

EL DESARROLLO DEL ARTICULO 34 DE LA CONSTITUCION POR LA LEY DE FUNDACIONES CANARIAS

FRANCISCO J. DIAZ BRITO
Profesor de Derecho Civil
Universidad de La Laguna

SUMARIO: INTRODUCCION. I. CARACTERIZACION GENERAL DE LA LEY 1/1990, DE 29 DE ENERO, DE FUNDACIONES CANARIAS. II. EL CONCEPTO DE FUNDACION. III. EL PROCESO CONSTITUTIVO DE LA FUNDACION. IV. ELEMENTOS DE LA FUNDACION. 1. Fin fundacional. 2. Patrimonio. 3. Organización. V. EL PROTECTORADO. 1. Estructura orgánica. 2. Funciones. VI. EXTINCION DE LA FUNDACION. 1. Extinción. 2. Procedimiento. 3. Liquidación y destino de los bienes remanentes.

INTRODUCCION

El reconocimiento por la Constitución del derecho de fundación para fines de interés general (art. 34) implica una serie de consecuencias para el régimen jurídico de la fundación cuya importancia no es necesario, seguramente, resaltar. De esas consecuencias conviene, sin embargo, que aludamos a alguna que va a constituir el hilo conductor de nuestra exposición.

La inclusión del derecho de fundación en la primera de las normas de nuestro Ordenamiento implica, básicamente, que parte del régimen jurídico de la fundación tiene carácter suprallegal, dado que es indisponible para el legislador ordinario. Así, se desprende de lo dispuesto en el art. 53.1 de la Constitución que obliga, como sabemos,

a que el desarrollo de los derechos fundamentales —incluido el de fundación— se realice por ley, *que habrá de respetar el contenido esencial de dichos derechos*.

Por tanto, el contenido esencial del derecho de fundación es indisponible para el legislador ordinario —estatal o autonómico—, ya que cualquier ley que desarrolle dicho derecho habrá de respetar ese contenido esencial.

Una vez admitido por el Tribunal Constitucional que una ley autonómica puede desarrollar un derecho fundamental (1) y constatado que, en la práctica, así ha ocurrido con el derecho de fundación —son ya varias las leyes autonómicas vigentes en la materia—, pretendemos abordar el análisis de la Ley 1/1990, de 29 de enero, de fundaciones canarias desde la óptica del respeto al contenido esencial del derecho de fundación. Es decir, vamos a analizar cuál es el desarrollo que el legislador canario ha realizado de aquellos aspectos que integran el contenido esencial del derecho de fundación, contenido que no olvidemos, el legislador ordinario no puede desconocer en virtud de lo dispuesto en el art. 53.1 de la Constitución.

Somos conscientes, no obstante, de que un análisis como el propuesto parte de una premisa de no fácil construcción, como es la de determinar cuál es el contenido esencial del derecho de fundación. Dicha labor excedería por sí sola de las pretensiones que en este momento nos guían y nos conduciría a resultados que serían siempre discutibles.

Sin embargo, no parece descabellado afirmar que la determinación del contenido esencial del derecho de fundación dependerá en último término de la interpretación que el Tribunal Constitucional realice del art. 34 de la Constitución. Por ello, tras haberse ocupado ya el Alto Tribunal del concepto de fundación que la Constitución consagra (Sentencia 49/1986, de 22 de marzo), podemos perfectamente presumir que integrarán el contenido esencial del derecho de fundación aquellos aspectos a los que el Alto Tribunal ha hecho referencia en la citada sentencia. Esta consideración justamente es la que nos va a servir de guía a la hora de analizar la Ley 1/1990 de fundaciones canarias. Es decir, vamos a tomar como punto de partida de nuestro análisis aquellos aspectos de la fundación a los que el Tribunal Constitucional se ha referido en su Sentencia 49/1986, para comprobar cómo ha desarrollado los mismos la Ley 1/1990.

(1) Cfr. STC 37/1981, de 16 de noviembre (F.J. 2.º).

En definitiva, abordaremos a lo largo de las siguientes páginas el desarrollo que el legislador canario ha realizado de algunos aspectos del régimen jurídico de la fundación, en concreto, de aquellos que el Tribunal Constitucional ha considerado más relevantes o esenciales a la hora de delimitar el concepto de fundación que la Constitución consagra.

I. CARACTERIZACION GENERAL DE LA LEY 1/1990, DE 29 DE ENERO, DE FUNDACIONES CANARIAS

Antes de abordar la tarea propuesta, conviene realizar una aproximación general a la normativa sobre la que se va a centrar nuestro análisis.

La Ley 1/1990, de 29 de enero, de fundaciones canarias (LFC en adelante) tiene como finalidad básica, tal y como se deduce del propio preámbulo de la misma, la regulación del régimen jurídico sustantivo de las fundaciones (2) sujetas a la competencia de la Comunidad Autónoma Canaria (3). De acuerdo con esa intención, la LFC realiza una regulación exhaustiva del régimen jurídico de la fundación, articulándose formalmente en tres capítulos —dedicados al negocio jurídico fundacional, al Protectorado y a otras modalidades de asignación patrimonial respectivamente—, cuatro disposiciones adicionales y dos disposiciones transitorias, precedido todo ello de un capítulo preliminar —ámbito de aplicación— y de un preámbulo.

(2) En realidad, la Ley no limita su ámbito de aplicación a las fundaciones propiamente dichas, ya que en su capítulo III y en la Disposición adicional cuarta regula una serie de supuestos de distinta naturaleza y características, aunque con el denominador común de que en todos ellos existe la destinación de ciertos bienes a la realización de fines altruistas. Ello induce a pensar, que la LFC no sólo contiene una regulación de la institución jurídica fundacional, sino que aspira también a regular cualquier forma posible de realizar un fin de interés general mediante la afectación de unos determinados bienes.

(3) Según el art. 29.7 del Estatuto de Autonomía de Canarias, la Comunidad Autónoma canaria tiene competencia exclusiva en materia de fundaciones "en cuanto desarrollen esencialmente sus funciones en Canarias". De acuerdo con la previsión estatutaria, el art. 1 de la LFC señala que la misma "será aplicable a las fundaciones...", que desarrollen esencialmente sus funciones en Canarias". Este criterio seguido por el Estatuto y por la LFC, que coincide en esencia con el recogido por la mayoría de las restantes Comunidades Autónomas, plantea numerosísimos interrogantes en cuanto a la posibilidad de que se planteen conflictos de leyes entre las distintas normativas autonómicas. Queremos con ello dejar apuntado el problema, del que ahora no podemos ocuparnos.

Esta normativa, dictada en virtud de la competencia exclusiva en materia de fundaciones que el art. 29.7 del Estatuto de Autonomía reconoce a la Comunidad canaria, es la que se ha venido aplicando a las fundaciones que operan en Canarias en los últimos años, a pesar de las dudas que se han planteado en torno a la constitucionalidad de la atribución competencial que el Estatuto realiza (4). En este momento, además, estando la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, en vigor, y dado el tenor de su Disposición final primera, la aplicabilidad de la LFC es más cuestionada que nunca, lo cual no es óbice para que la analicemos tal y como se está aplicando, es decir, con independencia de lo que la Ley 30/1994, pueda disponer.

En una primera aproximación podemos caracterizar la LFC como una norma de marcado carácter intervencionista que, si bien supuso un notable estímulo para el sector fundacional en la Comunidad canaria en el momento de su aprobación, reclama hoy por hoy una profunda revisión para adaptarse a las tendencias actualmente imperantes en la materia. De hecho, podemos anticipar que en la actualidad ya se está trabajando en el seno del Gobierno autónomo en la elaboración de una ley encaminada a sustituir a la Ley 1/1990.

II. EL CONCEPTO DE FUNDACION

Según el apartado 1.º del art. 1 de la LFC, la misma "será aplicable a las fundaciones constituidas en ejercicio del derecho de fundación reconocido en la Constitución y recogido en el art. 29.7 del Estatuto de Autonomía de Canarias". Proclama, por tanto, la LFC su intención de regular las fundaciones creadas en virtud del derecho de fundación reconocido por el art. 34 de la Constitución, o lo que es lo mismo, las fundaciones entendidas con arreglo al concepto que el art. 34 CE consagra.

Ahora bien, ¿cuál es ese concepto de fundación consagrado por la Constitución? y ¿cuáles son, en consecuencia, las fundaciones que la LFC regula?

Para responder a tales preguntas habrá que tener presentes, en primer lugar, las palabras del Tribunal Constitucional, que ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del concepto de fundación que la Constitución consagra.

(4) Excede de nuestros propósitos ocuparnos en este momento de las posibles competencias autonómicas en materia de fundaciones y de la constitucionalidad de las normas autonómicas vigentes, aunque sí debemos señalar que una de las normas autonómicas de cuya constitucionalidad más se duda es precisamente la canaria.

Señala el Alto Tribunal en su Sentencia 49/1986, de 22 de marzo, que:

“... este último precepto (en alusión al art. 34 de la Constitución) 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 una 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... 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”.

En perfecta consonancia con las palabras del Tribunal Constitucional, la LFC señala en el art. 1.2 que la normativa territorial regirá para todas “las personas jurídicas consistentes en la afectación y organización de un patrimonio determinado a un fin de interés general”. Este concepto que la LFC utiliza nos parece enteramente correcto y se ajusta perfectamente al que nuestra doctrina mayoritaria ha venido empleando (5).

El concepto plasmado en el art. 1.2 es completado por el art. 2.2 de la LFC, que señala, que “las fundaciones constituidas al amparo de esta ley tienen personalidad jurídica y de obrar para la satisfacción de sus finalidades de interés general, sin más limitaciones que las establecidas en la ley o en sus estatutos”. Hay que resaltar aquí la desafortunada redacción

(5) Ver, entre otros, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, I, vol. 2, Barcelona, 1990, p. 298; y VALERO AGUNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969, p. 156.

del precepto al señalar que la fundación tiene "personalidad jurídica y de obrar", puesto que el concepto de "personalidad de obrar" no existe en nuestro Derecho. Resulta evidente, sin embargo, que la LFC quiere referirse a que la fundación tiene personalidad jurídica y capacidad de obrar.

Precisamente, la capacidad de obrar de las fundaciones viene señalada en el art. 16.1, según el cual, "la persona jurídica fundacional puede otorgar actos, adquirir bienes o derechos y contraer obligaciones de conformidad con lo dispuesto en esta ley".

III. EL PROCESO CONSTITUTIVO DE LA FUNDACION

El proceso constitutivo de la fundación, entendido como aquel que conduce al nacimiento de la fundación como persona jurídica, es, sin duda, uno de los aspectos más confusos del régimen jurídico de las fundaciones tal y como viene configurado, no ya en la LFC, sino en todas las normativas actualmente vigentes en la materia. Esta falta de claridad se debe, en nuestra opinión, a la ausencia en las distintas normativas de un tratamiento unitario y de conjunto de un proceso tan crucial para cualquier fundación.

Respecto a este proceso constitutivo el Tribunal Constitucional ha señalado en la ya citada Sentencia 49/1986 que "la fundación nace..., 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 una manera permanente o, al menos, duradera. Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes...".

Sin apartarse en absoluto de esa configuración apuntada por el Tribunal Constitucional, la LFC contempla la creación de una fundación como el fruto de un proceso que pasa por tres etapas: una primera en la que el fundador manifiesta su voluntad de crear una fundación (negocio fundacional), una segunda en la que es preciso el cumplimiento de ciertas formalidades para que la fundación pueda inscribirse (nosotros la llamaremos fase constitutiva o constitución), y una tercera en la que se verifica la inscripción registral propiamente dicha. Esta es, al menos, la única interpretación satisfactoria que, en nuestra opinión, puede realizarse de los preceptos que de manera deslavazada y asistemática dedica la LFC a esta cuestión.

La LFC parece destinar al proceso constitutivo de la fundación su capítulo primero, que lleva por rúbrica "negocio jurídico fundacio-

nal". Sin embargo, en dicho capítulo se regulan cuestiones ajenas a la creación de la fundación, como por ejemplo, su representación y gobierno (Sección 4.^a), o la actividad fundacional (Sección 5.^a). Además, los preceptos de dicho capítulo destinados al proceso constitutivo son extremadamente confusos, amalgamándose sin excesivo orden ni concierto conceptos como los de "constitución", "voluntad fundacional", "escritura pública de la carta fundacional", "inscripción", etc.

¿En qué momento nace para el Derecho la fundación entendida con arreglo a lo dispuesto en el art. 1.2 LFC, es decir, la fundación dotada de personalidad jurídica? A resolver esta cuestión va encaminado el art. 4 de la LFC.

Según el apartado 1 del referido artículo, la personalidad jurídica de las fundaciones nace "desde el instante mismo en que, con arreglo a esta Ley, hubiesen quedado válidamente constituidas". ¿Cuándo ocurre esto? A ello parece responder el apartado segundo del artículo en cuestión, al señalar que "dada la naturaleza del fin constitutivo, la carta fundacional se autorizará en escritura pública y deberá inscribirse en el Registro de fundaciones canarias". Por consiguiente, el art. 4.2 parece indicar que la fundación quedará válidamente constituida en el momento en el que se inscriba en el Registro la carta fundacional autorizada en escritura pública.

Sin embargo, ello no es exactamente así, pues la clave para responder a la pregunta planteada se encuentra, en nuestra opinión, en el art. 4.3 cuando dispone que la inscripción sólo podrá denegarse si "la entidad constituida" no reúne los requisitos previstos en la LFC. Resulta manifiesto, a la vista del citado precepto, que la fundación estará ya constituida incluso cuando se deniegue la inscripción, lo cual es tanto como decir que la constitución de la fundación es anterior a dicha inscripción.

Parece claro, por tanto, que, pese al tenor literal del art. 4.1 de la LFC, la fundación no alcanza la personalidad jurídica en el momento en que queda constituida. ¿Cuándo nace entonces la fundación como persona jurídica?

La respuesta la encontraremos en el art. 16.2 de la LFC. Dicho artículo permite a los órganos de gobierno de la fundación *no inscrita* realizar ciertos actos en nombre e interés de aquélla, actos que "se entenderán asumidos automáticamente por la fundación cuando se produzca la inscripción". Con ello queda patente que es en el momento de la inscripción cuando la fundación está en condiciones de asumir los actos realizados por los órganos de gobierno, o, lo que

es lo mismo, que es en ese momento cuando la fundación adquiere personalidad jurídica.

De lo expuesto hasta ahora se desprende, en consecuencia, que: 1) la fundación alcanza la personalidad jurídica en el momento de su inscripción en el Registro de fundaciones (art. 16.2 LFC); y 2) la fundación queda constituida con anterioridad a dicha inscripción (art. 4.3 LFC).

Pero, ¿cuándo queda constituida entonces la fundación? ¿Antes de otorgarse en escritura pública la carta fundacional? ¿Después de otorgarse dicha escritura? A nuestro juicio, sólo cabe la segunda posibilidad, es decir, sólo después de otorgarse la escritura de constitución (6) cabe entender que la fundación ha quedado constituida. A esta conclusión llegamos después de plantearnos la siguiente pregunta: ¿qué quiere decir que una fundación ha quedado constituida pero carente de personalidad jurídica?, o lo que es lo mismo, ¿qué consecuencias produce la constitución de una fundación carente de personalidad jurídica? El análisis de la LFC permite concluir que estas consecuencias son dos:

Por un lado, la prevista en el art. 16.2 de la Ley, que, como sabemos, permite a los patronos de la fundación no inscrita realizar los actos que consideren inaplazables en nombre e interés de la fundación, pese a carecer ésta aún de personalidad jurídica. Razones de seguridad jurídica obligan a interpretar que estos actos sólo podrán realizarse una vez otorgada la carta fundacional en escritura pública, pues es justamente en dicha escritura donde constará de modo fehaciente quiénes son los patronos de la fundación y cuál es la dotación patrimonial inicial de la fundación (cfr. art. 5). Cabe entender, por tanto, que una de las consecuencias de esa constitución de la fundación sin personalidad jurídica, será justamente la de que, a partir de ese momento, los patronos podrán realizar los actos previstos en el art. 16.

Por otro, la contemplada en el art. 24 j) de la LFC, según el cual, corresponde al Protectorado decidir “sobre el destino de los bienes dotacionales cuando no sea posible la constitución de la fundación... y no se halle previsto en sus estatutos”. Pese a la desafortunada redacción del precepto en cuestión, también aquí hay que entender que el Protectorado podrá decidir el destino de los bienes en caso de no inscripción y después de haberse otorgado en escritura pública la carta fundacional. Piénsese que antes de que ello ocurra, la LFC no exige que existan los estatutos de la fundación (cfr. art. 5 c) a los que se alude

(6) Esta denominación tan significativa es la que utilizan la Ley de Fundaciones y Mecenazgo (art. 8) y la Ley de fundaciones del País Vasco (art. 6).

en el art. 24 j) y que difícilmente podrá el Protectorado conocer la existencia del negocio fundacional. Lo más coherente, por consiguiente, es considerar que la facultad del Protectorado recogida en el art. 24 j) sólo podrá ejercerse después de que se otorgue la escritura de constitución; y que dicha facultad es una consecuencia más de la constitución de la fundación carente aún de personalidad jurídica.

En resumen, parece claro, en nuestra opinión, que: 1) los posibles efectos de la constitución de la fundación careciendo aún de personalidad jurídica, sólo se producen después de otorgada la carta fundacional en escritura pública y que, por tanto, será justamente en ese momento en el que habrá que considerar constituida a la fundación; 2) que la constitución de una fundación implicará que, pese a carecer aún de personalidad jurídica, los patronos de la misma podrán realizar actos en nombre de la fundación, vinculando su patrimonio a los resultados de tales actos; y 3) es necesario distinguir como etapas independientes del proceso constitutivo de la fundación, la constitución y la inscripción registral.

Pero con ello no queda agotado el análisis del proceso constitutivo de una fundación en la LFC, ya que resta aún por analizar el elemento sobre el que descansa el completo proceso constitutivo: el negocio fundacional.

El negocio jurídico fundacional es aquel mediante el cual una o varias personas físicas o jurídicas manifiestan su voluntad de crear una fundación para el cumplimiento de un fin de interés general, dotándola de medios económicos al efecto (cfr. arts. 2.1 y 3, 7 y 8 LFC). Constituye éste, por tanto, el primer paso en el proceso dirigido a la creación de la fundación.

A este negocio fundacional parece ir referido el art. 2.3 de la LFC, que señala que “la voluntad fundacional podrá manifestarse en cualquier forma idónea para producir efectos jurídicos”. La LFC proclama, por tanto, la libertad de forma para el negocio fundacional, lo cual se ajusta perfectamente al principio espiritualista que inspira nuestro Código Civil (cfr. art. 1278) y a la regulación contenida en las otras normativas sobre fundaciones vigentes en nuestro ordenamiento (significadamente con la gallega: *vid.* art. 3.1).

Ahora bien, como sabemos, la LFC dispone que la fundación queda constituida una vez otorgada en escritura pública la carta fundacional y no antes. ¿Cómo concuerda esa afirmación con la libertad de forma que el art. 2.3 proclama?

En nuestra opinión, la única manera de conciliar ambas afirmaciones es entender que el negocio jurídico fundacional constituye un paso

previo e independiente a la constitución de la fundación mediante el otorgamiento de la escritura pública de la carta fundacional. De esta manera, en un primer momento el fundador o fundadores realizarían el negocio fundacional sin tener que observar ninguna formalidad en especial, con independencia de que posteriormente, a efectos de que la fundación quede constituida, el propio fundador o las personas por él designadas (cfr. art. 3.2) tengan que otorgar en escritura pública la carta fundacional con las menciones contempladas en los arts. 5 y 6 de la Ley.

Esta interpretación de la LFC no sólo permite hacer compatible la libertad de forma proclamada en el art. 3.2 y la necesidad de otorgar en escritura pública la carta fundacional (art. 4.2.), sino que, además, explica la facultad del Protectorado de completar el proceso constitutivo cuando el fundador hubiera realizado el negocio fundacional por acto *mortis causa* (art. 3.2) y facilita enormemente a los fundadores la creación de fundaciones (7).

En definitiva, creemos, como indicamos más atrás, que el proceso constitutivo de la fundación con arreglo a la LFC atraviesa por tres etapas: negocio fundacional, constitución de la fundación e inscripción registral (8). Esta es, además, la línea que va a seguir la nueva ley de fundaciones canarias, que articula expresamente el proceso constitutivo en las etapas indicadas.

Para finalizar el tema del proceso constitutivo de las fundaciones habría que hacer referencia a una de las cuestiones que mayor problemática suscita a la hora de inscribirse una fundación en el Registro: la suficiencia de la dotación patrimonial.

La LFC señala que toda fundación debe constituirse con una dotación patrimonial "suficiente para el cumplimiento de sus fines", con independencia de su incremento en virtud de aportaciones sucesivas (art. 7.2). Con ello se plantea el problema de determinar cuándo es suficiente la dotación para el cumplimiento de los fines y quién es el encargado de determinar esa suficiencia.

A la primera pregunta no puede responderse con carácter general, dado que el legislador ha utilizado un concepto jurídico indeterminado en virtud del cual habrá que examinar, caso por caso, si la dota-

(7) En efecto, al fundador le bastará con manifestar su voluntad de crear una fundación, dotarla de medios económicos y señalar su fin, es decir, realizar el negocio fundacional, dejando el resto del proceso en manos de la persona o personas que considere convenientes.

(8) En realidad, esta tripartición del proceso constitutivo es predicable de todas las normativas específicas sobre fundaciones vigentes en nuestro Ordenamiento.

ción de una fundación es o no suficiente para el cumplimiento de sus fines. Ello supone que el segundo de los interrogantes que nos planteábamos sobre especial importancia, puesto que será el encargado de comprobar si la dotación es o no suficiente quien con su criterio resuelva la cuestión.

Según el art. 24 a) de la LFC, corresponde al Protectorado proceder a la inscripción de las fundaciones sujetas a la Ley, inscripción que, según el art. 4.3, sólo podrá denegarse si la entidad constituida no reúne los elementos y requisitos previstos en la ley. De ello se infiere, claramente, que será el Protectorado, el encargado de apreciar si la dotación inicial de la fundación es o no suficiente para el cumplimiento de sus fines.

Justamente, por ser el Protectorado el encargado de apreciar la suficiencia de la dotación inicial, el criterio indeterminado plasmado por el art. 7.2 puede plantear problemas, siendo necesario, en nuestra opinión, acotar lo máximo posible los márgenes dentro de los que puede moverse el Protectorado. Por ello, nos parece obligado entender que la suficiencia de la dotación inicial deberá evaluarse "miradas todas las cosas" (9), es decir, en función de todas las circunstancias de la fundación en proceso de constitución (dotación inicial, posibilidad de allegar nuevos recursos, cuantificación económica de las necesidades de la fundación para cubrir sus objetivos iniciales, etc.). Nos parecería absolutamente injustificado, en cambio, el establecimiento de un criterio puramente objetivo (dotación mínima, etc.), para determinar la suficiencia de la dotación patrimonial inicial. Y es que con ello se estaría coartando, limitando el derecho de fundación (art. 34 CE) de una manera, en muchos casos injustificada (10), puesto que la dotación que para unas fundaciones es más que suficiente, para otras, en cambio, puede no serlo en absoluto.

La nueva Ley parece que va a seguir el criterio del art. 9 de la Ley vasca, exigiendo que la dotación sea suficiente para el desarrollo del primer programa de actuación, que deberá constar en la escritura de constitución.

(9) Tal es el criterio propuesto por VILASECA I MARCET ("Entorn de la legislació catalana sobre fundacions privades", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1983, p. 19).

(10) BLANCO RUIZ se muestra también contrario a la exigencia de una cuantía mínima para la dotación, ya que ello supone, en su opinión, limitar el derecho de fundación a las personas con bienes cuantiosos "Fundaciones: tipología y normativa", en *Cuadernos de Acción Social*, núm. 4, 1987, pp. 27 y 28.

IV. ELEMENTOS DE LA FUNDACION

La fundación, como persona jurídica, descansa sobre tres elementos, que son los que le dan su especial configuración, y sin los cuales no podría funcionar: un fin, un patrimonio y una organización. Es impensable que una fundación pueda existir sin alguno de estos tres elementos, pues entonces ya no sería una fundación.

1. *El fin fundacional*

La Constitución reconoce el derecho de fundación “para fines de interés general” (art. 34). Con ello, la Constitución no hace más que consagrar lo que ha sido una constante en nuestra tradición jurídica: la afección de los bienes de la fundación a fines altruistas, o como dice el Código civil, de utilidad pública (art. 35) (11).

El imperativo constitucional de que la fundación persiga fines de interés general implica, a nuestro juicio, que:

a) Los beneficios de la fundación han de ir dirigidos a colectividades indeterminadas de personas y que, por ello, el conjunto de beneficiarios debe ser indeterminado. Es decir, que el fin no ha de ser tal que los beneficiarios se encuentren determinados en concreto, sino que al contrario, los mismos se encuentren delimitados por su pertenencia a un colectivo indeterminado o genérico.

A señalar la anterior circunstancia va encaminado el art. 8.3 de la LFC, según el cual, “el fin a realizar debe beneficiar a destinatarios susceptibles de determinación y ha de adecuarse al interés colectivo que inspira la constitución y funcionamiento de la fundación”. En efecto, cuando la LFC señala que el fin a realizar debe beneficiar a destinatarios susceptibles de determinación, parece que lo que quiere indicar no es que el fin deba ser tal que sea posible determinar a sus beneficiarios —ello sería absurdo por evidente—, sino que en todo caso será necesario determinar los beneficiarios porque éstos no estarán determinados de antemano, ya que el fin fundacional no será tal que sus beneficiarios sean personas concretas, determinadas.

La segunda parte del precepto comentado —“el fin... ha de adecuarse al interés colectivo que inspira la constitución y funcionamiento

(11) La terminología empleada por la Constitución —“fines de interés general”— es sin duda la más afortunada, pues es la que mejor refleja y comprende el abanico de finalidades que las fundaciones pueden perseguir en la actualidad.

de la fundación”— representa un auténtico misterio en cuanto a su alcance y contenido, careciendo de utilidad alguna.

b) En segundo lugar, el interés general exige que el fin fundacional reporte una utilidad a la sociedad, es decir, que genere algún tipo de provecho para la sociedad. Ello comporta, en realidad, una doble exigencia:

Por un lado, el fin habrá de ser útil, suponer un beneficio, de modo que quedan excluidas fundaciones con fines irrelevantes o intrascendentes.

Por otro lado, no bastará con que el fin sea útil, sino que además habrá de serlo para la sociedad en su conjunto, y no para un particular o grupo de particulares.

c) Finalmente, el interés general impone, que el fin fundacional sea altruista, en el sentido, de no perseguir ninguna clase de lucro.

Ello no significa necesariamente que la fundación no pueda obtener contraprestaciones económicas por sus servicios, o que la fundación no pueda obtener beneficios, sino, simplemente, que los beneficios obtenidos deberán ser reinvertidos en el fin fundacional (12).

Al fin fundacional dedica la LFC algún apartado más del art. 8, aunque las disposiciones en ellos contenidas son en unos casos superfluas y en otros incomprensibles.

Señala el art. 8.1 de la Ley que “el fin fundacional debe ser concreto y determinado” y que “en el supuesto de una pluralidad de fines éstos deberán ser homogéneos”.

La primera exigencia de la LFC pretende evitar que el fin fundacional sea formulado, como suele ocurrir con frecuencia, en unos términos demasiado genéricos. En ese sentido, la misma nos parece acertada. Sin embargo, la redacción del precepto es desafortunada y puede conducir a error, pues lo que debe evitarse no es que las fundaciones tengan fines genéricos, sino que sus fines sean formulados de un modo demasiado genérico.

La segunda exigencia del art. 8 nos parece enteramente censurable, puesto que no tiene ningún sentido que los posibles fines de la funda-

(12) Ver, entre otros, LACRUZ BERDEJO, J. L., “Aportación para una futura ley de fundaciones”, en AA. VV., *Hacia un estatuto de las fundaciones en España*, Centro de Fundaciones, Madrid, 1979, p. 102; LOPEZ JACOISTE, J. J., “El Derecho de Fundaciones en España: El Concepto”, en AA. VV., *El Derecho de fundaciones en España*, Centro de Fundaciones, Madrid, 1978, p. 23; MADRUGA MENDEZ, J., “Consideraciones entorno a las fundaciones privadas de interés público”, *Anuario de Derecho Civil*, 1968; y BLANCO RUIZ, J. F., *El Protectorado de fundaciones en el Real Decreto e Instrucción de 14 de marzo de 1899*, Madrid, 1987, p. 25.

ción se limiten por el hecho de que todos ellos deban ser homogéneos. Creemos, incluso, que esta exigencia podría entenderse inconstitucional en la medida en que limita injustificadamente el derecho de fundación reconocido en el art. 34 de la Constitución. Además, la tendencia más generalizada en las grandes fundaciones que en la actualidad se están constituyendo es la de designar diversos y heterogéneos fines fundacionales.

El apartado segundo del art. 8 dispone, por su parte, que “la finalidad de la fundación ha de ser posible, lícita y de interés general”. Si el fin fundacional es de interés general, necesariamente habrá de ser posible y lícito, por lo que puede afirmarse que la referencia a que el fin sea posible y lícito es superflua.

2. Patrimonio

Es innecesario señalar, por evidente, que para la realización de sus actividades toda fundación deberá contar con un patrimonio adecuado al efecto, patrimonio que fluctuará en función, precisamente, de las actividades que desarrolle la fundación. Puesto que la administración de ese patrimonio estará por lo general encomendada a personas distintas a las que lo aportaron y que de la eficacia de esa labor dependerá la buena o mala marcha de la fundación y el mejor o peor cumplimiento de los fines fundacionales, es habitual que las distintas normativas sobre fundaciones articulen una serie de controles sobre la gestión patrimonial de la fundación. La LFC prevé esos controles, básicamente, en su art. 14.

Según el art. 14.1, “los bienes integrantes de la dotación patrimonial de la fundación deben ser destinados de modo permanente a la satisfacción de los fines fundacionales”. El apartado segundo de dicho artículo dispone por su parte que “los bienes dotacionales podrán ser enajenados, pero exclusivamente al objeto de su reinversión en bienes de igual naturaleza. La enajenación se realizará siempre a título oneroso, según y conforme lo dispuesto en los estatutos fundacionales, o, en su defecto, por lo que señalare el Protectorado para cada supuesto”. Finalmente, el apartado tercero señala que “cualquier gravamen o disminución de los bienes patrimoniales para el mejor cumplimiento de los fines fundacionales requerirá previa autorización del Protectorado”.

La primera objeción que puede oponerse al art. 14 es que su redacción es demasiado ambigua e imprecisa, por lo que se presta a inter-

pretaciones diversas y, en ocasiones, contradictorias. A título de ejemplo, puede señalarse que a lo largo del art. 14 se habla de los “bienes integrantes de la dotación patrimonial”, de los “bienes dotacionales” y de los “bienes patrimoniales”, sin que quede demasiado claro si todas esas expresiones son equivalentes y si se está haciendo referencia a los bienes integrantes de la dotación inicial de la fundación, o a los integrantes del patrimonio fundacional.

En segundo lugar, cabe indicar que las precisiones recogidas en los dos primeros apartados del art. 14 constituyen un pesadísimo lastre para la gestión patrimonial de cualquier fundación. Obsérvese que de dichas previsiones se desprende que el patrimonio fundacional se concibe como algo absolutamente estático e imposible de gestionar con arreglo a los criterios que la coyuntura económica actual exige. ¿Cómo puede decirse a una fundación que no puede enajenar ningún bien si no es para reinvertir el dinero en otro de igual naturaleza? ¿Cómo explicar a un patronato que tiene que esperar a que el Protectorado determine el modo en que debe realizarse una de dichas enajenaciones? ¿Qué gestor podrá evitar que la dotación patrimonial se descapitalice estando sujeto a la rigurosa afección prevista en el art. 14.1? (13).

Por último, cabe censurar la exigencia de autorizaciones previas al Protectorado para la realización de los actos de administración más relevantes (cfr. arts. 14.3 y 15.2 y 3). Este mecanismo de control puede colapsar la actividad económica de cualquier persona jurídica, sea del tipo que sea, máxime en una coyuntura económica como la actual en la que la rapidez y flexibilidad en la toma de decisiones ha devenido fundamental en la administración de cualquier patrimonio. Nos parece, además, contradictorio o, al menos, innecesario, que se articule este tipo de controles previos cuando la labor de los gestores está sujeta a responsabilidad en unos términos rigurosos (cfr. art. 12) y a la constante supervisión del Protectorado (cfr. arts. 17 y 24).

3. Organización

La existencia de unos órganos que representen a la fundación y le permitan ejercer sus actividades es no sólo un imperativo lógico, sino

(13) Afortunadamente, el Protectorado de fundaciones del Gobierno de Canarias ha interpretado con enorme flexibilidad el art. 14, haciendo con ello posible que las fundaciones canarias hayan sobrevivido los años que la LFC lleva vigente.

también legal, ya que el art. 9.1 de la LFC dispone que “en toda fundación sujeta a esta ley existirá un patronato, como órgano de gobierno de la misma”. A la regulación de dicho órgano de gobierno dedica la LFC la sección cuarta del capítulo I (arts. 9 al 12).

A) Composición

La piedra angular sobre la que descansa la regulación de la LFC en esta materia es la del respeto a la voluntad del fundador, que será quien determine la composición y reglas de funcionamiento del patronato (cfr. art. 9.3). Sólo para el caso de que el fundador no haya establecido nada respecto a los extremos antes señalados, dispone la LFC que el patronato será colegiado y que tendrá al menos tres miembros, eligiendo de su seno un presidente (art. 9.3).

La Ley permite ser patrono a las personas físicas que tengan plena capacidad civil y a las personas jurídicas, que estarán representadas por una persona física (art. 10.1). Cuando un patrono lo sea en virtud del cargo público que ostente, podrá designar un representante que reglamentariamente le sustituya (art. 10.2).

El ejercicio del cargo de patrono es indelegable, salvo en el supuesto antes señalado, permitiendo la LFC únicamente, si no media prohibición estatutaria, que el patronato designe de entre sus miembros uno o varios apoderados o delegados (art. 10.3).

Dispone la LFC que el patronato ostentará la representación de la fundación y ejercerá la dirección y todas aquellas facultades ineludibles para el cumplimiento de los fines fundacionales (art. 9.2) y que las variaciones en la composición del mismo deberán inscribirse en el Registro de fundaciones canarias (9.4). En ningún caso, serán objeto de delegación la aprobación de cuentas, los actos que excedan de la gestión ordinaria o necesiten de autorización o aprobación del Protectorado y aquéllos expresamente prohibidos por los estatutos fundacionales (art. 10.3).

El cargo de patrono es de carácter gratuito, pudiendo únicamente recibir la oportuna compensación por los gastos ocasionados, previa justificación de los mismos (art. 10.4). Para iniciar el ejercicio de sus funciones, los patronos habrán de aceptar con carácter expreso el cargo (art. 10.4).

Finalmente, por lo que se refiere a la composición del patronato, señala el art. 9.4 de la LFC que las variaciones en la composición del patronato deberán inscribirse en el Registro de fundaciones canarias.

La regulación que realiza la Ley canaria de todos estos extremos nos parece satisfactoria, sin que quepa oponer ninguna objeción a la misma. Solamente cabría postular que, *de lege ferenda*, se hiciera alusión expresa en la ley a la figura del gestor, ya que, si bien nos parece acertado que el cargo de patrono se configure como gratuito, no hay que olvidar que la gestión de las fundaciones en la actualidad requiere una cualificación y una dedicación profesionales, requisito que difícilmente se obtendrá mientras quien tiene encomendada dicha gestión lo haga de un modo gratuito. Esta es la línea que parece que va a seguir la nueva Ley, que contempla la posibilidad, salvo prohibición del fundador, de que la gerencia o gestión de la fundación se encomiende a personas con acreditada solvencia técnica y con una remuneración adecuada a las funciones desempeñadas.

B) Obligaciones

Según el art. 11 de la Ley, los patronos están obligados a: 1) observar y cumplir con la escrupulosidad debida los fines funcionales; 2) mantener los bienes y derechos y conservar su productividad y utilidad, según criterios financieros y de acuerdo con las circunstancias económicas; y 3) servir el cargo, con la diligencia de un administrador leal, de acuerdo con lo establecido en la ley y en los estatutos.

C) Responsabilidad

Señala el art. 12.1 de la LFC que "los patronos son responsables frente a la fundación del cumplimiento de las obligaciones referidas en el art. 11". Con ello configura la Ley en unos términos bastante rigurosos la responsabilidad de los patronos, responsabilidad de la que sólo quedarán exentos "quienes se hubiesen opuesto al acuerdo generador de la misma o no hubiesen participado en su adopción, salvo que se pruebe que tenían conocimiento del mismo y no expresaron su disenti-miento" (art. 12.3).

La acción de responsabilidad se ejercerá ante los tribunales en nombre de la fundación por: 1) el propio patronato de la fundación, previo acuerdo debidamente motivado y sin participación del patrono indicado; 2) el Protectorado; y 3) aquellos que estén legitimados legalmente (art. 12.2).

D) Sustitución, suspensión y cese

La LFC no regula de un modo unitario la sustitución, suspensión y cese de los patronos, sino que se limita a recoger algunas previsiones puntuales al respecto [cfr. arts. 6 e) y 24 e) y f)]. Por tanto, y salvo las puntuales previsiones de la LFC, habrá que estar a las normas contenidas en los estatutos en esta materia, en caso de que existieran las mismas.

VI. PROTECTORADO

A la regulación del Protectorado dedica la Ley su capítulo II, completándose la misma por lo dispuesto en el Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las fundaciones canarias, aprobado por Decreto 188/1990, de 19 de septiembre.

1. Estructura orgánica

La LFC no regula, como es lógico, la estructura orgánica del Protectorado y se limita a señalar en su Disposición adicional primera que "el Protectorado de la Comunidad Autónoma de Canarias y el Registro de las fundaciones canarias dependerán orgánicamente de la Consejería de la Presidencia del Gobierno de Canarias". Se deja, por tanto, al desarrollo reglamentario de la Ley la regulación de la estructura orgánica del Protectorado (14).

2. Funciones

La acción tutelar del Protectorado debe ir encaminada, por un lado, a garantizar el respeto y el cumplimiento de la voluntad del fundado y, por otro, a verificar el cumplimiento del fin de interés general para el que se constituyó la fundación. Ambos aspectos están perfectamente plasmados en el art. 23.1, según el cual, "el Protectorado ejerce la alta inspección y tutela de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre la actividad del patronado, en defensa

(14) La regulación de la estructura orgánica del Protectorado viene recogida, en definitiva, en el capítulo II del Decreto 188/1990, de 19 de septiembre.

de la voluntad del fundador y del cumplimiento de los fines fundacionales"; y en el art. 23.2, que señala que "el desarrollo de la actividad protectora se manifestará en verificación del interés general de la fundación y del derecho a disfrutar de los privilegios y beneficios que determinen las leyes".

Las funciones que la Ley atribuye en concreto al Protectorado, vienen listadas, básicamente, en el art. 24. El tenor literal de dicho artículo evidencia el carácter intervencionista con el que el Protectorado se concibe en la LFC. De esas facultades, en muchos casos excesivas, previstas en el art. 24, vamos a ocuparnos sólo de algunas que merecen especial atención.

Según la letra a) del art. 24, corresponde al Protectorado proceder a la "clasificación e inscripción de las fundaciones privadas sujetas a la presente Ley".

No alcanza a entenderse muy bien la referencia a la clasificación. Ni la propia LFC, ni el reglamento que la desarrolla regulan en ningún lugar qué es y cómo ha de hacerse la clasificación de una fundación. Ello es lógico, pues la clasificación era un acto administrativo que, con arreglo a la normativa estatal vigente hasta que entre en vigor la ley de Fundaciones y Mecenazgo, servía exclusivamente para determinar a qué normativa y a qué Protectorado quedaba sometida una fundación. En consecuencia, dado que el Protectorado de fundaciones del Gobierno de Canarias es único, lo más lógico sería suprimir la mención a la clasificación que realiza el art. 24 a) de ley (15).

Con arreglo a la letra j) del art. que comentamos, al Protectorado compete "decidir según lo establecido en el art. 39 del Código civil, sobre el destino de los bienes dotacionales cuando no sea posible la constitución de la fundación o debe procederse a su extinción y no se halle previsto en sus estatutos".

Esta facultad del Protectorado puede resultar problemática en lo referido a la posibilidad de que el Protectorado decida el destino de los bienes dotacionales cuando no sea posible la constitución de la fundación.

Imaginemos el caso de una fundación testamentaria a fe y conciencia, en la que el fundador otorgó directamente la carta fundacio-

(15) Curiosamente, antes de la entrada en vigor de la Ley de Fundaciones y Mecenazgo, el Protectorado de Fundaciones del Gobierno de Canarias clasificó a numerosas fundaciones aprovechando lo dispuesto en el art. 24 j), con el único fin de que dichas fundaciones pudieran gozar de los privilegios fiscales previstos en la normativa entonces vigente.

nal en el acto *mortis causa* (cfr. art. 3.3 LFC). Dicha fundación no podría alcanzar la personalidad jurídica con arreglo a la LFC, pues la voluntad del fundador de excluir la intervención del Protectorado es contraria a la Ley. ¿Supone ello, que el Protectorado deberá decidir, con arreglo a lo dispuesto en el art. 39 del Código civil, el destino de los bienes de dicha fundación? El tenor literal del precepto que analizamos induce a pensar que la respuesta será afirmativa, lo cual es gravísimo, porque ello supondría prácticamente una expropiación innominada de bienes, prohibida por nuestra Constitución en su art. 33.

Mención especial merece, por último, la facultad que se otorga al Protectorado en el art. 23.1, *in fine*. Según dicho artículo, “excepcionalmente y en estricta observancia de su cometido, el Protectorado podrá interpretar e integrar la voluntad fundacional”. Quiere ello decir, que el Protectorado podrá en cualquier momento de la vida de cualquier fundación interpretar e integrar la voluntad del fundador, si bien con la limitación de que sólo podrá hacerlo excepcionalmente y en estricta observancia de su cometido.

Una facultad semejante es, en nuestra opinión, excesiva, y no tanto por los términos en que está planteada, sino por el uso que se puede hacer de ella. Sería, por tanto, aconsejable que dicha facultad se suprimiese y que, en caso contrario, el Protectorado haga un uso verdaderamente excepcional de la misma.

VI. EXTINCION DE LA FUNDACION

La extinción de la fundación es discutible, sin duda, que constituya parte del contenido esencial del derecho de fundación. Ahora bien su regulación puede afirmarse que escapa en alguna medida a la disponibilidad del legislador ordinario, dado lo dispuesto en el art. 34.2 de la Constitución.

Señala dicho art. que regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados segundo y cuarto del art. 22. A su vez, el mencionado art. 22.4 señala que “las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada”. Puede decirse, por tanto, y ciñéndonos a lo que ahora nos interesa, que la Constitución dispone que las fundaciones sólo podrán ser disueltas en virtud de resolución judicial motivada, lo cual implica que, en cierto modo, la regulación de la extinción de las fundaciones escapa a la disponibilidad del legislador ordinario. Por este motivo,

nos parece también interesante analizar la regulación que la LFC realiza de la extinción de las fundaciones.

1. Causas de extinción

La Ley distingue en el art. 21 dos tipos de causas: las previstas en los estatutos y en la carta fundacional (art. 21.1); y las recogidas en el art. 39 del Cc (art. 21.2).

El primer grupo de causas está integrado por todas aquellas que el fundador dejó señaladas al constituir la fundación, bien en los estatutos, bien en la carta fundacional. Se deja así en manos del fundador la posibilidad de determinar los supuestos en los que procederá la extinción de la fundación, aunque no podrá establecer causas contrarias a la ley, ni, como acertadamente indica CAFFARENA LAPORTA (16) fijar causas de extinción cuya operatividad quede en manos del fundador o de terceros.

El segundo grupo de causas de extinción que prevé la Ley está integrado por las que vienen recogidas en el art. 39 del Código civil (*vid.*, art. 21.2). Tales causas son las siguientes: a) la expiración del plazo durante el cual funcionaba legalmente la fundación; b) la realización total del fin fundacional; y c) la imposibilidad sobrevenida de dicha realización (cfr. art. 39 Cc).

Respecto a la primera de las causas señaladas, es decir, la expiración del plazo durante el cual funcionaba legalmente la fundación, hay que señalar, que parece necesario entender que va referida al supuesto de que expire el término que el fundador había fijado inicialmente para el funcionamiento de la fundación (17). Ello permite afirmar que dicha causa es en realidad una causa prevista por el fundador y que se integra, en consecuencia, en el primer grupo de causas al que antes aludíamos.

Es necesario señalar también, que la LFC impone una importante limitación a la operatividad de las causas previstas en el art. 39 del Cc, ya que señala en su art. 21.2, que las mismas operarán "cuando no sea posible, en cumplimiento de la voluntad fundacional, disponer la modificación o fusión de la fundación". Quiere ello decir que la extin-

(16) *El régimen jurídico de las fundaciones: estudio para su reforma*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1991, p. 150.

(17) Así, lo ha entendido mayoritariamente la doctrina: ver por todos, VALERO AGUNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969, pp. 450 y ss.; y CAFFANERA LAPORTA, J., *op. cit.*, pp. 149 y ss.

ción de las fundaciones en los supuestos previstos en el art. 21 será en realidad el último recurso y sólo se adoptará cuando no sea posible la modificación o la fusión.

2. Procedimiento

La remisión que el art. 34.2 de la Constitución realiza al art. 22.4 de la misma parece indicar, en una primera aproximación, que la extinción de cualquier fundación tendrá que realizarse necesariamente mediante un procedimiento que acabe con una resolución judicial. En nuestra opinión, sin embargo, la anterior conclusión es errónea.

El propio hecho de que la Constitución se remita conjuntamente a los apartados segundo y cuarto del artículo 22 indica claramente que la exigencia constitucional de resolución judicial motivada se refiere únicamente a aquellos supuestos en que la extinción de la fundación se configura como una sanción por la ilicitud de sus fines o de sus actividades. Piénsese que, en último término, la *ratio* del precepto constitucional es la de evitar que la extinción de una fundación pueda producirse en virtud de un acto arbitrario del Protectorado, acto que podría ser impugnado e incluso anulado en la vía contencioso-administrativa, pero que tendría en muchos casos unas repercusiones nefastas para la fundación. ¿Cómo podría una fundación extinguida y liquidada en virtud de una decisión arbitraria del Protectorado reemprender su actividad meses o años después cuando la jurisdicción contenciosa declarase la ilegalidad de dicha decisión? Precisamente, por ello, entendemos que será necesaria también resolución judicial para extinguir una fundación en aquellos casos en que no exista acuerdo entre el Protectorado y el Patronato acerca de la procedencia de la extinción.

Hay que señalar, con todo, que la extinción de una fundación por la ilicitud de sus fines o actividades difícilmente se producirá, ya que: 1) para que una fundación pueda existir como tal su fin habrá de ser de interés general y, por tanto, no podrá ser ilícito; 2) las actividades de la fundación han de ajustarse al fin fundacional, por lo que siendo éste lícito, habrán de serlo también aquéllas y de no ser así, ello se deberá a una actuación ilícita de los representantes de la fundación, que serán, en consecuencia, quienes deban responder de esa actuación; y 3) es muy poco probable que un fin que en el momento de constituirse la fundación era de interés general devenga posteriormente ilícito.

Entrando ya en la regulación que la LFC realiza del procedimiento para la extinción de las fundaciones, puede decirse que del art. 21 se deduce que, en realidad, no se regula un único procedimiento, sino que existen dos procedimientos distintos, en función de si la extinción se produce en virtud de una de las causas recogidas en el primer apartado de dicho artículo (causas previstas por el fundador en los estatutos o en la carta fundacional) o de una de las causas recogidas en el apartado segundo (art. 39 Cc).

Al primer caso la LFC le dedica básicamente los apartados primero, cuarto y quinto del art. 21. Dichos apartados disponen que “el patronato de la fundación procederá a su extinción cuando así se prevea en la carta fundacional, o en sus estatutos”; que “el acuerdo de extinción será en todo caso razonado, con expresión de la situación patrimonial de la fundación y del programa de liquidación, así como del destino de los bienes fundacionales de conformidad con el art. 39 del Código civil”; y que “para el comienzo del proceso extintivo se requerirá aprobación del Protectorado”.

En consecuencia, en los anteriores supuestos el Patronato será el único legitimado para proceder a la extinción de la fundación, extinción que realizará por sí solo mediante la toma del acuerdo oportuno. No obstante, y dado lo dispuesto en el art. 21.5, será precisa la aprobación del Protectorado para iniciar el proceso extintivo y, que el acuerdo extintivo sea razonado y que contenga las previsiones exigidas por el artículo 21.4.

El otro procedimiento extintivo que la LFC contempla es el que habrá que aplicar cuando la causa de la extinción sea una de las recogidas en el art. 21.2, que, como sabemos, y dada la remisión que dicho art. realiza, son las previstas en el art. 39 del Código civil.

El art. 21.3 faculta al Protectorado para promover el expediente de extinción de la fundación, oído el Patronato, o a instancia de éste. En concreto, y según dispone el art. 23.1 del Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado, corresponde a la Comisión Ejecutiva promover el citado expediente. Por tanto, la situación es un poco la inversa a la recogida en el art. 21.1, ya que en estos supuestos el único que está legitimado para promover la extinción es el Protectorado, si bien es verdad que éste estará obligado a hacerlo cuando así se lo solicite el Patronato.

La aprobación del expediente corresponde, según el art. 24 i) al Protectorado y, en concreto, al Pleno del Protectorado (*vid.* art. 23.3 del reglamento de desarrollo).

Finalmente, hay que señalar, que por exigencia del art. 21.5, será precisa la aprobación del Protectorado para el comienzo del proceso

extintivo. Ello nos lleva a una situación ridícula, puesto que será preciso que el Protectorado apruebe el comienzo de un proceso extintivo que necesariamente debe ser promovido por el propio Protectorado.

Como conclusión a todo lo dicho respecto al procedimiento extintivo, podría extraerse la siguiente: el procedimiento actualmente previsto es enormemente complicado y contradictorio, por lo que sería preferible que se regulase un único procedimiento de extinción en el que participaran el Patronato, el Protectorado y, cuando fuere necesario, los tribunales.

3. Liquidación y destino de los bienes remanentes

La LFC exige, sea cual sea la causa y el procedimiento de extinción de la fundación, que en el acuerdo de extinción conste el programa de liquidación y el destino de los bienes fundacionales remanentes (art. 21.4). Señala, en este sentido, el art. 24 del Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado que “el acuerdo por el que se apruebe la extinción de una fundación pondrá fin a las actividades ordinarias de ésta e iniciará su liquidación” y que “el acuerdo de extinción supondrá el cese de los miembros de los órganos de gobierno y dirección de la fundación en quienes no concurra la condición de liquidadores”.

Respecto al destino de los bienes fundacionales remanentes, señala la LFC en su art. 21.4, que el acuerdo de extinción será en todo caso razonado, con expresión “... del destino de los bienes fundacionales de conformidad con el art. 39 del Código civil”. Por su parte, el Código dispone que se dará a los bienes de las fundaciones extintas “la aplicación que... las cláusulas fundacionales les hubiesen... asignado”, y que “si nada se hubiere establecido previamente, se aplicarán esos bienes a la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia o municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas”.

Parece claro, por consiguiente, que los bienes remanentes de las fundaciones que se hayan extinguido, tendrán el destino que el fundador hubiere previsto en los estatutos y sólo en caso de que nada se hubiere previsto por el fundador se destinarán los mismos a otros fines de interés general. Así, lo corrobora, además, el art. 24 j) de la Ley, que faculta al Protectorado para decidir el destino de los bienes cuando no existiera previsión estatutaria al respecto, señalando, incluso, que tales bienes deberán aplicarse “exclusivamente en favor

de entidades públicas o privadas, sin ánimo de lucro, que cumplan fines análogos y siempre en interés de la Comunidad Autónoma de Canarias”.

En nuestra opinión, la regulación de la LFC en este punto es desacertada, puesto que lo más correcto sería exigir que los bienes remanentes se destinaran en todo caso a la atención de un fin de interés general, evitándose así cualquier utilización fraudulenta de la figura fundacional.

