

# SOBRE EL CONCEPTO DE FUNDACIÓN

Josep M. Puig Salellas

## 1. Planteamiento

Es evidente que la fundación es hoy una figura jurídica en expansión. Según datos publicados por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, entre 1980 y 1995 se han constituido en Cataluña 901 fundaciones sujetas a la normativa catalana, con exclusión, por lo tanto, de las de ámbito estatal. Habiendo 19 fundaciones extinguidas, queda una diferencia positiva de 882, siendo el número de constituciones los cinco últimos años, entre 1991 y 1995, de 72, 68, 106, 104 y 47 fundaciones respectivamente. El año en que hubo más fue 1984, con 111 constituciones.

La flexibilidad de esta figura jurídica y, por consiguiente, su capacidad de adaptación a situaciones distintas, aparte de otras razones más específicas, como la facilidad de organizar, sin vulnerar la ley, el control posterior de sus actividades por la persona o los grupos de personas que la promueven, o el hecho de que, dado su prestigio social, se convierta en un marco útil para la obtención de recursos ajenos, ha dado lugar últimamente, aquí y fuera de aquí, a un uso muy notable de este tipo de persona jurídica.

Con esta última observación —la relativa a la captación de recursos ajenos—, de hecho queda ya planteado uno de los grandes problemas que presenta hoy el estudio de la fundación. Es decir, tradicionalmente, ésta era, en su punto de partida, un patrimonio destinado por el fundador, quien, en general, era una sola persona física, de sólida posición económica y espíritu generoso, a la consecución de una finalidad de interés general, con suficiencia de recursos por ella misma, inicialmente o a través de dotaciones posteriores del mismo fundador. El hecho evidente es que, en la actualidad, si observamos la realidad —al menos en Cataluña—, al lado de este tipo de fundación, aparecen con fuerza otras posibilidades; por ejemplo, aquella fundación que, de hecho, a partir de una dotación inicial a menudo reducida, que no tiene otro objetivo que asegurar la puesta en marcha de una determinada actividad, lo que pretende es la obtención, con ésta, de recursos necesarios para la consecución del fin —naturalmente, unos recursos captados desde el exterior.

Con esto es evidente que aquel concepto de patrimonio, en el sentido de patrimonio inicial suficiente, integrado por bienes materiales, inmuebles o muebles, por valores o por metálico, pasa a segundo término. En cambio, lo que en aquella realidad resulta determinante es la configuración por el o los fundadores de un sistema dirigido a la obtención de los recursos necesarios —aquella actividad— para lograr la finalidad fundadora. Por lo tanto, la fundación ya no puede ser definida solamente como un patrimonio destinado a la consecución de una finalidad de interés general; es decir, el

concepto de patrimonio se difumina y, de hecho, aquella persona jurídica presupone la concurrencia de dos elementos: uno instrumental, el otro finalista. O sea:

Por una parte, la ordenación de aquel sistema suficiente de obtención de recursos, que puede venir constituido bien por aquel patrimonio, bien por el desarrollo de una determinada actividad, apta para aquella obtención, o bien por la combinación de ambos aspectos.

Por otra, la definición de una finalidad permanente, no sólo transitoria, de interés general.

De hecho, se puede hablar todavía de un tercer elemento configurador: la existencia de una organización capaz de hacer operativo aquel patrimonio o aquella actividad y, de hecho, alguna posición doctrinal —y, como veremos, el mismo legislador estatal— ha querido poner énfasis en este aspecto. Pero la existencia de una organización no es una peculiaridad de las fundaciones; es un hecho común en todas las personas jurídicas, lo que no sucede con los otros dos elementos indicados. Una asociación, por ejemplo, no requiere la existencia de una base autónoma generadora de recursos, ya que se pueden obtener simplemente a partir de las cuotas de los socios, y la existencia de una finalidad de interés general no es ciertamente tampoco el objetivo, por ejemplo, de una sociedad mercantil.

De hecho, el marco es, sin embargo, todavía más amplio. Es decir, a partir del momento en que la exigencia de un patrimonio inicial suficiente se diluye, las posibilidades de uso de la figura fundacional continúan ampliándose. Aparece entonces un tercer tipo de fundación: aquella que obtendrá los recursos necesarios para lograr su finalidad a partir de una determinada capacidad de relación, preexistente o no, que será capaz de aflorarlos.

En cualquier caso, siempre a partir de una atenta observación de la realidad, la adopción de esta posibilidad amplía el elemento configurador descrito antes bajo la letra a), incluyendo en el sistema de obtención de recursos aludido, es decir, el constituido por un patrimonio o por el desarrollo de una actividad, esta capacidad de relación, anterior o posterior a la creación del ente. Con esto es evidente que aumenta el riesgo de constitución de falsas fundaciones, en definitiva, de estructuras encaminadas a la obtención de recursos que evidentemente no se tienen, destinados a financiar una finalidad que, a pesar de las apariencias —que siempre se guardan—, no siempre será de interés general o, si lo es, muy a menudo lo es sólo con carácter transitorio.

Pero esto es otra cuestión y, en último término, el abuso de derecho nace con el nacimiento del mismo derecho. Prefiero, en cambio, hacer una referencia sucinta a los aspectos relevantes de las tres clases de fundaciones presentadas.

## 2. La fundación de patrimonio

El legislador catalán, es decir, la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas, plantea la fundación, por lo menos en su punto de partida, bajo la óptica patrimonialista. Según la exposición de motivos, se trata de lograr «un estímulo suficiente para la dedicación de capitales privados nuevos para la realización de finalidades de interés general que coadyuvan los poderes públicos catalanes para satisfacer las necesidades generales de la sociedad», razón por la cual siempre, según aquella exposición, el control de los poderes públicos se tiene que limitar a garantizar, además del respeto a la

voluntad fundacional, «la efectiva dedicación de su patrimonio —es decir, aquellos capitales privados— al cumplimiento de las finalidades de interés general que las definen».

Todo esto debe tener su lógica incidencia en el tono del articulado, que, de hecho, parte de la base de que, en el momento constitutivo, estamos en presencia de un patrimonio significativo. El artículo 1 concibe claramente la fundación como la afectación de un patrimonio a la realización, sin ánimo de lucro, de una finalidad de interés general y, por consiguiente, el artículo 3, en el apartado 1, se ocupa de la aportación de aquel patrimonio, la cual se debe hacer «por cesión gratuita, entre vivos o por causa de muerte, y puede consistir en bienes y derecho de cualquier naturaleza», y de la realidad de esta aportación, de manera que, según el apartado 3, «la dotación de la fundación no puede consistir sólo en el propósito de captar donativos, ni que se trate de cuotas o subvenciones periódicas», con la peculiaridad que vamos a ver, sin embargo, al hablar de las fundaciones instrumentales.

La idea patrimonialista está patente y reaparece en el artículo 4, que nos habla de nuevo de los «bienes que constituyen la dotación», previendo expresamente la aportación de bienes que podríamos calificar de materiales, de manera que esta puede ser «en forma de inmuebles, instalaciones o bienes de naturaleza mueble», y presuponiendo la aportación en metálico al establecer, aunque sea con un planteamiento residual, que «el resto de la dotación debe ser invertida normalmente en bienes fructíferos».

Pensando siempre en que el punto de partida es un patrimonio, es lógico que la Ley catalana, en su artículo 8, establezca como uno de sus requisitos del acto constitutivo la especificación de la dotación inicial, «con la descripción y la naturaleza de los bienes y derechos que la integran, su patrimonio, sus cargas y el título de la aportación», y las referencias se podrían incrementar, de manera que se puede afirmar, por lo menos desde mi punto de vista, que la lectura de los preceptos que el legislador catalán dedica a la fase constitutiva de la fundación lleva a la convicción de que, como he dicho, la Ley ha sido redactada básicamente a partir del concepto tradicional de esta figura jurídica.

Sin embargo hay que decir que no es muy diferente del punto de vista del legislador estatal. Su punto de partida es también patrimonialista, aunque el artículo 1 de su texto, la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones privadas y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, sea probablemente un intento —no logrado— de hacer un planteamiento más amplio. Es decir, si el texto catalán, como acabamos de comprobar, en su primer artículo sólo utiliza los conceptos de patrimonio y de finalidad, el precepto estatal añade un tercer elemento, al cual ya he aludido antes, incluso como punto de partida de su definición: el de organización. Es decir, «son fundaciones las organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus fundadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general». De hecho, la definición es más completa que la catalana, puesto que adiciona la nota de permanencia —afectación duradera—, que no contempla aquélla.

Pero, como se ha dicho, la idea de organización es una obviedad y, al final, es evidente que el artículo 1 de la Ley de 1994 acaba poniendo énfasis en la idea de afectación de un patrimonio. La presencia patrimonialista es, pues, evidente y en esta línea el artículo 8 establece como uno de sus requisitos de la constitución la existencia de una dotación real, que debe ser valorada y que, según el artículo 10, «podrá consistir en bienes o derechos de cualquier clase».

En realidad, todos estos aspectos no son sino el reflejo del criterio conceptual, que preside el texto, expresamente formulado en la exposición de motivos, según la cual aquél, y más concretamente el título I de la Ley —que es el dedicado a las fundaciones—, «parte de un concepto tradicional de fundación, pero poniendo el acento en su carácter de organización».

### 3. La fundación instrumental

De hecho, si se leen todos los textos normativos, más allá de las definiciones y más allá de los artículos que, en esta lógica patrimonialista, colocan en primer término al concepto de dotación, como sinónimo de patrimonio —del que nunca se podrá desprender ninguno de los dos legisladores— se acabará constatando que en el fondo los criterios no son tan cerrados. Es decir, tanto la Ley catalana como la Ley estatal, incluso a la letra, hacen posible una alternativa a la fundación patrimonial, concretamente la fundación instrumental.

El artículo 3 de la primera indica, como hemos visto, que «la dotación de una fundación no puede consistir sólo en el propósito de recaptar donativos, ni que sean cuotas o subvenciones», pero esto «salvo que fuese garantizada plenamente la continuidad en una cuantía suficiente para cumplir las finalidades fundacionales». El texto plantea evidentemente algunos problemas de interpretación y, por otra parte, tanto en relación a una como a la otra posibilidad de financiación, la precisión del concepto de garantía suficiente es un segundo problema; un problema que me da la impresión que hay que resolver sobre la base de su relativización.

De entrada, según mi parecer, son muchas las reservas que hay que formular en relación a la constitución de una fundación que plantee su financiación sólo sobre la base de la recaptación de cuotas. Aparece entonces la figura del socio y, por lo tanto, un planteamiento colectivo que, más propiamente, habría que resolver a través de la asociación. Pero, más allá de este aspecto, de cara a la cuestión planteada, lo que importa es la persistencia, pese a todo, del concepto de dotación, o más exactamente la necesidad que siente el legislador de configurar las cuotas o subvenciones futuras como verdaderos supuestos de dotación, cuando es evidente que eso no es así, si se quiere dar un sentido propio a la dotación inicial. Por otra parte, la posibilidad teórica de constituir una fundación sobre la base sólo de subvenciones o cuotas, es decir, sin una dotación inicial de puesta en marcha —posibilidad que es evidente que resulta de la letra de la ley— lleva a una conclusión absurda: la posibilidad de constituir una fundación con una dotación inicial cero, que hay que rechazar.

En otras palabras: la constante referencia intelectual a la figura de la fundación de patrimonio, combinada con la realidad tangible, quiero decir en la práctica, de las fundaciones instrumentales, nutridas básicamente con subvenciones, más excepcionalmente con cuotas, ha llevado al legislador a la confusión y, por consiguiente, a la configuración de unas y otras como tal dotación, cuando es evidente que en general ambas se aplican no a la creación de un patrimonio estable, sino a la finalidad funcional y a la cobertura de los gastos de funcionamiento.

El planteamiento de la Ley, pues, es perfectible. En las fundaciones instrumentales, en buena técnica, hay que diferenciar el concepto de dotación en sentido propio, es decir, como aportación inicial, de las aportaciones —subvenciones o cuotas— futu-

ras, que son otra cosa. En cualquier caso, aunque no lo diga expresamente su texto, creo que en una interpretación lógica hay que entender que el legislador catalán está presuponiendo aquella aportación inicial de los recursos que hagan posible lo que podemos denominar funcionamiento burocrático. Pero su texto no lo dice, y el caso es que, a su vez, igual planteamiento hace la Ley estatal, que, en su artículo 10.4, afirma que «se puede considerar como dotación el compromiso de aportaciones de terceros siempre que estuvieran garantizadas», añadiendo también que «en ningún caso se podrá considerar como dotación el mero propósito de recaudar donativos».

Con lo cual, hemos pasado del concepto de fundación de patrimonio al grado más elevado de despatrimonialización; en definitiva, a la fundación instrumental en el sentido más estricto del término. Es decir, aquella que se constituye con una estructura mínima, pero suficiente, para la obtención de los fondos que hay que aplicar a la finalidad fundacional. Ni que decir tiene que este tipo de fundaciones es cada vez más importante, especialmente por enmarcar la actuación de las grandes entidades financieras en ámbitos de interés general, y es evidente que el título II de la Ley estatal, dedicado a los incentivos fiscales a la participación privada en actividades precisamente de este interés, persigue —con más o menos acierto— el fomento de estas actitudes.

Naturalmente, entonces, es decir, cuando son estas entidades las promotoras, aquel requisito de la garantía en la realidad de las subvenciones esperadas —dejemos ahora aparte las cuotas—, exigida por ambos legisladores, no ofrecerá mayores dificultades. Como ejemplo suficientemente ilustrativo, la Fundació «la Caixa», creada por la Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona para desarrollar su obra social, ha obtenido de ésta unos recursos por importe de 12.148 millones de pesetas en 1995 y obtuvo 8.630 millones de pesetas en 1994, y nadie pondrá en duda la continuidad de estas subvenciones, que, por otra parte, cumplen con la obligación de dotación de la obra social, propia de este tipo de entidades.

Evidentemente, el caso más notorio es el de la fundación creada para poner en marcha la Universidad Abierta de Cataluña. La garantía está en una ley, concretamente la Ley 3/1995, de 6 de abril, en cuyo artículo 7, entre las fuentes de financiación de la entidad se hace referencia a la subvención que se fijará anualmente en el presupuesto de la Generalidad.

#### 4. La fundación de actividad

4.1. El hecho es, sin embargo, que este planteamiento —fundación de patrimonio, fundación instrumental— supone aún una visión fragmentada del ámbito. Es decir, al lado de la fundación de tipo tradicional, que se nutre fundamentalmente de los recursos que obtiene a partir de su patrimonio, al lado también de la fundación que se financia a partir de recursos externos, obtenidos vía cuotas o vía subvención, la observación de la realidad nos muestra que existe con fuerza la que llamo fundación de actividad y a la que ya he aludido al empezar. Quiero decir aquella que obtiene los recursos ella misma, pero no a partir de un patrimonio, que o no existe —aparte de la dotación inicial de puesta en marcha— o no es significativo, sino a partir de su actividad.

Este tipo de fundaciones es apto, por ejemplo, para estructurar actividades de estudio o investigación de iniciativa privada, pero es evidente que se da cada vez más

por impulso de las instituciones públicas, entre otras razones, con el objetivo de agilizar actuaciones que se verían lastradas si se tuviesen que observar todos los requisitos formales de los trámites administrativos. Por citar también aquí un ejemplo, basta con fijarse en la opción generalizada que están haciendo las universidades catalanas en lo que se refiere, por un lado, a la gestión de la transferencia de tecnología y, por otro, a la formación continua.

La Ley orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de reforma universitaria, en el artículo 11, permite a los departamentos y a los institutos universitarios, así como a su profesorado, la contratación externa de trabajos científicos, técnicos o artísticos, como también el desarrollo de cursos de especialización. Si bien es cierto que el precepto prevé esta actividad «a través de ellos mismos», por lo tanto, de los departamentos y de los institutos, lo cierto es que la actuación directa coexiste hoy generosamente con aquella que se canaliza a través de fundaciones de actividad creadas por las universidades.

Así sucede, como queda apuntado, tanto en lo referente a la transferencia tecnológica como a la expansiva formación posgradual o continua. En definitiva, en cuanto a la primera, la existencia de una estructura *ad hoc* puesta en marcha por la universidad, sola o con colaboración externa, permite una conveniente labor de promoción y, además, una gestión profesionalizada y ágil de los contratos, librando al centro de investigación de la organización del correspondiente sistema administrativo. Pero permite además el establecimiento de una relación más estrecha con el sector empresarial, que incluso a través del patronato o de órganos colaterales está en condiciones de participar en el gobierno de la fundación; aspecto este último ciertamente importante en lo que se refiere a la formación posgradual y, sobre todo, a la continua, en la que el mundo de la empresa puede orientar el diseño de los cursos, estableciendo una relación estable, beneficiosa para los dos extremos de la misma.

El interés general en el fomento de este tipo de fundaciones, en el ámbito universitario y, evidentemente, también más allá, me parece claro y, no obstante, es evidente que ni la Ley catalana ni la Ley estatal se ocupan de ello. Es decir, lo que se está describiendo no tiene nada que ver con la figura de la fundación titular de una sociedad mercantil, que, mejor o peor, tratan tanto la Ley catalana —artículo 4.4— como la Ley estatal —artículo 22. En efecto, en este segundo caso, es decir, en los supuestos de hecho contemplados por ambos preceptos, a los que haré alguna referencia acto seguido, hay dos personas jurídicas, la fundación y la sociedad, que es la que desarrolla directamente la actividad. En nuestro caso, en cambio, la actividad es llevada a cabo, directamente también, por la fundación, que es la única persona jurídica presente.

4.2. Lo que sucede es que este tipo de fundaciones se encuentra en el límite del concepto, puesto que es evidente que obtienen sus recursos a través de actividades que son ciertamente económicas y que, por lo tanto, podrían ser perfectamente el objeto de una sociedad mercantil. Es decir, cuando una fundación de actividad, vinculada a una universidad, gestiona un contrato de investigación, es lógico que perciba una comisión sobre la retribución convenida entre la institución pública o la empresa que ha encargado el trabajo y el profesor o el equipo que lo desarrolla. Hace de intermediaria y, en el otro caso contemplado, es decir, en el de impartición de cursos, por ejemplo, de formación continua, cobra las matrículas correspondientes, que, como es lógico, no sólo cubren el coste estricto de aquéllos.

En este sentido, hay un lucro; lo que sucede es que éste no se repartirá nunca, por

ejemplo, como dividendos, sino que será reinvertido y destinado a la financiación de la propia fundación. La razón es evidente: aquella intermediación o aquella docencia son las únicas o, por lo menos, las más significativas fuentes generadoras de recursos, en paralelismo con lo que significan los frutos —un lucro también— que de sus bienes obtiene una fundación de patrimonio o con las subvenciones y las cuotas de las fundaciones instrumentales.

Dicho de otra manera, a estas alturas del siglo XX la inexistencia de lucro en las fundaciones —artículos 1 de la Ley catalana y de la Ley estatal— debe interpretarse en un sentido funcional, y me referiré a este aspecto más adelante. Es decir, de lo que se trata no es de que estas fundaciones —y tampoco las otras— presten sus servicios de manera graciosa, sino que de los rendimientos que obtengan con su actividad se apliquen en la proposición exigida por la ley a las actividades propias de la fundación, es decir, en la Ley catalana, artículo 5.2, el 80% «de las rentas que obtenga la fundación y de los otros ingresos que no formen parte de la dotación», y en la Ley estatal, artículo 25.1, el 70% «de las rentas o cualesquiera otros ingresos netos que, previa deducción de impuestos, obtenga la fundación», y se integre el resto en la dotación funcional, como dice expresamente aquel artículo estatal y como sobreentiende la Ley catalana.

Congruentemente con este planteamiento, el artículo 24 de la Ley estatal admite expresamente que las fundaciones obtengan ingresos por sus actividades y es evidente que este tipo de recursos viene presupuesto por la Ley catalana en su artículo 5.2, recién citado, cuando habla de los otros ingresos, después de citar las rentas.

4.3. En último término, el legislador catalán nos facilita en cierta medida el camino cuando, en un precepto de redacción discutible, aquel artículo 4.4, establece que «la inversión de todo o de una parte del patrimonio de una fundación en empresas mercantiles, siempre que atribuya a aquélla la calidad de comerciante en términos legales, debe ser autorizada por el protectorado». Es evidente que el precepto ha de ser entendido de manera adecuada, entre otras razones, porque creo que su planteamiento, entendido literalmente, es contradictorio puesto que por definición una fundación nunca podrá ser comerciante.

Según el artículo 1 del Código de Comercio, son comerciantes aquellos que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente, por lo tanto, los comerciantes individuales y las compañías mercantiles y industriales que se constituyan conforme al Código, y es evidente que la fundación no es ni una cosa ni la otra. Por consiguiente, extraída del texto del artículo 4.4 de la Ley catalana aquella referencia a la condición de comerciante, ontológicamente imposible, el precepto —que ha de tener algún sentido—, *a contrario sensu*, afirma que las fundaciones, sin necesidad de autorización, pueden dedicarse a empresas mercantiles, dedicación que, entendido el término como creo que corresponde, quiero decir, en sentido amplio, conlleva, por una parte, la posibilidad de invertir los recursos adquiriendo la titularidad —las acciones, las participaciones sociales— de una empresa, pero, por otra, el ejercicio directo, con los matices que vamos a ver, de una actividad empresarial.

En ambos casos los resultados, es decir, los beneficios repartidos —si se trata de participación en sociedades— o el producto de la actividad —ejercicio directo de la misma—, según el caso, se aplican a la finalidad fundacional. Y es evidente que en el segundo —este ejercicio directo— no existe contradicción entre el hecho de que la

fundación no sea comerciante y, a pesar de todo, pueda desarrollar una actuación mercantil, puesto que el mismo Código de Comercio, en su artículo 2, afirma que los actos de comercio se regirán por sus disposiciones y por el derecho supletorio que cita, «sean o no comerciantes los que lo ejecutan».

Con esto, quizá debamos volver al punto de partida de este trabajo y matizar las afirmaciones hechas en los primeros apartados. Allí he afirmado, en síntesis, que tanto el legislador catalán como el estatal sólo contemplan dos tipos de fundaciones, una expresamente, la fundación de patrimonio, otra tácitamente, la fundación instrumental, al admitir que la dotación pueda consistir sólo en subvenciones o cuotas suficientemente garantizadas. Y, en cambio, nos encontramos ahora con que ambos legisladores están aceptando *de facto*, yo diría que sin darse cuenta, la fundación de actividad, con lo cual llegaríamos a una conclusión plausible: las cosas son lo que son y, a pesar de que de entrada los textos estén redactados de manera estricta —concepto patrimonialista de la fundación—, al final el mismo texto, que no puede eludir la realidad cotidiana, ofrece campo suficiente al intérprete para restablecer de manera útil la situación.

Por lo menos creo que a esta conclusión me conducen tanto el artículo 4.4 de la Ley catalana como el artículo 24 de la Ley estatal, naturalmente, en cuanto al primero de estos preceptos, si admitimos la interpretación amplia, que creo que es lógica, que acabo de proponer.

## 5. Recapitulación

Tengo la impresión, pues, que ha llegado el momento de llamar las cosas por su nombre. Es decir, una cosa es la concepción teórica de la fundación como un patrimonio adscrito a la realización de una finalidad de interés general, y otra es la realidad, es decir, si nos atenemos a ésta, es el momento de intentar una reformulación del concepto de fundación, abandonando decididamente el punto de partida patrimonialista todavía al uso, por lo menos por el legislador. Y precisamente me gustaría hacerlo a partir del contenido de aquel artículo 1 de la Ley catalana, tomando como pauta los rasgos característicos que resultan de su texto.

a) La primera consideración debe hacer referencia a la propia figura del *fundador*. Es decir, aquel precepto, como es sabido, contempla la fundación como una iniciativa sólo privada, de manera que en el texto de la Ley se está aludiendo sólo a «las fundaciones privadas a las que se refiere el artículo 9, apartado 24, del Estatuto de Autonomía de Cataluña, constituidas en el ejercicio de derecho de fundación reconocido en la Constitución por las personas naturales o jurídicas privadas».

Hay que decir que este precepto estatutario habla de las fundaciones sin mayor precisión, por lo tanto, sin hacer una alusión al aspecto privado, que era necesaria y, por otra parte, ya acabamos de ver como la realidad nos enseña que la constitución de fundaciones por los entes públicos es un hecho normal. Un hecho normal, que sin embargo hasta ahora, precisamente por aquel precepto de la ley, debía producirse a través de mecanismos indirectos, que no es necesario detallar, o sobre la base de reducir el concepto de persona jurídica pública, no aplicándolo, por ejemplo, a las universidades, de manera que, como referencia cierta, no existió problema para inscribir la

creación por la Universitat de Barcelona de la Fundació Bosch Gimpera, con el fin de gestionar su transferencia de tecnología y, después, los estudios de formación continua, pese al evidente carácter público de la institución.

De hecho, el problema queda hoy resuelto también en Cataluña, pero no por iniciativa del legislador catalán, que ha sido lento de reflejos, sino a través del carácter básico —que lo hace aplicable aquí— del artículo 6.1 de la Ley estatal, según el cual «pueden constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas».

En cualquier caso, es evidente que en las circunstancias actuales la posición debe ser abierta, y una cosa es el concepto de fundación privada, es decir, gobernada por normas de derecho privado, y otra que quien la constituya sea una persona privada. O, en el reverso, también las personas jurídicas públicas pueden crear fundaciones de este tipo, sujetas por lo tanto a una normativa de derecho privado, de la misma manera que pueden crear sociedades anónimas que, a pesar de su puesta en marcha pública, se rigen por el derecho mercantil con los matices que correspondan.

Naturalmente la aceptación de esta hipótesis amplia de constitución plantea el problema del control posterior de la fundación, puesta en marcha por un ente público, una vez creada. De hecho será difícil sustraer la vida de la fundación del control de la entidad creadora y quizá no sería bueno que se produjera una situación de total independencia. A pesar de todo, llegado el momento de la regulación expresa por el legislador de la fundación creada por un ente público, no sería desencaminado que se exigiese una composición neutra —quiero decir equilibrada— del patronato. Pero esto es ya otra cuestión.

b) El segundo aspecto a comentar es el que se refiere a la *base económica* de la fundación, que —insistiré siempre en la necesidad de contemplar nuestra realidad cotidiana— ya no puede ser concebida sólo sobre la idea de patrimonio.

El hecho es quizá más criticable incluso en el legislador estatal, que acepta de entrada la fundación pública de las fundaciones y, pese a que ésta tiene lugar en gran parte precisamente a través de la figura de la fundación instrumental o de la de actividad, no ha sido capaz de seguir hasta el final la lógica de su planteamiento. En cualquier caso, lo que interesa ahora es constatar que si se consigue una visión de conjunto del hecho fundacional, contemplando a la vez la fundación que obtiene sus recursos a través de los rendimientos de su patrimonio, la que los obtiene a través de subvenciones de la entidad fundadora o de subvenciones o cuotas —si admitimos esta posibilidad— de terceros y aquélla que se financia a partir de los recursos que es capaz de generar con una determinada actividad productiva, nos daremos cuenta que al fin y al cabo lo que importa es la existencia —y por lo tanto la puesta en marcha por los fundadores— de una base solvente y estable de generación de recursos, sea esta base aquel patrimonio, la seguridad de aquellas subvenciones o cuotas o la actividad mencionada.

Naturalmente, ninguna de las tres bases indicadas es excluyente; es decir, el desiderátum teórico es la suficiencia de cada base económica, pero nada se opone en aquella realidad cotidiana a la combinación de las tres posibilidades. Por lo tanto, la fundación instrumental obtendrá recursos complementarios de los rendimientos que obtenga, por ejemplo, a través de una sabia colocación de las subvenciones que reciba,

mientras no deban ser invertidas, por lo tanto, con una fórmula propia de la fundación de patrimonio, igual como en las otras dos clases de fundación es perfectamente comprensible la concurrencia también de ayudas externas.

Ahora bien, la franca admisión de este marco económico más amplio de constitución hace imprescindible una actuación supervisora muy esmerada del protectorado en la fase inicial, en lo que se refiere a la puesta en marcha y al funcionamiento futuro de la fundación, pero sin necesidad de llegar a los grados de intervencionismo que establece el Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de aquellas fundaciones de dependencia estatal. Y en este marco, quiero decir en este momento inicial, habría que diferenciar entre:

- La dotación de puesta en marcha, que de hecho llega a ser relevante sólo en las fundaciones de actividad y en las instrumentales, en las que habrá que asegurar la organización de la estructura necesaria para generar después la base económica de funcionamiento.
- Esta base económica de funcionamiento, en relación a la que haré algunas precisiones al final de este trabajo.

c) Evidentemente queda intacto, como tercer aspecto, el objetivo de las fundaciones, que tiene que consistir en una finalidad de *interés general*, aspecto que requiere un cierto esfuerzo intelectual en lo que se refiere a las fundaciones de actividad, precisamente porque en ellas, con esta actividad, se generan unos recursos que como es lógico son de interés particular de la propia fundación, que asegura con ellos la estabilidad de su actividad, que sigue generando recursos, y así sucesivamente.

Es decir, una fundación de patrimonio o una instrumental aplican directamente sus recursos a la actividad de interés general que es su finalidad, mientras que en la fundación privada el interés general se cubre precisamente a partir del ejercicio de la actividad, que es un ejercicio remunerado. O lo que es lo mismo, este tipo de fundaciones son las que más difícilmente encajan con el concepto tradicional, pues sirven al interés general no a través de los recursos que obtienen con la actividad, sino precisamente a través de la propia actividad, que por consiguiente debe ser de interés general indiscutible.

El ejemplo sigue estando en aquellas fundaciones universitarias. Es evidente que las actividades de investigación o las de docencia que gestionan no se dan gratuitamente, pero es evidente también que tanto una como otra, pese a la onerosidad de su prestación, son ellas mismas de interés general. Pero es necesario, es ineludible que lo sean a fin de redimir la contradicción que resulta; es decir, en las otras dos hipótesis de fundación los rendimientos patrimoniales o los recursos externos logrados son los que hacen posible el cumplimiento del objetivo de interés general, mientras que, a la inversa, en la fundación de actividad la realización de este objetivo —la investigación, la docencia, en los casos tomados como referencia— es lo que hace posible la existencia de rendimientos aplicables.

Es aquí, pues, donde la tensión es mayor, y donde aparece más claramente la conveniencia de establecer un marco normativo especial —fiscalidad incluida, como es natural—, para este tipo de situaciones, que encajan mal con el concepto de fundación.

Lo que sucede es que la competencia fiscal es estatal, no autonómica; en cualquier

caso, en la circunstancia actual, será preciso que la Administración catalana, en la creación y naturalmente también en la fase posterior de funcionamiento, examine con cuidado aquel aspecto, como también será preciso que en otro ámbito, es decir, en lo que se refiere especialmente a las fundaciones instrumentales, cuide de la estabilidad del interés general propuesto, que creo es fundamental. La idea de fundación, como resulta incluso de su denominación, conlleva la permanencia en la labor y no es compatible por lo tanto con la transitoriedad, por digno que sea el objetivo propuesto. Aquellas actividades ocasionales que traten de resolver problemas concretos, previsiblemente de duración limitada, deben canalizarse a través de otras figuras jurídicas, por ejemplo, de tipo asociativo, y creo que no son compatibles con una estructura jurídica que conlleva por definición aquella nota de estabilidad.

Ahora bien, al margen de estas observaciones, relativas a dos tipos concretos de fundaciones, las instrumentales y las de actividad, no a la de patrimonio, hay que decir que de hecho el legislador catalán impone el interés general a través de una doble toma de posición. Por un lado, con su expresa afirmación, que reitera el artículo 5.1, según el cual la actividad fundacional debe servir al interés general. Por otro, con el rechazo de que esta actividad beneficie a personas «individualmente determinadas». El sistema del legislador estatal no es diferente en el punto de partida, a la vista de aquella definición de su también artículo 1, que completa el artículo 2.1, con una enumeración —evidentemente no exhaustiva— de actividades posibles: fines de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente, de fomento de la economía o de la investigación y de promoción del voluntariado. Enumeración que el artículo completa, estableciendo dos precisiones: una positiva, otra negativa, que representa esta última un matiz en relación a la Ley catalana:

- La finalidad fundacional debe beneficiar a colectivos genéricos de personas, como los colectivos de trabajadores de una o más empresas o sus familiares.
- En ningún caso pueden constituirse fundaciones con el fin de destinar sus prestaciones a los cónyuges o parientes del fundador hasta el cuarto grado inclusivamente.

La limitación es más estricta que la de aquel precepto catalán, que habla de personas determinadas individualmente y que me parece que, a la letra, no rechaza las llamadas fundaciones familiares, a la manera de las antiguas fundaciones destinadas, por ejemplo, por citar dos casos conocidos, a la dotación de doncellas pobres o a facilitar los estudios a jóvenes sin medios suficientes.

Ni que decir tiene que éste es un aspecto interesante y, de hecho, también a la letra, la misma Ley estatal sólo rehúsa la destinación de los beneficios al cónyuge o a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, con lo cual, siempre a la letra, no rehúsa la protección de estas personas dentro de un marco genérico, por ejemplo, todos los descendientes de una persona determinada, de generación anterior al disponente, y a sus consortes. Pero hay que reconocer que es posible que éste no haya sido el pensamiento del legislador, de manera que el objetivo de éste es precisamente la exclusión de aquellas personas, en todo caso, con lo que la constitución de fundaciones familiares quedaría prácticamente marginada.

Es decir, con el texto de aquel artículo 5.1 de la Ley catalana a la vista, no debería haber ningún inconveniente para constituir una fundación cuyo objeto fuese benefi-

ciar de alguna forma, por ejemplo, a los descendientes del fundador, que es evidente que no serían las personas individualmente determinadas a las que hace referencia el precepto. Pero la cuestión que estoy planteando es puramente teórica; es decir, el artículo 2.1 de la Ley estatal —que afirma la necesidad del interés general y hace esa enumeración de objetivos posibles— y el artículo 2.3 —que es el que prohíbe aquel tipo de fundaciones familiares— son preceptos básicos y, por lo tanto, aplicables en todo el Estado.

d) La Ley catalana y también la Ley estatal añaden en la definición, en sus artículos 1, el concepto de gratuidad o la *inexistencia de ánimo de lucro*. Pero creo que especialmente —aunque no únicamente— la admisión de la fundación de actividad hace que éste sea un concepto que debe ser objeto de revisión.

Es decir, si la Ley catalana, en su artículo 4.4, como hemos visto, admite que la fundación tenga actividades empresariales y si el artículo 24 de la Ley estatal admite que las fundaciones obtengan ingresos por sus actividades, me parece evidente que aquellas tomas de posición en contra de la existencia de un lucro resulten contradictorias. Se dirá que lo que quieren decir las leyes es que los fundadores no deben pretender ningún lucro a través de la fundación; pero la consideración creo que es inútil puesto que la fundación, por definición, no admite la distribución de beneficios y, además, si nos referimos ahora a los patronos, tanto la Ley catalana —artículo 11.5— como la Ley estatal —artículo 13.4— hacen gratuitos sus cargos, de manera que aquellos sólo pueden resarcirse de los gastos que los originen, previsión esta última que la Ley estatal contiene expresamente en el apartado 6 de aquel artículo 13.

Dicho de otra manera, la referencia a la inexistencia de aquel ánimo es un concepto que, referido a la fundación o referido a los patronos, no tiene sentido. Una fundación de patrimonio se lucra ella misma con una buena administración de sus bienes e incluso la fundación instrumental se lucra de las subvenciones, si, como se ha dicho más arriba, coloca bien su importe mientras lo va aplicando. Y ya me he referido a las fundaciones de actividad suficientemente.

Desde mi punto de vista, pues, nada justifica hoy que se siga hablando de la existencia de ánimo de lucro y, de hecho, lo que importa —y lo que hay que decir— es que la fundación invierta los recursos que obtenga en la forma establecida en la Ley, es decir, en la forma especificada más arriba y que ahora no repetiré.

## 6. El nuevo concepto

Con esto hemos llegado al centro de la cuestión, es decir, a la constatación que hoy, en Cataluña, si alguien contempla la realidad, en definitiva, las fundaciones que se inscriben en el correspondiente registro administrativo, la definición del artículo 1 de la Ley no es cierta. Desde aquella realidad cotidiana, deberá llegarse a la definición de la fundación como una persona jurídica de derecho privado, pero de iniciativa pública o privada, que a través de una base solvente y estable de generación de recursos se propone el alcance de una finalidad también estable de interés general mediante la aplicación de aquellos recursos en la forma establecida por la Ley.

Quedan claros, pues, aquellos que desde mi punto de vista son, hoy por hoy, los rasgos característicos de una fundación. Es decir:

a) En el aspecto subjetivo, un criterio amplio, puesto que pueden fundar todas las personas con capacidad de obrar, físicas o jurídicas, públicas o privadas.

b) En el aspecto objetivo o del contenido, igualmente, ya que es amplia la posibilidad de configuración de esta base de obtención de recursos. Ahora bien, esta base debe ser, por un lado, solvente, por lo tanto, suficiente en función de la finalidad fundacional, y por el otro, estable, por lo tanto, segura a fin de garantizar el servicio continuo de esta finalidad.

c) En el aspecto teleológico, que ésta —la finalidad— sea de interés general, pero un interés también estable, no sólo transitorio.

Quedaría todavía un último elemento, el formal, es decir, la necesidad que la constitución tenga lugar en escritura pública y la inscripción en el Registro correspondiente, referencias contenidas en el artículo 6.1 de la Ley catalana y en el 3.1 de la Ley estatal. Pero éstos no creo que sean requisitos conceptuales, sino criterios de oportunidad legislativa, sin duda plausibles, pero no esenciales a pesar de su generalidad.

## 7. La base económica

He dicho más arriba que al final haría referencia a las peculiaridades que aparecen en la *constitución* de aquella base económica de financiación, las cuales, admitida aquella triple tipología acabada de exponer, no pueden ser idénticas. Es decir, la figura de la fundación de patrimonio exige una actividad relativamente reducida por parte de la Administración en la fase inicial, limitada a la comprobación de la realidad del patrimonio y de su aptitud para generar los recursos necesarios. Pero es evidente que las fundaciones de actividad y las instrumentales ofrecen, incluso en esta fase inicial, una mayor complejidad.

Entonces, a fin de hacer las cosas de manera responsable, evitando un uso inadecuado de la figura jurídica, habrá que combinar un cierto nivel de control administrativo con el criterio no intervencionista de la Ley catalana, que comparto plenamente, y que se manifiesta en la exposición de motivos cuando afirma que las fundaciones «quedarán sometidas al control de los poderes públicos sólo en la medida necesaria para que queden garantizados el respeto a la voluntad fundacional y la efectiva dedicación de su patrimonio al cumplimiento de las finalidades de interés general que las definen». Criterio que se refuerza con la consideración de que «esta ley, en cuanto ley de derecho privado, no debe tener un reglamento general de ejecución», de manera que el legislador sólo cree conveniente un reglamento de organización del protectorado, «advirtiendo, sin embargo, que esta reglamentación no puede imponer a las fundaciones ninguna otra obligación sustantiva no establecida en la Ley», que es evidentemente el planteamiento que se refleja en el correspondiente Decreto 37/1987, de 29 de enero.

Ni que decir tiene que aquel reglamento estatal aludido antes de paso, aprobado por el Real Decreto 316/1996, se sitúa en las antípodas. Pero al margen de este comentario, no se puede entender que aquella idea de efectiva dedicación del patrimonio, en definitiva, con más precisión, de dedicación efectiva de los recursos disponibles imponga la necesidad de limitar la preocupación del legislador catalán sólo en la

fase posterior de funcionamiento. La consideración sería errónea y, en último término, por una razón evidente: no es posible ni tan sólo pensar en la existencia futura de aquellos recursos, al menos en una cuantía apreciable, si la base económica inicial no es apta para generarlos.

Examinemos, pues, las tres situaciones.

a) La constitución de la dotación inicial de las *fundaciones de patrimonio* no debe ofrecer muchos problemas. Tiene que ser una dotación lo suficientemente ágil para que sea apta para hacer frente a los gastos iniciales y lo suficientemente sólida para que pueda financiar después las actividades.

De hecho, la regulación de la Ley catalana es un buen punto de partida. Desde mi punto de vista, sin embargo, sería conveniente introducir algunos perfeccionamientos sistemáticos y terminológicos, por ejemplo, en la regulación contenida en su artículo 4, que, al lado de aspectos relativos a la destinación de los bienes que integran la dotación, sin solución de continuidad, regula las diferentes hipótesis de disposición de ésta, diferenciando los bienes materiales —inmuebles, instalaciones o bienes de naturaleza mueble— y el metálico, al que se refiere sin duda el precepto que establece que «el resto de la dotación debe ser invertida normalmente en bienes fructíferos». El artículo acaba regulando en el último apartado aquella hipótesis de inversión en empresas mercantiles, a la que ya he hecho referencia, y que, como resulta de lo que queda indicado, debería merecer un tratamiento más afinado, por lo menos a mi parecer.

En realidad, la aportación de bienes inmuebles y de bienes de carácter material no ofrece mayores problemas, más allá del caso de existencia de gravámenes, que el artículo 3.4 de la Ley catalana resuelve de una manera aceptable. Tampoco crea problemas la exigencia del artículo 4.2, ya aludido, relativo a las aportaciones en metálico, que habrá que invertir de manera fructífera.

Otra cosa es el tratamiento de las aportaciones de participaciones en sociedades. Concretamente, falta una disposición, que creo conveniente, en el sentido de aquel artículo 22 de la Ley estatal, el cual, pese a no diferenciar entre el momento inicial de la dotación y el momento de una adquisición posterior, con una redacción, además, perfectible, afirma que «la fundación no podrá tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales», añadiendo a continuación, ahora sí en relación al momento inicial, que, «cuando formen parte de dotación participaciones en las sociedades a las que se refiere el apartado anterior y dicha participación sea mayoritaria, la fundación deberá promover la modificación de aquéllas a fin de que adopten una forma jurídica en la que quede limitada su responsabilidad».

Es evidente, por otra parte, que el precepto estatal no explicita qué debe ocurrir si la participación no es mayoritaria, aunque la aplicación del criterio general de aquel apartado 1 presupone la aceptación o, lo que es lo mismo, que ésta sólo será posible si la sociedad personalista se transforma previamente en anónima o limitada. Pero, más allá de estas consideraciones, como he dicho, lo que interesa es la introducción, con los retoques convenientes, de una norma similar en la regulación catalana, de manera que la referencia que el artículo 4.4 de ésta hace a la inversión de todo o de una parte del patrimonio de una fundación en empresas no se limite, como resulta ahora de su texto, a la adquisición posterior al momento de la creación.

Aparte de esto, ninguna de las dos leyes resuelve el caso, ciertamente muy hipotético, de aportación de un establecimiento mercantil de manera directa por su titular individual. Si el caso no hace tránsito, por razón del tipo de actividad, al de constitución de una fundación de actividad, a la que haré referencia acto seguido, parece que la solución lógica sería la exigencia de la aportación a una sociedad que limitase la responsabilidad de los socios. Es evidente que este proceso viene hoy facilitado por la posición adoptada por la Ley estatal 2/1985, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada.

Esta ley, en efecto, reconoce abiertamente la posibilidad de constitución de sociedades unipersonales. Lo hace en relación a las sociedades limitadas en el artículo 125, que se refiere a su constitución por un único socio, sea persona natural o jurídica, y lo hace también en relación a las sociedades anónimas en la disposición adicional segunda, número 23, que declara la aplicación del régimen de aquel artículo a este tipo de sociedades.

b) La puesta en marcha de una *fundación de actividad* es más compleja, pero después de lo que se ha expuesto sobra decir que la regulación es nula en ambas leyes. Evidentemente tendrá que existir una dotación inicial suficiente que asegure aquella puesta en marcha, y aquí también hay que hacer referencia tanto a la posible aportación de inmuebles donde se radique la actividad, como a la de mobiliario e instalaciones o al metálico conveniente para la puesta en marcha.

En relación a los inmuebles, el criterio puede ser amplio y la disponibilidad puede venir tanto vía derecho de dominio —por lo tanto, aportación en propiedad— como vía cesión de un arrendamiento o incluso simple cesión de uso, que es también imaginable en cuanto a mobiliario e instalaciones. Pero al margen de este aspecto material queda el del tipo de actividad, que ha de quedar definido en esta fase de constitución y ha de reunir el requisito de la idoneidad.

Como ya he dicho, entiendo que las fundaciones de actividad sólo son admisibles si esta actividad es en sí, cualquiera que sea la persona que la ejerza, de interés general, por lo tanto, comprendida entre las relacionadas en aquel artículo 2.1 de la Ley estatal. No creo, por lo tanto, que la actividad a la que se dedique este tipo de fundaciones pueda consistir en la explotación directa de cualquier negocio industrial, comercial o de servicios. O, dicho de otra manera, una fundación no puede ejercer directamente una actividad que no sea por ella misma de interés general, de manera que una fundación sólo puede participar en una actividad diferente, es decir, que no sea de interés general a través de una sociedad, que además, por lo menos en la Ley estatal, debe limitar la responsabilidad de los socios. Como consecuencia, sólo si la actividad es de este interés será posible la existencia de una sola persona jurídica —la fundación—, mientras que, en caso contrario, harán falta dos: la fundación, titular de las acciones o participaciones sociales, y la sociedad, que será la que ejercerá directamente la explotación.

Con lo cual es evidente que hemos hecho tránsito, en este segundo caso, a la fundación de patrimonio. Es decir, en la conexión entre los conceptos de fundación y actividad económica, creo que hay que diferenciar dos eventualidades. Por un lado, aquellas en las que la fundación es titular de todas las acciones o todas las participaciones, o por lo menos de una participación dominante, de una sociedad que ejerce una

actividad industrial, comercial o de servicios, cualquiera que sea la actividad concreta, evidentemente lícita. Entonces estas acciones o participaciones son precisamente el patrimonio de la fundación —estamos, pues, ante una fundación de patrimonio, como acabo de decir—, que cumple con su finalidad de interés general, aplicando a la misma, en la medida exigida por la ley, los dividendos o los beneficios repartidos. Por otro lado, aquellas en las que la fundación es titular directa de la actividad económica, precisamente una actividad de interés general; son las fundaciones de actividad, a las que me estoy refiriendo en este apartado.

Su existencia hace especialmente relevante el rol de la Administración en el momento de homologar este tipo de fundaciones, momento en el que deberá calificar con cuidado, primero, la idoneidad conceptual de la actividad; segundo, su idoneidad económica. Sobre esta base el o los promotores tendrán que:

1. Explicar convenientemente en qué consistirá la actividad mediante la cual se generarán los recursos tendientes al cumplimiento de la finalidad, hecho que conlleva, por un lado, la definición clara de la propia actividad y de la estructura organizativa que deberá servirla y, por otro, la exposición del plan de trabajo.

2. Presentar el estudio económico consiguiente, del que se deberá deducir la aptitud de la actividad que hay que desarrollar para generar los recursos suficientes, con o sin el complemento de subvenciones.

En cambio me parece evidente, como he dicho, que la Ley catalana no contiene ninguna disposición pensada en función de este tipo de fundaciones, salvo aquella referencia del artículo 4.4 a las actividades que califica de mercantiles, que de hecho creo que está pensada —pese a que su texto, literalmente, no lo diga así— para la hipótesis de tenencia de acciones de sociedades anónimas o de titularidad de participaciones de sociedades limitadas. De hecho, tampoco la Ley estatal se ocupa de ello, dado que aquel artículo 22 se refiere también a la participación en sociedades y, por lo tanto, a la titularidad de esta participación en el marco de las fundaciones de patrimonio.

c) Las *fundaciones instrumentales* ofrecen sin duda la particularidad que en la fase de constitución, más allá de la dotación de puesta en marcha, en sentido estricto, sólo han de garantizar la seguridad de las subvenciones o cuotas esperadas.

Evidentemente, especialmente si la fundación está promovida por una entidad solvente, es posible que en esta fase inicial se haga ya efectiva la primera subvención. Pero ésta no es la cuestión; lo que interesa ahora es poner de manifiesto como, más allá de las fundaciones promovidas por entidades públicas o financieras, la garantía de la continuidad y suficiencia de la subvención o de las cuotas —siempre sobre la base de su admisión en una hipótesis fundacional, admisión que parece deducirse de su referencia expresa en la Ley catalana—, especialmente de éstas últimas, no será fácil aportar y es posible que si la Administración tiene un criterio generoso, al final todo se reduzca a la aportación de aquella dotación de puesta en marcha, que como he dicho, con La ley en la mano o, más bien dicho, de acuerdo con su letra, no sería siquiera necesaria. De aquí a la aceptación de aportaciones simbólicas sólo hay un paso, con todas las consecuencias negativas que cabe suponer para la seriedad del sistema.

De hecho, las posibilidades que exista la garantía exigida por la Ley es poco pensa-

ble en el caso de las cuotas, más allá de las listas de benefactores más o menos firmadas, y por lo que se refiere a aquellas fundaciones instrumentales que esperen financiarse a base de subvenciones, la garantía no podrá ir más allá de la que ofrezca por ella misma la persona del o de los fundadores y su presumible capacidad de relación.

Por lo tanto, es muy posible que en el momento de la verdad las exigencias teóricas que resulten de los textos legales deban ser relativizadas en la práctica. La Ley catalana, en su artículo 3.3, como hemos visto, se limita a negar la posibilidad de que la dotación fundacional consista «sólo en el propósito de recaptar donativos, ni que sean cuotas o subvenciones periódicas, salvo que fuese garantizada plenamente la continuidad en una cuantía suficiente», pero hay que ser prudentemente escéptico en el momento de concretar esta plenitud de la garantía. La Ley estatal, a su vez, en su artículo 10.4, como hemos visto igualmente, considera dotación «el compromiso de aportaciones de terceros siempre que estuvieran garantizadas», y cabe preguntarse cómo. En realidad, muy poca cosa.

Por lo tanto, no creo que, salvo aquellos casos de constitución por fundadores notoriamente solventes, los cuales asuman los compromisos correspondientes, se pueda aspirar a más —pero tampoco a menos— que a la exposición convincente de un sistema de relaciones que haga previsible —con toda la relatividad y por lo tanto con todo el margen de error o de condescendencia del caso— la captación de las subvenciones o de las cuotas necesarias.

De hecho, la lectura de los dos textos transcritos ni tan siquiera limita las aportaciones a este tipo de fundaciones a unas y otras, y del texto de la Ley catalana queda claro que la referencia expresa a las cuotas y a las subvenciones es a modo de ejemplo, puesto que por lo menos en teoría son también posibles, como base de financiación, los donativos, si fuese posible una cosa tan complicada como establecer garantías sobre la generosidad de las personas.

## 8. Consideración final

He querido hacer esta consideración expresa a la configuración de la base económica de las fundaciones —que en cierta medida queda un poco alejada de lo que es el concepto estricto de las mismas, que es el enunciado de este trabajo— a fin de poner de manifiesto una vez más la insuficiencia práctica de encasillarse en el concepto tradicional.

Es decir, en nuestra realidad jurídica, nos guste o no, no hay un solo tipo de fundación y, si bien la definición de éstas, como hemos visto, puede continuar siendo única, pero diferente de la tradicional, creo en la conveniencia de dar un tratamiento específico, diferenciado, a la constitución de las fundaciones que he calificado de no patrimonialistas.

De hecho, no se trata de regular separadamente los tres tipos de fundaciones, sino sólo las tres maneras de constituir su base económica, lo que equivale a decir, dado que la ley ya regula este aspecto de la fundación de patrimonio, que esta regularización especializada debe ocuparse de la financiación de las fundaciones instrumentales y de las de actividad, hoy prácticamente huérfanas de regulación. Y eso sobre aquella base ya apuntada, que diferencia la dotación de puesta en marcha de la ulterior generación de recursos.

Al final, pues, sería el propio legislador quien debería asumir la despatrimonialización del concepto de fundación, con lo cual habría llegado el momento de pensar que, como ya ha pretendido desde hace tiempo un sector doctrinal, lo que caracteriza a la institución, además de su carácter de persona jurídica, es sólo la existencia de una finalidad de interés general.

Alguna de estas cuestiones las había hablado con Josep M. Vilaseca, y confieso que no siempre nos habíamos puesto de acuerdo. De hecho, él era un hombre prudente y, en cualquier caso, su labor en el marco de nuestras fundaciones, como protagonista, como consultor y, últimamente, como legislador, ha sido de primer orden.

Sea, pues, este comentario un sentido homenaje —ciertamente modesto— a su memoria.