

# InDret

REVISTA PARA EL  
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW.INDRET.COM

## El protectorado de fundaciones en el Código civil de Cataluña

La regulación del Libro III y algunos posibles desarrollos anunciados en el Anteproyecto de Ley del Protectorado

### Marc-R. Lloveras Ferrer

Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

BARCELONA, ENERO 2010

### *Abstract*

*La administración ejerce a través del protectorado el control sobre las fundaciones para asegurar y contribuir al correcto ejercicio del derecho de fundación y al cumplimiento de las finalidades fundacionales. El caso Palau de la Música ha puesto nuevamente de actualidad las fundaciones y especialmente el control que sobre ellas se ejerce aunque aporta escasas novedades en las propuestas de regulación. El protectorado es una institución consubstancial a las fundaciones que goza de amplias facultades. Presentamos aquí, a modo de comentario, la regulación que del protectorado se hace en el libro III del Código civil de Cataluña e incluimos algunas de las novedades que incorpora el anteproyecto de ley del protectorado.*

*Administrative powers included under the figure "Protectorate", similar to "Charity Commission" in the UK or "State powers" in US, control charities as a contribution to correct exercise of the figure and achieve their targets. Recent fraud in "Palau de la Musica" put charities on the focus and particularly the exercise of this control powers by the administration. Protectorate is an institution consubstantial to charities that has wide powers. This paper presents Protectorate's regulation in the Catalan civil Code and also some proposals included in a new prelegislative project.*

*Title: Charities Protectorate in the Catalan civil Code: regulation in Chapter III and some new proposals in prelegislative materials*

*Palabras clave: Código civil de Cataluña, fundaciones, protectorado, control, inspección, sanciones*

*Keywords: Catalan civil Code, charities, "protectorate", control, inspection, sanctions*

## *Sumario*

1. Introducción
2. El escaso impacto del caso Palau de la Música
3. El protectorado: una función como suma de funciones
4. El ámbito de actuación
  - 4.1. Un acuerdo derogatorio y su posible corrección parcial
  - 4.2. La inclusión de las asociaciones declaradas de utilidad pública
5. Las funciones del Protectorado
  - 5.1. Funciones de Registro
  - 5.2. Funciones de asesoramiento
  - 5.3. Funciones de control
    - a. Control del patrimonio y de la gestión económica
    - b. Control de la adecuación de las actividades a las finalidades fundacionales
    - c. Modificaciones estructurales y disolución
    - d. Legitimación para impugnación de acuerdos y acción de responsabilidad
  - 5.4. La inspección
  - 5.5. Funciones de suplencia
  - 5.6. La intervención judicial
6. La posible introducción de un régimen sancionador
  - 6.1. La tipificación prevista y la gradación de las sanciones
  - 6.2. Admisibilidad, dudas y alguna contradicción con las funciones del protectorado.
  - 6.3. Problemas de articulación de la responsabilidad
7. Bibliografía citada

## 1. Introducción

El Libro III del Código civil de Cataluña, aprobado por Ley 4/2008, de 24 de abril<sup>1</sup>, dedica su sexto y último capítulo -el VI del título III (arts. 336-1 a 336-4)- y su Disposición Transitoria cuarta a la regulación del protectorado.

Pese a la importancia de la institución de supervisión y control público y la multiplicidad de funciones y de artículos previos en los que aparece, el legislador no le ha dado una regulación completa y unificada. Así, en estos artículos la regulación se limita a la organización y ámbito de actuación; las funciones; la actuación del protectorado cuando la fundación incumpla el deber de presentación de cuentas anuales -que no deja de ser una función-, la legitimación para solicitar la intervención judicial de la fundación y, ya en la disposición transitoria, se incluye un desarrollo provisional de la inspección, fijando los supuestos en los que se estima procedente.

El protectorado es la institución que más aparece a lo largo de la regulación de las fundaciones en el Libro III. Así, el título I - disposiciones generales- se refiere al mismo, de manera innecesaria, en los arts. 312-4.2, 314-1-7, 314-2.6 y 314-8.2, ya que son después repetidos en los arts. 332-7.3, 335-2.2, 335-3.2 y 335-5.2 si bien en éste último se aclara el requisito de aprobación y no de mera presentación al protectorado del informe o propuesta de liquidación de la fundación. Ya en el título III, y antes de la regulación institucional del protectorado, encontramos hasta 27 preceptos que hacen una o más referencias al mismo, las cuales no han quedado siempre debidamente coordinadas con los artículos destinados propiamente al protectorado. Se trata, sin repetir los ya citados, de los arts. 331-3.2, 331-5.2, 331-7.2, 331-8.4, 331-10, 331-11, 331-12, 332-1.3.h), 332-2.2, 332-5.1.d), 332-6, 332-8.4, 332-9.1 y .2, 332-10.2, 332.11.2.b) y .3, 333-1.2, .3 y .4, 333-4.1 y .2, 333-9.1 y .2, 333-11.2, 334-5.2, 334-6.3, 335-1.2 y .3 y 335-6.1 y .4. La referencia es pues constante dispersando la regulación y dificultando la integración posterior en la recopilación de funciones contenida en el art. 336-2, comportando en algunos casos reiteraciones y, en otros, omisiones que deben salvarse con la cláusula residual (art. 336-2.i).

La pobre regulación del Protectorado la advierte el mismo Código al indicarnos en su Preámbulo que *“(E)stas disposiciones básicas deben ser desarrolladas por otros instrumentos normativos, que, dada su naturaleza esencialmente administrativa, se ha considerado preferible que queden fuera del Código civil”*. La citada Disposición Transitoria encarga al Gobierno este desarrollo ordenando la presentación de un proyecto de ley del protectorado en el plazo de seis meses posteriores a la entrada en vigor del Libro III, plazo que finalizó hace ahora ya un año, el 2 de febrero de 2009.

---

<sup>1</sup> Ley 4/2008, de 24 de abril, del libro tercero del Código civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas. DOGC núm. 5123, de 2.5 y BOE núm. 131, de 30.5.

## 2. El escaso impacto del caso Palau de la Música

Pese a la existencia de trabajos previos en el Departamento de Justicia, el Gobierno de la Generalidad no anunció su intención de aprobar un proyecto de ley hasta unos meses después del escándalo originado por los abusos cometidos en el Palau de la Música Catalana. Así, como reacción a las tropelías de Millet, el Gobierno, o al menos el Departamento de Justicia, parece haber acelerado la tramitación del anteproyecto de ley del protectorado (en adelante, ALP), sometiéndolo ya a información pública<sup>2</sup>.

En el ALP se incluyen también medidas relativas al protectorado anunciadas en el documento que hicieron público conjuntamente, el 16 de noviembre de 2009, los Departamentos de Economía, Justicia y Cultura bajo el título "*Medidas para reforzar el control de las subvenciones públicas y mejorar la transparencia*" también como reacción, casi punto por punto, al caso Palau, donde podemos leer hasta 16 propuestas -5 sobre el protectorado- de reorganización normativa para posibilitar un mayor control sobre la participación pública en fundaciones privadas y las aportaciones que las administraciones hacen a las mismas y a todo tipo de entidades mediante ayudas y subvenciones<sup>3</sup>.

Estas *Medidas*, por lo que se refiere al protectorado, consisten básicamente en la información sobre la compatibilidad de cargos respecto a entidades vinculadas y la presentación de las cuentas de esas mismas entidades vinculadas. Además se prevé la modificación del plan contable<sup>4</sup> para incrementar la información que debe suministrarse al protectorado incluyendo un mayor detalle de las subvenciones recibidas y los convenios de colaboración que puedan mantener con cualesquiera otras entidades. Finalmente, se incluyen dos medidas genéricas: el "*fortalecimiento*" de los mecanismos de inspección, ya regulados en el ALP sin que se observe ninguna novedad y el "*impulso*" de la creación de órganos de control interno, sobre lo que puede decirse lo mismo.

Así pues, a nivel normativo el impacto del caso del Palau es más bien limitado para el protectorado ya que se produce sobre un texto ya en redacción -según se hace constar expresamente en el documento de "*Medidas*"-al que aporta pocas novedades y sobre una institución existente, regulada en la legislación anterior y ya reforzada en el mismo libro III.

Dado lo avanzado de la legislatura parece poco probable que un anteproyecto, que todavía no ha sido aprobado por el Gobierno para convertirse en proyecto y ser remitido al Parlamento, pueda

---

<sup>2</sup> Edicto de 2.12.2009 (DOGC 5520, de 4.12).

<sup>3</sup> Documento que puede verse en el web de la Sala de prensa de la Generalidad.

<sup>4</sup> Existe ya también un proyecto sometido a información pública (Edicto 16.12.2009, DOGC núm. 5531, de 22.12) sobre el que nos detendremos más adelante.

convertirse en ley en la presente legislatura.

No obstante, a lo largo del presente trabajo haremos algunas referencias a las principales novedades que incorpora el ALP que, sin variar la configuración legal general que le da el libro III, tampoco lo hace sobre su estructura pese a tratarse de una regulación autodenominada como administrativa, incorpora –junto a las ya anunciadas y a la inclusión de las asociaciones declaradas de utilidad pública (en adelante, ADUP)- un mayor desarrollo de la inspección y la posibilidad de sancionar a las fundaciones que cometan infracciones tipificadas en el mismo texto legal, posibilidad, sin duda polémica, a la que el caso Palau puede dar un espaldarazo legitimador. Ello nos aporta alguna perspectiva de futuro que si bien puede no fructificar ahora quizá lo haga en un futuro no muy lejano.

### ***3. El protectorado: una función como suma de funciones***

El protectorado, a diferencia del patronato –vid, art. 332-1.1-, carece de definición legal. Su regulación se inicia haciendo referencia únicamente al ejercicio de sus funciones (art. 336-1) que se enumeran con carácter general en el art. 336-2.1: *“el protectorado debe velar por que se cumplan las finalidades fundacionales, las disposiciones legales y los estatutos de las fundaciones y por que se respete la voluntad fundacional”*.

La definición como tal tampoco aparecía en la legislación anterior (art. 47 LF 2001; art. 15 LF 1982) si bien, el art. 47 al definir la función básica conformaba un precepto inicial general próximo a la definición de la institución. La Ley estatal de fundaciones (Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; BOE núm. 310, de 27.12, en adelante LFE) opta también por una definición del protectorado recogiendo su función genérica: *“velará por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones”* (art. 34). El ALP (art. 1) no aporta novedad en este sentido y pese a su errático título *“ámbito de actuación”* mantiene la definición descriptiva ampliada ahora a las ADUP.

Ésta es pues la función o misión genérica del protectorado que da sentido al listado de funciones que se incluyen en el art. 336-2. Unas funciones que no se ejercen, pese a tratarse de un protectorado único, bajo una estructura orgánica totalmente definida ni unitaria, ya que el protectorado no es un órgano administrativo, siendo sus funciones, de acuerdo con el art. 336-1, adscritas directamente a un Departamento de la Generalidad, que las ejerce mediante su propia estructura orgánica.

En el mismo sentido la LFE tampoco califica al protectorado como órgano y lo adscribe a la Administración General del Estado que lo ejerce sobre las fundaciones de competencia estatal en la forma en que reglamentariamente se determine (vid. arts. 34.2 LFE y 40.1 RD 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento Fundaciones de competencia estatal; BOE núm. 279, de 22.11; en adelante RFE), manteniéndose, por el momento, el modelo difuso de protectorados ejercidos por los diferentes Ministerios en función de la clasificación y adscripción de la fundación. En cambio, algunas de las leyes autonómicas de fundaciones han modificado este modelo y califican de órgano administrativo al Protectorado: así, en los casos de las leyes de fundaciones del País Vasco (art. 36.1), Andalucía (art. 44.1), Castilla-León (art. 32), CA Valenciana (art. 28), Galicia (art. 47.1) y La Rioja (art. 41.1).

Así pues, el protectorado sigue, en este sentido, sin existir administrativamente y se mantiene como un conjunto de funciones que son ejercidas por cargos u órganos administrativos que actúan como Protectorado. El ALP mantiene la misma configuración desaprovechando la ocasión para potenciar la misma institución y abrir posibilidades para una configuración con perfil propio dentro de la administración y quizá para una progresiva independización de la misma.

El Departamento de Justicia tiene atribuido el protectorado de fundaciones al tener atribuidas las competencias de la Generalidad en materia de fundaciones. Dentro de este Departamento es la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas la que tiene encomendadas las funciones en materia de fundaciones que correspondan a la Generalidad. Las últimas modificaciones estructurales del Gobierno de la Generalidad no han modificado este esquema: en este sentido, art. 3.7.d) del Decreto 421/2006, de 28 de noviembre, de creación, denominación y determinación del ámbito de competencia de los departamentos de la Administración de la Generalidad de Cataluña (DOGC núm. 4771, de 29.11) y art. 6.1 a) del Decreto 166/2008, de 26 de agosto, de reestructuración parcial del Departamento de Justicia (DOGC núm. 5204, de 28.8), en el cual podemos encontrar la distribución y organización de funciones relativas al protectorado dentro del propio Departamento. Así, se adscribe a la Subdirección General de Entidades Jurídicas la función de “*supervisar las actuaciones orientadas a garantizar el correcto ejercicio del derecho de fundación y el cumplimiento de las obligaciones legales*” (art. 7.1 c) y de esta misma Subdirección General dependen los Servicios denominados de *Registro y Asesoramiento de Entidades de Derecho Privado* y el de *Asesoramiento económico y Acción del Protectorado*. Estos servicios son pues los que realizan materialmente las funciones de protectorado, aunque no todas y sin que quede definido el ejercicio de las restantes, las cuales deberían pues quedar atribuidas de algún modo a los titulares de, como mínimo la Subdirección y la Dirección General y el propio titular del Departamento. Así, el *Servicio de Registro y Asesoramiento* (vid. art. 8), del que depende la denominada *Sección de Publicidad Registral y Coordinación Administrativa* (vid. art. 9) gestiona el registro de fundaciones, tramita los expedientes de las inscripciones registrales y los expedientes sancionadores resultado del ejercicio de la función de protectorado. Por su parte, el *Servicio de Asesoramiento Económico y Acción del Protectorado* (vid. art. 10) tiene atribuidas, entre otras, las siguientes funciones de asesorar a las fundaciones y a las asociaciones en el cumplimiento de la normativa económica, inspeccionar y comprobar la cuentas, inspeccionar y comprobar el cumplimiento de las finalidades fundacionales y asociativas legalmente exigibles y proponer las resoluciones de autorizaciones y aprobaciones. No encontramos pues detalle sobre el resto de funciones del protectorado y alguna de las expresamente previstas nos plantea otro interrogante ya que los denominados expedientes sancionadores resultado del ejercicio de la función del protectorado no aparecen previstos en modo alguno en las atribuciones legales del protectorado, que como tal no impone, que se sepa, ninguna sanción ni tiene capacidad legal para ello, todo lo cual debería quedar resuelto en la anunciada ley del protectorado<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Los expedientes sancionadores podrían tener ahora un contenido relacionado con el régimen sancionador previsto en el ALP aunque resulta algo sorprendente que se hayan ya atribuido a una determinada unidad o servicio administrativo.

#### 4. El ámbito de actuación

El ámbito de actuación del protectorado (art. 336-1.2) incluye las “*fundaciones que se rigen por el presente código*” y las “*delegaciones de fundaciones extranjeras establecidas en Cataluña, si ejercen mayoritariamente sus actividades en Cataluña*”.

El ámbito de actuación es pues fiel reflejo, como no podía ser de otro modo, de las competencias de la Generalidad sobre fundaciones: la Generalidad ejerce el protectorado sobre las fundaciones que sean de su competencia, estando esta ya definida legalmente en el art. 311-1, que de acuerdo con el art. 118.2 del Estatuto de Autonomía (EAC), fija el criterio del desarrollo mayoritario de sus funciones en Cataluña.

##### 4.1. Un acuerdo derogatorio y su posible corrección parcial

El Libro III trató de ir un poco más allá en un intento de poder tener un cierto conocimiento y posibilidad de control sobre actividades fundacionales que se desarrollen en el territorio de Cataluña por parte de fundaciones que no fueran de su competencia directa. Así, el art. 331-9.1 fijó el deber para las fundaciones extranjeras, estatales o de competencia de otra comunidad autónoma, de establecer una delegación e inscribirla siempre que desarrollaran regularmente actividades en Cataluña.

Esta previsión generó una discrepancia competencial que fue objeto de un acuerdo que comporta la derogación práctica del precepto<sup>6</sup> al reconducirlo al criterio de la realización mayoritaria de funciones en Cataluña y de acuerdo con las competencias asumidas estrictamente en el art. 118.2 del Estatuto de Autonomía. Con ello y pese a no haberse reformado el texto legal, la aplicación del acuerdo comporta que el sistema de delegaciones sea, si es que puede mantenerse de algún modo –art. 331-9.4-, facultativo.

Además, al haberse modificado *de facto* el art. 331-9 puede abrirse la duda sobre las fundaciones extranjeras incluidas en el ámbito de aplicación del libro III, art. 331-1.c “*en los casos y los efectos dispuestos en el presente libro*” y sometidas al protectorado (art 336-1.2.b: “*si ejercen mayoritariamente sus actividades en Cataluña*”) ya que la interpretación derivada de la eliminación de los términos “*de manera regular*” podría dejarlas sin ningún tipo de control dentro del territorio del Estado.

Debe pues reafirmarse la competencia de la Generalidad de Cataluña sobre las delegaciones de las fundaciones extranjeras<sup>7</sup> que ejerzan no ya regularmente sino mayoritariamente sus funciones

---

<sup>6</sup> Lo pone de relieve de manera especialmente crítica FERRER (2009, p. 323). El acuerdo entre la Generalidad y el Estado se plasma en la Resolución de 30.1.2009, de la Secretaria de Estado de Cooperación Territorial (BOE núm. 40, de 16.2).

<sup>7</sup> FERRER (2009, p. 323) la defiende de acuerdo con el marco constitucional y la regulación de las fundaciones

en Cataluña, cumpliendo así el criterio de atribución del art. 118.2 del Estatuto pese a que éste no las cite expresamente. Puede tenerse en cuenta también que estas delegaciones quedan de modo muy claro fuera de la competencia estatal tal como la misma legislación estatal se ha configurado (arts. 7 y 36 LFE, art. 2.b RFE y arts. 11.b y 32.c RRFE) y sin entrar aquí en mayor debate sobre si la configuración estatal de la competencia las podría incluir –cosa que no parece probable– nos muestra el vacío legal que sobre las mismas podría producirse.

El art. 7 de la LFE establece el deber de establecer una delegación pero se mantiene neutro sobre la atribución de competencia al Estado o a las CCAA al referirse a que deben inscribirse en el Registro de Fundaciones “*competente en función del ámbito territorial en que desarrollen principalmente sus actividades*” (art. 7.1) y más claramente al establecer que “*las delegaciones en España de fundaciones extranjeras quedarán sometidas al Protectorado que corresponda en función del ámbito territorial en que desarrollen principalmente sus actividades...*” (art. 7.4). Entonces se vuelve fundamental a estos efectos el art. 36 LFE que declara como fundaciones de competencia estatal las que “*desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma*”. El criterio legal se confirma en el art. 2.b del Reglamento 13/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, que considera como tales a “*las delegaciones de las fundaciones extranjeras que actúen principalmente en el territorio de más de una comunidad autónoma, respecto de los bienes situados en España y de todas las actividades que realicen en territorio nacional*”. Y por si alguna duda podía quedar el art. 11.b del Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal (RD 1611/2007, de 7 de diciembre; BOE núm. 17, de 19.1.2008) deja fuera del registro estatal, por remisión al criterio fijado en su apartado a), a las fundaciones que no desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el de más de una Comunidad Autónoma, confirmándolo todavía en mayor medida el apartado c) al hacer obligatoria la inscripción de las fundaciones del sector público estatal con independencia de su ámbito territorial de actuación. El art. 32.c) del mismo Reglamento establece la denegación de la inscripción de la delegación en el registro estatal “*cuando la delegación de fundación extranjera no vaya a realizar sus actividades principalmente en todo el territorio español o en el territorio de más de una comunidad autónoma*”.

En este sentido, el ALP, en su disposición adicional segunda, disipa las dudas y vuelve a incluir el deber de establecer una delegación e inscribirla para las fundaciones extranjeras que ejerzan mayoritariamente sus funciones en Cataluña, las cuales están ya sometidas al protectorado, como hemos visto, de acuerdo con el art. 336-1.2.b. Por otro lado, no obstante, mantiene el criterio del acuerdo citado al referenciar al ejercicio mayoritario de sus funciones que queda fijado como supuesto de alteración del ámbito de actuación, cosa que comporta lógicamente, aunque quizá sólo sobre el papel, el traslado de protectorado.

Con ello, y sin la necesaria coordinación –sea derogando o modificando el texto del art. 311-9- se abandonaría totalmente ya la intención del texto inicial, quedando, como se ha dicho como una mera opción que con carácter facultativo pueden utilizar las fundaciones que regularmente o habitualmente desarrollen actividades en el territorio de Cataluña –art. 311-9.4-.

---

extranjeras realizada por el propio Estado pese a que destaca las dudas doctrinales sobre la posibilidad de establecer esta obligación de acuerdo con el derecho comunitario.

Para estos casos el ALP prevé (arts. 35 y 36) el recurso general a la colaboración entre las administraciones públicas legitimando al protectorado para solicitar información y colaboración a las autoridades que ejerzan las funciones de protectorado respecto de estas entidades –aunque lógicamente al ALP no puede obligarles a nada-, una colaboración que puede articularse mediante convenios.

#### **4.2. La inclusión de las asociaciones declaradas de utilidad pública**

El ámbito de actuación del protectorado podría incluir en el futuro expresamente aspectos relacionados con las asociaciones declaradas de utilidad pública (ADUP).

La declaración de utilidad pública fue traspasada a la Generalidad, para las asociaciones de su competencia, por el RD 1266/2007, de 24 de septiembre (BOE núm. 230, de 25.9) siendo estas funciones adscritas al Departamento de Justicia de acuerdo con el Decreto 6/2008, de 21 de enero (DOGC núm. 5056, de 25.1).

Algo que ya se está produciendo al haberse asignado a las estructuras administrativas que ejercen el protectorado las funciones de tramitación de los expedientes de declaración y revocación y de control de cuentas: así, la tramitación de los expedientes se atribuye al *Servicio de Registro y Asesoramiento* y la inspección y comprobación de cuentas al *Servicio de Asesoramiento Económico y Acción del Protectorado* (arts. 8.1.e y 10.c del Decreto 166/2008 –citado anteriormente-).

El ALP incluye las ADUP expresamente incluso en su título, en su primer artículo y les dedica su capítulo quinto (arts. 26-28) del que destaca que el protectorado asume su seguimiento a los efectos del mantenimiento de la declaración de utilidad pública, pudiendo, en su caso, iniciar el expediente para su revocación. El protectorado verificaría sus cuentas anuales, también las de sus entidades vinculadas en caso de existir (art. 34) y podría someterlas a su propia supervisión, sin que el texto del anteproyecto aclare en qué consiste esa posible supervisión aunque parece vincularse únicamente al mantenimiento de la declaración de utilidad pública.

#### **5. Las funciones del Protectorado**

El art. 336-2 establece las funciones atribuidas al protectorado partiendo de su función institucional o misión básica que es la de “*velar por que se cumplan las finalidades fundacionales, las disposiciones legales y los estatutos de las fundaciones y por que se respete la voluntad fundacional*”.

El listado de las funciones previstas por la ley se amplía recogiendo ahora más exhaustivamente las actuaciones del protectorado. Así, el art. 336-2.2 incluye con leves retoques todas las funciones previstas en el art. 48 LF 2001 a las que añade únicamente dos menciones de funciones ubicadas ahora en el artículo correspondiente pero que ya estaban igualmente previstas en la legislación anterior e integrables mediante la cláusula residual (art. 48.g LF 2001 y 336-2.2.i). Se trata de la legitimación para interponer la acción de responsabilidad contra los patronos –ya prevista en el art. 21.3- y de la mención expresa de las funciones de suplencia –prevista también en el art. 3.2-. Las novedades sustantivas se limitan pues a la reintroducción expresa de la potestad inspectora (apartado d *in fine*) y a la legitimación del protectorado para la impugnación de actos y acuerdos

contrarios a la ley o a los estatutos o que lesionen el interés de la fundación (apartado g).

El art. 336-2.2.i) mantiene una cláusula residual de cierre para atribuir al protectorado “*las demás establecidas por la ley*” que sirve tanto para las funciones recogidas por el mismo Código en otros artículos, y que éste artículo ya no reproduce sea por omisión o dándolas por supuestas, como para otras leyes que puedan hacer referencia al protectorado. Con ello, se deja la puerta abierta a la posibilidad que la anunciada ley del protectorado pueda añadir todavía alguna más, algo que el ALP hace del modo que ya hemos indicado, incluyendo también su propia cláusula residual (art. 5.m).

Pese a una cierta flexibilización del control sobre la gestión patrimonial, que parece más aparente que real, la regulación del protectorado mantiene un carácter fuertemente intervencionista, que puede todavía incrementarse con el desarrollo de las funciones y la potestad de inspección previsto, de acuerdo con la disposición transitoria cuarta, en la futura ley del protectorado: el ALP prevé efectivamente una regulación detallada de la función inspectora. No obstante, la novedad más relevante la encontramos con la introducción, por primera vez e incrementando todavía más el carácter intervencionista, casi como una derivación natural del desarrollo de la facultad de inspección, de un régimen sancionador sobre la fundación, que podría repetir en ciertos casos contra sus patronos, por la comisión de las infracciones que la misma ley tipifica. Sobre ello nos detendremos más adelante.

En relación a las funciones el ALP contribuye a su mejor organización al dividir las en tres grupos básicos<sup>8</sup> asesoramiento (art. 3), registro (art. 4) y supervisión y tutela (art. 5), con los añadidos de la regulación de la función inspectora (arts. 6-8) y la reiteración de la suplencia (art. 12). Sistemáticamente, no obstante, la técnica de la ley especial se presenta de modo deficiente al comportar la pervivencia de dos textos legales regulatorios de la misma materia ya que el ALP no se limita remitirse globalmente al libro III para todas las funciones ya previstas o a reproducir su contenido sino que atribuye nuevas funciones y reformula o desarrolla otras con lo que se puede caer en reiteraciones, dudas o posibles contradicciones. Esto nos llevaría a la necesidad futura de refundir ambos textos o a adoptar medidas más drásticas como se establece, acertadamente, en el caso de la inspección –arts. 5.j y 6 a 8 del ALP– para el que el ALP prevé, en su disposición derogatoria segunda la derogación de la disposición transitoria cuarta del libro III.

### 5.1. Funciones de Registro

Como funciones de registro encontramos (art. 336-2.2. apartados a y b), en primer lugar, la función de “*resolver las solicitudes de inscripción de las fundaciones, de las delegaciones de fundaciones extranjeras que deban establecerse en Cataluña y de los fondos especiales*”.

La función amplía la regulada anteriormente (art. 48.a) LF 2001) que se limitaba a “*resolver las solicitudes de inscripción de las fundaciones*” citando ahora expresamente ya en la regulación de la función los otros supuestos de inscripción previstos en el Libro III que incluye como ya se ha dicho la inscripción de las delegaciones de fundaciones extranjeras de las que, de acuerdo con la legislación anterior podía ser

---

<sup>8</sup> Podrían ser incluso más y quedar algo mejor organizadas. En este sentido pueden verse los arts. 42 a 48 del RFE.

suficiente su mera constancia (art. 49. i) LF 2001). La omisión en relación a las delegaciones previstas en el art. 311-9.1, que tampoco aparecen citadas en el art. 315-1, puede entenderse superada al haberse derogado en la práctica su deber de inscripción de acuerdo con la Resolución de 30.1.2009 citada anteriormente. No obstante, pese a que no se incluyen como tal en la disposición adicional segunda del ALP como hemos comentado anteriormente, el art. 4.a) del mismo puede introducir de nuevo confusión al referirse de modo más genérico, y de modo nuevamente parecido al texto inicial del art. 311-9.1, a "*las delegaciones de entidades reguladas por otras leyes que deban inscribirse en Cataluña*", lo cual de acuerdo con la disposición adicional citada solo va a afectar a las delegaciones de fundaciones extranjeras que ejerzan mayoritariamente sus funciones en Cataluña. Para las inscripciones que pudieran producirse facultativamente puede entenderse como suficiente lo ya previsto por el art. 311-9.4, aunque no aparezcan mencionadas en este mismo artículo.

Respecto de los fondos especiales que ya debían constar en el registro de acuerdo con la legislación anterior (art. 49.e LF 2001) el art. 334-2.1 les impone las formalidades aplicadas para la constitución de una fundación y el art. 334-8 establece el deber de inscripción en el Registro.

La inscripción de la fundación en el registro no presenta novedades sustanciales, siendo un deber de los designados como patronos (art. 331-10) que puede ser ejercido por el protectorado en funciones de suplencia (art. 331-11). Con la inscripción se cumple el requisito específico existente en el caso de las fundaciones, a diferencia de las asociaciones, previsto para la adquisición de la personalidad jurídica (art. 311-2) que establece, además de la manifestación de la voluntad en el acto de constitución (carta fundacional, art. 331-4), el cumplimiento de los requisitos fijados por la ley, entre los que debe entenderse incluido el "*deber de los patronos de solicitar la inscripción de la fundación*" (art. 331-10) y que esta se lleve efectivamente a la práctica ya que únicamente con esta inscripción la fundación adquiere personalidad jurídica (art. 311-1.4)<sup>9</sup>.

La resolución sobre la inscripción comporta -y sólo puede comportar- un control de legalidad. Todo lo estricto que el legislador estime oportuno de acuerdo con los requisitos existentes en cada momento pero sin que su aplicación pueda admitir arbitrariedad ni convertirse en un control de oportunidad. Se trata pues de tramitar y someter la solicitud de inscripción a un control de legalidad que verifique el cumplimiento de los requisitos fijados legalmente para su válida constitución, la cual finaliza con la inscripción y el consiguiente nacimiento de la fundación. Asimismo el protectorado debe verificar que la fundación es de su competencia de acuerdo con el ámbito territorial principal de actuación definida por la misma en sus estatutos.

En este sentido, deberán pues verificarse los requisitos -escritura pública- y contenido mínimo de la carta fundacional (art. 331-4), la cual debe incluir los estatutos que tienen a su vez un contenido

---

<sup>9</sup> El término "*definitiva*" incluido en el art. 311-1.4 parece no aportar nada más que confusión ya que al no existir una personalidad jurídica provisional ni una fundación en proceso de constitución regulada expresamente, pese a que pueda defenderse una cierta institucionalización de la fundación entre el otorgamiento de su carta fundacional y su inscripción la adquisición de la personalidad jurídica se sigue produciendo en todo caso mediante su inscripción. En este sentido lo comentamos anteriormente en LLOVERAS (2008, pp. 8-10).

mínimo (art. 331-9)<sup>10</sup>, la dotación (art. 331-5) y su aportación (art. 331-6) de la que se exige expresamente título, y la designación del patronato inicial, constando además la aceptación de un número suficiente de patronos para constituirse y poder tomar acuerdos válidamente (art. 331-10.2)<sup>11</sup>.

La verificación de todos estos requisitos por parte del encargado del Registro se mantiene dentro del control de legalidad de la constitución de la fundación al estar expresamente regulados en términos reglados legamente. No obstante, la formulación de las finalidades fundacionales y las actividades que se propone llevar a cabo la fundación es un elemento mucho más abierto a una valoración que puede superar el control de legalidad y adentrarse en el de oportunidad teniendo en cuenta además que, a pesar de lo amplio de las finalidades y a diferencia de lo previsto expresamente en el art. 3 LFE, el Código no incluye ningún listado de posibles finalidades sino que se refiere únicamente a "*finalidades de interés general*" (art. 331-1.1 *in fine*).

Existe otro requisito que puede introducir también algo de discrecionalidad en el proceso de inscripción: el proyecto de viabilidad económica para los dos primeros años de funcionamiento de la fundación que si bien no se incluye como requisito de la carta fundacional aparece como requisito "*para la inscripción en el Registro*" (art. 331-7).

Dejando ahora de lado un posible problema sobre la valoración del proyecto por parte del Registro teniendo en cuenta su propia competencia y la existencia de un *Servicio de asesoramiento económico*, la apreciación de la viabilidad carece de criterios establecidos por la ley con lo que se introduce un elemento quizá no suficientemente reglado dentro de un control que debería ser puramente de legalidad.

Por otro lado, la exigencia de un proyecto del que vaya a depender la inscripción parece contradictoria con la introducción de una dotación mínima, los bienes de la cual "*deben ser adecuados para iniciar o realizar las actividades fundacionales...*" (art. 331-5.1), que debe, además ser

---

<sup>10</sup> Así, los estatutos, que deben incluirse en la carta fundacional, deberán cumplir su contenido mínimo de acuerdo con lo indicado en el art. 331-9 teniendo a su vez varios de estos contenidos regulación expresa en otros artículos de la ley. Así, por ejemplo, la denominación que debe aparecer ya en la carta (art. 331-4.a), va a volver a aparecer en los estatutos –caso en que fija expresamente que debe incluir la palabra fundación y indicar su carácter público o privado– (art. 331-9.a) y deberá cumplir los requisitos fijados en las disposiciones generales (arts. 311-4 a 311-7). Lo mismo puede decirse del domicilio (arts. 331-4a, 331-9.c en relación con el art. 311-8).

<sup>11</sup> El art. 331-4 exige que conste su aceptación en la misma carta fundacional si se produce en ese mismo momento y de acuerdo con el art. 331-10.2 debe acreditarse para proceder a la inscripción que "*ha aceptado un número de patronos suficiente, de acuerdo con los estatutos, para constituir válidamente el patronato, actuar y adoptar acuerdos*". Los designados (art. 331-4) deben declarar expresamente (apartado e) que no incurrir en las causas de incapacidad previstas en el art. 332-3 apartados b) y c). La plena capacidad de obrar no parece que deba probarse de modo especial más allá de la acreditación de la mayoría de edad. Deberá verificarse también el cumplimiento de los requisitos específicos para poder ser patrono en representación de personas jurídicas (art. 332-3.3).

aportada (331-6) y que en caso de no tratarse de dinero sino en bienes o derechos exige también un informe pericial (331-6.3). En este sentido, el proyecto de viabilidad, aunque facilita la labor del protectorado, puede parecer algo excesivo y más propio de un sistema basado en la inexistencia de cuantía mínima dotacional como ocurre con la LFE, caso en que, pese a tener un menor calado, ha sido duramente criticado<sup>12</sup>.

En segundo lugar, el art. 336-2.2 b recoge la función de *“llevar el registro”* que además de incluir la resolución de las solicitudes de inscripción comporta de acuerdo con el art. 315-1 las funciones de calificación, inscripción y certificación pudiendo también comportar la de depósito de cuentas y otros documentos.

El ALP amplía el listado de las funciones de registro. Así, su art. 4 además de reproducir, con la modificación ya indicada, el art. 336-2.a, parece querer desmenuzar el *“llevar el registro”* que ahora desaparece e incluye: *“verificar la regularidad formal de los datos suministrados por las fundaciones respecto de los actos inscribibles”*; *“analizar la viabilidad económica de las fundaciones, la adecuación de la dotación inicial y la idoneidad de las finalidades fundacionales”*; *“aprobar la modificación de estatutos, fusión, escisión y, cuando corresponda, la disolución de las fundaciones y de sus fondos especiales”*; *“publicar los balances sociales y los otros documentos indicadores de transparencia de las fundaciones respecto de su gestión y la determinación de sus beneficiarios”* y, finalmente *“garantizar el acceso efectivo a los datos del registro”*.

## 5.2. Funciones de asesoramiento

Las funciones de asesoramiento están recogidas en el apartado c) del art. 336-2.2 con la fórmula: *“asesorar (a) las fundaciones para el cumplimiento de las finalidades fundacionales y (a) los órganos de gobierno para el cumplimiento de sus obligaciones”*.

En este caso la ley reconoce las actividades de asesoramiento llevadas a cabo por parte del protectorado –tal como lo hacía el art. 48c LF 2001- y fija prácticamente un derecho de las fundaciones a ser asesoradas de un modo muy amplio. No obstante, destacan quizá en este caso las ausencias.

---

<sup>12</sup> En ese caso no existe como tal ningún proyecto de viabilidad con carácter general sino que el informe que debe realizar el Registro se refiere, junto a la idoneidad de los fines, a la adecuación y suficiencia de la dotación (arts. 12 y 35 LFE y en el mismo sentido art. 43 RFE y 28.1 RRFE). Debe tenerse en cuenta además que la LFE establece una presunción de suficiencia de la dotación que fija en 30.000 € (art. 12.1) y, únicamente, cuando la dotación sea de valor inferior, deberá justificarse por parte del fundador su adecuación y suficiencia en relación a los fines fundacionales debiendo presentar un primer programa de actuación junto con un estudio económico que acredite su viabilidad utilizando exclusivamente dichos recursos. En estos casos puede suponerse que el informe del Registro puede tener una cierta relevancia pero no puede afirmarse lo mismo cuando estemos ante la aplicación de la presunción legal de suficiencia aunque ésta deba informarse para verificar su adecuación a las finalidades fundacionales. Pese a ello, buena parte de la doctrina ha criticado duramente el carácter preceptivo y vinculante de dicho informe -llegándolo a tildar de inconstitucional- por la arbitrariedad que puede comportar. Véase en este sentido, la síntesis de las posiciones doctrinales en ATIENZA NAVARRO (2008, pp. 142 y ss).

En primer lugar, y habiendo observado que nada se dice al respecto en las funciones de registro, del reconocimiento de la función de asesoramiento por parte del protectorado sobre las fundaciones en proceso de constitución<sup>13</sup> o para las personas con voluntad de constituir alguna fundación. Por otro lado, una concepción amplia del protectorado podría también incluir funciones relacionadas con el fomento, el impulso o la difusión de las actividades de las fundaciones<sup>14</sup>.

En este caso el ALP reproduce en su art. 3.a) el art. 336-2.2.c) y añade de manera también amplia –bajo la rúbrica “asesoramiento y soporte”, los aspectos comentados. Así, la información y el asesoramiento para la constitución de fundaciones o fondos especiales (art. 3.b) y el fomento y difusión (art. 3.c y d). Además su apartado e) incluye también el fomento de la mediación para solucionar los conflictos que puedan producirse en los órganos de gobierno, entre los patronos, colaboradores o beneficiarios. La llamada a la mediación no marca como tal ninguna función sino que nos indica un posible modo de proceder por parte del protectorado viéndose aquí el ALP influenciado por la reciente aprobación de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado<sup>15</sup> que, pese a dirigirse fundamentalmente a la mediación familiar, incluye expresamente los conflictos relacionales surgidos en el ámbito de las asociaciones y las fundaciones (art. 2.2.a). Por otro lado, el protectorado también puede recurrir a la mediación, con una concepción diferente, cuando se trate de intentar impedir o aminorar una sanción a la fundación (art. 25).

### 5.3. Funciones de control

El mayor desarrollo se produce en el caso de las funciones de control o supervisión, que incorpora la potestad inspectora. El control público sobre las actividades de las fundaciones es la razón de ser del protectorado repitiéndose pues en este caso parcialmente la misión genérica del apartado primero del art. 336-2.1 en el apartado d) del art. 336-2.2 que establece la función de “*velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y de los estatutos de las fundaciones*”.

Su ejercicio abarca toda la vida de la fundación incluyendo desde el control de las actividades que deben guardar relación con las finalidades fundacionales hasta la supervisión del proceso de extinción de la fundación, pasando por el control patrimonial, de la gestión económica y de los cambios en la organización institucional de la fundación. De este modo, podemos subdividir la noción de control o supervisión tomando en cuenta el aspecto de la vida de la fundación sobre el que se manifiesta.

El art. 336-2.2.d recoge la función de “*velar*” pero la dota ya de contenido material al poner a disposición del protectorado los instrumentos “*mediante*” los cuales va poder convertir ese “*velar*” en un control efectivo sobre las actividades de la fundación. Los instrumentos son la “*la verificación de las cuentas anuales y el ejercicio de la potestad de inspección*”.

---

<sup>13</sup> Algo recogido expresamente por la LFE, art. 35.b) y en la práctica totalidad de las restantes leyes autonómicas (vid. art. 36.2 a LFPV; 28.2b LFCM; 48.1a LFG; 45.a LFA; 29.c LFCV; 35.a LFC; art. 43 LFLR y art. 33.2 LFCL).

<sup>14</sup> En este sentido art. 35.d LFE y también varias leyes autonómicas como las ya citadas.

<sup>15</sup> DOGC 5432, de 30.7.

No obstante, los instrumentos de control no son únicamente estos ya que tienen también esta configuración el resto de funciones previstas en los apartados siguientes entre los que encontramos la aprobación de las modificaciones estructurales, de estatutos y de la disolución de la fundación (apartado e), el sistema de autorizaciones (apartado f) y la legitimación del protectorado para interponer acciones de responsabilidad contra los patronos y de impugnación de acuerdos (apartado g). Todo ello reforzado con la potestad de inspección y con la posibilidad ulterior de solicitar la intervención judicial (art. 336-4) que otorga al protectorado, en los casos más graves, el control directo de la fundación.

Debe tenerse también en cuenta que pueden existir mecanismos de control interno creados por la propia fundación de acuerdo con sus estatutos (art. 331-9.g) y que también puede ejercerse un cierto control, más relacionado con la voluntad fundacional, en caso que los fundadores se hayan reservado, de acuerdo con el art. 332-4.4, la facultad de designar, separar y renovar a los patronos y los cargos del patronato. También puede contribuir al autocontrol la separación de las funciones de gobierno y de gestión ordinaria de la fundación (art. 332-2) asumiendo entonces el patronato el control sobre las decisiones ejecutivas tomadas por el equipo de gestión en aplicación de sus propios acuerdos.

El ALP agrupa las funciones de control, llamadas ahora de supervisión y, un tanto falazmente, tutela, en el art. 5. Se reproduce el art. 336-2.d) en su primer apartado (letra a) pero se separa el ejercicio de la función de inspección que pasa a tener un apartado propio (letra j) y como ya hemos dicho una regulación detallada (arts. 6 a 8). El resto de las funciones reproducen el texto del libro III, si bien desaparece la aprobación de las modificaciones estructurales (336-2.e) que han sido atribuidas expresamente en el artículo dedicado a las funciones de registro, pese a ser una clara medida de control. Así, aparecen con leves retoques en su redacción los apartados siguientes del art. 336-2: f) *la autorización de actos* (art. 5.c); g) *legitimación para interponer la acción de responsabilidad contra los patronos y para la impugnación de acuerdos* (separadas ahora en los apartados e y f del art. 5); h) *suplencia de la falta de actuación* (genéricamente en el apartado g del art. 5 y reiterada en el art. 12); y, i) *cláusula residual* (art. 5.m). Las novedades pues del ALP se limitan sustancialmente a: la potestad sancionadora (apartado l) ya que el resto de funciones, pese a no tener un apartado propio en el libro III se encuentran implícitas en su texto. Así, *tomar conocimiento formal de los actos que deben comunicarse* (art. 5.d), al tener ya el deber de comunicarlos la fundación en varios casos como los actos de disposición patrimonial sujetos a este régimen - art. 333-1.2-; *la emisión de requerimientos al patronato* (apartado h), previsto, en los arts. 331-11.1 y .2, 332-6, 332-8.4, 335-2.3, 335-5.3 y 336-4.2; y finalmente, *la interpretación, suplencia e integración de la voluntad fundacional* (apartado i) que encontramos, aparte de la misma reiteración del ALP respecto del art. 5.g, en el art. 336-2.h con el sentido que ahora se le quiere atribuir en el art. 331-11. Prácticamente lo mismo puede decirse del apartado b) que incorpora “*comprobar que las fundaciones actúen con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de los beneficiarios*” ya que pese al valor simbólico positivo que puede comportar su inclusión es un extremo que no deja de tener cabida en la función genérica de verificar el cumplimiento de las

disposiciones legales, al ser este uno de los principios de actuación de las fundaciones incluido ya específicamente en el art. 331-1.3.

#### **a. Control del patrimonio y de la gestión económica**

Podemos destacar, en primer lugar, el control sobre el patrimonio y sus modificaciones que incluye el control sobre la dotación, los cambios de composición patrimonial y sobre las actividades desde un punto de vista económico. Todo ello persigue asegurar una correcta gestión económica con un doble objetivo: el mantenimiento de la dotación evitando la descapitalización de la fundación y la generación de rentas o otras fuentes de financiación que deben aplicarse obligatoriamente a las actividades de la fundación, evitando en ambos casos posibles abusos por parte de fundadores, patronos y terceros.

Es ésta una intervención, sin duda intensa, que puede no encajar bien con el reconocimiento de la capacidad jurídica plena de la que disfruta la fundación al someterla a una supervisión que incluye la necesidad de autorización previa para actos o negocios que cualquier persona con plena capacidad puede realizar por si sola. La existencia del interés general pero también la mayor importancia en muchos casos de las contribuciones públicas por la vía de subvenciones, ayudas y conciertos y la existencia de un régimen tributario especial siguen justificando este tipo de control.

Los instrumentos básicos de control son en este caso el sistema de autorizaciones (art. 336-2.h y art. 333-1.3) y comunicaciones (art. 333-1.2) para actos de disposición patrimonial y la verificación de las cuentas anuales.

##### **(i) Sistema de autorizaciones y comunicaciones**

El control o la supervisión se manifiestan especialmente sobre la realización de actos dispositivos que afecten al patrimonio de la fundación. El protectorado actúa de este modo, tal como establece el mismo texto legal, como supervisor de estas actividades económicas de las fundaciones.

Cabe advertir, en primer lugar, que se utiliza un concepto amplio de patrimonio –como conjunto de bienes, derechos y obligaciones– sin distinguir entre la dotación o los bienes dotacionales<sup>16</sup> y el resto del patrimonio que pueda tener la fundación por lo cual el control sobre los actos de disposición se proyecta sobre todos los bienes y derechos de los que sea titular la fundación.

---

<sup>16</sup> Tal como se establecía en la LF de 1982 que fijaba este tipo de control únicamente sobre la dotación (vid. art. 4) y que ya fue abandonado en la LF 2001 (vid art. 39). En cambio, se mantiene en la LFE 2002 (vid. art. 21) que distingue entre bienes y derechos que forman parte de la dotación, bienes y derechos de la fundación directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales y bienes y derechos distintos de los anteriores.

Ello tiene sentido teniendo en cuenta la multiplicidad de fuentes de financiación de los que puede disponer una fundación al margen de la propia dotación como mecanismo de generación de rentas y de aumentos de patrimonio para la fundación. Así, las fundaciones se financian también –y quizá de manera fundamental- con el producto de actividades mercantiles –tal como el mismo libro III autoriza con carácter general, art. 333-6-, con aportaciones públicas por la vía de subvenciones y ayudas, por donaciones de particulares y mediante el mecenazgo empresarial o las aportaciones anuales realizadas por sus propias empresas fundadoras<sup>17</sup>.

No obstante, el control generalizado por esta vía sobre todo el patrimonio fundacional no se compadece demasiado bien con la introducción de un requisito de cuantía mínima dotacional, la cual además no se somete, al menos en la previsión legal, a un control sobre su mantenimiento, dándolo quizá por evidente y englobado en el control global. Además, el deber de reinversión, que nuevamente tiene sentido en relación a la lógica de la dotación o los bienes dotacionales, parece perderla para el resto del patrimonio que podría dedicarse más fácilmente y por propia decisión de la fundación a la realización de actividades o a la obtención de liquidez o financiación.

En este sentido, el deber de reinversión establecido en el art. 333-1.1 *-in fine-* que afecta también a la totalidad del patrimonio puede ser exonerado por la vía de la autorización previa de acuerdo con el art. 333-1.3.d) con lo que el protectorado podrá autorizarlo caso por caso, algo que podría haberse flexibilizado en mayor medida al menos para los bienes no dotacionales.

Proyectado pues el control sobre todo el patrimonio y sobre cualquier acto dispositivo parece lógico que se haya mantenido la intención de flexibilizar el régimen de este tipo de control para no imposibilitar la actividad de la fundación mediante un sistema que admite, además de la autorización previa, la simple comunicación posterior.

La autorización previa no se requiere, de acuerdo con el art. 333-1.3, para cualquier acto de enajenación, gravamen o disposición sobre bienes o derechos que integren el patrimonio de la fundación, tal como tampoco se requería en la ley anterior<sup>18</sup>, sino que es únicamente necesaria cuando se pretenda llevar a cabo actos de disposición, gravamen o administración extraordinaria y siempre que, además, se cumpla uno de los siguientes supuestos: que los bienes o derechos objeto de disposición hayan sido adquiridos con dinero proveniente de subvenciones públicas; que el donante así lo hubiere exigido o que así se fije en los estatutos; o bien, en caso que el producto de la operación no se reinvierta totalmente en el patrimonio de la fundación –supuesto

---

<sup>17</sup> La pérdida de centralidad de la dotación fue ya destacada por FERRER (1998, pp. 134 y ss).

<sup>18</sup> Así, en el art. 39 LF 2001. Tampoco existía con carácter general en la Ley de 1982 que, pese a tener una configuración más restrictiva, incluso preveía (art. 4) que el protectorado pudiera excepcionar las condiciones para la enajenación fijadas por los fundadores o incluso su carácter oneroso; pese a que exigía autorización previa para el gravamen o consumo de parte de los bienes de la dotación.

éste último que puede convertir la autorización previa en norma general-.

En estos casos deberá solicitarse la autorización del negocio jurídico el cual, debe ser además oneroso y respetar las condiciones establecidas por los fundadores o por los donantes de los bienes de los que se disponga. Estos dos requisitos, junto con el cumplimiento de lo previsto en los estatutos, son los que propiamente debe valorar el protectorado sin que parezca que pueda ir más allá y entrar a valorar la oportunidad económica de la operación. En defecto de lo establecido en los estatutos de la fundación, el art. 333-1.2 impone<sup>19</sup> la acreditación documental de la necesidad y la conveniencia de las operaciones que se vayan a realizar y que los patronos dispongan de información adecuada, algo que el protectorado quizá no esté siempre en la mejor posición para valorar.

Cabe advertir que la Disposición Adicional segunda recupera la tradicional distinción entre dotación y bienes directamente vinculados al cumplimiento de la finalidad fundacional y el resto del patrimonio de la fundación<sup>20</sup>, cosa que hace a los efectos de exigir, para los primeros, un informe económico validado por técnicos independientes que justifique que la operación responde a criterios económico-financieros y de mercado, con lo que, dicho sea de paso, la ley externaliza nuevamente costes para el protectorado trasladándolos a la propia fundación. El informe se exige únicamente para bienes o derechos que integran la dotación o en caso de inmuebles o derechos de valor singular directamente vinculados siempre que las operaciones tengan una repercusión económica superior a 60.000 euros o al 20% del activo de la fundación, con lo que pese a la exigencia de autorización se flexibiliza en parte su tramitación para el resto del patrimonio.

La autorización requiere una resolución expresa del protectorado la cual puede producirse por silencio administrativo positivo pasados dos meses a partir de la solicitud (art. 333-1.4), excepto únicamente en caso que el protectorado haya solicitado documentación relativa a la solicitud, caso en que debería abrirse un nuevo período o establecer expresamente la suspensión del cómputo del plazo de dos meses hasta la recepción de la documentación solicitada.

En esta materia puede producirse un conflicto entre dos normas vigentes y contradictorias ya que, sorprendentemente, el Libro III no deroga completamente la LF 2001 al salvar la vigencia de los arts. 51 y 52. El problema se plantea respecto del plazo que de acuerdo con el art. 51 LF 2001 es de tres meses y que

---

<sup>19</sup> Pese a que su ubicación sistemática pueda hacer parecer lo contrario estas previsiones son aplicables a todos los actos de disposición si bien pueden estar moduladas por las propias normas que la fundación se haya dado en sus estatutos.

<sup>20</sup> Los bienes y derechos que formen parte de la dotación tienen este carácter ya desde su inclusión como tal en la carta fundacional mientras que la vinculación directa se produce por declaración de voluntad expresa del fundador, del patronato, del donante o incluso por resolución del protectorado o de la autoridad judicial (D.A. 2ª, b).

ahora el art. 333-1.4 ha fijado en dos meses<sup>21</sup>. El art. 29.3 del ALP mantiene el plazo de dos meses para los actos de autorización previstos en el art. 333-1 y soluciona la contradicción al prever la derogación de los arts. 51 y 52 de la Ley de 2001.

En cambio, para actos de enajenación, gravamen o cualquier otro acto de disposición de los bienes y derechos que integren el patrimonio de la fundación es suficiente, de acuerdo con el art. 333-1.1 en relación con el art. 333-1.2, la comunicación al protectorado en el plazo de treinta días hábiles a partir del momento en que se realizan<sup>22</sup>.

Al margen de la comunicación, estos actos van a verse reflejados ya en las cuentas anuales y de acuerdo con la Disposición adicional segunda, apartado c, “deben hacerse constar en el libro inventario y en la memoria de las cuentas anuales presentadas al protectorado”. Quizá por ello, el incumplimiento de este deber de comunicación queda sin consecuencia en el texto del libro III.

Algo que, como veremos, puede verse modificado ya que el art. 17.e del ALP considera una infracción grave “incumplir el deber de comunicar al Protectorado los actos y acuerdos en relación con los cuales la ley establece esta obligación”.

El libro III sí fija consecuencias para la realización de actos que requieran autorización sin haberla solicitado, algo que puede aplicarse también a los casos ya no concebidos por parte del legislador de realización del acto pese a la denegación de la autorización, al constituir ello un supuesto de inspección habiendo de ser, por tanto, en este marco donde se puedan tomar las medidas que se consideren oportunas, sin que la ley pueda servir de guía en este punto. Parece claro, no obstante, que régimen sustantivo del negocio jurídico no parece estar condicionado por la necesidad de una autorización de carácter administrativo algo que hace difícil poder instar la ineficacia del acto cuando éste ya se haya realizado.

El ALP va más allá y considera la realización de actos sin la preceptiva autorización como una infracción muy grave (art. 16.a).

Por lo que respecta a las autorizaciones cabe advertir, finalmente, que el libro III, no regula unitariamente todos los actos relacionados con la gestión económica para los que se requiere,

---

<sup>21</sup> Parece posible afirmar no obstante, aunque no lo haga la disposición transitoria segunda del libro III, que las solicitudes de autorización de actos de disposición presentadas a partir de la entrada en vigor del libro III deberán regirse por el nuevo plazo, pero que el anterior sigue siendo la norma general para el resto de solicitudes de autorización en los que el libro III no haya fijado un plazo específico.

<sup>22</sup> FERRER (2009, p. 349) aboga por una interpretación finalista del precepto que reduzca el cumplimiento de este deber de comunicación a actos que tengan por objeto bienes de una cierta magnitud económica a la par que nos recuerda la muy limitada utilidad de la comunicación.

debiéndose tener en cuenta las previsiones específicas que se realizan en los artículos 332-9.2 –negocios jurídicos entre la fundación y sus patronos-, 332-10.2 –relación laboral entre la fundación y sus patronos- o 333-4.1 –participación de la fundación en sociedades con asunción de responsabilidad personal-.

El art. 332-9.2 prevé el caso de los contratos de compraventa, arrendamientos de bienes inmuebles o muebles de extraordinario valor, de préstamo de dinero o de prestación de servicios retribuidos realizados entre la fundación y los patronos y personas especialmente vinculadas a los patronos (según el listado del art. 312-9 en relación al conflicto de intereses).

El art. 332-10.2 somete a autorización previa, como hemos destacado anteriormente, el contrato que articule la relación laboral o profesional entre un patrono y la fundación, en aquellos casos en que, de acuerdo con el art. 332-2, que insiste también en la autorización previa, esto sea posible

El art. 333-4.1 la requiere para la constitución o participación en sociedades por parte de la fundación con asunción de responsabilidad personal. En este último caso el Libro III sí que introduce una modificación en el sentido de flexibilizar, tal como se hace notar en el Preámbulo, la intervención del protectorado. Así, respecto de la adquisición o tenencia de acciones o participaciones sociales que confieran a la fundación, directa o indirectamente, el control de sociedades que limiten la responsabilidad de los asociados (sic) el Libro III (art. 333-4.2) ha modificado el régimen anterior (art. 39.4 LF 2001) pasando de la autorización previa a la comunicación.

(ii) Verificación de cuentas.

El segundo pilar del control que ejerce el protectorado sobre la gestión patrimonial es la verificación de las cuentas anuales.

El deber de presentación de las cuentas anuales a cargo del patronato está previsto en el art. 333-9. Las cuentas anuales, reguladas en los artículos 333-7 a 333-12 incluyen (333-8) el balance de situación, la cuenta de resultados, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo y una memoria en la que, además de completar, ampliar y comentar la información del balance y de la cuenta de resultados, deben detallarse las actuaciones llevadas a cabo en cumplimiento de las finalidades fundacionales.

La verificación se produce en términos contables y económicos y su presentación está fuertemente reglamentada por el plan contable aprobado por el Decreto 259/2008, de 23 de diciembre<sup>23</sup>. El protectorado verificará el cumplimiento de todos los deberes de formulación y su

---

<sup>23</sup> El Decreto deroga el anterior plan, aprobado en 2003 (Decreto 43/2003) como consecuencia de las previsiones de la LF 2001, y adapta ya las normas contables al Libro III. Debe citarse aquí el art. 49.4 de la Ley 16/2008, de 23 de diciembre, de medidas fiscales y financieras, que a consecuencia de la consulta formulada por la *Coordinadora Catalana de Fundacions* estimada en este punto por una resolución interpretativa de la DGDIEJ (de 1.8.2008, puede consultarse en la web del Departamento) ha modificado la Disposición transitoria tercera del libro III para hacer aplicable el deber de formulación, aprobación y presentación de las cuentas de acuerdo con el libro III al primer ejercicio iniciado después de la entrada en vigor del libro III, es decir, el de 2009, corrigiendo así la previsión “irrazonable” (FERRER, 2009, p. 354) y calificada como “error material” en la misma resolución, de hacerlo aplicable

corrección formal teniendo siempre en cuenta la aplicación obligatoria del 70% de las rentas y demás ingresos netos anuales al cumplimiento de las finalidades fundacionales (art. 333-2.1).

Debe tenerse en cuenta, además, el deber de auditoria de estas cuentas anuales que pesa sobre las fundaciones de mayor importancia económica –en este sentido previsto ya en art. 32 LF 2001- con lo que se facilita al protectorado su labor a cargo de la propia fundación. Así, de acuerdo con el artículo 333-11, se exige legalmente la auditoria externa si durante dos años consecutivos se cumplen como mínimo dos de los tres requisitos que enumera este artículo: *“a) que el total del activo de la fundación sea superior a seis millones de euros; b) que el importe del volumen anual de ingresos ordinarios sea superior a tres millones de euros; y c) que el número medio de trabajadores durante el ejercicio sea superior a cincuenta”*.

El ALP, en su art. 9, prevé, como reacción al ya citado caso Palau –aunque posterior al documento de *“Medidas”* citado anteriormente-, la generalización del recurso a la auditoria externa cuando, sin que tenga que cumplirse ninguno de los requisitos citados anteriormente, se den circunstancias excepcionales que la aconsejen. Pese a la necesidad de motivación que se impone en la resolución que debe emitir el protectorado para su imposición estas circunstancias quedan, como se ve, totalmente indeterminadas. Su introducción, que comporta nuevos posibles costes para las fundaciones, puede ser algo positivo aunque no debería obviarse que las circunstancias excepcionales pueden aconsejar, cuando no imponer, el recurso directo a la inspección realizada por el mismo protectorado sin que la dicha auditoría la pueda sustituir ni demorar más aun cuando la incorporación de más información evaluable en el control de cuentas y el rigor en su examen pueden ser, según el caso, perfectamente suficientes.

Finalmente, cabe destacar que las cuentas, el informe anual sobre el cumplimiento del código de conducta previsto por el art. 333-10 y la auditoria son, tal como establece el art. 333-12 públicos, algo que debe permitir el acceso a esta información por parte de terceros interesados y permitir así un cierto control social que pueda eventualmente reforzar el ya ejercido por la administración a la vez que da mayor transparencia a la realidad de las fundaciones, cosa que les permite aumentar o mantener la confianza de sus donantes, de la administración y de sus beneficiarios. Además, como es sabido y con modelos diferentes hace ya años que muchas fundaciones difunden sus actividades y sus datos económicos mediante el denominado balance social y su presencia en Internet.

El ALP lo recoge parcialmente (Disposición adicional 4<sup>a</sup>), volveremos sobre ello más adelante ya que el balance social supera claramente el control de cuentas y se orienta a dar una información que sirva para valorar el impacto de las actividades de la fundación sobre sus finalidades y objetivos.

---

al mismo 2008 cuando el libro III, aprobado en abril, no entró en vigor hasta tres meses después.

(iii) La posible inclusión de las “entidades vinculadas”.

El ALP incluye previsiones respecto de entidades vinculadas a fundaciones o a asociaciones declaradas de utilidad pública (ADUP) para obligarlas, de acuerdo con el art. 34, a presentar las cuentas anuales de estas entidades junto con las propias cuentas<sup>24</sup>.

Pese a lo discutible de los criterios que determinan la vinculación -entre los que no aparece, por ejemplo, la creación de una entidad por otra- esta nueva obligación puede ser un instrumento positivo para intentar garantizar y mantener el control efectivo por parte de la administración sobre fundaciones y asociaciones aunque, del mismo modo que se afirma más adelante en relación con la identificación de los convenios de colaboración, un mayor rigor en el examen de las cuentas y su mayor conexión con su justificación de las actividades y movimientos de capital en relación a las finalidades podría ser ya perfectamente suficiente.

De acuerdo con el art. 32 ALP la vinculación existe si se da cualquiera de los tres siguientes casos: a) cuando los miembros de los respectivos órganos de gobierno coincidan en más de un 50% equiparándose aquí los casos de relación familiar, parafamiliar o hasta de amistad dada la amplísima referencia a “*otras personas con que se esté especialmente vinculado por vínculos de afectividad*” y de representación o unidad de decisión previstos en el art. 312-9.3; b) cuando las operaciones con trascendencia económica entre estas entidades representen más del 20% del total de gastos del ejercicio contable; y, c) cuando el inmovilizado de una de las entidades provenga o haya sido financiado en más de un 30% por otra entidad.

Pese a que la redacción del art. 32 ALP parece tener un alcance general debe matizarse que el deber de presentación de cuentas parece únicamente previsto para los casos en que las fundaciones y las ADUP tengan entidades vinculadas. Lo mismo puede decirse del deber de comunicación de la compatibilización de cargos al protectorado -que en el ALP ya no deberá aprobarla, sino simplemente conocerla<sup>25</sup>- de acuerdo con la redacción del art. 33 ya que son los miembros del patronato y las personas con funciones directivas que deben comunicar tal situación cuando tengan a su vez poder de decisión directo o indirecto en una entidad vinculada. Parece pues que el deber existe cuando sean esas las que dominen a otras entidades o se sitúen en la cúspide de una organización de varias personas jurídicas -algo que quizá un patrono pueda desconocer pero no la fundación dominante-. Con ello se da solución legal para casos como la organización del Palau de la Música (fundación, asociación y consorcio) y se deja fuera, parece que con buen criterio, los casos en que son las fundaciones o ADUP las que están vinculadas por otras personas jurídicas como puedan ser clubs deportivos o bancos.

---

<sup>24</sup> El ALP aumenta en este caso la exigencia respecto de lo anunciado en el documento “*Medidas*” pasando del balance consolidado al deber para la fundación o asociación de presentar las cuentas de sus entidades vinculadas junto con las propias.

<sup>25</sup> Esta posibilidad, si bien no suficientemente concretada, se había anunciado en el documento “*Medidas*”, punto 12: “*La compatibilidad de cargos en diferentes entidades que estén vinculadas deberá ser conocida y, si procede, autorizada por el Protectorado de fundaciones*”.

(iv) Incumplimiento del deber de presentación de cuentas.

El libro III regula específicamente aunque ya dentro del capítulo dedicado al protectorado el incumplimiento del deber de presentación de las cuentas anuales (art. 336-3).

Ante tal incumplimiento, el protectorado queda legitimado para tomar las medidas establecidas por la ley y también para solicitar la intervención judicial de la fundación, previsto aquí como un caso diferenciado de los recogidos en el artículo siguiente (art. 336-4). El precepto nos remite de nuevo a algún otro o incluso a la futura ley del protectorado, ya que no establece cuales son estas “medidas establecidas por la ley” entre las que podemos destacar, además de un elemental requerimiento a la fundación para la presentación de las cuentas o la solicitud de información, la posible apertura de un procedimiento de inspección siempre que el incumplimiento se haya reiterado dos ejercicios (Disp. Tr. 4<sup>a</sup>)<sup>26</sup>.

En caso de optar directamente por la solicitud de intervención judicial por esta causa parece que habrá de regirse también por lo previsto en el art. 336-4 que regula específicamente la solicitud, especialmente por lo que respecta al requerimiento previo para que la fundación adopte las medidas pertinentes, algo que en este caso podría comportar la presentación de cuentas fuera de plazo pero evitando la intervención. Además, la no presentación de cuentas debería ir acompañada o bien ser un indicio de las circunstancias que el art. 336-4.1 establece como supuestos en los que el protectorado puede solicitar la intervención judicial, aunque quizá pueda interpretarse ya como “una gestión gravemente irregular”.

El ALP ya no dedica un artículo específico al incumplimiento del deber pero persiste en su inclusión tanto como supuesto de inspección -sin que deba ya reiterarse para ello- (art. 6.2.a) y como supuesto que legitima la solicitud de intervención temporal (art. 11) aunque como caso independiente. Además, de acuerdo con el inventario que deberá realizar el protectorado (Disposición adicional 7<sup>a</sup>) el incumplimiento de la presentación de cuentas en los tres años anteriores a la aprobación de la ley -algo que implícitamente reconoce que la fundación puede no haberse visto sometida ni a inspección ni a intervención- puede llevar a la solicitud de disolución judicial.

No obstante, la consecuencia inmediata más directa de la no presentación de cuentas por parte de la fundación es la imposibilidad de obtener subvenciones o ayudas de la Administración de la

---

<sup>26</sup> Encontramos aquí algún problema de coordinación entre estas previsiones. Así, la mera falta de presentación de las cuentas legitima para solicitar la intervención judicial (art. 336-3-1) mientras que para abrir una inspección ese mismo incumplimiento debe producirse como mínimo dos ejercicios (Disp. Tr. 4<sup>a</sup>). Parece más lógica la previsión inversa teniendo en cuenta que quizá antes de instar la intervención judicial pueda ser conveniente inspeccionar la fundación. Además, pese a que la legitimación en este caso para la solicitud de intervención judicial pueda tener un cierto efecto persuasivo sobre la fundación cabe tener en cuenta su uso relativamente limitado y que debería ser la última de las medidas a tomar al ser, sin duda, la más extrema e intrusiva en la autonomía de la fundación.

Generalidad (art. 336-3.1). La medida comporta, no obstante, la necesidad de coordinación de los Departamentos de la Generalidad y la transmisión fluida de esta información, algo que también debería incluir, como mínimo, los entes locales de Cataluña<sup>27</sup> e idealmente cualquier otra administración en virtud del deber de colaboración.

En este sentido el ALP (art. 35.3) parece ir en la buena línea al obligar a la administración de la Generalidad y a los entes locales a solicitar al protectorado información sobre el cumplimiento del deber de presentación de cuentas. Más ágil sería quizá la inclusión en las convocatorias correspondientes del requisito de acreditación de la presentación de cuentas mediante certificación emitida por el mismo protectorado. El círculo pretende cerrarse obligando también a las administraciones concedentes a comunicar al protectorado las subvenciones otorgadas con lo que su control puede ser más efectivo.

La fundación que no presenta cuentas tiene, además, el acceso a la inscripción de actos en el Registro fuertemente restringido teniendo únicamente acceso los actos citados por la ley, los cuales tienden a buscar una salida a la situación que pueda haber provocado la no presentación de cuentas o bien para poder hacer constar la liquidación y disolución de la fundación. Así, además del acceso para los asientos ordenados judicialmente, el art. 336-3.2 prevé también los casos de cese de patronos, revocación de delegaciones de facultades, revocación o renuncia de poderes, extinción de la fundación y nombramiento de liquidadores.

El ALP incluye este caso como posible objeto de sanción al considerar como infracción grave (art- 17.a) “el incumplimiento del deber de presentar las cuentas anuales” y, aunque el art. 16.d ya considera infracción muy grave la reiteración en la comisión de infracciones graves el mismo art. 16.a) califica como muy grave “incumplir en más de un ejercicio el deber de presentación de cuentas anuales” que se amplía también a la auditoria externa y a las cuentas de las entidades vinculadas.

#### **b. Control de la adecuación de las actividades a las finalidades fundacionales**

Más allá de la corrección sobre las cuentas queda un elemento abierto a la valoración que debe ser también verificado por el protectorado, a pesar de sus exiguos medios para hacerlo, quizá ahora incrementados con la potestad de inspección, como es la adecuación de las actividades realizadas a las finalidades fundacionales. Más allá pues de la correcta gestión económica, de la aplicación obligatoria de las rentas y del cumplimiento de todas las obligaciones contables debe todavía preguntarse qué está haciendo la fundación para poder verificar si sus actividades se dirigen al cumplimiento de las finalidades fundacionales.

La respuesta a esta pregunta se encuentra fundamentalmente en la memoria de las actividades que debe formar parte de las cuentas anuales de manera separada de la información complementaria de los datos estrictamente económicos. La memoria, prevista en el art. 333-8.e)

---

<sup>27</sup> Véase en este sentido el art. 2.3 EAC y téngase en cuenta que la nueva redacción, fruto de la ya citada Ley 16/2008, del art. 331-2.2 sobre las fundaciones públicas se refiere expresamente a la administración local de Cataluña.

debe detallar las actuaciones que se han realizado en cumplimiento de las finalidades fundacionales y para ello el Libro III exige que se concrete el número de beneficiarios y los servicios por ellos recibidos. Quizá se podría exigir algo más pero el libro III se quedó ahí y el ALP tampoco ha profundizado en esta posibilidad, al margen de permitir la publicación del balance social desde su propio registro.

La regulación de la memoria se desarrolla en el Decreto 259/2008 que siguiendo los tres modelos de formulación de cuentas para los tres grandes tipos de entidades que establece en función de su volumen económico<sup>28</sup> fija tres tipos de memorias (normal, abreviada y simplificada)<sup>29</sup> pese a que a los efectos que aquí nos interesan tienen contenido idéntico. Así, además de incluir la información complementaria y explicativa de los aspectos contables en los múltiples apartados en donde esta se pueda requerir, la memoria debe incluir:

*a) descripción específica de las actividades realizadas durante el ejercicio y su forma de gestión; b) descripción específica de las ayudas otorgadas, con mención de los criterios y la forma de asegurar que satisfacen el interés general y que incorporan la perspectiva de género y de las mujeres en su otorgamiento; c) información sobre las personas usuarias o beneficiarias de las actividades descritas, separando la información por sexos y detallando el impacto diferencial de estas actividades sobre hombres y mujeres y, d) información sobre las acciones realizadas para promover condiciones de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres durante el año”.*

La regulación unitaria de la memoria supera claramente las previsiones legales al incorporar criterios que pueden no tener nada que ver con las finalidades fundacionales instrumentalizando estas memorias para otras finalidades con lo que, además parece desviarse de su función primordial que no es otra que la de ofrecer al protectorado una explicación sobre la adecuación de las actividades a las finalidades fundacionales que en este tipo de memoria puede no quedar suficientemente explicitada. Así, se insiste en la información relacionada con la perspectiva de género, que parece ser el eje de la información a detallar, al incluirse expresamente en las letras b) y c) y especialmente en el apartado d) cuando las fundaciones pueden no tener esa promoción entre sus finalidades.

Por el contrario, no se hace ninguna referencia a, por ejemplo, la distribución territorial o el impacto, más o menos real, de sus proyectos en el desarrollo económico, social o territorial. En este sentido los balances sociales van a desbordar claramente el contenido y la utilidad de dicha memoria. Además, se omite cualquier referencia a los criterios de imparcialidad y de no discriminación en la determinación de los beneficiarios que son principios rectores de la

---

<sup>28</sup> Con un criterio no coincidente con el previsto en el libro III para fijar un control algo más intensivo sobre las fundaciones de mayor relevancia económica (vid. arts. 332-2 –obligatoriedad de separar la dirección de la gestión ordinaria del patronato-, en relación con el art. 333-11 –auditoria de cuentas-, 332-9.2 –prohibición de contratación- y 332-10.2 –excepción a la gratuidad de los cargos-)

<sup>29</sup> Vid art. 3 y regla 3a de las normas de elaboración de las cuentas anuales del Decreto 259/2008.

actuación de la fundación de acuerdo con el art. 331-1.3 que no deben valorarse únicamente en relación al género ni a las posibles ayudas.

El ALP incluye (art. 5.b) como función del protectorado “*comprobar que las fundaciones actúan con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de beneficiarios*” pero el ejercicio de esta función puede quedar sin contenido si no se incorpora en la memoria o en algún otro tipo de documentación. En este sentido, la proyectada reforma del plan contable si bien no lo incluye expresamente parece poder tenerlo en cuenta al deber constar los criterios utilizados para la selección de los beneficiarios y deber informar sobre la publicidad de las convocatorias y su resultado. El proyecto de modificación del plan contable persiste pues en esta configuración de la memoria e incluye únicamente, como clara reacción a una de las múltiples aristas del caso Palau, el deber de identificar los convenios de colaboración suscritos con otras entidades, su impacto económico y su repercusión en el mejor cumplimiento de las finalidades fundacionales. Pese a que con ello los flujos de capital puedan quedar mejor identificados debemos tener en cuenta que un mayor rigor en el examen de las cuentas y su mayor conexión con la descripción de las actividades en relación con las finalidades fundacionales ya podía ser suficiente para evitar los hechos que han motivado esta nueva posibilidad. No siempre van a existir convenios de colaboración y parece evidente que fijar un control sobre los mismos puede comportar que las entidades no los suscriban y los sustituyan por acuerdos mucho más puntuales y más o menos discretos. Lo que parece en todo caso más relevante es que quede justificada la salida de capital o recursos de una fundación en relación con las finalidades de la misma fundación lo que debe exigirse y verificarse exista o no convenio con las entidades receptoras. Este aspecto es, como se sabe, uno de los más polémicos e incomprensibles del caso Palau del que salieron aportaciones a una determinada fundación vinculada a un determinado partido político o incluso a una determinada persona con la intención de constituir otra fundación que nunca llegó a existir, sin que el protectorado, que podía incluso desconocer un posible convenio de colaboración, lo detecte o lo pueda identificar en el control de cuentas ni exija –en su momento– justificación de tal movimiento en relación a las finalidades.

Ahí pues debería centrarse la tarea valorativa del protectorado teniendo en cuenta únicamente las finalidades de cada fundación, su capacidad para realizar actuaciones y el volumen económico de la misma. No debe, sin embargo, tratarse aquí estrictamente de ningún tipo de valoración sobre la eficiencia de las actuaciones ya que legalmente puede exigirse únicamente que las actividades se adecuen a las finalidades.

En este sentido sería quizá conveniente la separación total de la memoria respecto de las cuentas<sup>30</sup> y su potenciación junto con otros mecanismos como el balance social para hacer más visible para el protectorado y para el conjunto de la sociedad este tipo de información y para incluir información de carácter cualitativo más que meramente cuantitativo –número de actos, número de personas que visitan una determinada exposición, etc.– como el que ya podemos leer en memorias de varias fundaciones accesibles *online*<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> En este sentido podría tenerse en cuenta, pese a las diferencias de modelo, el art. 24 del Reglamento del Protectorado de Fundaciones del País Vasco (Decreto 100/2007, de 19 de junio, BOPV núm. 188, de 28.9).

<sup>31</sup> Además es destacable el nacimiento de algunas iniciativas de control social que han tomado también la forma de fundación con el objetivo de fomentar la transparencia y la información para aumentar así la confianza de toda

En este sentido el ALP incorpora –art. 4.e)- la posibilidad que el registro publique –¿por qué no *online* como se prevé para las sanciones?, art. 22.3- “*los balances sociales y otros documentos indicadores de transparencia*” aunque solo da una especie de modelo para los balances sociales (Disposición adicional 4ª).

### c. Modificaciones estructurales y disolución

El control se manifiesta también sobre las modificaciones estructurales de la fundación y llega también a ejercerse sobre su disolución. Así, se requiere la aprobación del protectorado de la modificación de los estatutos, la fusión, la escisión y, en algunos casos también para la disolución de las fundaciones o de sus fondos especiales (art. 336-2.2.e).

El control que ejerce el protectorado en el proceso de constitución de una fundación tiene una continuación lógica para este tipo de cambios o incluso para su extinción. Este apartado unifica en el listado de funciones del protectorado las previsiones que ya se contienen en la regulación de cada uno de los supuestos en los cuales se detallan los requisitos o los límites existentes en cada caso que configuran esta aprobación como un control de legalidad de los acuerdos adoptados.

El control sobre la modificación de los estatutos (art. 335-1.2) tiene pleno sentido al tratarse de la norma básica que regula la vida de la fundación que ha sido constituida de acuerdo con los mismos y que el protectorado habrá validado en el momento de su constitución. El protectorado, no obstante, limita aquí su intervención a un control de legalidad que incluye el respeto a la voluntad fundacional, la cual debería haber quedado plasmada lo más claramente posible en los estatutos iniciales, ya que en caso contrario se abrirá la puerta a su interpretación o estaremos ante una laguna. La modificación parte de un acuerdo del patronato presidido por el interés de la fundación y debiendo tener en cuenta la voluntad de los fundadores.

La aprobación de la modificación por parte del protectorado se limita a cumplir un control de legalidad y, habiendo cumplido los requisitos legales el acuerdo de modificación, ya formalizado en escritura pública, únicamente puede ser no aprobado, mediante resolución motivada, si es “*contraria a la ley*”, si “*contraviene a una prohibición expresada por los fundadores*” o bien si “*se aparta de la voluntad de los fundadores en lo que afecta a la denominación, las finalidades, la aplicación de los recursos, el destino de los bienes sobrantes o la composición del patronato*”.

Así, por “*contraria a la ley*” se puede denegar la modificación que no haya respetado los requisitos para su aprobación y la que pretenda vulnerar los requisitos mínimos de los estatutos (art. 331-9). En el mismo sentido puede afirmarse para la modificación de los fondos especiales (art. 334-5.2). Por otro lado, una “*prohibición expresada por los fundadores*” debería encontrarse como cláusula de los mismos estatutos la cual no puede vulnerarse siendo en este caso el papel del protectorado claro como guardián de esa

---

la sociedad como posibles donantes de fondos. Véase, por ejemplo, el caso de la *Fundación Lealtad*.

voluntad, del denominado principio de la voluntad del fundador, y en el mismo sentido el protectorado tiene como deber seguir velando por esa voluntad para impedir que los patronos modifiquen las normas básicas en los aspectos citados en el apartado c) del art. 335-1.2. Tendrán pues aquí un papel clave las normas para la reforma de los estatutos que se contengan en los mismos para poder autorizar una modificación sobre estos aspectos ya que de lo contrario cualquier modificación sobre los mismos podría apartarse de la *“voluntad de los fundadores”*.

Los acuerdos de fusión o de escisión de las fundaciones deben ser también aprobados por el protectorado. De nuevo parece tratarse únicamente de un control de legalidad sobre el procedimiento, previsto con carácter general en las disposiciones generales del libro III (arts. 314-1 y 314-2 respectivamente) y del mantenimiento de la voluntad del fundador ya que tanto para la fusión como para la escisión se parte también del mismo principio y en ambos casos el acuerdo no puede adoptarse y, por tanto, tampoco podría aprobarse por el protectorado, en caso de existir una prohibición de los fundadores (arts. 335-2.1 y 335-3.1).

El control de legalidad se manifestará también en cuanto estos acuerdos comporten la creación de una nueva fundación la cual deberá cumplir los requisitos generales para su constitución, algo que el libro III recuerda expresamente en el caso de la escisión. No obstante, la cláusula abierta presente en ambos casos de *“si conviene para cumplir mejor las finalidades fundacionales”* y la ausencia en estos casos de limitaciones claras a la posible no aprobación pueden indicar un margen mayor para el control de oportunidad de estas operaciones por parte del protectorado que podría entrar a valorar la motivación de la fusión o de la escisión y no aprobarla por insuficiente motivación, aunque parece que no pueden aplicarse aquí como un automatismo los criterios fijados en el art. 335-2.3 que habilitan al protectorado para instar la fusión, como criterios habilitantes para su aprobación.

Para la disolución se requiere también la aprobación del protectorado (art. 335-5.2) en el caso que ésta se deba al *“cumplimiento íntegro de la finalidad”* o *“imposibilidad de alcanzarla”*, algo que también se requiere para la extinción de un fondo especial (art. 334-6.3) pero también si se debe a otras causas establecidas por los estatutos. Se trata pues de validar el acuerdo de disolución siempre que este sea necesario al no tratarse de una causa automática o de *“pleno derecho”* como puede ser el vencimiento del plazo para el que fue constituida. El protectorado tiene pues aquí la posibilidad de validar la disolución o bien instar a la fundación a fusionarse con otra en caso que esa imposibilidad de alcanzar la finalidad fundacional pueda reconducirse de este modo.

Esta materia no aparece regulada en el ALP que se limita a clasificar esta función, un tanto sorprendentemente, dentro de las funciones de registro (art. 4.d) aunque al mismo tiempo las atribuye al Consejero/a titular de Departamento (art. 29).

#### d. Legitimación para impugnación de acuerdos y acción de responsabilidad

El art. 336-2.g) otorga legitimación al protectorado para ejercer la acción de responsabilidad contra los patronos –ya prevista en el art. 21.3 LF 2001 y en los arts. 12.3 y 15.2.d LF 1982- y, como novedad, otorga también legitimación para la acción de impugnación de acuerdos, decisiones o actos contrarios a la ley o a los estatutos o que lesionen el interés de la fundación –tal como se incluyó ya en la legislación estatal, arts. 35.2 LFE 2002 y 32.3 LFE 1994-.

La responsabilidad de los patronos ejercitable mediante esta acción incluye (art. 332-11) los daños que causen a la fundación por el incumplimiento de la ley o de los estatutos o por actos o omisiones negligentes en el ejercicio de sus funciones, las cuales deben ser ejercidas con la diligencia propia de un buen administrador (art. 332-8). Se trata pues, propiamente, de una acción de la fundación contra los patronos que le hayan causado daños y en este sentido es perfectamente explicable que pueda ser utilizada por el protectorado, por ejemplo, en defecto del patronato o más claramente, si puede afectar a todos los patronos<sup>32</sup>, aunque no se establece legalmente ningún orden de prevalencia o de subsidiariedad para el ejercicio de la acción.

Una futura ley del protectorado podría fijar esta relación y quizá ahondar en las posibilidades de exigir responsabilidades a los patronos sin que deba tratarse en todo caso de una acción judicial. Esta no es por el momento la opción presente en el ALP que parece pretender ampliar, al menos nominativamente, el alcance de la acción de responsabilidad contra los patronos que completa, como veremos más adelante, con una acción de reembolso para el caso de las sanciones que hayan sido impuestas a la fundación.

El ALP mantiene la legitimación para el protectorado (art. 5.e) para interponer la acción de responsabilidad contra los patronos, aunque añade, entendemos que sin ánimo reductor en relación al art. 332-11, *“que no cumplan los deberes inherentes a su cargo”*. La coordinación entre textos se complica en relación con el art. 10 del ALP que además de calificar esta acción de responsabilidad como *“civil”* parece limitarla, posiblemente con ánimo ejemplificativo o desarrollando el mismo 332-11 –que tiene una redacción mucho más general- a los casos de *“desvío de fondos o recursos de la fundación o respecto de las finalidades de la fundación, así como por el incumplimiento del deber de conservación del patrimonio (art. 10.2)”*. Con ello se incluye expresamente la posible acción de la fundación contra los patronos pese a que con este contenido ya tenía cobertura en el art. 332-11 al ser un caso evidente de daño causado por los patronos a la fundación. En el mismo sentido el art. 10.3 incluye *“el incumplimiento del deber de información o de abstención en caso de conflicto de intereses, o la vulneración de la prohibición de autocontratación siempre que se hayan lesionado los intereses de la fundación (art. 10.3)”*. Reaparece pues aquí el caso Palau y aunque parece también evidente que se trata de un daño a la fundación no estaría de más aclarar la relación entre el art. 332-11 y el 10 del ALP.

---

<sup>32</sup> El art. 332-11.6 y 7 incluye la responsabilidad de todos los miembros del patronato (exceptuando los patronos disidentes o que no hayan participado en la adopción ni en la ejecución del acuerdo) cuando la responsabilidad no pueda imputarse a una o más personas determinadas y la fija con carácter solidario.

La legitimación para la impugnación de acuerdos por parte del protectorado complementa la legitimación prevista con carácter general en el art. 312-11 sin que quepa duda sobre el interés legítimo del protectorado para impugnar un determinado acuerdo. No obstante, la legitimación puede tener un papel más bien reducido si tenemos en cuenta que pueden existir acuerdos que el patronato no debe comunicar al protectorado por lo que este puede desconocer y, en el otro extremo, tampoco debe confundirse con la posibilidad de no aprobación o autorización de actos que deriven de acuerdos que el protectorado resuelve ya antes de una impugnación por la vía de su no aprobación. Entre los dos extremos encontramos la posibilidad de impugnación de acuerdos que se deban únicamente comunicar al protectorado y de los que lleguen a su conocimiento por otras vías.

En todo caso, la posibilidad de impugnación de acuerdos por parte de protectorado deberá seguir las disposiciones previstas en los arts. 312-11 y 312-12, especialmente en lo referente a los plazos de caducidad de la acción de impugnación.

#### 5.4. La inspección

La novedad más relevante en materia de control la encontramos en el libro III con la reintroducción expresa de la potestad de inspección que amplía la capacidad de control y de intervención del protectorado. La inspección no es como tal ninguna función si no un medio para llevar a cabo con mayor potencia instrumental la función genérica y genuina del protectorado.

La potestad de inspección había aparecido ya en la ley de 1982 estableciendo su art. 15.2 c que el protectorado podía, cuando lo considerase necesario, y a los efectos de comprobar el cumplimiento de las finalidades fundacionales y de las obligaciones establecidas por la ley, practicar la inspección de los libros, de los documentos y de las actividades de las fundaciones; previendo además el respeto a las prescripciones legales en caso de tener que entrar en los domicilios o los locales de las fundaciones. La inspección, en cambio, no aparece en la ley de 2001 que se limita en este punto (art. 48, repitiendo también parcialmente el art. 47) a velar por el cumplimiento de las finalidades fundacionales (apartado d) y a verificar, mediante la presentación de las cuentas, el cumplimiento de los estatutos y de las obligaciones establecidas por la ley (apartado e).

Esta potestad debe ser desarrollada por una ley del protectorado de acuerdo con el mandato contenido en la Disposición Transitoria 4ª la cual reproduce casi literalmente la ley de 1982 para fijar el objeto de la inspección en *“los libros, documentos y actividades”* y recordar la existencia de garantía constitucional sobre la entrada en domicilios aplicable también a las personas jurídicas con un escueto *“debe hacerse de acuerdo con la ley”*.

No obstante, el libro III establece ya un listado abierto de supuestos en los que se considera que el protectorado tiene la potestad, aunque no legalmente el deber, de iniciar una inspección, cuyo procedimiento, objetivos y consecuencias quedan también sin regulación a la espera de la citada ley.

Estos supuestos son los casos en los cuales se tienen indicios, por varias causas, de la posible desviación de las actividades de la fundación de sus finalidades. Son los siguientes:

*“a) no presentar las cuentas anuales durante, al menos, dos ejercicios; b) realizar operaciones sujetas a autorización previa, sin haberla solicitado; c) no responder, de manera reiterada, a los requerimientos del protectorado, o presentar una respuesta cuyo contenido sea insuficiente; d) mantener una inactividad continuada; e) no destinar el porcentaje establecido por ley para el cumplimiento de las finalidades fundacionales; f) sufrir un deterioro de la masa patrimonial que incapacite la fundación para cumplir sus finalidades fundacionales; y, g) destinar recursos a gastos no relacionados con el objeto fundacional o desproporcionados respecto al volumen de ingresos”.*

El desarrollo de la función de inspección se incluye en los arts. 6 a 8 del ALP para regular los supuestos (art. 6), el alcance de la potestad de inspección (art. 7) y el ejercicio y las actas de inspección (art.8). Se prevé además la derogación de la Disposición transitoria 4ª citada. Puede destacarse aquí que entre los supuestos de inspección el ALP además de reproducir todos los ya incluidos en el libro III incluye tres casos más. Así, el *“incumplimiento de la obligación de comunicación en los casos en que sea legalmente preceptivo”* (art. 6. c); el *“incumplimiento del deber de cubrir las vacantes en el patronato dificultando el desarrollo de las actividades fundacionales”* (art. 6.i) y el *“incumplimiento del deber de adaptar los estatutos a la normativa vigente”* (art. 6.j). En estos supuestos la inspección debería, no obstante, limitarse, a los casos en que se hayan desatendido requerimientos previos de información –que ya es un supuesto independiente- y en defecto de la posible actuación en funciones de suplencia del mismo protectorado. Los tres casos son, además, posible objeto de sanción a la fundación (art. 17 apartados e, i y j).

La *Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas* en ejercicio de sus funciones de protectorado aprobó un plan de inspección de fundaciones para 2009<sup>33</sup> -previsto ahora ya con carácter general en el art. 10.2 ALP- que selecciona de entre estas causas la no presentación de cuentas durante al menos los dos últimos ejercicios y desarrolla la no respuesta a los requerimientos del protectorado fijando el *“no haber respondido en el plazo fijado a las deficiencias observadas por el protectorado en el análisis de las cuentas anuales”*. La mención de estos casos no debe entenderse en ningún caso como impedimento para la apertura de un expediente de inspección si se detecta cualquiera otra de las causas tal como da a entender claramente su exposición de motivos.

Se incluye además la posibilidad, que se determina mediante sorteo, de abrir inspecciones también sobre fundaciones que no hayan manifestado ninguno de los indicios que con carácter general legitiman la inspección<sup>34</sup>. Algo que, pese tener un anclaje legal algo discutible<sup>35</sup>, envía un

---

<sup>33</sup> Resolución, JUS/14/2009, de 13 de enero, de la *Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas* por la que se aprueban los criterios generales que deben regir el Plan de inspección de fundaciones para el año 2009 (DOGC núm. 5299, de 19.1).

<sup>34</sup> La Resolución JUS/14/2009 mantiene la discrecionalidad al establecer que *“(S)erán susceptibles de ser objeto de un expediente de inspección...”* y incluye el criterio del sorteo (apartado c del punto 1 de la Resolución), el resultado del cual fue hecho público por Resolución de 17 de febrero (JUS/360/2009; DOGC núm. 5324, de 23.2), que se determina según la última cifra del número de inscripción de la fundación.

mensaje claro a todas las fundaciones sobre la nueva configuración de una inspección que las puede afectar a todas y que según su propia exposición de motivos *“dota de objetividad la determinación de las entidades susceptibles de ser objeto de una inspección”*.

Extender de este modo la potestad de inspección si bien puede parecer positivo muestra al mismo tiempo una cierta desconfianza del protectorado hacia todo el conjunto de mecanismos de control de los que ya dispone, los cuales pueden, siempre que el presupuesto lo permita, ampliarse de este modo. Lo mismo puede afirmarse de la inclusión en el ALP de una solicitud de auditoría externa en circunstancias excepcionales (art. 9) tal como se ha comentado anteriormente.

Por otro lado, debería tenerse en cuenta que el protectorado puede también instar la intervención judicial de la fundación en los casos que comentamos más adelante. La inspección puede, sin duda, contribuir a documentar mejor esta solicitud.

### 5.5. Funciones de suplencia

Finalmente, el apartado h) atribuye al protectorado funciones de suplencia respecto de *“la falta de actuación de los fundadores o de los ejecutores de la voluntad fundacional y la falta de actuación de los patronos o de los encargados de liquidar la fundación, en los casos en que la ley establece esta modalidad de intervención”*.

En relación a la constitución de la fundación, a la que parece referirse la primera parte del apartado h, el protectorado tiene amplias funciones de suplencia, recogidas en un artículo anterior (331-11) que le permiten incluso inscribir de oficio la fundación. En el caso de la fundación creada por acto entre vivos parece, no obstante, que la función de suplencia debería respetar una eventual voluntad del fundador de no desarrollar su proyecto o bien de demorarlo.

El libro III no contempla esta posibilidad al declarar tajantemente como irrevocable el otorgamiento de la carta fundacional en el art. 331-4.2 si bien el art. 331-12 reconoce el supuesto de imposibilidad de constitución que va a deberse al incumplimiento de los requisitos legales, situación que puede ser provocada por los fundadores. Si la constitución deviene imposible se permite, en defecto de previsión diferente, la reversión de los bienes a los fundadores. En cambio, para la constitución mortis causa la imposibilidad se resuelve, en defecto de previsión sucesoria diferente, legitimando al protectorado para

---

<sup>35</sup> La potestad de inspección citada en el art. 336-2.d viene definida legalmente en la disposición transitoria cuarta que pese a redactarse de forma amplia incluyendo que *“el protectorado puede inspeccionar, cuando lo considere necesario, los libros, documentos y actividades”* parece luego limitar los supuestos de inspección a los previstos en la misma disposición que, aunque se fijan en un listado abierto por efecto de la mención *“entre otros”* no incluyen ninguna referencia a un sistema aleatorio el cual debería, en este sentido, estar previsto legalmente. El art. 6.2 ALP encarga la elaboración de un Plan anual de inspección al protectorado legitimándole pues legalmente para hacerlo y también para definirlo más ampliamente al habilitarlo para fijar los criterios determinantes de las fundaciones susceptibles de inspección.

dar a los bienes un destino de interés general que se corresponda lo más posible con la voluntad fundacional en cuanto a la finalidad y al ámbito territorial.

Además sin un mecanismo que garantice que el protectorado recibe información sobre las escrituras en las que se formalice una carta fundacional el precepto puede quedar sin demasiada virtualidad práctica, algo que el ALP pretende corregir al ampliar el deber de colaboración de los notarios –actualmente previsto expresamente para las disposiciones mortis causa, art. 331-11.3- al otorgamiento de cualquier carta fundacional (Disposición adicional 3ª) de la que deberán remitir copia simple al protectorado.

En cambio, para la constitución *mortis causa* la atribución queda quizá más justificada ya que la voluntad del fundador ha quedado plasmada en el instrumento correspondiente, testamento o codicilo, y puede darse la necesidad de tener que darle cumplimiento en el sentido pleno de hacer cumplir la voluntad fundacional en defecto de la actuación de las personas designadas para hacerlo, las cuales pueden no atender a la voluntad del causante con un posible ánimo defraudador de su voluntad. Por ello, sin tener que entrar a valorar sus posibles motivos pero teniendo en cuenta que no resultan obligados legalmente, parece perfectamente justificada la atribución de esta función al protectorado (art. 331-3.3 y 331-11.2).

En este caso, el art. 331-11 permite la inscripción de oficio por parte del protectorado pero siempre que se haya producido ya el otorgamiento de la carta fundacional y hayan aceptado su designación un número suficiente de patronos. En cambio, si los designados ni tan siquiera han otorgado la carta fundacional el protectorado, después de requerirles a que lo hagan y previa autorización judicial, podrá otorgarla y proceder a continuación a su inscripción debiéndose cumplir también el requisito de la aceptación de un número suficiente de patronos. Para el cumplimiento de este requisito, que puede bloquear la constitución, tanto entre vivos como mortis causa, el protectorado puede llegar a nombrar sustitutos (art. 331-11.1).

Se pueden producir, no obstante, dos problemas de diferente tipo. En primer lugar, la articulación de esta voluntad fundacional en una fundación que hasta que no exista como tal no tiene capacidad sucesoria, algo que el libro IV del Código ya salva expresamente (art. 412-2)<sup>36</sup>. En segundo lugar, un problema de carácter más práctico en relación a cómo puede el protectorado llegar a tener conocimiento de esta voluntad fundacional. Problema resuelto ya por el Reglamento notarial que imponen a los notarios el deber de informar al protectorado sobre la existencia de este tipo de disposiciones *mortis causa*<sup>37</sup>, que el art. 331-11.3 establece también

---

<sup>36</sup> El art. 412-2 del Código (Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones; DOGC núm. 5175, de 17.7; BOE núm. 190, de 7.8) establece específicamente la capacidad sucesoria de las personas jurídicas, como ya hacía el art. 10.2 del anterior Código de sucesiones, y la reconoce para el caso de “las personas jurídicas que el causante ordene crear en su disposición por causa de muerte, si se llegan a constituir”.

<sup>37</sup> El art. 99 del RD 45/2007, de 19 de enero, de modificación del Reglamento notarial de 1944 (BOE núm. 25, de 29.1) da una nueva redacción al art. 179 del Reglamento, reformulando el deber, ya existente anteriormente, de los

expresamente<sup>38</sup> y que el ALP pretende extender, como hemos comentado anteriormente, a la constitución entre vivos<sup>39</sup>.

La segunda parte del apartado h) unifica el resto de casos en los que de un modo u otro se establece la actuación del protectorado como función de suplencia. Así, se produce también cuando la fundación ya existe y funciona previendo algunos casos de inactividad del patronato relativos a la no adopción del acuerdo de disolución, el nombramiento de patronos, la convocatoria del patronato, la auditoria de cuentas y la modificación de los estatutos.

Debe pues reconstruirse esta función para buscar, al menos en el mismo libro III, *“los casos en que la ley establece esta modalidad de intervención”*, que a nuestro entender son los siguientes.

En primer lugar, el protectorado tiene la facultad de instar la disolución judicial de la fundación cuando se produzca una causa para la misma y el patronato no haya adoptado el correspondiente acuerdo (art. 335-5). Además (art. 335-6), el protectorado actuará subsidiariamente como liquidador de la fundación que se disuelve en defecto del patronato y de los liquidadores. En segundo lugar (art. 332-6), el protectorado puede completar el patronato haciendo los nombramientos necesarios, en caso de vacantes no cubiertas por el mismo patronato habiendo sido requerido previamente a este efecto, pudiendo también en este caso instar la disolución de la fundación. En tercer lugar (art. 332-7.3), el protectorado puede convocar, previa petición en este caso de alguno de los patronos, la reunión del patronato en los casos en los cuales la convocatoria resulta obligatoria (tal como se haya determinado en los estatutos o normas de funcionamiento y por solicitud de una cuarta parte de sus miembros tal como establece el mismo art. 332-7) y el patronato no lo hace, tal como también se establece en las disposiciones generales (art. 312-4). En cuarto lugar (art. 332-8.4), el protectorado, también a petición de los interesados, puede requerir a la fundación para que realice una auditoria cuando el patronato no haya acordado su realización en caso que haya sido solicitada por una tercera parte de los patronos y tal como establece el mismo art. 332-8.4. En quinto y último lugar, respecto de la modificación de los estatutos, que resulta obligatoria para el patronato cuando *“sobrevienen circunstancias que impiden cumplir razonablemente las finalidades fundacionales establecidas por los estatutos o si estas han devenido ilícitas o han quedado obsoletas”* (335-1.3) el protectorado puede acordarla de oficio o bien a instancia de quien tenga un interés legítimo en caso que la modificación no haya sido llevada a cabo por el patronato, pese a que no exista un plazo específico para realizarla. En este caso se presenta la alternativa ante la imposibilidad de poder cumplir razonablemente las finalidades fundacionales entre modificar la definición estatutaria de las mismas o bien acordar la disolución o tomar otras medidas como la fusión con otra fundación como se ha destacado anteriormente.

---

notarios de hacer llegar esta información a la administración correspondiente, haciendo aparecer ahora expresamente al protectorado como destinatario de la misma, la cual se facilita enviando copia simple de la cláusula notarial *“a los organismos administrativos competentes que ejerzan el protectorado”*.

<sup>38</sup> *“Los notarios, a fin de facilitar el ejercicio de las funciones de suplencia, deben informar al protectorado del otorgamiento de cartas fundacionales que sean consecuencia de disposiciones testamentarias de constitución de fundaciones por causa de muerte, mediante el envío de una copia simple de la escritura pública”*

<sup>39</sup> Algo que al configurarse como una obligación puede desbordar la competencia de la Generalitat (art. 147 EAC) y que debería incluirse en el Reglamento notarial.

El ALP recoge la función de suplencia (art. 5.g) y le dedica un artículo específico (art. 12) que se limita a remitirse al Código civil y a legitimar al protectorado para solicitar medidas cautelares para proteger el patrimonio y la voluntad del fundador.

### 5.6. La intervención judicial

El protectorado, como colofón del conjunto de medidas de las que dispone para el ejercicio de sus funciones, puede también instar la intervención judicial de la fundación que, en caso de acordarse, determinará la pérdida de control sobre la fundación por parte del patronato y la asunción por el protectorado de sus funciones legales y estatutarias.

Se trata, por tanto, de una medida excepcional que afecta de manera máxima a un ente con personalidad jurídica, reconocida incluso constitucionalmente (art. 34 CE) y que, goza, por tanto, de garantía judicial. El protectorado pese a poder obtener en este caso el control total de la fundación, únicamente puede llegar a esta situación por la vía de una resolución judicial que la acuerde y autorice, con lo que el título del artículo 336-4 puede parecer no del todo exacto<sup>40</sup>.

La gravedad de la medida se relaciona con la de las causas legitimadoras de la solicitud (art. 336-4.1): una gestión gravemente irregular, una gestión que ponga en peligro la continuidad de la fundación y una divergencia grave entre las actividades que realiza y sus finalidades fundacionales, con el añadido de la no presentación de cuentas (art. 336-3.1). Se trata pues de supuestos en los que el protectorado deberá intervenir para intentar garantizar la continuidad de la fundación salvaguardando así el interés general y reconduciendo la gestión y las actividades de la fundación a los fines fundacionales.

En estos casos además parece claro que la conducta individual de los patronos que puedan ser responsables no debería quedar impune y por ello el ALP (art. 10.2) ha introducido el desvío de fondos en el ámbito y la no conservación del patrimonio en el ámbito de la acción de responsabilidad, aunque como hemos comentado anteriormente el supuesto general de haber causado daños a la fundación (art. 332-11.1) ya permite entenderlos incluidos.

La intervención se define legalmente como temporal y dada la inexistencia de previsión legal parece que deberá ser la autoridad judicial la que concrete esa temporalidad<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Algo que el título del art. 11 del ALP corrige al menos parcialmente al referirse a la *“intervención temporal de la fundación”*.

<sup>41</sup> En este sentido se prevé en el art. 42.2 de la LFE. Su desarrollo en el art. 35 del Reglamento de fundaciones de competencia estatal (RD 1337/2005, de 11 de noviembre; BOE núm. 279, de 22.11) establece que el protectorado debe incluir la propuesta del plazo de la intervención en su solicitud.

El ALP (art. 11.2) desarrolla la previsión al indicar que la solicitud de intervención debe incluir además de los hechos que la motivan y las medidas propuestas –que pueden ser cautelares incluyendo la suspensión de los patronos, art. 11.3- el plazo de la intervención.

El protectorado está pues legitimado únicamente para solicitarla lo cual le otorga la posibilidad legal de hacerlo pero sin que legalmente esté obligado en modo alguno. Así, tiene un margen de discrecionalidad, quizá no siempre justificable ante la apreciación de las graves circunstancias que deben justificar la solicitud<sup>42</sup>.

El art. 336-4 modifica la referencia a la instancia de parte mejorando la redacción anterior (art. 26 LF 2001) así de la *“denuncia de un patrono o más de uno”* se pasa ahora a *“a instancias de cualquier miembro del patronato”* evitando con ello un uso equívoco del término denuncia. Por otro lado, amplía la referencia a terceras personas y pese a que puede desdibujarla ya no se refiere expresamente *“las personas destinatarias de la actividad hecha en cumplimiento de los fines fundacionales”*, es a decir, los beneficiarios, sino que ahora se limita a referirse a *“cualquier persona con un interés legítimo”* entre las que, sin duda, cabe entender incluidos a los beneficiarios.

No obstante, la inspección y la intervención no vienen predeterminadas con ningún orden, quedando, por tanto, en manos del protectorado tomar una u otra vía según las circunstancias de cada caso concreto. En este sentido, al margen de la no coordinación en el caso de la no presentación de cuentas –corregida ya en el ALP pero sin prever la modificación de los artículos correspondientes del libro III-, parece que todas las causas de inspección, dejando quizá a parte la inactividad continuada, son supuestos en los que, efectivamente, pueden encontrarse indicios de una de las causas de intervención, sin que, no obstante, sean requisitos de la misma.

Así, desde los meros indicios como pueden ser la no presentación de cuentas –que es a la vez supuesto de inspección, de posible intervención judicial y que sería también sancionable de prosperar el ALP-, la realización de operaciones sin haber solicitado autorización previa o la no respuesta reiterada a los requerimientos de información del protectorado –o la no comunicación en el ALP como ya hemos citado anteriormente-, hasta los supuestos en que se apunta más claramente a una gestión irregular, como son los casos de incumplimiento de la destinación del porcentaje legal para el cumplimiento de las finalidades fundacionales, el deterioro de la masa patrimonial que incapacite a la fundación para cumplir las finalidades fundacionales, y el destino de recursos a gastos no relacionados con el objeto fundacional o desproporcionados respecto al volumen de ingresos.

---

<sup>42</sup> Esta discrecionalidad la encontramos también en Ley vasca de 1994 (art. 38), en la LFE (art. 42) y en el resto de leyes autonómicas posteriores a la estatal que la reproducen literalmente: leyes gallega (art. 50), andaluza (art. 47). También se observa en la ley canaria de 1998 (art. 36) aunque con una redacción diferente y únicamente parece matizarse en el caso de la Ley de la Rioja, de 2007 (art. 49.2).

Estas mismas causas pueden ser indicios de la comisión de delitos caso en que, pese a que el libro III no lo prevé, el protectorado debería poner los hechos de los que haya podido tener conocimiento en manos del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial competente. En este sentido se prevé expresamente en el art. 32.3 c del Reglamento del Protectorado de Fundaciones del País Vasco (Decreto 100/2007, de 19 de junio; BOPV núm. 188, de 28.9) como una de las posibles vías de conclusión de allí denominado “*procedimiento de verificación de actividades*”, similar a nuestra inspección.

Al producirse estas circunstancias será su gravedad la que determine la intervención judicial tal como el art. 336-4.1 lo establece al hacer referencia a la gestión gravemente irregular (apartado a), una divergencia grave (apartado c) o un peligro para la continuidad de la fundación (apartado b), caso este último que parece evidente cuando se acredite el deterioro de la masa patrimonial que incapacite a la fundación para cumplir sus finalidades.

Las dificultades para la acreditación de estas circunstancias por parte del protectorado –excepto la no presentación de cuentas–, que además deben ser después admitidas judicialmente, pueden quedar ahora mitigadas con la reintroducción de la inspección, las circunstancias legitimadoras de la cual, ya citadas anteriormente, pueden, sin duda, ser indicios de las causas que permiten la solicitud de la intervención, que debemos entender que son las mismas que han de producirse para que judicialmente se decrete la intervención.

El ALP (art. 11.1) reproduce los apartados 1 y 2 del art. 336-4 incorporando también el supuesto de la no presentación de cuentas y modifica el “*si advierte*” por “*se acredite*” con lo que pese a tratarse de los mismos supuestos parece endurecer el régimen legal aunque probablemente no sea esa la intención del ALP.

Pese a no existir un orden sucesivo fijado legalmente entre la inspección y la solicitud de intervención, ya que pueden darse circunstancias en las que no sea necesario practicar la inspección o en las que se opte por la acción de responsabilidad, el libro III sí prevé que, siendo la intervención una medida extrema, el protectorado no pueda solicitarla sin antes haber requerido al patronato para que adopte las medidas pertinentes para cumplir la normativa correspondiente y respetar la voluntad fundacional, tal como indica el art. 336-4.2<sup>43</sup>.

Por otro lado, pese a la literalidad del texto legal (art. 336-4.3) “*(S)i la autoridad judicial ordena la intervención temporal de una fundación, el protectorado asume las funciones legales y estatutarias del patronato...*” esta asunción puede verse como una medida máxima que puede tener alternativas más mitigadas como una gestión mixta entre el patronato y el protectorado, una supervisión judicial, un relevo significativo de patronos o de los máximos responsables de la gestión de la fundación el cual, no obstante, con la actual configuración legal únicamente podría producirse

---

<sup>43</sup> En el mismo sentido la LFE y el resto de leyes autonómicas citadas anteriormente.

por su propia voluntad<sup>44</sup> o en el otro extremo por sentencia judicial firme (art. 332-12.f). El art. 336-4.3 prevé expresamente la posibilidad que el protectorado delegue el ejercicio de estas funciones en terceras personas<sup>45</sup> pero ello comporta la asunción anteriormente citada.

Según el art. 11.2 ALP, la propuesta de delegación se deberá incluir en la solicitud de intervención, del que también deducimos que podrán ser tanto físicas como jurídicas.

Podría ser pues interesante dotar al protectorado de la facultad, en defecto de las causas que puedan estar previstas en los estatutos de las fundaciones (art. 332-12.g) para suspender de sus funciones o cesar a los patronos en estas circunstancias y facilitar así una solución alternativa a la intervención judicial, dejando siempre a salvo las posibles acciones de responsabilidad que fueran pertinentes.

En este sentido el art. 11 del ALP prevé únicamente que el protectorado pueda solicitar la suspensión de los patronos como medida cautelar en la misma solicitud de intervención judicial, cuando la gravedad de las irregularidades y la protección de los intereses de la fundación así lo aconsejen. No son estas las condiciones para evaluar el cese sino que se refieren a la posibilidad que el protectorado lo solicite aunque ello pueda predeterminedar de alguna manera los supuestos en que pueda apreciarse judicialmente. Hemos avanzado poco y pese a lo complicado que puede resultar habilitar al protectorado para poder suspender o cesar a los patronos, con ello se podría mitigar o agilizar la intervención quedando siempre a salvo una garantía judicial posterior.

Finalmente, se ha introducido un nuevo apartado en el artículo dedicado a la intervención judicial (art. 336-4.4) de acuerdo con el cual el protectorado puede también instar la disolución judicial de la fundación, siempre que se produzca *“cualquiera de las causas establecidas por el presente código”*, las cuales encontramos en el art. 335-4. Esta repetición de la legitimación para instar la disolución, ya prevista en el art. 335-5.3, parece innecesaria en esta sede. No obstante, quizá pueda servir para aclarar que aunque la fundación esté intervenida puede también instarse su disolución por parte del protectorado, la cual sería en esta situación siempre de carácter judicial<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Ha sido lo ocurrido en el caso de la Fundación Orfeo-Palau de la Música que, según informó la prensa –entre otros, LA VANGUARDIA, 28.7.2009- reorganizó su patronato y la presidencia después de la dimisión de los responsables del escándalo. En el caso, además, la solicitud de intervención judicial por parte del Ministerio Fiscal no fue atendida siguiendo la posición contraria de la Administración.

<sup>45</sup> En este sentido puede verse, por ejemplo, la Resolución del Departamento de Justicia (JUS/770/2009), de 16 de marzo, por la que se da publicidad a la Resolución de la Consejera de Justicia de 16 de febrero por la que se asume la intervención de la fundación privada “Santiago Dexeus” por parte del protectorado (DOGC núm. 5348, de 27.3), que además de detallar el amplio alcance de la intervención delega el ejercicio de la administración de la fundación a una tercera persona.

<sup>46</sup> Algo que puede tener sentido para las causas de disolución que requieren un acuerdo del patronato cuando en esta situación el protectorado actúa como tal para mantener aquí un control que pasaría de la necesidad de

## 6. La posible introducción de un régimen sancionador

Pese al refuerzo de las posibilidades de intervención del protectorado establecidas en el libro III y de su posible desarrollo en el ALP, el mismo ALP prevé también un régimen sancionador<sup>47</sup> con la finalidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones y deberes que se imponen a las fundaciones así como de garantizar en mayor medida el cumplimiento de la voluntad fundacional.

### 6.1. La tipificación prevista y la gradación de las sanciones

Las sanciones se organizan en muy graves, graves y leves. Entre las primeras (art. 16) encontramos: a) *ejecutar acuerdos o realizar actos sin obtener la preceptiva autorización o aprobación del Protectorado*; b) *obstruir la función de supervisión e inspección del Protectorado*; c) *incumplir más de un ejercicio el deber de presentación de las cuentas anuales y de sus entidades vinculadas, y, en su caso, de la auditoria externa; y, d) reincidir en la comisión de infracciones graves.*

Las infracciones graves (art. 17) incluyen : a) *incumplir el deber presentar las cuentas anuales de la fundación y de sus entidades vinculadas y en su caso de la auditoria externa, dentro del plazo legalmente existente*; b) *alterar o omitir datos en la documentación remitida al protectorado*; c) *desatender reiteradamente los requerimientos de información solicitados por el Protectorado*; d) *desatender los requerimientos o las órdenes del Protectorado relativas a la aplicación de fondos y recursos de la fundación o de los fondos especiales*; e) *incumplir el deber de comunicar al Protectorado los actos y acuerdos para los que se fija este deber*; f) *incumplir los deberes contables y de llevanza de libros de acuerdo con la ley*; g) *incumplir el deber de ejecutar los actos de obligado cumplimiento ordenados por el Protectorado en ejercicio de sus funciones*; h) *incumplir la obligación de designar el cargo de director de la fundación en el caso que la ley así lo establezca*; i) *omitir de manera injustificada el deber de renovación del protectorado cuando corresponda de acuerdo con los estatutos*; j) *no adaptar los estatutos a la normativa vigente*; y k) *reincidir en la comisión de infracciones leves.*

Las infracciones leves serían (art. 18): a) *no inscribir las modificaciones de la composición de los órganos de gobierno en un plazo razonable y, en todo caso, no superior a los dos meses desde la adopción del acuerdo*; b) *desatender el primer requerimiento de información efectuado por el Protectorado* y c) *presentar las cuentas por medio diferente del telemático sin disponer de la autorización correspondiente.*

---

aprobación del protectorado, que se ha convertido en quien adopta el acuerdo, a la autoridad judicial. Se genera también una duda adicional sobre la necesidad del requerimiento previo al patronato previsto en el art. 335-5.3 ya que al estar intervenida la fundación y habiendo tomado el protectorado las funciones del patronato el requerimiento parece del todo absurdo, siendo esta otro posible sentido de la reiteración legal.

47 Lo ha defendido MUÑOZ PUIGGRÓS (2008), la posibilidad la apunta también FERRER (2009-II, p. 108). Buena parte de la doctrina española sigue anclada en la defensa de la mínima intervención del protectorado y en la potenciación de las funciones asesoramiento, en las que la LEF de 2002 ya dio un paso sin que se haya planteado esta posibilidad. Valga aquí por todas la síntesis de que puede verse en este sentido en CUÑAT EDO y CUENCA GARCÍA (2008, pp. 853 y ss).

Las sanciones se configuran como multas y tienen un contenido estrictamente económico. Así, de acuerdo con el art. 19 ALP las infracciones muy graves se multarían de 3.000 a 9.999 €, las graves entre 6.000 y 2.999 € y las leves de 300 a 599 €.

La elección de la cuantía concreta dentro de cada grupo deberá hacerse de acuerdo con la graduación de las sanciones prevista en el art. 20 ALP. Así, a partir del principio de proporcionalidad según la gravedad de la acción u omisión –algo ya presente en la propia tipificación- deben tenerse en cuenta los siguientes criterios: intencionalidad o negligencia; reincidencia; trascendencia económica y social de la infracción y los perjuicios causados a las finalidades fundacionales; grado de profesionalización de la gestión y carácter retribuido del cargo; el uso de fondos provenientes de campañas de donaciones y la corrección de las deficiencias durante la tramitación del expediente sancionador.

## 6.2. Admisibilidad, dudas y alguna contradicción con las funciones del protectorado

Se trata, como hemos visto, de una tipificación de conductas de la fundación que incluye casi exclusivamente el incumplimiento de deberes en su relación con el Protectorado. En este sentido, el régimen puede entenderse como suficientemente coherente como posible consecuencia del incumplimiento de estos deberes teniendo en cuenta que la sanción está presente en todos los campos administrativos<sup>48</sup>.

No obstante, en varios casos puede parecer desproporcionado, con tipos insuficientemente cerrados, únicamente aplicable a partir de una cierta reiteración, pudiendo además entrar en cierta contradicción con la función de asesoramiento o incluso de suplencia que debe realizar el protectorado. Además, en términos generales, puede afirmarse que las conductas sancionables tienen ya solución en la ley mediante un cierto cierre registral pudiendo ser incluso más conveniente profundizar en los deberes del mismo protectorado antes que sancionar a las fundaciones. No puede, no obstante, negarse que un régimen sancionador puede coadyuvar por su sola existencia al aumento del cumplimiento de los deberes.

Sin entrar aquí en un análisis detallado de todas las conductas tipificadas podemos manifestar algunas dudas. Así, entre las sanciones leves, puede parecer desproporcionada y con un tipo insuficientemente determinado la sanción por *no atender un primer requerimiento de información* o bien *la presentación de cuentas por medio distinto del telemático*. Ambos casos son perfectamente

---

<sup>48</sup> Si bien el art. 118.2 EAC 2006 no lo cita expresamente tal como se hace en otros casos (cajas de ahorro, 120.3; crédito, banca, seguros y mutualidades, 126.3; denominaciones de origen, 128.2; inmigración, 138.2.b; transporte y comunicaciones, 140.7.b; medio ambiente, 144.1.k y .l; mercados de valores, 145.b; defensa de la competencia, 154.2.b; seguridad privada, 163.b; trabajo y relaciones laborales, 170.h) la competencia se configura con un listado de mínimos mediante la expresión “*en todo caso*” que permite su eventual ampliación sin que el listado pueda entenderse como un límite. En este sentido, el art. 159.b) EAC reconoce la competencia general de la Generalitat para el control, inspección y sanción en todos los ámbitos materiales de su competencia.

superables mediante el asesoramiento, información y soporte del mismo protectorado – que incluye expresamente (art. 3 ALP) el asesoramiento a los órganos de gobierno para el cumplimiento de sus obligaciones- que debería pues reiterar el requerimiento o requerir la presentación telemática.

Entre las graves, por ejemplo, la *no comunicación de actos y acuerdos*, algunos de los cuales van a verse posteriormente reflejados en las cuentas o en la memoria, especialmente si esta comunicación no tiene ningún efecto para la validez y efectividad del acto en cuestión. Puede ser el caso también del *deber de comunicación de la compatibilización de cargos de los patronos en entidades vinculadas* que además se configura como un deber individual por el incumplimiento del cual no debería verse sancionada la fundación<sup>49</sup>.

De manera parecida, *el incumplimiento de los deberes contables o la alteración u omisión de datos relacionados con las cuentas* caso en que quizá debería establecerse legalmente algún deber de aprobación o de conformidad de las cuentas por parte del protectorado o dar publicidad de su formulación incorrecta y equipararla en sus efectos total o parcialmente a la no presentación, fijando un período de alegaciones o de subsanación de errores o simplemente de información tal como ya se hace, antes de proceder a sancionar o incluso a tipificar tales conductas como sancionables. Dejando de lado la comisión dolosa, la función de asesoramiento del protectorado – que en buena parte ya se realiza- tiene aquí un buen terreno para avanzar en la línea defendida en los preámbulos tanto en el libro III como del mismo ALP. Otras de las posibles infracciones como *desatender requerimientos u órdenes sobre el destino de fondos*, la *no renovación del patronato* o la *no designación de la dirección* podrían quizá ser superadas mediante la potenciación de las funciones de suplencia del mismo protectorado.

Entre las sanciones más graves encontramos una doble contradicción. En primer lugar, la omisión de algunos de los supuestos más graves que pueden afectar a las fundaciones para los cuales el ALP piensa en la potenciación de la acción de responsabilidad contra los patronos –como se ha dicho anteriormente en relación al desvío de fondos- lo cual en la lógica de las sanciones podría no ser suficiente si pensamos en el uso fraudulento de la propia fundación. Además, la realización de actividades que sustancialmente se aparten de las finalidades fundacionales o la aplicación de fondos obtenidos mediante donaciones a fines diferentes de los publicitados no han sido tenidas en cuenta expresamente.

En segundo lugar, las conductas o supuestos tipificados presentan soluciones en el derecho ya

---

<sup>49</sup> En este caso se obliga al patrón o directivo a comunicar la compatibilización (art. 33 ALP) siendo quizá también conveniente que se imponga el deber a la fundación al estar esta quizá en mejor posición para conocer la situación de vinculación, tal como se hace en la Disposición Adicional 9ª, que con un contenido propiamente transitorio, obliga a las fundaciones que ya tuviesen entidades vinculadas en el momento de entrada en vigor de la ley a comunicar tal circunstancia al protectorado.

vigente pudiéndonos preguntar si podrían entenderse ya como suficientes e incluso más eficaces, en caso de potenciarse, que un régimen sancionador.

Así, el caso de la *“ejecución de acuerdos o realización de actos sin la preceptiva autorización o aprobación del protectorado”* dejando de lado ahora que quizá fuera más efectivo imponer un régimen de nulidad, puede quedar ya resuelto con el carácter inejecutable o con la impugnación de estos actos y acuerdos para lo que el mismo protectorado está legitimado.

En este sentido, la ejecución de acuerdos que no hayan sido aprobados por el protectorado parece ser un caso de producción imposible dado el carácter no definitivo del acuerdo, con lo que cabe dudar de su posible ejecutividad por si mismos. Ello parece claro para los casos en los que el libro III establece esta aprobación expresamente: la modificación de los estatutos (art. 335-1.2), la fusión (335-2.2), la escisión (335-3.2) y la extinción en determinadas causas (334-6.3 y 335-5.2) ya que implican publicidad y modificaciones registrales que no van a poder producirse sin la aprobación.

Los actos que podrían realizarse sin autorización pueden ser los actos de disposición, gravamen o administración extraordinaria sobre el patrimonio fundacional cuando se den los supuestos legales que comportan el requisito de la autorización (333-1.3), los casos de autocontratación (332-9.2) y el establecimiento de una relación laboral entre el patrono y la fundación (332-10.2).

Para estos puede argumentarse que la facultad de impugnación por parte del protectorado –art. 336-2.g- podría ser también suficiente por realizar un acto contrario a la ley que no requiere lesividad –junto a la posibilidad utilizar la inspección-. En este caso el problema de los derechos adquiridos por terceros no puede resolverse mediante una sanción y la defensa del patrimonio fundacional –recuperación de los bienes o de parte de su valor– sea quizá más eficaz por la vía de la invalidez de un acto que mediante una sanción recuperable a través del reembolso.

Son, no obstante, dos caminos que pueden complementarse, aunque quizá deberíamos acudir nuevamente a la acción de responsabilidad contra los patronos que sería también posible en los casos de autocontratación o de relación laboral fraudulenta entre un determinado patrono y la fundación en los que puede verse quizá más claramente una responsabilidad individual del patrono que si bien podría ser sancionable –¿por qué no individualmente?- tiene perfecta cabida en la acción de responsabilidad.

El supuesto de *“incumplir en más de un ejercicio –¿consecutivo?- el deber de presentación de cuentas”* puede quedar suficientemente controlado, y debería ya estarlo al ser un supuesto legitimador, sin necesidad de reiteración, para el inicio de un procedimiento de inspección y para la solicitud de intervención judicial. Ante tales posibilidades, junto al cierre registral (art. 336-3.2), parece que la

sanción puede aportar más bien poco al funcionamiento correcto de la fundación la cual deberá preocuparse por formular sus cuentas, y por hacerlo correctamente, evitar el cierre registral que le puede impedir el funcionamiento normal que el protectorado debe bloquear y para eventualmente superar una inspección o salir de la situación de intervención.

### 6.3. Problemas de articulación de la responsabilidad

Además, quizá por compensar la mala impresión que puede dar imponer sanciones a una fundación y para que la fundación pueda finalmente no verse afectada patrimonialmente por conductas individualizables de sus patronos, se prevé que la fundación disponga -parece que se la quiera obligar legalmente - de una acción de resarcimiento por el importe de las sanciones - reembolso- contra los patronos y directivos siempre que se pueda determinar su responsabilidad individual.

Ello puede ser imposible en muchos de los casos ya que el cumplimiento de los deberes que pueden implicar sanciones son responsabilidad última de un órgano que actúa colegiadamente - ejecutar actos o aprobar acuerdos, formular y aprobar las cuentas, designar un director, no renovar el patronato-. Por otro lado, parece contrario a la autonomía de la que goza la persona jurídica que pueda verse legalmente obligada a interponer tales acciones. Debe además tenerse en cuenta que la fundación ya dispone de una acción de responsabilidad contra sus patronos -a los que debería añadirse a los directivos- que puede ya incluir estos supuestos y para la que también está legitimado el protectorado (art. 336-2.g). Queda todavía una cuestión en el aire: ¿si puede determinarse la responsabilidad individual de los patronos por qué no sancionarlos directamente?

Habiendo renunciado el ALP a establecer sanciones directas contra los patronos al comportar eso, entre otros motivos, el desbordamiento de la personalidad jurídica<sup>50</sup>, el camino trazado por las sanciones parece poder llevar a ninguna parte o en su caso al mismo lugar -acción de responsabilidad- del que quizá no debería salir. Su configuración defectiva mediante una acción de reembolso, que no deja de ser de responsabilidad, vuelve a judicializar el proceso sancionador limitando así de manera importante la posible agilidad de la sanción.

Un camino alternativo y apuntado en el libro III con la separación de la gestión y la representación de carácter más institucional sería quizá una vía que podría asentar mejor un régimen sancionador o una responsabilidad, en su caso para patronos o directivos

---

<sup>50</sup> En otro sentido puede desincentivar la participación en este tipo de entidades de cualquier persona con una voluntad altruista como es el caso de muchas personalidades del mundo social, económico o cultural, si bien en algunos casos este efecto podría ser incluso positivo. En este sentido, pueden tomarse en cuenta las declaraciones de varios patronos de la fundación Orfeo-Palau de la Música reconociendo su muy ligero esmero en el ejercicio de sus responsabilidades, véase, por ejemplo, el *mea culpa* entonado por Antoni Serra Ramoneda en su artículo "*Sangre nueva en el Palau*" publicado por EL PERIÓDICO DE CATALUNYA, el pasado 11.11.2009.

profesionalizados, más asimilado a un régimen de responsabilidad como el existente para los administradores de cualquier sociedad mercantil. En este mismo sentido la adecuación de la regulación a la diferente tipología del mundo fundacional –diferenciando fundaciones con un volumen económico importante y prestadoras de todo tipo de servicios retribuidos- sea quizá un paso previo y necesario al establecimiento de un régimen sancionador de carácter general.

Quizá no esté de más recordar que el patronato se define legalmente (art. 332-1.1) como el *“órgano de gobierno de la fundación, a la cual administra y representa de acuerdo con la ley y los estatutos”* pero al mismo tiempo el peso del voluntarismo existente en tantísimos patronos y el del interés general que cubren las fundaciones junto con el interés general para que lo sigan haciendo pueden mitigar el alcance teórico que tal definición debería comportar.

Con ello queremos manifestar también que el aumento de deberes, controles –pero también de asesoramiento- y la inclusión de sanciones puede comportar mayor frustración en el futuro ante casos como el del Palau de la Música si no va acompañado de una cierta reorganización y de un aumento de presupuesto para el protectorado.

Como sabemos, la ley debe contribuir a prevenir, detectar y que debe incluso castigar la conducta dolosa de un defraudador y la negligente de un profesional aunque no pueda por si sola evitarlas. Ponérselo difícil es parte de la tarea mas el exceso no debería comportar que paguen justos por pecadores.

## 7. Bibliografia citada

Ma Luisa ATIENZA NAVARRO (2008), "Comentario al artículo 4 de la Ley 50/2002", en Jesús OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo blanch, Valencia, pp. 133-157.

Vicente CUÑAT EDO y Angeles CUENCA GARCÍA (2008), "Comentario a los artículos 34 y 35 de la Ley 50/2002", en Jesús OLAVARRÍA IGLESIA (coord.). *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo blanch, Valencia, pp. 851- 891.

Josep FERRER I RIBA (1998), "Les finalitats fundacionals: la seva naturalesa, compliment i modificació", en Àrea de Dret civil, Universitat de Girona (coord.), *Les persones jurídiques en el Dret civil de Catalunya: associacions i fundacions (Materials de les Novenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, Tirant lo blanch, València, pp. 129-177.

Josep FERRER I RIBA (2009), "Les fundacions en el Llibre tercer: tipologia, govern i control", *Revista Jurídica de Catalunya*, 2009-2, pp. 317-354.

Josep FERRER I RIBA (2009), "Les fundacions en el llibre tercer del Codi civil de Catalunya", en A.A.V.V., *Autonomia i Dret*, IV Jornada, 22-2-2008. Consell consultiu de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, pp. 79-112.

Marc-R. LLOVERAS I FERRER (2008), "Notas a la nueva regulación de las fundaciones en el Código civil de Cataluña", *InDret* 4/2008.

Xavier MUÑOZ PUIGGRÒS (2008), "Potestades administrativas del Protectorado de fundaciones con especial referencia a la regulación de un posible régimen sancionador", *La Ley*, núm. 7003, 2.9.2008.