

El Registro de Fundaciones

SUMARIO: I. CUESTIONES GENERALES QUE SUSCITA SU REGIMEN JURIDICO: 1. NATURALEZA DEL REGISTRO E INCIDENCIA EN LAS FUNCIONES DEL PROTECTORADO. 2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE FUNDACIÓN Y EL CONTROL REGISTRAL. 3. COMPETENCIA REGULADORA Y ÁMBITO DEL REGISTRO. 4. LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LA FUNDACIÓN-EMPRESA. 5. LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LAS DELEGACIONES DE FUNDACIONES EXTRANJERAS.—**II. ORGANIZACION.**—**III. OBJETO:** 1. LA HOJA REGISTRAL: a) *La inscribibilidad de los compromisos de aportaciones de terceros.* b) *El acceso de los embargos al Registro.* 2. EL ARCHIVO INDIVIDUALIZADO. 3. LA ATRIBUCIÓN DE DENOMINACIÓN. 4. EL DEPÓSITO DE CUENTAS.—**IV. PROCEDIMIENTO:** A) DOCUMENTOS JURÍDICOS: 1. *Aportación del título.* 2. *Solicitud de inscripción.* 3. *Consignación de la fecha de presentación.* 4. *Calificación:* a) *Ámbito, contenido y plazo.* b) *Calificación del título constitutivo y del establecimiento de delegaciones.* c) *El problema de la inscribibilidad de las enajenaciones o gravámenes sujetos a la condición suspensiva de obtener autorización.* d) *Silencio del Protectorado y calificación registral.* e) *La calificación desfavorable.* f) *El problema de la previa inscripción en los Registros patrimoniales.* g) *Calificación desfavorable e inscripción parcial.* 5. *Subsanación y recurso.* 6. *Inscripción.* 7. *Archivo del título inscrito.* 8. *Comunicación al Protectorado.* B) DOCUMENTOS CONTABLES: 1. *Presentación al Protectorado.* 2. *Control de legalidad.* 3. *Depósito por el Protectorado e incorporación por el Registro.* 4. *Recursos.* C) LA APLICABILIDAD SUPLETORIA DEL RÉGIMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN.—**V. EFICACIA:** 1. PUBLICIDAD O CONSTITUCIÓN DE LOS ACTOS INSCRITOS. 2. INOPONIBILIDAD Y OPONIBILIDAD. 3. PRESUNCIÓN DE EXACTITUD Y VALIDEZ.—**VI. CONOCIMIENTO.**

I. CUESTIONES GENERALES QUE SUSCITA SU REGIMEN JURIDICO

1. NATURALEZA DEL REGISTRO E INCIDENCIA EN LAS FUNCIONES DEL PROTECTORADO

La generalización del régimen registral de las fundaciones —antes limitado a las de carácter **cultural**—, la creación de un Registro único, la atribución al mismo de un amplio control de legalidad de fondo y forma de los

títulos inscribibles, y la atribución de enérgicos efectos a la inscripción, han hecho que la nueva institución del Registro de Fundaciones tenga una extraordinaria importancia no sólo en el Ordenamiento fundacional, sino también en la vida práctica de las fundaciones. Con razón se ha escrito que el Registro se ha convertido en la «pieza central del sistema» (1). Sin embargo, en el nuevo Registro convergen varios conflictos: conflicto de competencias para su regulación, conflicto de competencias con la otra institución administrativa encargada de velar por el recto funcionamiento de las fundaciones —el Protectorado—, conflicto sobre la propia función del Registro, que ha venido a encauzar —limitándolo— un derecho constitucional.

El nuevo Registro de Fundaciones se configura por la Ley 30/1994 y los dos Reglamentos que la desarrollan, como el instrumento de publicidad de la situación jurídica de las fundaciones —de sus estatutos, de la identidad de sus patronos y representantes, y de los actos que afectan a su estructura y su dotación—, y de las cargas duraderas impuestas sobre bienes para la realización de fines de interés general. La heterogeneidad del contenido de este Registro, que acoge no sólo a las fundaciones, sino también las cargas duraderas, hace que su naturaleza sea también mixta: es, en una parte, Registro de personas, y, en otra parte, Registro, no de bienes, sino de gravámenes.

El régimen jurídico del Registro de Fundaciones de competencia estatal viene determinado en los arts. 36 y 37 de la Ley de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, de 24 de noviembre de 1994 (LF), y en el Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal de 1 de marzo de 1996 (RRF). El Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal de 23 de febrero de 1996 (RF) contiene siete referencias al Registro de Fundaciones, alguna de las cuales tiene especial importancia por establecer normas no recogidas en el Reglamento del Registro. Según el preámbulo del RD que aprueba el Reglamento del Registro, este texto «sólo contiene las líneas esenciales para la puesta en marcha del Registro de Fundaciones»; el mismo RD faculta al Ministerio de Justicia para «dictar las disposiciones oportunas de desarrollo del Reglamento» (disp. final primera).

El fundamento del Registro de Fundaciones es semejante al de los Registros de otras personas jurídicas, y en especial al del Registro Mercantil y al del Registro de Cooperativas: la fundación es una persona jurídica que actúa en el tráfico —incluso en el tráfico mercantil, como es el caso de la fundación-empresa (art. 23, ap. 6, LF)—, y lo hace con la responsabilidad limitada al patrimonio fundacional o dotación. Los patronos no responden de las deudas de la fundación (*ex art. 11 LF*). Al igual que los Registros citados, el de

(1) J. L. PIÑAR MAÑAS, *com.* al art. 36 en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de incentivos fiscales*, t. 1, Madrid, 1995, pág. 314.

fundaciones es un «Registro de responsabilidad» (un *Haftungsregister*, como ha dicho la doctrina alemana del Registro Mercantil); la razón principal de su existencia radica en el interés de los terceros en conocer la dotación de la fundación (2), y también las personas —patronos, apoderados— que pueden vincular contractualmente ese patrimonio. Esta es precisamente la razón que explica que las fundaciones no inscritas respondan ilimitadamente (con su patrimonio y el de sus patronos), cuando actúan al margen del Registro: por las deudas de la *fundación en formación* contraídas por los patronos, y que no procedan de «actos que resulten indispensables para la conservación del patrimonio [fundacional]» o de «actos que no admitan demora sin perjuicio grave» (y que luego la fundación, una vez inscrita, no asuma voluntariamente —porque respecto de esos actos no actúa el mecanismo de la asunción automática—), responden los patronos que las hubieran contraído (*ex art. 11 LF*); y por las deudas de la *fundación irregular* contraídas por los patronos, responden éstos subsidiariamente, es decir, si el patrimonio fundacional no alcanza a hacer efectiva la responsabilidad (art. 11 *in fine*, LF). Se ha criticado que la consecuencia de la *irregularidad* sea la responsabilidad limitada; y se trata, en realidad, de una consecuencia que la ley establece en todos los casos en que la limitación de responsabilidad no se hace pública. No es, en rigor, una consecuencia de la falta de personalidad, como se ha escrito (3), sino una consecuencia de la falta de publicidad de la limitación de responsabilidad.

Todos los Registros de personas jurídicas son Registros de responsabilidad. La razón de que sea así reside en que en las personas jurídicas de base patrimonial y en las personas jurídicas de base asociativa [con la excepción, respecto de estas últimas, de las sociedades civiles y de las mercantiles per-

(2) Opino lo contrario que J. A. DEL CAMPO ARBULO, que escribe que «la razón de ser de la referencia al patrimonio de la fundación en el Registro de Fundaciones es la siguiente: se trata de que los Protectorados puedan conocer la titularidad patrimonial de la Fundación de una manera íntegra, sin tener que acudir, lo que sería tarea imposible, a todos y cada uno de los Registros especializados para asegurarse de la existencia real de cuantos bienes y derechos hace figurar aquella en su inventario. La constatación de la titularidad patrimonial de la fundación en el Registro de fundaciones tiene, así pues, una eficacia *ad intra*, no *ad extra* y en favor de terceros» (*La Ley de Fundaciones*, Madrid, 1996, pág. 222).

Me parece que este criterio no es acertado, entre otras cosas porque la razón que el autor citado invoca tiene escasa consistencia: no hay más Registro de bienes en España que el Registro de la Propiedad (los demás Registros patrimoniales son Registros de cargas), y, como hay que suponer que legislador conoce el Ordenamiento, el legislador sabe que existe el índice General Informatizado, creado por R.D. 430/1990, de 30 de marzo, en el que figuran todas las titularidades reales, y que hace innecesaria la consulta a todos y cada uno de los Registros.

(3) J. CAFFARENA, com. al art. 11 en *Comentarios*, t. I, pág. 101. Sin embargo este autor cita a FERRER I RIBA que advierte precisamente la relación entre ausencia de publicidad y responsabilidad ilimitada («El procés constitutiu d'una fundació en la Llei de 3 de març de 1982 de fundacions privades catalanes», *RJC*, 1984, pág. 92).

sonalistas (4)] existe una absoluta independencia patrimonial respecto de sus miembros y gestores, y los terceros que contratan con ellas necesitan conocer el patrimonio que respalda su responsabilidad (5).

No hay duda, por otro lado, de que el Registro de Fundaciones es un Registro *de seguridad jurídica*, y no un Registro *de información administrativa*. La Exposición de Motivos de la Ley es suficientemente explícita: «el Registro de Fundaciones se configura como constitutivo de publicidad frente a terceros». Luego, en el articulado, puede comprobarse que su eficacia no es constitutiva —como regla, aunque tiene una **excepción**—, pero la intención del legislador queda clara. Además, la alusión a la *publicidad frente a terceros* engloba no sólo la publicidad formal, sino también la publicidad material, de la que carecen en absoluto los Registros *de información administrativa*. A lo largo de los tres textos reguladores del Registro puede apreciarse que éste reúne los cinco rasgos comunes a todos los Registros *de seguridad jurídica*: la existencia de un control de legalidad o calificación; la conexión entre los asientos registrales o tracto sucesivo (éste muy desdibujado en las normas, aunque puede deducirse de ellas, como se verá); el carácter documental público del asiento; la oponibilidad o eficacia frente a terceros; y la cognoscibilidad o posibilidad de conocimiento del Registro (6). El propio encuadra-

(4) Precisamente por esta excepción, que supone una independencia *relativa* del patrimonio social respecto del patrimonio de los socios, no existe, por un lado, un Registro de sociedades civiles, y por otro, la inscripción de las sociedades personalistas no es constitutiva. Vid., A. PAU PEDRÓN, *El Registro Mercantil*, Madrid, 1992, pág. 23.

(5) Esta cuestión está en estrecha relación con la embargabilidad de los bienes de las fundaciones, que se trata más adelante (III, 1 b)).

(6) Estas cuestiones pueden verse, expuestas extensamente, en mi *Curso de práctica registral*, 2.^a ed., Madrid, 1995, págs. 23 y ss, «Teoría general de los Registros de seguridad jurídica». Pero la naturaleza del Registro de Fundaciones como Registro jurídico o de seguridad jurídica es rechazada rotundamente por PÑAR MAÑAS (com. al art. 36 en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de incentivos fiscales*, t. 1, Madrid, 1995, que lo considera «un registro puramente administrativo» (pág. 314), «un típico Registro Administrativo» (pág. 317), aunque tiene que reconocer que en diversos aspectos de importancia existe semejanza con los Registros jurídicos; por ejemplo: «la publicidad del Registro de Fundaciones se acerca más a la propia del Registro Mercantil que a la de los demás Registros Administrativos» (pág. 319); determinadas inscripciones han de hacerse «al objeto de garantizar los derechos e intereses de terceros» (pág. 308); «una vez más se aprecia cómo el Registro de Fundaciones se acerca más a los Registros del ámbito del Derecho privado, como el de la Propiedad o el Mercantil, que al resto de los Registros administrativos» (pág. 321); y afirma —y éste es un tema esencial para determinar la naturaleza de un Registro— que, para exponer la eficacia del Registro de Fundaciones «bastaría con repertir en lo esencial los criterios generalmente válidos para la eficacia frente a terceros de los Registros antes citados [los Registros del ámbito del Derecho Privado, como el de la Propiedad o el Mercantil]».

Aunque otros autores no se manifiestan tan explícitamente sobre la naturaleza administrativa del Registro de fundaciones, parecen presuponerlo. Sin embargo, son frecuentes afirmaciones que ponen de manifiesto, al menos, la proximidad de ese Registro a los Registros jurídicos o de seguridad jurídica: «el Registro de Fundaciones [...] tiene efectos

miento administrativo del Registro de Fundaciones en la Dirección General de los Registros y del Notariado revela ya su naturaleza. Es precisamente por «su contenido y su eficacia jurídica» por lo que se sitúa en ella, como puntualiza el preámbulo del Reglamento regulador del Registro.

A la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional, esa naturaleza del Registro de Fundaciones como Registro *de seguridad jurídica* resulta confirmada. El Tribunal, en un primer momento, atendió, para determinar la naturaleza jurídica o administrativa de un Registro, al carácter de la materia que tenía por objeto (S 71/1983, sobre el Catálogo General de Montes de Utilidad Pública; S 72/1983, sobre el Registro de Cooperativas). Pero a partir de la S 157/1985, de la que fue ponente el prof. Díez-Picazo, el Tribunal Constitucional empezó a atender, abandonando el criterio de la materia, al de los efectos del Registro: así, esa S 157/1985, afirma, para negar carácter jurídico al Registro de Empresas cinematográficas, que «está al servicio del correcto y eficaz despliegue por las Administraciones públicas de sus competencias en el sector, logrando así que su labor de fomento, o sus actos de intervención y control, puedan realizarse con el conocimiento suficiente acerca del objeto sobre el que vierte, en unos casos y en otros, la acción de los poderes públicos». Y añade más adelante: «la actividad pública registral se presenta, en este caso, como estrictamente auxiliar o instrumental respecto de las competencias sobre intervención y fomento de la cinematografía». Y en esta misma línea, la S 284/1993 considera que el Registro de Comerciantes creado por la Ley catalana de Comercio Interior de 1991 es un Registro administrativo, porque «no genera consecuencia alguna en las relaciones *inter privados*».

Ahora bien, los Registros de seguridad jurídica pueden tener encomendada —por añadidura— una función de información administrativa —cosa que no puede hacerse al revés: los Registros administrativos no pueden servir como instrumentos de publicidad material (7)—. Aunque en el caso del Registro de Fundaciones no se haya hecho así expresamente, es indudable que la Administración, contará, a través del Registro, con un instrumento eficaz de información. El que determinado contenido del Registro —el que accede por vía de archivo, y no de inscripción— no esté orientado

de publicidad formal y material» (R. DE LORENZO GARCÍA, com. al art. 12, en *Comentarios*, t. I, pág. 111); los actos se inscriben en el Registro «a los efectos de protección de terceros que contraten confiados en el contenido del Registro» (el mismo autor, *ibidem*, pág. 125); «el Registro está concebido con un alcance que va más allá de lo que en principio se había considerado» (P. COBO GÁLVEZ, com. al art. 18, *ibidem*, pág. 160).

(7) Este empleo administrativo de Registros de seguridad jurídica ha tenido una aplicación reciente en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, cuya Exposición de Motivos ha puesto de relieve que la inscripción de los arrendamientos en el Registro de la Propiedad tendrá una doble finalidad: reforzar la posición jurídica de las partes, e incrementar la información del Estado, facilitándole con ello la política arrendaticia y las reformas futuras de los arrendamientos urbanos.

hacia los particulares (vid, *infra*, VI), demuestra su función auxiliar de la Administración.

Por tratarse de un Registro de seguridad jurídica, una de las funciones principales del Registro de Fundaciones es el control de legalidad de los actos estructurales de las fundaciones. Por eso, si se leyera aisladamente un inciso de la Ley, en que se dice que cierta institución «asegarará la legalidad de su constitución y funcionamiento», se pensaría inmediatamente en el Registro. Pues no es así. El art. 32, al que corresponde ese inciso, se refiere al Protectorado. La causa de este «error de lectura» es evidente: la delimitación entre las funciones del Registro y la del Protectorado es confusa (8). La confusión llega al simple error en la Exposición de Motivos de la Ley, al decir que «la articulación concreta entre el Registro y los diversos Protectorados, que se determinará reglamentariamente, parte del principio de que las inscripciones practicables requerirán el informe de los órganos administrativos a los que corresponda el ejercicio del Protectorado». En el articulado, este pretendido «principio», sencillamente, no existe. La inscripción no requiere informe. Determinados actos —sin duda demasiados— requieren autorización del Protectorado. Y en todo caso ni el informe —en el único supuesto en que se exige (art. 36, ap. 2, LF)— ni las autorizaciones se refieren directamente a la inscripción, sino al acto que tienen por objeto.

El Reglamento general de la Ley hace aún mayor la confusión. En la Ley, «asegurar la legalidad» aparece en la definición del Protectorado (art. 32, ap. 1); luego, al enumerar las funciones que le corresponden, se habla de «asesorar a las fundaciones», «velar por el cumplimiento de los fines fundacionales», «verificar la aplicación de los recursos», «dar publicidad (9) a la existencia y actividades de las fundaciones», «ejercer provisionalmente las funciones de gobierno». Con ello se da a entender que el aseguramiento de la legalidad se *refiere sólo al contenido concreto de sus funciones*. Sin embargo, el Reglamento general cambia el enfoque, y traslada al primer lugar de la enumeración de funciones el «asegurar la legalidad» —es verdad que reducido ahora al acto constitutivo—, con lo que da

(8) Y esta confusión ha suscitado ya dudas en la doctrina. Por ejemplo, E. CORONA ROMERO y otros, *Fundaciones. Análisis práctico de la Ley 30/1994 y compendio legislativo concordado*, Madrid, 1995, escriben: «Se plantea por tanto la cuestión, que habrá de ser prevista en el reglamento que desarrolle la Ley, de si el encargado del Registro de Fundaciones, fuera de los supuestos antes expuestos, se verá vinculado por la previa actuación del Protectorado respecto de los actos que conforme a las leyes hayan de ser inscritos» (pág. 168). Y J. L. PIÑAR MANAS considera que es función del Registro el control sobre el cumplimiento de los fines fundacionales (com. al art. 30 en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de incentivos fiscales*, t.1, pág. 314), o el menos debería serlo (pág. 317).

(9) No se trata, naturalmente, de la llamada *publicidad legal*, sino de publicidad en sentido vulgar: «hacer notoria y patente una cosa para que llegue a noticia de todos» (DRAE).

a esa función un carácter general que, en realidad, no tiene, ni siquiera en el caso de constitución.

El origen de esta confusión —perceptible en la ley y evidente en el Reglamento— es claro: el legislador continúa pensando en el Protectorado antiguo, sin tener completamente en cuenta la incidencia del nuevo Registro. En la normativa anterior a la vigente no existía un Registro con plena función calificadora. El Registro de Fundaciones culturales limitaba su control de legalidad a «los requisitos formales exigidos por las leyes y demás disposiciones que sean aplicables y si contienen todos los datos exigidos en este Reglamento» (art. 81 del D. 2.930/1972, de 21 de julio). Pero el nuevo Registro tiene atribuida una amplia facultad de calificación de la «validez» de los títulos (art. 11 RRF).

Es necesario, por tanto, reconstruir, no sólo con una interpretación sistemática de las nuevas normas, sino también atendiendo a la naturaleza jurídica de ambas instituciones —Protectorado y Registro—, la distribución de competencias entre ellas.

La naturaleza del Registro ha quedado ya expuesta. La naturaleza del Protectorado es el de una institución pública de tutela (10). Desaparecido el fundador (desaparecido físicamente, en su caso, y desaparecido jurídicamente siempre, porque una vez constituida la fundación, ésta pasa a ser regida por el Patronato, al que puede pertenecer o no el fundador), es necesario que sea el poder público quien vele por la fidelidad a los fines fundacionales. Los destinatarios, generalmente indeterminados, carecen de la articulación o vertebración necesaria para hacerlo. Sólo la Administración puede actuar con la debida independencia y distancia; y esa actuación ha de centrarse en tres aspectos: el respeto a la voluntad del fundador, la conservación del patrimonio y la aplicación de sus rendimientos.

El Protectorado es pues una institución de tutela, y el Registro una institución de seguridad jurídica. La esencia de esa tutela es el control de los fines fundacionales; la esencia de esa seguridad jurídica es el control de legalidad. En la doctrina alemana es habitual la distinción entre *Stiftungsaufsicht* —vigilancia de las fundaciones— y *Stiftungspublizität* —publicidad de las fundaciones—; la primera tiene por objeto el *Zweckerfüllung* o cumplimiento de los fines fundacionales, y la segunda tiene por objeto el *Verkehrsschutz* o protección del tráfico; el interés protegido por una y otra es distinto: en la primera se trata del *Interesse der Stiftung* —interés de la fundación—, y en la segunda es el *Interesse der privaten Teilnehmer* —el interés de los

(10) Naturalmente, no de tutela en el sentido de que supla ninguna incapacidad —como suelen precisar los autores—, sino de velar por el cumplimiento de la voluntad del fundador, y procurar la perduración de la fundación creada. «Tutela» es un término que abarca todas las funciones que la Exposición de Motivos atribuye al Protectorado: «[...] no sólo funciones de control, sino también de apoyo, impulso y asesoramiento».

particulares— (11). En los Estados Unidos se introdujeron, simultáneamente, en el Derecho uniforme de la Unión, la vigilancia de las fundaciones —*Supervision*— y la publicidad registral —*Register of Charitable Trustees*—, con una perfecta diferenciación entre las funciones de una y otra: el control de los fines y de su cumplimiento, de un lado, y el control de la legalidad, de otro (12). Podrían añadirse otros ejemplos de Ordenamientos extranjeros en que la actuación de la tutela administrativa y la publicidad registral aparecen nítidamente diferenciadas. No puede haber, por tanto, confusión de funciones. Los preceptos que, en nuestro Derecho, apuntan esa confusión —los arts. 32, ap. 1 y ap. 2 d], LF y los arts. 16, ap. 4 (13) y 22, ap. 3 a), RF— deben interpretarse conforme a ese principio de distribución.

Lo que no hay duda es que tanto la actuación del Protectorado como la del Registro son actuaciones regladas. Encomendar al Protectorado que aprecie la generalidad de los fines o la suficiencia de la dotación no supone atribuirle un margen de discrecionalidad. Como escribe acertadamente PIÑAR MAÑAS, se le faculta para apreciar conceptos jurídicos indeterminados, pero ello no implica permitirle una actuación discrecional (14).

Creado el Registro, y con los rasgos que le atribuyen la Ley y el RRF, resulta desproporcionada la presencia del Protectorado en la vida de las fundaciones. Resulta desproporcionada en términos absolutos, pero más aún en relación con las funciones del Registro. La razón de esta omnipresencia del Protectorado tiene su origen, como advierte PRADA, en que han sido precisamente los diversos Ministerios con Protectorado los que han redactado el Anteproyecto de la Ley de Fundaciones, y no han deseado una merma en las funciones que venían desempeñando (15). Como sugería este

(11) Puede verse, por todos, H. KRONKE, *Stiftungstypus und Unternehmersträgerstiftung*, Tübingen, 1988, y especialmente el capítulo 8, «Stiftungsaufsicht und Stiftungspublizität», págs. 147 y ss.

(12) *Uniform Supervision of Trustees for Charitable Purposes Act*, de 1954. Sobre ella debe verse, especialmente, L. KUTNER, *Legal Aspects of Charitable Trusts and Foundations*, 1970.

(13) «Si en el plazo de tres meses el Protectorado no se opusiera por razones de legalidad a la modificación estatutaria o no formulara objeciones a la misma [...]» dice el último párrafo de ese apartado. Al Patronato no le corresponde (no debe corresponderle) el control de legalidad de las modificaciones estatutarias. El art. 22, ap. 6 a) del mismo Reglamento establece una regla distinta y plenamente acertada: «Son funciones en relación con la modificación, fusión y extinción de las fundaciones: a) Autorizar las modificaciones de Estatutos que resultaren convenientes [...]».

(14) J. L. PIÑAR MAÑAS, com. al art. 318, en *Comentarios*, t. I, pág. 318. Vid. también lo que este autor expone en la pág. 31 de la misma obra sobre el margen de apreciación que se atribuye al Protectorado. El Grupo Popular propuso, durante la tramitación parlamentaria, suprimir el informe sobre la generalidad de los fines y la suficiencia de la dotación, «para evitar la atribución de facultades discrecionales» (vid. enmiendas 266 y 322 [Congreso]).

(15) J. M. DE PRADA GONZÁLEZ, «Algunas observaciones en torno al proyecto de Ley de Fundaciones», *La Ley*, núm. 3.237, de 13 de abril de 1993.

autor, las numerosas autorizaciones del Protectorado que la ley exige, deberían sustituirse por simples comunicaciones (16). Pero lo cierto es que la LF se aprobó imponiendo ese continuo intervencionismo administrativo. La crítica de los autores ha sido general (17). Pero lo que procede ahora —una vez promulgada la Ley con esa amplia intervención del Protectorado— es determinar debidamente el alcance de esa intervención, y para ello hay que hacer una precisión fundamental: el criterio con que el Protectorado ha de autorizar la constitución (art. 36 LF), la enajenación y gravamen de bienes (art. 19, ap. 1), las transacciones (art. 19, ap. 2), la aceptación de donaciones y legados con cargas (art. 20), la modificación de estatutos (art. 27), etcétera, no es la legalidad de tales actos, sino *la adecuación de los mismos a los fines y a la dotación* de cada fundación concreta (18). La legalidad corresponde enjuiciarla al Registro de Fundaciones. Por tanto, la autorización del Protectorado sólo vincula al Registro en cuanto a la *adecuación* del acto a los fines y la dotación, pero no en cuanto a su *legalidad*. La existencia de autorización no impide una ulterior calificación desfavorable.

Sin embargo, es necesario insistir en que la atribución al Protectorado del control de la generalidad de los fines y la adecuación del patrimonio es un acierto del legislador, que en nada incide en la función del Registro, sino todo lo contrario: responde a una acertada delimitación de competencias. Aquella atribución exige una valoración —no discrecional, por supuesto— que va más allá de un razonamiento estrictamente jurídico —que es el único tipo de

(16) Y esta idea la expresan también T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO («El patrimonio de las Fundaciones», pág. 3.321 y T. CARRANCHO HERRERO («El problema del ejercicio de actividades económicas por las fundaciones», *RDP*, 1991, pág. 96), entre otros autores. Varias enmiendas presentadas a lo largo de la tramitación parlamentaria de la LF sugirieron o la supresión absoluta de las autorizaciones, o su sustitución por comunicaciones posteriores.

(17) Vid., entre otros, además de PRADA GONZÁLEZ, (cit.), T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, «El patrimonio de las fundaciones: su enajenación y gravamen. Comentario al art. 19 de la Ley de Fundaciones de 24 de noviembre de 1994», *RGD*, abril de 1996, pág. 3.318, y los autores que cita, y que escribieron sobre el estado legal anterior al actual, a los que cabría añadir a C. GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, «Problemática jurídica actual de las fundaciones», *BCNR*, noviembre de 1990, pág. 2.571; A. REBOLLO ALVAREZ-AMANDI, *La nueva Ley de Fundaciones*, Madrid, 1994, pág. 88; J. A. DEL CAMPO ARBULO, *Ley de Fundaciones*, Madrid, 1996, pág. 360, que cita a su vez las opiniones críticas de YUSTE GRUALBA y CABRA DE LUNA.

(18) Algún autor sostiene, sin embargo, que el control que ejerce el Protectorado es de legalidad. Por ejemplo, I. OLMOS VICENTE («Novedades en materia de protectorados, patronatos, patrimonio y registro», en *Las fundaciones. Su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*, pág. 79): «el protectorado [...] únicamente podrá oponerse a aquél [acuerdo de modificación estatutaria, fusión, extinción...] por razones de legalidad». De ser cierta esta opinión, se produciría no sólo un doble control ejercido con igual criterio, sino sobre una base distinta: el acuerdo, en el caso del Protectorado, y el título, en el caso del Registro.

razonamientos que puede hacer el encargado del Registro de Fundaciones— (19).

2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE FUNDACIÓN Y EL CONTROL REGISTRAL

Ha sido tradicional la disyuntiva entre libre constitución e intervención administrativa en la creación de las fundaciones. En el estado legal anterior al vigente coexistían ambos sistemas, cada uno con un ámbito propio.

La Constitución española, al atribuir distinta naturaleza al derecho de asociación —derecho fundamental— y al derecho de fundación —simple «derecho de los ciudadanos»—, ha dado mayor libertad al legislador ordinario para elegir el sistema de constitución de las fundaciones. Y frente a la limitación impuesta al control administrativo en la creación de asociaciones —«deberán inscribirse en un Registro a los solos efectos de publicidad» (art. 22)—, ha permitido que la ley exija el control registral como requisito para la creación de fundaciones (20). Naturalmente, la eficacia constitutiva de la inscripción excluye todo margen de discrecionalidad. Una norma de tanta importancia como el art. 11 RRF —calificación registral— debiera quizá haberse incorporado a la ley. Es posible que el legislador, consciente de que creaba un Registro jurídico, haya pensado que está en la esencia misma de ese

(19) No comparto la opinión de J. A. DEL CAMPO ARBULO (*Ley de Fundaciones*, pág. 380) de que el encargado del Registro «tiene como peculiar característica la carencia de una verdadera autonomía en la función calificadora de los actos a inscribir, a través de la cual controle la adecuación a derecho de los mismos, pues en la inscripción que podríamos llamar axial del sistema, la inscripción de las fundaciones, se le escapa el control de legalidad de dos elementos básicos, cuales son el interés general de los fines a perseguir por la entidad y la suficiencia de la dotación, extremos sobre los que el Protectorado está llamado a pronunciarse con carácter previo y vinculante. En tales términos, el responsable del Registro parece estar previsto, sobre todo, para llevar a cabo un mero control de los elementos formales de los actos a inscribir y para cuidarse de que exista la debida concordancia de los asientos relativos al patrimonio de las Fundaciones con los que, con carácter previo, hayan sido extendidos en el Registro de la Propiedad».

Frente a estas afirmaciones hay que indicar: 1.º que el informe del Protectorado no priva de autonomía al Registro, sino que excluye de su ámbito de calificación determinados extremos cuya apreciación excede de un estricto control de legalidad; 2.º que esa exclusión no hace que desaparezca el control registral de validez —y deje reducida la calificación a los requisitos formales—, porque el título constitutivo tiene un amplio contenido (cfr. arts. 8 y 9 LF), del que los fines y la dotación constituyen una mínima parte (letra c) del art. 8 y letra b) del art. 9).

(20) No obstante, tras la promulgación de la Constitución se inició un debate sobre la posibilidad de establecer la intervención administrativa en la constitución de las fundaciones, siendo varios los autores, y de relieve, los que mantuvieron un criterio negativo (entre ellos, PIÑAR MAÑAS, «Propuestas para una futura y posible ley de fundaciones», *REDA*, núm. 72, octubre-diciembre de 1991, y GARCÍA DE ENTERRÍA, «Constitución, fundaciones y sociedad civil», *RAP*, núm. 122, mayo-agosto de 1990).

tipo de Registros que el control que en ellos se realice sea estrictamente de legalidad, sin ningún margen de valoración subjetiva, y por ello no haya incorporado la calificación a los arts. 36 y 37.

Como todo Registro de seguridad jurídica, el Registro de Fundaciones está bajo la salvaguardia de los Tribunales. No puede el funcionario encargado de su llevanza, ni ninguna autoridad administrativa, alterar el contenido de sus asientos, porque se refieren a la situación jurídica de un sujeto privado. La propia existencia del Registro es una garantía del cumplimiento de lo dispuesto en el art. 22, ap. 4, de la Constitución, al que remite el art. 34. El encargado del Registro no inscribirá ninguna decisión administrativa que suponga la disolución o suspensión de las actividades de la fundación, que sólo podrán ordenarse por resolución judicial motivada. No permitirá el acceso al Registro, en general, de ninguna decisión administrativa que pretenda alterar la situación jurídica de la fundación (salvo, naturalmente, las expresamente previstas en la Ley: arts. 16, ap.1, 27, ap.3, y 34).

3. COMPETENCIA REGULADORA Y ÁMBITO DEL REGISTRO

A la complejidad del problema de la competencia para regular las fundaciones se añade la cuestión —más que problema— de la competencia para regular un Registro de Fundaciones. Otro matiz que viene a complicar el tema de competencias es la distinción —no sólo teórica, sino práctica— entre Registros jurídicos y administrativos que tienen el mismo objeto: las fundaciones. Y a todo ello hay que añadir que, al tiempo de dictarse la Ley de Fundaciones, ya existían Registros —con diverso alcance— en varias Comunidades Autónomas, creados a través de normas que no fueron recurridas por el Gobierno, o de cuya impugnación —por razones políticas coyunturales, y no jurídicas— se desistió muchos meses después de interpuesto el recurso.

La complejidad del problema de la competencia sobre las fundaciones deriva, por un lado, de su naturaleza de derecho constitucional, por otro, de su carácter civil, y por otro, del importante contenido administrativo que es inherente a la institución. Cada uno de estos aspectos tiene una referencia constitucional: arts. 149, 1, 1.^a (regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos [...] constitucionales); 149, 1, 8.^a (legislación civil); y 148, 1, 17.^a y 20.^a (fomento de la cultura y la investigación, y asistencia social).

Pero el problema competencial se complica con la existencia, por un lado de Comunidades que tienen derecho civil, foral o especial, propio, y de Comunidades que no lo tienen, y por otro lado, con la existencia de Comunidades con competencia sobre fundaciones reconocida en sus Estatutos y en

Leyes Orgánicas de Transferencia, y de Comunidades que no tienen esa competencia reconocida.

En cuanto a los Registros de Fundaciones, es indudable que el que se configure con eficacia sustantiva será *Registro público*, en el sentido con que emplea esta expresión el art. 149, 1, 8.^a CE, y por tanto de competencia exclusiva del Estado. Pero los que se establezcan como Registros administrativos, serán competencia de la Comunidad que los haya creado para el desarrollo de las funciones administrativas que ejerza sobre las fundaciones.

A lo largo de la disposición final primera, la Ley de Fundaciones declara de aplicación general determinados preceptos por constituir *condiciones básicas del derecho de fundación* (ap. 1); otros por tratarse de *Registros públicos* (ap. 2, a); otros por tratarse de *normas civiles* o sustantivas (ap. 2, b)), que sólo regirán como supletorias en las Comunidades con Derecho civil propio. Por último, declara de aplicación íntegra la legislación estatal a las fundaciones cuyo ámbito de actuación exceda del territorio de una Comunidad Autónoma.

Limitando el examen de la adecuación de esa disposición final primera al esquema constitucional antes expuesto, en su relación con el tema concreto del Registro de Fundaciones, hay que hacer una observación inicial: de los trece preceptos relativos al Registro —los arts. 3, 5, 11, 14, 16, 18, 23, 27, 28, 29, 34, 36 y 37—, la Ley sólo declara de aplicación general el art. 3 —inscripción constitutiva— y el segundo apartado del art. 37 «Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la normativa reguladora de los demás Registros Públicos existentes». En relación con este último, resulta sorprendente, en primer lugar, que una simple salvedad se declare de aplicación a todo el territorio nacional. Pero es aún más sorprendente que se recuerde el respeto que las Comunidades Autónomas deben tener hacia la regulación de los *demás* Registros públicos (que es lo que parece pretender la disp. final 1.^a declarando ese apartado de aplicación general), y sin embargo, no se imponga la obligación de respetar la regulación estatal del Registro de Fundaciones que es también —como reconoce el propio art. 37, ap. 2— un Registro público. Hasta un autor que defiende el carácter administrativo del Registro de Fundaciones se sorprende que sólo el párrafo segundo —y no el primero, que establece la eficacia frente a terceros— se declare de aplicación general (21).

En definitiva, la Ley de Fundaciones, reconociendo que el Registro de Fundaciones es un Registro público (al hablar de «los demás» Registros públicos en ese ap. 2 del art. 37), y por tanto, de competencia exclusiva del Estado (art. 149, 1, 8.^a CE), abdica de su competencia y la traslada a las

(21) J. L. PIÑAR MAÑAS, *com.* al art. 37 en *Comentarios*, pág. 322, y *com.* a la disp. final primera, *ibidem*, pág. 716.

Comunidades Autónomas —y, además, a todas ellas, con independencia de su competencia, no ya sobre Derecho civil, sino incluso sobre fundaciones—. Y esa competencia general sólo podría tener un fundamento: el carácter administrativo del Registro. Creo que en este punto radica la errónea distribución de competencias que late tras la disposición final primera de la Ley: que parte, a su vez, del error de considerar que el Registro que perfilan los arts. 36 y 37 es un Registro administrativo. Resulta evidente la contradicción en que incurre el legislador: de las propias palabras que emplea en la disp. final 1.^a resulta que el Registro de Fundaciones es un *Registro público*, y ese carácter lo confirman los arts. 3, 36 y 37 y todo el Reglamento de desarrollo de marzo de 1996; sin embargo, no se considera competente para dictar una regulación registral de ámbito estatal, lo que puede tener otro fundamento que el considerar al Registro de Fundaciones como un Registro administrativo.

Hay un hecho fáctico que pudo influir decisivamente en la redacción de la disp. final segunda: que al tiempo de elaborarse la Ley de Fundaciones, diversas Comunidades Autónomas habían instaurado ya Registros de Fundaciones de carácter sustantivo, y las normas reguladoras no habían sido recurridas por el Gobierno. Así ocurría en las Comunidades de Aragón (Decreto 140/1985, de 6 de noviembre, cuyo art. 7 consagra los principios registrales de inoponibilidad y publicidad formal), Castilla y León (Orden de 21 de julio de 1989, cuyos arts. 6, 7 y 9 establecen los principios registrales de inoponibilidad, legitimación y publicidad formal), y Cataluña (Decreto 160/1982, de 27 de mayo, cuyos arts. 19 y 20 establecen los principios de publicidad formal y legitimación) (22).

Pero lo cierto es que esa abdicación de regular, con carácter general, el Registro de Fundaciones, es (a mi juicio) inconstitucional. La interpretación del art. 149, ap. 1, 8.^a, y en concreto de su inciso «en todo caso, las reglas relativas a [...] la ordenación de los registros [...] públicos», no tiene excesiva dificultad. Ese artículo atribuye competencia exclusiva al Estado para regular los Registros públicos: se le encomienda «la legislación» civil, y dentro de ella «las reglas», «la ordenación», de los Registros públicos. Y además se le

(22) Al tiempo de dictarse la Ley de Fundaciones existían también otros Registros autonómicos de Fundaciones, pero que no pueden considerarse propiamente Registros de *seguridad jurídica*, sino más bien Registros de *información administrativa* abiertos a la consulta pública. En todos ellos falta la protección explícita al sujeto inscrito o a los terceros —a través de los principios de legitimación o inoponibilidad—, lo que impide considerarlos Registros jurídicos o de seguridad jurídica. Este es el caso de los Registros de Fundaciones de las Comunidades Autónomas de Andalucía (Decreto 89/1985, de 2 de mayo), País Vasco (Decreto 404/1994, de 18 de octubre), Galicia (Ley 7/1983, de 22 de junio), Valencia (Decreto 15/1991, de 21 de enero) y Navarra (Decreto Foral 277/1992, de 2 de septiembre). En casi todos ellos se exige la inscripción de la fundación con carácter constitutivo, pero este rasgo no es suficiente para que el Registro deje de ser administrativo. En algunos casos se precisa que la inscripción se exige *para solicitar subvenciones y ayudas públicas*.

encomienda «en todo caso», expresión que no aparece en ningún otro punto del art. 149, ap. 1, y que revela con especial claridad la exclusión de las Comunidades Autónomas en ese ámbito normativo. Como afirma PECES-BARBA, cuando se atribuyen competencias normativas —como sucede, con reiteración de términos casi sinónimos, en relación con los Registros—, se trata, en realidad de una competencia no exclusiva, sino compartida, pero no en la regulación: el Estado puede atribuir la ejecución a las Comunidades Autónomas; pero sólo la ejecución: la regulación íntegra corresponde al Estado (23). Y, como precisa PÉREZ-ROYO, cuando el constituyente reserva al Estado la legislación sobre determinadas materias (como en el caso de la 8.^a), debe entenderse, a la luz del Tribunal Constitucional, que esa reserva se extiende también a las normas reglamentarias dictadas por el Gobierno (24). La DGRN entiende que la competencia exclusiva del Estado justifica que sus propias Instrucciones hayan de aplicarse en todo el territorio nacional (vid. el último párrafo de la introducción a la Instrucción de 26 de junio de 1996). Precisamente citando a las fundaciones, afirma, en esa Instrucción, que el régimen registral que regula en ella —con carácter general, por la competencia exclusiva del Estado— «es perfectamente compatible con la variedad de regímenes jurídicos que en orden a la constitución, organización y funcionamiento puedan ser aplicables a dichas entidades, en virtud de normativas autonómicas y con cualesquiera otras obligaciones de información, control o publicidad contable que la misma les imponga».

El Tribunal Constitucional, además de afirmar con carácter general que el término «legislación» incluye también el desarrollo reglamentario (SS 18/1982 y 35/1982, entre otras), ha preservado, con extraordinario rigor, la competencia exclusiva del Estado en relación con los Registros públicos (cfr. SS. 56/1984 y 97/1989), y después de proclamar el principio de «unidad en materia de ordenación registral», afirma que su ruptura «no es posible de acuerdo con la Constitución» (SS 73/1983 y 97/1989).

Pero, en definitiva, *de le ge lata* la aplicación del régimen registral contenido en las normas estatales ha quedado limitada a un determinado tipo de fundaciones: las de competencia estatal, es decir aquellas «que desarrollen principalmente sus funciones en el territorio de más de una Comunidad Autónoma»; a un determinado tipo de delegaciones de fundaciones extranjeras: aquellas «que actúen principalmente en territorio de más de una Comunidad Autónoma» (art. 1 RF); y a un determinado tipo de cargas duraderas: aquellas cuyo fin de interés general se desarrolle en el ámbito territorial de dos o más Comunidades Autónomas (disp. adic. 1.^a RF).

(23) G. PECES-BARBA, *La Constitución Española de 1978. Un estudio de Derecho y política*, Madrid, 1981, pág. 194.

(24) J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, 1994, pág.680.

Además de las fundaciones y delegaciones cuyo ámbito de actuación no exceda del territorio de una Comunidad Autónoma, quedan fuera del ámbito del Registro estatal las fundaciones que la Ley del Patrimonio Nacional (L. 23/1982, de 16 de junio) denomina Reales Patronatos (art. 6 de esa Ley en relación con la disp. adic. 2.^a LF y el art. 1, ap. 2 a) RF), así como las fundaciones laborales (25) existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la LF (y art. 1, ap. 2, b) RF); en cuanto a las posteriores, se ordena al Gobierno la regulación de su «régimen económico, organizativo y fundacional» (disp. adic. 18.^a LF) (26).

Más compleja es la determinación si las fundaciones religiosas han de acceder al Registro estatal de fundaciones. La disp. adic. 3.^a de la LF somete a la legislación estatal (y por tanto, en principio, al Registro estatal de fundaciones) las fundaciones religiosas «sin perjuicio de lo establecido en los acuerdos con la Iglesia Católica y en los Acuerdos y Convenios de cooperación suscritos por el Estado con las iglesias, confesiones y comunidades religiosas».

El Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos con la Iglesia Católica, al referirse a las fundaciones que se erigiesen canónicamente en el futuro, exige, como requisito para la adquisición de personalidad, la inscripción en el *correspondiente Registro del Estado* (art. 1, ap. 4, párr. 3.º). La imprecisión de estos términos se concreta en el RD 589/1984, de 8 de febrero, sobre fundaciones religiosas de la Iglesia Católica: habrán de inscribirse en el Registro de Entidades Religiosas (art. 1), y a tal efecto se crea, en él, una sección destinada a las fundaciones religiosas (el Reglamento del Registro de Entidades Religiosas no preveía la inscripción de las fundaciones en él —vid. art. 2 del RD 142/1981—, por lo que esta nueva sección estará destinada únicamente a las fundaciones católicas). Los Acuerdos de Cooperación con las Comunidades evangélica, israelita e islámica sólo hacen referencia a las entidades religiosas no asociativas para regular los beneficios fiscales que pueden obtener (arts. 11 de los respectivos Acuerdos), pero no se refieren a su constitución. No obstante, el principio de igualdad lleva a considerar que las fundaciones religiosas no católicas han de acceder también al Registro de Entidades Religiosas (27), y están igualmente exentas de la intervención del Protectorado. Aunque lo cierto es que hasta el momento, no ha sido reconocida normativamente la posibilidad de su acceso al Registro de Entidades Religiosas (28). Y

(25) Se entiende por fundaciones laborales las constituidas con tal carácter por Convenio Colectivo entre las organizaciones empresariales y las sindicales.

(26) Aunque el plazo concedido al Gobierno era de un año —y vencía, por tanto, en noviembre de 1995—, no se han dictado aún las normas sobre fundaciones laborales.

(27) V., en este sentido, M. del M. MARTÍN, *Las fundaciones religiosas en el Derecho español. Especial referencia al Derecho autonómico*, Almería, 1995, pág. 165.

(28) J. CAMARASA CARRILLO, *La personalidad jurídica de las entidades religiosas en España*, Madrid, 1995, pág. 25.

que se han aducido importantes argumentos en favor de la tipicidad del contenido del Registro (29).

Es necesario resaltar que por fundaciones religiosas han de entenderse sólo las de *finés religiosos*, las fundaciones creadas por entes religiosos, pero que tengan fines benéficos, asistenciales o culturales quedan sometidas tanto al Registro de Fundaciones como al Protectorado que correspondan por razón de su ámbito de actuación. A interpretar la noción de *finés religiosos* contribuyen los Acuerdos suscritos con la Santa Sede y con las confesiones religiosas, con su enumeración de «funciones propias» de cada religión. El Acuerdo con las Iglesias Evangélicas considera funciones propias de éstas el ejercicio del culto, la administración de sacramentos, la cura de almas, la predicación del evangelio y el magisterio religioso. El Acuerdo con las Comunidades judías considera funciones propias las derivadas de la función rabínica, el ejercicio del culto, la prestación de servicios rituales, la formación de rabinos, la enseñanza de la religión judía y la asistencia religiosa. El Acuerdo con las Comunidades islámicas considera funciones propias el culto, la formación y asistencia religiosa, y las funciones que lo sean de acuerdo con la ley y la tradición islámica, emanadas del Corán o de la *Sunna* y protegidas por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Mayores problemas, a la hora de delimitar la noción de «funciones propias», y por tanto, del carácter religioso de las fundaciones de la Iglesia Católica —y con ello, el ámbito respectivo del Registro de Fundaciones y el Registro de Entidades Religiosas— plantea el Acuerdo con la Santa Sede, en que se citan, como actividades propias, las benéficas y asistenciales, lo que, indirectamente, parece ensanchar el concepto de fundaciones religiosas de la Iglesia (30). No hay doctrina de la Dirección General de Asuntos Religiosos que aclare la cuestión, porque la abundancia de resoluciones sobre asociaciones religiosas contrasta con la ausencia de resoluciones sobre fundaciones. Tampoco aclara aquel concepto el RD 589/1984, sobre fundaciones religiosas de la Iglesia Católica, del que se desprende que queda a merced de la certificación del Obispo diocesano la acreditación del carácter religioso de los fines. Aunque, como advierte ALDANONDO SALAVERRÍA, «el juicio de religiosidad corresponde efectuarlo a la autoridad estatal (ella es quien administra el derecho eclesiástico *del Estado*), con arreglo al ordenamiento —y a sus valores— estatales. Confiar dicho juicio, del que depende la aplicación de un grupo normativo especial, a las organizaciones confesionales constituiría una enajenación de competencias» (31).

(29) I. ALDANONDO SALAVERRÍA, «El Registro de Entidades Religiosas (Algunas observaciones críticas sobre su problemática registral)», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, n. VII de 1991, pág. 20.

(30) Y la misma impresión se pone de manifiesto en el RD 589/1984.

(31) L. ALDANONDO SALAVERRÍA, «El Registro de Entidades Religiosas», pág. 13.

4. LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LA FUNDACIÓN-EMPRESA

La intervención de las fundaciones en el tráfico mercantil puede tener lugar a través de una sociedad (fundación titular mediata de empresa, *mittelbare Unternehmensträgerstiftung*), o ejerciendo directamente el comercio (fundación-empresa o fundación titular inmediata de empresa, *unmittelbare Unternehmensträgerstiftung*). Este ejercicio directo puede realizarse de dos maneras: a) siendo la actividad empresarial la forma de obtener rendimientos, con objeto de aplicarlos a los fines fundacionales; o b) siendo la actividad empresarial el propio fin fundacional, sin perseguir la obtención de rendimientos. El primer tipo de fundación-empresa corresponde al género de «fundación de dinero» (*Hauptgeldstiftung*) o «fundación dotacional», y la segunda al género de «fundación de establecimiento» (*Anstaltstiftung*) o «fundación funcional». En la fundación-empresa dotacional, la empresa se gestiona con ánimo de lucro, y se produce por tanto una disociación entre el fin de la fundación (interés general) y el fin de la empresa (fin de lucro). En la fundación-empresa funcional, la empresa se gestiona sin ánimo de lucro, y existe por tanto una coincidencia de fines: el fin de la fundación y el fin de la empresa son el interés general.

De la lectura del precepto dedicado a «actividades mercantiles e industriales» de las fundaciones en la LF (art. 22) parece desprenderse, a primera vista, que no cabe más intervención de éstas en el tráfico mercantil que a través de sociedades mercantiles, y que aun esa intervención está restringida. Sin embargo, de tres referencias incidentales contenidas en los arts. 23, ap. 6, 44 y 48, ap. 2, se desprende que cabe también el ejercicio directo del comercio por las fundaciones. La Exposición de Motivos (IV) reconoce también explícitamente «la posibilidad de que ejerzan directa o indirectamente actividades mercantiles o industriales».

Tratándose de fundaciones-empresa, el Reglamento general realiza una cierta aproximación de ellas al Registro Mercantil: sus libros habrán de legalizarse, no por el Protectorado, como es la regla general, sino por el Registro Mercantil (art. 12, ap. 8). También las cuentas de la fundación-empresa han de depositarse, no en el Registro de Fundaciones, sino en el Registro mercantil (32); aunque la cuestión no resulte clara en las normas: la contradicción entre el art. 23, ap. 4, y la disp. adic. 7.^a de la LF es visible. El primero impone el depósito de las cuentas de las fundaciones en el Registro de Fundaciones, y la segunda —en cuyo ámbito quedan comprendidas las fundaciones— impone el depósito de esas cuentas en el Registro mercantil. Es eviden-

(32) Así sucede en buen número de los Derechos europeos: además de los citados en la nota 30, el Derecho sueco (arts. 24 de la Ley de Fundaciones y 1 de la Ley sobre publicidad de las cuentas) (tomo este dato de H. KRONKE, *Stiftungstypus*, pág. 164).

te que la interpretación de esta colisión normativa no puede conducir al doble depósito. La norma específica para fundaciones es el art. 23, ap. 4, que desarrollan el art. 12 RF y el art. 4, ap. 1 y 2 RRF: en ellos se detalla el procedimiento que termina con la incorporación de las cuentas en el Registro de Fundaciones. La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de junio de 1996 cita (33) las fundaciones entre las nuevas entidades obligadas a depositar cuentas en el Registro Mercantil, pero de esta referencia incidental no puede deducirse una explícita interpretación de aquella colisión de normas en el sentido de imponer a todas las fundaciones una segunda publicidad de las cuentas. Ahora bien, las fundaciones-empresa son empresarios, y esa segunda naturaleza de la figura impone que sus cuentas se depositen, no en el Registro de Fundaciones, sino en el Registro Mercantil; los argumentos de Derecho positivo que pueden añadirse a ese argumento lógico son los dos siguientes:

a) Cuando la Ley de Fundaciones impone al Protectorado el depósito de las cuentas en el Registro de Fundaciones (art. 22, ap. 4), se está refiriendo sólo a los documentos contables de las fundaciones ordinarias (inventario, balance de situación, cuenta de resultados y memoria), no a los documentos contables de las fundaciones-empresa, que son los enumerados en el art. 34 CCom (pues el art. 23, ap. 6, LF establece que «la contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de Comercio cuando realicen directamente actividades mercantiles o industriales»). Lo mismo puede decirse del Reglamento del Registro: si al tratar del depósito de las cuentas (art. 4, ap. 1 y 2) no excluye a las fundaciones-empresa, es porque resulta innecesario: los documentos contables a los que se refiere son distintos de los que debe llevar la fundación-empresa.

b) Según el Reglamento del Registro Mercantil (art. 365, «[...] cualesquiera otros empresarios que en virtud de disposiciones vigentes vengan obligados a dar publicidad a sus cuentas anuales, presentarán éstas para su depósito en el Registro Mercantil» (34).

(33) Se trata de una cita incidental situada entre paréntesis, que no implica una intención de regular directamente el depósito contable de las fundaciones.

(34) No añado a los anteriores el argumento que aduce E. GIMÉNEZ-REYNA (com. a la disp. adic. 7.^a, en *Comentarios*, t. I, pág. 605), de que el art. 44 LF, al imponer a las fundaciones-empresa que lleven la contabilidad conforme al Código de Comercio, les está imponiendo el depósito en el Registro Mercantil, porque no creo que del art. 41 CCom pueda deducirse una imposición general de dar publicidad a las cuentas, sino todo lo contrario (vid. art. 31, ap. 1). La interpretación del art. 41 que hace el primer párrafo de la introducción de la Instrucción de la DGRN de 26 de junio de 1996 confirma lo anterior. Además, si se compara el régimen de publicidad de las cuentas del CCom con el régimen de la legalización de los libros (art. 27 CCom), se verá que esa legalización sí se impone a todos los empresarios.

El legislador de fundaciones no ha seguido el criterio de buena parte de los Derechos extranjeros (35) y la opinión de la doctrina española (36), en el sentido de someter la publicidad de los actos jurídicos de las fundaciones-empresa al Registro Mercantil (37). Por tanto, si bien el depósito de las cuentas se realizará en el Registro Mercantil, el historial jurídico de la fundación-empresa se llevará en el Registro de Fundaciones.

El que las cuentas de la fundación-empresa hayan de depositarse en el Registro Mercantil les obligará a presentar, además de los documentos contables señalados en el art. 23 LF, los indicados en la norma segunda de la Instrucción de la DGRN de 26 de junio de 1996: *a)* una solicitud en que se identifique a la fundación y se indiquen los datos de su inscripción en el Registro de Fundaciones; y *b)* una certificación del Patronato que contenga la aprobación de las cuentas. La aplicación analógica de los arts. 22, ap. 4 LF y 12, ap. 6, RF lleva a la conclusión de que será el Protectorado el que, una vez comprobada la adecuación de los documentos contables a la normativa vigente, los deposite en el Registro Mercantil. Esa facultad de control del Protectorado no puede incidir en el ámbito —limitado— de calificación de las cuentas que atribuye el art. 368, ap. 1, RRM al Registrador Mercantil.

5. LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LAS DELEGACIONES DE FUNDACIONES EXTRANJERAS

Junto a las fundaciones españolas, se inscriben en el Registro de Fundaciones las delegaciones de fundaciones extranjeras. La LF impone a estas últimas que, cuando «ejercen actividades» en España, deberán establecer una delegación en territorio español (art. 5). Ese ejercicio de actividades debe entenderse habitual, permanente. Precisamente el término «delegación» —paralelo al de sucursal en el ámbito mercantil— implica un establecimiento secundario, y por tanto una organización estable. No tendría sentido que se impusiera una organización estable para una actuación aislada.

(35) Prevén la inscripción de las fundaciones-empresa en el Registro Mercantil, el Derecho suizo (arts. 80 y 81 ZFG), alemán (parágr. 33 HGB); holandés (art. 1, I, c), 11 de la Ley sobre el Registro Mercantil); sueco (art. 157 de la Ley del Registro Mercantil); y danés (parágr. 5 y 53 de la Ley de fundaciones-empresa) (tomo estos datos de H. KRONKE, *Stiftungstypus*, págs. 160 y ss.).

(36) U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación*, págs. 348 y ss.

(37) Y no cabe, por supuesto, la inscripción voluntaria de ellas. El principio de tipicidad del contenido del Registro Mercantil (sobre el que puede verse A. PAU PEDRÓN, *El Registro Mercantil*, Madrid, 1992, págs. 23 y ss) impide la inscripción de sujetos cuando no lo establezca una ley. No puede invocarse en favor de la inscribibilidad, como hace M. A. CABRA DE LUNA (com. al art. 23 en *Comentarios*, t. I, pág. 202), el art. 19 Código de Comercio —único supuesto de sujeto mercantil de inscripción voluntaria—, porque ese artículo se refiere únicamente a los empresarios individuales, y la fundación-empresa no lo es.

El sometimiento de la fundación extranjera —en el caso de que ejerza actividades en España— a la legislación de fundaciones no se agota en ese artículo 5, y en la obligación de establecer una delegación e inscribirla en el Registro. El RF es más explícito, en este punto, que la Ley, al decir que «el presente Reglamento será de aplicación a las Delegaciones de las fundaciones extranjeras [...]». Limitándonos al aspecto registral, hay que tener en cuenta que el RRF, tras regular «la primera inscripción del establecimiento en España de una delegación de una fundación extranjera» (art. 7, ap. 3), regula «las inscripciones ulteriores», disponiendo que «reflejarán los hechos sobrevenidos que afecten [...] a la delegación de fundación extranjera». Dada la brevedad del régimen registral español sobre las fundaciones extranjeras, este inciso es de gran importancia: los actos inscribibles —afirma— son «los hechos sobrevenidos que afecten a la delegación»; por tanto, actos inscribibles no son los que afecten a la fundación, sino sólo a la delegación. Para precisar los actos inscribibles, habrá de leerse el art. 3 RRF desde esa perspectiva: por tanto, por «apoderamientos generales» inscribibles habrán de entenderse los nombrados para actuar —en nombre, naturalmente, de la fundación, porque la delegación carece de personalidad jurídica— en territorio español; «el aumento y la disminución de la dotación» sólo serán inscribibles cuando se haya señalado una dotación a la delegación; «la extinción» de la fundación comprenderá, además de la extinción de la fundación misma, la supresión de la delegación en España; etc.

La técnica de la doble registración, por un lado de la entidad, y por otro lado del establecimiento permanente abierto por ella en un país distinto al de su nacionalidad, es bien conocida por el Derecho registral de la Unión Europea; en ella se basa la Directiva 89/666, de 21 de diciembre de 1989 sobre publicidad de sucursales. No puede considerarse que la doble registración de las fundaciones extranjeras constituya una limitación a la libertad de establecimiento —precisamente esa Directiva se dicta «con objeto de facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento», según el primer *considerando* de su preámbulo—, ni que resulte contradicha la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la unidad de registración (38) porque esa

(38) Vid., en este sentido, J. L. PIÑAR MAÑAS, com. al art. 5 en *Comentarios*, t. I, págs. 41 y 42; en relación con ambas objeciones escribe: «Si se admite que la exigencia del establecimiento de una delegación en territorio español por parte de las fundaciones de Estados miembros de la Unión Europea puede ser contraria al Derecho Comunitario [se refiere al derecho de establecimiento], también debe llegarse a la misma conclusión en relación con la obligación de proceder en todo caso a la inscripción en el Registro de Fundaciones. El Tribunal de Justicia —aunque en relación con las empresas contratistas con las Administraciones Públicas— ya ha tenido ocasión de señalar que si una empresa está inscrita en el Registro de su país, no podrá exigírsele que haga lo propio en el español». También considera que «la obligación de abrir una delegación en España conculca el Derecho comunitario en cuanto a la libre circulación de personas» J. A. DEL CAMPO ARBULO, *Ley de fundaciones*, pág. 96.

doctrina se refiere a Registros administrativos, y no a Registros jurídicos, que, por estar destinados a los particulares, requieren descentralización —que implica aproximación a sus usuarios—.

El control a que se somete al establecimiento de la delegación es doble: por un lado, la válida constitución con arreglo a su ley nacional; por otro, el carácter general de sus fines. Los concretos problemas de calificación que ello implica se tratan más adelante (IV, A, 4, b), «Calificación del título constitutivo y del establecimiento de delegaciones»). Se ha escrito, con razón (39), que el interés general es un requisito propio de nuestro Derecho, y que existiendo fundaciones extranjeras de interés particular —válidamente constituidas con arreglo a su legislación nacional (art. 9, ap. 11 CC)—, debería autorizarse su acceso al Registro. Pero no creo que el rechazo de su acceso al Registro implique un rechazo al establecimiento de una delegación en España, ni, por supuesto, un rechazo a la realización de actividades aisladas, intermitentes, carentes de una organización estable que las promueva o desarrolle (40). No creo que puedan deducirse estas últimas consecuencias del art. 5 LF. Y sin una norma prohibitiva explícita no podría negarse la actuación en España —para la que basta el cumplimiento del art. 9, ap. 11, CC—. Téngase en cuenta que la generalidad de los fines se trata exclusivamente, en el art. 5 LF, como contenido de la calificación, y por tanto como requisito para la inscripción.

La falta de inscripción en los casos en que esta fuera posible —cuando se cumplieran los requisitos del art. 5 LF (válida constitución y generalidad de los fines)— y la falta de inscripción —cuando ésta no fuera posible (por falta de generalidad de los fines)— sería la misma: básicamente, la absoluta inoponibilidad (*ex* art. 37, ap. 1), con las graves consecuencias que ello tendría, por ejemplo, en caso de revocación de poderes (41). En general, habrán de tenerse en cuenta los efectos que el Registro produce (*infra*, V), para determinar aquéllos de los que carecería la fundación extranjera cuya delegación no se hubiese inscrito; salvo, naturalmente, el efecto constitutivo, que nunca sería aplicable a la inscripción del establecimiento de una fundación extranjera, a pesar de su aparente analogía con la primera inscripción de fundación española.

(39) J. L. PIÑAR MAÑAS, *com.* al art. 5 en *Comentarios*, t. I, pág. 43.

(40) Como parece entender J. L. PIÑAR MAÑAS, *ibidem*.

(41) Si el requisito que falta es la válida constitución conforme a su ley nacional, la consecuencia es más grave: la falta de personalidad en España, y por tanto, la falta de capacidad para actuar.

II. ORGANIZACION

El Registro de fundaciones de competencia estatal es único, y depende del Ministerio de Justicia. En concreto, establece el art. 2 RRF que «El Registro de Fundaciones de competencia estatal dependerá del Ministerio de Justicia y estará adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado, y dentro de ella a la Subdirección General del Notariado y de los Registros de la Propiedad y Mercantiles».

Puede distinguirse, en la organización interna del Registro de Fundaciones, una base informática de datos y un archivo de documentos. La primera está integrada por las «hojas registrales» u «hojas informáticas» dedicadas a cada fundación o delegación de fundación extranjera; el segundo está integrado, a su vez, por los «archivos individualizados» abiertos a cada fundación o delegación extranjera.

También debe abrirse «hoja informática» a las cargas duraderas, para hacer constar su «constitución, modificación y extinción» (actos cuya inscripción prevé el art. 3, 1] RRF). En el caso de que una misma carga se impusiera sobre diversos bienes, muebles o inmuebles, parece que la hoja habrá de ser única y abarcar todo el patrimonio gravado. Habrá de abrirse también un «archivo individualizado» a las cargas duraderas, a fin de dar cumplimiento al deber de conservar en el Registro ciertos documentos (art. 10 RRF).

III. OBJETO

El objeto del Registro de Fundaciones no es sólo la llevanza del historial jurídico de las fundaciones —y las cargas duraderas—, sino también la custodia del archivo, la atribución de denominación a las fundaciones —a través de los «certificados de denominación»—, y el depósito de las cuentas de las fundaciones. No se atribuye al Registro de Fundaciones la función de legalizar los libros de las fundaciones, pues según el art. 12, ap. 8, del Reglamento general, «corresponde al Protectorado la legalización de los libros de las fundaciones, salvo cuando éstas realicen actividades mercantiles o industriales, en cuyo caso la legalización corresponde al Registro Mercantil».

1. LA HOJA REGISTRAL

Los actos inscribibles en la hoja registral son los siguientes (art. 3 RRF):

a) La constitución de la fundación.

- b) El establecimiento en territorio español de la delegación de una fundación extranjera, cuando proceda su inscripción en el Registro estatal.
- c) El aumento y disminución de la dotación.

La nociones de *aumento* y *disminución* de la dotación no aparecen en ningún otro punto de la normativa sobre fundaciones. Aumento y disminución son dos operaciones jurídicamente heterogéneas. El aumento sólo puede producirse por un acto jurídico único: la afectación, por el fundador o el Patronato, de bienes y derechos al fin fundacional (art. 10, ap. 2, párr. 2.º, LF). La disminución puede producirse por operaciones jurídicas diversas: enajenación o gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación (art. 19, ap. 1, LF) (42), la expropiación de esos mismos bienes, la pérdida por sentencia firme, la destrucción...

De lo anterior se desprende:

1.º Que, a diferencia de la enajenación o gravámen de bienes dotacionales, que implican una «disminución» de la dotación, las compras de bienes, y las herencias o donaciones recibidas por la fundación no implican por sí mismas un «aumento» de la dotación, y no son por tanto inscribibles: es necesario que se realice la afectación.

2.º Que, aunque el art. 5, ap. 2, RRF establece que «las modificaciones de la dotación se inscribirán por medio de escritura o testimonio [...] del acuerdo adoptado por el Patronato», no siempre existirá acuerdo del Patronato: el «aumento» puede derivar de un acto de afectación otorgado por el fundador—dotación sucesiva—, y la «disminución» procederá siempre de actos distintos del acuerdo, como la venta. Y no tiene sentido que se inscriba el acuerdo de vender, permutar o gravar adoptado por el Patronato: primero, porque no produce por sí mismo la «disminución», y segundo, porque en el caso de nombramiento de delegados o apoderados, no precederá a esos actos un acuerdo del Patronato (43).

- d) El nombramiento, renovación, sustitución y cese, por cualquier causa, de los miembros del Patronato y otros órganos creados por los Estatutos.
- e) Las delegaciones y apoderamientos generales concedidos por el Patronato y la extinción de estos cargos.

(42) Si la subrogación real (contraprestación dineraria o en especie en lugar de bien dotacional) actuara automáticamente, las enajenaciones no implicarían una disminución de la dotación. Pero del art. 3, ap. 5 RF se desprende que tal subrogación no actúa automáticamente, sino que es necesario un acto de afectación del objeto de la contraprestación: «en el supuesto de enajenación de bienes o derechos que formen parte de la dotación fundacional, el valor de la contraprestación *habrá de integrarse* en aquella».

(43) Vid, *infra*, IV, A, 1, c).

- f) El nombramiento por el Protectorado de la persona o personas que integren provisionalmente el órgano de gobierno y representación de la fundación en el supuesto previsto en el artículo 16.1 de la Ley 30/1994.
- g) La interposición de la acción de responsabilidad contra todos o algunos de los patronos, cuando lo ordene el Juez al admitir la demanda, y la resolución judicial dictada al efecto.
- h) La resolución judicial que, conforme al artículo 34 de la Ley 30/1994, autorice la intervención temporal de la fundación y asunción por el Protectorado de las atribuciones legales y estatutarias del Patronato, con expresión del plazo fijado por el Juez y, en su caso, de la prórroga de éste.
- i) La modificación o nueva redacción de los Estatutos de la fundación.

Cuando la modificación implique una alteración de los fines de la fundación será necesario, como advierte CAFFARENA, que se aporte al Registro de Fundaciones un informe favorable del Protectorado, aunque la Ley no lo exija expresamente, por analogía con lo dispuesto, respecto de la constitución, en el art. 36, ap. 2, de la misma Ley (44).

- j) La fusión de las fundaciones, ya constituyendo una nueva, ya incorporando una a otra ya constituida, y la extinción, en su caso, de las fundaciones fusionadas.
- k) La extinción de la fundación, liquidación de la misma y destino dado a los bienes fundacionales.
- l) La constitución, modificación o extinción de cargas duraderas sobre bienes para la realización de fines de interés general.
- m) Cualquier otro acto, cuando así lo ordenen las disposiciones vigentes.

Respecto de la primera inscripción, dicta el RRF las siguientes reglas (art. 7):

1.^a Abren hoja registral la constitución de una fundación, el establecimiento en España de la delegación de una fundación extranjera y la constitución de cargas duraderas sobre bienes para la realización de fines de interés general.

2.^a El encargado del Registro solicitará del Protectorado correspondiente el informe preceptivo sobre el interés general de los fines y la suficiencia de la dotación.

3.^a La primera inscripción del establecimiento en España de una delegación de una fundación extranjera, cuando proceda su inscripción en el Regis-

(44) J. CAFFARENA LAPORTA, *com.* al art. 27, en *Comentarios*, t. I, pág. 249.

tro estatal, requerirá igualmente que el Protectorado informe favorablemente sobre el interés general de sus fines.

Tanto el art. 3, b), como el art. 7, 2, RRF limitan la apertura de hoja a la delegación de fundación extranjera al caso de que «proceda su inscripción en el Registro estatal»; esta precisión debe entenderse en los términos del art. 1, ap. 1, párr. 2.º, RF.

a) *La inscribibilidad de los compromisos de aportaciones de terceros*

¿Son inscribibles los *compromisos garantizados* de terceros? El art. 10, ap. 4, LF dice que «se podrán considerar» como dotación. No dice «se considerarán». Hace falta, pues, que medie un acuerdo del Patronato. Por tanto, será necesario un doble título —el que contenga el compromiso garantizado y el que contenga el acuerdo del Patronato de dar a aquél carácter dotacional— para que los compromisos garantizados puedan acceder al Registro.

b) *El acceso de los embargos al Registro*

El silencio de la Ley sobre la inembargabilidad de los bienes dotacionales (que establecía la regulación anterior, exceptuando las fundaciones docentes y culturales) permite concluir que ese privilegio ha desaparecido. Tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil —art. 1.449—, como el Reglamento General de Recaudación —art. 114—, exigen que sea una ley la que declare la inembargabilidad, y la Ley de Fundaciones no la ha consagrado.

No comparto la opinión de T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (45) de que: a) las normas anteriores a la presente LF —y concretamente el R.D. de 14 de marzo de 1899 y el Decreto de 21 de julio de 1972— no consagraban la inembargabilidad de los bienes fundacionales, sino sólo un procedimiento especial de ejecución de los créditos; y b) como esas normas no declaraban la inembargabilidad, la exigencia de rango legal carece de interés: el procedimiento especial de ejecución establecido en los citados Decretos subsistirá por efecto de la disp. derogatoria de la LF, que declara vigentes, tanto del RD de 1899 como del D. de 1972, las disposiciones que no se opongan a ella.

(45) T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, «El patrimonio de las fundaciones: su enajenación y gravamen. Comentario al art. 19 de la Ley de Fundaciones de 24 de noviembre de 1994», *RGD*, abril de 1996, pág. 3.326.

Los bienes de las fundaciones benéficas eran inembargables —ésta era la interpretación doctrinal del RD de 1899 (46), y también la práctica de los Registros de la Propiedad, que denegaban la anotación del embargo—, al igual de los bienes de las fundaciones laborales (v. D. de 16 de marzo de 1961 y O. de 25 de enero de 1962: «sus bienes [...] no pueden ser objeto de embargo»), mientras que los bienes de las fundaciones docentes y culturales eran embargables —ésta era la interpretación doctrinal (47) y la práctica registral, que consideraba anotable el embargo, si constaba la previa comunicación al Ministerio Fiscal, que lo comunicaba, a su vez, al Protectorado—.

Tampoco me parecen suficientes para defender la inembargabilidad, una vez promulgada la Ley de Fundaciones, los argumentos de A. REBOLLO ALVAREZ-AMANDI (48): a) que la disp. derogatoria de la LF, al dejar vigentes las disposiciones de los Decretos de 1899 y 1972 en lo que no se opongan a ella, está elevando el rango de aquellas normas al de la propia ley; y b) que el interés social no debe verse obstaculizado por una ejecución judicial.

Frente al primer argumento cabe aducir: 1.º que si bien las remisiones estáticas (no las dinámicas) hechas por una ley a una norma de rango inferior, sí atribuyen a ésta el mismo rango de la norma que hace la remisión, no sucede lo mismo con la simple declaración de que determinadas normas de rango inferior siguen en vigor, que no cambian por ello de rango; y 2.º que si era la Ley de fundaciones la que debía declarar la inembargabilidad (porque ese efecto exige una norma legal que lo declare), y sin embargo no lo ha hecho, no cabe entender que los citados Decretos queden subsistentes en ese punto, porque han resultado contrarios a la ley; es decir, la ley, con su silencio, ha declarado la inembargabilidad, y por tanto resultan ya inaplicables los decretos anteriores (o más exactamente, el R.D. de 1899) que la declaraban.

Frente al segundo argumento hay que decir que antes que la generosidad está la justicia: primero hay que pagar a los acreedores y después ser altruista; no se puede ser generoso a costa de los demás. Como escribe N. HARTMANN(49), «no se pueden lesionar valores inferiores en aras de los superiores».

La correspondiente anotación del embargo podrá practicarse, por tanto, en los correspondientes Registros de bienes. ¿Deberá acceder también al Registro de Fundaciones, por vía de *archivo* (ex art. 4, ap. 2, RRF), o por vía de *inscripción* (ex art. 3, c)? A mi juicio no: no han de acceder por vía de

(46) Vid., por todos, BADENES GASSET, *Las fundaciones de Derecho privado*, t. I, Barcelona, 1986, pág. 116.

(47) Vid, por todos, R. RIVAS TORRALBA, *Anotaciones de embargo*, Madrid, 1994, pág. 129; en contra, sin embargo, M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1986, pág. 418, nota 9.

(48) A. REBOLLO ALVAREZ-AMANDI, *La nueva Ley de Fundaciones*, pág. 48.

(49) N. HARTMANN, *Ethik*, Berlin, 1949, pág. 607.

archivo, porque éste queda limitado a los gravámenes impuestos por decisión del Protectorado (a los que se circunscribe el art. 19 LGF), y tampoco por vía de *inscripción*, porque el embargo no implica, en sentido estricto, una «disminución de la dotación» —sino una posible disminución futura, que tendrá lugar en caso de incumplimiento de la deuda y consiguiente ejecución del bien—.

2. EL ARCHIVO INDIVIDUALIZADO

El archivo individualizado de cada fundación, delegación de fundación extranjera y carga duradera, que impone abrir y custodiar al RF el Reglamento, comprende:

a) «Las enajenaciones o gravámenes a que se refiere el art. 19 de la Ley, así como las alteraciones superiores al 10 por 100 del activo de la fundación».

De estas enajenaciones, gravámenes y alteraciones, dice el art. 4, ap. 3, RRF que deben «hacerse constar» en el archivo, y el art. 10 del mismo Reglamento que en el archivo deben «conservarse» los documentos relacionados en el art. 4. Como en el art. 4 sólo se citan como «documentos» los mencionados en el ap. 1 (documentos contables), parece que la remisión del art. 10 al art. 4 debe entenderse limitada al ap. 1. Por tanto los documentos en que se reflejen las enajenaciones, gravámenes y alteraciones no han de archivar; sólo es necesario «hacer constar» tales actos. Pero en un archivo «se archiva», no se «hace constar» nada. ¿Qué significa entonces «hacer constar en el archivo»? Sólo cabe entender que en el archivo habrá de llevarse una relación en que el personal del Registro haga constar, tomándolo de los documentos o declaraciones correspondientes, esas enajenaciones, gravámenes y alteraciones.

Ahora bien, como determinadas enajenaciones y gravámenes de las contempladas en el art. 19 LF —concretamente, los que tengan por objeto bienes dotacionales— se inscriben en el Registro, tales actos se exceptúan de la *simple constancia* en el archivo, y sus títulos (por lo que se dice a continuación) deben quedar *incorporados* al archivo.

b) Los títulos que hayan servido para realizar la inscripción informática de los actos inscritos.

El Reglamento no limita este archivo de títulos inscritos a aquéllos que no formen parte de un protocolo, por lo que habrán de archivar también las escrituras públicas. Esta disposición es perturbadora: en primer lugar, porque, no pudiéndose certificar del contenido del archivo (vid. *infra*, VII), la conservación de los documentos carece de utilidad; en segundo lugar, porque el

archivo del título implica una desconfianza respecto de las inscripciones que se practiquen en el Registro de Fundaciones.

No regula la legislación de fundaciones el problema de la coincidencia —o la susceptibilidad de confusión— de la denominación de una fundación extranjera con una española preexistente. La ausencia en el Reglamento del Registro de Fundaciones de una norma que imponga a la sociedad extranjera la obligación de añadir a su denominación los términos «delegación en España» (50), agrava la cuestión. Es indudable que no puede imponerse a la fundación extranjera un cambio de denominación, pero la cuestión reside en determinar si puede impedirse que actúe de manera estable en España cuando su identificación coincida con una fundación española. La analogía entre establecimiento de una delegación de fundación extranjera y la constitución de fundación española, por un lado, y la regla general de «la denominación de la entidad no podrá coincidir, o asemejarse de manera que pueda crear confusión, con ninguna otra previamente inscrita en el Registro de Fundaciones» (art. 9, ap. a) LF), de otro, parecen exigir que la fundación extranjera adopte, para su delegación en España, una denominación debidamente diferenciadora, y obtenga para ello el certificado a que se refiere el art. 14 RRF.

Sin embargo, parece más razonable el criterio que adoptó la Dirección General de los Registros en la R. de 11 de septiembre de 1990: «al no tratarse de constitución [...] no procede exigir el cumplimiento de los requisitos que la Ley establece para ese acto jurídico, y entre ellos el de acreditar la novedad u originalidad de la denominación a través de la correspondiente certificación del Registro [...] Basta con que la sociedad [en este caso, la fundación] extranjera creadora de la sucursal [en este caso, la delegación] se halle constituida válidamente conforme a su propia legislación —y a la comprobación de este hecho se extiende la función calificadora del Registro [...]— derivando de tal constitución válida la denominación con la que puede registrarse en España su establecimiento secundario». No hay pues, concluye la resolución, concurrencia de una entidad que se crea con otra creada con anterioridad, y, además, «el riesgo de confusión se elimina con la adición al nombre de la sociedad [aquí, fundación] extranjera de términos que revelen que se trata de una sucursal [delegación]».

3. LA ATRIBUCIÓN DE DENOMINACIÓN

La atribución de denominación la lleva a cabo el RF a través de la expedición de los certificados de denominación. La regulación de estos certificados la establece el art. 14 RRF, con las siguientes reglas:

(50) Como imponía a las sociedades extranjeras el art. 97 del Reglamento del Registro Mercantil de 1965.

1.^a A solicitud de cualquier interesado, el encargado del Registro expedirá certificaciones acreditativas de que una determinada denominación está o no está previamente inscrita en el Registro de Fundaciones. Las certificaciones negativas deberán incluir, en su caso, las denominaciones inscritas que, por su semejanza con la denominación de la que se solicita información, puedan crear confusión entre una y otra.

Este primer apartado del artículo 14 del RRF es contrario a la Ley: debe tenerse en cuenta que esa certificación a que se refiere el último inciso, a pesar de advertir la posibilidad de confusión, es una certificación *negativa*. Y sin embargo, el art. 9, ap. 1, *a*), de la LF establece que la denominación «no podrá coincidir, o asemejarse de manera que pueda crear confusión, con ninguna otra previamente inscrita en el Registro de Fundaciones». Si el Registro considera que la denominación «puede crear confusión», no puede entender que está libre; no puede, en rigor, expedir certificación negativa, ha de expedirla positiva. ¿Qué consecuencia práctica tendrá esta certificación *negativa* pero que expresa *posibilidad de crear confusión*! Que el Notario no podrá autorizar, con esa denominación, la escritura constitutiva de la fundación. Es decir, habrá de actuar como si se aportara certificación positiva.

2.^a A la escritura de constitución deberá acompañarse la certificación negativa de la denominación de la fundación constituida, expedida, a lo más, con tres meses de anterioridad al otorgamiento de aquélla.

Como puede verse, el RRF habla sólo de *escritura de constitución*. En el caso de constitución por testamento no será necesario —sería más bien imposible— aportar una certificación vigente —es decir, de tres meses *atrás*— anterior al otorgamiento del testamento. Tampoco será necesario aportar una certificación posterior. Si la denominación elegida por el testador-fundador figurara ya en el Registro, adoptará el patronato la que considere conveniente, y no será tampoco necesario que, con el título en que conste el acuerdo, se acompañe una certificación negativa.

3.^a Cuando el encargado del Registro expida certificación acreditativa de que no figura registrada la denominación solicitada, se incorporará ésta, a petición del interesado, al Registro, con carácter provisional, durante el plazo de seis meses, contados desde la fecha de la expedición.

Sorprende, en esta última norma reglamentaria, que la reserva temporal de la denominación no se realice de oficio —como sucede en el Registro Mercantil Central (art. 412 RRM) y en el Registro de Cooperativas (art. 8 LGC)—, cuando es indudable el interés del solicitante en la reserva, y el descuido en solicitarla puede llevar consigo la posterior suspensión de la escritura de constitución.

4. EL DEPÓSITO DE CUENTAS

Las fundaciones que han de depositar cuentas en el Registro de Fundaciones son todas aquéllas que no realicen alguna explotación económica (respecto de éstas vid, *supra*, I, 4, «La publicidad registral de la fundación-empresa»). Es cierto que la generalidad con que se produce la disp. adic 7.^a LF parece dar a entender que todas las fundaciones «deberán presentar sus cuentas anualmente en la forma establecida con carácter general en la legislación mercantil para los empresarios» (51), y por tanto que todas las fundaciones deben depositar sus cuentas en el Registro Mercantil. Pero debe tenerse en cuenta, por un lado, que el art. 23, ap. 4, LF prevé, con carácter general, que el depósito se haga en el Registro de Fundaciones, y por otro lado, los argumentos antes expuestos para demostrar que sólo el depósito de las fundaciones-empresa ha de hacerse en el Registro Mercantil.

El depósito de las cuentas de las fundaciones, que ha de hacerse en el Registro de Fundaciones (art. 23, 4 LF), comprende los siguientes documentos:

- a) El inventario, el balance de situación y la cuenta de resultados, que han de confeccionarse anualmente, y en los que han de constar de modo cierto la situación económica, financiera y patrimonial de la fundación.
- b) La memoria anual, que expresará las actividades fundacionales y la gestión económica, e incluirá el cuadro de financiación así como el exacto grado de cumplimiento de los fines fundacionales. La memoria especificará, además, las variaciones patrimoniales y los cambios en sus órganos de gobierno, dirección y representación.
- c) La liquidación del presupuesto de ingresos y gastos del año anterior.
- d) El informe de auditoría, cuando la fundación esté obligada a obtenerlo o actúe voluntariamente.

Los casos en que la fundación está obligada a someterse a auditoría externa son los dos siguientes:

1.º Cuando concurren, en la fecha de cierre del ejercicio, durante dos años consecutivos, al menos dos de las siguientes circunstancias:

- a) Que el total de su patrimonio supere los cuatrocientos millones de pesetas.

(51) Pues reúnen los dos requisitos de ser sujetos del impuesto de sociedades (vid. art. 7, ap. 1, a) de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, sobre el Impuesto de Sociedades y la secc. 3.^a del cap. I del tít. II LF), y estar obligados a llevar la contabilidad exigida en la normativa reguladora del impuesto citado (vid. art. 139 Ley 43/1995).

- b) Que el importe neto de su volumen anual de ingresos sea superior a cuatrocientos millones de pesetas.
- c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a cincuenta.

2.º Cuando lo exija el Protectorado, por la presencia de especiales circunstancias que así lo aconsejen, y *siempre en relación* con la cuantía del patrimonio o el volumen de gestión. El Reglamento general precisa, señalando ejemplos, cuáles pueden ser esas «especiales circunstancias» a que se refiere la Ley: «variaciones sustanciales en el patrimonio y en el volumen de gestión, ausencia no adecuadamente justificada de datos, aportación de datos contradictorios o supuestos similares» (art. 13, ap. 2).

En los demás casos —es decir, en todos aquéllos en que no sea obligatoria la auditoria por imposición de la Ley o del Protectorado—, el Patronato es libre para decidir el sometimiento de las cuentas a auditoría externa.

IV. PROCEDIMIENTO

El procedimiento que se desarrolla en el Registro de fundaciones es distinto según se trate de documentos jurídicos o contables.

A) DOCUMENTOS JURÍDICOS

Tratándose de documentos jurídicos, las fases del procedimiento son las siguientes:

1. *Aportación del título*

En unos casos ha de tratarse de documento público, y en otros de documento privado:

a) Deben constar en documento público la constitución *inter vivos* de la fundación, el establecimiento en territorio español de la delegación de una sucursal extranjera, las delegaciones y apoderamientos generales y su extinción, la modificación o nueva redacción de los Estatutos de la fundación, la extinción de la fundación y la constitución, modificación o extinción de cargas duraderas.

b) La constitución testamentaria se hará constar a través del testamento (que ha de contener las circunstancias del art. 7, ap. 4, LF), y por tanto, de escritura pública cuando se trate de testamento abierto, o de acta de protoco-

lización cuando se trate de testamento ológrafo (art. 693 CC), o de testamento cerrado (art. 714 CC).

c) El aumento y la disminución de la dotación pueden inscribirse por escritura pública o mediante documento privado, que será el testimonio del acuerdo adoptado por el Patronato, con las firmas legitimadas notarialmente.

Aunque el RRF prevé que a toda disminución precede un acuerdo (y también el art. 4, ap. 2 a), RF), no siempre será así. Al patronato le corresponde la disposición del patrimonio (art. 17, ap. 2, LF), pero el patronato puede nombrar delegados y apoderados, a los que encomiende *sus facultades* (art. 17). Delegados y apoderados no son —por tanto— simples ejecutores de acuerdos del patronato, sino que pueden decidir, por sí, la realización de actos dispositivos. Y en los casos en que dispongan unos y otros no precederá un *acuerdo* al acto dispositivo.

d) El nombramiento, renovación, sustitución, suspensión y cese, por cualquier causa, de los miembros del Patronato, y otros órganos creados por los Estatutos, podrán constar en escritura pública o en documento privado con firma legitimada notarialmente o extendida ante el encargado del Registro. La expresión «comparecencia firmada» ante el encargado, que emplea el art. 5, ap. 3, RRF, es un tanto absurda.

e) Los actos que procedan de autoridades judiciales o administrativas se inscribirán mediante testimonio de la correspondiente resolución.

f) La extinción de la fundación se inscribirá, en unos casos, mediante escritura o testimonio con firmas legitimadas del acuerdo adoptado por el Patronato (52), y en otros mediante testimonio de la resolución judicial. Procede la primera vía cuando la extinción tenga lugar por realización íntegra del fin fundacional, imposibilidad de esa realización, o cuando se produzca una causa extintiva prevista en el título de constitución o los estatutos no señalada en la Ley, y el acuerdo haya obtenido la ratificación del Protectorado (ex art. 30, ap. 5, LF). Procederá la segunda vía cuando en los casos anteriores no hubiese acuerdo del Patronato o éste no fuese ratificado por el Patronato.

¿Cómo accede al Registro la extinción por expiración del plazo? Nada dice al respecto el art. 30 LF, que se limita a afirmar que en tal caso «la fundación se extinguirá *de pleno derecho*»? La aplicación analógica de las normas sobre otros Registros —y especialmente el art. 238, ap. 1, RRM— permitiría que la extinción por transcurso del plazo se hiciera constar de oficio por el encargado del Registro, o cuando deba practicar algún asiento en la hoja informática abierta a la sociedad, o cuando se hubiera solicitado certificación o cuando lo solicite, por instancia, cualquier interesado.

(52) Al no existir una regla general de titulación pública de los actos inscribibles, y permitir el art. 5, ap. 2 RRF que determinados acuerdos del Patronato se acrediten, a efectos registrales, por escritura o testimonio, parece que la analogía permite aplicar esta misma regla de documentación a los acuerdos de extinción.

2. *Solicitud de inscripción*

La inscripción en el Registro de Fundaciones es obligatoria. El plazo de presentación varía según los supuestos:

- a) Como regla general, los títulos inscribibles han de presentarse dentro del plazo de tres meses, a contar desde su adopción.
- b) Si la fundación ha sido constituida en testamento que deba ser adve-rado judicialmente —**ológrafo o cerrado**—, ese plazo se contará a partir de la protocolización notarial.
- c) Si la fundación se ha constituido por testamento abierto notarial, su inscripción habrá de ser solicitada en el plazo de un año a partir de la muerte del testador.

La obligación de presentar los documentos en el Registro recae sobre el patronato. De ahí que, en caso de incumplimiento de los plazos, podrán exi-gírsele las responsabilidades que procedan, a instancia del Protectorado.

En un caso especial, la inscripción la solicita, no el patronato, sino el Protectorado: cuando se trate de enajenaciones previamente autorizadas por éste. En ese caso, prevé el Reglamento general (art. 4, ap. 5, respecto de los bienes inmuebles y art. 7, ap. 1, párrafo último, respecto de los bienes mue-bles, por remisión) que «se remitirá al Protectorado en ejemplar duplicado el título de enajenación, a efectos de su oportuna constancia en el Protectorado e inscripción en el Registro». Pero lo cierto es que, según el Reglamento del Registro, esas enajenaciones *no se inscriben*, sino que *se hacen constar en el archivo* (art. 4, ap. 3, RRF). Por tanto, será el archivo el que se practique a instancia del Protectorado.

La remisión que hace el Reglamento general, al regular los gravámenes impuestos sobre bienes inmuebles o muebles, a la regulación del «procedi-miento» de enajenación de inmuebles (vid. arts. 5, ap. 3 y 7, ap. 1, párrafo último), obliga a entender que también en ese caso de constitución de gravá-menes sobre bienes de la fundación, será el Patronato —y no el Protectora-do— el que solicite del Registro la constancia en el archivo.

No es necesaria una solicitud expresa de inscripción. Esta «se entenderá solicitada mediante la presentación de la escritura constitutiva» (art. 7, ap. 2, RRF) o «por la sola presentación al encargado del Registro de la documen-tación oportuna» en los demás casos (art. 9, ap. 2, RRF). «La primera inscrip-ción de las cargas duraderas sobre bienes para la realización de fines de interés general se entenderá solicitada con la presentación de la escritura pública de su constitución» (art. 7, ap. 4, RRF).

3. *Consignación de la fecha de presentación*

Aunque no se prevé la llevanza de un libro-diario, ni material ni informático, ni se prevé por tanto la extensión de asientos de presentación, sí se impone la constancia de la fecha de presentación. Esta *fecha es determinante* del plazo de calificación y despacho de los títulos, así como de la interpretación negativa del silencio de la Administración.

No se establece una forma concreta de consignar en el Registro las fechas de presentación, por lo que será admisible, tanto la llevanza de un libro auxiliar, como la consignación de las fechas en los correspondientes títulos —que han de quedar luego archivados en el Registro—.

4. *Calificación*

a) *Ambito, contenido y plazo*

La calificación o control de legalidad del título abarca «la validez y las solemnidades extrínsecas», o, lo que es lo mismo, el fondo y la forma. La materia sobre la recae la calificación es, de un lado, el título presentado, y de otro, la relación del título con los antecedentes registrales.

La calificación determina la inscribibilidad o no del documento. En el caso de que no proceda la inscripción, deberá denegarse o suspenderse. El RRF trata de diferenciar las causas de denegación de las causas de suspensión, pero lo hace de manera errónea: «se denegará la inscripción si el acto no es válido. Se suspenderá si falta algún requisito que pueda ser subsanado y no afecte a la validez del acto». Los defectos de esta distinción son dos: por un lado, caer en la tautología de afirmar que se suspenderá cuando el defecto pueda ser subsanado (lo cual no es decir nada, porque la cuestión está en determinar cuando un defecto es subsanable); por otro, afirmar que todo defecto que incida en la validez determina la denegación, cuando la mera anulabilidad siempre se ha considerado que es convalidable, y por tanto el defecto que tenga esa causa, subsanable.

En los casos en que la Ley exige informe (art. 36, ap. 2, LF) o autorización (arts. 19, ap. 1 y 2, 20, ap. 2, 26 y 27, ap. 1) del Protectorado, el Registro no puede reconsiderar o revisar el criterio con que han sido resueltos —no puede controlar su acierto o desacierto— (53). Y si el informe o la autorización son negativos, el encargado no denegará por razones de fondo —falta de

(53) Naturalmente, esta afirmación presupone que la función del Protectorado es examinar la *adecuación* del acto proyectado (enajenación, gravamen, modificación de estatutos, fusión...) a los fines fundacionales y a la dotación. Si se entendiera, como algún autor —erróneamente, a mi juicio— lo hace, que la función del Protectorado es controlar la legalidad del acto, en ese caso el Registro se vería obligado —ex art. 11 RRF— a calificar de nuevo las mismas cuestiones.

generalidad de los fines, insuficiencia de la dotación, inadecuación del acto proyectado a los fines o la dotación...—, sino por una única razón de forma: el carácter desfavorable del informe o la negativa a la autorización. Lo mismo puede decirse (vid, *infra*, IV, 3, d], b']) cuando, por el silencio del protectorado, la falta de informe o autorización deban entenderse en sentido positivo: el encargado no puede entrar en el fondo, aunque aprecie que no concurren las circunstancias que motiven la decisión (presunta) favorable. En cuanto a la comunicación, el encargado deberá comprobar que se ha realizado, sin valorar la oportunidad del acto sometido a ella, pero comprobando si el contenido de la comunicación coincide con el acto realizado (54).

Precisamente porque el encargado, en los casos de informe o autorización desfavorable, no puede calificar la decisión del Protectorado, sino que se limita a denegar *porque el informe o la autorización son desfavorables*, no creo —frente a lo que se ha escrito (55)— que esta denegación, que se limita a constatar un hecho, sea susceptible de recurso.

Dentro de los treinta días siguientes a la presentación del título, el encargado ha de calificar el documento; en lo que reste de los tres meses siguientes a la presentación deberá practicar la inscripción.

b) Calificación del título constitutivo y del establecimiento de delegaciones

Para el caso concreto de la calificación del título constitutivo de la fundación, el art. 7, ap. 2, RRF establece que «si el informe [del Protectorado] es favorable, la inscripción sólo podrá ser denegada cuando la escritura constitutiva no se ajuste a las demás prescripciones de la Ley» (56). La lógica

(54) Sobre la necesidad de que se le acredite la comunicación antes de inscribir, vid. las acertadas observaciones de I. OLMOS VICENTE («Novedades», pág. 86) referidas al Registrador de la Propiedad, pero aplicables también al encargado del Registro de Fundaciones.

(55) J. L. PIÑAR MAÑAS, *com.* al art. 36, en *Comentarios*, t. I, pág. 319.

(56) Esta cuestión se imbrica con otra, que viene suscitada por la reiterada afirmación de que corresponde al Protectorado el «asegurar la legalidad» en la constitución de las fundaciones (art. 32, ap. 1 LF y 22, ap. 3 a] RF). Aparentemente, esta afirmación significa que tratándose del acto concreto de *constitución*, el Registro de Fundaciones carece de facultad calificadora en relación con él. Y, si bien es cierto que la LF no hace referencia alguna a la calificación, y que su Exposición de Motivos afirma que «las inscripciones practicables requerirán el informe de los órganos administrativos a los que corresponda el ejercicio del Protectorado», no puede olvidarse que el Registro de Fundaciones es un Registro *de seguridad jurídica*, y en armonía con esa naturaleza, el art. 11 RRF establece que «el encargado del Registro calificará la validez y solemnidades extrínsecas de los documentos presentados», sin señalar luego excepción alguna cuando se trate del acto de constitución. Ha sostenido la limitación de las facultades del Protectorado en orden al control de legalidad J. M. DE PRADA GONZÁLEZ («Aspectos notariales de la Ley de Fundaciones», *RJN*, núm. 11, julio-septiembre 1994, pág. 255).

impide entender este inciso en su sentido literal. Por el hecho de que el Protectorado haya emitido un informe sobre el interés general de los fines y la suficiencia de la dotación, ¿ha de entenderse que la calificación queda de algún modo limitada en todo lo que exceda de esas cuestiones sobre los fines y la dotación? Por el hecho de que se haya emitido ese informe, ¿no cabe ya la posibilidad de suspender? ¿Cualquier defecto determina entonces la denegación? ¿No cabe ya denegar por defectos ajenos a la Ley de Fundaciones —que es la «Ley» a que se refiere el Reglamento—?

A la vista de ese desafortunado inciso, las tres primeras preguntas habrían de contestarse afirmativamente, y la última en forma negativa. Sin embargo, las respuestas correctas han de ser las contrarias. El informe del Protectorado no puede limitar el ámbito de calificación del encargado (salvo en cuanto a la generalidad de los fines y la suficiencia de la dotación); la emisión de ese informe no puede impedir que el encargado suspenda si aprecia la existencia de un defecto subsanable; no todo defecto que el encargado aprecie, una vez emitido el informe, determinará la denegación. En todo momento cabe denegar o suspender la inscripción cuando se hayan incumplido normas imperativas o se hayan vulnerado normas prohibitivas distintas de las contenidas en la Ley de Fundaciones. El único sentido lógico que puede darse a ese inciso final del ap. 2 del art. 7 RRF es que el encargado del Registro, una vez emitido el informe por el Protectorado, no puede denegar la inscripción por el incumplimiento de los únicos requisitos sobre los que el Protectorado ha informado favorablemente: el interés general y la suficiencia de la dotación.

Respecto de la primera inscripción de la delegación de una fundación extranjera, establece el art. 7, ap. 3 RRF que podrá denegarse cuando la fundación no esté válidamente constituida con arreglo a su ley personal. Como el encargado no conocerá, de ordinario la legislación extranjera aplicable, parece que podrá recurrir, por analogía, a alguno de los medios previstos en el art. 36 del Reglamento hipotecario: aseveración o informe de un Notario o Cónsul español, o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Aunque no lo diga el RRF, para practicar las inscripciones posteriores deberá comprobar las facultades representativas de quien otorgue el documento en nombre de la fundación, para lo que podrá acudir a las mismas vías.

También con relación a la primera inscripción de la delegación de una fundación extranjera, establece la LF (art. 5) que será motivo de denegación el que los fines de la fundación extranjera no sean de interés general. El Reglamento del Registro (art. 7, ap. 3), quizá más consciente que la propia Ley de la naturaleza y los fines del Registro, se ha apartado de lo dispuesto en ella y ha trasladado el control de los fines —con gran acierto— al Protectorado. Es evidente que, para el legislador —y para el autor del Reglamento general—, en el caso de inscripción de una delegación de fundación extran-

jera, el control de los fines había de hacerlo el propio Registro. Así queda de manifiesto en los siguientes puntos:

a) El informe a que se refieren tanto el art. 36, ap. 2, LF como el art. 22, ap. 3, d), RF, sólo debe emitirlo el Protectorado en relación con las fundaciones españolas, como lo demuestra que el art. 10 de la Ley, relativo a la dotación, sea únicamente aplicable a esas fundaciones, y que el art. 22, ap. 3, del Reglamento general prevea la emisión del informe «en relación con la constitución de la fundación» (y el establecimiento de una delegación de fundación extranjera es un acto distinto de la constitución).

b) El informe a que se refieren esos artículos es un informe con un contenido doble e inescindible: el interés de los fines y la suficiencia de la dotación, y, tratándose de delegaciones de fundaciones extranjeras *no se puede comprobar la suficiencia de la dotación*, ni la de la delegación misma —que puede no existir—, ni el de la fundación extranjera. Según el art. 5 LF, «la inscripción podrá denegarse cuando *los fines no sean de interés general* o cuando no estén constituidas con arreglo a su ley personal».

c) El art. 5 LF afirma que la inscripción *sólo podrá denegarse cuando los fines no sean de interés general*, o cuando no estén válidamente constituidas con arreglo a su ley nacional. Esta frase supone la exigencia de que sea el encargado del Registro el que califique; de lo contrario habría dicho que *sólo podrá denegarse cuando no se haya obtenido informe favorable del Protectorado sobre el interés general de los fines*, o cuando no estén válidamente constituidas con arreglo a su ley nacional. El Reglamento del Registro, apartándose del texto legal, cambia el sentido de la Ley: «La primera inscripción del establecimiento en España de una delegación de fundación extranjera [...] *requerirá igualmente que el Protectorado informe favorablemente sobre el interés general de sus fines*». Y añade a continuación: «*la inscripción podrá denegarse* cuando la fundación no esté válidamente constituida con arreglo a su ley personal».

Deslindando debidamente las funciones del Registro —que es un estricto control del cumplimiento de la legalidad— de las funciones del Protectorado —que entrañan una valoración sobre la «generalidad» de los fines, y la «suficiencia» de la dotación— el Reglamento del Registro ha alejado de éste una función que no le corresponde, y la ha situado en su ámbito propio: el Protectorado.

c) El problema de la inscribibilidad de las enajenaciones o gravámenes sujetos a la condición suspensiva de obtener autorización

A pesar de que el art. 10 del Reglamento general califica, en su propio epígrafe, como «enajenaciones y gravámenes defectuosos» los otorgados sin

la preceptiva autorización del Patronato, en su apartado 4 admite que el fedatario autorice («otorgue», dice erróneamente) el acto «sometiéndolo a la condición suspensiva de obtención de la autorización correspondiente». Aunque no existen obstáculos para que se inscriban en el Registro actos sujetos a condición suspensiva, en este caso el criterio ha de ser el contrario. El hecho condicionante es un requisito de legalidad. Por tanto, sólo después de obtenida la autorización exigida por la Ley (art. 19) podrá inscribirse el acto en el Registro.

Todo lo indicado respecto de enajenaciones o gravámenes es aplicable a la aceptación de legados o donaciones con cargas (a las que la Ley exige autorización del Protectorado: art. 20, ap. 2) (57); el Reglamento general permite igualmente que se acepten bajo la condición suspensiva de obtener la autorización (art. 12, ap. 4 y 5).

d) Silencio del Protectorado y calificación registral

La LF exige tres tipos de intervenciones del Protectorado que caen dentro del ámbito de la calificación registral —en el sentido de que el encargado debe exigir su aportación—: informe, autorización, ratificación y comunicación.

a') Se impone la necesidad de informe en el caso de constitución de fundación (art. 36, ap. 2, LF y art. 22, ap. 3, d], RF).

b') Se exige autorización en los siguientes casos con trascendencia registral: enajenación o gravamen de los bienes o derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, o representen un valor superior al 20 por 100 del activo de la Fundación (art. 19, ap. 1, LF), transacción sobre esos mismos bienes (ap. 2), aceptación de legados o donaciones con cargas (art. 20, ap. 2, LF), autocontratación por los patronos y por apoderados generales o especiales (art. 26 LF y 15, ap. 5, RF), y modificación de los Estatutos cuando lo haya prohibido el fundador (art. 27, ap. 1, *in fine* LF).

c') Se exige ratificación cuando el Patronato haya acordado la extinción de la fundación por cumplimiento íntegro del fin social, por imposibilidad de cumplimiento y por concurrir una causa estatutaria de extinción no prevista por la Ley (art. 30, ap. 2, en relación con el art. 29 LF).

d') Se exige el envío de comunicación en los siguientes casos: enajenación o gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o indus-

(57) También exige la LF autorización del Protectorado para repudiar herencias y legados y para «dejar de aceptar» donaciones (art. 20, ap. 3), y el RF permite también que esos actos se documenten sujetos a condición suspensiva de obtener la autorización (art. 11, ap. 5). Pero ninguno de esos actos es inscribible en el Registro de Fundaciones.

triales, valores mobiliarios que representen participaciones significativas en los anteriores, y objetos de extraordinario valor (art. 19, ap. 2, LF), transacciones sobre bienes o derechos (art. 19, ap. 3 LF), modificación de los Estatutos cuando no exista prohibición del fundador (art. 27, ap. 4), fusión con otra fundación (58) (art. 28, ap. 1, LF).

Pues bien, el silencio del Protectorado tiene distinto régimen, no ya respecto de cada uno de esos supuestos de intervención administrativa, sino incluso respecto de los diversos casos comprendidos en cada uno de ellos. Las reglas contenidas en la legislación de Fundaciones pueden sistematizarse así:

a') Si en el plazo de tres meses no ha recaído resolución expresa de autorización en los casos a que se refiere el art. 19, apartados 1 y 3 (enajenación, gravamen y ciertas transacciones), el art. 20, apartado 2 (aceptación de legados y donaciones con cargas), y el art. 26 (autocontrato), se entenderán estimadas las solicitudes de autorización (art. 33 LF).

b') Si en el plazo de tres meses no ha caído resolución en el caso contemplado en el art. 27, ap. 1 *in fine* LF (modificación de Estatutos existiendo prohibición), se entenderá estimada la solicitud (art. 16, ap. 2, párr. últ., RF).

c') Si en el plazo de 3 meses no se ha ratificado el acuerdo de extinción, «podrá entenderse ratificado» (art. 18, ap. 4, RF).

d') En cuanto a determinados casos en que ha de comunicarse el acto al Protectorado, en concreto, los previstos en el art. 19, ap. 2, LF (ciertas enajenaciones y gravámenes), «basta la comunicación» (dicen los arts. 4, ap. 6, y 5, ap. 4, y el art. 6 RF, por remisión).

e') En cuanto al caso de comunicación prevista en el art. 27, ap. 4, LF (modificación de Estatutos no prohibida por el fundador), «si en el plazo de tres meses el Protectorado no se opusiera por razones de legalidad a la modificación estatutaria o no formulara objeciones a la misma, el Patronato elevará a escritura pública la modificación de los estatutos para su ulterior inscripción en el Registro de Fundaciones» (art. 16, ap. 4, *par.* 2.º, RF).

f') En cuanto al caso de fusión para el que el RF exige autorización (que exista oposición del fundador), «la solicitud será resuelta en el plazo de tres meses y podrá entenderse estimada de no resolverse en este término» (art. 17, ap. 2, párr. últ.).

(58) El régimen de intervención del Protectorado es distinto en la Ley y en el Reglamento general. En primer lugar es distinto porque la Ley prohíbe que se lleve a cabo la fusión cuando la haya prohibido el fundador («deberán concurrir las circunstancias aludidas en el apartado 1 del artículo anterior», dice el art. 28, ap. 1, LF), mientras que el Reglamento lo permite (art. 17, ap. 2); en segundo lugar es distinto porque la Ley permite únicamente «oponerse» al Protectorado (art. 28, ap. 1, LF), mientras que el Reglamento exige autorización del Protectorado para el caso concreto de que la fusión hubiese sido prohibida por el fundador (art. 17, ap. 2, RF).

g') En cuanto a los demás casos de fusión, ésta «deberá ser comunicada al Protectorado» (art. 17, ap. 2, RF), expresión hay que considerar equivalente a la de «basta la comunicación» que el Reglamento emplea en los casos antes citados. Por tanto, no es necesario esperar a obtener respuesta del Protectorado.

Quedan, por tanto, sin resolver por la legislación de fundaciones los casos de silencio en relación con el informe sobre fines y dotación (art. 36, ap. 2, LF) y la comunicación sobre ciertas transacciones (las previstas en el art. 19, ap. 3, en relación con el apartado anterior LF).

En cuanto al primero, habrá de entenderse, a la vista del art. 43, ap. 2 c), LRJAP-PAC («[...] se podrán entender estimadas [...]: b) Solicitudes cuya estimación habilitaría al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes [...]), que el silencio tiene sentido positivo. Como escribe PIÑAR MAÑAS, «todos los actos presuntos del Protectorado, sean o no de contenido autorizatorio, tendrán carácter positivo si no hay una disposición expresa que establezca lo contrario» (59).

En cuanto a la segunda, la analogía con los demás supuestos de comunicación hace que deba considerarse suficiente la remisión al Protectorado de los datos relativos a la transacción efectuada sobre bienes dotacionales o de escaso valor en relación con el patrimonio fundacional, sin que sea necesario esperar respuesta de la comunicación, ni por tanto, interpretar el silencio (según el art. 42 LRJAP-PAC, están exceptuados de la obligación de resolver los procedimientos relativos al ejercicio de derechos que sólo deban ser objeto de comunicación).

La resolución presunta por silencio tiene dos consecuencias en relación con el Registro:

a') Como, según el art. 44, ap. 1, LRJAP-PAC, los actos administrativos presuntos se podrán hacer valer incluso ante la propia Administración, el Registro de Fundaciones habrá de considerar cumplido el requisito del informe o la autorización del Protectorado cuando se le acredite el silencio positivo. Esta acreditación se hará mediante la certificación expedida por el Departamento ministerial al que, según los fines de la fundación, corresponda el Protectorado.

b') La resolución por silencio, al igual que la resolución expresa, impide que el Registro califique las cuestiones sometidas a autorización. El hecho de

(59) J. L. PIÑAR MAÑAS, com. al art. 33, en *Comentarios*, t. I, pág. 300. E insiste más adelante: «No sólo las autorizaciones a que se refieren los artículos 19, apartados 1 y 3; 20, apartados 2 y 3, y 26 deben resolverse en un plazo de tres meses, entendiéndose estimadas las solicitudes si en el mismo no recae resolución expresa, sino todos los supuestos de solicitudes presentadas al Protectorado» (el subrayado es mío).

que el Protectorado no haya examinado la solicitud no faculta al Registro para hacerlo.

e) La calificación desfavorable

Según el art. 15 RRF, las decisiones negativas se han de adoptar por el Director General de los Registros, a propuesta del encargado, y por tanto, *a sensu contrario*, las decisiones favorables se adoptarán directamente por el encargado. Esta distribución de competencias carece de sentido:

a') porque muchas causas de suspensión, las más frecuentes —como la falta de un requisito (falta del informe del Protectorado sobre los fines y la dotación; autorización del Protectorado para ejanenaciones o autocontratos; omisión en el título del domicilio de la fundación o de la edad o el estado civil de uno de los fundadores; carencia de apostilla, si se trata de un título extranjero por el que se establece la delegación de una fundación en España...)—, pueden determinarse con facilidad por el encargado del Registro directamente;

b') porque decidir que el título es inscribible puede tener mayor dificultad técnica que decidir su no inscripción;

c') porque el verdadero problema, que es el caso de que el encargado tenga dudas sobre si procede inscribir o no (y que es cuando tendría sentido la consulta a la Subdirección o al Director), no está previsto, lo que en la mayoría de los casos se traducirá —con perjuicio de los interesados— en una propuesta formal de denegación;

d') porque si el encargado no califica en el plazo de tres meses, la consecuencia será una denegación por vía de silencio (*ex art. 15, ap. 2, RRF*). Es decir: lo que no puede hacer de manera expresa lo puede hacer de manera tácita.

No establece el RRF un plazo para que recaiga la resolución del Director General, a la vista de la propuesta del encargado y el informe de la Subdirección. Es indudable que el plazo de quince días que establece el art. 11, ap. 4, se refiere sólo a la calificación del encargado, y por tanto, será su propuesta negativa la que deberá hacerse dentro de esos quince días. Ahora bien, como el silencio respecto de toda solicitud de inscripción formulada ha de interpretarse negativamente (art. 15, ap. 2, RRF), será el plazo para interpretar el silencio el que haya de emplear el Director *para dictar su resolución denegatoria*. Más complejo será el caso en que el Director considere, frente al criterio de la propuesta, que el título es inscribible, porque entonces deberá volver el expediente al encargado del Registro, y practicarse la inscripción, dentro de ese mismo plazo de tres meses.

f) El problema de la previa inscripción en los Registros patrimoniales

No se establece, en el ámbito del Registro de fundaciones, una norma semejante a la del art. 383 RH. Siendo el acto inscribible en un Registro patrimonial, no se prevé la inscripción en éste como requisito previo a la inscripción en el Registro de fundaciones (60). El RRF se limita a establecer que en la hoja registral se haga «referencia, en su caso, a la inscripción a nombre de la fundación practicada en los Registros correspondientes de bienes muebles o inmuebles» (art. 4, ap. 3, *in fine*). No parece que se pretenda ordenar la inscripción previa en los Registros patrimoniales, sino únicamente que se indiquen los datos de inscripción en esos Registros, si constan en el título.

Sí se impone en la LF la obligación de inscribir los bienes de las fundaciones en el Registro de la Propiedad, aunque no con carácter previo. Ya el D. de 21 de julio de 1972 imponía la inscripción en el Registro de la Propiedad de los inmuebles de las fundaciones docentes y culturales (art. 26, ap. 2), pero ahora es una norma legal la que lo impone. Y lo hace, no sólo en relación con los bienes y derechos de todas las fundaciones (de competencia estatal) —«la fundación deberá figurar como titular de todos los bienes y derechos que integren su patrimonio, los cuales se harán constar en su inventario y en el Registro de fundaciones, y se inscribirán, en su caso, en los registros correspondientes»—, sino también en relación con las cargas duraderas —«tales cargas deberán inscribirse en el Registro de Fundaciones y, en su caso, en el de la Propiedad» (disp. adic. 1.^a)—.

La carga será inscribible en el Registro de la Propiedad cuando grave, con carácter real, inmuebles determinados (por ejemplo, la prevista en el art. 788 CC), o cuando consista en un modo condicionante (por ejemplo, el previsto en los arts. 651 o en el art. 979, párr. 2 CC). Cuando se trate de un modo puro, cuyo incumplimiento no permita ejercitar la resolución, no podrá tener eficacia frente a terceros, y no cabrá por tanto su inscripción registral.

g) Calificación desfavorable e inscripción parcial

«Toda disposición de los estatutos de la fundación o manifestación de la voluntad del fundador que sea contraria a la presente Ley se tendrá por no

(60) Lo que habría sido la regla más adecuada de coordinación. E. CORONA y otros (*Las Fundaciones*, pág. 171) habían planteado que «sería conveniente que el Reglamento que desarrolle el referido Registro [se refieren al de fundaciones] contemple determinadas reglas con el fin de hacer coincidir, en beneficio de terceros, el contenido del Registro de Fundaciones con el Registro de la Propiedad, evitándose así que la eficacia registral de uno y otro sean diferentes con la consiguiente prevalencia de la fe pública resultante del Registro de la Propiedad por mor del apartado 2 del artículo 37».

puesta, salvo que afecte a la validez constitutiva de aquélla. En este último caso no procederá la inscripción de la fundación en el Registro de Fundaciones», dice el art. 9, ap. 2, LF. El legislador de fundaciones hace aquí una aplicación concreta del principio *utile per inutile non vitiatur*, de aplicación frecuente en el Derecho civil (arts. 641, 737, 743, 786, 814, 1.155, 1.328, 1.476 y otros CC). A diferencia de lo que sucede en otros casos, la norma de nulidad parcial no contiene una referencia a la norma sustitutoria, es decir, a la que integra la laguna que ha dejado la cláusula nula. Pero es indudable que, a pesar del silencio de la LF, en lugar de la cláusula nula se aplicará la norma legal sobre la misma cuestión.

La norma vulnerada ha de ser una norma *de la Ley de fundaciones*, no cualquier otra disposición del Ordenamiento. Es indudable que la referencia a la Ley abarca también a sus disposiciones de desarrollo, tanto el RF como el RRF. Es lógico que si el efecto —sin duda beneficioso para la fundación, puesto que evita la ineficacia total del título— de la nulidad parcial se establece para el caso de infracción de una norma legal, este mismo régimen se aplique a la infracción de una norma de menor rango.

Por otra parte, la norma vulnerada no debe ser de tal relevancia que su infracción afecte a la «validez constitutiva» de la fundación. Entre esas normas cuyo incumplimiento incida en la validez habría que citar, en primer lugar, las que exigen interés general de los fines y suficiencia de la dotación. Como no se trata de extremos que haya de apreciar el Registro, sino el Protectorado, será el informe negativo de éste el que determine la denegación *total* por parte del Registro. Entre aquéllas normas habrán de citarse también la vulneración de las reglas sobre denominación (art. 9, ap. 1, a), LF) y domicilio (art. 4 LF) y la configuración del órgano de representación de modo distinto al previsto en la Ley (arts. 13 y 14). En algún caso, determinadas manifestaciones del fundador revestirán tal importancia, que su vulneración pueda afectar también a la «validez constitutiva»; como escribe J. CAFFARENA, «puede ocurrir que para el fundador sean esenciales algunas de las disposiciones establecidas por él, de tal modo que resulte clara su voluntad de condicionar la creación de la fundación a la existencia y vigencia de las mismas. En este caso, si dichas disposiciones son contrarias a la ley no sólo no procederá la inscripción de la fundación, sino que habrá que considerar que el negocio no producirá los efectos en él contenidos» (61).

Desde la perspectiva registral, la consecuencia de la nulidad parcial —la inscripción parcial— tiene particular relevancia; no puede decirse que se trate de una norma innecesaria, «obvia» (62). En el tema la inscripción de Estatutos —cualquiera que sea su objeto: propiedad horizontal, sociedad mercantil,

(61) X. CAFFARENA, *com.* al art. 9, en *Comentarios*, t. I, pág. 84.

(62) J. CAFFARENA, *ibidem*.

junta de compensación...— se ha considerado siempre que al constituir aquéllos un conjunto orgánico y sistemático de normas, habían de inscribirse o rechazarse en su integridad, y este mismo criterio ha sido sostenido por la jurisprudencia hipotecaria. El Reglamento del Registro Mercantil de 1989 introdujo la inscripción parcial (art. 63) y el nuevo Reglamento de 1996 ha reiterado la misma norma. En esta misma línea se manifiesta ahora el art. 9, ap. 2 LF, pero con la particularidad de que el encargado del Registro no necesita, para verificar la inscripción parcial, que ésta se hubiese previsto en el título o se solicite por el interesado mediante instancia.

La referencia a los estatutos y a la voluntad del fundador, y la expresión «validez constitutiva», dan a entender, con toda claridad, que la nulidad parcial y la inscripción parcial sólo pueden tener lugar en los casos de títulos constitutivos de fundaciones. Es una lástima que no se hayan extendido esas reglas de nulidad e inscripción parcial a otros casos, como modificaciones estatutarias, acuerdos del Patronato con contenido diverso, y, en general, a cualquier acto inscribible, como hace el art. 63 RRM.

El que las cláusulas ilegales se tengan «por no puestas» no exime de que se extienda una nota de calificación en la que se fundamente la exclusión de tales cláusulas. Por tanto, también este caso habrá de ser el Director General el que suscriba la calificación desfavorable. No parece que el art. 15 RRF deba entenderse limitado al supuesto en que la «decisión negativa» abarque la totalidad del título (63).

5. *Subsanación y recurso*

Aunque el RRF no lo exprese, el patronato podrá subsanar los defectos advertidos por el encargado del Registro. Como no se prevé la posibilidad de subsanar, no se establece plazo para realizarla. Por tanto, podrá hacerse en cualquier momento. Como la «fecha de presentación» a que alude el art. 11, ap. 4, RRF no tiene una vigencia determinada, el momento de la presentación del título defectuoso —una vez subsanado— es indiferente (64). No sucede lo mismo con la fecha de la presentación del título subsanado, que puede deter-

(63) Entender lo contrario nos permitiría añadir un argumento más para demostrar lo absurdo de que el encargado del Registro pueda inscribir pero no denegar: que sólo si se trata de vulneración de normas sobre fundaciones —que son las de mayor importancia en relación con la figura—, el encargado puede denegar; pero si se trata de vulneración de otras normas, como no cabe entonces la inscripción parcial, habría de ser el Director quien calificara desfavorablemente.

(64) Este es uno de los puntos en que se hacen más necesarias esas «disposiciones de desarrollo» a que se refiere la disposición final primera del RRF. Especialmente para el caso de que se haya presentado un segundo documento, estando suspendida la inscripción del primero.

minar la oponibilidad del mismo a un título posterior (y no porque los efectos de la inscripción se retrotraigan a la presentación, sino porque el primer título presentado deberá despacharse antes).

No se establece la vía judicial a la que deberá acudir en caso de denegación o suspensión. «Las reglas sobre [...] régimen de recursos están basadas en el ámbito de los Registros de la Propiedad y Mercantiles», dice el preámbulo del RRF. Pero esta afirmación coincide muy poco con la realidad. No hay un solo punto del art. 15 RRF que coincida con el régimen de esos Registros, en los que es el propio Registrador el que deniega, y en que no hay presunción alguna deducible de su silencio (porque, según el preámbulo del RD de 16 de septiembre de 1994 la calificación registral, por su naturaleza de jurisdicción voluntaria, queda al margen del procedimiento administrativo; además, la disp. adic. segunda del citado RD —referida a los casos en que no haya resuelto el Director General de los Registros— establece una regla de silencio positivo, frente al silencio negativo que consagra el ap. 2 del art. 15 RRF).

Aunque el Reglamento no establece la jurisdicción competente para revisar las resoluciones denegatorias del Director de los Registros (que pondrán fin a la vía administrativa), en caso de recurso, habrá de ser la civil. Para que pudieran ser objeto de recurso contencioso-administrativo se requeriría, conforme a los arts. 1 LJC-A y 9, ap. 2 y 4 LRJAP-PAC, que se diesen en las decisiones estas dos condiciones: 1.º Ser actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo. 2.º No referirse a cuestiones de índole civil. Ninguna de estas condiciones se da en los actos de la función registral: no están sujetos al Derecho administrativo y deciden cuestiones de índole civil. En cuanto a lo primero, la propia Constitución española considera que las normas reguladoras de los Registros constituyen parte integrante de la legislación civil (art. 149, 1, 8.ª). En cuanto a lo segundo, ha escrito TOMÁS Y VALIENTE que «el prolongado proceso de *administrativización* (si se me permite el largo y feo vocablo) del Derecho de Fundaciones no ha transformado la naturaleza jurídica del derecho de fundación. De derecho civil hablamos, cuando del derecho de fundación hablamos» (65). El Auto del Presidente del TSJ de Madrid de 23 de diciembre de 1993 afirma, en este sentido, que «la jurisdicción competente para conocer de dichas resoluciones (66), en las que se aplica el Derecho privado y se realizan funciones registrales, será la jurisdicción civil»; y la STS de 22 de diciembre de 1994 sostiene el mismo criterio. Un Juzgado de primera instancia ha admitido ya, por primera vez, un

(65) F. TOMÁS Y VALIENTE, estudio previo a *Comentarios*, t. I, pág. XXXVI.

(66) Se refiere a resoluciones dictadas en recursos gubernativos interpuestos contra calificaciones de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, pero la generalidad con que se expresa el Auto hace extensible su razonamiento a otras resoluciones de la Dirección.

recurso interpuesto contra una resolución de la DGRN en que se confirmaba una nota de calificación de un Registrador. Y en el ámbito del Registro de la Propiedad Intelectual, el art. 139, ap. 2, del RDL 1/1996, de 12 de abril, establece que «contra el acuerdo del Registrador podrán ejercitarse directamente ante la jurisdicción civil las acciones correspondientes».

6. *Inscripción*

La inscripción ha de practicarse, si no median defectos, en el plazo de tres meses a contar desde la presentación del título en el Registro (art. 11, ap. 4, RRF). Si median defectos, y éstos se subsanan, habrá de entenderse, a falta de una norma que lo determine, que comienza un nuevo plazo de tres meses, a contar desde la nueva presentación del título ya subsanado, para examinar si la subsanación se ha hecho correctamente y, en su caso, practicar la inscripción. Como el título ya ha sido calificado por el encargado del Registro, las normas de desarrollo deberían prever para este caso un plazo menor.

El RRF detalla el contenido de las inscripciones, distinguiendo según se trate de la primera o las posteriores, y, en el primer caso, según se trate de fundaciones españolas, delegaciones de fundaciones extranjeras o cargas duraderas de interés general (arts. 8 y 9). La primera inscripción de fundaciones españolas comprenderá:

- a) Número de la hoja informática abierta a la fundación.
- b) Denominación de la fundación.
- c) Fines de interés general que persiga la fundación.
- d) Domicilio.
- e) El nombre, apellidos, edad y estado civil de los fundadores, si son personas físicas, y la denominación o razón social, si son personas jurídicas, y en ambos casos la nacionalidad y el domicilio.
- f) Estos mismos datos de los dotantes, en caso de ser distintos de los fundadores.
- g) Dotación, su valoración y forma y realidad de su aportación.
- h) Estatutos de la fundación.
- i) Identificación de las personas que integran el órgano de gobierno, así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional.
- j) Notario autorizante de la escritura constitutiva.
- k) Fecha de la autorización de la escritura constitutiva.
- l) Fecha de la inscripción en el Registro.
- m) Identificación y autorización del encargado del Registro.

Los mismos datos, ajustados a las peculiaridades de su estatuto personal, constarán en la primera inscripción del establecimiento en España de una

delegación de una fundación extranjera. En su caso, se inscribirá la dotación prevista para sus actividades en territorio español.

La primera inscripción de la constitución de cargas duraderas impuestas sobre bienes para la realización de fines de interés general contendrá una descripción de los fines sujetos al gravámen; los datos personales de los titulares de tales bienes; la especificación de los fines perseguidos, y los demás datos del título y de la inscripción señalados en las letras *j)* a *m)* en la enumeración anterior.

Las inscripciones posteriores reflejarán los hechos sobrevenidos que afecten a la fundación, a la delegación de fundación extranjera establecida en España o a las cargas duraderas inscritas, con indicación del título, su fecha y autorizante, y se cerrarán con la fecha de la inscripción y la identificación y autorización del encargado del Registro.

7. *Archivo del título inscrito*

Una vez practicada la inscripción, debe incorporarse al archivo el documento que la ha motivado (art. 10, ap. 2, *in fine*). Sobre esta criticable exigencia, *vid.* lo que se dice *supra*, III, 2, b).

8. *Comunicación al Protectorado*

Practicada la inscripción e incorporado el título al archivo, el Registro debe comunicar aquélla, de oficio, al órgano competente del Protectorado. Al no determinarse el contenido de la comunicación, parece que no habrá de hacerse un traslado íntegro de la misma, sino únicamente notificarse el hecho de haberse extendido.

B) DOCUMENTOS CONTABLES

Tratándose de documentos contables, el procedimiento se desarrolla a través de las siguientes fases:

1. *Presentación al Protectorado*

Antes de su aportación al Registro, los documentos contables han de presentarse al Protectorado, dentro de los seis primeros meses del ejercicio siguiente. Respecto del informe de auditoria se establece un plazo más

breve de presentación: los tres meses siguientes a su emisión (art. 23, ap. 4, LF).

2. *Control de legalidad*

El Protectorado procede a examinar los documentos contables y a comprobar su adecuación a la normativa vigente (art. 23, ap. 4 LF y arts. 12, ap. 3, RF, que habla de «verificar la adecuación de sus aspectos tanto formales como materiales a la normativa vigente», y 22, ap. 5, g] RF, que habla de «supervisar el régimen contable»). La amplitud con que se determina la función del Protectorado en relación con los documentos contables, mueve a considerar que no queda, respecto de ellos, ningún margen de calificación registral. No hay, en el RRF, una norma paralela a la del art. 368, ap. 1, RRM, norma que aplicarán, sin embargo, los Registradores mercantiles cuando se realice el depósito de cuentas por una fundación-empresa.

3. *Depósito por el Protectorado e incorporación por el Registro*

El propio Protectorado —y no los representantes de la fundación— ha de depositar los documentos contables en el Registro de Fundaciones (art. 23, ap. 4, LF). Y el Registro los incorpora de oficio (art. 5, ap. 5, RRF). La incorporación ha de hacerse en un *anexo* como *archivo individualizado* abierto a cada fundación (art. 4, ap. 2, RRF). El término *anexo* tiene gran importancia a efectos de publicidad formal (cfr. art. 12, ap. 1, RF, e *infra*, VII). De forma paralela a como se establece respecto del Registro Mercantil (art. 368, ap. 2, RRM), el RRF establece que en la hoja registral ha de hacerse una «sucinta referencia» al depósito de los documentos contables (art. 4, ap. 2).

4. *Recursos*

Dado que el depósito por el Protectorado y la incorporación por el Registro se producen sucesivamente y sin trámites intermedios, no cabrá recurrir contra la incorporación misma, a la que no precede ninguna decisión administrativa. El único acto administrativo susceptible de ser recurrido será por tanto el control del Protectorado sobre la adecuación de los documentos contables a la normativa vigente. Y, según el art. 35 LF, los actos del Protectorado que pongan fin a la vía administrativa serán impugnables ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

C) LA APLICABILIDAD SUPLETORIA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
COMÚN

A diferencia del Reglamento general, que determina las normas que supletoriamente han de regular el procedimiento de actuación del Protectorado (disp. adic. 2.^a), el Reglamento del Registro no establece el régimen supletorio del procedimiento registral. La idéntica naturaleza de la función registral desarrollada en el ámbito del Registro de Fundaciones a la desarrollada en otros Registros de seguridad jurídica, lleva a la conclusión de que no es aplicable el régimen jurídico del procedimiento administrativo. La función registral pertenece a la jurisdicción voluntaria; no tiene naturaleza administrativa. El encargado del Registro de fundaciones resuelve solicitudes que reclaman la aplicación de normas de Derecho privado, como cualquier otra iniciación de expedientes de jurisdicción voluntaria. El preámbulo del RD 1.879/1994, de 16 de septiembre, «por el que se aprueban determinadas procedimentales en materias de Justicia e Interior» afirma que «las calificaciones de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no son actos administrativos, y las decisiones del Departamento en relación con las mismas tienen el carácter de jurisdicción voluntaria, dejando a salvo a los interesados la vía de orden jurisdiccional civil» (67). De la propia Dirección de los Registros —en la que está encuadrada el Registro de Fundaciones— se ha dicho que es «un órgano *formalmente administrativo*, cuyas funciones no se diferencian esencialmente de los que corresponden, en otros escalones, a los órganos judiciales y sus resoluciones» (68).

Ahora bien, los *aspectos puramente administrativos del procedimiento* sí deben considerarse sometidos a la LRJAP-PAC (como afirma el preámbulo al RD antes citado), con las siguientes precisiones que hace PRETEL SERRANO (69):

a) No se trata de aplicación supletoria de las normas administrativas (cfr. la Resolución de 26 de junio de 1986), sino de una aplicación directa, la cual no podrá desvirtuar la naturaleza no administrativa del procedimiento.

(67) Y esta norma, que se extiende —aunque no los nombre— a los Registros de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, y al Registro de Ventas a Plazos, debe extenderse también al Registro de Fundaciones, aunque no esté a cargo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil, por la identidad de función.

(68) Preámbulo de Reglamento del Registro Civil, párrafo 11.

(69) JJ. PRETEL SERRANO, «La legislación administrativa y la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Libro homenaje a Manuel Peña Bernaldo de Quirós y Antonio Ipiéns Llorca*, Madrid, 1996, pág. 483. Se refiere el autor a los Registros de la Propiedad, Mercantil, y demás dependientes de la Dirección General de los Registros, pero no explícitamente al Registro de Fundaciones —porque al tiempo de escribir su trabajo no se había constituido aún este Registro—, aunque sus afirmaciones pueden extenderse a él.

b) Será posible también una aplicación supletoria de las normas de procedimiento administrativo, pero con una supletoriedad de segundo grado: en defecto de las normas especiales de las leyes procesales civiles, en cuanto que estamos en el campo de la jurisdicción voluntaria.

Y cita este autor entre esos aspectos puramente administrativos del procedimiento, la abstención y recusación de la persona que vaya a realizar la propuesta de resolución o que vaya a adoptar la misma (arts. 28 y 29 LRJAP-PAC), la posible utilización de lenguas distintas del castellano en el escrito que se dirija al encargado del Registro (art. 36 LRJAP-PAC), la utilización de los registros de cualquier órgano administrativo o de las oficinas de correos (arts. 38, ap. 4, LRJAP-PAC), la subsanación en el plazo de diez días de las posibles faltas (art. 71 LRJAP-PAC), acumulación (art. 73 LRJAP-PAC), finalización del procedimiento (resolución y posible desistimiento y renuncia) (arts. 89, 90 y 91 LRJAP-PAC).

V. EFICACIA

Los efectos que produce la inscripción en el RF son los siguientes:

1. PUBLICIDAD O CONSTITUCIÓN DE LOS ACTOS INSCRITOS

A pesar de la rotunda afirmación de la Exposición de Motivos de la LF, de que «el Registro de Fundaciones se configura como constitutivo», no es así; precisamente la inoponibilidad de los actos a los terceros de mala fe (art. 37 LF y 13 RRF) demuestra que la regla general es la contraria: inscripción declarativa. Los actos inscribibles existen, al margen del Registro, y el conocimiento que los terceros tengan de ellos impide que puedan alegar el silencio del Registro.

Únicamente tiene carácter constitutivo la inscripción de constitución de la fundación. Según el art. 1 LF, «las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones». El carácter constitutivo supone, pues, la atribución de personalidad. A diferencia de las sociedades capitalistas en formación, la fundación en formación —es decir, en el tiempo que media entre el otorgamiento de la escritura y la inscripción en el Registro de fundaciones— no tiene personalidad jurídica. Aunque el órgano de gobierno pueda realizar los actos indispensables para la conservación del patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio grave para la fundación, sólo en el momento mismo de la inscripción se produce la asunción automática por la

fundación de esos actos realizados en favor suyo (art. 11 LF). Tampoco la fundación irregular —la no inscrita después de cierto plazo— tiene personalidad jurídica (70); aunque la responsabilidad de los actos realizados a su favor recae, en primer lugar, en el patrimonio fundacional (art. 11, *in fine*), este patrimonio —afectado a un fin (71)— no pertenece a la fundación, sino a los fundadores o dotantes.

¿Cuándo se convierte en irregular la fundación no inscrita? Una cuestión de tanta importancia, pues determina el comienzo de la responsabilidad ilimitada de los patronos, queda sin precisar por la ley. Según el régimen de la figura paralela de la sociedad irregular, ésta comienza a ser tal una vez «verificada la voluntad de no inscribir y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado la inscripción» (art. 16 LSA y 11 LSRL). El inciso final del art. 11 LF se limita a hablar del «supuesto de no inscripción», sin señalar un término inicial. No existe por tanto, en el caso de fundaciones, una modalidad de *irregularidad automática*, pero tampoco se da a entender que exista una modalidad de *irregularidad querida*. Ni se habla de *voluntad* ni se habla de *tiempo* (72).

Sin embargo, puede afirmarse que existe fundación irregular en tres casos:

a) Cuando, por un lado, ha transcurrido el plazo para inscribir (tres meses desde la adopción del acuerdo de constitución —si ésta ha tenido lugar por acto entre vivos— o desde la protocolización del testamento ológrafo o cerrado; o un año a partir de la muerte del testador, si la constitución ha tenido lugar por testamento abierto [art. 6 RRF]), y, por otro, ha empezado el órgano de gobierno a realizar actos que vayan más allá de los indispensables para la conservación del patrimonio y de los urgentes que traten de evitar un perjuicio para la fundación.

b) Cuando se haya suspendido la inscripción en el Registro de fundaciones, y los patronos no hayan subsanado el defecto o recurrido contra la ca-

(70) La opinión de que la fundación irregular no tiene personalidad jurídica es general en la doctrina; vid. J. CAFFARENA, com. al art. 11 en *Comentarios*, pág. 101, y FERRER I RIBA, «El procés constitutiu d'una fundació en la Llei de 3 de mars de 1982 de fundacions privades catalanes», *RJC*, 1984, pág. 92.

(71) DE CASTRO señala, como un supuesto de *patrimonio afectado a un fin*, «la *destinatio atque vinculado* de unos bienes para una fundación de interés público; acto pre-fundacional que liga los bienes mientras la fundación no llega a ser persona jurídica» (*Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pág. 61).

(72) No obstante, existe un plazo, el de vigencia de certificado de denominación, que es de seis meses (art. 14, ap. 3, RRF), y que —haciendo un razonamiento paralelo al del art. 16 LSA—, podría considerarse el determinante de la irregularidad. Porque el plazo de un año que establece este artículo es el de vigencia de la certificación (art. 412 RRM) menos el tiempo de que puede disponerse de la certificación para otorgar la escritura.

lificación; y cuando se haya denegado la inscripción y los patronos no hayan recurrido. Aunque se ha sostenido que para este último supuesto debería adoptarse un régimen distinto (73), lo cierto es que el art. 11 LF no distingue, y tanto en el casos de inscripción no solicitada, como en los de inscripción suspendida o denegada, se trata de «supuestos de no inscripción» (art. 11 *in fine*), y por tanto a todos ellos deberá aplicarse el régimen de responsabilidad señalado en ese artículo.

A pesar de la falta de personalidad de la fundación irregular, los negocios celebrados en nombre de ella serán válidos. Y es evidente que los patronos no pueden invocar en su beneficio la falta de inscripción (74).

La inscripción de los demás actos —aumento y disminución de la dotación, nombramiento y cese de representantes, modificación de los estatutos, fusión con otra fundación, etc.— tiene carácter declarativo. El efecto de la inscripción declarativa es su plena oponibilidad. Inscritos aquellos actos, afectarán a todo tercero, los conozca o no.

Entre esos actos cuya inscripción es declarativa hay que incluir también la fusión, a pesar de su analogía con la constitución cuando la fusión dé lugar a una fundación nueva (es decir, cuando no se trate de una absorción). Tratándose de sociedades mercantiles capitalistas, la inscripción de la fusión tiene carácter constitutivo (arts. 245 LSA y 94 LSRL), pero la LF no lo establece así.

2. INOPONIBILIDAD Y OPONIBILIDAD

«Los actos sujetos a inscripción en el Registro de Fundaciones y no inscritos no perjudicarán a terceros de buena fe» (art. 36, ap. 1, LF y 13 RRF). La buena fe supone el desconocimiento de los actos no inscritos. Se presume la buena fe (según los preceptos citados).

¿Quiénes son los terceros en relación con el Registro de fundaciones? Es indudable que no se trata de los destinatarios de los fines fundacionales —para los que no tiene ningún interés la consulta al Registro—. La cuestión ha de relacionarse con la naturaleza del Registro como *Registro de responsabilidad*: terceros serán las personas que pretendan contratar con la fundación, y necesiten conocer el patrimonio fundacional y las personas —patronos, delegados, apoderados— que puedan vincularlo contractualmente.

(73) A REAL PÉREZ, «Las fundaciones en proceso de formación», *DPC*, núm. 9, mayo-agosto de 1996, págs. 268 y 270.

(74) No lo dice expresamente la LF ni el RRF, a diferencia de algunas normas autonómicas sobre el Registro de Fundaciones (art. 7, ap. 1 del Decreto 140/1985 de la Comunidad de Aragón y art. 6 de la Orden de 21 de julio de 1989 de la Comunidad de Castilla y León).

Aunque la LF sólo proclama la inoponibilidad, ésta presupone la oponibilidad de lo inscrito. Es frecuente que las normas registrales establezcan sólo la inoponibilidad —art. 32 LH, en relación con el Registro de la Propiedad; 21, ap. 1, CCom, en relación con el Registro mercantil—, que es sólo el reverso de la oponibilidad. La oponibilidad es, no ya un efecto, sino la función misma de la publicidad. De la propia naturaleza de los Registros de seguridad jurídica deriva la oponibilidad, que no existe, sin embargo, en los Registros de información administrativa.

Como ha escrito AMORÓS GUARDIOLA, la formulación meramente negativa de la inoponibilidad postula, como un complemento de ella, la otra afirmación, de carácter positivo: sólo lo inscrito afecta a terceros o produce efectos frente a ellos. «Ambas formulaciones —añade— serían así manifestaciones de un principio general, según el cual lo inscrito afecta al tercero y lo no inscrito no le perjudica. Principio que se apoya en la propia naturaleza de la publicidad registral» (75). En la doctrina francesa ha dicho, muy expresivamente, M. DAGOT, que la oponibilidad, como el dios Jano, tiene dos rostros: según por el lado por el que se mire se contemplará la oponibilidad o la inoponibilidad (76).

3. PRESUNCIÓN DE EXACTITUD Y VALIDEZ

La oponibilidad tiene que ir unida, necesariamente, en los Registros de seguridad jurídica, a una presunción de exactitud. Si lo que el Registro publica es oponible a los terceros, es porque el contenido del Registro tiene garantía de autenticidad. Y esta garantía de autenticidad proviene de los dos principios que constituyen el fundamento de todos los Registros de seguridad jurídica, y sin los cuales —sin cualquiera de ellos— la eficacia del Registro carecería de base, carecería de fundamento (77). Como en el Registro de fundaciones existe calificación de fondo y forma (art. 11 RRF) y existe tracto sucesivo (cfr. la alusión a los «obstáculos que surjan del Registro», a que se refiere el art. 11, ap. 2, RRF) no puede negarse, a pesar de que carezca de una expresa formulación legal, que existe una presunción de exactitud de lo pu-

(75) M AMORÓS GUARDIOLA, *com.* al art. 606 en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, EDERSA, Madrid, 1980, pág. 281.

(76) M. DAGOT, *La publicité foncière*, París, 1981, pág. 142.

(77) Sobre el carácter de la legitimación y el tracto como principios-fundamento, frente a la idea tradicional que los viene considerando como simples principios-requisito de la inscripción, puede verse A. PAU PEDRÓN, «Teoría de los principios hipotecarios», en *Ciclo de conferencias en conmemoración del cincuentenario de la Ley hipotecaria*, en prensa.

blicado (78). Algunas normas autonómicas reguladoras de Registros de fundaciones, con más acierto que el legislador estatal, han formulado, junto a la regla de inoponibilidad, la presunción de exactitud: cfr., por ej., arts. 6 y 9 de la O de 21 de julio de 1989 de la CA de Castilla y León.

Como sucede, en general, en el ámbito de los Registros jurídicos, la presunción de exactitud ha de entenderse *sin perjuicio* de las demás presunciones de exactitud que se establecen respecto de los otros Registros. Es decir: es necesario deslindar *cada presunción de exactitud* —atendiendo al objeto propio de cada Registro— para que no existan superposiciones, y con ellas, discordancias que perjudiquen a los terceros. Tratándose de Registros personales (Registro Mercantil, Registro de Cooperativas), la presunción de exactitud (art. 20, ap. 1 y 2 CCom y arts. 1 y 8 RRM; art. 18, ap. 2 y 6 LGC) ha de entenderse limitada por la presunción de exactitud que rige respecto de los Registros patrimoniales; y lo mismo sucede en el Registro de Fundaciones —que es también un Registro personal—.

El ámbito de exactitud del Registro de Fundaciones se extiende a todo su contenido —cfr. art. 3 RRF—; pero, respecto de los bienes concretos que integran su patrimonio, habrá de estarse a lo que determine el Registro de la Propiedad (79). El tercero que adquiera un bien de una fundación sólo está protegido en los términos que establecen los arts. 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, y no podrá invocar la exactitud del Registro de Fundaciones, salvo en aquellas cuestiones que se refieran a la fundación misma, como la vigencia de las facultades de sus representantes. Lo mismo puede decirse del tercero que haya obtenido una providencia de embargo que deba hacerse efectiva sobre bienes de una fundación. Ahora bien: como la dotación fundacional es un elemento esencial del contenido del Registro de Fundaciones (cfr. art. 18 LF y 3 c] RRF), toda inexactitud respecto de la misma llevará consigo la responsabilidad del patronato que haya incumplido la obligación {«*deberá figurar* como titular de todos los bienes que integren su patrimonio [...] en el Registro de Fundaciones», art. 18 LF) de llevar al Registro, en el plazo que marca el RRF (art. 6), los títulos que contengan los cambios reales.

(78) La falta de una expresa declaración legal hace que esta presunción no deba entenderse en el sentido del art. 1.251 CC, sino como una deducción del carácter oficial y público del Registro de fundaciones, de un lado, y de la existencia de calificación y tracto, de otro.

(79) En este sentido debía interpretarse, a pesar de la generalidad con que se expresaba, el art. 73, ap. 2, del D. de 21 de julio de 1972: «En caso de discordancia entre el Registro de Fundaciones Culturales Privadas y el Registro de la Propiedad, prevalecerán los asientos de este último».

VI. CONOCIMIENTO

Frente a la declaración terminante del art. 36, ap. 4, LF, de que «el Registro de Fundaciones es público», el Reglamento, excediéndose de sus facultades, limita, por un lado, la publicidad, y la extiende por otro:

a) Circumscribe esa publicidad a quienes tengan «interés legítimo en conocer su contenido» (art. 12, ap. 12, ap. 1). Aunque, según el Reglamento «el interés se presume por el solo hecho de solicitar la publicidad», debe tenerse en cuenta que ésta presunción admite la prueba en contrario (vid. art. 1.251 CC), lo que contraría la apertura al público, sin restricciones, que establece la Ley de Fundaciones.

Por interés legítimo habrá de entenderse interés negocial. Sólo los terceros que pretendan realizar un acto o negocio jurídico en relación con la fundación tendrán acceso al mismo. La curiosidad, la publicidad comercial, la publicidad informativa u otros motivos o intereses no pueden considerarse incluidos en el *interés legítimo* exigido por el Reglamento.

La existencia de una presunción de interés a favor del consultante impide que, en caso de duda o sospecha, pueda el Registro preguntarle sobre la naturaleza de su interés. Las presunciones sólo pueden destruirse por la prueba en contrario: el Registro ha de probar el interés no legítimo —no negocial— del consultante.

b) Extiende la publicidad a los documentos contables. Mientras la Ley de Fundaciones prevé únicamente que los asientos del Registro puedan ser conocidos al público (art. 36, ap. 4), el Reglamento extiende la publicidad al *anexo*, y por tanto a los documentos contables (vid. art. 4, ap. 2). Sin embargo, a continuación, al transcribir el art. 36, ap. 4, inciso segundo de la Ley en el ap. 2 de su art. 12, traslada la contradicción a su propio texto: si sólo se pueden expedir certificaciones y notas respecto de los asientos; ¿cómo se realiza la publicidad formal de los documentos contables depositados?

Esa doble antinomia sólo puede resolverse en el sentido de considerar, primero, que los documentos contables son *también* accesibles al público; y, segundo, que la publicidad de los mismos puede hacerse, *también*, a través de certificación o nota —porque no existen otros medios—.

Tanto de la Ley como del Reglamento se desprende el carácter absolutamente reservado del archivo (y se desprenden no sólo de los arts. 36, ap. 4, LF y 12, ap. 2, RRF, sino de la ausencia de una norma expresa semejante a la del art. 342 RH). Este criterio es acertado en relación con las escrituras inscritas, porque, de darse publicidad de ellas a través del Registro, se crearía una duplicidad —escritura e inscripción— que, en caso de discordancia, sería perturbadora para los terceros; y también es acertado respecto de los actos de enajenación o gravamen, que podrían crear confusión con la publicidad de la hoja registral sobre la dotación (art. 3, c) RRF).

Por tanto, los dos medios reconocidos de publicidad —certificación y nota— son utilizables tanto para dar a conocer los asientos registrales como los documentos contables. La diferencia entre uno y otro medio reside en que «sólo las certificaciones tendrán la consideración de documentos públicos» (art. 12, ap. 3 RRF). El RRF regula con detalle una certificación de especial importancia: el llamado «certificado de denominación». Las normas reglamentarias que lo regulan se han expuesto al tratar del procedimiento registral.

Me parece necesario insistir en que la publicidad del Registro de fundaciones no se puede equiparar a la mera accesibilidad que caracteriza los archivos y Registros administrativos (80). Además —y a diferencia de los Registros administrativos— el Registro de fundaciones no sólo es público, sino que está dotado de publicidad material negativa, que se traduce en una presunción de desconocimiento de lo no inscrito. Y aunque la legislación estatal de fundaciones no llegue a establecer la publicidad material positiva u oponibilidad de lo inscrito —a diferencia de algunas regulaciones autonómicas sobre el Registro de fundaciones, que sí lo establecen—, es indudable, como se ha dicho (*supra*, V, 2), que rige también en ella, porque se trata, en realidad, de un único principio que puede formularse de forma negativa o positiva. Es una prueba más de que los Registros de fundaciones, en general, parten de una «apertura» a la sociedad muy distinta de la mera accesibilidad de los Registros administrativos; no sólo son públicos, sino que, como llega a decir una regulación autonómica, su contenido «se presume conocido por todos» (art. 7 del Decreto 140/1985, de 6 de noviembre, de la CA de Aragón). La fórmula, técnicamente, es inaceptable, pero revela, en un punto más, la distancia que media entre el Registro de Fundaciones y los Registros administrativos.

ANTONIO PAU PEDRÓN
Registrador de la Propiedad. Notario
Abogado del Estado

(80) Sobre las profundas diferencias de extensión, fundamento y finalidad entre publicidad de los Registros de seguridad jurídica y accesibilidad a Registros de información administrativa, puede verse mi *Curso de práctica registral*, pág. 21. Podría también cotejarse la muy elaborada doctrina sobre la publicidad formal del Registro de la Propiedad —por citar el Registro de seguridad jurídica más característico, y más estudiado por la doctrina— y la doctrina administrativa sobre la *accesibilidad*, fundamentalmente CASTELLS ARTECHE, «El derecho de acceso a la documentación de la Administración Pública», RVAP, núm. 10, 1984, MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Madrid, 1993, y POMED SÁNCHEZ, *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, Madrid, 1989.