

La disposición patrimonial sin autorización administrativa previa en las fundaciones (a propósito de una fundación *sospechosa*)

César Hornero Méndez

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

SUMARIO: I. LA *SOSPECHA* SOBRE LAS FUNDACIONES.—II. LOS HECHOS DE UNA FUNDACIÓN *SOSPECHOSA* (Y LAS SENTENCIAS QUE LOS ENJUICIAN).—III. LA DISPOSICIÓN DEL PATRIMONIO FUNDACIONAL.—IV. LA DISPONIBILIDAD DE LOS BIENES DE LA FUNDACIÓN VINCULADOS DIRECTAMENTE AL CUMPLIMIENTO DE SUS FINES.—V. LA SANCIÓN POR EL INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE LA AUTORIZACIÓN PREVIA, CUANDO SE PRETENDE DISPONER DEL PATRIMONIO DE LA FUNDACIÓN.—VI. MÁS SOBRE LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PREVISTOS PARA LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL PATRIMONIO FUNDACIONAL REALIZADOS POR EL PATRONATO.—VII. CONCLUSIÓN: CÓMO ACABAR CON LA *SOSPECHA*.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. La *sospecha* sobre las fundaciones

Las fundaciones han sido siempre acreedoras de una suerte de desconfianza. Su reconocimiento como instituciones de servicio, como importantes contribuyentes al interés general y al bien común, no las ha librado de un halo de *sospecha*, que ha justificado su sometimiento al control público (mediante el Registro y el Protectorado) y que explica la mala prensa que en algunas etapas las ha perseguido. Esta desconfianza ha ido evolucionando o, mejor, ha tenido distintas versiones o contenidos, pero ha estado presente de forma constante en la historia contemporánea de las fundaciones, al menos desde el siglo XIX, que es cuando cuaja el modelo de éstas que conocemos en la actualidad¹. Es un fenómeno, por otra parte, éste de la desconfianza y la sospecha hacia las fundaciones, muy español, muestra de ciertas debilidades patrias (por decirlo finamente)².

¹ Para esta historia, bastante conocida, el mejor relato se sigue encontrando en MALUQUER DE MOTES, C., *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Barcelona, 1983; también véase SEBASTIÁN LÓPEZ, J. L., *De la utilitas publica al interés público del art. 35 del CC español* (Tesis doctoral Universidad Complutense), dos tomos, Madrid, 1985.

² En esta línea, DÍAZ BRITO, F. J., «La validez de los actos de disposición y gravamen de los bienes fundacionales realizados sin autorización administrativa previa», RDP, 1997, pp. 877-878, destaca que «la historia de la fundación en nuestro Derecho es la historia de un solapa-

Inicialmente, en España las fundaciones sufrieron la desconfianza propia de formar entre las vinculaciones perpetuas (o muy duraderas) de la propiedad. La enemiga hacia todo tipo de vinculaciones que emplearon con ardor los ilustrados y los reformistas del siglo XVIII no hacía distinción, como sabemos, entre vinculaciones *buenas* y vinculaciones *malas*. El problema de las vinculaciones era fundamentalmente económico y tan negativo y nefasto para la economía del país podía ser, en principio, un mayorazgo o un fideicomiso familiar como una obra pía o un patronato, por muy dedicados que estuvieran estos últimos a aliviar los sufrimientos de huérfanos desvalidos o de doncellas pobres. Como se conoce, en nuestro país costó unos cuantos años comprender que no todas las vinculaciones eran iguales y que algunas, por estar destinadas a fines de interés general, quedaban justificadas a pesar de constituir una amortización de la propiedad. La distinción entre unas y otras, entre las vinculaciones buenas y las no tan buenas, estaba ya presente en la propia Ley desvinculadora de 11 de octubre de 1820 y de manera más clara en la Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849³.

Desde luego este hecho, esa distinción entre *buenas* y *malas*, influirá directamente en su supervivencia y en su instalación entre los sujetos de Derecho y las personas jurídicas reconocidas en nuestro ordenamiento (el CC, de forma original y novedosa frente a otras codificaciones, las situará expresamente en su regulación general de las personas jurídicas, arts. 35 a 39). Este proceso, sin embargo, no será sencillo. Llegar a la conclusión de la bondad y la conveniencia de las fundaciones costó un tiempo y se tradujo en esa visión arraigada de que eran unas instituciones toleradas por el Estado, por el poder público, que les permitía compartir algunas de sus cargas. Esta consideración explica por sí sola el control al que éstas debían quedar sometidas por medio del Protectorado, órgano administrativo pensado casi en exclusiva para desarrollar esa función que, por mucho que se quiera, tiene un indudable tinte de desconfianza y de sospecha (aunque hay que reconocer que originariamente no fue así o no debió ser así y que el Protectorado tenía un claro fin

do recelo legislativo hacia una figura que, si bien se presta a manipulaciones ilícitas, está concebida para prestar importantísimos servicios al bienestar común».

³ Precisamente, la conexión entre fundaciones y beneficencia será una constante en el siglo XIX e influirá directa e intensamente en la decantación del modelo de ésta que hemos llamado contemporáneo; el posterior Real Decreto e Instrucción sobre ejercicio del Protectorado del Gobierno en la Beneficencia particular, de 14 de marzo de 1899, norma por la que se rigieron, durante casi cien años, tantísimas fundaciones es prueba de ello; por mucho que hoy se haya superado la tradicional asimilación entre fundaciones y beneficencia, es innegable que históricamente han formado un binomio indisoluble, muy presente además en la percepción popular (y positiva) de las mismas.

proteccionista de la fundación; se trataba de protegerla muchas veces de los codiciosos parientes del fundador y de su patronato; con ese propósito se le concedieron, al Protectorado, poderes y facultades amplias sobre las fundaciones⁴). Esta desconfianza estatal o pública, como podemos denominarla, quedaba codificada o, como diría un *cursi* contemporáneo, vehiculizada a través del Registro y del Protectorado. Este control —en su constitución, fundamentalmente a través del Registro y la inscripción, y en el desarrollo de su vida ordinaria, por medio del Protectorado y también del registro⁵— forma parte de ese modelo contemporáneo de fundación al que nos estamos refiriendo, hasta el punto de resultar indiscutible (otra cosa es la opinión que se tenga sobre la pertinencia de dicha intervención pública sobre las fundaciones o sobre su intensidad y alcance concretos)⁶.

⁴ Es aquello que DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, Madrid (2.ª ed., 1997), p. 101, nota 73, calificará como «frenesí avaricioso», clima en el que «las familias se disputan entre si los bienes desvinculados» y en el que se ven implicados también especuladores de toda clase social, lo que acarrea que se produzca un «bajísimo clima moral en el que no se estima injustificada el ansia de los patronos por apropiarse de los bienes destinados por sus mayores al alivio de pobres y necesitados».

⁵ Precisamente, DÍAZ BRITO, F. J. «La validez de los actos de disposición...», cit., p. 878, destaca como el aspecto en el que ha manifestado de un modo más patente esa «desconfianza subliminal» —así la califica— hacia la fundación es el carácter tremendamente intervencionista con el que se ha configurado la gestión patrimonial de ésta.

⁶ Es evidente, no obstante, que ha existido una notable evolución en la concepción del Protectorado, desde una claramente inspectora e intervencionista a la actual, que trata de aunar, al menos en la letra de la ley, el control con el apoyo, el impulso y el asesoramiento —como puede leerse ya en la Exposición de Motivos de la LF 1994—. La evolución con relación al poder del Protectorado desde la Ley General de Beneficencia de 1849, de mediados del XIX pero vigente hasta finales del XX, es evidente si leemos, por ejemplo, el artículo 11 de ésta, en el que se establecía, nada más y nada menos, en su apartado 5, que «por ningún establecimiento de beneficencia, sean públicos o particulares, ni por sus patronos, podrá oponerse la menor dificultar o entorpecimiento a las visitas que el Presidente de la Junta General o los Jefes políticos por sí o por delegados especiales suyos girasen a los mismos. La autoridad de inspección de estos representantes del Gobierno es omnimoda en el acto de visita sobre cuanto tenga relación con examinar el estado económico del establecimiento, la regularidad de su administración y el cumplimiento de las obligaciones a que por reglamento se halla consagrado» o en su apartado 7 que «todos los establecimientos de beneficencia están obligados a formar sus presupuestos y a rendir anualmente cuentas circunstanciadas de su respectiva administración. Estos presupuestos y cuentas se examinarán y repararán por las Juntas Generales, provinciales o municipales, según la clase de los establecimientos, dándoles después el curso correspondiente». Para la consideración de aquello que se pensaba que debía ser el Protectorado que recogiese entonces (a principios de los noventa) una futura Ley de Fundaciones, véanse diversos trabajos de PIÑAR MAÑAS, J. L.; así, una buena síntesis de su opinión prelegislativa, la encontramos en «La regulación de las fundaciones: jurisprudencia y pautas de futuro», en *Las fundaciones y la sociedad civil*, Madrid 1992, pp. 193-226, esp. pp. 215-217, dedicadas a «La nueva definición de las funciones del Protectorado. Hacia un Protectorado de apoyo, asesoramiento y control». En el mismo terreno de lo deseable —aunque a la

El contenido de la desconfianza hacia las fundaciones varió, fue de otro tipo, desde finales del siglo XIX hasta casi terminar el siglo XX. La desconfianza se concretó en este período en el hecho de que las fundaciones resultaban, desde el punto de vista legal o normativo, una figura poco fiable y nada segura. Se convirtió en un lugar común, con todo fundamento, referirse a la regulación de las fundaciones en nuestro país como una maraña de normas fragmentarias, en las que la certeza y la seguridad jurídicas escaseaban. Aunque hay razones de otra índole —principalmente nuestro exiguo desarrollo económico y social—, España no destacó, a pesar de esa temprana consagración de las fundaciones como personas jurídicas en el CC, por el número de fundaciones creadas y activas, a diferencia de lo que empezó a suceder en otros países europeos. El estado de la regulación aplicable a éstas no era un elemento a favor de dicha proliferación; más bien todo lo contrario: un verdadero impedimento que condenaba a su no realización a muchas de las iniciativas que se pudieran tener en este campo. La Ley estatal de Fundaciones de 1994, luego sustituida por la actual Ley de 2002, vino a paliar este problema que se había visto acrecentado, de algún modo, por la promulgación de leyes autonómicas desde principios de los ochenta⁷.

La tercera versión de la desconfianza hacia las fundaciones, cronológicamente la más reciente, se habría gestado en los últimos años. Habría tenido como manifestación la opinión generalizada de que las fundaciones estaban siendo, podían ser utilizadas para fines no siempre confesables, para unos fines *reales* no encuadrables con claridad entre sus fines típicos (siempre de interés general). Se habría producido un sospechoso, para muchos, *boom* fundacional⁸. Varios factores habrían coincidido, además de esa clarificación legislativa de 1994 y 2002, en que ello fuera así; básicamente factores de índole socio-económica. Así hay que ver la irrupción del llamado Tercer Sector, de la jaleada economía social (hoy incluso consagrada legislativamente, de modo general,

vista ya de la LF 1994— se manifiesta también por el *equilibrio* entre control (por parte del Protectorado) y autonomía (de la fundación), MARTÍNEZ NIETO, A., «El Protectorado de las fundaciones», *La Ley*, Madrid 1998, p. 1623.

⁷ Efectivamente, la LF 1994, por lo que se refiere a esta caótica legislación anterior, nació con un objetivo muy claro, tal y como se podía leer en su Exposición de Motivos, de «Ofrecer una regulación sistemática, ordenada y precisa de las fundaciones, acorde con la trascendencia jurídica y social del hecho fundacional».

⁸ Sobre esta sobreutilización de las fundaciones y la necesidad de reforma de la LF actual, véase DE LORENZO GARCÍA, R., PIÑAR MAÑAS, J. L., SANJURJO GONZÁLEZ, T., «Reflexiones en torno a las fundaciones y propuestas de futuro», en *Anuario de Derecho de Fundaciones* 2011, Iustel/AEF, Madrid, p. 62.

mediante la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social)⁹. También la comparecencia de uno de los conceptos-estrella de estos años, hoy un tanto *dèmodè* (por abuso del mismo, como suele suceder) como es la responsabilidad social corporativa. Pero sobre todo habría jugado a su favor la proliferación de cierto empresariado, en bastantes casos, si se nos permite la expresión, de medio pelo (y de media y poca moral en muchos casos), que veía en las fundaciones un instrumento rápido para adquirir un lustre o un marchamo no alcanzable de otro modo. Y también, por último, se habría dado un uso generalizado de la figura por parte de los poderes públicos y las administraciones, hasta incurrir incluso en ciertas contradicciones, creando fundaciones, la mayoría de las veces, meramente instrumentales¹⁰.

Todo ello reunido, se ha traducido, de nuevo, en desconfianza y sospecha hacia las fundaciones. Y es que ha sido habitual considerarlas, por ejemplo, por lo que se refiere a las del sector público, como una suerte de mecanismo elusivo de determinados controles —en el marco genérico de la recurrente huida del Derecho administrativo— o, directamente, como medios aptos para los enredos empresariales, para la evasión fiscal y la búsqueda de otros beneficios no muy *sanos*. Ello ha hecho adquirir carta de naturaleza, tras el boom, a esta nueva versión de la desconfianza, alimentando el prejuicio y la sospecha hacia las fundaciones (algo, por otra parte, que suele ser bastante humano y habitual: al entusiasmo le suele seguir la desilusión y la depresión).

Un poco de todo esto, desconfianza, sospecha y también cierto prejuicio, en la versión que acaba de indicarse, tiñen los hechos de las dos Sentencias del TS, de 7 de marzo y 20 de julio de 2011, que vamos a considerar. Como veremos, los hechos (y otras circunstancias externas a los mismos que inevitablemente tendremos en cuenta) justifican que podamos calificar (con motivo) a la fundación que los protagoniza como una fundación *sospechosa*.

⁹ Acerca de esta disposición, véase FELIÚ REY, M. I., «Claroscuros de la Ley 5/2011 de Economía Social», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*, Iustel/AEF, Marid, pp.117-151.

¹⁰ Sobre las fundaciones del sector público, la bibliografía es copiosa. Véase últimamente ALLÍ TURRILLAS, J.-C., *Fundaciones y Derecho administrativo*, Madrid, 2010, esp. pp. 409-466; MENÉNDEZ GARCÍA, P., «Las Fundaciones del Sector Público», en *Fundaciones: problemas actuales y reforma legal*, Pamplona, 2011, pp. 111-163 y también, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «La reestructuración del sector público fundacional», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2012*, Iustel/AEF, Marid, pp. 19-56.

II. Los hechos de una fundación sospechosa (y las Sentencias que los enjuician)

En efecto, los hechos que desencadenan el pleito que culmina en la primera de las Sentencias, la de 7 de marzo de 2011, mostrarían una cierta, llamémosla así, predisposición en la letrada de la Junta de Andalucía que interpone la demanda y que respondería a esa desconfianza y sospecha generales de ver en las fundaciones un potencial (y paradójico, porque se supone que debe ser todo lo contrario) agresor del interés general —aunque en este caso, como veremos, y sin querer descargar de responsabilidad a la letrada, esa actitud puede tener bastante fundamento—. Esta cierta predisposición, desconfiada y sospechosa, es algo que puede deducirse del mero relato del proceso. En este caso, la letrada, a instancias del Protectorado concernido, interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Sevilla una demanda en la que interesó que se dictara Sentencia anulando un acuerdo del patronato de la fundación protagonista, adoptado el 6 de septiembre de 2005. Este dato, la fecha de la reunión del patronato, es muy importante; de una parte, determina la aplicación todavía en este supuesto de la Ley estatal de Fundaciones y no de la Ley autonómica recién promulgada entonces y que entraría en vigor precisamente pocos días después (también pocos días después, como veremos en los hechos de la otra Sentencia, de 23 de septiembre, el patronato volvió a reunirse *sospechosamente* para otro acuerdo similar).

El acuerdo del patronato de esta primera reunión consistía en la decisión de enajenar el inmueble en el que radicaba el domicilio de la fundación, una decisión que habría sido adoptada, en opinión de la letrada, con flagrante incumplimiento de la normativa legal y estatutaria aplicable, en tanto que no se habría producido la preceptiva autorización previa del Protectorado, ejercido en este caso por la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía. Dicha autorización, el núcleo de la cuestión principal aquí debatida, está prevista en el artículo 21 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. El acto de enajenación —que no se discute en ningún momento— consistió en la aportación del inmueble en cuestión a una sociedad de responsabilidad limitada, entregándose a cambio a la fundación participaciones mayoritarias en ésta. El Juzgado de Primera Instancia de forma equivocada —a nuestro parecer; con lo que adelantamos nuestra opinión final sobre la cuestión jurídica aquí debatida— dio la razón a la parte demandante, a la Junta de Andalucía, declarando nulo el acuerdo del patronato. Digamos que la desconfianza y la sospecha —por otra parte, creemos más que justificadas— hacia esta fundación y hacia este concreto acto de disposición realizado por su

patronato, le hicieron darle la razón a la demandante, a la Administración, sin tener, creemos, la norma aplicable de su lado. Ello explica el razonamiento, un tanto forzado, del Juzgado de Primera Instancia al entender que el inmueble, aunque hubiese sido aportado a la fundación con posterioridad a la constitución de la fundación, estaría, no obstante, directamente vinculado al cumplimiento de los fines fundacionales, pues en el mismo se fijó el domicilio de aquella, debiéndose considerar por ello —llega a afirmar la Sentencia— como dotación inicial por mandato del artículo 12.4 LF, algo que nos parece a todas luces excesivo y cuando menos fruto de una interpretación muy amplia y extensiva de este precepto.

La Audiencia Provincial de Sevilla, interpuesto el correspondiente recurso de apelación por parte de la fundación, falló a favor de ésta y, en consecuencia, desestimó la demanda de la Junta de Andalucía. La conclusión de la Audiencia fue que uno de los dos requisitos que exige el artículo 21 LF —de un lado, la enajenación onerosa o gratuita de bienes o derechos (o la imposición de algún tipo de gravamen sobre estos) y, de otro, que dichos bienes o derechos formen parte de la dotación inicial o estén directamente vinculados a fines de interés general—, no se daría; en concreto, el segundo de ellos no se cumpliría y, por tanto, no sería necesaria la autorización previa del Protectorado. Basta, tal y como dispone el mismo precepto y como parece que sí se llevó a cabo, con la comunicación a posteriori al Protectorado. Sobre este extremo, afirmaba la Sentencia de la Audiencia lo siguiente: «Por consecuencia, podemos concluir que ese segundo presupuesto no se da en el caso que nos ocupa, por lo que la demanda debió ser desestimada al no ser necesaria la previa autorización de la Consejería de Cultura, tanto para la aportación del bien que nos ocupa como para la constitución de la sociedad limitada, que se constituyó y a la que se aportó dicho bien, habiendo cumplido el patronato de la fundación con lo dispuesto en el reiterado artículo 21.3 con la comunicación realizada vía notarial, tanto de la constitución por parte de la fundación como la aportación del bien en cuestión».

Un punto de interés en la Sentencia de la Audiencia, no discutido en ésta ni luego por supuesto en casación, pero que debía estar presente en la demanda interpuesta, es el hecho de que la fundación acordase la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada, a la que, como se ha indicado, se realizó la aportación del inmueble objeto de la demanda. A la constitución de la sociedad se alude en la Sentencia de la instancia considerándola ajustada a lo que la LF previene (cfr. art. 24.2) sobre la posibilidad de que las fundaciones puedan participar en sociedades mercantiles en las que no se responde personalmente de las deudas sociales (en este caso se constituye una

de responsabilidad limitada), siendo, eso sí, necesario comunicar al Protectorado notarialmente que la fundación tiene una participación mayoritaria en la sociedad constituida¹¹.

Esta extraña operación de la fundación constituyendo una sociedad y aportando a la misma el inmueble donde radica su domicilio abona, por sí sola, la desconfianza y la sospecha que el Protectorado y en su nombre la letrada de la Junta desahogan en la demanda interpuesta. Todo, como concluye la Audiencia Provincial, perfectamente legal —como concluirá también la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de marzo de 2011 que traemos aquí— pero todo también perfectamente sospechoso. Un cierto exceso de celo de la administración, de la Junta de Andalucía en este caso, que se pone de manifiesto en estos hechos, que concluyen precisamente con su derrota y el reproche de dicho exceso, estaría sin embargo, creemos, justificado, no sólo por lo extraño del comportamiento de la fundación en este hecho concreto —las fundaciones, se supone, están para otra cosa— sino por otros actos conocidos de la misma en ese período. Esos otros hechos u actos podrían ilustrarse con alguna presencia en los medios de comunicación del fundador y presidente del patronato, un conocido empresario del sector (¡ya salió!) inmobiliario en la que no resulta desde luego muy bien parado, por lo que a su honradez y probidad empresarial se refiere. No es ésta, obviamente, la sede para hacerse eco de ello, con independencia de que lo tengamos inevitablemente en cuenta (como parece que lo tuvo, casi con seguridad, el Protectorado, la letrada y luego el Juzgado...).

Otros datos que corroboran el carácter sospechoso de la fundación protagonista nos los proporciona la otra STS que comentamos aquí, de 20 de julio de 2011. Los hechos son muy similares. El patronato volvió a reunirse unos días después, el 23 de septiembre de 2005 —antes, en la Sentencia anterior, acabamos de ver que se había reunido el 6 de septiembre— con el objeto de constituir una sociedad de responsabilidad limitada —hay que entender que otra distinta de la del acuerdo de 6 de septiembre—. En esta nueva reunión se decidió la aportación a la Sociedad de un bien inmueble perteneciente a la fundación. A cambio ésta recibiría participaciones en dicha entidad mercantil. Este bien, y es un dato que debe ser tenido en cuenta,

¹¹ Sobre esta posibilidad, por todos, véase EMBID IRUJO, J. M., «Funcionamiento y actividad de la fundación (Artículos 23 a 27)», en MUÑOZ MACHADO, *et al.* (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Madrid, 2005, pp. 398-408; posteriormente, del mismo autor, «Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresarial)», en *Anuario de Derecho de Fundaciones*, Iustel/AEF, Madrid, 2010, pp. 15-67; también LA CASA GARCÍA, R., *La fundación-empresa*, en OLIVENCIA, M., *et al.* (dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XVII, Marcial Pons, Madrid, 2009.

había sido donado a la fundación en marzo de 2004 por una empresa inmobiliaria de la que era titular el fundador y presidente del patronato.

La impresión negativa —y de nuevo la sospecha— es inevitable. Los dos patronatos, celebrados en apenas tres semanas y el tipo de acuerdos que se adoptaron en ellos, con esos cambios de titularidades de inmuebles, sugieren que se trata de operaciones propias de una estrategia de reestructuración empresarial y financiera, con fines perfectamente imaginables y con seguridad no muy confesables. En cualquier caso, demuestran una utilización de la fundación muy alejada desde luego de su razón de ser y del cumplimiento de sus fines.

La letrada de la Junta de Andalucía —cabe pensar que se puede tratar de la misma, de la letrada adscrita a la Consejería de Cultura— interpuso demanda ejercitando acción de impugnación de este acuerdo de 26 de septiembre para que fuera declarado nulo, esta vez al amparo de lo dispuesto en el artículo 45.2 párrafo 2.º Ley 10/2005, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía (LFCAA), entrada ya en vigor en el ínterin de un patronato a otro. En su opinión, el acuerdo sería nulo de pleno derecho al no haberse obtenido previamente la autorización del Protectorado, tal y como dispone el artículo 30 LFCAA. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sevilla estimó la demanda al entender que dicha autorización era necesaria ya que se trataba de la enajenación de un bien que representaba, de acuerdo con el último balance anual aprobado por la fundación, un valor superior al 20% del activo de ésta. Este es uno de los supuestos que el mencionado artículo 30 LFCAA, a diferencia de la Ley estatal en que sólo se requiere la comunicación de la realización del acto de disposición, contempla para exigir la previa autorización del Protectorado. Como se señala en la Sentencia de Primera Instancia, no se trataría de un acto de enajenación de un bien que forma parte de la dotación (letra a), ni de un bien que, sin formar parte de ésta, se encuentra directamente vinculado a fines de interés general (letra b). En este caso, a diferencia de lo que sucede en la otra Sentencia, el hecho determinante de la necesidad de la autorización del Protectorado es cuantitativo o económico¹².

¹² También la Sentencia del Juzgado es muy aprovechable, por algunas de sus manifestaciones, para abonar las sospechas que albergamos sobre la fundación. Así, señala, *levantando el velo*, que «hubiera sido de utilidad que la parte demandada aclarara qué interés legítimo era entonces el que motivó tal acto de liberalidad de x, administrador único de x. A.A., fundador y Presidente del Patronato de la Fundación y, por supuesto, administrador único de xx, S.L., para despejar conclusiones quizá equivocadas sobre intereses subyacentes mucho menos legítimos, a las que de manera inevitable conduce la sucesión de hechos que se expone», o cuando afirma que en el acto de aportación del inmueble a favor de la sociedad «no se

La Audiencia Provincial de Sevilla, interpuesto recurso de apelación por la fundación, resolvió en octubre de 2007. No está de más señalar que se trata de la misma Sección de la Audiencia y del mismo ponente del asunto anterior. Los protagonistas se repiten. No sabemos si el hecho de no haber dado la razón —en nuestra opinión acertadamente— a la letrada de la Junta en la Sentencia de 4 de julio de 2007, le conduce a no dársela tampoco en esta otra de octubre del mismo año. Hay que pensar que no. En cualquier caso, nuestra opinión es que la conclusión de esta segunda Sentencia de la Audiencia Provincial podía haber estado, creemos, mejor fundamentada, como pondremos de manifiesto comentando la STS que termina por enmendarle la plana y darle la razón, esta vez sí, a la letrada de la Junta. A modo de adelanto, la Audiencia falla entendiendo que el acuerdo impugnado del patronato ha de ser objeto de nulidad *simple* —así la denomina— y no de nulidad absoluta o de pleno derecho. Su parecer, en el sentido de que se trataría, en el caso de la ausencia de autorización previa del Protectorado, de un defecto no esencial y susceptible de sanación se nos antoja bastante endeble, al menos tal y como lo fundamenta. Opinión esta que será la del Tribunal Supremo, que casará precisamente la Sentencia por esta razón, declarando la nulidad radical del acto de disposición¹³.

atisba indicio alguno de necesidad o utilidad para los fines fundacionales, que resulta también exigible en todo caso para la válida adopción de un acuerdo de este tipo, según lo preceptuado en el apartado 1 del artículo 30».

¹³ El Fundamento de Derecho sexto de la STS de 20 de julio de 2011 dice así: «Según ha declarado la Sentencia recurrida —y no se ha discutido en el proceso— el patronato de la fundación demandada decidió en el acuerdo impugnado efectuar un acto de disposición de un bien, perteneciente al patrimonio de la fundación, cuyo valor es superior al 20% del activo de la fundación según el último balance, el acto de disposición se ha llevado a efecto y el Protectorado —ejercido por Consejería competente de la Junta de Andalucía, según el artículo 44.2 LFCAA— no ha otorgado autorización para el mismo, ni antes de adoptarse el acuerdo ya que no fue solicitada, ni después de adoptarse el acuerdo, pues es la Junta de Andalucía quien interpuso la demanda instando su nulidad. El acuerdo impugnado contraviene lo dispuesto en el artículo 30.1.c) LFCAA. La cuestión planteada en el recurso se contrae a determinar si la infracción del artículo 30.1.c) LFCAA es de la relevancia necesaria para que el acuerdo sea nulo de pleno derecho. La LFCAA no contempla expresamente la sanción de nulidad para aquellos acuerdos que no respeten las previsiones establecidas para la enajenación y gravamen de los bienes de la fundación, por lo que de acuerdo con la doctrina antes expuesta, debe analizarse si la finalidad de la norma vulnerada justifica que la infracción determine la nulidad absoluta del acto. El artículo 30 LFCAA persigue hacer efectivo el sometimiento de las fundaciones a la tutela y protección de los poderes públicos, como garantía de cumplimiento de la voluntad fundacional, dirigida a la consecución de un interés general o público. Por tanto, la inexistencia de la preceptiva autorización —al margen de que su falta pueda o no ser subsanada— lleva consigo la nulidad radical del acto, pues con ello se ha dejado sin efectividad una norma que persigue un fin que trasciende más allá de

A continuación, como corresponde, vamos a comentar aquellos aspectos discutidos en estos pleitos y en estas SsTS que tienen, en nuestra opinión, mayor relevancia. Es evidente que la principal cuestión de interés es la relativa al patrimonio fundacional y, en particular, a la disponibilidad respecto de éste por parte de la fundación, incluyendo en esto último la intervención del Protectorado. De ella penden otras cuestiones más específicas. De un lado, el régimen sancionatorio previsto en la LF, cuando se produce el incumplimiento de los requisitos que han de darse en este tipo de actos de disposición, cuando se realizan contra lo dispuesto en ésta, y en especial si la nulidad es la sanción que corresponde en este caso, cuestión abordada en la segunda de las Sentencias, en la de 20 de julio de 2011, en los términos apenas reseñados. De otro, una cuestión mucho más específica como es qué ha de entenderse por vinculación directa de los bienes o derechos que forman parte del patrimonio fundacional, sin ser dotación, a los fines fundacionales. Esta cuestión es tratada en la primera, en la STS de 7 de marzo de 2011.

III. La disposición del patrimonio fundacional

En las dos Sentencias que comentamos, el conflicto que las genera tiene que ver con el patrimonio fundacional y con la disposición que de elementos integrantes de éste —sendos bienes inmuebles en cada uno de los casos— hace la propia fundación. Ésta es la cuestión nuclear. A la vista de ello, no parece necesario recordar algo que, tratándose de fundaciones, parece evidente: la importancia del patrimonio como elemento integrante de las mismas, hasta el punto de que podría afirmarse, al menos con cierta perspectiva histórica, que la fundación es, por encima de todo, un patrimonio (o dicho de otra forma, contemplada desde la perspectiva de éste; el patrimonio —obviamente, instrumentalizado por una voluntad— puede considerarse el *desencadenante* principal de la fundación). La LF lo deja claro desde un principio, definiendo la fundación (art. 1) como aquellas organizaciones que tienen afectado, de modo duradero y sin ánimo de lucro, su patrimonio a fines de interés general. Con toda tranquilidad y de manera rotunda, puede afirmarse que no hay fundación sin patrimonio.

Puede afirmarse, además, que así ha sido hasta la irrupción relativamente reciente del término «organización», presente como acabamos de ver en la propia definición que la LF 2002 (y antes en la de 1994) ofrece de las fundaciones. Este término ha hecho que el elemento patrimonial como defini-

cuestiones estrictamente económicas puesto que va dirigido a la protección del interés público. En consecuencia, el acuerdo impugnado es nulo de pleno derecho».

torio de las fundaciones quede un tanto desplazado u oscurecido¹⁴. Lo que no se ha podido (porque no se puede) es eliminarlo. El patrimonio se integraría en la esencia fundacional, y aunque no está expresamente previsto en la CE, a nuestro entender, formaría parte incluso del contenido esencial del artículo 34, encontrándose, por tanto, amparado por la protección desplegada por la garantía institucional asignada a éste. Y es que el patrimonio en la fundación es *innegociable*: forma parte del *mínimo* de toda fundación, junto con el fin de interés general y la organización. Lo *negociable*, lo que puede ser objeto de disposición por el legislador, es la configuración de ese patrimonio a lo largo de la vida de la fundación, incluido el inicio de ésta cuando el mismo se presenta como dotación.

En efecto, el patrimonio, en el momento puntual del nacimiento de la fundación, está representado por la dotación, que debe constar expresamente en el llamado negocio jurídico fundacional [art. 10, c) LF]. Sin embargo, el patrimonio es algo más que la dotación —al menos deberá serlo, como indicio, entre otras cosas, de la buena marcha de la fundación—, si bien existe ese momento en el que ambos, patrimonio y dotación, es normal que coincidan exactamente. De ahí la importancia que debe otorgarse a la segunda, como representación del patrimonio *ab initio*, y de ahí también que se exija a la dotación que sea adecuada y suficiente —utilizando el parámetro de los fines de interés general— en la medida en que desde el principio se pretenda salvaguardar aquello (el patrimonio) que va a permitir que la fundación pueda verdaderamente servir para los fines para los que nace¹⁵.

El capítulo IV LF, artículos 19 a 22, se dedica específicamente al Patrimonio de la fundación¹⁶. Por lo que se refiere a la composición de este

¹⁴ Sobre la personificación del patrimonio como esencia de la fundación, véase MONTES PENADÉS, V. L., «El patrimonio», en BENEYTO PÉREZ, J. M., *Tratado de fundaciones*, tomo I, Barcelona, 2007, p. 681. Habla abiertamente de personificación de la organización, MORILLO GONZÁLEZ, F., *El proceso de creación de una fundación*, 2.ª ed., Pamplona, 2003, p. 27. Últimamente DE LORENZO GARCÍA, R., PIÑAR MAÑAS, J. L., SANJURJO GONZÁLEZ, T., «Reflexiones en torno...», cit., p. 63, señalan, entre las reformas de la Ley 50/2002, la de «reforzar la conceptualización de la Fundación como organización que como patrimonio afecto». En su opinión, este cambio de orientación en la conceptualización de las fundaciones facilitaría su «modernización» y «exige un funcionamiento interno más flexible en el desarrollo de sus actividades», en concreto, redundaría en «un procedimiento de gestión patrimonial más flexible que debe ir acompañada de una reducción de la intervención del Protectorado en la actividad de gestión patrimonial de la fundación».

¹⁵ En general, sobre esta concepción, digamos, dinámica del patrimonio fundacional, véase PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, Madrid, 2008.

¹⁶ Para una excelente exposición de conjunto acerca de éste, véase SANTOS MORÓN, M.ª J., «El patrimonio de la fundación. Régimen de gestión patrimonial (Artículos 19 a 22, y 28)»,

patrimonio, confirma lo establecido en el artículo 12 LF, dedicado a la dotación, en cuanto a qué es aquello que puede integrar el patrimonio fundacional; éste, según establece el artículo 19. 1 LF, «podrá estar constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica que integren la dotación, así como aquellos que adquiera la fundación con posterioridad a su constitución, se afecten o no a la dotación». Ello demostraría el carácter *amplio* con que se concibe el patrimonio fundacional, siempre dentro de los límites marcados por esa necesaria valoración económica. Los inmuebles donados que aparecen en los hechos de las dos Sentencias comentadas podrían, por tanto, formar parte sin problema alguno del patrimonio de la fundación. La titularidad de este patrimonio, establece el artículo 20 LF, de los bienes y derechos que lo integran, correspondería a ésta, que deberá figurar como titular de dichos bienes y derechos, los cuales, se añade, «se harán constar en su inventario y en el Registro de Fundaciones, y se inscribirán en su caso, en los Registros correspondientes».

Lo que nos interesa especialmente es la previsión de la LF respecto de lo que podemos denominar el *dinamismo* del patrimonio fundacional. En efecto, tal y como éste se concibe, y a la vista de lo previsto en los artículos 21 y 22 LF, la fundación, siendo un patrimonio destinado a un fin de forma duradera, no supone en absoluto un patrimonio inmovilizado ni cualquier suerte de *mano muerta* rediviva. Siempre que el cumplimiento de los fines fundacionales esté garantizado, dentro de los límites que se establecen para ello, el patrimonio fundacional va a poder desarrollar una presencia activa en el tráfico, a través de diversas operaciones: desde las más básicas, como son la enajenación, el gravamen, la donación o la subvención, a otras más *complicadas* como puede ser una transacción. A estas operaciones se refiere expresamente el artículo 21 LF. Este *dinamismo* de la fundación se pondría igualmente de manifiesto en el artículo 22 LF, relativo a la capacidad de las fundaciones para recibir herencias, legados y donaciones. Se trata de algo que la LF considera beneficioso para la fundación, como se desprende del hecho de que

en MUÑOZ MACHADO, *et al.* (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pp. 277-356. Posteriormente, partiendo de este texto pero mejorado y ampliado, véase «Algunas cuestiones sobre la gestión patrimonial de la Fundación», en CAZORLA PRIETO, L. M. *et al.*, *Fundaciones: problemas actuales y reforma legal*, Pamplona, 2011, pp. 219-247. También véase SERRANO CHAMORRO, M.^a E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Madrid, 2010 (3.^a ed.), aunque sorprendentemente se deja atrás, ya que prácticamente no lo aborda, las cuestiones relativas a los actos de disposición del patrimonio fundacional, cfr. pp. 260-264 (aunque se autoremita a otro trabajo de su autoría: «Composición, administración y disposición del patrimonio de las fundaciones», Act. Civ., 2009, pp. 2486-2513, en el que dice abordar esta cuestión, no lo trata en realidad).

no se puedan «repudiar herencias o legados ni dejar de aceptar donaciones sin la previa autorización del Protectorado, o en defecto de éste, sin aprobación judicial con audiencia del Ministerio público».

El régimen previsto en el artículo 21 LF para los supuestos de disposición de los bienes y los derechos que integran el patrimonio fundacional es bastante sencillo¹⁷. La Ley diferencia según el tipo de acto de disposición de qué se trate y de qué bienes y derechos sean los implicados en éste. En función de estos criterios, dispone bien que haya de solicitarse previa autorización del Protectorado para poder llevar a cabo el acto, bien que baste con que le sea comunicado una vez realizado. En concreto, será necesaria la autorización previa del Protectorado —que se concederá, se señala, si existe justa causa debidamente acreditada—, cuando se trata de «la enajenación, onerosa o gratuita, así como el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales» (art. 21.1 LF). En cambio, los actos de disposición relativos a los bienes que no forman parte de la dotación o que no están vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales deberán ser sólo comunicados al Protectorado en el plazo máximo de treinta días siguientes a su realización. Se aclara que estarían comprendidos en esta obligación de comunicación actos que supongan, «la transacción o compromiso, y de gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes de interés cultural, así como aquellos cuyo importe, con independencia de su objeto, sea superior al 20% del activo de la fundación que resulte así del último balance aprobado» (art. 21.3 LF). Además de ésta autorización o de esta comunicación al Protectorado, se dispone la constancia de los actos de disposición en el Registro de Fundaciones, así como en el Registro de la Propiedad o en el Registro público que corresponda por razón del objeto (art. 21.4 LF)¹⁸.

¹⁷ Como señala GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Pamplona, 2003, p. 173, este artículo es una de las más importantes novedades de la Ley, en la línea marcada por ésta de flexibilizar las relaciones entre cada fundación y su Protectorado respectivo. En el sentido que estamos tratando, de desconfianza y sospecha hacia las fundaciones, entiende GONZÁLEZ CUETO, este precepto partiría de entender que «el sistema había alcanzado una madurez suficiente y el sector era fiable, al menos mayoritariamente», siendo razonable «acometer el proceso de dotar de mayor autonomía de gestión a las fundaciones y, en consecuencia, a sus patronatos».

¹⁸ En general, sobre este precepto, véase GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, cit., pp. 173-180; y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., «Artículo 21. Enajenación y gravamen», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia, 2008, pp. 541-591.

Aquello que se echa en falta en este régimen jurídico —además de otras cuestiones de detalle que son tratadas, como ahora veremos, en el Reglamento que desarrollará la Ley tres años después—, es establecer cuáles son las consecuencias del incumplimiento, es decir, qué sanción lleva aparejada la realización de un acto no autorizado o no comunicado. Lo único que se hace, de forma bastante vaga e innecesaria, es establecer en el artículo 21.3 *in fine* LF que el Protectorado podrá ejercer las acciones de responsabilidad que correspondan contra los patronos, cuando los acuerdos del patronato resultaren lesivos para la fundación en los términos previstos en la Ley.

Sí se ocupa de regular la LF algo que se discute en la primera Sentencia que consideramos —incluso constituye el fundamento de la demanda interpuesta por la Junta de Andalucía— como es qué ha de entenderse por bienes y derechos, que sin constituir parte de la dotación, sí están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales —supuesto en el que, como acabamos de ver, es necesario para su disposición contar con la previa autorización del Protectorado—. El artículo 21. 2 LF utiliza el criterio de la adscripción o señalamiento expreso de tal carácter; así establece que ha de entenderse que dicha vinculación existe cuando la misma está contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del Patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada, que realice una aportación voluntaria a la fundación, siempre respecto de los bienes aportados, como es obvio. La vinculación, se añade —y refuerza, creemos, la exigencia del carácter expreso de ésta—, también podrá darse por resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial, posibilidad que presupone, entendemos, la existencia de un conflicto sobre si unos determinados bienes o derecho presentan tal condición¹⁹.

Como hemos adelantado, el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal (RFCE), aprobado por el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, regula con mayor detalle, como corresponde a una norma de esta naturaleza, el régimen jurídico del patrimonio fundacional (cfr. arts. 16 a 22). Describe mejor la configuración y la composición de éste (art. 16) y el régimen de disposición y gravamen de los bienes de la fundación (art. 17). Se extiende de manera prolija sobre cómo debe ser la solicitud de autorización

¹⁹ Este apartado 2 del artículo 21 se introduce en la LF 2002 proveniente del Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal, que así lo establecía en su artículo 4.1, en desarrollo aclaratorio del artículo 19 LF 1994 que no lo recogía. Sobre esta cuestión en el RFCE 1996, véase OLMOS VICENTE, I., «El régimen de autorizaciones para enajenar y gravar bienes de las fundaciones», en PIÑAR MAÑAS, J. L. y OLMOS VICENTE, I. (dirs.), *Las fundaciones. Desarrollo reglamentario de la Ley*, Madrid, 1997, pp. 159-160.

y la comunicación por parte del patronato (art. 18) y el procedimiento de autorización administrativa del Protectorado (art. 19). A diferencia de lo que hemos visto que sucede con la LF, con su vaga previsión del artículo 21.3 *in fine*, el Reglamento sí contempla en cambio qué sucede, cuáles son los efectos de la falta la autorización previa o de comunicación al Protectorado (como ya lo había hecho también, hay que decirlo, el Reglamento anterior de desarrollo de la LF 1994 promulgado en 1996). En concreto, el artículo 21 RFCE, dispone dos cosas: primero, habilita al Protectorado para requerir del patronato, para lo que dispondrá éste de un plazo de quince días, cuanta información considere conveniente cuando haya tenido conocimiento de que se han llevado a cabo actos de disposición o gravamen sin la preceptiva autorización o sin cumplir la obligación de comunicar el acto o negocio realizado; y segundo, lo más determinante, el Protectorado, a la vista de las circunstancias concurrentes, resolverá sobre la procedencia de subsanar el defecto, y autorizará a posteriori el negocio efectuado, ello sin perjuicio de que pueda entablar una acción de responsabilidad contra los patronos o de que pueda solicitar de la autoridad judicial su destitución. La previsión del RFCE resulta, como decimos, determinante para establecer el alcance de la ineficacia del acto realizado sin la correspondiente autorización previa, en el sentido de que hace muy difícil sostener que pueda estarse ante un supuesto de nulidad radical o absoluta. Al magistrado ponente de la Audiencia Provincial hay que ponerle en su deber el desconocimiento o al menos la falta de referencia a este precepto que hubiese apuntalado su opinión (o intuición) de que la sanción prevista para estos casos no es la nulidad radical sino lo que él denomina, de modo no muy afinado, como nulidad *simple*.

Por su parte, la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuya entrada en vigor, como hemos visto, tuvo lugar entre el primero y el segundo de los episodios que dan lugar a los asuntos resueltos en las Sentencias consideradas, y que se aplica, por tanto, sólo al último, regula los actos de disposición del patrimonio fundacional en su artículo 30. Lo hace de forma muy parecida a la Ley estatal, estableciendo sustancialmente el mismo sistema de autorización previa y de simple comunicación, según se trate de unos supuestos u otros. La LFCAA puede calificarse como de mucho más intervencionista —así lo hace el ponente de la Audiencia Provincial en el segundo de los supuestos—, a diferencia de lo que sucede con otras leyes autonómicas de fundaciones que reducen la intervención del Protectorado a la comunicación²⁰. Esta calificación no es caprichosa. Se basa en los requisitos generales que establece, en el apartado 1

²⁰ Véase SANTOS MORÓN, M.³ J., «Algunas cuestiones sobre...», cit., p. 223, nota. 13.

del precepto, para este tipo de actos (requisitos que, como ya hemos visto, en el régimen estatal se encuentran en el art. 18 RFCE). En primer lugar, establece que los actos de disposición y también los de administración de todos los bienes de la fundación, sin distinción, es decir, pertenezcan o no a la dotación, serán a título oneroso. En segundo lugar, dispone que habrá de estar justificada la necesidad o conveniencia de dichos actos así como la inversión prevista de la contraprestación, salvo que se trate de prestaciones propias del cumplimiento del fin fundacional. Es evidente que se trata de un régimen mucho más limitativo —sólo podrá disponerse onerosamente— y en el que se exige una mayor concreción o precisión, digámoslo así, por parte de la fundación y del patronato que pretende realizar un acto de estas características y que debe reclamar la autorización del Protectorado o comunicárselo. Pero donde se aprecia ese mayor intervencionismo es en el hecho de que incluya, entre los actos que han de ser objeto de autorización previa por parte del Protectorado, aquellos en los que se disponga de bienes o derechos que, con independencia de su objeto, representen un valor superior al 20% del activo de la fundación que resulte de su último balance anual aprobado (art. 30.2, c). En el régimen estatal, apenas reseñado, la intervención del Protectorado con relación a este supuesto se resuelve con la mera comunicación de la realización de dicho acto y no con la exigencia de la previa autorización por parte de éste.

Pero lo que no se hace tampoco en la Ley autonómica, al igual que sucede con la LF estatal, es establecer la sanción correspondiente en caso de incumplimiento de estos requisitos. A lo más que se llega, de nuevo, es a recordar la habilitación del Protectorado para ejercitar acciones de responsabilidad contra los patronos que adopten este tipo de acuerdos lesivos para la fundación (art. 30.3, II LFCAA).

A modo de ilustración, hay que decir que el Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado mediante Decreto 32/2008, de 5 de febrero²¹, no aplicable por tanto a ninguno de los supuestos aquí debatidos, que son de septiembre de 2006, regula de forma muy prolija y detallada, en los artículos 18 a 24, el régimen de disposición y gravamen de los bienes de la fundación, estableciendo cómo deben proceder los patronatos de las fundaciones que realicen un acto de estas características y cómo ha de actuar el Protectorado en estos supuestos. Por lo que atañe a las consecuencias y a las sanciones a imponer en el caso de que falte la solicitud

²¹ Sobre esta disposición en general, véase ORDÓÑEZ MUÑOZ, A., «El Derecho de Fundaciones de Andalucía», en DE LORENZO, R., *et al.*, *Tratado de Fundaciones*, Pamplona, 2010, pp. 385-386.

de autorización o la comunicación, su artículo 24 no va mucho más allá de lo que hemos visto en su equivalente, en el Reglamento estatal, reproduciéndolo prácticamente en su totalidad, en la línea vista de permitir la posibilidad de subsanar el defecto ratificando el Protectorado a posteriori el acto efectuado²². Sí se introduce, y esto sí constituiría una novedad respecto de la norma estatal, un supuesto más, previsto en el apartado 3, relativo a la adquisición de un bien inmueble, acordada por el patronato de la fundación, mediante la constitución sobre el mismo de un préstamo hipotecario sin que sea posible, por razones de mercado o de interés para ésta, solicitar la autorización del Protectorado. En este caso, así se dispone, el patronato habrá de proceder en el plazo de un mes a contar desde la constitución del préstamo hipotecario a aportar la documentación necesaria —se establece expresamente en el art. 20. a), solicitando del Protectorado la ratificación de lo actuado—²³. Esta previsión se mueve en la línea de entender que la exigencia de estos requisitos no ha de equivaler necesariamente, cuando son conculcados, a la nulidad radical y absoluta del acto de disposición que los incumple.

Éste es, básicamente, el marco normativo en el que se desenvuelven los dos supuestos discutidos aquí, si bien uno se desarrolla bajo la vigencia exclusiva de la LF estatal y otro, por pocos días, bajo la de la LFCAA. Aun tratándose en ambos casos de actos de disposición de inmuebles pertenecientes a la misma fundación, la cuestión principal finalmente dilucidada en cada una de las resoluciones del Tribunal Supremo es distinta. Ambas han sido adelantadas ya, y van a ser abordadas sucesivamente en el orden cronológico de las Sentencias.

IV. La disponibilidad de los bienes de la fundación vinculados directamente al cumplimiento de sus fines

En la primera de las Sentencias consideradas, en la de 7 de marzo de 2011, todo se centra finalmente en determinar qué significa que un bien, formando parte del patrimonio fundacional, está directamente vinculado al cumplimiento de los fines fundacionales. De ello depende, en el supuesto discutido en esta Sentencia, que fuera necesario o no previamente a la disposición del

²² Véase ORDÓÑEZ MUÑOZ, A., «El Derecho de Fundaciones de Andalucía», cit., p. 393.

²³ ORDÓÑEZ MUÑOZ, A., «El Derecho de Fundaciones de Andalucía», cit., p. 394, critica, con razón, este supuesto contemplado en el Reglamento de Fundaciones Andaluzas, tildándola de regulación un tanto sorprendente, además de parcial e incompleta, que permite pensar en la posibilidad de su aplicación analógica a otras situaciones de disposición patrimonial por parte de las fundaciones (sin contar con la preceptiva autorización de la administración) en las que primen razones de urgencia.

bien —en este caso, se aporta a una sociedad de responsabilidad limitada— contar para ello con la autorización del Protectorado. Recordemos que el Juzgado de Primera Instancia entendió que no se había cumplido esta prescripción legal, ya que el inmueble, en el que la fundación tenía además fijado su domicilio efectivo, debía considerarse vinculado directamente a los fines fundacionales —incluso, se llega a afirmar en la misma, que formaba parte de la dotación inicial de la fundación—. La Audiencia Provincial, como también hemos visto, no lo consideró así, concluyendo que de los dos requisitos exigidos por el artículo 21. 1 LF, necesarios para que se dé la exigencia de autorización del Protectorado, no concurre el consistente en que el bien objeto de disposición forme parte de la dotación o que, sin formar parte de ésta, se encuentre vinculado, mediante voluntad expresa en ese sentido, a los fines de la fundación, sin que el hecho de designar en el inmueble el domicilio de ésta implique necesariamente tal vinculación.

En el Fundamento de Derecho segundo de la Sentencia se aborda la cuestión, dando la razón a la Audiencia —lo que compartimos—, ayudando por añadidura a fijar la doctrina de cómo debe interpretarse y aplicarse este requisito que da lugar a la necesidad de la autorización previa en este tipo de actos. El motivo del recurso de casación, tal y como lo plantea la administración demandante y recurrente, parte del presupuesto de que para determinar si existe o no vinculación directa del inmueble enajenado al cumplimiento de los fines fundacionales, no ha de acudirse en exclusiva, como hace la Sentencia de la Audiencia, a la existencia de una voluntad expresa (ya sea del fundador, del patronato de la fundación o de la persona física o jurídica que realiza la aportación, o, en su caso, como alternativa, una resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial) sino que hay que tener en cuenta la posibilidad, nada infrecuente, de que dicha vinculación se realice en los estatutos de la fundación. En efecto, en los estatutos de la fundación que protagoniza estos hechos, en su artículo 25, y es una declaración bastante habitual en los de muchas fundaciones, se determina la vinculación de todo el patrimonio fundacional al cumplimiento de los fines de ésta. El Tribunal Supremo concluye que no debe confundirse esta vinculación «genérica» —así la califica—, realizada de este modo en los estatutos, con una vinculación «expresa y concreta», que es el presupuesto para la autorización previa. Entenderlo de este modo, como se plantea en el recurso, señala la Sentencia, equivaldría a privar de sentido al artículo 21 LF «que distingue entre los bienes directamente vinculados, para cuya enajenación o gravamen es precisa la autorización del Protectorado, de aquellos otros, que únicamente exigen la comunicación a éste». En esta línea, concluye, el artículo 21.2 LF contendría «una norma de interpretación auténtica» acerca de qué debe

entenderse por vinculación directa a los fines fundacionales, estableciendo los supuestos en los que esta circunstancia se da, ninguno de los cuales sucede en este caso²⁴.

En el supuesto de la Sentencia, se cumplió con lo previsto en el artículo 21.3 LF, procediendo el patronato a comunicar por vía notarial tanto la constitución de la sociedad por parte de la fundación como la aportación del inmueble en cuestión.

Hay que partir, como se hace bien en la Sentencia de la Audiencia, de que todos los bienes de la fundación están vinculados a sus fines si bien hay unos, los que conforman la dotación y aquellos que sin formar parte de ésta se vinculan expresamente a la misma, que están *más* vinculados que otros, que el resto de bienes que también integran el patrimonio fundacional. Ello es lo que da sentido al artículo 21. 2 LF; en otro caso, no lo tiene.

En este punto, creemos que ha de compartirse la interpretación del Tribunal Supremo, coincidente con la de la Audiencia Provincial. La lógica con la que se plantea el recurso es distinta de la que fundamenta, pensamos, el artículo 21 LF. Éste parte de la idea de que en una fundación no todos los bienes y derechos, no todo su patrimonio, tienen que estar vinculado al cumplimiento de sus fines. Cuestión distinta es que exista de hecho —como no puede ser de otro modo— una vinculación genérica de todo el patrimonio a la fundación que ostenta la titularidad sobre el mismo. Dicha vinculación es la que, como hemos visto, puede (y suele) hacerse constar, de ese modo genérico, en los estatutos. Pero entender, en un ejercicio claro de apriorismo, que todos los bienes, sin distinción, están vinculados a los fines fundacionales al mismo nivel contradeciría, entre otras cosas, la lógica diferenciación entre dotación y patrimonio. Y privaría de sentido absolutamente al artículo 21 LF. En definitiva, hay que tener claro que no todos los bienes y derechos que integran el patrimonio fundacional tienen que estar sujetos directa e inmediatamente al cumplimiento de los fines fundacionales. Ello no significa, es obvio igualmente, que no pueda existir una fundación en que ello sea así, pero porque así se haya previsto expresamente, en el modo en

²⁴ OLMOS VICENTE, I., «El régimen de autorizaciones...», cit., p. 160, ocupándose del artículo 4.1 RFCE 1996, antecedente inmediato del actual artículo 21. 2 LF, señalaba que debía interpretarse restrictivamente y no exigirse autorización, «al tratarse de una limitación al poder de disposición del Patronato», y lo justificaba, si bien, matizaba de inmediato, en la línea que mantendremos que «ante la duda fundada y razonable de que un determinado bien pueda estar directamente vinculado, parece preferible asumir la necesidad de la autorización o, al menos, condicionar la enajenación a condición suspensiva, por si al efectuar la comunicación al Protectorado éste estimara que es necesaria la autorización».

que el apartado 2 del artículo 21 LF lo contempla. El carácter expreso en el establecimiento de la vinculación es evidente que opera a favor de la seguridad jurídica, como puede percibirse justamente en este caso. La aportación concreta de esta Sentencia consistiría en interpretar que la declaración genérica contenida en los estatutos de la fundación —tan habitual, debe insistirse, en los estatutos de muchas fundaciones—, no colma el requisito del carácter expreso y concluyente de la vinculación²⁵.

Esta misma línea de razonamiento es la que explica que en la Sentencia se rechacen los otros motivos de la recurrente, empeñados en sostener la vinculación del inmueble donado a los fines fundacionales. No se admite como tal, y para ello se invoca el artículo 6 LF, el que se establezca, como de hecho sucedió, el domicilio de la fundación en dicho inmueble. En opinión de la recurrente, el domicilio tendría una importante vinculación con la actividad fundacional y revelaría por sí solo la existencia de la vinculación requerida. La conclusión de la Sala de lo Civil, que acoge lo sostenido por la Audiencia, es que el hecho de designar como domicilio un edificio concreto no implica necesariamente la vinculación de éste al fin de la fundación, ya que éste, el domicilio, es perfectamente fungible y modificable. En definitiva, la conclusión es que no basta que se establezca como domicilio un inmueble para que éste quede afectado a los fines fundacionales. Con lo cual, entendemos, se subraya la necesidad de que dicha vinculación tenga carácter expreso, con independencia de quién o cómo se lleve a cabo²⁶.

V. La sanción por el incumplimiento del requisito de la autorización previa, cuando se pretende disponer del patrimonio de la fundación

La otra cuestión debatida, también ya adelantada y que nos parece, sin duda, más importante, se aborda con extensión en la segunda de las Sentencias del TS que comentamos, de 20 de julio de 2011. Es la relativa a la sanción que corresponde cuando se produce el incumplimiento del requisito de la autorización previa, cuando se pretende disponer de un bien o derecho de la fundación, en los términos establecidos legalmente. En el caso analizado,

²⁵ Esta conclusión es ratificada en la otra STS que tratamos aquí, en su Fundamento de Derecho sexto, si bien con relación al artículo 30. 2 II LFCAA, que concluye «que para que sea operativa la vinculación genérica de los bienes a los fines fundacionales es necesario que exista un acuerdo expreso que vincule de manera directa y concreta un bien a dichos fines».

²⁶ En este sentido, véase MONTES PENADÉS, V. L., «El patrimonio», cit., p. 699. También GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, cit., p. 175, y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., «Artículo 21. Enajenación y gravamen», cit., pp. 567-568.

en el que es la Ley andaluza de Fundaciones la que se aplica y no la estatal, la conclusión de la Audiencia Provincial de Sevilla, enmendándole la plana al Juzgado de Primera Instancia, fue la de que, si bien se había producido un claro incumplimiento del artículo 30.2 c) LFCAA, por ser el inmueble aportado a la sociedad constituida de valor superior al 20% del activo de la fundación, el acuerdo del patronato de 23 de septiembre de 2005 en el que así se acordó estaba afectado por una nulidad «simple» —así se calificó— y no de pleno derecho. El razonamiento de la Sentencia del tribunal *a quo*, que nos parece una tanto confuso y forzado, fue el siguiente: «es nulo, si bien la nulidad de la que adolece no es de pleno derecho, pues considera este Tribunal que dicho defecto podría ser sanado, en caso de obtener la correspondiente autorización del Protectorado, aunque sea con posterioridad, al no ser un defecto esencial, toda vez que no se trata ni de un bien que forme parte de la dotación inicial ni mucho menos hay que considerarlo directamente vinculado al cumplimiento de los fines fundacionales, como razonamos en la Sentencia citada, pues todos los bienes de una Fundación necesariamente están vinculados al cumplimiento de los fines de la fundación y sólo están directamente vinculados los que expresamente se vinculen cuando dicha vinculación esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador o del Patronato de la fundación, o de la persona física o jurídica, pública o privada, que realice una aportación voluntaria a la fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados. Igualmente, tal vinculación podrá realizarse por resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial. Como expresamente lo establece el Artículo 30.2 párrafo 5 de la Ley andaluza aplicable, sin que conste esa declaración expresa y terminante, más allá de lo que es una declaración genérica de afectación de un bien a un fin, propio de la naturaleza de las fundaciones».

Como ya señalamos antes, quizá el ponente de la Audiencia Provincial podría haber encontrado otros argumentos más contundentes, mejor elaborados, con los que sostener su razonable apreciación de que estamos ante una nulidad —aunque quizá haríamos mejor en utilizar otro término— que puede ser sanada o corregida. Un buen apoyo, como también adelantamos, del que no se hace eco, es el que ofrece el RFCE, vigente cuando se dicta esta resolución y cuya lectura deja pocas dudas respecto de que la sanción pueda ser (no debe serlo) la nulidad radical o absoluta.

Con un argumentario tan lábil no debe extrañar, por tanto, que el Tribunal Supremo le haya enmendado a su vez la plana. En primer lugar, la STS se hace eco de la deficiencia técnica de la LFCAA —al igual que sucede con la Ley estatal— de no contemplar expresamente la sanción, ni de nulidad ni

de ningún otro tipo —salvo la reclamación de responsabilidad de los patronos—, que llevan aparejados los actos o acuerdos que no respeten las previsiones establecidas para la enajenación o gravamen de los bienes de la fundación. En segundo lugar, ello hace que haya de acudir al artículo 6.3 CC —que es el que se considera directamente infringido en el motivo de casación—, que proclama, con carácter general, la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de su contravención. En aquellos casos, se señala a continuación, en los que el acto es contrario a algún precepto legal pero no se ordena mantener su validez ni se establece su nulidad, el Tribunal Supremo tiene establecido que será el juzgador en cada supuesto el que debe analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados. Esta valoración le permitirá concluir bien con la declaración de la validez del acto contrario a la ley, si la levedad del caso lo permite, bien aplicando la sanción de nulidad en los supuestos en que concurran trascendentales razones que hagan patente el carácter gravemente contrario a la ley, a la moral o al orden público (SsTS de 18 junio de 2002 y de 27 de febrero de 2004).

Con este planteamiento, dando por cierto —eso no se discute—, el incumplimiento del artículo 30.2 c) LFCAA, y teniendo en cuenta que ésta, como acaba de señalarse, no contempla expresamente la sanción de nulidad, lo que procede y así lo lleva a cabo la Sala es analizar «si la finalidad de la norma vulnerada justifica que la infracción determine la nulidad absoluta del acto». La conclusión de la Sala es afirmativa, en el sentido de que el acuerdo impugnado es nulo de pleno derecho, basándose en el siguiente razonamiento: «El artículo 30 LFCAA persigue hacer efectivo el sometimiento de las fundaciones a la tutela y protección de los poderes públicos, como garantía de cumplimiento de la voluntad fundacional, dirigida a la consecución de un interés general o público. Por tanto, la inexistencia de la preceptiva autorización —al margen de que su falta pueda o no ser subsanada— lleva consigo la nulidad radical del acto, pues con ello se ha dejado sin efectividad una norma que persigue un fin que trasciende más allá de cuestiones estrictamente económicas, puesto que va dirigido a la protección del interés público».

El razonamiento del Tribunal Supremo, aunque finalmente sostengamos también la ineficacia del acto de disposición, nos parece muy mejorable y bastante discutible en alguno de sus extremos. En primer lugar, no creemos que sea indiferente que la contravención, la «falta», como la califica, de lo prevenido en la Ley —en este caso, la LFCAA pero vale lo mismo para la

LF estatal—, pueda o no ser subsanada. El hecho de que pueda serlo es lo que explicaría que estemos ante un supuesto de nulidad radical o absoluta o ante *otra cosa*, ante otra sanción o categoría de invalidez o de ineficacia —según la Sentencia de la Audiencia Provincial que se casa con esta resolución, una nulidad «simple», calificación, como ya hemos apuntado, cuando menos no muy afortunada por lo poco elaborada que resulta—. La Sentencia no alude en ningún momento —al igual que sucedía en el tribunal *a quo*— a los artículos del RFCE y del RFCAA, que prevén la posibilidad de la subsanación. Recordemos que este último, que es el que sería de aplicación en este caso —aunque no pudo ser tenido en cuenta por la Audiencia Provincial, pues no había sido promulgado aún—, contempla expresamente la posibilidad de subsanar el defecto. ratificando el Protectorado *a posteriori* la enajenación o el gravamen efectuado sin la correspondiente autorización. Esto impide entender, insistimos, que en estos supuestos pueda hablarse de nulidad absoluta o radical. Lo que no está muy claro es ante qué tipo de sanción e ineficacia estamos. De todo ello, como ahora veremos, se ha hecho eco la doctrina que ha abordado la cuestión.

Que no pueda hablarse de nulidad absoluta o radical no significa que el acto de disposición, el acuerdo de aportación del inmueble a la constitución de una sociedad mercantil, sea válido y eficaz. Es más, en este caso, nos parece que hay que dar la razón al Tribunal Supremo, al declararlo ineficaz aunque no acierte, creemos, en el modo en que lo califica (como radicalmente nulo). Porque es evidente que el artículo 24 RFCAA, además de desterrar la nulidad absoluta, está señalando un camino para que un acto de disposición que requiere de autorización previa por parte del Protectorado —en este caso, la enajenación de un inmueble que representa más de un 20% del activo del balance de la fundación— pueda ser eficaz, aunque no se haya cumplido dicho requisito. El problema es que este artículo 24 RFCAA, de desarrollo de la LFCAA y que viene a paliar en parte el defecto técnico de ésta de no especificar claramente la sanción que corresponde en estos casos, no estaba vigente en septiembre de 2005 cuando se adopta el acuerdo discutido. Podemos sólo preguntarnos acerca de aquello que cabía que se hiciera entonces, lo que supone entrar en la especulación o en la valoración de lo que llevan a cabo cada una de las instancias judiciales y que nos puede resultar, como hemos dicho, más o menos convincente.

Lo que sí está claro, y es desde luego determinante, es lo que sí hizo efectivamente la Administración, en este caso el Protectorado de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, y que fue no convalidar o subsanar la falta de autorización previa dando por buena y suficiente la comunicación

a posteriori de la adopción del acuerdo (cosa que sí se hizo por parte de la fundación). Este modo de proceder del Protectorado, reaccionando ante la que estima una infracción de la norma aplicable a este tipo de supuestos, ofrece, en nuestra opinión, pocas dudas sobre la ineficacia del acto, aunque no tengamos muy claro de qué tipo de ineficacia se trata o cómo puede calificarse exactamente.

La Audiencia Provincial al calificar la nulidad como «simple» y no añadir cuáles pueden ser las consecuencias de la misma, cuando menos si el acto podía ser o no convalidado, no estaba contribuyendo desde luego a aclarar dicha cuestión. En este sentido, habría tenido algo de razón la recurrente —aunque no se la termine dando el Tribunal Supremo—, cuando planteó, además del recurso de casación, donde ya hemos visto que sí obtiene el parecer favorable de la Sala Primera, un recurso extraordinario por infracción procesal, por entender contravenidas, en este caso, las normas procesales reguladoras de la Sentencia. En el recurso, la letrada alegó que la Sentencia impugnada había incurrido en defectos de motivación, al no exponer la razón por la que se declaraba la nulidad «simple» del acuerdo discutido y no la nulidad absoluta del mismo; una falta de motivación que también habría generado confusión y planteado añadidos problemas de ejecución de la Sentencia, ya que en ella no se determinaba la parte a la que correspondía tomar la iniciativa para subsanar la falta de autorización de la enajenación por parte del Protectorado, quedando indeterminadas las consecuencias derivadas de la posible falta de concesión de tal autorización. Este recurso, eminentemente procesal, es desestimado, también por razones eminentemente procesales, al entender el Tribunal Supremo que hubo motivación suficiente de la Sentencia.²⁷ En cuanto a qué atenderse y cómo debía haberse procedido después de la Sentencia de la Audiencia, sobre «cuál de las partes litigantes debe tomar la iniciativa para subsanar la falta de autorización de la enajenación y que no han quedado fijadas las consecuencias derivadas de la posible falta de concesión de la autorización por parte del Protectorado», la respuesta de la Sala es todavía más *procesalista* si cabe, señalando que dichas omisiones podían haber

²⁷ En concreto, se concluye del siguiente modo: «La Sentencia impugnada cumple con las exigencias derivadas del deber de motivación, ya que permite conocer el criterio jurídico por el que se declara que el acuerdo impugnado no es nulo de pleno derecho, sino susceptible de ser convalidado por una aprobación a posteriori del Protectorado. La razón en que se basa la Sentencia recurrida es que el inmueble enajenado no forma parte de la dotación inicial de la fundación ni está expresamente vinculado al cumplimiento de sus fines. Si este criterio es o no el procedente es una cuestión que atañe al fondo de la controversia, ajena al requisito de motivación de la Sentencia y al ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal».

sido paliadas con una petición de subsanación de la Sentencia, al amparo del artículo 215. 1 LEC.

Sea como fuere, creemos que podría habersele exigido al magistrado de la Audiencia Provincial un mayor esfuerzo y no el que se limitase a indicar la no concurrencia de nulidad absoluta y sí de esa nulidad «simple» de la que habla. Pero sin duda a quien hay que hacerle un reproche mayor, el de no haber tenido un mayor empeño sobre la cuestión, es al Tribunal Supremo, ya que pierde la oportunidad de clarificar una cuestión que sin duda lo requiere. Es una cuestión que sigue, por consiguiente, planteando dudas en la práctica y siendo terreno abonado para la especulación doctrinal.

VI. Más sobre las consecuencias del incumplimiento de los requisitos previstos para los actos de disposición del patrimonio fundacional realizados por el patronato

Efectivamente, la doctrina ha tenido ocasión de pronunciarse con amplitud, ante el silencio del legislador, tanto en 1994 como en 2002, sobre las consecuencias del incumplimiento de los requisitos previstos para los actos de disposición del patrimonio fundacional realizados por el patronato, especialmente el de contar con la autorización previa del Protectorado. Incluso podríamos decir que el supuesto dudoso o discutible habría que circunscribirlo a aquél que se da cuando el acto de disposición se lleva a cabo sin haber realizado la solicitud, o habiéndolo hecho no se ha recibido respuesta por parte de la autoridad administrativa. En el caso en el que los actos de disposición se lleven a cabo habiendo sido denegada la autorización administrativa, parece evidente que estos han de ser considerados nulos de pleno derecho por ser contrarios a una norma imperativa (art. 21. 1 LF)²⁸. Fuera de este supuesto, en el maltratado campo (por poco claro) de la invalidez y la ineficacia negocial en nuestro Derecho privado todo es posible. El esfuerzo de los autores se ha centrado en determinar si estos actos de contravención pueden ser considerados inválidos o ineficaces, sobre lo que hay bastante unanimidad en sentido afirmativo (con la excepción, como ahora veremos,

²⁸ Así lo señalan, con acierto, PÉREZ ESCOLAR, M, CABRA DE LUNA, M.A., DE LORENZO GARCÍA, R., «Patrimonio, régimen económico y funcionamiento», en DE LORENZO, *et al.* (dirs.), *Tratado de Fundaciones*, Pamplona, 2010, pp. 269-270, que recuerdan también que el acto podrá ser además impugnado por el Protectorado como acto contrario a la Ley (art. 35. 2 párrafo segundo LF), y dar lugar al ejercicio de la acción de responsabilidad frente a los patronos por los daños que pueda haber causado la fundación y a la solicitud de destitución de los patronos responsables (arts. 35. 2 párrafo primero, 17.2 y 18.2 LF). También GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, cit., p. 177.

de Díaz Brito), y principalmente en establecer con qué tipo de ineficacia han de ser sancionados. Las dos grandes opciones —que afloran en las Sentencias comentadas aquí, especialmente en la segunda de ellas— consisten en entender bien que la sanción en este tipo de actos es la nulidad absoluta o radical, bien que lo que corresponde es la anulabilidad. En una y en otra postura se alinean, con mejores o peores fundamentos (o haciendo simple seguidismo), la mayoría de los autores que se han ocupado de la cuestión. Quizá el tratamiento más completo (y conseguido) del tema es el que le dispensa Santos Morón²⁹, tanto por lo que tiene de síntesis expositiva de las opiniones de otros autores como por la aportación propia que realiza, y que resulta, en nuestra opinión, bastante convincente.

Antes merece, no obstante, detenerse en la opinión, un tanto original, de Díaz Brito³⁰, todavía bajo la vigencia de la LF 1994 (y del RFCE 1996), pero que puede trasladarse a la situación normativa actual. Es una opinión que deja clara desde el mismo título de su trabajo sobre la validez —término escogido, hay que verlo así, después de leer el texto, con toda intención— de los actos de disposición y gravamen de los bienes fundacionales realizados sin autorización administrativa previa. Su principal conclusión, de ahí su originalidad (y lo discutible que puede resultar también), es que dichos actos son perfectamente válidos aún en el caso de que no cuenten con dicha autorización (ni siquiera a posteriori).

El autor centra muy bien la cuestión, entendiendo que el problema surgirá cuando, pese a lo dispuesto en la regulación de fundaciones sobre la necesidad de obtener dicha autorización previa para un acto de disposición o gravamen patrimonial, una fundación realice uno de dichos actos sin haber solicitado ni obtenido tal autorización. El problema, como venimos insistiendo, es que las distintas normativas, estatal y autonómica, por las que se rige este supuesto no contemplan expresamente qué ocurre cuando ello sucede, cuando se realiza un acto de estas características sin la pertinente autorización del Protectorado. La única excepción de cierta atención normativa, así lo destacaba Díaz Brito, si bien con el alcance limitado que ya hemos visto y lejos de resolver todas las cuestiones que pueden plantearse en torno a esta cuestión, la constituía el artículo 10 RFCE 1996. Así, tras analizar la regulación autonómica³¹, se ocupaba de la estatal, centrándose en

²⁹ Los trabajos ya mencionados: «El patrimonio de la fundación...», cit., pp. 340-354; y luego «Algunas cuestiones sobre...», cit., pp. 219-247, siendo este último el que usaremos y citaremos preferentemente aquí.

³⁰ DÍAZ BRITO, F.J., «La validez de los actos de disposición...», cit., pp. 876-901.

³¹ DÍAZ BRITO, F.J., «La validez de los actos de disposición...», cit., pp. 883 y 890.

este precepto, en el que, como señalaba, se aborda de modo específico (y casi único) «el régimen jurídico aplicable a los actos de disposición y gravamen realizados por una fundación sin haber solicitado la correspondiente autorización previa»³². Lo primero que hace Díaz Brito es reconocer el «carácter manifiestamente liberalizador» con que se concebía esta regulación reglamentaria en desarrollo de la LF 1994. En su opinión, era lo que correspondía y convenía a un modelo de fundación distinto, evolucionado, de aquel que estaba presente en el diseño original del rígido sistema de autorizaciones previas. Esto podía tener sentido cuando las fundaciones tenían un trasfondo patrimonial consistente, por lo general, en un conjunto de bienes inmuebles que era del que se extraían las rentas con las que se atendían los fines fundacionales. Como bien apuntaba, la obligación de los patronos de obtener autorización previa para enajenar o gravar los bienes de los que vivía la fundación constituía una garantía de la continuidad de la actividad fundacional. El nuevo tipo de fundación de finales del siglo xx, con un sustrato económico distinto, justificaría un planteamiento diferente. Este planteamiento, que calificaba como «liberalizador», habría tenido su reflejo en el hecho de que en el RFCE 1996 se habrían minimizado las consecuencias negativas que para las fundaciones podía tener el sistema de autorizaciones previas dispuesto en la LF 1994. Prueba de ello sería el que se sancionase «con benignidad», así lo calificaba, «el incumplimiento de las obligaciones de solicitar autorización previa para realizar actos de disposición o gravamen», ya que en ningún caso, concluía, «una fundación cuyo interés exija realizar un acto de disposición o gravamen sin detenerse a solicitar la autorización previa del Protectorado podrá realizar dicho acto con la tranquilidad de saber que el mismo no será nulo por tal motivo»³³.

La STS que comentamos desmiente esta aseveración de Díaz Brito. Creemos que este autor se excede al subrayar la finalidad «informativa» de la autorización previa. Es cierto, y tiene razón, en que el apartado 1 del artículo 10 RFCE 1996 se centraba en la información (hasta por dos veces aparece el término: «El Protectorado cuando tenga conocimiento de que se han realizado enajenaciones y gravámenes, sin la preceptiva autorización, requerirá al patronato cuanta información considere conveniente. El patronato dispondrá de un plazo de quince días para suministrar dicha información») pero no hasta el punto, entendemos, como la concebía Díaz Brito que la consideraba su «finalidad esencial», que esa sea la única o principal finalidad de la autorización previa. Entre otras cosas, habría que pensar que ello priva

³² DÍAZ BRITO., F. J., «La validez de los actos de disposición...», cit., p. 891.

³³ DÍAZ BRITO., F. J., «La validez de los actos de disposición...», cit., p. 892.

de sentido a la diferenciación entre autorización previa y comunicación, entre actos que requieren la primera y aquellos que precisan sólo de esta última. No podemos compartir, en su línea de razonamiento, que el objetivo de la solicitud de autorización previa sea *sólo* que el Protectorado «reciba puntual información de las operaciones que el patronato proyecta realizar, de manera que si las mismas suponen un grave riesgo para el patrimonio de la fundación pueda advertir al patronato sobre tal extremo»³⁴. La reacción del Protectorado puede ser, lo vimos en la Sentencia que analizamos aquí, algo más que la mera advertencia de que las cosas no se han hecho bien³⁵. Tiene toda la razón, sin embargo, en que el artículo 10.2 RFCE 1996 no iba mucho más allá ya que ofrecía sólo la alternativa de subsanar el defecto, otorgando posteriormente la autorización, o entablar la acción de responsabilidad contra los patronos³⁶.

Nada se dice, como ya hemos señalado, al menos de forma directa y clara, sobre la validez o la eficacia de dichos actos y sobre la capacidad que pudiera tener el Protectorado para terminar con los mismos. Como señala Díaz Brito, el Reglamento era extremadamente ambiguo e impreciso en este punto, ya que no proclamaba, de un lado, la validez de los actos realizados sin autorización previa —que él sí deducía del artículo 10.2 RFCE 1996, en cuanto que permitía la subsanación o ratificación—, pero por otro, aun aceptando la validez de dichos actos, los consideraba «defectuosos» y no dejaba claro cuál era su régimen jurídico en tales circunstancias. A la vista de todo ello, inspirándose en Lacruz Berdejo, concluye que no se trata en este supuesto de una cuestión de invalidez sino más bien de ineficacia³⁷. Dicho de

³⁴ DÍAZ BRITO., F. J., «La validez de los actos de disposición...», cit., p. 892.

³⁵ Aunque como el propio DÍAZ BRITO, F. J., «La validez de los actos de disposición...», cit., p. 893, reconoce, de forma un tanto contradictoria, ello «no está en absoluto reñido con que, una vez acreditado que se ha incumplido la obligación de solicitar autorización previa, se deban tomar medidas ante la inobservancia por parte del patronato de dicha obligación».

³⁶ DÍAZ BRITO., F. J., «La validez de los actos de disposición...», cit., pp. 893-894, analiza muy bien ambas posibilidades de actuación por parte del Protectorado, especialmente los criterios establecidos en el apartado 2 del artículo 10 RFCE: las «circunstancias concurrentes» y «la buena fe por parte de la fundación» (aunque el patronato o los patronos, sería más correcto).

³⁷ En efecto, LACRUZ BERDEJO, J. L. (cita DÍAZ BRITO *Elementos de Derecho civil, tomo II, vol. 2.º*, Barcelona, 1987, p. 343), señala la diferencia entre ambas categorías. No obstante, nos parece que todo ello lleva a incurrir en cierto nominalismo, no exento de peligros al constituir el camino directo, como se sabe, hacia el bizantinismo.

Curiosamente, esta categoría de la ineficacia, diferenciada de la invalidez, como patología del contrato, y pensada sólo para los contratos válidamente celebrados, encontró acomodo en el Código Europeo de Contratos, también conocido como Anteproyecto de Pavia, de

otro modo: los actos no serían inválidos sino ineficaces. Ello le llevaba a rechazar, al igual que ahora veremos que hace Santos Morón, las modalidades típicas de invalidez, la nulidad y la anulabilidad como aplicables en estos casos, así como que el artículo 10 RFCE 1996 contemplara una modalidad específica, creada *ad hoc*, de invalidez, distinta de éstas³⁸. Todo ello le hacía concluir que son actos perfectamente válidos, ya que no pueden ser, insistía en ello, impugnados por el Protectorado que sólo podrá ratificarlos o ejercitar la acción de responsabilidad contra los patronos.

En este punto es donde comienza nuestra definitiva divergencia con su razonamiento, al conceder un valor secundario a la acción que la LF 1994 reconocía al Protectorado «para impugnar los actos y acuerdos del patronato que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios por los que se rige la fundación» (cfr. art. 32.3 LF 1994 y art. 22. 7 RFCE 1996). Su argumento se vuelve en este punto un tanto circular, ya que viene a sostener

1999. El artículo 153 está dedicado a la ineficacia, entendiéndose por tal, en el apartado 1, que «Un contrato válidamente celebrado es ineficaz —es decir, no produce temporal o definitivamente los efectos jurídicos que pretendía alcanzar— bien por voluntad de las partes o por disposición legal». Concretamente, por lo que nos interesa, en el apartado 4 se señala que es «ineficaz por disposición legal», aquel «contrato para el caso de que la ley prevea como presupuesto, y no bajo sanción de nulidad, la emisión de una autorización de un órgano público o la aprobación de un particular u otro requisito semejante, hasta el momento en que dicho presupuesto tenga lugar». VATTIER FUENZALIDA, C., «Invalidez e ineficacia en los Proyectos Europeos de Derecho de los Contratos», en DELGADO ECHEVERRÍA, J. (coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Pamplona, 2007, p. 34, describe este supuesto, la ineficacia, como la que «se presenta cuando se omite una autorización exigida por una norma, o su infracción se sanciona con la falta de efectos u otra expresión semejante, en lugar de la nulidad». En su opinión, se trataría de una «cláusula de cierre», de carácter supletorio o residual respecto de los otros tipos de ineficacia o invalidez. Sobre esta ineficacia tipificada, véase también MORALES MORENO, A. M., «Anulabilidad del contrato», en VATTIER FUENZALIDA, C., et al. (dirs.), *Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía). II. Comentarios en homenaje al Prof. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Madrid, 2003, pp. 585-586, y sobre todo PARRA LUCÁN, M.^a A., «La invalidez e ineficacia de los contratos en el Proyecto de Pavía», en GARCÍA CANTERO, G., *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía*, Zaragoza, 2005, pp. 778-785. Esta autora señala que por contrato ineficaz ha de entenderse aquél que contando con validez inicial, no produce los efectos jurídicos que pretendía alcanzar por voluntad de las partes o por disposición legal. Sobre este último señala, como en Derecho español, hay algunas leyes en las que se establece de modo expreso las consecuencias que para un contrato tiene «la falta de la preceptiva autorización administrativa», si bien son mayoría —y aunque nos las señala las Leyes de Fundaciones de 1994 y 2002 estarían entre ellas— las normas en las que previstas las medidas punitivas que puede adoptar la administración de que se trate, «no se contempla en cambio la relevancia civil de las autorizaciones administrativas requeridas para la celebración o ejecución del contrato».

³⁸ DÍAZ BRITO, F. J., «La validez de los actos de disposición...», cit., pp. 895-896

algo así como que siendo estos actos, los de disposición patrimonial sin autorización previa, perfectamente válidos (según su elaboración) no cabe considerarlos impugnables ya que no irían en contra de la Ley o de los estatutos. En nuestra opinión, esta sería una vía perfectamente adecuada, entonces y ahora también en la vigencia de la LF 2002, para obtener la ineficacia de dichos actos³⁹.

La aportación más elaborada sobre esta cuestión nos parece, como adelantábamos, la de Santos Morón. De entrada, resume y sistematiza bastante bien el problema. En primer lugar, señala que ni la LF 1994 ni la actual de 2002 dejan claras cuáles son las consecuencias aplicables a los actos de disposición patrimonial en los que, por exigirlo la ley, es preceptiva la autorización previa del Protectorado, y dichos actos se realizan sin tal autorización⁴⁰.

En segundo lugar, en similares términos a como lo hemos hecho, significa la importancia del artículo 21 RFCE 2005 —como antes hacía el art. 10 RFCE 1996⁴¹—, en tanto que sí establece los efectos de la falta de autorización. El hecho de que permita al Protectorado otorgar, tras la celebración del negocio, la autorización omitida es determinante a los efectos de excluir la nulidad como sanción aplicable en estos casos⁴².

En tercer lugar, se ocupa de las opciones principales exploradas por la doctrina acerca de esta cuestión, la nulidad y la anulabilidad. La primera opción, en efecto, consiste en la imposición de la sanción de nulidad de pleno derecho del negocio jurídico realizado, bien por contravenir normas impe-

³⁹ El propio DÍAZ BRITO., F. J., «La validez de los actos de disposición...», cit., p. 897, lo reconoce, de algún modo, concluyendo que lo que hay que aclarar, una vez aceptados que dichos actos son válidos, es si «son plenamente eficaces o, por el contrario, tienen de algún modo alterada su eficacia». En definitiva, nos parece que se enzarza en una construcción cuyo final ya ha preestablecido, la validez a toda costa de los actos de disposición patrimonial realizados sin autorización previa, que nos parece por ello un tanto discutible, por artificial y forzado, sin que ello suponga desmerecer en absoluto la buena elaboración (y la brillantez incluso) de sus argumentos.

⁴⁰ SANTOS MORÓN, M.^a J., «Algunas cuestiones sobre...», cit., pp. 239-240.

⁴¹ Sobre el alcance del artículo 10 RFCE 1996, además de DÍAZ BRITO., F. J., «La validez de los actos de disposición...», cit., pp. 891-899, véanse también LINARES ANDRÉS, L., *Las fundaciones. Personalidad, patrimonio, funcionamiento y actividades*, Valencia, 1998, p. 194, y VERDERA SERVER, R., «La autocontratación en las fundaciones (Los contratos entre la fundación y sus patronos y apoderados)», RJN, núm. 18, abril-junio 1996, pp. 138-139, que no duda en calificar sus soluciones como un tanto «precarias» técnicamente.

⁴² SANTOS MORÓN, M.^a J., «Algunas cuestiones sobre...», cit., pp. 240-241.

rativas *ex* artículo 6.3 CC⁴³, bien por entender que falta en estos casos el consentimiento de la fundación⁴⁴. En opinión de Santos Morón⁴⁵, que compartimos, no parece que sea la solución adecuada, ya que permitiría, señala, «a cualquier interesado impugnar el negocio celebrado y hacerlo en cualquier momento al ser imprescriptible la acción de nulidad, además de que resulta demasiado gravosa si la fundación no sufre perjuicio patrimonial». A ello ha de unirse, añade —y nos parece el argumento principal, más convincente que el que acabamos de recoger—, que la nulidad, por principio insubsanable, no sería compatible con la previsión del artículo 21.2 RFCE 2005 (como antes el art. 10 RFCE 1996) que permite al Protectorado subsanar el defecto, otorgando a posteriori la autorización omitida. El hecho de que esta posibilidad de subsanación se ofrezca, no en la ley, sino en una norma de naturaleza reglamentaria, podría presentar alguna objeción en el sentido de si es pertinente que esto se haga en esta norma menor y no en la de rango superior⁴⁶.

La segunda opción ya adelantada, con varios ilustres sostenedores, es la de entender que los actos celebrados sin la autorización del Protectorado han

⁴³ Es cierto, y ha de tenerse presente en el supuesto que analizamos, que al artículo 6.3 CC ha de interpretarse, así lo viene haciendo desde antiguo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, de manera flexible. Sintetiza muy bien esta doctrina, comentando el precepto, CARRASCO PERERA, A., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil. Tomo I (Arts. 1 a 151)*, Valencia, 2013, pp. 154-155: «El art. 6.3 CC sería un principio de gran generalidad, que ha de ser interpretado con criterio flexible. No es preciso que la validez del acto o contrato sea impuesta por la norma infringida, sino que debería reputarse por vía de interpretación como la solución más adecuada, como cuando se trata de incumplimiento de “formalidades accidentales”, cuando la norma o normas contravenidas han dispuesto una sanción específica distinta de la nulidad civil, cuando la “levedad” del caso no aconseja dictar la nulidad, cuando “no median trascendentes razones” para privar de validez al negocio. El resultado de estas doctrina ha sido, en la práctica, el de descalificar la relevancia civil de gran parte del Derecho sectorial de naturaleza administrativa, y admitir sólo en contadas ocasiones que su infracción sea relevante para fundar la invalidez del contrato. Son muchísimas las ocasiones en que el Tribunal Supremo ha aplicado esta doctrina para eludir la consecuencia de la nulidad del contrato que infringe norma imperativa. Mucho de los ejemplos de resolución desestimatoria se refieren a normas sectoriales de naturaleza administrativa». No creemos que la LF, en este punto de la autorización administrativa pueda calificarse como norma sectorial de naturaleza administrativa, pero sí es evidente que habrá que tener en cuenta esta doctrina.

⁴⁴ Sobre esta última posibilidad, véase LINARES ANDRÉS, L., *Las fundaciones*, cit., p. 187. A favor de la nulidad, se pronuncia expresamente OLMOS VICENTE, I., «El régimen de autorizaciones...», cit., p. 171, que explica además como sí figuraba inicialmente en el borrador del RFCE 1996, este pronunciamiento si bien fue suprimido por «no ser propio del mismo una declaración de nulidad de negocios jurídicos al margen de la legislación civil y mercantil».

⁴⁵ Antes LINARES ANDRÉS, L., *Las fundaciones*, cit., pp. 186-196, muestra los inconvenientes de la nulidad y la anulabilidad.

⁴⁶ SANTOS MORÓN, M.^a J., «El patrimonio de la fundación...», cit., p. 341.

de considerarse anulables⁴⁷. En opinión de Santos Morón⁴⁸, la tesis de la anulabilidad no sería acertada ni adecuada. La razón principal para oponerse a la anulabilidad —además de entender que no es suficiente para decantarse por ella el hecho de que la norma reglamentaria permita la subsanación del Protectorado con posterioridad a la celebración del negocio— sería el entender que el régimen de ésta no resulta «compatible» con los perfiles de esta situación. De forma más concreta, apunta a que el esquema de la anulabilidad se avendría bastante mal con el supuesto en cuestión, ya que misma está pensada como una ineficacia de índole fundamentalmente protectora del contratante perjudicado, perfil con el que cuesta identificar al Protectorado. Como no encaja, prosigue, tampoco muy bien el hecho de que la confirmación del negocio anulable sea una facultad que corresponde al contratante legitimado para ejercitar la acción de anulabilidad (arts. 1309 y ss. CC).

Creemos no obstante, aun compartiendo su opinión, que Santos Morón hace una lectura un tanto rígida y estricta de la anulabilidad, contemplándola sólo en clave contractual. Como señalara De Castro⁴⁹, el CC, que con no mucha fortuna ni concreción establece el llamado sistema de anulabilidad en los artículos 1300 a 1304; y 1307 a 1314, deja abierta la pregunta de si ésta puede aplicarse a otros supuestos y no es exclusiva de los contratos. A este respecto, De Castro⁵⁰ —en la misma línea sustentada por el TS— entendió que la anulabilidad puede aplicarse a los demás negocios jurídicos, sobre la base de dos argumentos. Primero, que la regulación del contrato no tiene carácter especial o cerrado, sino que posee un cierto valor ejemplar y orientador sobre la regulación de la autonomía de la voluntad y de los medios arbitrados para su defensa. Segundo, que la facultad de ejercicio de la acción

⁴⁷ En esta dirección se habría movido MONTÉS PENADÉS, V. L. «El patrimonio», cit., p. 698, quien concluye, después de señalar que no debería apreciarse «siempre de oficio la nulidad ni aplicar con rigor las consecuencias de la nulidad radical», que «El interés afectado puede verse atendido y, en su caso, reparado mediante el tipo de la anulabilidad, de modo que el acto impugnado podrá ser impugnado por el fundador, por el aportante que haya vinculado a los fines la aportación realizada, por el Protectorado, por uno o más patronos disidentes o ausentes, pero dentro del plazo de caducidad de cuatro años del artículo 1301 CC, que contará desde la fecha del acto o negocio, será confirmable (arts. 310 y 1311) y para ello bastará con que el Protectorado autorice *ex post facto* el acto de disposición realizado». También GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, cit., p. 177, si bien delimita estrictamente la aplicación de la anulabilidad, como la tesis más razonable, a aquellos supuestos en los que la autorización no se ha solicitado, dado que el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal ha admitido la subsanación. Antes, para la LF 1994, véase ORTÍ VALLEJO, A., «Notas sobre la capacidad de las fundaciones», Act. Civ., 1998, núm. 36, p. 887.

⁴⁸ SANTOS MORÓN, M.^a J., «Algunas cuestiones sobre...», cit., p. 241.

⁴⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, cit., p. 499.

⁵⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, cit., p. 501.

queda al arbitrio de aquellos en cuya protección se ha establecido la sanción. Y es que, como destaca últimamente Carrasco Perera⁵¹, la anulabilidad se caracteriza «fundamentalmente por ser un régimen de ineficacia contractual sustentado en una finalidad de protección de una parte del contrato, ante contingencias que han afectado negativamente a la producción del consentimiento contractual emitido por esta parte», en definitiva, concluye, «Se trata de la defensa de intereses privados, y, por ello, disponibles por la parte legítima». Precisamente este autor, ocupándose de la que denomina «La expansión de las normas de la anulabilidad»⁵², llega a la conclusión, bastante aprovechable para lo que nos ocupa, de la dificultad de trasladar el régimen de la anulabilidad a según qué actos y negocios: «Esto nos conduce —afirma— a una solución global aparentemente deprimente, pero sabia a la luz de la ingente Jurisprudencia existente en materia de nulidades que el régimen aplicable deberá construirse y proporcionarse caso por caso, porque el panorama de las patologías negociales no se agota en supuestos limitados, ni se acomoda a un régimen dual (nulidad, anulabilidad)».

Justamente, este planteamiento de Carrasco Perera —y también su elaboración de los que denomina «contratos incompletos», a los que ahora nos referiremos—, es la que inspira la solución alternativa (a la nulidad y a la anulabilidad) que propone Santos Morón⁵³ como tercera opción posible de aplicación a este supuesto. En su opinión, el acto o negocio celebrado sin la preceptiva autorización del Protectorado, debe considerarse como un negocio jurídico incompleto⁵⁴, como son los contemplados en el artículo 1259 CC,

⁵¹ CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, Pamplona, 2010, p. 667.

⁵² CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, cit., pp. 667 a 669

⁵³ SANTOS MORÓN, M.^a J., «Algunas cuestiones sobre...», cit., pp. 241-243. Antes en «El patrimonio de la fundación...», cit., pp. 348-351.

⁵⁴ Este mismo planteamiento, el del negocio jurídico incompleto, aparece apuntado por primera vez en el ámbito de las personas jurídicas y de las fundaciones por COSSÍO Y CORRAL en su comentario al artículo 37 CC, en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo I. Arts. 1 a 41*, Madrid, 1978, p. 849. Favorables a esta tesis habrían sido antes VERDERA SERVER, R. («La autocontratación en las fundaciones...», cit., p. 139, que habla de «negocio jurídico incompleto o en vía de formación»), si bien para el supuesto específico de autocontratación de las fundaciones (posteriormente, ya en la vigencia de la LF 2002, también se apunta a esta tesis BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. «Artículo 28. Autocontratación», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia, 2008, pp. 768-770), MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T. («El patrimonio de las fundaciones. su enajenación y gravamen. Comentario al artículo 19 de la Ley de Fundaciones de 24 noviembre de 1994», RGD 1996, núm. 619, p. 3323 y nota 33) y, un tanto tímidamente, LINARES ANDRÉS, L., *Las fundaciones*, cit., p. 188 y nota 72. Todos citan, como autoridad, a CARRASCO PERERA, en una ponencia desarrollada en el Seminario «Fundaciones, mecenazgo y sociedad civil en el siglo XXI», en julio de 1994, en la Universidad de Castilla-La Mancha, se habría referido a la

para el caso de la representación. Parte de la idea de que estos actos o negocios celebrados sin autorización no pueden ser considerados plenamente eficaces, en la medida en que dicha autorización ha de considerarse como presupuesto de eficacia de los negocios sometidos a tal exigencia. Ello no significa, añade, que deban ser considerados nulos (absoluta y radicalmente) o anulables, algo incompatible con lo previsto, como ya hemos visto, en el artículo 21.2 RFCE. De esto se deriva que el negocio celebrado sin autorización debe considerarse ineficaz provisionalmente, existiendo la posibilidad de que se convierta en eficaz si recae con posterioridad la pertinente autorización.

Para este planteamiento, Santos Morón invoca, como hemos dicho, el artículo 1259 CC, referido a supuestos en los que se celebra un negocio por un sujeto que carece de poder de representación y en los que la ineficacia que se señala para el mismo no es equiparable a la nulidad ni tampoco a la anulabilidad y sí —siguiendo a Díez-Picazo⁵⁵— como un «negocio incompleto o inacabado en una *species facti* comercial compleja de formación sucesiva», susceptible, por tanto, de ser completado.

La exposición de Santos Morón, bastante convincente, culmina con una presentación sistemática de las diversas posibilidades o casos que pueden darse⁵⁶. De un lado, como ya hemos visto, que se celebre el acto o negocio habiendo denegado éste la autorización solicitada —caso en el que habla de ineficacia definitiva y que creemos que podría calificarse directamente de nulo—; y de otro, los casos en los que puede hablarse propiamente de negocios «incompletos». Primero, cuando el patronato solicita la autorización del protectorado y realiza el negocio antes de obtenerla, por razones de conveniencia, siendo éste provisionalmente ineficaz en tanto no concurra dicha autorización. Segundo, cuando el negocio se celebra sin haber solicitado la autorización del Protectorado, caso en el que éste podrá impugnarlo o conceder, como hemos visto, a posteriori la autorización. Como señala la autora, advirtiendo que es el caso precisamente de la SAP Sevilla de 4 de julio de 2007, lo más probable es que esta situación se deba a que el patronato considere, acertadamente o no, que el negocio o acto que pretende concluir no requiere de autorización previa. Estos supuestos, como sucede en el que analizamos, de discordancia entre patronato y Protectorado están abocados a ser resueltos ante el Juez. La conclusión es clara: «Si el Protectorado

posibilidad de aplicar analógicamente el artículo 1259 CC, pudiendo ser válida la autorización administrativa al contrato dispositivo de que se tratara.

⁵⁵ Véase Díez-Picazo, L., *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, p. 223.

⁵⁶ Santos Morón, M.^a J. «Algunas cuestiones sobre...», cit., pp. 243 a 245.

no considera procedente “ratificar” el negocio celebrado y opta por impugnarlo (suponiendo que efectivamente fuese necesario cumplir con el trámite de autorización previa) el mismo deberá ser declarado ineficaz y procederá, en su caso, la restitución de las prestaciones (arts. 1303 y ss. CC)», así como «Si el Protectorado concede a posteriori la autorización el negocio», éste deberá considerarse eficaz «pero desde el momento de su conclusión y no desde que recae la autorización», ya que debe considerarse que la ratificación opera con carácter retroactivo⁵⁷.

Como se ha señalado, Carrasco Perera⁵⁸ realiza una elaboración muy solvente, ocupándose de las ineficacias contractuales, de los que denomina «contratos incompletos», en los que, así los describe, no se infringen ni contravienen mandato positivo alguno, ni se atenta contra ninguna prohibición legal, ni los contratantes sufren ningún vicio en la formación de la voluntad negocial, ni hay defectos de capacidad o representación⁵⁹. Son negocios o contratos en los que el ordenamiento (o las partes) acuerdan que se satisfagan distintas y secuenciales fases o etapas para que puedan producir pleno efecto o un determinado efecto. De este modo, concluye, un negocio incompleto podrá ser completado, siendo, mientras esto no sucede —o cuando definitivamente ya no puede suceder—, un negocio ineficaz pero no nulo. Remata su exposición Carrasco⁶⁰ ocupándose de los tipos y la casuística de la «incompletud», entre los que destaca los «contratos necesitados de autorización», administrativa o no, una categoría en la que es inevitable la confusión con los negocios *contra legem*, entendiéndose por tales los que infringen una norma imperativa y que serían susceptibles, por tanto, de ser sancionados con la nulidad prevista en el artículo 6.3 CC. Se muestra categórico al afirmar —con la mejor Jurisprudencia⁶¹, recuerda— que «Nunca serán contratos contrarios

⁵⁷ SANTOS MORÓN, M.^a J., «Algunas cuestiones sobre...», cit., p. 244.

⁵⁸ CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, cit., pp. 653 a 657.

⁵⁹ De modo distinto, pero con este mismo razonamiento de fondo, de acto incompleto, OLMOS VICENTE, I., «Novedades en materia de protectorados, patronatos, patrimonio y Registro», en *Las fundaciones: su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*, Madrid, 1995, concebía las autorizaciones previas como una manifestación de que la capacidad de obrar de las fundaciones, a pesar por supuesto de gozar de personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro, «no es plena en determinados casos y precisan la habilitación del órgano a cuya tutela están sometidas para completar su capacidad». Éste sería, en su opinión, el sentido de las autorizaciones previas. Sobre la opinión de este autor, afirmando, por el contrario, la capacidad plena de las fundaciones, véase LINARES ANDRÉS, L., *Las fundaciones*, cit., p. 189, nota 75, p. 195.

⁶⁰ CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, cit., pp. 655-657.

⁶¹ CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, cit., p. 656. Por toda esa Jurisprudencia, véase GARCÍA GARCÍA, J. A., «Comentario a la Sentencia de 27 de septiembre de 2007», *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 359-370.

a norma imperativa, a orden público o incursos en causa ilícita, y por tanto nunca incurrirán en las nulidades de los arts. 6.3 y 1275 CC, los contratos que carezcan de una autorización administrativa requerida por la norma»⁶². Un razonamiento que entendemos es perfectamente aplicable a los actos de disposición patrimonial de las fundaciones que requieren autorización previa del Protectorado cuando se realizan estos sin haberla obtenido. Es claro que el acto de disposición estaría afectado de una ineficacia provisional, dependiendo finalmente su *supervivencia* de que sea o no ratificado con posterioridad por el Protectorado⁶³.

Con seguridad, ante el panorama expuesto, habrá quien piense, con un incontestable sentido práctico, que todo esto parece más —y no lo desmiente sino que lo corrobora el recorrido doctrinal que hemos hecho— una disquisición teórica o dogmática que otra cosa. Es evidente que la ambigüedad o, directamente, la falta de una solución clara por parte del legislador dejan el terreno abonado para ello. No es excusa y algo de razón puede haber en quien aprecie de este modo (o hasta desaprecie) esta panoplia de autores empeñados en ocuparse de lo que la ley dice y, sobre todo, de lo que no dice. Pensarán que de lo que debiera tratarse es de valorar el problema en sus justos términos —y justos para muchos serán prácticos—. Y es que, en un caso como el que nos presenta esta resolución, resulta irrefutable que no puede calificarse sin más el acto como inválido, ya que no puede ser nulo ni

⁶² CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, cit., p. 655. En esta dirección el mismo autor se manifiesta comentando la «subsannabilidad» de actos a los que sería de aplicación el art. 6.3 CC, con unos argumentos trasladables al supuesto que nos ocupa (véase *Comentarios al Código Civil*, cit., pp. 158-159): «En ocasiones, la nulidad no se declara porque los defectos del negocio nacen de la inexistencia o falta de emisión o producción de un trámite preciso para que el proceso negocial acabe siendo completo, pero este requisito es subsannable. En estos casos no se sanciona (i) se trata de un paso o requisito que puede ser recuperado o producido en un momento ulterior (v. gr., la falta de autorización puede ser confirmada *ex post*, una forma sustancial que puede ser completada) (ii) es un requisito claramente disponible por la parte a quien la exigencia formal beneficia (v. gr., se trata de un menor que puede luego impugnar un negocio en su nombre)».

⁶³ A esta misma conclusión, reconociendo la aportación en la materia de SANTOS MORÓN, M.ª J., llegan también PÉREZ ESCOLAR, M., *et al.*, *Patrimonio, régimen económico y funcionamiento*, cit., p. 272, concluyendo que «si se llega a esta ratificación el negocio se convierte en válido con carácter definitivo y con efectos retroactivos al momento de su celebración; en caso contrario, el acto de disposición debe considerarse ineficaz igualmente con efectos retroactivos siendo en consecuencia innecesaria su impugnación por la vía del art. 35.2 párrafo segundo LF». Estos autores recuerdan también que en este caso el Protectorado puede ejercitar la acción de responsabilidad contra los patronos implicados por los daños y perjuicio que el acto haya podido, en su caso, ocasionar a la fundación, y solicitar su destitución alegando que el ejercicio del cargo no se ha llevado a cabo con la diligencia debida [cfr. arts. 35.2 párrafo primero, 17. 2, 18.2, d) y 21. 2 RFCE].

anulable, como hemos convenido, pero nada impide que sí pueda considerarse como incompleto o ineficaz, resultando dicha ineficacia del hecho de que quien puede (el Protectorado) completar a posteriori, mediante la ratificación o confirmación de dicho acto, el elemento que falta en éste (la autorización para la realización del mismo) no lo hace. Y no sólo esto, sino que insta además, hay que entenderlo así, a que dicho acto sea definitivamente declarado ineficaz con todas sus consecuencias⁶⁴.

Lo que habría que haberles exigido, y no somos nada originales, en la medida de sus fuerzas, a los órganos jurisdiccionales que han intervenido en las distintas instancias por las que transita este litigio, es una mejor fundamentación de sus decisiones (especialmente, por evidentes razones, a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo). En definitiva, y que no suene a reivindicación, una cierta elaboración teórica de éstas, yendo desde lo más general, cual es la finalidad de la autorización previa, hasta la elaboración del posible tipo de ineficacia —la del acto incompleto nos parece, aun dentro de su esquematismo y de su prácticamente inexistente definición legal⁶⁵, la más convincente— que puede aplicarse a estos supuestos. Que no se haya hecho así, hace pertinente y legítimo el trabajo de la doctrina, incluidas estas modestas notas que casi están por concluir.

⁶⁴ De alguna manera, éste sería el planteamiento de OLMOS VICENTE, I., «Novedades en materia de protectorados...», cit., p. 86, cuando señalaba que podían surgir problemas con las comunicaciones en conexión con las autorizaciones previas. En los casos que analizamos aquí, y que se discuten en las Sentencias del Tribunal Supremo, la fundación que los protagoniza comunica al Protectorado y no solicita autorización previa para la realización de determinados actos patrimoniales. La conclusión de OLMOS es la nulidad de los mismos. En este sentido, señalaba, respecto de las comunicaciones, que en estos supuestos «el Protectorado tiene conocimiento a posteriori de la realización por el patronato de un determinado negocio jurídico en el que ha interpretado que no es necesaria la autorización previa. El acto, en tal caso, sería nulo, al faltar la necesaria capacidad plena del patronato para realizarlo y podría ser causa de exigencia de responsabilidad, máxime si ha tenido que certificar no ser necesaria la autorización previa, como puede serle exigida por el Registrador de la Propiedad si se tratara de un bien inmueble transmitido que se pretenda inscribir». Su conclusión era que la solución a este problema podía encontrarse contemplando en el Reglamento de Fundaciones «la posibilidad de convalidación del acto por el Protectorado, si concurren las circunstancias de oportunidad y económicas que aconsejen una resolución positiva». Solución que, como hemos visto, se adoptó finalmente en el Reglamento de 1996.

⁶⁵ VERDERA SERVER, R., «La autocontratación en las fundaciones...», cit., pp. 139-140, destacaba precisamente esta indefinición normativa del llamado «negocio incompleto» si bien esta incertidumbre podría utilizarse «para evitar excesivos compromisos en cuanto a los efectos de este negocio».

VII. Conclusión: cómo acabar con la sospecha

Unas Sentencias como las que hemos analizado en este texto reabren de nuevo la puerta a la desconfianza y a la sospecha hacia las fundaciones. Además, seguramente, en la peor de sus versiones. La lectura de estas resoluciones confirmará a muchos sus prejuicios hacia unas entidades que condenan, *a priori*, como sospechosas. Habría que recordarles eso tan elemental y evidente de que, como sucede tantas veces, todo depende de en manos de quien caiga aquello de lo que se trate (jurídicamente hablando), en este caso una fundación, aunque lo mismo puede decirse de una sociedad o de un contrato. No hay fundaciones, sociedades o contratos sospechosos como tales. Son las intenciones y los propósitos con que nos valemos de ellos las que pueden convertirlas en sospechosas y poco dignas de confianza. Lo que hay que preguntarse es en qué medida la concepción y, sobre todo, el régimen jurídico de las fundaciones permite que este uso, sin duda, ilegítimo y tan perjudicial de las mismas pueda darse. Porque con la mera sospecha, rápidamente convertida en lugar común, de que éstas pueden estar siendo utilizadas de una manera no adecuada no es suficiente. Esa sospecha tiene que quedar refrendada por una tipificación —si se nos permite el *penalismo*— de la conducta inadecuada. Si no, se quedará en una mera opinión.

En este sentido, es necesario, por tanto, que la regulación de las fundaciones esté a la altura. Al menos de dos cosas. Primero, que se tenga claro el modelo de fundación que se propone desde las normas que la regulan. Si lo que se quiere es una fundación menos intervenida, que actúe de manera más ágil desde el punto de vista patrimonial en el tráfico jurídico-económico, lo menos que puede exigirse es que ello quede claro en la ley. Es evidente que nuestra legislación ha evolucionado desde una situación de controles o intervenciones administrativas intensas a una situación más equilibrada (o *equilibrista*, que no es lo mismo). En definitiva, pensamos que ayudaría mucho algo que no siempre, y a veces incluso de forma interesada, no se logra o ni siquiera se pretende: tener claro el modelo de fundación propuesto desde la ley. Ello no quiere decir que haya de incurrirse en un tipo único, monolítico y sin matices; no, caben los matices pero hasta estos deben quedar claros, eso sí: siempre sobre un mínimo reconocible e innegociable. Y es que por esquemático que sea debe existir un modelo claro de referencia, una fundación tipo mínimamente delineada.

En segundo lugar, cooperaría enormemente a conjurar el prejuicio hacia las fundaciones que su regulación fuera especialmente cuidadosa y lograda en cuestiones que pueden resultar controvertidas, por ejemplo, la disposición patrimonial por parte de éstas. Tener claro el régimen al que los actos de este

tipo deben estar sometidos, optando claramente por la autorización previa y la comunicación, o únicamente por ésta, no sólo es una decisión que afecta a la concepción o al modelo de fundación sino que debe estar realizada con celo y escrúpulo técnico: los que precisamente ahora, como hemos visto, no existen, cuando queda sin resolver, por ejemplo, qué sucede cuando no se solicita la autorización previa al Protectorado para disponer de unos bienes del patrimonio fundacional y éste acto se realiza efectivamente sin contar con dicho permiso.

Con un modelo bien definido en la Ley y mejor regulado por ésta, que alcance hasta las cuestiones que hemos analizado en este trabajo, puede que las fundaciones dejen de ser objeto de sospecha y desconfianza.

VIII. Bibliografía

- ALLÍ TURRILLAS, J.-C., *Fundaciones y Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Artículo 28. Autocontratación», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- CARRASCO PEREA, Á., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil, tomo I. (arts. 1 a 151)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- *Derecho de contratos*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2010.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica* (2.^a ed., 1997), Civitas, Madrid.
- DE COSSÍO Y CORRAL, A. «Comentario al artículo 37 CC», en ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, arts. 1 a 41, Marcial Pons, Madrid, 1978.
- DE LORENZO GARCÍA, R. E., et al. «Reflexiones en torno a las fundaciones y propuestas de futuro», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*, Iustel/AEF, Madrid, 2011.
- DÍAZ BRITO, F. J., «La validez de los actos de disposición y gravamen de los bienes fundacionales realizados sin autorización administrativa previa», *Revista de Derecho Privado*, Edersa, Madrid, 1997.
- DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979.
- EMBID IRUJO, J. M., «Funcionamiento y actividad de la fundación», en MUÑOZ MACHADO, S., et al. (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel/ONCE, Madrid, 2005.
- «Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresarial)», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, Iustel/AEF, Madrid, 2010.
- FELIÚ REY, M. I., «Claroscuros de la Ley 5/2011 de Economía Social», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*, Iustel/AEF, Madrid, 2011.

- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, P., «La reestructuración del sector público fundacional», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2012*, Iustel/AEF, Madrid, 2012.
- GARCÍA GARCÍA, J. A., «Comentario a la Sentencia de 27 de septiembre de 2007», *CCJC*, núm. 76, Civitas, Madrid, 2008.
- GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2003.
- LA CASA GARCÍA, R., *La fundación-empresa*, en OLIVENCIA RUIZ, M., et al. (dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil, tomo XVII*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- LINARES ANDRÉS, L., *Las fundaciones. Personalidad, patrimonio, funcionamiento y actividades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- MALAQUER DE MOTES, C., *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Servei de Publicacions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 1983.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., «Artículo 21. Enajenación y gravamen», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- MARTÍNEZ NIETO, A., *El protectorado de las fundaciones*, La Ley, Madrid, 1998.
- MENÉNDEZ GARCÍA, P., «Las Fundaciones del Sector Público», en *Fundaciones: problemas actuales y reforma legal*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2011.
- MONTES PENADÉS, V. L., «El patrimonio», en BENEYTO PÉREZ, J. M., *Tratado de Fundaciones, tomo I*, Bosch Editorial, Barcelona, 2007.
- MORALES MORENO, A. M., «Anulabilidad del contrato», en VATTIER FUENZALIDA, C., *Código Europeo de Contratos. Academia de Insprivatistas Europeos (Pravía). II. Comentarios en Homenaje al Prof. José L. de los Mozos*, Dykinson, Madrid, 2003.
- MORILLO GONZÁLEZ, F., *El proceso de creación de una fundación* (2.ª ed. 2003), Thomson/Aranzadi, Pamplona.
- OLMOS VICENTE, I., «El régimen de autorizaciones para enajenar y gravar bienes de las fundaciones», en PIÑAR MAÑAS, J. L. y OLMOS VICENTE, I., *Las fundaciones. Desarrollo reglamentario de la Ley*, Dykinson, Madrid, 1997.
- ORDOÑEZ MUÑOZ, A., «El Derecho de Fundaciones de Andalucía», en DE LORENZO GARCÍA, R., et al. (dirs.), *Tratado de Fundaciones*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2010.
- PARRA LUCÁN, M.ª A., «La invalidez e ineficacia de los contratos en el Proyecto de Pavía», en GARCÍA CANTERO, G., *Asociaciones españolas al Proyecto de Pavía*, Zaragoza, 2005.
- PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2008.
- PÉREZ ESCOLAR, M., et al. «Patrimonio, régimen económico y funcionamiento», en DE LORENZO GARCÍA, R., et al. (dirs.), *Tratado de Fundaciones*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2010.

- PIÑAR MAÑAS, J. L., «La regulación de las fundaciones: jurisprudencia y pautas de futuro», en DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M. A., *Las fundaciones y la sociedad civil*, Civitas, Madrid, 1992.
- SANTOS MORÓN, M.^a J., «El patrimonio de la fundación. Régimen de gestión patrimonial (artículos 19 a 22 y 28)», en MUÑOZ MACHADO, S., *et al.* (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel/ONCE, Madrid, 2005.
- «Algunas cuestiones sobre la gestión patrimonial de la Fundación», en CAZORLA PRIETO, L. M., *et al.* (dirs.), *Fundaciones: problemas actuales y reforma legal*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2011
- SEBASTIÁN LÓPEZ, J. L., *De las utilitas públicas al interés público del artículo 35 del CC español* (Tesis doctoral Universidad Complutense), dos tomos, Madrid, 1985.
- SERRANO CHAMORRO, M.^a E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio* (3.^a ed. 2010), Thomson/Aranzadi, Pamplona.
- VATTIER FUENZALIDA, C., «Invalidez e ineficacia en los Proyectos Europeos de Derecho de los Contratos», en DELGADO ECHEVERRÍA, J. (coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2007.
- VERDERA SERVER, R., «La autocontratación en las fundaciones (Los contratos entre la fundación y sus patronos y apoderados)», *RJN*, núm.18, abril-junio 1996, Madrid, 1996.