fundacional parece prohibir la creación de esta figura con posterioridad a su creación y durante la vida fundacional.

³⁶ En todo caso, hay que tener en cuenta que tampoco se cierra ni se niega la posibilidad de que estatutariamente se les pudiera conceder algunos derechos a estos «terceros».

D) *El aportante*

Por último, el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal introduce el uso del término «aportante» para referirse de forma genérica a todas las personas que han realizado una aportación a la dotación fundacional. Estas referencias se encuentran en los artículos 5.2.º y 3.º, 6.2.º y 16.b) del citado Reglamento³⁷. Con respecto a su utilización por parte de los textos con rango legal, la derogada Ley 30/1994 usaba este término «aportante» apenas un par de veces en su Exposición de Motivos pero no en su articulado, mientras que la Ley 50/2002 ha soslayado completamente su uso.

No merece la pena detenerse demasiado en el análisis de este término de rango reglamentario dado que no goza de la relevancia para nuestro estudio de la que sí gozaban los anteriores términos analizados (i.e., creador, fundador y tercero). Baste señalar que el término «aportante» se utiliza para referirse y abarcar a todos aquellos que destinan bienes a la dotación fundacional, ya tengan éstos condición de fundadores, terceros o incluso el Patronato, ya hayan realizado la aportación en el momento constitutivo o con posterioridad. Se trata sin duda del término más amplio de todos los analizados, dado que por su alcance subjetivo y temporal comprendería a los «creadores» y a los que aportan dotaciones sobrevenidas, entre ellos a los «fundadores» y a los

³⁷ A continuación se extractan los citados artículos del Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal:

«Artículo 5. *Acreditación de las aportaciones a la dotación*

2. *Cuando la aportación a la dotación fuese no dineraria, se describirán los bienes y derechos objeto de la aportación en la escritura de constitución, y se indicarán sus datos registrales, si existieran, y el título o concepto de la aportación. Se incorporará a la escritura de constitución el informe de valoración a que se refiere el artículo siguiente.*

En los aumentos de la dotación, cuando la aportación fuese no dineraria procedente del fundador o de terceros, se deberá hacer constar en la escritura pública correspondiente lo establecido en el párrafo anterior, así como la manifestación de la voluntad del aportante de que forme parte de la dotación.

3. *Cuando la aportación no dineraria conlleve algún tipo de carga o gravamen para la fundación, el aportante estará obligado al saneamiento de la cosa objeto de la aportación, en los términos establecidos en el artículo 638 del Código Civil para las donaciones onerosas».*

«Artículo 6. *Valoración de las aportaciones a la dotación.*

2. *Las aportaciones no dinerarias realizadas a la dotación serán valoradas por un experto independiente nombrado por el patronato y a costa de la fundación, salvo cuando la aportación se produzca en el momento de constituir la fundación, supuesto en que el experto será designado por el aportante y a su costa. La designación habrá de recaer en personas que ejerzan una profesión o actividad directamente relacionada con la valoración o peritación de los bienes o derechos objeto de la aportación, y que cumplan los requisitos exigidos para su ejercicio».*

«Artículo 16. *Composición del patrimonio.*

b) *Los bienes y derechos directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, sin carácter permanente, por declaración expresa de su aportante, por acuerdo del patronato o por resolución motivada del protectorado o de la autoridad judicial».*

«terceros». El término se utiliza además en un contexto muy «práctico», siempre en relación con cuestiones de acreditación, valoración y composición de la dotación y patrimonio fundacional. No se puede perder de vista el hecho de que los diferentes términos usados por el legislador no tienen porqué evocar diversidad de sujetos o nuevas figuras diferenciadas, sino que pueden limitarse a señalar distintas facetas de un mismo sujeto, considerándolo desde un cierto ángulo. Esto es lo que parece ocurrir con el término «aportante», que se fija en la circunstancia de la aportación a la dotación, con independencia de la persona que la realice de entre las que están habilitadas para hacerlo conforme a la Ley 50/2002.

Como ocurría con respecto al término «creador», el uso por el legislador de una figura que pretende abarcar tanto a fundadores como a los terceros del artículo 12 de la Ley 50/2002, pese a indicar que el legislador configura a ambas figuras como diferentes, no resulta en nuestra opinión determinante para prohibir la equiparación terminológica o de derechos entre el tercero y el fundador mediante la creación de la figura del fundador «sucesivo». Por los motivos ya expuestos, esta interpretación restrictiva podría vulnerar la autonomía de la voluntad del propio fundador o del Patronato.

E) *Conclusiones a propósito de la nomenclatura utilizada por la normativa vigente*

La diversidad de términos utilizados por el Derecho positivo vigente para designar a las personas que participan en el negocio fundacional en el momento de su constitución o en el acto de dotación en momentos posteriores dificulta el análisis de la posibilidad de establecer estatutariamente la figura del fundador «sucesivo». Pese a estas dificultades, tras la revisión detallada efectuada de estos términos debemos concluir que no existen en nuestra opinión verdaderos obstáculos derivados ni del concepto de «fundador» que ha acuñado la normativa vigente ni del uso del término «tercero» por el legislador en el artículo 12 de la Ley 50/2002 y en su normativa de desarrollo que impidan la creación de la figura del fundador «sucesivo» en los términos descritos en este estudio.

IV. Principales consecuencias prácticas de ser (o no) considerado fundador

Parte del núcleo esencial del presente estudio se encuentra en el análisis, aunque sea de forma breve y no exhaustiva, del acervo de derechos y obligaciones reconocidos *ex lege* a la figura legal de fundador conforme a la Ley

50/2002 y sus reglamentos. Como hemos señalado anteriormente, la relevancia de que los Protectorados respalden o no la creación de la figura del fundador «sucesivo» resulta del reconocimiento legal al fundador de una serie de prerrogativas para la injerencia en el control de la gestión y destino de la fundación que, por el contrario, no se reconocen por el Derecho positivo vigente a la figura del tercero aportante. La consideración de dichos terceros como fundadores (si bien con carácter «sucesivo») permitiría que éstos, salvo pacto estatutario contrario, gozaran en la fundación de las mismas prerrogativas que las reconocidas al fundador que lo es *ab initio*.

Estas facultades reconocidas legalmente al fundador gravitan todas ellas en torno al principio general de que toda fundación deberá regirse conforme a la voluntad de sus fundadores (además de conforme a sus estatutos y la Ley) reconocido, entre otros, por el artículo 2.2.º de la Ley 50/2002. El grado de relevancia y de protección otorgados a la voluntad del fundador como principio rector de las fundaciones ha variado significativamente a lo largo de la Historia. En la actualidad, pese al reconocimiento expreso de la voluntad del fundador como rectora de la fundación, son diversos los límites impuestos a dicha voluntad, que modulan y restringen las facultades de actuación de los fundadores sobre las fundaciones una vez éstas son creadas. Para revisar de forma sistemática este haz de prerrogativas, obligaciones y responsabilidades del fundador y los límites impuestos a éstos, es conveniente distinguir dos momentos: las facultades y obligaciones del fundador en el momento constitutivo y las facultades y obligaciones durante la vida y a la extinción de la fundación.

1. *Facultades del fundador en el momento de la constitución de la fundación*

Es en el momento de la constitución de la fundación cuando las facultades del fundador se reconocen y ejercitan de forma más amplia. La voluntad del fundador es la fuente del propio instituto fundacional. Es el fundador quien decide voluntariamente, bien en acto *inter vivos* o *mortis causa*, la creación de una entidad jurídica independiente del propio fundador y el que la dota de unos determinados bienes³⁸, unos determinados fines y una determinada organización y gobierno. Por tanto las facultades del fundador se reflejan fundamentalmente en estos tres aspectos: la dotación patrimonial, los fines y la organización de la fundación. Y todo ello ocurre en un momento

³⁸ Estos bienes pueden ser aportados sólo por el fundador o fundadores y también por terceros. Tal y como ya se ha analizado en apartados anteriores.

fijo y determinado en el tiempo: el momento constitutivo. El fundador tiene poder de decisión sobre qué bienes y derechos van a conformar la dotación, qué fines deben perseguirse por la fundación y qué organización tendrá. Estos aspectos quedarán reflejados en la escritura fundacional o en el acto testamentario³⁹ y, a su vez, en los estatutos fundacionales incorporados a éstos.

Los límites a los que se enfrenta el fundador a la hora de establecer la dotación, los fines fundacionales y la organización resultan de la Ley 50/2002 y de su normativa de desarrollo que, por una parte, establecen una serie de normas imperativas —al imponer, por ejemplo, el contenido mínimo de los estatutos y de la escritura fundacional, las características que deben cumplir los fines para ser considerados de interés general, la obligatoriedad de establecer un patronato colegiado o los requisitos de suficiencia de la dotación— y, por otra, instauran unos entes públicos de control, el Registro y los Protectorados, que analizarán el cumplimiento del negocio fundacional en su constitución con la legalidad formal y material. Además, como otro límite a los amplios poderes del fundador en la constitución, la normativa adopta una postura «pro» fundación (que llega a prevalecer sobre la voluntad del fundador) que permitirá incluso la validez e inscripción de la fundación pese a la nulidad de alguna de las previsiones establecidas por el fundador en el documento constitutivo o en los estatutos, que se tendrán por no puestas siempre que su ausencia no afecte la validez constitutiva⁴⁰. Con todo, el ámbito de autonomía de la voluntad de los fundadores en el momento constituyente es muy amplio, como atestigua, por ejemplo, el artículo 11.1.ºf) de la Ley 50/2002 al permitir que los estatutos, además del contenido mínimo exigido, contengan «*cualesquiera otras disposiciones y condiciones lícitas que el fundador o fundadores tengan a bien establecer*». Por tanto, en lo no dispuesto de forma imperativa en la normativa fundacional primará la autonomía de la voluntad del fundador a la hora de organizar el funcionamiento de la fundación.

Por último, hay que señalar que en el momento de constitución se imponen al fundador también una serie de obligaciones, como la de justificar ante el Protectorado la adecuación y suficiencia de la dotación cuando ésta sea inferior al mínimo legal establecido.

³⁹ Si bien se reconoce que para la modalidad de constitución *mortis causa*, algunos de estos aspectos se completan por albacea o herederos en escritura, *ex* artículo 9.4.º de la Ley 50/2002.

⁴⁰ *Vid.* artículo 11.2.º de la Ley 50/2002.

2. *La figura del fundador y la relevancia de la voluntad del fundador durante la vida de la fundación y a su extinción*

Las facultades y beneficios otorgados por la ley al fundador son diversos, pero a ellos se les debe añadir además aquellas prerrogativas que —dentro de la licitud— el fundador se haya reservado y arrogado por vía estatutaria y al amparo de la autonomía de la voluntad referida en párrafos anteriores (por ejemplo, reservando al fundador el cargo vitalicio de patrono o la muy relevante facultad de designar y sustituir patronos). Entre las facultades ya previstas legalmente en favor de los fundadores y ejercitables durante la vida de la fundación están, por ejemplo, las que permiten al fundador no patrono ejercer acciones de responsabilidad frente al Patronato⁴¹.

Además, entre las protecciones otorgadas a los patronos, existe una previsión que claramente busca garantizar el respeto a la voluntad del fundador durante la vida de la fundación, como es la de que una de las funciones del Protectorado sea, precisamente, la de velar porque dicha voluntad sea cumplida. Así, el artículo 35.1.º de la Ley 50/2002 prevé que entre las funciones del Protectorado esté la de «*velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, de acuerdo con la voluntad del fundador, y teniendo en cuenta la consecución del interés general*».

En todo caso, son numerosos los límites que en la práctica operan con respecto a la intervención e injerencia del fundador en la fundación una vez ésta se ha constituido. La *ratio* de estos límites es lógica, ya que la fundación se instituye como una entidad jurídica autónoma e independiente del fundador y que se destina a unos bienes de interés general, por lo que esta institución no se concibe por su propia naturaleza como una herramienta para cumplir los designios de su fundador. En el momento de su constitución la fundación cobra autonomía, se debe a sus propios fines y a la ley tanto o más que a la voluntad de su fundador y se gestiona por un órgano, el Patronato, al que el fundador puede pertenecer pero que debe adoptar las decisiones colegiadamente y con independencia. En este mismo sentido se ha manifestado y reafirmado el Derecho positivo fundacional en las últimas décadas al establecer, por ejemplo, la capacidad del Patronato para modificar los estatutos fundacionales previstos por los fundadores en la constitución (incluida la capacidad de modificación de los fines fundacionales), aunque con ciertos límites como son la prohibición expresa del fundador a dicha modificación o la obligatoria adaptación de los estatutos a las nuevas circunstancias cuando éstas obstaculicen la operación de la fundación. Otras restric-

⁴¹ *Vid.* artículo 17.33.c) de la Ley 50/2002.

ciones legales a la voluntad del fundador relevantes se encuentran, por ejemplo, en las disposiciones imperativas que regulan el destino que deben seguir los ingresos anuales obtenidos por la fundación o en el control de la actividad de la fundación por parte del Protectorado o los tribunales.

Estos límites resultan en una verdadera dilución de la relevancia práctica de la figura del fundador una vez la fundación ha sido constituida, lo que los convierte en muchos casos en una figura con más relevancia «representativa» que de gestión y decisión efectiva dentro de la fundación (sobre todo en aquellos casos en los que su aportación dotacional no ha sido especialmente relevante). Esta dilución del papel del fundador y su limitado poder gestor podría reforzar la posición a favor de la posibilidad de crear fundadores «sucesivos» ya que, al final, reconocer la condición de fundador no resultaría un modificación estructural del funcionamiento de la fundación.

Pese a todo, el margen de actuación que la ley sigue otorgando al fundador para intervenir en la actividad fundacional sigue siendo interesante, ya sea por las prerrogativas establecidas por el propio Derecho positivo como por el margen de libertad de actuación y de autonomía de la voluntad permitido a los fundadores para reglar, en todo lo que sea lícito, las fundaciones en el propio documento fundacional o en los estatutos. Por último, además de lo señalado anteriormente, la voluntad expresada por el fundador también se debe tener en cuenta conforme a lo establecido en la Ley 50/2002 para otra serie de actos esenciales en la vida de la fundación, como puede ser la capacidad de fusionar⁴² la fundación con otras fundaciones o incluso la extinción⁴³ de la fundación.

Para concluir este breve repaso respecto a las facultades, protecciones y los beneficios asignados a la figura del fundador, hay que señalar que el hecho de que estas facultades no se hayan reconocido por la ley a la figura del «tercero» que aporta dotación fundacional crea en nuestra opinión una brecha entre ambas difícilmente justificable a la luz de las enormes similitudes entre ambas figuras. Si bien se podría argumentar que, estatutariamente se podría reducir esta brecha mediante la inclusión en los propios estatutos de preceptos que reconocieran todos o parte de estos derechos de los fundadores a los «terceros» aportantes, lo cierto es que la interpretación restrictiva de esta posibilidad que están adoptando algunos Protectorados coarta enormemente esta posibilidad. Como se ha señalado anteriormente, de la negativa de estos

⁴² *Vid.* artículo 30.1.º de la Ley 50/2002 respecto a la posibilidad concedida a los fundadores de prohibir la fusión.

⁴³ *Vid.*, por ejemplo, artículos 31.e) o 33.2.º y 3.º de la Ley 50/2002.

Protectorados a la incorporación en los estatutos fundacionales de la figura de los fundadores «sucesivos» se podrían concluir objeciones también a la equiparación de sus facultades reconocidas *ex lege*.

V. Principales argumentos a favor y en contra de la posibilidad de incorporación de fundadores «sucesivos»

El principal argumento esgrimido por los Protectorados a los que recientemente se ha consultado para denegar la posibilidad de crear estatutariamente la figura de los fundadores «sucesivos» ha sido el de que el tenor literal de la Ley 50/2002 establece dos figuras diferenciadas, la del fundador y la del tercero. Entienden así que esta previsión tiene carácter imperativo y que no existe margen legal para equiparar estatutariamente ambas figuras⁴⁴. Sin embargo, como se ha ido analizando a lo largo de este estudio, no existe en nuestra opinión una base sólida para sostener que lo que pretende el legislador al utilizar separadamente los términos «fundador» y «tercero» es impedir una posible equiparación por vía estatutaria de ambas figuras o de sus prerrogativas. Y ello, en particular, por dos razones fundamentalmente:

a) porque toda interpretación de la norma deberá hacerse a favor de salvaguardar el principio de autonomía de la voluntad reconocido por la propia Ley 50/2002; y

b) porque del análisis detallado de los requisitos exigibles al fundador resulta que estos mismos requisitos se cumplen esencialmente por los terceros aportantes. Esto parece claro respecto al hecho de la aportación dotacional y, con respecto al requisito de la participación en el acto constitutivo, puede argumentarse que una adscripción posterior por parte del tercero a la voluntad fundacional expresada por el fundador —si esta posibilidad ha sido autorizada por el fundador en el acto fundacional o si se contempla en los estatutos— podría equiparse razonablemente a la participación del fundador en el acto de constitución. Si la mayor diferencia entre ambas figuras se encuentra en el hecho de que el tercero no ha participado en el acto de constitución, en nuestra opinión se cumplirían similares requisitos al adscribir y reiterar legítimamente dicho tercero la voluntad constitutiva —que ha sido expresada inicialmente por el fundador— en el momento en el que el tercero efec-

⁴⁴ En este sentido se pueden apoyar en preceptos como, por ejemplo, el artículo 10.a) de la Ley 50/2002, que exige que la escritura de constitución de la fundación establezca el listado e identifique debidamente y uno a uno a los fundadores, lo que puede llevar a pensar que el legislador conceptúa a los fundadores como un listado tasado, una «foto fija» sin posibilidad de ampliación.

túa la dotación sobrevenida. De hecho, y salvo que el tercero manifestara lo contrario, podría incluso argumentarse que el propio acto de la dotación sobrevenida implica de forma implícita dicha adscripción y reiteración de la manifestación de voluntad emitida en el acto constitutivo. A lo anterior habría que añadir lo desequilibrado que puede resultar la diferencia de trato legal a ambas figuras, por cuanto al fundador se le reconoce un conjunto de derechos respecto de la fundación, frente al vacío normativo del tercero.

La normativa fundacional tiene una naturaleza en su mayor parte imperativa, lo cual no es óbice para que, en aquello no expresamente regulado o prohibido, deba necesariamente respetarse la libertad del fundador o, posteriormente, la del Patronato en el ejercicio de sus funciones de gestión de la fundación. No existe en nuestra opinión nada en la configuración de la figura del fundador «sucesivo» que contradiga normas imperativas o principios generales del Derecho o, más en particular, de la normativa fundacional. Es más, el reconocimiento de derechos a los que aportan capital o dotación y se incorporan en un momento posterior al de la constitución del ente jurídico y su equiparación con los creadores del ente jurídico es una figura ampliamente reconocida en derecho societario (en la medida en la que es posible realizar ciertos paralelismos entre la norma societaria y fundacional) e incluso, ya ha sido reconocida parcialmente por el derecho fundacional autonómico (como veremos más adelante al analizar la normativa fundacional del País Vasco).

Es más, la necesidad de salvaguardar el principio de autonomía de la voluntad del fundador es un principio ampliamente reconocido por la propia Ley 50/2002 y que ha sido encumbrado y reiterado por la jurisprudencia en multitud de ocasiones. La Ley 50/2002 reconoce este principio de libertad de forma expresa en sus expositivos al establecer que *«el patrimonio de la fundación, regulado en el capítulo IV, es uno de los campos donde el principio de libertad inspirador de toda la Ley se pone más ampliamente de manifiesto (...)»*. También en los expositivos se proclama como uno de los tres objetivos de la Ley 50/2002 *«reducir la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de las fundaciones»*, de forma que se otorgue una mayor libertad de organización a los fundadores y al Patronato. Este principio enunciado en los expositivos se plasma de forma expresa a lo largo del texto legal en diversos artículos, entre los que destaca el artículo 11.1.ºf) de la Ley 50/2002 ya transcrito, al permitir incluir en los estatutos fundacionales cualesquiera disposiciones y condiciones lícitas que el fundador tenga a bien establecer y entre las que entendemos debería incluirse la facultad de configurar fundadores «sucesivos».

Este principio de autonomía de la voluntad de los fundadores y posteriormente del Patronato a la hora de organizar el funcionamiento de la fundación se confirma en nuestra jurisprudencia. Entre otras, la Sentencia del TC núm. 341/2005, de 21 de diciembre, señala que «*el reconocimiento del derecho de fundación figura en el Texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia (art. 33). Ello permite entender que aquel derecho es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados*». En esta misma línea, la Sentencia del TC núm. 49/1988, de 22 de marzo, señala que «*en las fundaciones, como en las instituciones de beneficencia privada, la Administración ha tratado de invadir el terreno de su autonomía. Pero de la jurisprudencia se puede deducir que la función administrativa en este campo se ha de reducir a velar para que se cumpla la voluntad fundacional y para que se consigan los fines de interés general*» y que, «*en esta misma perspectiva hay que considerar que las fundaciones, en cuanto constituyen formaciones sociales autónomas, gozan de autonomía orgánica según «las reglas de su institución» (art. 37 del Código Civil), que corresponde ejercer, en primer lugar, al fundador, pero luego a los órganos fundacionales, en su caso con intervención del Protectorado y, en el marco de la Ley que, en todo caso, deberá respetar un margen significativo de autonomía orgánica —STC 18/1984, de 7 de febrero— y no intervenir en esa esfera (la de la organización) de manera que afecte en forma negativa a la capacidad de funcionamiento fundacional*». Por todo lo anterior, la interpretación de la Ley 50/2002 deberá hacerse a favor de la autonomía de la voluntad de fundadores y patronos y, como tal, consideramos razonable interpretar el uso del término «tercero» del artículo 12 de la Ley 50/2002 conforme a lo detallado en la Sección III.2.0) anterior, permitiendo a los estatutos incorporar la figura del fundador «sucesivo». Esto permitiría equiparar al «tercero», tanto desde un punto de vista terminológico como en cuanto a sus derechos y obligaciones, total o parcialmente con el fundador.

Un argumento que, si bien no ha sido utilizado de forma expresa por los Protectorados en su rechazo a la creación de esta figura, podría plantearse en contra de la creación del fundador «sucesivo» es el de la naturaleza recepticia (o no) del acto de aportación dotacional. Diversos autores han señalado que una de las principales diferencias entre la donación y la dotación fundacional se halla precisamente en el hecho de que el acto dotacional no tendría naturaleza recepticia al no requerir aceptación⁴⁵. Esta falta de

⁴⁵ En este sentido, por ejemplo, se manifiesta M.^a E. SERRANO CHAMORRO, *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Thomson-Civitas, 2003, pp. 74 y 75.

declaración recepticia resulta clara en el momento de la dotación inicial, puesto que dicha dotación se realiza con anterioridad al momento de constitución del ente receptor de los bienes y derechos (i.e., la fundación), por lo que es imposible que la fundación emita declaración recepticia alguna. Sin embargo, la fundación ya estará constituida en los casos de dotación denominada sucesiva o sobrevenida objeto de este estudio. En este caso, cabe plantearse si se requiere o no la recepción de la dotación por parte de la fundación a través, por ejemplo, de un acto expreso de aceptación del Patronato. El problema surgiría aquí para una fundación que hubiera reconocido estatutariamente la figura del fundador «sucesivo» si existieran limitaciones por parte de la fundación para rechazar aportaciones dotacionales sobrevenidas. Así, se podría dar la circunstancia de que todo aquel que decidiera unilateralmente realizar una aportación dotacional sería automáticamente considerado fundador «sucesivo» sin capacidad de la fundación para controlar esta conversión automática del tercero en fundador. Sobre este punto, la Ley 50/2002 establece la siguiente regla a propósito de la capacidad de la fundación para rechazar determinados elementos patrimoniales sobrevenidos:

«Artículo 22. Herencias y donaciones.

(...) 2. La aceptación de legados con cargas o donaciones onerosas o remuneratorias y la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas será comunicada por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de los diez días hábiles siguientes, pudiendo éste ejercer las acciones de responsabilidad que correspondan contra los patronos, si los actos del Patronato fueran lesivos para la fundación, en los términos previstos en esta Ley».

Conforme a este artículo 22.2.º de la Ley, que se desarrolla por el artículo 18.1.º del Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal⁴⁶, se en-

⁴⁶ El artículo 18 del Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal establece lo siguiente:

«Artículo 18. Contenido de la solicitud de autorización y de la comunicación.

1. La solicitud de autorización o la comunicación a que se refiere el artículo anterior, así como las comunicaciones relativas a herencias, legados y donaciones previstas en el artículo 22 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, deberán acompañarse de los siguientes documentos:

- a) Certificación del acuerdo adoptado por el patronato de la fundación.*
- b) Memoria acreditativa de las características del bien o derecho objeto del acuerdo y de los elementos y condiciones del negocio jurídico, con exposición de las razones en que se fundamenta e indicación del destino del importe.*
- c) Valoración de los bienes y derechos realizada por un experto independiente. Tratándose de valores cotizados en un mercado secundario oficial, tendrá la consideración de informe de experto independiente la certificación de una entidad gestora que opere en dicho mercado, en la que se acredite la valoración de los títulos de acuerdo con la cotización media del último trimestre».*

tiende que existe un cierto margen del Patronato para repudiar elementos patrimoniales destinados a la fundación por parte de terceros, si bien corresponde al Protectorado revisar si dicho rechazo no es lesivo para los intereses de la fundación —en cuyo caso puede llegar a exigir responsabilidades a los patronos—. En todo caso, en nuestra opinión, dentro del margen de autonomía de la voluntad que deberían tener fundadores y Patronato a la hora de establecer la figura del fundador «sucesivo», cabría salvar este inconveniente mediante la inclusión de una regla por la que dicha consideración de fundador «sucesivo» quedara sujeta a acuerdo del Patronato. De esta manera, no toda dotación sobrevenida por parte del tercero daría lugar a la consideración de fundador de dicho tercero aportante si esta consideración no viniera confirmada por un acto voluntario de la fundación.

Existen otros argumentos que también favorecerían una interpretación flexible del artículo 12 de la Ley 50/2002 que permitiera la creación de la figura de los fundadores «sucesivos». Entre otros, el argumento finalístico que se refiere a la creación de esta figura como elemento potencialmente dinamizador de las fundaciones. Dentro de los tres principales objetivos de la Ley 50/2002 está también, en palabras del legislador, el «*dinamizar y potenciar el fenómeno fundacional, como cauce a través del que la sociedad civil coadyuva con los poderes públicos en la consecución de fines de interés general*»⁴⁷. La equiparación del tercero aportante al fundador, tanto desde un punto de vista terminológico como respecto de sus facultades, haría sin duda alguna mucho más atractivas las dotaciones fundacionales sobrevenidas por parte de terceros y dotarían de mayor pulso financiero a este instituto en su conjunto. Este impulso a la dotación impactaría de forma positiva en el ámbito de actuación de las fundaciones y en el cumplimiento de los fines de interés general. No hay que olvidar tampoco que desde el momento en el que pueden modificarse los estatutos fundacionales por el Patronato, incluyendo en particular la modificación de los fines fundacionales, no parece que la normativa vigente se haya decantado por un modelo de fundación «congelado», en el sentido de proteger por encima de todo el que no se desvirtúen con el paso del tiempo y con la inclusión de nuevos participantes la voluntad inicial del fundador o fundadores en el momento de la creación. Por el contrario, esto refuerza la idea de que la Ley 50/2002 apuesta por un nuevo modelo más «dinámico» de fundación, como instituto vivo, diseñado para perdurar en su búsqueda y protección de intereses generales y con posibilidad de adaptarse a las nuevas circunstancias sociales.

⁴⁷ Referencia incluida en los expositivos de la Ley 50/2002.

Como argumento favorable a la figura del fundador «sucesivo» se encuentra también el hecho de que, de no poder equipararse ambas figuras, existirá normativa fundacional complementaria a la Ley 50/2002, como por ejemplo la fiscal, cuyo alcance e interpretación razonable se verán perjudicados. Por ejemplo, el artículo 3 de la Ley 49/2002⁴⁸, que lista los requisitos que deben cumplir las entidades para ser consideradas entidades sin fines lucrativos (y por tanto, los requisitos que les son exigibles para beneficiarse de incentivos fiscales), establece entre estos requisitos el que «los fundadores, asociados, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno y los cónyuges o parientes hasta el cuarto grado inclusive de cualquiera de ellos *no sean los destinatarios principales de las actividades que se realicen por las entidades, ni se beneficien de condiciones especiales para utilizar sus servicios*». No se menciona en esta lista a los «terceros» que aportan dotación, si bien, por razones de lógica jurídica y coherencia, se debería entender que estos terceros tampoco pueden ser designados como beneficiarios principales de las fundaciones a las que destinan sus bienes, puesto que esto supondría desvirtuar la esencia del negocio fundacional.

Por último, puede considerarse también como un argumento favorable a la posibilidad de crear fundadores «sucesivos» el hecho de que ya exista en el Derecho autonómico vigente —en particular, en la normativa autonómica fundacional del País Vasco— una figura de características similares a las de estos fundadores «sucesivos». En particular, la Ley 12/1994, de 17 de junio, que regula las Fundaciones del País Vasco, recoge en su artículo 6 la siguiente regla:

«Artículo 6. Escritura de constitución.

La escritura pública de constitución contendrá los requisitos que se señalan a continuación, sin perjuicio de todas aquellas disposiciones lícitas que los fundadores establezcan:

(...) f) El fundador o fundadores podrán dar a la escritura pública el carácter de carta fundacional, con el fin de que puedan adherirse otras personas con el carácter de fundadores. En tal caso, se fijará el plazo durante el cual haya de formularse tal adhesión».

La opción planteada en este estudio respecto a la incorporación de fundadores «sucesivos» no es por tanto una opción extraña a nuestro derecho fundacional, puesto que esta posibilidad ya está reconocida, si bien de forma limitada, para las fundaciones del País Vasco. En palabras de Serrano Chamó-

⁴⁸ Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo.

ro, «la dotación posterior pero equivalente a la inicial y atributiva, como ella, de la condición de fundador es una posibilidad jurídica inspirada en la fundación sobrevenida de las sociedades anónimas que, aunque de modo excepcional, se consagra en el ordenamiento jurídico español, en particular en el artículo 6.f) de la LFPV (...)»⁴⁹.

El citado artículo 6.f) articula así de forma expresa la misma figura del fundador «sucesivo» que algunos Protectorados han venido rechazando en el ámbito nacional, si bien la figura vasca tiene un alcance temporal limitado. Solamente podrán ser asimilados a los fundadores que comparecen en el acto constitutivo aquellos terceros que aportan dotación fundacional durante el plazo de tiempo que fijan los fundadores originarios en la escritura de constitución. Existiendo como existe este precedente legislativo cuya compatibilidad con el derecho constitucional a fundar del artículo 34 de la Constitución Española y con el resto de legislación no ha sido discutida, se hacen más difíciles de entender las posibles reticencias mostradas por los Protectorados ante esta posibilidad.

A nuestro entender, además, la literalidad del artículo 6 de la ley vasca refuerza el argumento esgrimido en este estudio respecto a que son posibles y válidas en Derecho las adhesiones posteriores a la manifestación de voluntad originaria del fundador, como acto equivalente a dicha voluntad originaria (*«se fijará el plazo durante el cual haya de formularse tal adhesión»*).

V. Conclusiones

En nuestra opinión, el acervo de derechos y obligaciones que establece la Ley 50/2002 y su normativa de desarrollo en favor del fundador obtiene su legitimidad y razón de ser, en gran medida, por el acto altruista de destinar bienes propios a la fundación para la promoción de una serie de fines de interés general, sin que sea determinante el momento en el que se efectúa dicha aportación. Por ello, deberá ser posible establecer⁵⁰ en los estatutos fundacionales la figura del fundador «sucesivo» para reconocer a los terceros que realizan aportaciones dotacionales en momentos posteriores a la constitución, bien sea por los fundadores en el momento de constitutivo, bien sea a través de una decisión del Patronato de modificar los estatutos para introducir esta figura durante la vida de la fundación. La interpretación del ar-

⁴⁹ M.^a E. SERRANO CHAMORRO, *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Thomson-Civitas, 2003, pp. 132 y 133.

⁵⁰ En todo caso si el fundador lo prevé expresamente en el acto fundacional o, cuando menos, no lo ha prohibido expresamente.

título 12 de la Ley 50/2002 efectuada en años recientes por algunos Protectorados en el sentido de prohibir el establecimiento de esta figura, además de perjudicar en la práctica la dinamización del fenómeno fundacional, podría considerarse vulneradora del principio de autonomía de la voluntad que debe regir la vida de las fundaciones en aquello no previsto o prohibido por la normativa fundacional imperativa.