

Las fundaciones en la Comunidad de Madrid. 2013

José Luis Piñar Mañas

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad San Pablo-CEU de Madrid

Alicia Real Pérez

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. NORMATIVA Y PROTECTORADOS.—II. JURISPRUDENCIA SOBRE FUNDACIONES: 1. *Denominación de las fundaciones y derecho de marcas.* 2. *Responsabilidad de los patronos en caso de extinción de la fundación.* 3. *Derecho de reversión de bienes tras la extinción de la fundación.* 4. *Sobre la necesidad de adoptar acuerdo de patronato para interponer recurso antes los Tribunales.*

I. Introducción. Normativa y Protectorados

Pocas novedades se han producido en el ámbito de las fundaciones de la Comunidad de Madrid durante 2013.

La normativa aplicable sigue siendo, como ya hemos destacado en anteriores Anuarios¹, la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, modificada por Ley 2/2004, de 31 de mayo, y el Decreto 20/2002, de 24 de enero, por el que se regula el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid. Asimismo cabe destacar la STC 341/2005, de 21 de diciembre, a la que también nos hemos referido en otras ocasiones².

El Protectorado corresponde, en función de la finalidad de las fundaciones, a las Consejerías de Economía y Hacienda, Empleo y Mujer, Familia y Asuntos Sociales, Cultura y Deporte, Sanidad, y Educación y Empleo. El Registro de Fundaciones está atribuido a la Consejería de Justicia e Interior. Estamos, pues, ante un claro ejemplo de Protectorado múltiple y disperso, que en nuestra opinión no es la mejor de las opciones posibles.

¹ Vid fundamentalmente el Anuario 2009, pp. 437 y ss.

² Anuario 2009, pp. 439-441.

En fin, es de destacar que en el Registro de Fundaciones hay inscritas 604 fundaciones³.

II. Jurisprudencia sobre fundaciones

En cuanto a los Tribunales, pocos son los asuntos que se han ventilado en los que se haya aplicado la legislación de Madrid. Sí hay algunas Sentencias dictada por Tribunales de Madrid (Tribunal Superior de Justicia y Audiencia Provincial) que tienen que ver, en general, con el régimen de las fundaciones, y que merece la pena resaltar.

1. *Denominación de las fundaciones y derecho de marcas*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de febrero de 2012, núm. 61/2012, dictada en el Recurso núm. 207/2011, se ocupa de un interesante tema relacionado con la denominación de una fundación y cómo la misma puede infringir el derecho de marcas.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid que se recurre y que da pie a la Sentencia que ahora comentamos declara que «la adopción y uso por Fundación Marqués de Vivanco del vocablo “Vivanco” en su denominación constituye una violación de los derechos exclusivos de propiedad industrial de la actora; que la adopción por Fundación Marqués de Vivanco de cualquier expresión que incluya la palabra “Vivanco” infringe lo dispuesto en la disposición adicional decimocuarta de la Ley de Marcas; y que la denominación fundacional “Marqués de Vivanco” es nula y, en su virtud, condena a la citada entidad a modificar su denominación, eliminando de la misma el término o vocablo “Vivanco” y su sustitución por otra que no incluya dicho término y ordena la inscripción o anotación de la Sentencia —en lo que a denominación fundacional se refiere— en los Registros de Fundaciones del Ministerio de Justicia».

Se plantea la cuestión de si la declaración de nulidad de la denominación de una Fundación en vía mercantil puede traer como consecuencia la obligación de modificar la denominación de la Fundación en el Registro de Fundaciones. En este sentido, la Sentencia afirma:

³ En la fecha de corrección de pruebas de esta obra: marzo 2014. Ver la relación de fundaciones en http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_InfPractica_FA&cid=1109168013267&idConsejeria=1109266187224&idListConsj=1109265444710&idOrganismo=1142289231982&language=es&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&pv=1142310163271&sm=1109266100977

«Los citados demandados y ahora apelantes opusieron en su contestación a la demanda la indebida acumulación de acciones, señalando los recurrentes que en la demanda, junto con peticiones basadas en las acciones marcarias y por competencia desleal ejercitadas, se solicitó la declaración de nulidad de la denominación social de la Fundación Marqués de Vivanco y la condena a modificarla, peticiones que contravienen el acuerdo de calificación e inscripción en el Registro de Fundaciones que sólo es revisable en vía contencioso-administrativa de conformidad con el artículo 43 de la Ley de Fundaciones de Competencia Estatal de 26 de diciembre de 2002. ... aunque el tribunal entiende que el hecho de que en la demanda se ejercite una acción para la que el juzgado de lo mercantil carece de jurisdicción junto con otras que son de su competencia objetiva puede denunciarse por la vía de la indebida acumulación de acciones (artículos 73.1.1.º y 402 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo cierto es que en el caso enjuiciado no se aprecia el defecto denunciado.

..., la petición de que se declare nula la denominación de una fundación por infringir los derechos marcarios de los demandantes y la condena a modificar tal denominación, no tiene por objeto revisar la calificación efectuada por el encargado del Registro de Fundaciones, sino declarar y valorar si se ha producido una infracción marcaria cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción civil, siendo de la competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil.

Efectivamente, en la medida en que no se trata de impugnar la calificación del encargado del Registro de Fundaciones sino del ejercicio de una pretendida acción de nulidad de la denominación de la Fundación y la de modificación de su denominación, la jurisdicción corresponde al orden civil (artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y la competencia objetiva a los juzgados de lo mercantil (artículo 86 ter bis 2.a de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Cuestión distinta es si la Ley de Marcas ofrece realmente al actor una acción para pedir la nulidad de la denominación social o, realmente, sólo cabía interesar la condena a la modificación de la denominación social como tradicionalmente ha admitido la Jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006 y las que en la misma se citan), con las consecuencias ya expresadas y legalmente previstas en la disposición adicional decimoséptima de la vigente Ley de Marcas, aun cuando esta última lo sea analógicamente por tratarse de una fundación la persona jurídica cuya denominación se estima infractora».

Pero dicho lo anterior, la Audiencia señala:

«Negado por la Sentencia apelada el carácter notorio de las marcas de la demandante no puede efectuarse la declaración de nulidad de la denominación de la fundación con apoyo en la disposición adicional decimocuarta de la Ley de Marcas. Es más, la citada disposición no otorga acción alguna de nulidad de la denominación derivada de la supuesta infracción de la dicha disposición por el registrador. Se trata de un mandato dirigido a los titulares de los órganos registrales competentes para el

otorgamiento o verificación de denominaciones de personas jurídicas para que denieguen el nombre o razón social solicitado si coincide o pudiera originar confusión con una marca o nombre comercial notorio o renombrado, salvo autorización del titular de la marca o nombre comercial, cuya infracción por aquéllos permitirá, en su caso, impugnar la calificación en la vía correspondiente —la contencioso administrativa en caso de fundaciones (artículo 43.3 Ley de Fundaciones)— o ejercitar las acciones civiles para que se declare la infracción de los derechos marcarios con las consecuencias anudadas por la ley a dicha infracción, sin que se contemple en la Ley de Marcas, ni en ninguna otra norma, la acción de nulidad de una denominación social.

Dado que no existe acción para que se declare la nulidad de una denominación social, resulta innecesario analizar el carácter notorio de las marcas de la actora por si tal cuestión se considerase introducida vía impugnación de la Sentencia a pesar de que, incompresiblemente, no se haga mención alguna a dicho carácter en la oposición a este motivo del recurso de apelación.

Por las mismas razones no podría fundarse la nulidad de la denominación en el artículo 5 de la Ley de Fundaciones cuando señala que no se admitirá ninguna denominación que coincida o se asemeje de manera que pueda crear confusión con ninguna otra previamente inscrita en los Registros de Fundaciones, al margen de que ni siquiera es parte en este procedimiento la Fundación Dinastía Vivanco, que tiene personalidad jurídica distinta de la demandante, con la que supuestamente colisionaría la denominación de la fundación apelante.

Lo expuesto determina el acogimiento del recurso de apelación en cuanto a la estimación por la Sentencia de la acción declarativa de nulidad de la denominación social y de que la adopción por Fundación Marqués de Vivanco de cualquier expresión que incluya la palabra “Vivanco” infringe lo dispuesto en la disposición adicional 14.ª de la Ley de Marcas, así como de la anotación o inscripción de la Sentencia, en cuanto a la denominación fundacional, en el Registro de Fundaciones del Ministerio de Justicia».

2. Responsabilidad de los patronos en caso de extinción de la fundación

La Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de julio de 2013, Recurso de Apelación 355/2012, se refiere a un tema relacionado con la acción de responsabilidad de patronos. Declarada la extinción de una Fundación por imposibilidad de realización del fin fundacional, la Comunidad de Madrid promovió la acción de responsabilidad de los patronos ex artículo 35.2 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, por el supuesto contemplado en el artículo 17.2. El primero dispone que «En todo caso, el Protectorado está legitimado para ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad por los actos relacionados en el artículo 17.2», mientras que

según éste «Los patronos responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo...».

La Audiencia resalta que *«si bien el Protectorado está legitimado para el ejercicio de la acción ex artículo 17.2 de la Ley de Fundaciones, debe de tenerse presente que tal precepto recoge la responsabilidad de los patronos “frente a la fundación” por daños y perjuicios causados, es decir, responsabilidad de los patronos frente a aquélla, no frente a acreedores de la fundación»*. Dicho esto, añade: *«Así, lo cierto es que en el caso de autos la Excm. Comunidad de Madrid al concretar el perjuicio ocasionado en la cantidad no desembolsada de la dotación fundacional —4.507,59 €— está ejercitando la acción no en interés de la Fundación pues, a pesar de invocar en el recurso que el daño se ocasionó a la Fundación, lo cierto es que ello no tiene sentido cuando al mismo tiempo se solicita la declaración de la extinción de la misma, y cuando los patronos han reconocido que la Fundación no pudo tener actividad por causas plenamente ajenas a la falta de dotación fundacional.*

Si a ello se añade que al extinguirse la fundación, los bienes y derechos resultantes se destinan a fundaciones o entidades no lucrativas privadas en los términos contemplados en el artículo 33.2 de la Ley de Fundaciones, se está en el caso de no haber considerado que con la falta de desembolso de toda la dotación fundacional se ocasionase daño a la Fundación, la cual, repetimos, según sus propios patronos, no inició su actividad por causas plenamente ajenas a dicha falta de desembolso (de hecho la cantidad inicialmente desembolsada, con pequeña reducción propia de gastos fundacionales, permanecía en su patrimonio)». De modo que *«no parece guardar un interés jurídico protegible el pretender la declaración de la responsabilidad exigida a los patronos por falta del aporte fundacional en su integridad cuando, por causas ajenas a ello, la Fundación no tuvo actividad y por tal motivo se solicitó la declaración de extinción de la misma»*.

También guarda relación con el régimen de responsabilidad de los patronos la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de junio de 2012, núm. 310/2012, dictada en el recurso de apelación 76/2012.

En ella se analizan diversos temas de entre los que ahora cabe destacar lo que se afirma en cuanto a la prescripción de la acción de responsabilidad:

«La responsabilidad de los administradores sociales, lo mismo que la de los patronos de fundaciones, gestores de asociaciones, cooperativas, y demás entes públicos o privados dotados de personalidad jurídica es responsabilidad legal y de carácter orgánico, propia y privativa del gestor, por su gestión que se deduce a título de culpa, y en su caso de dolo: por la mala gestión; por no desempeñar la gestión de los

bienes e intereses ajenos con la misma diligencia con que se gestionan los intereses propios.

Con la de un buen y ordenado comerciante, o con la de un exquisito padre de familia, la de un leal y ordenado gestor, o como dice el Art.17.1 de la Ley de Fundaciones como un representante leal, y más aún cuando se trata de entes que cumplen misiones sociales de gran importancia como es la promoción, integración, y no discriminación de personas con discapacidades psíquicas.

Por tanto no es responsabilidad extracontractual. Es legal, y si no tiene señalado un plazo específico de prescripción, como es el caso de los administradores de las sociedades de capital, se rige por el plazo ordinario del Art.1964 C.C. de quince años. En este caso, la Ley 50/2002 de Fundaciones no fija plazo especial de prescripción, por lo que rige el ordinario ya dicho».

3. Derecho de reversión de bienes tras la extinción de la fundación

De un tema capital, éste sí directamente vinculado al derecho de fundación, se ocupa la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de diciembre de 2013, Sentencia núm. 961. El tema del que se ocupa la Audiencia es el derecho de reversión y los hechos son los siguientes (extraídos de la propia Sentencia):

«Se promovió demanda de juicio ordinario por la representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. contra la Fundación Banco Bilbao Vizcaya argentaria (Fundación BBVA) y contra la Administración General del Estado (Ministerio de Cultura, Protectorado de Fundaciones Culturales) solicitando fuese declarada la pervivencia, a favor de la parte actora, del derecho de reversión que el Banco Bilbao Vizcaya S.A se reservó en el momento de constituir la Fundación Banco Bilbao Vizcaya (actualmente Fundación BBVA), con el contenido de que, en cualquier supuesto de extinción de la Fundación, distinto a la fusión, revertirán al BBVA y no formarán parte del patrimonio de la Fundación objeto de la liquidación, todos los bienes y derechos de los que al tiempo de la extinción, sea titular la Fundación y procedan, mediante subrogación real, de la dotación inicial de la Fundación BBV; bienes y derechos que a fecha de presentación de la demanda, consisten en 34.365.582 acciones emitidas por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. Y ello al amparo, esencialmente, del artículo 39 del Código Civil, el artículo 27 de los Estatutos iniciales (posteriormente art. 28), artículo 33.2 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, Sentencias dictadas por la Sala tercera del T.S. de fecha 9 de diciembre de 2008, y STC 341/2.005, de 21 de diciembre de 2005.

La Fundación BBVA se allanó a la demanda, habiéndose opuesto a la demanda el Ministerio de Cultura en apoyo de los mismos preceptos y resoluciones judiciales alegados de contrario. La Sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia

n.º 20, de Madrid, desestimó las pretensiones de la demandante en virtud de lo dispuesto en la Ley 50/2.002 de Fundaciones, en relación al artículo 39 del Código Civil, al considerar que no le asistía actualmente derecho alguno de reversión, respecto a los bienes y derechos con los que el BBV había dotado inicialmente a la Fundación BBV».

Asimismo es necesario tener en cuenta los siguientes hitos, que también enumera la propia Sentencia:

«1.º Cuando la Fundación BBV fue creada por el Banco BBV el 19 de octubre de 1988, el banco fundador realizó una dotación inicial de 14 mil millones de pesetas en metálico, que fue invertida en la adquisición de 34.365.852 acciones del propio Banco, procedentes, por subrogación real, de la dotación económica inicial.

En ese momento, y conforme a la legislación vigente, los Estatutos de la Fundación BBV previeron la reversión de los bienes fundacionales al propio banco en el momento de extinción de la Fundación, en el artículo 27 de los Estatutos, y conforme a lo dispuesto en el art. 39 Código Civil.

2.º En septiembre de 1990, se modificaron los Estatutos, y el artículo 27 pasó a ser el artículo 28 manteniendo la redacción en cuanto al destino de los bienes fundacionales. En concreto se disponía: “En todos los supuestos de extinción de la Fundación, el destino de los bienes fundacionales, ya se trate de los inicialmente aportados, ya de los adquiridos en el futuro, será el de entregarlos al Banco fundador quien, en tal supuesto, podrá disponer de ellos libremente”.

3.º El 14 de diciembre de 1990, la Fundación BBV se fusionó con la Fundación Banco de Vizcaya, por absorción y traspaso de todo el patrimonio de la segunda a la primera. Pasó a ser la Fundación BBVA en abril de 2001.

4.º En fecha 1 de enero de 2003 entró en vigor la Ley 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones, vigente en la actualidad. Su artículo 33.2 dispone (en parecidos términos al artículo 31.2 de la ley anterior 30/1994) lo siguiente: “Los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquéllos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en los Estatutos de la fundación extinguida. En su defecto, este destino podrá ser decidido, en favor de las mismas fundaciones y entidades mencionadas, por el Patronato, cuando tenga reconocida esa facultad por el fundador, y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido”. Añade el ordinal 3 “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las fundaciones podrán prever en sus Estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general”.

Su disposición transitoria primera obliga a las fundaciones, constituidas con anterioridad a su entrada en vigor, a adaptar los Estatutos a la nueva ley en un plazo de dos años.

5.º En virtud de dicha obligación, en diciembre de 2004, se modificaron los Estatutos, que afectaban, entre otros, al plazo de duración de la fundación, que se amplió al 31 de diciembre de 2018, y al artículo 28 de los Estatutos (antes 27) relativo al derecho de reversión del Banco fundador, y se añadió una disposición transitoria, en reconocimiento de tal derecho, adaptándola a la dicción del artículo 33.2 de la L50/2002.

Modificación a la que se opuso el Protectorado de la Fundación (Ministerio de Cultura), mediante resolución motivada, al no ajustarse a lo dispuesto en el artículo 33.2 de la Ley vigente, y no reunir el Banco fundador las condiciones requeridas en la Ley para ser destinataria de los bienes.

Frente a dicha resolución el Banco interpuso recurso contencioso administrativo, planteando como cuestión prejudicial civil, la pervivencia del derecho de reversión a su favor, que fue resuelto por la Sala de la Audiencia Nacional, el 1 de junio de 2.006, desestimando la pretensión del Banco. Contra ésta el Banco BBVA interpuso recurso de casación, que fue resuelto por la Sala tercera del TS con fecha 9 de diciembre de 2.008, desestimando el recurso, confirmando la resolución recurrida.

6.º El 21 de diciembre de 2005, el Tribunal Constitucional resolvió por Sentencia el recurso de inconstitucionalidad promovido contra varios preceptos de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/98 de 2 de marzo, de Fundaciones, y concretamente el art. 27.2 que dispone que “a los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador”, abordando la interpretación de éste en relación a los artículos 39 del Código Civil, 31 de la Ley de Fundaciones anterior y actual artículo 33 de la Ley 50/2002, no considerando la inconstitucionalidad de la norma».

Los antecedentes y la evolución de la situación tal como queda descrita son sin duda de una importancia capital y nos sitúan en el ámbito de una de las cuestiones más controvertidas del derecho de fundación desde la Ley de 1994 hasta nuestros días.

En este sentido, y dada la importancia de la doctrina de la Audiencia, merece la pena transcribir sus pronunciamientos:

«Se ampara el motivo en varias cuestiones: 1) Cuando la actual Fundación BBVA se constituyó, el establecimiento del derecho de reversión a favor del fundador era plenamente conforme con la legislación entonces vigente; 2) La polémica doctrinal sobre la validez de las cláusulas de reversión tras la Ley 50/2002 de Fundaciones o, la anterior Ley 30/1994; 3) La doctrina del Pleno del Tribunal Constitucional en la Sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, determina que la

Sentencia apelada deba ser revocada y estimada la demanda; 4) Subsidiariamente, a la luz del derecho transitorio de aplicación, no puede sostenerse que la vigente Ley 50/2002 haya suprimido retroactivamente el derecho de reversión adquirido por el Banco Fundador al constituir la Fundación BBVA; 5) La solución de la cuestión litigiosa a la luz de los artículos 33.3 y 34.1 de la Constitución Española.

No resulta discutible para esta Sala que, en el momento de la constitución de la Fundación, y en aplicación del artículo 39 del Código Civil, fuese posible establecer un derecho de reversión a favor del fundador, mediante las cláusulas fundacionales, ampliamente utilizadas en el acto constitutivo de las fundaciones. Que dichas cláusulas han quedado retroactivamente sin efecto, o se hayan prohibido expresamente por la Ley 50/2002, es lo que discuten las partes. En este sentido, sin obviar las distintas corrientes doctrinales sobre la cuestión, no solo con anterioridad al dictado de la STC 341/2002, de 21 de diciembre, sino también las posteriores, que la interpretan de manera pormenorizada, llegando a conclusiones dispares, debemos hacer hincapié en los siguientes aspectos:

1.º La STC 341/2002 resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido contra varios preceptos de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/98 de 2 de marzo, de Fundaciones, y concretamente el art. 27.2 que dispone que “a los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador”. Y aunque examina la constitucionalidad de la norma, en relación al art. 39 del CC y 33 de la ley 50/2002, no era objeto del recurso la constitucionalidad este último precepto, ni ningún otro de la vigente Ley de Fundaciones. Ahora bien, aunque no puedan extenderse los efectos de lo resuelto, a materia no sometida a examen de constitucionalidad, si debe tenerse en cuenta la interpretación del TC sobre la materia, porque necesariamente pone en relación el artículo 27.2 de la Ley autonómica con el artículo 33 de la Ley Estatal. Lo que declara el TC es que la norma autonómica no era inconstitucional, y que, era posible que dicha ley previera que fuese la voluntad del fundador la preeminente a la hora de dar el destino a los bienes y derechos resultantes de la liquidación, pero presidido por el principio del interés general y la ausencia de lucro para el fundador.

Partiendo de que el artículo 39 del CC no ha sido derogado por el artículo 33.2 de la Ley 50/2002, como así se recoge en la STC 341/2005, y así lo mantienen ambas partes, al no resultar excluyentes, “constituyendo un complemento”, la citada Sentencia se amparaba en lo expresado en la STC 49/1988, de 22 de marzo, que en relación al art. 34 CE recogía “se refiere sin duda al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera.

Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman... como afirmación general pocas dudas puede haber de que ese es el concepto de fundación a que se refiere el art. 34 de la Constitución. Obsérvese también que el reconocimiento del derecho de fundación figura en el Texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia (art. 33). Ello permite entender que aquel derecho es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados”.

*Lo que reitera en el fundamento de derecho séptimo, y añade, como consecuencia de ello, que no puede deducirse que forme parte de esa imagen reconocible de la institución preservada por el art. 34 CE “la afectación perpetua de los bienes o derechos al servicio de intereses generales. El interés jurídico protegido por el art. 34 CE exige que los bienes y derechos con que se dote a la fundación sirvan al interés general en tanto subsista el ente fundacional, **pero no prescribe la permanente afectación tras la extinción de la fundación**” (la negrilla es nuestra). Y esencialmente, viene a disponer que la prohibición de cláusulas de reversión de los patrimonios fundacionales “tampoco se explicita en la normativa dictada al amparo del art. 149.1.1 CE”.*

*Insiste la STC en el interés general que, conforme a lo previsto en el art. 34 CE, debe presidir las fundaciones, desde su constitución hasta su extinción, y en la incompatibilidad con dicho principio, de que la liquidación de la fundación pudiera producir un lucro al fundador. “En tal sentido deberá tenerse en cuenta que **la caracterización de las fundaciones como organizaciones sin afán de lucro no resultaría compatible con eventuales cláusulas de reversión que alcanzaran a bienes o derechos distintos de aquéllos con los que el propio fundador dotó a la fundación**”. (la negrilla es nuestra).*

De lo que, de contrario, cabe deducir dicha compatibilidad, cuando las cláusulas de reversión no afecten más que a los bienes aportados por el fundador en concepto de dotación, que es la pretensión que reclama el Banco apelante a su favor, y que justificaría la estimación de este motivo de apelación.

2.º La posterior STS (Sala 3.ª) de 9 de diciembre de 2.008, desestimatoria del recurso de casación promovido por la ahora apelante, insiste en el hecho de que, lo que la resolución impugnada resolvió “no fue otra sino la de declarar que la modificación de los Estatutos que el recurrente pretendía no era compatible con los términos de la Ley 50/2002, y a esas cuestiones y no a otras se ha de limitar el presente recurso de casación”.

Por tanto, la referida Sentencia, aunque recoge en su argumentación jurídica lo expresado en la Sentencia entonces recurrida en casación, que negaba que se tratara de un problema de derecho transitorio y no reconocía un derecho adquirido al Banco, reitera que el objeto del recurso contencioso-administrativo era la resolución de la Administración que declaró no haber lugar a aceptar la modificación de los Estatutos que el recurrente pretendía, y ese y no otro es el objeto del proceso. Por ello, no solo no entró a examinar la pervivencia del derecho de reversión a favor del Banco fundador, que es el objeto de este recurso, sino que la excluyó expresamente.

3.º En cuanto al argumento relativo al derecho transitorio de aplicación, la apelante entiende que no puede sostenerse que la vigente Ley 50/2002 haya suprimido retroactivamente el derecho de reversión adquirido por el Banco Fundador al constituir la Fundación BBVA, y se refiere a la aplicación de las normas de derecho transitorio prevista en el Código Civil, así como a la no posibilidad de que la nueva norma suprima un derecho adquirido por otra persona distinta a la propia fundación.

Respecto al artículo 2.3 del Código Civil, sus principios son de aplicación a las demás normas que no contemplen un régimen especial de Derecho transitorio o en lo que éste omita. Así lo señaló el Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de abril de 1991, al declarar que “carente nuestro ordenamiento jurídico de unas normas de derecho intertemporal que tengan carácter genérico, se admite, pacíficamente, que, a falta de reglas específicas estatuidas por cada dispositivo legal concreto, y siempre dentro del marco constitucional que señalan los límites acerca de la retroactividad e irretroactividad de las leyes, son las normas de Derecho transitorio del Código Civil las que cumplen tal función”.

Se defiende que la Ley 50/2002 no dispone el efecto retroactivo de lo previsto en su artículo 33.2, y así se comparte por esta Sala. La disposición transitoria primera de la Ley de Fundaciones recoge: “Adaptación de los Estatutos de las fundaciones y modificación de la dotación”.

1. En el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de esta Ley, las fundaciones ya constituidas deberán adaptar sus Estatutos, cuando proceda, a lo dispuesto en la misma, quedando extinguidos los plazos de adaptación estatutaria previstos en la legislación anterior. La dotación de dichas fundaciones no se someterá al régimen previsto en el artículo 12 de esta Ley.

Por tanto, y aunque la propia Ley prevé, en su articulado, el mecanismo transitorio a observar por las fundaciones existentes a la fecha de entrada en vigor de la L 50/2002, ésta alcanza a la adaptación estatutaria, pero no puede entenderse que afecte a derechos adquiridos por una persona distinta de la propia fundación, bajo la vigencia de la legislación anterior, como resulta el poder de decisión del fundador sobre el destino de los bienes dotacionales. A este respecto, bien podría diferenciarse entre los bienes y derechos objeto de la “dotación” inicial de la fundación, y de los bienes y derechos resultantes de la liquidación de la fundación al extinguirse ésta. Y

la norma no prevé expresamente, ni con carácter transitorio, ni específico, que no puedan revertir los bienes dotacionales al fundador en el momento de la extinción de la fundación, cuando así fue previsto. E indudablemente, el derecho a recuperar la dotación por parte del fundador, fue una previsión estatutaria y un derecho que anteriormente podía ser ejercitado libremente por los fundadores en caso de extinción, con carácter previo a la liquidación del patrimonio dotacional. Esta misma interpretación se deduce de la propia redacción del art. 32 del Reglamento de Fundaciones, de 2005, cuando se refiere al proceso de liquidación de las fundaciones, en relación a qué considera incluíble como ingresos y gastos en el balance de que debe partirse cuando se procede a la liquidación, excluyendo expresamente la dotación inicial. En este sentido, parte de la doctrina (Serrano Chamorro, Rojas Martínez, entre otros) distinguiendo entre ambas figuras, consideran que cuando existe, como es el caso, una cláusula fundacional que prevé la reversión, debemos entender que es un pasivo de la fundación, que se tiene que entregar a las personas señaladas por el fundador, igual que si fuera un derecho de usufructo que se entrega al nudo propietario, o un arrendamiento que se entrega al propietario. El bien no se integrará dentro del patrimonio sometido a liquidación por la evidencia de que su propiedad no pertenece a la fundación sino al reversionario. Entiende esta Sala que un derecho económico de semejante entidad e importancia, a favor del fundador, previsto en las cláusulas fundacionales, no puede entenderse extinguido y sin efecto por la vía interpretativa del artículo 33 de la Ley de Fundaciones (que no se encontraba vigente cuando se creó la fundación) o por una disposición transitoria, que no impone ese grado máximo de retroactividad, y que afecta a la obligación de la fundación de adaptar los Estatutos, pero no se extiende a contemplar los derechos adquiridos, por expresa previsión estatutaria, a favor de una persona distinta. Por ello, consideramos que ante la inexistencia de expresa regulación transitoria a la entrada en vigor de la actual Ley de Fundaciones, respecto a los derechos de reversión existentes a favor del fundador, atendiendo a lo dispuesto en el art. 39 CC, se hace necesaria la aplicación de lo dispuesto en el artículo 2.3 del Código Civil y las reglas del Derecho transitorio que contiene al final del mismo Cuerpo legal (Disposiciones Transitorias Primera, Segunda y Cuarta), considerando que persiste el derecho de reversión a favor del Banco fundador en el momento de la extinción de la fundación (por causa distinta a la fusión), respecto a los bienes dotacionales, al no derivarse de ello lucro para el fundador, ni resultar contrario al interés general. Lo que conduce a la estimación del recurso, sin necesidad de entrar a examinar el resto de los motivos, debiendo revocarse la Sentencia apelada y estimar la demanda promovida por el Banco BBVA».

La doctrina de la Audiencia está, en nuestra opinión, muy bien construida y, por cierto, está en línea con lo que ya habíamos expuesto hace años⁴.

⁴ *Derecho de Fundaciones y voluntad del Fundador*, Marcial Pons, Madrid, 2000, en particular pp. 157-166.

En efecto, ya habíamos afirmado que con anterioridad a la Ley de Fundaciones de 1994 que la reversión era posible en aplicación del artículo 39 del Código Civil (que habría derogado el artículo 16 de la Ley General de Beneficencia de 1849). Y también, en relación con la Ley de 1994 «entendemos que la interpretación correcta de los artículos 31.2 y 3 de la Ley de Fundaciones han de ser conforme a las reglas de general aplicación a los negocios de liberalidad, entre los cuales se encuentra el negocio constitutivo de las fundaciones. Interpretación que podría resumirse así: el remanente de bienes y derechos que quedaren una vez liquidada la fundación se destinará a otras entidades que persigan fines de interés general, conforme a las reglas contenidas en el artículo 31 de la Ley 30/1994. Ahora bien, de dicho remanente se detraerá la dotación —o los bienes o derechos que hubieren ocupado su lugar— si el fundador hubiese previsto una cláusula de reversión cuando creó la fundación. Del mismo modo se detraerán los bienes que a lo largo de la vida de la fundación se le hubieran donado o dejado a título de legado o herencia con cláusula de reversión»⁵.

4. *Sobre la necesidad de adoptar acuerdo de patronato para interponer recurso antes los Tribunales*

Por último haremos una referencia a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de mayo de 2013, núm. 830/2013, dictada en el Procedimiento Ordinario 1827/2011 Sec. 6.^a La Sentencia tiene interés para las fundaciones si bien se refiere a un tema de naturaleza procesal. En particular, la cuestión debatida se refiere a la causa de inadmisibilidad al amparo de lo establecido en el artículo 45.2.d) en relación con el artículo 69 b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al constatar que el recurso se interpuso por una persona jurídica (una fundación), sin que, con carácter previo, se hubiese aportado el documento que acredite el cumplimiento de los requisitos que sus normas o estatutos exigen para entablar acciones, y concretamente el documento acreditativo de que el órgano competente de la persona jurídica ha adoptado «el acuerdo de accionar».

De la mencionada cuestión de inadmisibilidad tuvo conocimiento la fundación recurrente, que en su escrito de conclusiones se opuso a la misma, argumentando acerca de la no concurrencia de dicha inadmisibilidad por falta de poder bastante del procurador. La fundación invocó que al adoptar por parte del patronato el acuerdo de extinción de la misma y correlativa

⁵ *Op. ult. cit.*, p. 166.

apertura de su fase de liquidación, acuerdo que posteriormente se validó por el Protectorado, debía entenderse implícita la voluntad de ejercer cuantas acciones legales fueran procedentes en defensa de sus legítimos intereses y derechos frente a cualesquiera cuestiones liquidatorias pendientes que existieran, en particular —que es el tema de fondo de la controversia planteada ante el Tribunal—, la eventual defensa de los intereses de la fundación en el expediente de reintegro de la subvención concedida que se encontraba abierto en el Ministerio de Fomento, sin posibilidad de sufrir indefensión en este punto.

El Tribunal advierte que con dicho escrito de conclusiones no se aportó finalmente el correspondiente acuerdo fundacional que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas que con arreglo a las normas o estatutos les sean de aplicación, y que dicho acuerdo tampoco se incorporó dentro del cuerpo del documento que acredite la representación del compareciente. Ante esta situación, la Sala hace referencia a la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo n.º 1385/2013, de 5 de abril de 2013, en la que se señala que:

«cabe poner de relieve que, conforme a la doctrina Jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la Sentencia del Pleno de 5 de noviembre de 2008, la no aportación del documento que acredite que el órgano societario facultado para ello hubiera decidido ejercitar la acción, autoriza al juez o tribunal contencioso-administrativo a declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo en que apreciare dicho defecto procesal, sin necesidad de previo requerimiento de subsanación a la parte demandante, cuando esta irregularidad hubiere sido puesta de manifiesto en el escrito de contestación a la demanda». Añade el TS que «tras la Ley de 1998 (ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), cualquiera que sea la entidad demandante, ésta debe aportar, bien el documento independiente acreditativo de haberse adoptado el acuerdo de interponer el recurso por el órgano a quien en cada caso compete, o bien el documento que, además de ser acreditativo de la representación con que actúa el compareciente, incorpore o inserte en lo pertinente la justificación de aquel acuerdo».

En base a lo anterior el TSJ de Madrid concluye:

«... si bien no ha existido un requerimiento de la Sala para la subsunción del defecto procesal obstativo de un pronunciamiento sobre el fondo, la parte actora ha tenido pleno conocimiento de la correlativa alegación de inadmisibilidad planteada por la parte demandada en su escrito de contestación, de forma que en su escrito de conclusiones, ha realizado las alegaciones que a su derecho ha convenido. Segundo, no se ha aportado finalmente por la demandante, a pesar de tal conocimiento y de la doctrina reiterada del TS en tal particular, el correspondiente acuerdo, en este caso, fundacional, que demostrara la inequívoca voluntad de recurrir en esta Sede el acto

identificado en su escrito de interposición del presente recurso y acompañado por el mismo, infringiendo así el contenido del artículo 45. 2 d) de la Ley Jurisdiccional. Y finalmente, que las explicaciones ofrecidas, que ligan la citada voluntad de recurrir en esta Sede por la recurrente el ya dicho acto, con fundamento en el ejercicio de cuantas acciones legales fueran procedentes en defensa de sus legítimos derechos e intereses, y en particular, frente al expediente de reintegro de subvención concedida que se encontraba abierto en el Ministerio de Fomento, no son bastantes, sino se aporta el correspondiente acuerdo fundacional que así hubiera decidido la interposición del recurso frente a tal concreto acto de la Administración. Y sin que a ello sea bastante el citado acuerdo de extinción aportado por el correspondiente Patronato de la fundación en orden a la realización de actividades liquidatorias de la misma, por más que dentro de aquellas acciones, es decir, de aquella voluntad liquidadora, se encontrara también el ejercicio de cualquier acción necesaria frente a cualesquiera deudas o reclamaciones de cantidad pendiente».