

La autocontratación en el ámbito de las fundaciones. Supuestos y sistema de control

María Natalia Mato Pacín

Profesora Ayudante de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. SUPUESTO DE HECHO Y PROBLEMÁTICA.—II. LA AUTOCONTRATACIÓN EN LAS FUNDACIONES: 1. *Ámbito de aplicación que excede del autocontrato*: A) Patronos que contraten con la fundación en su propio nombre o en nombre de un tercero. B) Patronos que contraten con la fundación mediante personas físicas que actúen como representantes de los mismos. 2. *El papel del Protectorado: autorización o denegación del contrato*. 3. *Valoración del control: ¿es el sistema más adecuado?*—III. EL DICTAMEN: EL SUPUESTO DE HECHO DE LA CONTRATACIÓN ENTRE EL CSIC Y LA FGCSIC.—IV. RECAPITULACIONES.

I. Supuesto de hecho y problemática

La controversia que se aborda en estas líneas tiene como origen el Dictamen de la Abogacía del Estado de 17 de septiembre de 2010 y como objeto, sucintamente, determinar si un contrato entra dentro del ámbito de aplicación de lo que la Ley de Fundaciones 50/2002 denomina como autocontratación y, en su caso y en virtud de la autorización previa que se señala como preceptiva, si resulta oportuno conceder dicho permiso y en qué términos.

La Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), institución pública dedicada a la investigación en España, constituye en 2008 la Fundación General CSIC (FGCSIC) con el objetivo de promover y articular financiación privada para realizar investigación pública. Cinco de los miembros del Patronato de dicha Fundación (Presidente, Vicepresidentes, Secretario) son patronos natos por ostentar un cargo en el CSIC, completándose el órgano de gobierno con otros patronos personas jurídicas que actúan representados por las correspondientes personas físicas. Se da la circunstancia de que el Presidente del CSIC y, por lo tanto, quien ostenta la representación legal e institucional de la Agencia y quien, según los Estatutos, es el encargado de «celebrar todo tipo de contratos, convenios o negocios jurídicos en nombre del CSIC en su ámbito de competencias, de acuerdo con la normativa aplicable y con lo dispuesto en el presente Estatuto», es, a la vez, Presidente del Patronato de la FGCSIC.

Dada esta coincidencia de cargos, se plantea la duda acerca de la posibilidad de que los contratos y convenios de colaboración entre la Fundación General CSIC y el CSIC sean considerados supuestos de autocontratación y, en consecuencia, precisen de la autorización del Protectorado de dicha Fundación.

Evidencia la Abogacía del Estado que, a la problemática de base en todo supuesto de autocontrato de incurrir en un conflicto de intereses, se le debe añadir, en el caso de las fundaciones, la posibilidad de que a través de tal relación jurídica se pretenda una retribución encubierta al patrono o se vulnere la prohibición general de crear fundaciones cuya finalidad principal sea destinar sus prestaciones al fundador, patronos o determinadas personas vinculadas con ellos. De ahí que los artículos 28 de la Ley 50/2002 y 34 del Real Decreto 1337/2005 establezcan la necesidad y desarrollen el procedimiento de una autorización por el Protectorado en los casos en los que los patronos contraten con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero. Advierte el órgano que realiza el dictamen, sin embargo, que, a la vista de la legislación y de la jurisprudencia, es *«no sólo admisible la autocontratación en fundaciones —con anuencia del protectorado—»,* sino que incluso entiende que *«la legislación actual resulta más permisiva para el caso en que se retribuya al patrono por esta vía por el ejercicio de funciones que no son propias del Patronato»* (Consideración II, párr. 9.º).

No se precisaría autorización para el supuesto en el que se celebre el contrato entre la FGCSIC y el CSIC, puesto que, al ser éste fundador pero no patrono, no incurriría en el supuesto de autocontratación. Sin embargo, dado que la persona física que representa al CSIC es un patrono de la Fundación con la que contrata, concluye la Abogacía que el supuesto *«incurre de plano, en consecuencia, en lo dispuesto en el artículo 28 mentado cuando se refiere a la contratación que realiza un patrono (el Presidente del Patronato de la FGCSIC) a nombre de un tercero (el CSIC, por el cual actúa en su calidad de Presidente de dicha Agencia)»* (Consideración III, párr. 9.º). Ahora bien, puntualiza este órgano que lo expuesto no quiere decir que no deban autorizarse este tipo de contratos en la medida en que el fin general de las restricciones de la autocontratación es evitar conflictos de intereses entre representante y representado, amparándose tales situaciones cuando no se incurra en dichos conflictos y, además, cuando los negocios jurídicos no tengan como fin indirecto retribuir al patrono o sean manifiestamente lesivos para la Fundación.

Por todo ello, concluye la Abogacía del Estado que, dado que el fin de esta Fundación es, precisamente, cooperar con el CSIC para captar financiación privada que sostenga iniciativas público-privadas en el ámbito de las funciones encomendadas al mismo, no existe el conflicto de intereses que las normas tra-

tan de evitar, es decir, «*no concurre causa alguna que permita la denegación de la autorización por el Protectorado*» (Consideración IV, párr. 5.º).

En cuanto al carácter de la autorización, puntual o genérica, al no estar incluido expresamente el supuesto de un patrono que contrata, no para sí, sino para un tercero al que representa en el artículo 34 RF —regulador de los requisitos para la solicitud de la autorización y del que parece desprenderse que son necesarias autorizaciones puntuales—, tal solicitud no se rige por él más que por analogía y, en consecuencia, «*nada obsta a que sea concedida en este supuesto una autorización general, y más atendidos los fines de la FGCSIC*» (Consideración V, párr. 3.º).

Las observaciones que en torno a la autocontratación realiza la Abogacía del Estado nos dan pie para profundizar en aquellas cuestiones más controvertidas al respecto, algunas de las cuales están apuntadas en el Dictamen. Es cuestionable que la Ley de Fundaciones pretenda regular en su actual artículo 28 y concordantes como «autocontratación» una figura que coincide rigurosamente con el contenido de esta institución en el Derecho civil general: el legislador incluye todos los contratos entre la fundación y «*los patronos*», sin discriminar si estos actúan representando o no a la persona jurídica sin ánimo de lucro. Será conveniente, por tanto, delimitar el ámbito de aplicación de la norma, especialmente en lo que a sujetos afectados por el control del Protectorado se refiere. Se advierten como íntimamente vinculadas con el fundamento de dicho control —materializado, como se sabe, en una autorización previa preceptiva y orientado, *grosso modo*, a evitar conflictos de intereses que pudieran conllevar un perjuicio para la fundación— cuestiones como el régimen de retribución de los patronos o la peculiar estructura de las fundaciones, carentes de una base asociativa, de naturaleza heterónoma y encaminadas a la consecución de un fin de interés general.

El examen de estos y otros aspectos nos conducirá hacia una valoración de la opción elegida por el legislador para supervisar estos negocios jurídicos que, en atención a los sujetos que intervienen, son sospechosos de generar un quebranto para la entidad fundacional. Adelantamos, por nuestra parte, una valoración positiva de la participación en este control del Protectorado, no sin evidenciar los inconvenientes que presenta esta solución así como posibles modulaciones.

II. La autocontratación en las fundaciones

Se entiende por autocontrato aquella figura que surge cuando una persona, actuando en nombre e interés propio y también en el de otra persona a

quien representa, o en nombre de dos personas diferentes cuyas respectivas representaciones ostenta, crea por su sola voluntad relaciones jurídicas entre los distintos patrimonios ¹. A diferencia de otros ordenamientos, el español no regula de forma expresa y con carácter general la institución del autocontrato, siendo necesario acudir a alusiones dispersas en el Código Civil y el Código de Comercio.

Así, el Código Civil contempla la situación del autocontrato en el artículo 1.459, en referencia a las prohibiciones de comprar y vender de los tutores, mandatarios y albaceas respecto de los bienes propiedad de determinadas personas. En similar sentido hace alusión el mismo texto a las restricciones en los casos de conflictos de intereses en la patria potestad (arts. 162.2.º y 163) o la tutela (art. 221.2.º y 3.º). Por su parte, el artículo 267 del Código de Comercio recoge la interdicción, en sede de comisión mercantil, de que el comisionista compre o venda para sí o para otro lo que se le haya mandado vender o comprar, respectivamente, sin licencia del comitente ².

La jurisprudencia ha sufrido una evolución en lo que a la aceptación del autocontrato se refiere ³, de tal modo que, en la actualidad y dejando a un lado su naturaleza jurídica ⁴, se puede afirmar que es una figura completamente ad-

¹ Para el concepto *vid.* L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 40; J. L. LACRUZ, F. DE ASIS, A. LUNA *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, I, vol. 3.º, 3.ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 305; L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Civitas, Navarra, 2007, pp. 222 y ss.

² Esta ausencia de regulación específica cambia en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, cuyos artículos 1.282 a 1.293 se encargan de regular la figura de la representación en los contratos, dedicando el artículo 1.291 al conflicto de intereses en los siguientes términos: «*Se presume que hay conflicto de intereses cuando el representante ha contratado consigo mismo por su propia cuenta y cuando ha actuado a la vez como representante de otro*» (párrafo segundo). Respecto a las consecuencias, dispone este precepto que si existiera un conflicto de intereses entre el representante y el representado que el tercero conocía o no podía ignorar, el representado podría anular el contrato, salvo que lo hubiera consentido o no hubiera podido ignorar el modo de actuar del representante, o si este le hubiera informado previamente y aquel no hubiera opuesto objeción dentro de un plazo razonable.

³ Siguiendo a F. DE CASTRO, «El autocontrato en el Derecho privado español», en F. DE CASTRO, *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, pp. 33 y ss. (publicado por primera vez en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1927, 20, pp. 334-455), se puede hablar de tres fases. Mientras que en la primera (marcada por la STS de 6 de marzo de 1909) se rechaza totalmente el autocontrato por considerarlo un imposible jurídico, en la segunda (RDGR de 9 de febrero de 1921) se plantea la existencia del problema de los límites de la contratación consigo mismo para, en la tercera etapa (RDGR de 29 de diciembre de 1922), realizar un reconocimiento completo del autocontrato en el Derecho español.

⁴ Para DE CASTRO, el autocontrato es un acto unilateral con particularidades que lo individualizan de los demás actos unilaterales que se derivan del hecho de que pone en relación dos

mitida —salvando los casos que incurren en prohibición legal— una vez identificado el elemento que puede generar el problema de validez o invalidez y que se corresponde con el conflicto de intereses entre los del propio contratante y los de su representado. Por lo tanto, cuando un autocontrato no dé lugar a una colisión de intereses en el sentido de la existencia de peligro de una actuación parcial por parte del sujeto que puede vincular las distintas esferas jurídicas implicadas, no se ve problema en admitir su validez.

Tras esta breve incursión en la figura del autocontrato en el Derecho civil general, podemos trasladar estos apuntes a la disciplina del Derecho de fundaciones, donde los problemas que se generan en torno a la autocontratación han sido vistos por el legislador como justificativos de una mención expresa en la normativa ⁵. Así, tras una primera versión del Anteproyecto de Ley de Fundaciones ⁶, la que se envía finalmente a las Cortes configura la autocontratación indicando que «*Los patronos no podrán contratar con la fundación ya sea en nombre propio o de un tercero, salvo autorización del Protectorado*», texto que se modifica durante la tramitación parlamentaria hacia una redacción en positivo, de tal manera que los patronos pudieran contratar en los casos anteriormente expuestos «*previa autorización del Protectorado*» ⁷.

patrimonios (*ibidem*, ob. cit., pp. 29, 38). Por su parte, para M. DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, *El autocontrato*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 48 y ss., concretamente, p. 66, la actuación unisubjetiva, de la que se deriva el problema del conflicto de intereses, no hace descartar necesariamente la naturaleza contractual por la sola razón de la estructura.

⁵ Acerca de la pertinencia de su regulación de forma expresa, existen posturas encontradas. Así, mientras que A. ORTÍ VALLEJO, «Notas sobre la capacidad de las fundaciones», *Actualidad Civil*, 1998, n.º 4, p. 890, aplaude su regulación dada la frecuencia en la que se dan estos casos, para R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 28», en J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 735, «*se ha concebido aquella contingencia como una actividad fundacional económicamente ordenada y jurídicamente regular y típica, en lugar de entenderla y tratarla como una eventualidad que puede presentarse en ciertos actos de tráfico de bienes o servicio, acaso anómala y que, por ello, es un potencial concepto de responsabilidad derivada de la actividad gestora de uno o más patronos, o apoderados con o sin esa condición, portadores de intereses en tensión virtual con los de la fundación*».

⁶ Como recoge M. CABRA DE LUNA, «Comentario al artículo 26», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos fiscales*, Marcial Pons; Escuela Libre Editorial, Madrid, 1995, pp. 233-234, esta primera versión fue elaborada por una Comisión Redactora constituida en 1990 y que regulaba la materia en los siguientes términos: «*Las fundaciones no podrán obligarse con los patronos y administradores ni con sus cónyuges, ni con sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, salvo autorización del Protectorado*». La supresión de la referencia al cónyuge y parientes, como tendremos ocasión de ver, no ha sido considerada como un acierto por la doctrina.

⁷ La presencia de entidades públicas y empresas privadas que están presentes en las fundaciones y que colaboran intensamente con ellas de forma beneficiosa para estas personas sin ánimo de lucro justifican el sometimiento a autorización y no a prohibición, según reseña

Así queda configurada la norma pasando a constituir el artículo 26 de la Ley 30/1994, ubicado en el Capítulo dedicado al «*Funcionamiento y actividad de la fundación*»⁸ y completado en un posterior desarrollo por el artículo 15 del Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal de 1996 (RD 316/1996). En el mismo apartado se mantiene su sucesor en la Ley 50/2002, el artículo 28, que es a su vez desarrollado por el Reglamento de 2005 (RD 1337/2005) a través del artículo 34 contenido en este texto legal.

El artículo 28 LF, precepto central objeto de este trabajo y que, junto su correspondiente en el RE, sirven de base para la argumentación del Dictamen de la Abogacía del Estado, reza de la siguiente manera:

*«Los patronos podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del Protectorado que se extenderá al supuesto de personas físicas que actúen como representantes de los patronos»*⁹.

Partiendo de aquí, como avanzábamos, los siguientes apartados se dedican al estudio de los aspectos más controvertidos de la regulación del llamado autocontrato en las fundaciones: delimitación del ámbito de aplicación, análisis del papel del Protectorado y, por último, valoración del sistema de control establecido en la legislación vigente.

1. *Ámbito de aplicación que excede del autocontrato*

Comenzando por el ámbito objetivo de aplicación por ser el menos problemático, cuando la Ley alude a los supuestos en los que es preceptiva una autorización del Protectorado, lo hace en referencia a todo tipo de contrato. Así parece deducirse de las menciones generales que realiza respecto de la posibilidad de los patronos para «*contratar*» (art. 28 LF) o de la documentación exigida respecto del «*negocio jurídico*» (art. 34 RD), entre otros, sin que en nin-

CABRA DE LUNA, *ibidem*, ob. cit., p. 235. Acerca de la tramitación de las Leyes de fundaciones, de forma extensa, R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 28...», ob. cit., pp. 727 y ss.

⁸ Decisión criticada por la doctrina. *Vid. ibidem*, ob. cit., p. 731.

⁹ La mayoría de la normativa autonómica que contempla el supuesto de la autocontratación en las fundaciones, lo hace en términos similares a la estatal, siendo las desviaciones respecto de esta Ley —como la legislación valenciana, gallega o catalana— objeto de anotación expresa a lo largo del trabajo. Plantean la cuestión del autocontrato en sede de fundaciones, la Ley 12/1994, del País Vasco (art. 14), la Ley 1/1998, de Madrid (art. 23), la Ley 8/1998, de la Comunidad Valenciana (art. 22), la Ley 13/2002, de Castilla y León (art. 26), la Ley 10/2005, de Andalucía (art. 39), la Ley 12/2006, de Galicia (art. 40), la Ley 1/2007, de La Rioja (art. 35), así como la Ley 4/2008, del Libro III del Código civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas (art. 332-9).

gún caso se haga diferencia entre distintos tipos de contratos¹⁰. Sin embargo, como advirtió Díaz de Entre-Sotos¹¹ respecto a la autocontratación en general, existen supuestos en los que no se produce —o se produce con menos intensidad— un conflicto de intereses. Entre los casos que cita la autora destacamos el de las liberalidades puras, por cuanto, al ser la donación un acto por el que el donante dispone gratuitamente de una cosa a favor del donatario, cuando este acto de liberalidad sea puro y, yendo al ámbito de las fundaciones, esta persona jurídica sea la beneficiaria del mismo, queda excluido el conflicto de intereses. El cuestionable sentido de la necesidad de autorización en los casos de donaciones que los patronos pudieran hacer a la fundación, ha sido reiterado por la doctrina sin que parezca que, atendiendo a la literalidad de la normativa, pueda hacerse sin embargo una excepción en dichos casos¹². Obviamente, y, como tendremos ocasión de ver, dado que el Protectorado solo podrá denegar la autorización en ciertos supuestos concretos que tienen en común el causar perjuicios para la fundación, en última instancia, no debería haber problemas para cumplir con este requisito cuando de la valoración de aportaciones gratuitas a favor de la fundación se trate.

Más dificultades presenta, en cambio, el ámbito subjetivo de aplicación, suponemos que como consecuencia de que la peculiaridad de estos negocios jurídicos no reside en el contrato que se pretende celebrar en sí sino en los sujetos que intervienen. Según la redacción literal del artículo 28 LF, el ámbito de

¹⁰ R. VERDERA SERVER, «La autocontratación en las fundaciones (Los contratos entre la fundación y sus patronos y apoderados)», *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 1996, p. 101, señaló el error del legislador al hablar en el artículo 15.2.a) del Reglamento de Fundaciones de 1996 acerca del «documento en el que se pretende formalizar el negocio jurídico de autocontratación», porque «no existe un negocio (o contrato) de autocontratación sin más, sino que se trata de una cuestión que no incide en la estructura o el tipo de contrato. La autocontratación puede concretamente plantearse en relación a cualquier contrato en función de las partes que intervienen o de los patrimonios que resultan afectados por esa relación». Este error no ha sido mantenido en la modificación del Reglamento en la medida en que el artículo 34 del RD de 2005 hace referencia al «documento en que se pretende formalizar el negocio jurídico entre el patrono y la fundación». Evidencia también la corrección R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 28...», ob. cit., p. 736.

¹¹ M. DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, *El autocontrato...*, ob. cit., pp. 146 y ss.

¹² Hay que recordar al respecto que la enmienda que se presentó en la tramitación parlamentaria y que pretendía eliminar la necesidad de autorización en los casos de donaciones de los patronos a la fundación fue rechazada. Acerca de las peculiaridades de las donaciones puras, M. CABRA DE LUNA, «Comentario al artículo 26...», ob. cit., p. 238.; M. J. SANTOS MORÓN, «El patrimonio de la fundación. Régimen de gestión patrimonial», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS, R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Mecenasgo*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 339-340; R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 28...», ob. cit., pp. 755-756.

aplicación del mismo se extiende a varios supuestos que podemos agrupar en dos: patronos que contratan con la fundación, ya sea en su propio nombre ya en el de un tercero; patronos que contratan con la fundación mediante personas físicas que actúen como representantes de los mismos.

A) *Patronos que contraten con la fundación en su propio nombre o en nombre de un tercero*

En contra de lo que parece desprenderse de este enunciado, las situaciones que engloba no son homogéneas ni pueden calificarse en todo caso de autocontratación.

Sí que estamos ante esta figura en aquellos casos en los que el patrono contrata con la fundación, ya sea en su propio nombre ya en el de un tercero, habiendo recibido por delegación del Patronato las facultades necesarias para actuar representando a la entidad. Es en este escenario cuando se dan todas las características definitorias del autocontrato, tal y como lo hemos definido inicialmente: una sola voluntad está afectando con su actuación a más de un patrimonio —el de la fundación y el suyo propio o el de un tercero al que también representa— creando relaciones jurídicas entre ellos. El legislador, previendo la potencial colisión de intereses —elemento íntimamente vinculado con la autocontratación—, toma la precaución ya señalada. Se hace preceptiva, así, una autorización del Protectorado que garantice que no se produce ningún perjuicio para la fundación.

Adviértase que, dentro de este supuesto, coexisten dos situaciones: que el patrono que tiene delegadas facultades para actuar en nombre de la fundación contrate consigo mismo o que el patrono actúe en nombre de un tercero, lo que da lugar a la figura de la doble representación. En el primer caso —representación simple— es muy evidente el conflicto de intereses que puede llegar a producirse. Sin embargo, cuando este patrono que actúa en nombre de la fundación representa, a su vez, a un tercero, podría cuestionarse la existencia de una colisión. Al fin y al cabo, ninguno de los dos patrimonios entre los que se van a establecer vínculos jurídicos es el suyo propio y no existiría, en principio, un interés personal. Pues bien, si el sentido del artículo 28 LF es el control de cualquier situación en la que, de una conducta desviada, puede producirse un perjuicio para la fundación —excediendo incluso, como veremos a continuación, el propio ámbito de la autocontratación—, nos parece coherente incluir el supuesto de actuación *alieno nomine* del patrono dentro del ámbito de inspección del Protectorado. Esa mayor imparcialidad que se le presupone al patrono porque gestiona intereses ajenos no hace desaparecer la posibilidad de que pueda concluir un negocio más beneficioso para la otra parte en per-

juicio de la fundación ¹³. Es más, para Verdera Server ¹⁴, la mención de la posibilidad de que el patrono actúe en nombre propio o de un tercero permite resolver de manera inequívoca la relevancia de la referida doble representación, pudiendo llegar a adquirir esta una significación especial en el caso de que el patrono ostente un cargo representativo en relación a otra persona con intereses claramente opuestos a los de la fundación, situación que, prolongada en el tiempo y con actuaciones perjudiciales para la fundación, si bien no es causa explícita de cese del patrono sí que podría derivar en una situación insostenible incurriendo en el supuesto de falta de desempeño del cargo con la diligencia debida [art. 18.2.d) LF].

En el mismo sentido que la Ley de ámbito estatal regulan este aspecto de la autocontratación las distintas normas autonómicas, haciendo todas ellas referencia a la posibilidad de la actuación del patrono en nombre propio o de un tercero. Por su parte, curiosamente, el artículo 34 RF no hace alusión expresa a este supuesto en la medida en que solo recoge los casos en los que los patronos contraten con la fundación «*por sí o por medio de representante*». No obstante, y como tendremos ocasión de advertir al hilo del Dictamen que nos ocupa, no observamos ningún inconveniente en esta ausencia ya que, por suponer un caso claro de autocontratación y por ser igualmente fuente de posibles conflictos de intereses a evitar, le sería extensible analógicamente lo dispuesto para los supuestos sí regulados de forma explícita en dicho artículo.

Pero junto con estos supuestos en los que se producen verdaderos casos de autocontratación —ya sea mediando representación simple o doble—, la redacción del artículo 28 LF deja claro que la autorización del Protectorado es necesaria en todos los casos en los que intervenga un miembro del Patronato («*los patronos podrán...*»). Ahora bien, no siempre que un patrono concluye un negocio jurídico, incluso en el ámbito de la fundación, está actuando representando a la misma. Efectivamente, dada la estructura de este tipo de persona jurídica, el órgano que ostenta el gobierno y representación de la fundación es el Patronato —órgano colegiado— y no por separado cada uno de los miembros que lo conforman (art. 14 LF). De ahí que el artículo 16 de este texto legal regule el sistema de delegaciones y apoderamientos disponiendo que, salvo prohibición de los Estatutos y, en todo caso, exceptuando materias no delegables, «*el Patronato podrá delegar sus facultades en uno o más de sus miembros*». A sen-

¹³ Acerca de la doble representación en relación con el autocontrato en general, M. DÍAZ ENTRE-SOTOS FORNS, *El autocontrato...*, ob. cit., pp. 75 y ss.

¹⁴ R. VERDERA SERVER, «La autocontratación...», ob. cit., p. 102.

su contrario, si esta delegación no se produce, el patrono no tiene facultades para obligar a la fundación con sus actuaciones.

Como el artículo 28 LF engloba todos los supuestos de contratación por parte de los patronos sin discriminar ningún caso, se pone de manifiesto que, aún en la situación de que el patrono carezca de poder para representar a la fundación, estaríamos ante un supuesto que la Ley califica como autocontratación, siendo necesaria la autorización correspondiente del Protectorado. Calificación errónea porque, como se ha dicho, no estaría el patrono vinculando jurídicamente con su sola voluntad dos patrimonios diferentes. Como ha apuntado algún autor, el único supuesto en el que, sin existir una delegación previa, se podría hablar propiamente de autocontratación sería aquel en el que todos los miembros del Patronato contrataran a la vez con la fundación, situación, no obstante, altamente improbable ¹⁵.

Así conceptualizado y como afirma con acierto Del Campo Arbulo ¹⁶, la Ley de Fundaciones —de igual manera el actual art. 28 que el 26 de la Ley anterior— realmente sobrepasa la hipótesis de la autocontratación. Lo que dispondría es una verdadera *incompatibilidad del patrono para contratar con la fundación*, dispensable, eso sí, por el Protectorado. La coherencia de esta incompatibilidad nos parece que debemos encontrarla en una voluntad del legislador de controlar toda situación en la que puede haber riesgo de perjuicio para la fundación. En este punto, y salvando las diferencias derivadas de carecer el patrono de poderes de representación de la persona jurídica sin ánimo de lucro, hacemos extensivo lo dicho en los párrafos anteriores acerca del patrono que actúa, no en nombre propio, sino de un tercero. En todo caso, el hecho de que este patrono forme parte del órgano de gobierno de la persona jurídica y que, por ello, pueda tener una posición privilegiada para contratar con la fundación en su propio beneficio o de un tercero —información acerca de las operaciones, actividades, patrimonio, etc.— sería visto con recelo como causante de una situación de posible conflicto de intereses con independencia de que el patrono represente o no a la fundación. Recogiendo las palabras de De Castro ¹⁷ en el estudio que realizó acerca del autocontrato en el Derecho privado español, «*la colisión o contraposición de intereses no sólo no es esencial al autocontrato, sino que si-*

¹⁵ R. VERDERA SERVER, «La autocontratación...», ob. cit., p. 97. A juicio del autor, la situación más frecuente será aquella en la que uno solo de los miembros del Patronato sea quien pretenda contratar con la fundación, supuesto en el que parece estar pensando, de hecho, el artículo 26 LF (actual 28).

¹⁶ J. A. DEL CAMPO ARBULO, *Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/1994 de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*, Cyan, Madrid, 1996, p. 305.

¹⁷ F. DE CASTRO, «El autocontrato...», ob. cit., pp. 24-25.

quiera peculiar, propia de los actos de representación». Por lo tanto, también fuera de los supuestos de autocontratación o de los que medie representación tiene cabida el conflicto de intereses.

Sorprende, pues, en contraposición con este ánimo vigilante de cualquier colisión, la ausencia de mención alguna a los contratos llevados a cabo por otros sujetos, distintos de los patronos, pero vinculados con ellos. Nos referimos a los cónyuges y parientes, entre otros. Como se dejó apuntado al hablar de los antecedentes del artículo 28 LF, la primera versión del Anteproyecto de Ley de Fundaciones incluía una mención expresa para los cónyuges y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los patronos o administradores, prohibiendo a las fundaciones obligarse con ellos salvo autorización del Protectorado. Esta mención desaparece en los textos posteriores, hecho que ha sido considerado como un desacierto por la doctrina, que no duda en criticar la no incorporación al texto legal de otros supuestos que, sin configurar un autocontrato ni verse en ellos involucrados directamente los patronos, también pueden plantear la existencia de un conflicto de intereses ¹⁸.

De esta suerte, no sería disparatado aventurar que prácticamente el mismo peligro que se deriva del hecho de que un patrono sin capacidad para representar a la fundación celebre un contrato con la misma, puede darse en un contrato entre una persona vinculada a él y la fundación. Sin embargo, solo la Ley de la Comunidad Valenciana y el Libro III del Código Civil de Cataluña han optado por reflejar este supuesto, afectando con la necesidad de autorización del Protectorado a los contratos que lleve a cabo la fundación con los patronos y sus parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo, entre otros ¹⁹. No es esto algo desconocido en la regulación de las prohibiciones de contratar por incompatibilidad respecto de ciertos sujetos. En sede de sociedades anónimas —personas jurídicas con las que, en ciertos y puntuales aspectos se ha llegado a establecer un cierto paralelismo respecto de las fundaciones—, numerosos artículos dentro de la regulación de

¹⁸ Acerca de la extensión de los supuestos en los que sería necesario un control, R. VERDERA SERVER, «La autocontratación...», ob. cit., p. 97; M. J. SANTOS MORÓN, «El patrimonio de la fundación...», ob. cit., p. 339; R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 28...», ob. cit., pp. 751 y ss.

¹⁹ El artículo 22.8 de la Ley 8/1998, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, hace referencia a «*Los patronos y sus parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo, no podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, salvo autorización del Protectorado...*». Por su parte, el artículo 332-9 del Libro III del Código civil catalán habla de «*personas especialmente vinculadas*» a los patronos, remitiendo al artículo 312-9.3, que especifica los vínculos de «*afectividad, el de sus parientes en línea recta sin limitación y en línea colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o el segundo de afinidad...*».

los deberes de los administradores se encargan de disponer prohibiciones a la hora de aprovechar oportunidades de negocio o restricciones en situaciones de conflicto de intereses, que afectan tanto a la figura del administrador como a «*personas a él vinculadas*» (arts. 228, 229 RDL 1/2010, Ley de Sociedades de Capital), entendiendo por estas, en virtud del artículo 231 del referido texto, «*el cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad, [...] los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador, [...] los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador*» a los que se unen sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, tuviera una determinada posición ²⁰.

Esta última mención nos lleva a otro supuesto sobre el que también calla la normativa de fundaciones de ámbito estatal y que, sin embargo, podría implicar asimismo un conflicto de intereses: la contratación mediante sociedad en la que el patrono —o persona interpuesta— tuviera una posición de decisión o control. De forma muy completa regula también este aspecto la ya citada Ley de fundaciones valenciana que, junto con la mención a los parientes, incluye dentro de los supuestos sujetos a autorización del Protectorado el hecho de que «*pretendan contratar con la fundación las sociedades de cualquier naturaleza en las que tengan participación mayoritaria las personas anteriormente indicadas. A estos efectos, se sumarán las participaciones que tengan cada uno de los Patronos o familiares dentro de la misma sociedad*» (art. 22.8). Por su parte, también el Libro III del Código Civil catalán hace referencia a «*las personas jurídicas en las que se ejerzan funciones de administración o con las que se constituya, directamente o por medio de una persona interpuesta, una unidad de decisión, de acuerdo con la legislación mercantil*» (art. 312-9.3). Como apunta Verdura Server ²¹ tras señalar la conveniencia de que el texto legal —en referencia a la Ley 30/1994— hubiera realizado alguna precisión respecto de aquellas personas que guarden una estrecha vinculación con los patronos, existen mecanismos para sancionar esta contratación —como el recurso a los negocios en fraude de ley o la aplicación analógica del art. 1.459 CC y sus prohibiciones de comprar referidas a determinadas personas—. Sin embargo, pudiendo no ser suficientes estos instrumentos o resultando compleja su aplicación como control, sería más sencilla y segura la solución de incluir una mención expresa a dichos supuestos, como se ha hecho en otras normativas.

²⁰ El artículo 231.1.d) de la Ley de Sociedades de Capital habla de «*sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio*», artículo que hace referencia a las sociedades dominantes de los grupos de sociedades.

²¹ R. VERDURA SERVER, «La autocontratación...», ob. cit., p. 99. En la misma línea, M.^a J. SANTOS MORÓN, «El patrimonio de la fundación...», ob. cit., p. 339.

Otros sujetos acerca de cuya aptitud para producir conflictos de intereses se ha reflexionado —por concurrir en ellos determinadas circunstancias que pueden hacer singulares los contratos que celebren con la fundación—, serían, citando a Ballarín Hernández ²², el fundador que no se ha reservado la calidad de patrono, los parientes, cónyuge o personas ligadas con análoga relación de afectividad del mismo, así como aquel Secretario que no sea patrono. Estos supuestos, al igual que los anteriormente mencionados, no pueden incluirse dentro del ámbito del artículo 28 LF, debiendo ser suficiente, a la vista de la legislación en vigor, la supervisión general del Protectorado y el régimen de responsabilidad de los patronos, reforzado, según el autor y en los casos relacionados con la figura del fundador, por lo dispuesto en el artículo 3.3 LF respecto a la prohibición de que se constituyan fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador y personas vinculadas, entre otros. En cuanto a los contratos que pudiera celebrar la fundación con el Protectorado, hay un acuerdo en que no constituyen un supuesto de autocontrato por ser éste un órgano externo a la organización de la fundación, lo que eliminaría en principio cualquier impedimento, aunque como matiza Verdura Server ²³, «*es evidente que las cautelas administrativas que establece la Ley de Fundaciones [...] ofrecerán una menor intensidad cuando la relación contractual se pretenda establecer precisamente con quien ejerza el Protectorado*». Esto es lo que puede llevar a entender como aconsejable evitar el riesgo de una excesiva intervención administrativa a través de contratos de la entidad fundacional con el órgano de la Administración ²⁴.

B) *Patronos que contraten con la fundación mediante personas físicas que actúen como representantes de los mismos*

Ese supuesto resulta un añadido en la reforma de la Ley de Fundaciones del año 2002 respecto del artículo contenido en la Ley precedente, que tan solo hacía referencia a la contratación de la fundación con los patronos en nombre propio o de un tercero. Aun reconociendo que la referencia añadida alude en primer lugar a los representantes de los patronos que sean persona jurídica, se han querido entender incluidos, asimismo, «*los destinatarios de las delegaciones o apoderamientos que contempla el artículo 16.3 LF*» ²⁵.

²² R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 28...», ob. cit., pp. 751 y ss.

²³ R. VERDURA SERVER, «La autocontratación...», ob. cit., p. 100.

²⁴ R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 28...», ob. cit., p. 754.

²⁵ *Ibidem*, ob. cit., p. 740. Para T. GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 228, esta referencia a las personas físicas que actúan como representantes de los patronos tiene el objetivo de cerrar el círculo y evitar caminos hacia el fraude, encontrándose ya «*en el espíritu de la Ley 30/1994, aunque no en la letra*».

Ciertamente, el artículo 16 LF recoge un sistema de delegaciones y apoderamientos que, bien recaen en la persona de los patronos, bien en otros órganos de apoyo al Patronato que pueden ser creados, o bien, y esto es lo que nos interesa ahora, hacen referencia al otorgamiento de poderes generales o especiales a personas, en principio, ajenas al Patronato. Serían apoderados que obrarían en nombre de la fundación, no en virtud de representación orgánica sino voluntaria y dentro de los límites de la delegación. Pues bien, nótese que, en el ámbito desdibujado de autocontratación en el que nos movemos y en la medida en que estos apoderados pueden haber recibido poderes para actuar *como* si fueran la persona jurídica sin ánimo de lucro, está claro que se pueden reproducir respecto de ellos las mismas situaciones de conflicto de intereses que se han expuesto en torno a la figura de los patronos.

Si bien la Ley 30/1994 no hacía referencia expresa a los apoderados en el artículo dedicado a la mal denominada autocontratación, sí que se encontraba regulación específica en el Reglamento correspondiente de 1996, cuyo artículo 15.5 disponía que «*la autocontratación de los apoderados generales o especiales con la fundación, en el ámbito de su respectivo apoderamiento, requerirá la autorización previa, expresa y especial del Patronato*». Por lo tanto, aunque disponiendo un régimen distinto para los casos de autocontratación respecto de los patronos —para estos era necesaria la autorización del Protectorado; para aquellos era suficiente una autorización del Patronato—, estaba previsto, al menos en el Reglamento, el supuesto de hecho. Con la derogación de esta norma por el Reglamento de 2005 desaparece esta previsión: el artículo 34 del referido texto legal no incluye ninguna indicación respecto de los apoderados, ni acerca de un régimen especial ni para asimilarlo al de los patronos.

Así las cosas, en la actualidad, del silencio mantenido por la Ley de Fundaciones de 2002 y la supresión de cualquier referencia al respecto en el Reglamento —que instauraba, además, un cauce diferente—, parece desprenderse una voluntad de homogeneizar regímenes en cuanto a autorización de situaciones de autocontratación o conflicto de intereses, en general, se refiere. Ahora bien, entendemos que esta asimilación se produce por aplicación analógica de las mismas reglas de los patronos, dada la identidad del supuesto de hecho, pero no porque el añadido *in fine* al artículo 28 LF regule expresamente la situación de los apoderados. La redacción del artículo hace referencia al supuesto de las personas físicas que actúen como representantes de «*los patronos*», que no del Patronato ²⁶, que sería el órgano de gobierno y representación que podría delegar, como se ha visto, ciertas funciones en la persona de uno o

²⁶ Haciendo alusión a esta diferencia, M. J. SANTOS MORÓN, «El patrimonio de la fundación...», ob. cit., p. 338.

varios apoderados. Por contra, la actuación en representación de «los patronos» nos parece que tiene únicamente dos vertientes, según estemos ante un patrono persona jurídica o persona física. En el primer caso y en virtud del artículo 15.3 LF, deberá ser designada una o más personas físicas que le representen, constituyendo este un caso de representación orgánica²⁷. En cambio, en el caso de que un sujeto actúe representando a un patrono persona física estaríamos ante una representación voluntaria que la Ley restringe hasta el punto de que solo «podrá actuar en su nombre y representación otro patrono por él designado» (art. 15.5 LF). Si en el sujeto que representa al patrono persona física tiene que concurrir asimismo la condición de patrono, ya estaría por esta circunstancia vinculado directamente por las limitaciones del artículo 28 LF, sin ser necesaria una mención especial. En definitiva, si el añadido al artículo 28 por la Ley 50/2002 hace referencia a la representación de «los patronos» y no del Patronato —lo que, a nuestro juicio hace difícil sostener que pretenda aludir a la figura de los apoderados— y la representación de los patronos personas físicas solo puede ejercerse por otro patrono —que, por este hecho, ya se ve afectado de forma inmediata por las mismas restricciones que la persona a la que representa—, solo resta la representación natural de los patronos personas jurídicas por personas físicas. El artículo 28 LF *in fine* solo puede hacer referencia a esta última situación. Añadiría poco, por tanto, respecto de la actuación de los patronos que sean personas jurídicas en la medida en que, como supuesto de representación orgánica que es, la persona física actúa por definición como si fuera la persona jurídica, es decir, como patrono (podría tener cabida, eso sí, el caso de actuación mediante persona interpuesta). Pero no añadiría nada, a nuestro parecer, respecto a una inclusión expresa de los apoderados en el ámbito de aplicación de los supuestos de «autocontratación».

2. *El papel del Protectorado: autorización o denegación del contrato*

Una vez delimitado el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo del artículo 28 LF y concordantes, debemos proceder a profundizar en, quizás, uno de los aspectos más relevantes de la materia: cuándo procede la autorización

²⁷ Esta designación deberá hacerse «en los términos establecidos en los Estatutos» (art. 15.2 LF), debiendo estar a lo dispuesto mediante acuerdo por el órgano competente de la persona jurídica según lo dispuesto en el artículo 10.2 RF. Hacen referencia J. OLAVARRÍA IGLESIA; R. MARIMÓN DURÁ, «Comentario al artículo 15», en J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 405, al supuesto en que la representación del patrono persona jurídica corresponda a varias personas físicas, cuestión no resuelta por la normativa y que, para estos autores, debería ser objeto de mención en los estatutos mediante una serie de reglas mínimas, asegurando que esta multiplicidad de representantes no comprometa el correcto funcionamiento del Patronato.

por parte del Protectorado o, lo que es lo mismo, en qué casos el conflicto de intereses que se origina con el autocontrato o el contrato entre sujetos en los que concurren determinadas circunstancias y la fundación merece la prohibición de tal acto ²⁸. Y es que, como se apuntó al inicio de estas líneas, aun no siendo un elemento exclusivo ni necesario del autocontrato, está claro que el conflicto de intereses es una pieza íntimamente vinculada con esta figura y, en cualquier caso, razón de ser del control establecido por el artículo 28 LF y preceptos relacionados que, como se ha visto, no se limitan al ámbito de la autocontratación y buscan supervisar toda situación de peligro para la persona jurídica fundacional.

La cuestión sería, por tanto, definir cuándo nos encontramos ante un conflicto de intereses que merezca la desaprobación del negocio jurídico. En la disciplina general del autocontrato se han apuntado como criterios para admitir la autocontratación la ausencia de riesgo de imparcialidad por no existencia de conflicto de intereses así como la licencia para el autocontrato por parte del titular del interés afectado ²⁹. ¿Serían estas pautas válidas en sede de fundaciones?

Empezando por este último criterio, la autorización para el autocontrato por parte del titular del interés afectado, la conclusión a la que se llega es que no sería trasladable como causa de validez de los supuestos incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 28 LF. El órgano de gobierno y representación de la fundación es el Patronato, órgano al que le correspondería conceder esta licencia en nombre de la fundación. Sin embargo, ya hemos visto que en la actualidad —y con el Reglamento anterior tan solo salvando

²⁸ Se parte de la idea de que siempre que participen los patronos o apoderados en la conclusión de un contrato con la fundación es necesaria la intervención por parte del Protectorado, así se genere o no un conflicto de intereses en el caso concreto. Este hecho —la existencia de un conflicto de interés—, precisamente, será lo que deba valorar el órgano de la Administración correspondiente y en función de lo cual determinará la autorización o no del negocio jurídico. En este sentido, R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 28...», ob. cit., 743, afirma que no es que el artículo 28 LF someta al control del Protectorado el contrato que puedan celebrar estos sujetos con la Fundación solo cuando implique peligro para los intereses de esta, «es que, con un criterio objetivo, se impone la necesidad de valorar siempre si en esos contratos anida semejante riesgo. La autorización del Protectorado expresa tal valoración».

²⁹ L. Díez-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema...*, ob. cit., p. 41, respecto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956, indica que «si bien el Código civil parece rechazar el autocontrato, lo es manifiestamente con la finalidad de prevenir toda colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontratante, pero sin que en la hipótesis contraria haya razón legal suficiente para negarle eficacia como forma lícita y simplificada del comercio justo», a lo que añade que no habrá colisión de intereses «cuando ha sido superada por el propio titular del interés afectado dando la licencia para el autocontrato». Vid., también, *Fundamentos del Derecho Civil...*, ob. cit., p. 225. En el mismo sentido, J. L. LACRUZ, F. DE ASIS, A. LUNA *et al.*, *Elementos...*, ob. cit., p. 307.

la intervención de los apoderados— la normativa exige una autorización del Protectorado, órgano externo a la persona jurídica y que, por tanto, no sería titular del interés afectado —como mucho, tiene encomendado velar por el mismo—. Una posible autorización del Patronato no justifica, por consiguiente, la realización del negocio jurídico en el que puede concurrir un conflicto de intereses ³⁰.

Más atractivo tiene la pauta de la ausencia de colisión de intereses, entendida como la realización del negocio jurídico sin peligro de conducta parcial del autocontratante (entiéndase extensivo a los supuestos ya estudiados que exceden del ámbito de la autocontratación). Aunque dar una definición de la figura del conflicto de intereses que pudiera ser válida en todas las situaciones no es fácil puesto que hay que ponderar las distintas circunstancias que concurren en cada caso concreto ³¹, podemos intentar fijar unos parámetros en Derecho de fundaciones. La Ley 50/2002 —de igual modo que hizo en su día la Ley 30/1994— no nos ayuda puesto que, como hemos visto, recoge de forma lacónica los supuestos de «autocontratación». De mayor utilidad nos es, por el contrario, el Reglamento correspondiente. Por una parte, y aunque respecto de otra cuestión como es la adopción de acuerdos por el Patronato, el artículo 11.2 RF ³² recoge tres supuestos en los que existe un conflicto de intereses entre los patronos y la fundación y que conllevará la abstención de ejercer el derecho de voto: cuando se trate de adoptar un acuerdo por el que se establezca una relación contractual entre la fundación y el patrono o personas vinculadas, cuando se fije una retribución o cuando se entable la acción de responsabilidad contra él.

Nos parece interesante recoger estos ejemplos de lo que la Ley de fundaciones entiende como situaciones en las que se puede producir un conflicto de intereses entre el patrono —o personas a él vinculadas— y la persona jurídica. Más aún cuando, ya respecto de la solicitud de autorización para que los patronos contraten con la fundación, examinamos en el artículo 34.3 RF las causas por las que el Protectorado debe denegar dicha autorización. El artículo reza de la siguiente manera:

³⁰ Al respecto, R. VERDERA SERVER, «La autocontratación...», ob. cit., p. 136.

³¹ M. DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, *El autocontrato...*, ob. cit., p. 112.

³² Artículo 11.2 RD: «El patrono se abstendrá de ejercer el derecho de voto cuando se trate de adoptar un acuerdo por el que: a) Se establezca una relación contractual entre la fundación y el patrono, su representante, sus familiares hasta el cuarto grado inclusive, o su cónyuge o persona ligada con análoga relación de afectividad. b) Se fije una retribución por sus servicios prestados a la fundación distintos de los que implica el desempeño de las funciones que le corresponden como miembro del Patronato. c) Se entable la acción de responsabilidad contra él».

«El Protectorado denegará en todo caso la autorización en los siguientes supuestos: a) Cuando el negocio jurídico encubra una remuneración por el ejercicio del cargo de patrono; b) Cuando el valor de la contraprestación que deba recibir la fundación no resulte equilibrado»³³.

Como vemos, en diferentes lugares aparecen vinculadas con el concepto de conflicto de intereses las ideas de la retribución del patrono y de la conclusión de un negocio jurídico entre el mismo y la fundación. Sin perjuicio de que profundicemos a continuación en estos contenidos, antes de seguir nos parece oportuno puntualizar una cuestión que hemos podido entrever en la lectura del citado precepto: las causas en él recogidas obligan al Protectorado a denegar la autorización («el Protectorado denegará en todo caso»). Es, por tanto, una actividad reglada en la medida en que si concurre alguna de esas causas, el Protectorado no tendrá otra opción que denegar el permiso³⁴. Por otro lado, se ha entendido que esta enumeración tiene un carácter de *numerus clausus*. Si estamos ante un control administrativo que limita la autonomía de la voluntad de las fundaciones, debe llevarse a cabo una interpretación restrictiva³⁵. Nos parece esta una solución acertada y en línea con el principio de mínima intervención por parte de los poderes públicos que se preconiza en la Exposición de Motivos de la Ley³⁶.

En referencia a la primera causa a la que alude el artículo 34.3 RF, no se aprecia una variación significativa respecto de su predecesor en el Reglamento de 1996. Mientras que el actual hace alusión al hecho de que el negocio jurídico encubra una remuneración por «el ejercicio del cargo de patrono», la versión derogada hacía referencia a la remuneración «por el ejercicio del Patronato». Lo importante, en cualquier caso, es diferenciar la retribución que se pudiera aprobar para un patrono por servicios prestados a la fundación diversos de los inherentes a su condición de miembro del Patronato, de aquella que lo sea estrictamente por el ejercicio de dicho cargo. De esta suerte, de forma novedosa respecto de la anterior formulación de la Ley de Fundaciones, recordamos que

³³ A estos dos supuestos añade T. GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios...*, ob. cit., p. 226, otro caso: «cuando el contrato que pretenda celebrarse sea innecesario o no aporte ningún valor a la fundación. Este supuesto de contratos inútiles para la fundación y útiles para el patrono perjudicaría claramente a la entidad».

³⁴ R. VERDERA SERVER, «La autocontratación...», ob. cit., p. 130, afirma respecto de la Ley anterior que «no puede el protectorado conceder la autorización si se constata una de esas circunstancias, ni negarla si no se aprecia su existencia». Dado que en la redacción del Reglamento vigente se ha añadido la expresión «en todo caso» respecto de la predecesora, todo parece indicar que el legislador pretende limitar el margen de discrecionalidad del órgano administrativo.

³⁵ *Ibidem*, ob. cit., p. 130.

³⁶ La Exposición de Motivos de la Ley 50/2002, en su apartado II, párrafo 2.º, aboga por «reducir la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de las fundaciones».

la Ley de 2002 admite expresamente la posibilidad de que los patronos, no obstante desempeñar su cargo gratuitamente —salvo el derecho al reembolso de los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione en el ejercicio de su función—, podrán ser retribuidos si prestan a la fundación *«servicios distintos a los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato, previa autorización del Protectorado»* (art. 15.4 LF)³⁷. La posibilidad de retribución de aquellos patronos que presten a la fundación servicios distintos a los propios del cargo reduce la importancia del requisito de no retribución encubierta³⁸.

Una mayor alteración del texto legal se aprecia en el segundo de los supuestos. Mientras que la norma de 1996 disponía denegar la autorización *«cuando el valor de la contraprestación que deba recibir la fundación sea inferior al valor de la prestación que deba realizar la misma»*, el vigente artículo 34.3 RF hace referencia al hecho de que *«el valor de la contraprestación que deba recibir la fundación no resulte equilibrado»*. Parece que ha podido haber una influencia del artículo 19 RF que, en relación con la autorización administrativa para los actos de disposición o gravamen, permite al Protectorado denegarla, entre otros supuestos, *«cuando la contraprestación recibida en el acto de disposición o gravamen sometido a autorización no resulte equilibrada»*.

El criterio derogado tenía la ventaja de ser objetivo y predeterminado —comparativa de valores de prestación y contraprestación— siendo lo relevante que no se derivara un empobrecimiento para la fundación³⁹. Con el actual Reglamento se ha mitigado el rigor del criterio aludiendo a un concepto más indeterminado como es la existencia de un *«equilibrio»*, noción a la que hay que dotar de un contenido en cada caso concreto. Sin embargo, entendemos que, en la práctica, la actuación del Protectorado se va a desarrollar sobre unos esquemas similares a los anteriores: no es que antes este órgano solo se interesara en que el patrimonio de la fundación no se viera perjudicado y ahora deba tener en cuenta para otorgar o denegar la autorización la situación en la que se encuentran ambas partes contratantes respecto del contrato, atendiendo también a los intereses de la parte que contrata con la fundación. Dado que la misión del Protectorado es velar por los intereses de la entidad fundacional y que el sistema de control lo que pretende es, precisamente, que la en-

³⁷ Retribución fijada por el Patronato y salvo que el fundador hubiese dispuesto lo contrario.

³⁸ T. GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios...*, ob. cit., p. 225.

³⁹ R. VERDERA SERVER, «La autocontratación...», ob. cit., p. 132. Este autor resalta la importancia del criterio en cuanto que establece una pauta concreta para la admisión o rechazo de la operación.

tividad sin ánimo de lucro no se vea afectada de forma negativa por un contrato que puede conllevar cierto riesgo, seguirá el Protectorado teniendo que valorar los mismos aspectos, centrados principalmente en las repercusiones que para los intereses de la fundación tenga la celebración del negocio jurídico en cuestión. El cambio hacia un criterio más abierto como es el equilibrio permitiría, eso sí, valorar otro tipo de elementos más allá del estricto valor de las prestaciones, como pueden ser beneficios intangibles que se podrían también derivar de la conclusión de un contrato para la fundación ⁴⁰.

3. *Valoración del control: ¿es el sistema más adecuado?*

Hasta aquí, el régimen vigente en relación con la figura de la autocontratación y otros contratos que, sin serlo, se celebren entre la fundación y los patronos o apoderados. La opción legislativa a favor de sujetar estos supuestos a un control previo por parte del órgano de supervisión de la entidad fundacional no ha sido vista como la más apropiada por parte de algunas voces en la doctrina. Así, respecto de la Ley y Reglamento anteriores, Verdera Server ⁴¹ expresa sus dudas acerca de que el control, aun estando de acuerdo en que debe existir, deba tener tanta intensidad. En palabras de este autor, «*resulta difícil determinar hasta qué punto las funciones, que en otras organizaciones son asumidas por la pluralidad de sus miembros, puedan ser adecuadamente ejercidas por el protectorado sin producir una entorpecedora intromisión en la esfera de la autonomía de las fundaciones*». Entiende preferible por ejemplo que, en el caso de la existencia de Estatutos que prevean la formación de otros órganos —además del Patronato— que pudieran ejercer un control, se estableciera el administrativo con carácter subsidiario respecto de un control interorgánico sin necesidad de acudir, por tanto, a cauces externos para una autorización previa.

⁴⁰ Aunque respecto a la autorización para la enajenación o gravamen de bienes pertenecientes a la dotación, consideramos de aplicación el razonamiento de M. J. SANTOS MORÓN, «Algunas cuestiones sobre la gestión patrimonial de la Fundación», en AA.VV., *Fundaciones: Problemas actuales y reforma legal*, Fundación María Cristina Masaveu-Aranzadi, Madrid, 2011, p. 236, quien dispone que lo que debe controlar el Protectorado es que no se produzca un perjuicio patrimonial para la fundación, no pudiendo denegar la autorización, por ejemplo, si «*la fundación pretende vender un bien integrado en la dotación o vinculado al cumplimiento del fin fundacional, por un precio superior al de mercado y muy ventajoso para ella, aunque sea manifiestamente “desequilibrado” desde la perspectiva del comprador*».

⁴¹ R. VERDERA SERVER, «La autocontratación...», ob. cit., pp. 124-125, en esta línea, advierte que la solución de la intervención administrativa «*revela que el legislador continúa manteniendo una concreta visión de las relaciones entre las fundaciones y los poderes públicos y que perpetúa ciertas instancias de control más apropiadas de anteriores épocas*».

Por contra, también vigente la Ley de 1994, Cabra de Luna ⁴² no realiza ningún juicio de valor negativo acerca de la autorización preceptiva del Protectorado, aunque puntualiza que debe ser *«siempre admitiendo el reconocimiento positivo de la autocontratación que puede llegar a ser beneficiosa para la fundación»*. Más expresivo resulta Ortí Vallejo ⁴³, para quien el hecho de someter la autocontratación a la autorización del Protectorado para controlar los peligros de una posible ventaja de los patronos en el negocio concreto *«está enteramente justificada»*, siendo *«satisfactoria»* la solución recogida en el artículo 26 LF (actual art. 28). En la misma línea, aunque con matices, podemos citar a Del Campo Arbulo ⁴⁴. Si bien recurrir a la autorización del Protectorado es una medida justificada, no es la única. Así, para no acudir a instancias externas, propone el autor *«exigir que en estos casos la autocontratación sólo fuera lícita cuando las condiciones del contrato a suscribir hubieran sido unilateralmente establecidas con carácter previo por el Patronato antes de efectuar la delegación en el patrono contratante»* o eliminar el recelo de que el patrono afectado pudiera influir sobre la decisión del órgano de gobierno a través de la exclusión de su voz y voto en los acuerdos correspondientes. Coincidimos, por el contrario, con la postura de Ballarín Hernández ⁴⁵ cuando al respecto señala, por una parte, que la determinación unilateral de las condiciones en las que al patrono le está permitido contratar puede no ser posible cuando el mismo no contrata en nombre propio sino de un tercero y, por otra, que la solución más acertada es la de exigir la intervención del Protectorado *«aunque sea uno solo o una minoría de los miembros del órgano de gobierno quienes contraten con la fundación»* en la medida en que *«conviene conjurar cualquier recelo sobre la posibilidad de que, en el seno del Patronato, se ceda a la tentación de compensar con favores futuros otros que se hayan recibido»*.

Efectivamente, en lo que a nosotros respecta, suscribimos la evidente necesidad de un control de las situaciones objeto de este contrato y, aun siendo conscientes de que no es una solución carente de ciertos aspectos cuestionables, que dicho control sea llevado a cabo por el Protectorado. En rigor, la naturaleza de la fundación como institución heterónoma hace que este órgano sea el que tenga atribuidas por Ley las facultades de velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación (art. 34 LF), más concretamente, de *«velar por*

⁴² M. A. CABRA DE LUNA, «Comentario al artículo 26...», ob. cit., p. 238.

⁴³ A. ORTÍ VALLEJO, «Notas sobre la capacidad...», ob. cit., pp. 890-891.

⁴⁴ Respecto de la Ley de 1994, J. A. DEL CAMPO ARBULO, *Ley de Fundaciones...*, ob. cit., p. 304.

⁴⁵ Ya en el ámbito de la Ley y Reglamento vigentes, R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 28...», ob. cit., pp. 743-744.

el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales [...] teniendo en cuenta la consecución del interés general»⁴⁶. No es solo que la existencia de un control respecto del nacimiento y desarrollo de las actividades de las fundaciones no sea contraria a la Constitución, sino que, frente a otras posibles entidades, citando a Piñar Mañas⁴⁷, «por su propia consideración constitucional, la Administración pública es la que por naturaleza está llamada a ejercer el primer control sobre el cumplimiento de la voluntad del fundador». A esto se suma la peculiar estructura de las fundaciones: la inexistencia de una base asociativa, a diferencia de lo que ocurre en otro tipo de personas jurídicas, impide el establecimiento de mecanismos de control respecto del órgano de gobierno —el Patronato—, que acumula en este sentido todas las funciones sin que, por otra parte, el fundador o los beneficiarios de la entidad tengan ninguna autoridad sobre la misma, una vez constituida⁴⁸. Esta circunstancia tiene su trascendencia, entre otras, en materia de autocontratación —o, mejor dicho, contratación en general de la fundación con patronos y apoderados—. Salvo que el fundador hubiera previsto directa o indirectamente la creación de otros órganos que pudieran suponer una cierta vía de control sobre el Patronato, permitir que sea este el que autorice en exclusiva una relación contractual en la que participan y de la que se pueden beneficiar uno o varios de sus miembros, tiene sus riesgos. Incluso aunque a dichos sujetos en particular les sea vetada la posibilidad de tomar parte en el acuerdo⁴⁹.

⁴⁶ J. CAFFARENA LAPORTA, Voz «Fundación», AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Civitas, Madrid, 1995, p. 3199; J. M. EMBID IRUJO, «Obligaciones y Responsabilidad de los patronos», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 2009, p. 134.

⁴⁷ J. L. PIÑAR MAÑAS, «El estado actual del modelo constitucional de fundaciones: revisión crítica», en R. DE LORENZO, J. L. PIÑAR, T. SANJURJO (dirs.), *Tratado de fundaciones*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 94-95. Respecto al reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional de la figura del Protectorado y en relación a la STC 49/1988, de 22 de marzo, el autor reitera en estas páginas la configuración del Protectorado como elemento no extraño al sistema del derecho de fundación institucionalmente garantizado por la Constitución (con anterioridad, del mismo autor, ver también J. L. PIÑAR MAÑAS, «Propuestas para una futura y posible Ley de Fundaciones», *Revista española Civitas de Derecho Administrativo*, núm. 72, octubre-diciembre 1991, pp. 494 y ss.)

⁴⁸ Vid. R. VERDERA SERVER, «La autocontratación...», ob. cit., pp. 89-90. Haciendo alusión también a la importancia del Protectorado por la propia naturaleza de la fundación como institución heterónoma, J. M. EMBID IRUJO, «Obligaciones y responsabilidad de los patronos», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 2009, p. 134.

⁴⁹ Recuérdese que, en esta tendencia de hacer supervisor directo al Protectorado, el régimen de autorización respecto de los apoderados sufrió una modificación en el Reglamento de 2005 respecto al de 1996, modificación que consistió precisamente en la supresión de su regulación específica y, por tanto, en su homogeneización con lo dispuesto para los patronos. Pasó de ser suficiente un acuerdo del Patronato para la contratación de los apoderados con la fundación a ser requerida en la nueva normativa una autorización del Protectorado.

Se puede argumentar en contra, claro está, la existencia de un régimen de responsabilidad de los patronos en la Ley de Fundaciones, la evolución del Protectorado hacia una figura menos intervencionista y más de cooperación con este tipo de entidades o la ralentización que supone la necesidad de tramitar una autorización previa a la conclusión de un negocio jurídico.

Respecto a lo primero, ciertamente el artículo 17 LF hace responsables frente a la fundación a los miembros del Patronato de los daños y perjuicios que causen, entre otros supuestos, por aquellos actos realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, esto es, la diligencia de un «representante leal». Sin adentrarnos en la naturaleza y regulación de la responsabilidad de los patronos⁵⁰, no cabe duda de que una de las funciones de este régimen es la de control de la gestión que los mismos realizan en la fundación. Gestión que tiene que desarrollarse dentro de unos ciertos parámetros de diligencia tomados de la normativa de sociedades de capital⁵¹, la del representante leal, que conlleva que en el ejercicio de su cargo el patrono debe anteponer los intereses de la fundación respecto de los suyos propios⁵². Por otra parte, la legitimación activa para ejercitar esta acción de responsabilidad en nombre de la fundación corresponde, no solo al Patronato y a los patronos disidentes o ausentes, sino también al Protectorado, lo que representa para este órgano una vía directa de supervisión. Así las cosas, dejando a un lado la necesidad de autorización previa para la conclusión de negocios jurídicos entre la funda-

⁵⁰ Como ha puesto de manifiesto la doctrina, nos encontramos ante una responsabilidad de naturaleza civil, individual, orgánica y, dado el vínculo existente entre la persona jurídica y el patrono, contractual. Al respecto, *vid.* R. DE LORENZO, «Comentario al artículo 15», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de incentivos fiscales*, Marcial Pons; Escuela Libre Editorial, Madrid, 1995, pp. 135-136; J. R. SALELLES CLIMENT, R. VERDERA SERVER, *El Patronato de la Fundación*, Aranzadi, Navarra, 1997, 174 y ss.; J. M. EMBID IRUJO, «Gobierno de la Fundación», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS, R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 260 y ss.; «Obligaciones y responsabilidad...», *ob. cit.*, pp. 143 y ss.; R. MARIMÓN DURÁ, J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Comentario al artículo 17», en J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 424 y ss.; I. PEÑALOSA ESTEBAN, T. SANJURJO GONZÁLEZ, «Órganos de gobierno y relación con los poderes públicos», en R. DE LORENZO, J. L. PIÑAR, T. SANJURJO (dirs.), *Tratado de fundaciones*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 234 y ss.

⁵¹ Acerca de la aproximación de las fundaciones a las sociedades mercantiles de capital, especialmente en el régimen de responsabilidad de los patronos respecto de los administradores, *vid.* J. M. EMBID IRUJO, «Gobierno...», *ob. cit.*, pp. 248-249; R. MARIMÓN DURÁ, J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Comentario al artículo 17...», *ob. cit.*, pp. 136-137; I. PEÑALOSA ESTEBAN, T. SANJURJO GONZÁLEZ, «Órganos de gobierno...», *ob. cit.*, pp. 236-237.

⁵² El artículo 226 RDL 1/2010, Ley de Sociedades de Capital, regula el deber de lealtad de los administradores: «Los administradores desempeñarán su cargo como representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad y cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos».

ción y los patronos o apoderados, parecería posible para el Protectorado controlar igualmente las posibles conductas desviadas en este sentido, ejercitando la correspondiente acción de responsabilidad contra el o los patronos que hubieran abusado de su vinculación con la persona jurídica sin ánimo de lucro para obtener un beneficio. Sin quitarle relevancia a este mecanismo de control, acaso pueda reputarse como insuficiente: el Protectorado tiene que tener conocimiento del daño causado a la fundación⁵³ así como resultar claros todos los presupuestos para que sea exigible con éxito la responsabilidad. Además, para cuando se quiera accionar contra el patrono, el perjuicio a la fundación ya está producido. Perjuicio que se podría considerar tiene una mayor relevancia que ser la mera consecuencia de una actuación ilícita por parte de un miembro del órgano de gobierno de una persona jurídica. En tanto en cuanto dicha persona jurídica persigue unos determinados fines, a los que se le exige ser de interés general (art. 3 LF) y se beneficia de un régimen fiscal favorable (Ley 49/2002, de 23 de diciembre) —entre otros atractivos— pensamos que se puede sostener seriamente la oportunidad de un control fiable que asegure que los contratos de cierto riesgo para los intereses de la fundación no conlleven finalmente perjuicios para la misma.

Asimismo, no nos es ajeno que el hecho de que el Protectorado sea un órgano al que se le tienen encomendadas funciones de supervisión y control de la fundación no implica que éstas no tengan límites. Hemos incidido sobre el reconocimiento legal y jurisprudencial de su figura así como sobre la pertinencia de su actuación, en concreto, en materia de autocontratación. Pero es clara la intención del legislador de hacer evolucionar este órgano de la Administración potenciando las funciones de apoyo y asesoramiento de las fundaciones y reduciendo las de intervención, tal y como recoge la Exposición de Motivos de la Ley 50/2002: *«se ha sustituido en la mayor parte de los casos la exigencia de autorización previa de actos y negocios jurídicos por parte del Protectorado, por la de simple comunicación al mismo del acto o negocio realizado, con objeto de que pueda impugnarlo ante la instancia judicial competente, si lo considera contrario a derecho y, eventualmente, ejercitar acciones legales contra los patronos responsables»*. A la vista del

⁵³ Somos conscientes de que este problema se podría solventar estableciendo otra técnica de control distinta y menos incisiva que la autorización previa como sería una obligación de comunicación por parte del Patronato hacia el Protectorado. Acerca de las diversas técnicas de control de la actividad de las fundaciones aparte de la autorización formal (simples deberes de comunicación, ratificación de operaciones, actividades comunicadas, actuaciones comunicadas sujetas positivamente al derecho de veto por parte del Protectorado), *vid.* R. CABALLERO SÁNCHEZ, «Autorizaciones, intervención temporal y recursos», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS, R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y del Mecenasgo*, Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 588 y ss.

nuevo articulado, tal evolución ha sido puesta en duda por la doctrina⁵⁴ en la medida en que existen dos casos todavía sujetos a autorización previa. Como sabemos, uno de ellos es el supuesto que nos ocupa⁵⁵. Sin embargo, no vemos totalmente incompatible mantener una cierta voluntad aperturista con la existencia de un control. Lo importante, en este caso, sería una actitud no recelosa del Protectorado sino tendente a la admisión de los contratos que le sometan a autorización, salvo que impliquen un perjuicio evidente para la fundación.

Si volvemos sobre los criterios que el artículo 34.3 del Reglamento de Fundaciones de 2005 marca al órgano de control como guía para su actuación al respecto, recordamos que el primero de ellos (*«cuando el negocio jurídico encubra una remuneración por el ejercicio del cargo de patrono»*) se ha flexibilizado por sí mismo con el levantamiento de la prohibición de que los patronos vieran retribuidas aquellas funciones diferentes a las intrínsecas al propio cargo. En cuanto al control de que el valor de la contraprestación que recibe la fundación resulte *«equilibrado»*, como se apuntó en su momento, también nos parece un avance en elasticidad porque permite al Protectorado valorar otra serie de factores más allá de una comparación meramente numérica⁵⁶. Esto puede ser positivo y estar en consonancia con la citada tendencia a relajar la intervención del mismo si se pone en relación con el principio de mínima injerencia administrativa. Al fin y al cabo, la propia normativa, a través del artículo 41 RF, establece de forma indudable que *«el protectorado se ejerce respetando la autonomía de funcionamiento de las fundaciones»*. En definitiva, en aquellas situaciones en las que se haya considerado pertinente mantener un control más intenso por parte del Protectorado como cautela, creemos que este se puede compensar con una postura de la Administración que encaje con el papel que hoy en día le corresponde, favorecedor de la operatividad de las fundaciones.

⁵⁴ V. CUÑAT EDO, «Comentario al artículo 34», en J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 853; M. J. SANTOS MORÓN, «Algunas cuestiones...», ob. cit., p. 227.

⁵⁵ Además de la mal llamada autocontratación, el otro acto sujeto a autorización previa es el referente a los actos de disposición que recaen sobre bienes pertenecientes a la dotación o están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales.

⁵⁶ Aquí es interesante la aportación de la memoria justificativa de la necesidad o conveniencia para los intereses de la fundación que se exige como parte de la documentación a entregar al Protectorado [artículo 34.1.c) RF] y que permite al Patronato poner de manifiesto los aspectos positivos más relevantes que se derivarían para la fundación. Como exponen M. PÉREZ ESCOLAR, M. A. CABRA DE LUNA, R. DE LORENZO GARCÍA, «Patrimonio, régimen económico y funcionamiento», en R. DE LORENZO, J. L. PIÑAR, T. SANJURJO (dirs.), *Tratado de fundaciones*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 320, no es necesario que la fundación tenga que acreditar que la autocontratación no supone una merma de los intereses de la fundación *«aunque ello pueda ser conveniente a la hora de la instrucción del oportuno expediente»*.

Más complicado de resolver nos parece el inconveniente en términos de pérdida de dinamismo que supone la necesidad de tramitar una solicitud de autorización previa por parte del Patronato para llevar a cabo el negocio jurídico en cuestión. El procedimiento para cumplir con lo dispuesto en la norma aparece desarrollado en el artículo 34 RF, estableciendo como documentos a remitir al Protectorado:

- a) *Copia del documento en que se pretende formalizar el negocio jurídico entre patrono y la fundación.*
- b) *Certificación del acuerdo del Patronato por el que se decide la realización del negocio jurídico, incluyendo el coste máximo total que supondrá para la fundación.*
- c) *Memoria explicativa de las circunstancias concurrentes, entre las que se incluirán las ventajas que supone para la fundación efectuar el negocio jurídico con un patrono.*

El Protectorado, por su parte, una vez presentada la documentación, resolverá y notificará la resolución en el plazo de tres meses, rigiendo el silencio positivo si en este plazo no hubiera recaído resolución expresa ni hubiese sido notificada.

Es manifiesto que el hecho de tener que aguardar un período de tiempo relativamente extenso para la conclusión de un contrato, resta agilidad a la actividad de la fundación. Detrás de esta preocupación por la celeridad en el marco de la actuación de las fundaciones se encuentra la configuración actual de estas entidades sin ánimo de lucro. Lejos queda la fundación ajena totalmente a la idea de empresa, sin poder obtener beneficios o ser titular de establecimientos mercantiles. Se impone, por el contrario, una persona jurídica que conjuga la ausencia de ánimo de lucro con el desarrollo de actividades económicas y donde el patrimonio no es lo único relevante sino que también gana peso el elemento organizativo⁵⁷. Desde esta óptica, supondría un problema añadido —más allá de planteamientos de corte más teórico acerca de si

⁵⁷ Acerca de la evolución de la figura fundacional hacia un verdadero operador económico en el mercado, *vid.* L. LINARES ANDRÉS, «La actividad económica de las fundaciones», *RCDI*, n.º 642, septiembre-octubre, 1997, p. 1636; J. M. EMBID IRUJO, «Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)», *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, n.º 7, 2003, p. 86; «Fundaciones y actividades empresariales en el Derecho Español», *Derecho de los Negocios*, n.º 160, 2004, p. 4; «Funcionamiento y actividad de la fundación, en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS, DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel, Madrid, 2005, p. 362; «Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresarial)», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 2010, pp. 16 y ss.; M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, Civitas, Navarra, 2008, pp. 31 y 32.

implica o no una intromisión excesiva por parte de la Administración— el hecho de que una fundación que tenga una intensa actividad, se vea obligada a supeditar su funcionamiento a plazos relativamente largos en términos empresariales —como pueden ser los tres meses—, cuando se trate de algún negocio jurídico que entre dentro del ámbito de aplicación del artículo 28 LF.

Esto es lo que ha debido pensar el legislador gallego que, en el artículo 40 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego, se desmarca de la opción del legislador estatal y el resto de Comunidades Autónomas y sujeta los contratos de los miembros del Patronato con la fundación, tanto en nombre propio como de un tercero, a la dación de cuenta al Protectorado en lugar de a una autorización previa⁵⁸. Por su parte, aunque la normativa catalana al efecto también exige autorización previa del Protectorado para aquellos contratos que suscriban los patronos y personas especialmente vinculadas a ellos con la fundación, lo limita a los «*contratos de compraventa o arrendamiento de bienes inmuebles o de bienes muebles de extraordinario valor, de préstamo de dinero, de prestación de servicios retribuidos*» (art. 332-9). Se entiende que para el resto de supuestos hay que estar a la regulación general en los casos de conflictos de intereses entre la fundación y alguna persona integrante de uno de sus órganos, esto es, en virtud del artículo 312-9.2, comunicación y facilitación de la información relevante al órgano de gobierno de la situación de conflicto por parte de los miembros del mismo y, en el caso de adoptar finalmente el acuerdo o de ejecutar el acto, comunicación al Protectorado en el plazo de treinta días (art. 332-9.1)⁵⁹.

A pesar de estas cortapisas, nos sigue pareciendo necesario este control, más incluso cuando se trate de fundaciones con una gran operatividad y tamaño, porque también el riesgo puede ser mayor. Es en estos casos, por otra parte,

⁵⁸ Artículo 40: «*Los miembros del Patronato podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, dando cuenta al protectorado*». En materia de control por el Protectorado, la norma gallega ha optado por la reducción de los actos de control, transformando la mayoría de las autorizaciones en simples comunicaciones. Acerca de este punto en el régimen de las fundaciones de interés gallego, *vide* M. E. ROVIRA SUEIRO, «El Derecho de fundaciones de Galicia», en R. DE LORENZO, J. L. PIÑAR, T. SANJURJO (dirs.), *Tratado de Fundaciones*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 543; J. L. CARRO FERNÁNDEZ, L. MÍGUEZ MACHO, M. ALMEIDA, «Las fundaciones de interés gallego», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 2009, pp. 435 y ss.; A. J. FERREIRA FERNÁNDEZ, «El Derecho de fundaciones en Galicia: los nuevos cambios normativos», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 2010, pp. 405 y ss.

⁵⁹ Acerca del papel creciente del Protectorado en lo que a facultades de inspección y control se refiere en la normativa catalana, *vid.* J. TORNOS MAS, M. M. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «El régimen jurídico de las Fundaciones en el ordenamiento jurídico catalán», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 2009, pp. 302 y ss.; «El régimen jurídico de las fundaciones en el ordenamiento jurídico catalán 2009-2010: transparencia y buenas prácticas», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 2010, pp. 373 y ss., 377 y ss.

cuando hay una mayor probabilidad de que integren la estructura de la fundación otros órganos de gestión además del Patronato. Podría darse entonces, como recordemos había apuntado algún autor⁶⁰, una especie de control interorgánico que supliera al del Protectorado y que quedaría relegado a un segundo plano. En principio, sí que se podría admitir como una solución que redujera la tramitación con entes externos. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, no será igual que el control que puede llevar a cabo una Junta General o una Asamblea de socios en otros tipos de personas jurídicas (reiteramos la inexistencia de base asociativa característica de las fundaciones y que se quiere compensar —entre otras cuestiones— con la figura del Protectorado): los miembros de estos órganos seguirían siendo gestores de intereses ajenos, igual que los que conforman el Patronato.

Quizá se podría apostar por la fijación de tramos de cantidades que dividieran los contratos, según su cuantía, entre aquellos que, por su escasa relevancia, no necesitan de autorización previa y resulta suficiente con dar cuenta al Protectorado, y aquellos otros en los que, por el importe que representan, entran en juego más intereses y que requieren, por este motivo, de un control más estricto. Obviamente, estos parámetros deberían ser fijados en función del tamaño de la fundación porque, de otro modo, podría darse la situación de que un contrato que supusiera un riesgo irrisorio para una entidad tuviera una gran repercusión para otra.

Otra forma de atenuación del control sin renunciar a él podría ir en la línea de un aspecto apuntado por la Abogacía del Estado en su Dictamen y sobre el que volveremos: la concesión de autorizaciones para categorías de negocios jurídicos en lugar de ser necesario un otorgamiento previo puntual para cada uno de ellos. Del artículo 34 RF parece desprenderse la idea de que es preceptiva la solicitud para cada negocio jurídico que se pretenda celebrar. No obstante, acaso podría ser oportuno en ciertos supuestos y atendiendo a las circunstancias concretas —véase relaciones beneficiosas y estables de colaboración de la fundación que hagan necesaria la firma de diversos contratos con similar objeto—, permitir la realización de todos aquellos negocios jurídicos que fueran afines a aquel respecto del que se solicita una primera autorización previa. De este modo, respecto de aquellos contratos que siguieran una serie de directrices estaría asegurada la ausencia de un conflicto de intereses perjudicial para la fundación y disminuirían los posibles efectos negativos de un estricto sistema de control (en todo caso, sería necesario dar cuenta al Protectorado de los mismos).

⁶⁰ Recordamos la propuesta al respecto de R. VERDERA SERVER, «La autocontratación...», ob. cit., pp. 124-125.

Tal y como se desprende de estos últimos puntos, la cuestión de fondo que subyace a esta problemática no es otra que la tensión entre la concepción actual de la fundación desde un punto de vista dinámico, necesitado de agilidad en sintonía con el tráfico jurídico en el que se mueve, y una configuración que, en ciertos aspectos, piensa en una estructura más estática. A esto se une o, mejor dicho, contribuye, los rasgos intrínsecos de este tipo de persona jurídica tal y como está concebida en la actualidad: unos fines de interés general —y privilegios asimilados a ellos—, que justifican la necesidad de una protección; una ausencia de base personal, que hace pertinente la existencia de un órgano externo que supervise la actuación del órgano de gobierno.

III. El Dictamen: el supuesto de hecho de la contratación entre el CSIC y la FGCSIC

No podemos cerrar estas líneas sin realizar unas observaciones en relación con el supuesto de hecho que nos ocupa y partiendo de lo expuesto hasta aquí acerca de la autocontratación en sede de fundaciones. Ciertamente, no entraría dentro del ámbito de aplicación del artículo 28 LF el contrato celebrado entre el CSIC y la FGCSIC en la medida en que el primero tiene la condición de fundador pero no de patrono. Tal y como se ha apuntado en el apartado correspondiente, aunque el fundador tenga un vínculo innegable con la entidad sin ánimo de lucro, no se ve sujeto a ninguna limitación especial a la hora de llevar a cabo negocios jurídicos con la misma. El problema aparece, tal y como apunta acertadamente la Abogacía del Estado, cuando la persona que actúa en representación del CSIC por ostentar el cargo de Presidente del mismo es, a la vez, patrono de la Fundación. En este caso, entraríamos plenamente en el ámbito de aplicación subjetivo del referido artículo —respecto del ámbito objetivo hemos visto que no hay mucha controversia porque el legislador entiende incluidos dentro de la necesidad de autorización previa todos los contratos en general—. Sin embargo, aun con cautela por la ausencia de más datos, no parece que sea un supuesto de autocontratación en sentido estricto. Como se ha puesto de manifiesto, el ámbito del artículo 28 LF abarca, junto a los casos de autocontrato, otros supuestos distintos en los que los patronos contratan con la fundación, en su nombre o en el de un tercero, pero sin mediar delegación de poderes para representar a la misma. Las circunstancias del caso que se desprenden del Dictamen permiten entender que el Presidente del CSIC solo actúa en representación de esta entidad, pero no con facultades para contratar en nombre de la FGCSIC. Así, se alude a que *«en atención a los estatutos de la Fundación la competencia para formalizar convenios de colaboración recae en su Director General (art. 27.2 letra i), según apoderamiento, y*

a salvo siempre las funciones del Patronato (art. 21.2 letras i a s)». Por lo tanto, y salvo que hubiera recibido facultades para actuar en nombre de la Fundación en este caso concreto, no estamos ante un supuesto de verdadera autocontratación aunque sí ante uno sujeto a autorización previa, tal y como dispone el artículo 28 LF.

En cuanto a la conveniencia de otorgar el permiso para concluir los convenios y contratos, coincidimos con la Abogacía del Estado en la pertinencia del mismo. Estamos ante una fundación que se puede encuadrar dentro de las denominadas «fundaciones del sector público estatal» en la medida en que, al estar participada íntegramente por el Estado, cumple los requisitos del artículo 44 LF⁶¹. Entre las implicaciones de esta inclusión reseñamos, a los efectos que aquí interesan, la limitación dispuesta en el artículo 46.1.b) LF, en virtud de la cual estas fundaciones «únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa». Tiene, pues, que desarrollar actividades vinculadas con las del órgano fundador y debe colaborar con los fines del mismo (efectivamente, la FGCSIC está encaminada al desarrollo de la investigación científica, a posibilitar y organizar iniciativas de carácter privado para desarrollar investigación en organismos públicos)⁶². A tal efecto, también es de mencionar la necesidad de justificación por parte de la Administración Pública de que la estructura fundacional sea la más adecuada para la consecución de los fines de interés general que persigue (art. 45.2 LF)⁶³. Si la FGCSIC tiene que contribuir con los fines del ente fundador, el CSIC, y, además, representa la mejor forma de estructurar esta colaboración, parecería un sinsentido que no se pudiesen celebrar contratos o convenios en

⁶¹ Artículo 44 FL: «A los efectos de esta Ley, se consideran fundaciones del sector público estatal aquellas Fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal [...]».

⁶² Acerca de esta regla especial de carácter limitativo, *vid.* J. GARCÍA-ANDRADE, «Fundaciones de la Administración Pública», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS, R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Fundación Once y Iustel, Madrid, 2005, pp. 699 y ss.; J. M. BOQUERA OLIVER, «Comentario al artículo 46», en J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 1014 y ss.

⁶³ Al respecto *vid.* J. M. BOQUERA OLIVER, «Comentario al artículo 46», en J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 1008; J. L. PIÑAR MAÑAS, «El estado actual...», *ob. cit.*, p. 101; S. MUÑOZ MACHADO, «Las fundaciones del sector público y la legislación de contratos», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 2009, p. 157; P. MENÉNDEZ GARCÍA, «Las fundaciones del sector público», en AA.VV., *Fundaciones: Problemas actuales y reforma legal*, Fundación María Cristina Masaveu-Aranzadi, Madrid, 2011, p. 143.

este sentido entre ambas entidades. De ahí que, en opinión —que compartimos— de la Abogacía del Estado, «prohibir este tipo de negocios entre ambas [entidades, se entiende] supone, en suma, anular el fin por el que fue creada la fundación, o dificultarlo en modo notable, al no poder actuar más que de mediador con terceros para que sean éstos quienes contraten o concierten negocios con el CSIC...». Así concebido, se puede concluir que no existe el conflicto de intereses que se trata de evitar en la normativa así como que no existe una intención de retribuir encubiertamente al patrono ⁶⁴.

Este mismo razonamiento se puede aplicar para admitir la posibilidad de una autorización genérica por categoría de negocios en lugar de puntual para cada uno de ellos. Como ya hemos manifestado con anterioridad, consideramos acertada la posibilidad de esta forma de autorización que la Abogacía del Estado articula, en este caso, por la vía de no encontrar incluido en el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 34 RF (del que parece derivarse la necesidad de autorizaciones puntuales) el supuesto de que un patrono contrate en nombre de un tercero, ante la ausencia de mención expresa al respecto:

«Mas, como se ha dicho, el referido artículo 34 se refiere a supuestos en los que el patrono contrata para sí, no para alguien a quien representa, lo que obliga a entender que en el caso sometido a consulta, en que el patrono no contrataría para sí, sino para un tercero al que representa, tal solicitud de autorización al protectorado no se rija por lo que exige el apartado 1 más que por analogía y, en consecuencia, nada obsta a que sea concedida en este supuesto una autorización general, y más atendidos los fines de la FGCSIC» (Consideración V, párr. 3.º).

Aunque entendemos que es la única vía plausible para argumentar dicha decisión a la vista de la normativa vigente (el art. 34 RF hace referencia siempre al «negocio jurídico» en singular), para nosotros la *ratio* de este precepto es regular todos los supuestos en los que sea necesario un permiso previo, esto es, todos los supuestos que entran dentro de la esfera del artículo 28 LF, incluyendo por tanto los conflictos que también pueden existir en las relaciones entre la fundación y el patrono que representa a un tercero. Por esto, no vemos la razón de fondo que justifique un tratamiento diferenciado en lo que a tramitación y tipo de autorización se refiere para estos casos. De cara a una posible extensión de la posibilidad de conceder autorizaciones por categorías de negocios, nos parece lo relevante atender a las características de los fines de la entidad y, a la vista de ellos, a las formas más efectivas para estructurar la colaboración.

⁶⁴ Se sobreentiende, asimismo, que el valor de las prestaciones es equilibrado.

IV. Recapitulaciones

Al hilo de la problemática planteada en el Dictamen de la Abogacía del Estado hemos tenido la oportunidad de profundizar en una situación que acontece con relativa frecuencia en el panorama de las fundaciones, en especial de aquellas que han sido creadas por entes públicos para colaborar en la consecución de los fines de los mismos: la autocontratación. La LF ha regulado de forma expresa este tipo de supuestos en su artículo 28 aunque, como se ha visto, no de forma totalmente coincidente con la configuración de esta institución en el Derecho civil en general: el ámbito subjetivo excede de lo que se podría considerar como autocontrato en la medida en que engloba todos los supuestos en los que los patronos —y apoderados— contraten, por sí o por tercero, con la fundación; no se excluye de la necesidad de autorización previa a ningún tipo de contrato, tampoco las liberalidades puras; no valida la situación de conflicto de intereses la autorización del representado, puesto que no es suficiente con el visto bueno del Patronato.

El legislador prevé un sistema en virtud del cual es preceptiva la autorización previa por parte del Protectorado para llevar a cabo los negocios jurídicos que caigan dentro de la esfera del artículo 28 LF, mecanismo que hemos valorado como positivo por ser el Protectorado —figura imprescindible dada la heteronomía de la fundación— el órgano mejor posicionado para evaluar la incidencia de un posible conflicto de intereses en la esfera de la fundación. Ello no es óbice, no obstante, para reconocer que es una solución que adolece de ciertas imperfecciones, más todavía si tenemos en cuenta la evolución en la que se encuentra inmersa la persona jurídica sin ánimo de lucro, concebida en la actualidad como un verdadero operador económico y necesitada, en muchos aspectos, de una regulación ágil. Sin embargo, atendiendo a los rasgos definitorios de las fundaciones y sin perjuicio de una flexibilización de la configuración del control por parte del Protectorado —tal vez diferenciando entre tramos de contratos según su volumen, tal vez mediante la posibilidad de conceder autorizaciones para categorías de contratos, seguro, en todo caso, a través de una postura abierta del órgano de la Administración respecto a este tipo de situaciones por los beneficios que pueden derivarse de ellas para la fundación— mantenemos que, con una u otra estructura, este control debe seguir existiendo como garante de que en la gestión del patrimonio de la fundación no se producen conductas desviadas en detrimento de los intereses de la misma, persona jurídica que, además, no olvidemos, tiene como objeto la consecución de fines de interés general.