

# LA SUFICIENCIA PATRIMONIAL EN LAS FUNDACIONES CIVILES

*Juan Andrés Varas Braun*<sup>1</sup>

## RESUMEN

*El autor explora la cuestión de la suficiencia dotacional en las fundaciones de Derecho Privado, haciendo notar –por contraste con la realidad comparada– la aguda falencia en que al respecto se encuentra nuestro ordenamiento civil. A partir de la constatación de esa deficiencia, propone –en abstracto– una reforma dogmática, y subsidiariamente, y en concreto, una interpretación paliativa, que permita evitar la constitución de fundaciones sin un patrimonio que les permita enfrentar con mínima seriedad la persecución de los objetivos de interés general que justifican la concesión de la personalidad jurídica.*

Las líneas que siguen tienen el propósito de poner de relieve, por mera comparación, una notoria ausencia normativa en el campo del Derecho de las Personas chileno. Me refiero, en general, al Derecho de Fundaciones, y muy en particular, a un extremo dogmático de ese campo normativo cuya falencia resulta particularmente grave: el de la suficiencia patrimonial en relación con los fines propuestos.

El desarrollo legislativo en el campo de las personas jurídicas ha privilegiado de modo muy notable la dogmática de las personas de Derecho Privado con afán lucrativo, y en el campo de las personas jurídicas de Derecho Privado sin fines de lucro, a aquellas de base asociativa. Con notable diferencia, la figura jurídica fundacional ha quedado prácticamente abandonada. De ello da cuenta, en principio, una escasísima jurisprudencia en su derredor, y una práctica ausencia de preocupación doctrinal por la institución, que queda relega-

da a un tratamiento marginal en los manuales generales de Derecho Civil.

Para comenzar, hay que indicar que el ordenamiento jurídico nacional acusa la ausencia completa de una definición legal o reglamentaria de la figura fundacional. Existe una única referencia dogmática al sustrato patrimonial que debe sostener al instituto (Arts. 564 del Código Civil y 33 del DS 110, sobre Concesión de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones). La citada referencia, que autoriza a cancelar la personalidad jurídica de las fundaciones “cuando hayan perecido los bienes destinados a su mantención” resulta, sin embargo, postrísima en su interpretación literal, por cuanto no relaciona en modo alguno el sustrato patrimonial de la fundación con el cumplimiento del fin para cuya persecución su existencia legal fue autorizada, sino únicamente con la pervivencia de la propia persona jurídica.

Pese a la expuesta miseria legal, la escasa doctrina nacional que explora tímidamente –en el contexto de obras de alcance general– la materia fundacional, coherente con una larga tradición jurídica, resulta unánime a la hora de identificar la esencia o el sustrato del instituto fundacional con la presencia de un

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho U. de Chile. Abogado. Doctor en Derecho U. Carlos III de Madrid. Profesor de Derecho Civil, Facultad de Ciencias Jurídicas, U. Austral de Chile.

patrimonio afectado a un fin no lucrativo. Así, desde antiguo, Claro Solar definía la fundación como “una persona jurídica que tiene por objeto realizar un fin lícito de interés general por medio de bienes determinados afectados permanentemente a su consecución.”<sup>2</sup> Con mayor énfasis en el aspecto patrimonial, pero con menor rigor técnico, Ducci Claro expresa que “las fundaciones están constituidas por un conjunto de bienes destinados a un fin de interés general”.<sup>3</sup> En el mismo sentido, Pescio Vargas afirma que, “en la fundación, el elemento preponderante está constituido por un conjunto de bienes, afectados a los fines preestablecidos por su creador o fundador”.<sup>4</sup> Ahondando en la cuestión patrimonial, el último autor puntualiza que “el patrimonio puede estar constituido por cualquier conjunto de bienes, y consistir en bienes raíces, créditos, dinero, etc. y debe haber sido destinado por el fundador o fundadores a un fin perdurable con la intención de crear una persona autónoma y permanente”.<sup>5</sup> Vial del Río y Lyon Puelma apuntan a semejante dirección: “Las fundaciones son establecimientos y obras creados por una persona, habiéndoseles dotado de un patrimonio a tal objeto destinado, y conformándose en su acción a un estatuto establecido en el acta de constitución.”<sup>6</sup> Otro autor sostiene –olvidando la particular naturaleza del fin que inspira la acción de toda fundación (y que la justifica)– que fundación “es un conjunto de bienes, un patrimonio desti-

nado por uno o más individuos al cumplimiento de determinado fin, cuyo logro se encarga a administradores, los cuales deben velar porque los bienes se empleen en el fin propuesto”.<sup>7</sup>

La muy escasa literatura semiespecializada no modifica sustancialmente estos conceptos. Así, se ha dicho que fundación es una persona jurídica constituida por un patrimonio proporcionado y destinado por un fundador a la realización de una obra o fin de interés general.<sup>8</sup> Los últimos autores mencionados indican, por su parte, que fundación es “un patrimonio determinado destinado a la obtención de fines de beneficencia”.<sup>9</sup>

Sin embargo, no ha existido ni existe –ni en las obras generales ni en la escasa literatura semiespecializada– ninguna preocupación doctrinal por el tema de la entidad cuantitativa de ese patrimonio, ni menos por la necesidad de poner en coherencia los medios con los fines, esto es, la envergadura patrimonial de la fundación con los fines de interés general cuya satisfacción persigue. Es más, ningún autor ha reparado siquiera en que la redacción del precitado artículo 564 del Código Civil no vincula, como es usual en los códigos civiles europeos, la subsistencia de la fundación a la existencia de bienes que le otorguen la posibilidad de cumplir razonablemente sus fines, sino, extrañamente, a los bienes “destinados a su mantención”. En definitiva, puede afirmarse que resulta impropio hablar de la existencia, en nuestro medio, de un “Derecho de Fundaciones”, al modo europeo, y desde luego que es imposible encontrar referencia alguna a la cuestión de la suficiencia dotacional.

<sup>2</sup> Claro Solar, Luis: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Volumen II “De las Personas”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979. T. III, p. 567.

<sup>3</sup> Ducci Claro, Carlos: *Derecho Civil, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición actualizada, Santiago, 1995, p. 161.

<sup>4</sup> Pescio Vargas, Victorio: *Manual de Derecho Civil. De las Personas – De los Bienes y la Propiedad*, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978. p. 110. Con iguales términos, en p. 137.

<sup>5</sup> *Id.*, p. 138.

<sup>6</sup> Vial Del Río, Víctor y Lyon Puelma, Alberto: *Derecho Civil. Teoría General de los Actos Jurídicos y de las Personas*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, p. 337.

<sup>7</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel, y Vodanovic H., Antonio: *Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición (6ª de la obra), Santiago, 1998, p. 536

<sup>8</sup> Viveros: *Legislación vigente para el sector privado y sin fines de lucro en Chile*, cit. por Crino, Augusta, Luksic Sandoval, Zarko y Oyonarte Weldt, Miguel Claudio: “Chile”, en Piñar Mañas, José Luis y García García, Juan Andrés: *Las fundaciones en Iberoamérica. Régimen Jurídico*, McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 88.

<sup>9</sup> Crino, Luksic y Oyonarte: *Op. cit.*, p. 91.

En tales circunstancias, la Administración Pública se halla despojada de cualquier mecanismo legislativo o doctrinal que le permita atajar la constitución de fundaciones con un patrimonio extremadamente menguado, irrisorio o puramente simbólico. Estas fundaciones, que debieran ser –conceptualmente– proveedoras de recursos, se encuentran, por el contrario, abocadas a una tarea de mendicancia de recursos de entidades privadas o –peor aún– del propio Estado, o condenadas a una existencia famélica en la que el cumplimiento del fin fundacional se ve seriamente comprometido. Ello, cuando no se deriva en una encubierta utilización de la figura fundacional, y de las ventajas de diversa índole que lleva aparejada, para fines alejados del interés general. En cualquier caso, el patrimonio fundacional inicial (la llamada dotación en Derecho Comparado) deviene más en el precio de compra de la personalidad jurídica que en la auténtica base fáctica de la figura fundacional. Ello, además, produce una erosión sostenida y persistente del prestigio social de que debiera gozar el instituto fundacional.

Si se realiza, en cambio, una excursión por el Derecho Comparado –me remitiré aquí sólo a los ordenamientos europeos continentales, pero también hay muestras de actividad legislativa en esta área en países latinoamericanos– puede concluirse, en primer término, que la consideración del patrimonio como elemento esencial de la figura fundacional constituye un rasgo común a las diversas legislaciones, que en su inmensa mayoría lo exigen también como requisito del reconocimiento o concesión de la personalidad. Por otra parte, puede apreciarse cómo, por vías técnicas distintas, la gran mayoría de esos ordenamientos contempla mecanismos que permiten verificar algún grado de suficiencia de ese patrimonio inicial en relación con los fines que la nueva entidad se propone.

En el Derecho comparado continental, y superadas en gran medida las disputas doctrinales acerca del sustrato de las personas jurídicas de base fundacional, se tiende a coincidir en cuanto a la imperativa exigencia de un patrimonio inicial afectado a la persecu-

ción de un fin de interés general como requisito *sine qua non*, y como elemento caracterizador de la figura fundacional. Por ello, la mayor parte de los ordenamientos europeos exige un mínimo cuantitativo a la dotación inicial de la fundación, con diversos modos de concreción y con diferentes grados de flexibilidad, mínimo cuantitativo que, en todos los casos en que no se fija una cantidad determinada, debe estar en relación de coherencia con el fin propuesto.

Con la única excepción de Alemania, donde la materia resulta discutible,<sup>10</sup> todos los ordenamientos jurídicos europeos entienden que la base patrimonial es requisito esencial y *condictio sine qua non* de la existencia de una fundación.<sup>11</sup>

Luego, y como simple ejercicio de coherencia interna con la consideración del patrimonio como requisito esencial para la constitución de una fundación, los ordenamientos jurídicos europeos realizan la exigencia de suficiencia dotacional. Lógicamente, la for-

<sup>10</sup> (Vid. por una parte, Von Tuhr, Andreas: *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán*. Vol. 11: “Los Derechos Subjetivos y el Patrimonio”; Vol. 12: “Las Personas”. Trad. de Tito Ravá, prólogo de Tullio Ascarelli. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, Barcelona, 1998, p. 601; y por la otra, Coing, Helmut: “2. Titel. Juristische Personen”, in *J. von Staudingers kommentar zum Bürgerlichen gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Erstes Buch, Allgemeiner Teil §§ 1-89. J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1980, 12, neubearbeitete Auflage, p. 610; y con mayor amplitud, Seifart, Werner y Von Campenhausen, Axel Freiherr - Bearbeiter: *Handbuch des Stiftungsrechts*. 2. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, München, 1999, pp. 233 y ss.)

<sup>11</sup> En general, Caffarena Laporta, Jorge: *El Régimen Jurídico de las Fundaciones: estudio para su reforma*. Ministerio de Asuntos Sociales, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 99 a 106. Asimismo, Huerta Huerta, Rafael y Huerta Izziar De La Fuente, César: *Fundaciones: Régimen civil, administrativo y fiscal*. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1998, pp. 105 a 180, que incluyen un estudio general de mayor amplitud geográfica, con referencia, también, a la dispersa normativa comunitaria europea aplicable a las Fundaciones (pp. 181 a 195).

ma de concretarla resulta muy variable. En efecto, aunque prácticamente todos los Estados optan por alguna fórmula que evite la constitución de fundaciones sin un mínimo de viabilidad, en ocasiones se opta por exigirla directamente, sea por la vía de fijar un monto monetario mínimo, sea por la vía de establecer la suficiencia como requisito previo; y en otras ocasiones, la exigencia resulta implícita e indirectamente, al establecerse como causa de disolución la insuficiencia patrimonial.

Así, el artículo 188 del Código Civil portugués establece una exigencia directa en este sentido, por la vía de la inclusión de un concepto jurídico indeterminado como es el de suficiencia, e impera a la autoridad administrativa la negación del reconocimiento cuando los bienes sean insuficientes para la persecución del fin, y no haya tampoco expectativas fundadas de supresión de la falencia.<sup>12</sup> La doctrina lusa ha indicado que “la imposibilidad de realización del fin previsto es una causa de extinción de las fundaciones (art. 192, N° 2°, al. 1°). No debe, pues, permitirse su reconocimiento cuando haya, de inicio, fundamento para su extinción.”<sup>13</sup>

La ley española de fundaciones (1994<sup>14</sup>) apunta en la misma dirección, esto es, a imperar la superación de un criterio abstracto de suficiencia como condición del reconocimiento administrativo. El artículo 10 de la Ley 30/1994 estatuye que “la dotación, que podrá

consistir en bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales.” Puesto que lo suficiente se predica de aquello que es “bastante para lo que se necesita”<sup>15</sup> el propósito legislativo no resulta oscuro: el requisito de suficiencia constituye un mínimo de viabilidad.<sup>16</sup> En síntesis, el legislador español ha intentado evitar la constitución de fundaciones inoperantes por falta de medios. Con todo, ya antes de la promulgación de la ley la mejor doctrina había postulado la necesidad de suficiencia o adecuación del patrimonio inicial para hacer frente de modo apropiado a las tareas de realización del fin.<sup>17</sup>

Frente al texto legal, la mayoría de la doctrina hispana ha reaccionado con benevolencia,<sup>18</sup> cuando no con franco aplauso.<sup>19</sup> Las

<sup>15</sup> Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Voz “suficiente”.

<sup>16</sup> La expresión es de García-Andrade Gómez, Jorge: *La Fundación: Un Estudio Jurídico*. Colección Solidaridad, Escuela Libre Editorial - Fundación ONCE, Madrid, 1997, p. 75.

<sup>17</sup> De Castro y Bravo, Federico: *La persona jurídica*, Editorial Civitas S.A., 1ª Edición, Madrid, 1981, p. 298; Caffarena Laporta: *Op. cit.*, p. 113.

<sup>18</sup> García-Andrade Gómez: *Op. cit.*, pp. 76 a 78.

<sup>19</sup> Cobo Gálvez, Pablo: “Comentario al Artículo 10”, en *Comentario a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Colección Solidaridad, Fundación ONCE, Escuela Libre Editorial, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 85 a 94, p. 88; Vattier Fuenzalida, Carlos: “Observaciones sobre la constitución, la modificación y la extinción de las fundaciones”, en *Revista Jurídica La Ley*, N° 3/1998, D-119, pp. 1455 a 1459, p. 1457; Ferrando Villalba, María de Lourdes: “La dotación fundacional. Reflexiones en torno al artículo 10 de la Ley 30/1994”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LII, Fascículo IV, octubre-diciembre, 1999, p. 1593; Carrancho Herrero, María Teresa: *La Constitución de Fundaciones*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 213; Carrancho Herrero, María Teresa: *La Constitución de Fundaciones*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 137; Rueda Marfil, Maribel: “La nueva regulación del derecho de fundación para fines de interés general”, en *Cuadernos de Investigación Cultural*, Junta de Andalucía, N° 1, noviembre de 1995, pp. 9 a 13, p. 11; Rebollo Alvarez-Amandi, Alejandro: *La Nueva Ley de Fundaciones*. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1994,

<sup>12</sup> Art. 188° Reconhecimento “2. *Será igualmente negado o reconhecimento, quando os bens afectados à fundação se mostrem insuficientes para a prossecução do fim visado e não haja fundadas expectativas de suprimento da insuficiência.*”

<sup>13</sup> Pires de Lima, F. y Antunes Varela, Joao de matos: *Código Civil Anotado* (Vol. 1, Artigos 1° a 761). Cuarta edición revisada y actualizada, con la colaboración de Manuel Henrique Mesquita. Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 183.

<sup>14</sup> En actual proceso de reforma. El Proyecto de nueva ley de fundaciones fue aprobado por el Consejo de Ministros el 12 de julio de 2002, e ingresado para su tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados el día 31 de julio de 2002. El Proyecto mantiene, con modificaciones, la exigencia de suficiencia dotacional.

voces críticas permanecen más bien aisladas,<sup>20</sup> pero sus líneas argumentales resultan relevantes y dignas de consideración: exceso de poder para la Administración, ausencia de parámetros de cuantificación, y trato fiscal inadecuado (neutro) de la dotación en relación con las aportaciones posteriores, que tienen un trato tributario de favor.

Ahora bien, frente al silencio normativo estatal respecto de los parámetros de juzgamiento de la suficiencia, “la doctrina ha apuntado algunos elementos que deberán tenerse en cuenta a la hora de enjuiciar la suficiencia: a) que la dotación inicial y la prevista sean susceptibles de generar rentas o ingresos que permitan atender las actividades de la fundación: b) que las rentas o ingresos generados permitan el desarrollo de estas actividades de interés general. Deben también ser tenidas en cuenta por el Protectorado las rentas e ingresos que puedan generarse de los compromisos garantizados de aportaciones de terceros, así como las subvenciones y prestaciones económicas a que la fundación pudiera tener derecho.”<sup>21</sup> Estos criterios resultan relativamente pacíficos en la doctrina española, existiendo

a su respecto un importante consenso, aunque –como es natural– existen matizaciones en cuanto a la flexibilidad que se aconseja a la Administración a la hora de ejercer sus potestades en la materia. Posiblemente el autor más crítico con la exigencia de suficiencia, De Prada González, ha sostenido que los Protectorados deben considerar “suficiente la dotación si, con sus rentas, puede desarrollarse alguna o algunas de las actividades previstas en los estatutos para el cumplimiento de los fines. De esta forma, de una parte, se cumpliría la exigencia legal y, de otra, se haría en forma suficientemente flexible como para evitar la discrecionalidad, e incluso, no impedir la constitución de fundaciones a personas sin un capital abundante”.<sup>22</sup>

El caso español resulta de interés no sólo por proximidad histórica y lingüística, sino porque la legislación de las Comunidades Autónomas provee, en esta materia, un repertorio significativo de variantes en lo que respecta a la fijación de criterios de determinación de la suficiencia. Por razones de espacio, cito aquí únicamente las posiciones extremas, de entre aquellas normativas que innovan respecto de la Ley estatal. La ley 12/1994 (a la que sigue la Ley canaria) de Fundaciones del País Vasco establece en su artículo 9.1 que “La dotación patrimonial podrá consistir en bienes y derechos de cualquier tipo, que habrán de ser suficientes para el desarrollo del primer programa de actuación, que deberá constar en la escritura fundacional junto con un estudio económico que acredite la viabilidad del mismo utilizando exclusivamente dichos recursos.” Como se comprende, esta es una exigencia considerablemente más precisa, pero también más rebajada respecto de la que luego contendría la ley estatal. El punto final de la lenificación de la exigencia patrimonial se produce con la ley catalana de 15 de mayo de 2001. La nueva ley parte de un declarado

p. 35; y más recientemente, y con mayor aparato argumental, Morillo González, Fernando: *El Proceso de Creación de una Fundación*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999, p. 140.

<sup>20</sup> Del Campo Arbulo, José Antonio: *Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/94 de Fundaciones y de Incentivos a la Participación Privada en Actividades de Interés General*. Editado por Centro de Fundaciones - Fundación MAPFRE, Madrid, 1996, p. 151 y 152; Salvador Crespo, Juan Ignacio: “El Régimen Jurídico de las Donaciones en la Nueva Regulación de las Fundaciones”, en *Revista Jurídica La Ley*, Volumen 5/1997, D-240, pp. 1644 a 1647, p. 1644; De Prada González, José María: “La Constitución de Fundaciones”, en Piñar M., J. L. y Olmos V., I. (Dirs.): *Las Fundaciones. Desarrollo Reglamentario de la Ley*. Fundación Alfonso Martín Escudero - Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 1997, pp. 51 a 86, p. 69; Pedreira Menéndez, José: *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*. Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 111.

<sup>21</sup> Ferrando Villalba: *Op. cit.*, p. 1595, siguiendo fundamentalmente a Cobo Gálvez: *Op. cit.*, pp. 90 y 91.

<sup>22</sup> De Prada González, José María: “Constitución de las fundaciones: capacidad, fines y dotación”, en *La Ley 30/1994 de Fundaciones. Ciclo de conferencias de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 1996, pp. 105 a 146, p. 124.

propósito primordial de “dar respuesta a la problemática surgida de las fundaciones que, a pesar de que no disponen de ninguna otra dotación que una cantidad simbólica, tienen otro capital constituido por el voluntarismo y por la actividad de servicio del interés general”.<sup>23</sup> Luego, los artículos 5 y 8 se limitan a exigir que la dotación debe ser suficiente “para llevar a cabo las actividades fundacionales”. Como se comprende, aquí la referencia a las actividades, y no al fin, hace que la exigencia se diluya al máximo: una dotación mínima o simbólica, que permita financiar los primeros intentos de consecución de fondos, se debe considerar suficiente. Este extremo permite aseverar que, en la ley catalana actual, la fundación puede bien considerarse como una simple forma de asociación. En cambio, la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana (Ley 8/1998, de 9 de diciembre) prescribe, en su artículo 11.2, que la dotación “deberá ser adecuada y suficiente para con sus rendimientos financiar al menos el 50 por 100 de los gastos previstos en el primer programa de actuación de la fundación, lo que deberá acreditarse con un estudio económico de viabilidad.” La expresión clave, aquí, es “con sus rendimientos” porque determina una monumental diferencia con las legislaciones vasca y canaria recién citadas, y no se diga nada respecto de la catalana. Supóngase un mismo programa de actuación para el primer año, con un montante de diez mil euros. En el País Vasco y en Canarias se consideraría suficiente una dotación de unos doce mil euros, que cubra ese programa, los gastos generales de administración, y alguna otra cosa. En Valencia, y considerando unos rendimientos equivalentes al diez por ciento anual, se requeriría una dotación inicial de cincuenta mil euros.

Fuera ya de la península ibérica, en el caso italiano, el legislador estuvo más preocupado de establecer controles administrativos al aumento del patrimonio fundacional, de modo de evitar una acumulación de riqueza improductiva en “manos muertas”, y no existe, por tanto, una específica prescripción so-

bre una “medida inicial mínima indisponible”,<sup>24</sup> ni tampoco algún criterio de orden cualitativo,<sup>25</sup> pese a que la norma del artículo 16 del *Código*<sup>26</sup> exige un patrimonio para el reconocimiento. Existen sin embargo varias referencias indirectas a la suficiencia patrimonial en relación a los fines de la entidad, que hacen que la doctrina sea unánime al exigir una cierta congruencia entre los fines propuestos y los medios destinados a perseguirlos. En efecto, de una parte el artículo 2 de las “normas de actuación” del Código Civil establece la necesidad de acreditar ante la autoridad administrativa, mediante copia auténtica del acto constitutivo y cualesquiera otros documentos, el fin fundacional y los medios patrimoniales para proveer a su realización. Antes del reconocimiento, procede obligatoriamente un informe del Consejo de Estado acerca, precisamente, de los fines y de la idoneidad del patrimonio para realizarlos.<sup>27</sup> Por otra

<sup>24</sup> La expresión es de De Martini, Corrado: *Le Associazioni e Le Fondazioni. Disciplina giuridica, contabile e fiscale*, Etaslibri, Milano, 1990, p. 205.

<sup>25</sup> Galgano, Francesco: “Delle persone giuridiche: Art. 11-35”, en *Commentario del Codice Civile*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Libro primo: Delle persone e della famiglia (Disposizioni generali – Delle Associazioni e delle fondazioni). Nicola Zanichelli Editore, Bologna; Soc. ed. del Foro Italiano, Roma, 1969, p. 201.

<sup>26</sup> Art. 16 Atto constitutivo e statuto. Modificazioni 1. *L'atto costitutivo e lo statuto devono contenere la denominazione dell'ente, l'indicazione dello scopo, del patrimonio e della sede, nonché le norme sull'ordinamento e sulla amministrazione. Devono anche determinare, (...) quando trattasi di fondazioni, i criteri e le modalità di erogazione delle rendite.*”

<sup>27</sup> Alpa, Guido: “Il Regime delle Fondazione in Italia e in Francia”, en *Le Fondazioni. Tradizione e Modernità*. Quaderni di Diritto Comparato. Materiali raccolti da Guido Alpa. Padova, CEDAM-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1988, p. 23; Cassese, Sabino: “La disciplina delle fondazioni: Situazione e Prospettive”, en *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Diritto Privato, 1. Persone, famiglia, successioni e proprietà, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998, pp. 161 a 171, p. 166; Zoppini, Andrea: *Le Fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Jovene Editore, Napoli, 1995, p. 159.

<sup>23</sup> Preámbulo a la Ley (Cat.) 5/2001, de 2 de mayo.

parte, el artículo 28 del propio *Código* prescribe que, cuando el patrimonio de una fundación de interés general devenga insuficiente, la Administración, antes de declarar extinta la fundación, puede provocar su transformación, intentando alejarse lo menos posible de la voluntad del fundador.<sup>28</sup> Por todo ello, “cuando los recursos del ente se juzgan insuficientes para perseguir con estabilidad y autonomía los fines propuestos, el Consejo de Estado ha rechazado la concesión del reconocimiento de la personalidad jurídica.”<sup>29</sup> “Por eso, también para las fundaciones, el patrimonio debe ser adecuado en su monto a las exigencias que surgirán de la actividad de

<sup>28</sup> Art. 28 Trasformazione delle fondazioni. “Quando lo scopo è esaurito o divenuto impossibile o di scarsa utilità, o il patrimonio è divenuto insufficiente, l'autorità governativa, anziché dichiarare estinta la fondazione, può provvedere alla sua trasformazione, allontanandosi il meno possibile dalla volontà del fondatore. La trasformazione non è ammessa quando i fatti che vi darebbero luogo sono considerati nell'atto di fondazione come causa di estinzione della persona giuridica e di devoluzione dei beni a terze persone. Le disposizioni del primo comma di questo articolo e dell'art. 26 non si applicano alle fondazioni destinate a vantaggio soltanto di una o più famiglie determinate.”

<sup>29</sup> De Giorgi, Maria Vita: “Commentario artt. 11 a 35 del Codice Civile”, en *Commentario al Codice Civile*, diretto da Paolo Cendon. Unione Tipografica Editrice Torinese (UTET), Torino, 1991. Volume Primo, artt. 1-455, pp. 155 y ss., p. 157; con referencias a dictámenes específicos del Consejo de Estado en este sentido. En el mismo sentido, Zoppini, Andrea: “Note sulla costituzione della fondazioni”, en *El Régimen Jurídico de las Fundaciones*, Actas del Seminario Italo-Español, Barcelona, 19 a 21 de octubre de 1995, Fundació Abat Oliba, Barcelona, 1997, pp. 85 a 103, p. 95; y Galgano, Francesco: *Le Associazioni, Le Fondazioni, I Comitati*. Col. I Grandi Orientamenti della Giurisprudenza Civile e Commerciale, diretta da F. Galgano. Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1987, p. 356. Decisiones del Consiglio pueden consultarse también en Tamburrino, Giuseppe: *Persone giuridiche e associazioni non riconosciute, comitati*. Serie: Giurisprudenza sistematica civile e commerciale. / Torino : Unione Tipografica Editrice Torinese (UTET), Torino, 1980, p. 193 y 194.)

persecución del fin, comprendida allí aquella de sostener los costes de la gestión, con la necesaria tranquilidad y autonomía. Por este conjunto de motivos, la suficiencia y la adecuación del patrimonio no puede ser valorada sobre la base de expectativas o previsiones, sino que debe resultar de su composición y rentabilidad actuales.”<sup>30</sup> La jurisprudencia, de acuerdo a Rescigno,<sup>31</sup> ha delineado una interpretación flexible de la exigencia, citándose casos en que se ha considerado bastante el elemento patrimonial cuando la fundación tenía el derecho de aprovechar los rendimientos patrimoniales del ente cuya administración detentaba; así como el reconocimiento por el Consejo de Estado, como fundación, de un ente que tenía el encargo de administrar un patrimonio cuyos rendimientos debían ser erogados a otras fundaciones. La evolución jurisprudencial y administrativa se encamina al aumento de esta flexibilidad.<sup>32</sup>

En el caso de Suiza, no existe una norma expresa que impere algún mínimo dotacional, y por tanto no existe subordinación de la constitución de una fundación a la exigencia de un capital mínimo. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina concuerdan en que el monto del patrimonio debe hallarse en proporción con el fin que se pretende alcanzar,<sup>33</sup> intentando evitar “los casos en que un fundador con mucho idealismo y poco capital inicial establece una fundación y ante la imposibilidad subsecuente de aumentar ese capital,

<sup>30</sup> De Martini: *Op. cit.*, p. 189.

<sup>31</sup> Rescigno, Pietro: “Fondazione (dir. civ.)”, en *Enciclopedia del Diritto*, direttore Francesco Calasso. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1968, p. 805.

<sup>32</sup> De Giorgi: *Op. cit.*, p. 157.

<sup>33</sup> Pavel, Uwe: “Schweiz”, en *Stiftungen in Europa. Eine vergleichende Übersicht* (Redaktion: Klaus Neuhoff und Uwe Pavel), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1971, pp. 61 a 108, p. 67; Alfandari, Elie: *Associations et Fondations en Europe. Régime Juridique et Fiscal*. Avec la collaboration de Amaury Nardone. Éditions Juris-Service/AGEC, Nouvelle Édition, Mise à Jour, Paris, Juin 1994, p. 513, con cita de jurisprudencia del Tribunal Federal; Caffarena Laporta: *Op. cit.*, p. 103, con referencia doctrinal.

y perdido el interés por su creación, ella descanse como simple “fichero muerto” en los archivos del Protectorado.”<sup>34</sup>

En Alemania, en tanto, tampoco se encuentra legalmente regulado a nivel federal el punto relativo a la dotación mínima que debe realizarse para constituir una fundación, en consecuencia con la timidez con la que doctrinariamente comienza a exigirse un patrimonio como requisito de constitución. Sin embargo, a semejanza del caso italiano, la existencia de una norma que impone la revocación del acto administrativo de autorización, y la consecuente caducidad de la personalidad jurídica, en el caso de que durante la vida de la fundación el activo se revele insuficiente para satisfacer el fin fundacional,<sup>35</sup> hace que la Administración deba verificar la suficiencia dotacional antes de otorgar la autorización.<sup>36</sup> La suficiencia dotacional, en relación al fin de la fundación se erige, pues, en “condición de funcionalidad” de la fundación,<sup>37</sup> ya que no es requisito legal. En ausencia de parámetros legales precisos, la práctica demuestra que las diferencias entre las

fundaciones individuales resultan muy grandes. Seifart y Von Campenhausen sostienen que las dotaciones fundacionales se mueven, en la práctica (y para las fundaciones civiles), en el rango que va desde los 3.000 DM (5.867,49 euros) hasta los 100.000 DM (195.583 euros), existiendo por ello para cada caso particular un notable margen para la evaluación de la dotación patrimonial. La respuesta a la pregunta por el patrimonio suficiente depende prioritariamente de los respectivos fines fundacionales y de la práctica concreta de los Protectorados específicos, en cada uno de los *Länder*.<sup>38</sup> En síntesis, y en palabras de alguna doctrina, el análisis de la práctica demuestra que las diferencias llegan casi hasta la frontera de la arbitrariedad.<sup>39</sup>

Algo similar —en el sentido de no existir una norma que directamente impere un mínimo dotacional, concreto o abstracto— ocurre en Holanda con el artículo 301 del Código Civil, que prescribe que la fundación puede ser disuelta judicialmente, a instancia de un interesado o del ministerio público, si el patrimonio resulta definitivamente insuficiente para realizar el objeto fundacional, y la posibilidad de adquirirlo en un tiempo previsible mediante contribuciones o de otro modo resulta inverosímil. Esta decisión puede adoptarla también el Tribunal, de oficio, cuando se le solicita la modificación estatutaria, al tiempo que deniega la solicitud.<sup>40</sup> Mucho más

<sup>34</sup> Riemer, Hans Michael: “Das deutsche Stiftungsrecht aus der Sicht des schweizerischen”, en *Stiftungen in Deutschland und Europa*, herausgegeben von A. Campenhausen, H. Kronke, O. Werner, im Auftrag des Bundesverbandes Deutscher Stiftungen aus Anlaß seines 50jährigen Bestehens, mit Beiträgen zur Geschichte, zum Zivil-, Steuer- und Öffentlichen Recht sowie zur Rechtsvergleichung, IDW-Verlag GmbH, Düsseldorf, 1998, pp. 349 a 360, p. 356.

<sup>35</sup> BGB. Parágrafo § 87 [Aufhebung der Stiftung bei Zweckverfehlung und Umwandlung des Zweckes] “(1) Ist die Erfüllung des Stiftungszweckes unmöglich geworden oder gefährdet sie das Gemeinwohl, so kann die zuständige Behörde der Stiftung eine andere Zweckbestimmung geben oder sie aufheben”.

<sup>36</sup> Hennerkes, Brun-Hagen y Schiffer, K. Jan: *Stiftungsrecht*. Fischer Taschenbuch Verlag (Frankfurt am Main) - Carl Heymanns Verlag (Köln), 2. Auflage, Oktober 1998, p. 89; Alfandari: *Op. cit.*, p. 412.

<sup>37</sup> Pues, Lothar: *Stiftungen. Vermögen übertragen und verwalten*, Praxishandbuch, Deutscher Sparkassen Verlag, Stuttgart, 2. Überarbeitete und aktualisierte Auflage, 1999, p. 77)

<sup>38</sup> Seifart y Von Campenhausen: *Op. cit.*, p. 234.

<sup>39</sup> Hennerkes y Schiffer: *Op. cit.*, p. 89.

<sup>40</sup> Burgerlijk Wetboek. Boek II: Rechtspersonen. Artikel 301. “1) *De rechtbank ontbindt de stichting op verzoek van een belanghebbende of op vordering van het openbaar ministerie, indien: a. het vermogen van de stichting ten enenmale onvoldoende is voor de verwezenlijking van haar doel, en de mogelijkheid dat een voldoende vermogen door bijdragen of op andere wijze in afzienbare tijd zal worden verkregen, in hoge mate onwaarschijnlijk is; b. het doel der stichting is bereikt of niet meer kan worden bereikt, en wijziging van het doel niet in aanmerking komt.* 2) *De rechtbank kan ook ambtshalve de stichting ontbinden tegelijk met de afwijzing van een verzoek of vordering als bedoeld in artikel 294.*”

tenué, pero en la misma línea se encuentra el artículo 41 de la ley belga, que determina que si la fundación (establecimiento de utilidad pública) deviene incapaz de satisfacer en el futuro los servicios para los que fue creada, puede determinarse judicialmente la disolución de la misma.<sup>41</sup> Justamente por ello, la doctrina apunta a que el Gobierno debe rechazar la autorización de la entidad cuando, “desde el comienzo, la fundación no se encuentra en situación de poder satisfacer su fin”.<sup>42</sup> La norma luxemburguesa es igual, sólo que agrega como titular de la acción judicial a los administradores fundacionales y a terceros interesados, además del ministerio público (Loi du 21 avril 1928. Art. 41, cuya transcripción omito en aras de la brevedad).

Un caso diverso lo constituye la disciplina fundacional del Principado de Liechtenstein, que —siempre bajo el principio del respeto máximo a la voluntad del fundador— permite al Protectorado, en caso de ausencia o insuficiencia de las disposiciones del fundador, prever administrativamente las medidas necesarias para la organización de la fundación, de modo que pueda inscribirse. Pero si esto se considera poco provechoso, por ejemplo, porque el patrimonio es muy escaso, el Protectorado puede, en tanto el fundador no se oponga o el negocio fundacional o los estatutos digan otra cosa, asignar fiducia-

riamente el patrimonio a otra fundación que tenga en lo posible un fin equivalente.<sup>43</sup>

Otros ordenamientos siguen un partido diverso: exigir una aportación mínima monetariamente determinada, sea legal, sea reglamentariamente (alternativa que, si bien es menos flexible, ahorra una interesante cantidad de problemas, como decidió el legislador austríaco, al que luego me referiré).

Un caso muy interesante, y de actual debate doctrinal, es el de la legislación francesa, que presenta dos modalidades diversas de fijación de mínimos dotacionales. Para las fundaciones de empresa se exige unas cantidades monetarias mínimas fijadas reglamentariamente. En estos casos, el monto de mínimo de la dotación inicial es determinado en función de su propio programa de acción. Según la ley, la dotación inicial debe quedar comprendida entre el 20 por 100 del monto mínimo del programa de acción plurianual, y el 20 por 100 del monto del programa de acción plurianual de la fundación de empresa.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> Liechtenstein. Das Personen- und Gesellschaftsrecht vom 20. Januar 1926. Art. 562. “II. Anordnung der Aufsichtsbehörde. 1) Ist keine Organisation vorgesehen oder die vorgesehene ungenügend, so hat die Aufsichtsbehörde im Verwaltungswege unter entsprechender Berücksichtigung der Vorschriften über die Organisation der Stiftung die nötigen Verfügungen zu treffen und erforderlichenfalls ins Öffentlichkeitsregister eintragen zu lassen. 2) Können diese nicht zweckdienlich getroffen werden, wie etwa bei zu geringem Vermögen, so hat die Aufsichtsbehörde, sofern der Stifter keinen Einspruch erhebt oder nicht eine Bestimmung der Stiftungsurkunde oder des Stiftungsstatuts ausdrücklich entgegensteht, das Vermögen einer andern Stiftung mit möglichst gleichartigem Zwecke zu treuen Händen zuzuwenden.”

<sup>44</sup> Loi N° 87-571 du 23 juillet 1987: Article 19-6 (inséré par Loi n° 90-559 du 4 juillet 1990, Art. 4 Journal Officiel du 6 juillet 1990) “La dotation initiale minimale, dont le montant est déterminé dans des conditions fixées par voie réglementaire, est comprise entre le cinquième du montant minimal du programme d’action pluriannuel visé à l’article 19-7 et le cinquième du montant du programme d’action pluriannuel de la fondation d’entreprise.” Article 19-7 (inséré par Loi N° 90-559 du 4 juillet 1990 art. 4 Journal Officiel

<sup>41</sup> Loi du 27 juin 1921. Art. 41. “Si l’établissement d’utilité publique est devenu incapable de rendre, à l’avenir, les services pour lesquels il a été institué, le tribunal, à la requête du ministère public, pourra prononcer la dissolution de l’institution. Si la dissolution est prononcée, le juge nomme un ou des liquidateurs qui, après apurement du passif, donnent aux biens la destination prévue par les statuts. Au cas où cette destination ne pourrait être réalisée, les liquidateurs à ce autorisés par le tribunal, remettront les biens au gouvernement. Celui-ci leur attribuera une destination se rapprochant autant que possible de l’objet en vue duquel l’institution a été créée”.

<sup>42</sup> Ansiaux, Pierre y Allard, Francis: “Belgien”, en *Stiftungen in Europa. Eine vergleichende Übersicht* (Redaktion: Klaus Neuhoff und Uwe Pavel), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1971, pp. 35 a 60, p. 47.

Por su parte, el decreto de aplicación de la ley establece que el monto mínimo del programa de acción plurianual es de un millón de francos, y establece, asimismo, los montos dotacionales mínimos en función de la envergadura de los concretos planes de acción.<sup>45</sup>

Para las fundaciones reconocidas de utilidad pública, en cambio, no existe un mínimo dotacional fijado monetariamente por la ley. Con todo, la práctica del *Conseil d'Etat* y la generalidad de la doctrina coinciden en que respecto de esta clase de fundaciones debe mantenerse el criterio clásico de la fundación basada en una dotación suficiente para generar un financiamiento seguro de sus actividades normales. "Por regla general, se exige, como mínimo, una dotación de cinco a siete millones de francos. En efecto, la administración duda en conceder el reconocimiento a aquellas fundaciones que, incluso financieramente sanas, no pueden equilibrar sus cuentas más que a un nivel muy modesto."<sup>46</sup> Según Pomey, el criterio del Consejo de Estado es que "conforme a su finalidad, la dotación debe ser de un monto y de una naturaleza tales que, en las circunstancias usuales de los negocios, la financiación de la fundación parezca normalmente asegurada, de por vida, en todo estado de cosas."<sup>47</sup> Este criterio determina la inclusión de parámetros cualitativos, y excluye los capitales no productivos. "La exigencia de la Administración no alcanza sólo al monto de la dotación. Concierno también a su composición cualitativa. Una fundación no puede constituirse, por ejemplo, con

una colección de cuadros si no se prevén los medios financieros (...) para exponerlos."<sup>48</sup>

La doctrina gala, como es claro, no puede menos que constatar que las normas sobre fundaciones de empresa han rebajado considerablemente la anterior rigidez en materia de patrimonio mínimo, ya que de la elevada cantidad de 5 millones de francos (762.245,08 euros) exigida en 1987 para la fundación reconocida de utilidad pública, se ha pasado a una suma de sólo 200.000 francos (35.974 euros), para las fundaciones de empresa.<sup>49</sup> A estos 200.000 francos iniciales hay que sumar, claro, el monto del programa plurianual previsto, cuyo mínimo es de un millón de francos. Por tanto, para una entidad empresarial el costo total mínimo de fundar es de un millón doscientos mil francos (aprox. 182.939 euros).<sup>50</sup> Esta posibilidad nueva ha venido a poner en cuestión la antigua regulación de la dotación para la fundación de utilidad pública. "La necesidad de un capital dotacional elevado traba injustificadamente el desarrollo de las fundaciones. Una parte de la doctrina, las empresas, e incluso en cierta medida la propia práctica administrativa, cuestionan esta exigencia que ningún texto legal impone. El debate tiende a demostrar que, sin degradar la institución, pueden considerarse otros medios de financiación mejor adaptados a las actuales estructuras económicas y patrimoniales. Una solución intermedia, articulada en torno a una complementariedad entre capital y recursos (compromiso de desembolsos sucesivos) debiera ser admisible. La proporción entre estas dos fuentes de financiamiento debiera establecerse en función de cada caso específico. En cualquier caso, la suma de cinco millones de francos no debiera considerarse como un mínimo absoluto, por principio."<sup>51</sup>

du 6 juillet 1990) "*Les statuts de la fondation d'entreprise comprennent un programme d'action pluriannuel dont le montant ne peut être inférieur à une somme fixée par voie réglementaire.*"

<sup>45</sup> Décret 91-1005 du 30 septembre 1991 pris pour l'application de la loi 90-559 de 4 juillet 1990. Art. 7.

<sup>46</sup> Baron, Eric y Delsol, Xavier: *Les fondations reconnues d'utilité publique et d'entreprise. Régime juridique et fiscal*. Editions Juris-Service, Paris, 1992, p. 21.

<sup>47</sup> Pomey, Michel: *Traité des fondations d'utilité publique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1980, p. 129.

<sup>48</sup> Debbasch, Charles y Langeron, Pierre: *Les Fondations*. Presses Universitaires de France, Paris, 1992, p. 43.

<sup>49</sup> Zoppini, Andrea: "Considerazioni sulla fondazioni d'impresa e sulla fondazioni fiduciaria regolate da una recente legge francese", en *Rivista de Diritto Civile*, Anno XXXVII, N° 5, Settembre-Ottobre 1991, pp. 573 a 597, p. 575.

<sup>50</sup> Baron y Delsol: *Op. cit.*, p. 171.

<sup>51</sup> *Id.*, p. 25.

Otro ordenamiento que sigue un partido técnicamente equivalente al de la ley francesa para las fundaciones empresariales es el danés, que prescribe que la fundación debe, en el momento de su creación, disponer de un capital mínimo equivalente a 250.000 coronas (aprox. 33.617 euros, al tipo de cambio del 26 de mayo de 2002) además de la cual exigencia de mínimo, se dispone que los activos deben guardar una proporción razonable con el fin fundacional propuesto. Con todo, se permite de modo excepcional, y previa autorización de la autoridad administrativa, la creación de fundaciones con un capital menor. La disposición aclara que la exigencia no tiene efecto retroactivo, y que por ello no se aplica a las fundaciones instituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 300/1984, que previó por vez primera la exigencia.<sup>52</sup> Un partido técnicamente semejante adopta la ley noruega, que establece para la fundación común una dotación mínima de 100.000 coronas (aprox. 13.434 euros, al tipo de cambio del 26 de mayo de 2002), y para la fundación empresa, una de 200.000 coronas (aprox. 26.869 euros). Excepcionalmente, se permite al Protectorado autorizar, para las fundaciones de la primera clase, una dotación menor, pero en ningún caso la dotación puede ser menor de 50.000 coronas.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> Lov 698 11/08/1992 (Lov om fonde og visse foreninger) Parágrafo § 8. “*En fond skal ved oprettelsen have aktiver for over 250.000 kr. Aktiverne og egenkapitalen skal stå i rimeligt forhold til formålet. Stk. 2. Uanset bestemmelsen i stk. 1, 1. pkt., kan fondsmyndigheden i særlige tilfælde tillade oprettelse af en fond med aktiver på 250.000 kr. eller derunder. Stk. 3. Bestemmelsen i stk. 1, 1. pkt., gælder ikke for fonde, der stiftes i henhold til et testamente, der er oprettet før den 1. januar 1985.*”

<sup>53</sup> Lov om Stiftelser (23 mai 1980, Nr. 11, modificada por Lov 7 april 1995, Nr. 14, en vigor el 1 de enero de 1997) § 3-2 “Minste grunnkapital. (1) *Alminnelig stiftelse skal ha en grunnkapital på minst 100.000 kroner. Næringsdrivende stiftelse skal ha en grunnkapital på minst 200.000 kroner.* (2) *Stiftelsestilsynet kan når særlige grunner tilsier det gjøre unntak fra første ledd første punktum, likevel slik at grunnkapitalen ikke kan være mindre enn 50.000 kroner.*”

Finalmente, se encuentra en este grupo de órdenes fundacionales la *Privatstiftungsgesetz* austríaca. El caso resulta de interés no sólo por la fijación de una cantidad dotacional mínima, sino por la evolución legislativa. Esta evolución es relevante no sólo en el cambio de mecanismo legal de establecimiento de un mínimo dotacional, sino en la modificación global del sistema de control, que pasa de administrativo a judicial. En efecto, la ley anterior, vigente desde 1975 a 1993, permitía el reconocimiento administrativo sólo en caso de que la dotación fundacional fuera suficiente para la realización permanente del fin de la fundación. Además, la exigente ley austríaca –con un matiz que claramente apuntaba a la concepción de la fundación rentista– precisaba que la dotación de la fundación no debe considerarse suficiente si sus rentas probablemente permitirán sólo la conservación a largo plazo o permanente de los bienes inmuebles, sin que sirviesen a la realización directa del fin fundacional (Austria. Bundesgesetz vom 27. November 1974 über Stiftungen und Fonds (Derogada). Parágrafo 5). La ley vigente, haciéndose cargo de los problemas que la antigua generaba, prescribe muy sencillamente que las fundaciones deben tener afectado un patrimonio con un valor mínimo de un millón de chelines (72.672, 83 euros).<sup>54</sup> En todos los casos en que el aporte no se realice en moneda de curso legal austríaca, se requiere el informe de un “auditor de la constitución fundacional”, designado judicialmente y con derecho a reembolso de gastos y remuneración, que certifique que se alcanza ese valor mínimo. El respectivo informe debe ser presentado al fundador o al Patronato, y en caso de divergencias de opinión, decide el Tribunal, a requerimiento del Patronato o del auditor de constitución (Privatstiftungsgesetz (PSG, BGBl. Nr. 694/1993). § 11). El informe es requisito *sine qua non* para proceder a la inscripción de la fundación (§ 12(2), Nr. 4), junto con la declara-

<sup>54</sup> Privatstiftungsgesetz (PSG, BGBl. Nr. 694/1993). § 4. “*Stiftungsvermögen. Der Privatstiftung muß ein Vermögen im Wert von mindestens einer Million Schilling gewidmet werden.*”

ción de los miembros del patronato de que el patrimonio de la fundación se halla a su libre disposición (§ 12(2), Nr. 2); y si se trata de dinero, la certificación bancaria de que el dinero está depositado en una cuenta a nombre de la fundación o a la libre orden de aquella (§ 12(2), Nr. 3).

En conclusión, puede reafirmarse la idea de que, en cuanto a los ordenamientos europeos continentales se refiere, la idea de fundación resulta inseparable de la existencia de un patrimonio afectado a un fin no lucrativo, y que, en consecuencia, resulta imperativo exigir un mínimo de coherencia entre las fuerzas del patrimonio y la envergadura de los fines, porque –además– los propósitos altruistas que carecen de recursos pueden ser jurídicamente canalizados a través de la figura de la asociación o corporación.

El contraste con la realidad normativa local no puede ser más acusado. La dogmática fundacional es mísera, y prácticamente toda la regulación del fenómeno ocurre por remisión a la regulación de las corporaciones. La muy diversa naturaleza de ambos institutos, y su radicación conceptual desde intereses protegidos de índole también distinta (derecho de asociación en un caso, y derecho de propiedad en el otro) sugieren la necesidad de una reforma legislativa que aborde de modo especial las particularidades del fenómeno fundacional (y muy en particular, los aspectos relacionados con el sustrato patrimonial).

En tanto esa reforma no se produzca, parece pertinente plantear una hermenéutica de las normas actualmente vigentes, relativas al sustrato patrimonial que debe sostener al instituto (Arts. 564 del Código Civil y 33 del DS 110, sobre Concesión de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones), en los términos siguientes: La ley autoriza a cancelar la personalidad jurídica de las fundaciones “cuando hayan perecido los bienes destinados a su mantención”. La “mantención” de la fundación supone, de modo imperativo, no sólo su vigencia formal, sino su potencia efectiva en la persecución de los fines para los que fue instituida. Por ello, el Estado está autorizado para negar la concesión de la personalidad jurídica cuando resulta claro, desde un principio, que la fundación no se encuentra en situación patrimonial de poder satisfacer su fin con estabilidad y autonomía, esto es, cuando *ex ante* se visualiza la existencia de una causa legal de extinción de la personalidad.

Con esta interpretación, que relaciona de modo nítido el sustrato patrimonial de la fundación con el cumplimiento del fin para cuya persecución su existencia legal es autorizada, se entrega una herramienta a la Administración que le posibilita evitar la constitución de fundaciones sin una base patrimonial adecuada, que las más de las veces están destinadas a satisfacer propósitos muy distintos de los altruistas en los que el legislador pensó al dar reconocimiento legal al fenómeno fundacional.