

Notas a la nueva regulación de las fundaciones en el Código civil de Cataluña

Marc-R. Lloveras

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Abstract

El Código civil de Cataluña regula en su Libro III las personas jurídicas. En estas Notas se destacan algunas de las principales novedades que el Código contiene respecto específicamente de las fundaciones, entre otras, el criterio de atribución de la competencia a favor de la Generalidad de Cataluña, la definición legal de las fundaciones, los principios de imparcialidad y de no discriminación, la adquisición de la personalidad jurídica, el establecimiento de una cuantía mínima para la constitución de futuras fundaciones, la obligatoriedad de la separación de las funciones de dirección de los patronos en las fundaciones de mayor volumen económico y las funciones del protectorado.

The Catalan Civil Code regulates legal persons in its Book III. This article aims at stressing some of the main novelties of the Code regarding foundations, among others, the criteria for attributing legislative power to the Catalan Parliament, the legal definition of foundations, the principles of impartiality and non-discrimination, the acquisition of legal personality, the establishment of a minimum economic amount for the creation of future foundations, the prohibition of management functions to trustees in specific foundations and the functions of the Board.

Title: The Catalan Civil Code's New Regulation on Foundations

Keywords: Catalan Civil Code; Legal Persons; Foundation; Foundation's Board

Palabras clave: Código civil de Cataluña; Persona jurídica; Fundación; Protectorado

Sumario

1. Introducción

2. Ámbito de aplicación y competencia

3. La definición de la fundación

3.1. La aparición de las fundaciones públicas

3.2. Principios de imparcialidad y no discriminación

3.3. La personalidad jurídica definitiva

4. La dotación

5. Patronato y normas de organización

6. El Protectorado

6.1. Las funciones del Protectorado

6.2. La no presentación de cuentas y la solicitud de intervención judicial

1. *Introducción*

El Libro tercero del Código civil, aprobado por la Ley 4/2008, de 24 de abril¹ se dedica, en cumplimiento de las previsiones del art. 3 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código civil de Cataluña², a las personas jurídicas.

El Libro tercero se ha estructurado en tres títulos, el primero de los cuales introduce, por primera vez, unas disposiciones generales aplicables a todas las personas jurídicas sometidas al derecho catalán (vid. art. 331-1.d). Éstas van más allá de las asociaciones y las fundaciones afectando, entre otras a las cooperativas, las cajas de ahorro y las mutualidades de previsión social, tal como se hace constar en el preámbulo y en la Disposición final segunda, y a otras no citadas expresamente, como por ejemplo los colegios profesionales.

Así, en relación, por ejemplo, con las cajas de ahorro puede presentarse una evidente necesidad de coordinación entre las funciones atribuidas al denominado protectorado público de la Generalidad del Departamento de Economía y Finanzas para el control y supervisión de las Cajas y el protectorado de fundaciones. Una necesidad que se puede plantear tanto por la misma actividad de las cajas como por la actividad de su obra social que desarrollan mediante fundaciones³.

Las disposiciones generales conforman una regulación mínima y común de la personalidad jurídica en derecho catalán refiriéndose a la personalidad jurídica y sus atributos (capítulo I), la actuación y la representación de las personas jurídicas (cap. II), las normas de régimen contable y documental (cap. III), las modificaciones estructurales y la liquidación (cap. IV) y la publicidad registral (cap. V).

¹ DOGC núm. 5123, de 2.5; BOE núm. 131, de 30.5.

² DOGC núm. 3798, de 13.1.2003; BOE núm. 32, de 6.2.

³ Así, en primer lugar, puede tenerse en cuenta que las cajas tienen naturaleza fundacional según su definición legal (art. 1.2 DL 1/2008) y que la misma ley se refiere a las mismas como fundación aunque no siempre con un sentido claro (arts. 6.1; 7.1). En este caso, la legislación atribuye al Protectorado Público de la Generalidad, dentro de las atribuciones propias reguladas por el art. 2 DL 1/2008, una serie de mecanismos de control como la aprobación de su creación (art. 7); la aprobación de fusiones, absorciones y modificaciones de Estatutos y la del cambio de domicilio central (art. 9). La necesidad de coordinación puede ser más clara en el caso de la atribución del control sobre las fundaciones de las cajas. Como se sabe, la legislación de cajas de ahorro las obliga a realizar obra social, algo que puede articularse mediante una o varias fundaciones. El texto refundido de la Ley de Cajas de Ahorro (Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de marzo; DOGC n. 5090, de 13.3) fija también la sujeción de las fundaciones privadas de las cajas, cuando usen éstas para realizar sus obligaciones legales de obra social, a la legislación civil catalana, pero el art. 4.4 DL 1/2008 atribuye al Departamento de Economía y Finanzas, en el ámbito de sus competencias, el control y la supervisión de la actuación de la fundación, aunque lo hace sin perjuicio de las atribuciones que la ley de fundaciones (ahora ya el Código civil y la legislación complementaria) reconozca a otros organismos de la administración de la Generalidad, es decir, al Protectorado de fundaciones.

2. *Ámbito de aplicación y competencia*

En estas disposiciones generales se fija el ámbito de aplicación del libro III sobre las fundaciones que ejerzan sus funciones mayoritariamente en Cataluña, criterio que reproduce la atribución competencial realizada en el art. 118 EAC y que modifica, matizadamente, el criterio de la ley anterior⁴.

Por otro lado, en el caso de las cajas de ahorro el criterio es diferente, cosa que también puede comportar la necesidad de coordinar las previsiones legales. Así, para las cajas, la competencia de la Generalidad se aplica a las cajas “*con domicilio central en Cataluña*” (art. 1 DL 1/2008) cosa que parece incluir la funciones del Departamento de Economía y Finanzas pese a que el art. 4.4 no se refiere literalmente al protectorado público, de supervisión de las fundaciones, sino al Departamento de Economía y Finanzas. En cambio, de acuerdo con el libro III la legislación se aplica, incluyendo también sin duda el protectorado de fundaciones, sobre las fundaciones que ejerzan mayoritariamente sus funciones en Cataluña⁵. En cualquier caso el criterio del domicilio, pese a plantear otros problemas, parece más acertado en un mundo como el actual en el que buena parte de las fundaciones catalanas, especialmente de cooperación al desarrollo, ejercen de manera muy importante sus finalidades fuera de Cataluña y algunas casi exclusivamente en el extranjero.

Con ello se utiliza un criterio también literalmente diferente al de la *principalidad* previsto por la ley estatal de fundaciones⁶ y también por el resto de leyes autonómicas que han hecho uso de la competencia sobre fundaciones⁷, asumida ya por todas las CCAA, por vía legislativa.

⁴ El art. 118 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (LO 2/2006; DOGC núm. 4680, de 20.7; BOE núm. 172, de 20.7) se refiere a la “*competencia exclusiva sobre el régimen jurídico de las fundaciones que desarrollen mayoritariamente sus funciones en Cataluña*”. El criterio del ejercicio mayoritario de las funciones, también en el caso de las asociaciones, ha sustituido el criterio de la principalidad previsto en el art. 9.24 del EAC de 1979. La ley de 1982 (Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas; DOGC, núm. 206, de 10.3) y la de 2001 (Ley 5/2001, de 2 de mayo, de fundaciones; DOGC núm. 3388, de 15.5) se refieren en sus respectivos artículos 1, siguiendo el Estatuto entonces vigente, a las fundaciones privadas que ejercían sus funciones principalmente en Cataluña.

⁵ En el caso de las cajas es significativo el caso de la renacida Obra Social de La Caixa que, con un presupuesto de casi 400 millones de euros en 2007, queda sin lugar a dudas dentro del control del Departamento de Economía de acuerdo con el criterio del domicilio central, pero por lo que se refiere al protectorado de fundaciones debemos de, como mínimo, interpretar el término mayoritariamente para determinar su sujeción, teniendo en cuenta que según los datos del informe anual de 2007 (http://obrasocial.lacaixa.es/balancesocial/informeanual_ca.html) las actividades de la Obra Social *La Caixa* en Cataluña, representaron durante el año 2007 el 38,7% del total y sus beneficiarios el 35'3%, repartiéndose el resto en el conjunto del Estado español. Con esta distribución de actividades en el conjunto del territorio del Estado se hace difícil no aplicar la ley estatal de acuerdo con su propia norma de competencia y teniendo también en cuenta la necesidad que el conjunto de actividades estén también sometidas al control de la Administración.

⁶ Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (BOE núm. 310, de 27.12).

⁷ La competencia autonómica sobre fundaciones existe actualmente en todas las CCAA. Inicialmente fue asumida en los casos de los Estatutos de Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía. En Navarra las fundaciones estaban ya reguladas en la Compilación de 1973 y pese a la asunción de la competencia para su desarrollo mediante el art. 48.2 de la LO 13/1982, la misma Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento, recoge también expresamente la competencia sobre fundaciones, en este caso, “*constituidas con arreglo a las normas del Derecho Foral de Navarra*”. Posteriormente y segregándose de la competencia relativa al derecho civil fue también asumida por las comunidades de Canarias y la Valenciana (en desarrollo de las LO 11 y 12/1982 -LOTRACA y LOTRAVA-). Para el resto de CCAA la competencia fue

El art. 1 de la ley estatal se refiere a las “*fundaciones de competencia estatal*” que quedan definidas indirectamente en el art. 36 al regular el registro de estas fundaciones que son las que desarrollen su actividad “*en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma*”⁸. El criterio de la principalidad es también el adoptado por las leyes autonómicas de fundaciones refiriéndose al territorio de cada una de las CCAA⁹.

3. La definición de la fundación

La definición de las fundaciones (art. 331-1) como entidades sin ánimo de lucro que tienen un patrimonio afectado a la consecución de finalidades de interés general se mantiene esencialmente igual respecto de la legislación anterior.

Puede apuntarse, no obstante, el intento de mayor precisión por parte del legislador ya que se hacen algunas precisiones terminológicas en la definición, mejorando la contenida en el art. 1.2 de la Ley de 2001. Así, se prefiere, el ánimo al afán; se da una visión más omnicompreensiva de la afectación al referirse ahora a la afectación de bienes o derechos de contenido económico modificando la anterior referencia a la afectación de bienes o derechos de realización; y, se incluye también expresamente en la definición la destinación de los rendimientos o de los recursos obtenidos por otros medios al cumplimiento de las finalidades de la fundación.

De la definición destaca, no obstante, más especialmente la desaparición de la calificación como *privadas* de las fundaciones objeto de regulación, apareciendo, además, expresamente en la regulación las fundaciones públicas. Así mismo, destacan dos aspectos más marginales

recogida expresamente por el art. 2.f de la LO 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las CCAA que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 CE, que utiliza precisamente el criterio del desarrollo principal de las funciones en la Comunidad Autónoma para atribuir competencia a las CCAA de Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Illes Balears, Madrid y Castilla-León.

⁸ En el mismo sentido, art. 2 del RD 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal (BOE núm. 279, de 22.11) y art. 11 RD 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal (BOE núm. 17, de 19.1.2008).

⁹ En este sentido: art. 2 LF País Vasco (Ley 12/1994, de 17 de junio; BOPV núm. 135, de 15.7); art. 1.3 LF Andalucía (Ley 10/1995, de 31 de mayo; BOE núm. 156, de 1.7); art. 1 LF CA Madrid (Ley 1/1998, de 2 de marzo; BOCM núm. 57, de 9.3); art. 1.2 LF CA Valenciana (según redacción dada por el art. 1 de la Ley 9/2008, de 3 de julio (BOE núm. 192, de 9.8) de modificación de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre; DOGV núm. 3391, de 11.12); art. 1 LF Castilla-León (Ley 13/2002, de 15 de julio; BOE núm. 183, de 1.8) y art. 1 LF La Rioja (Ley 1/2007, de 12 de febrero; BOE núm. 59, de 9.3). La Ley canaria (Ley 2/1998, de 6 de abril; BOE núm. 108, de 6.5) utiliza “*esencialmente*” en vez del *principalmente* y lo completa entendiendo que se produce cuando la fundación esté domiciliada en el territorio de la Comunidad. La Ley gallega (art. 2 Ley 12/2006, de 1 de diciembre; BOE núm. 14, 16.1.2007; ya en el mismo sentido la ley anterior 7/1983) se separa de este modelo y establece como referencia para la competencia el interés gallego de la fundación, tal como fija el EAG (art. 27.26 LO 1/1981, BOE núm. 101, de 28.4). Así, la ley debe definir que deba entenderse como fundaciones de interés gallego algo que hace añadiendo al criterio territorial de ejercicio de sus funciones en el territorio de la Comunidad (*desarrollen principalmente sus actividades*) la necesidad de la domiciliación de la fundación en el territorio de la comunidad y que realice, pese a que quede sin definición legal, “*finde interés general para Galicia*”.

del art. 331-1 titulado “Conceptos y principios” como son la introducción de los criterios de imparcialidad y de no discriminación (331-1.3) y la referencia a la adquisición de la personalidad jurídica definitiva por parte de la fundación (331-1.4).

3.1. La aparición de las fundaciones públicas

La eliminación del término “*privadas*”¹⁰ abre la puerta a la aplicación del Código civil a todas las fundaciones, también por tanto a las de naturaleza pública, las cuales, sin tener hasta el momento una regulación autónoma quedan expresamente integradas en el Código y calificadas como tales en el art. 331-2.2.

La sistemática es, no obstante, mejorable ya que se incluyen en el artículo dedicado a la capacidad para la constitución de la fundación¹¹ no utilizándose este artículo para tratar de esta capacidad sino para calificar como públicas a las fundaciones que cumplan los criterios que en él se fijan, centrados en la participación mayoritaria de la Administración.

De acuerdo con el CC las fundaciones son públicas cuando se cumple alguno de los tres requisitos que fija el art. 331-2.2: a) que se hayan constituido con una aportación mayoritaria de la Administración de la Generalidad, de los entes locales de Cataluña o de organismos públicos o otros entes que dependan de los mismos, tanto si la aportación se hace de forma directa como indirecta; b) que más del 50% de su patrimonio fundacional esté formado, con carácter permanente, por bienes o derechos aportados o cedidos por las entidades a que se refiere la letra a; c) que más de la mitad de los miembros del órgano de gobierno sean nombrados por la Administración de la Generalidad, por los entes locales de Cataluña o por organismos públicos u otros entes que dependan de aquellos¹².

Pese a que por razón de la materia la regulación no parece propia del Código civil, una vez que el legislador se ha decidido a incorporarla parece que la materia tiene sustantividad suficiente para regularse como tal dentro del mismo Código, más todavía cuando, como finalmente se produce, el Código establece un mínimo marco regulador general, sin

¹⁰ El término *privadas* aparecía incluso en el título de la Ley 1/1982 y pese a desaparecer del título de la Ley 5/2001 se mantenía en la definición (art. 1.1 y 1.2) y seguía apareciendo a lo largo de la ley (arts. 2.1, 3.3, 6, 7, 11), desaparece ahora tanto del título como de la definición de las fundaciones.

¹¹ En relación con la capacidad para la constitución el art. 331-2 CC indica un tanto confusamente que las personas jurídicas públicas solo pueden constituir fundaciones juntamente con personas jurídicas privadas, de acuerdo con su normativa. La norma parece que literalmente pretenda impedir la constitución por parte de las administraciones de fundaciones públicas sin ningún tipo de participación de personas privadas, algo que no parece estar dentro del ámbito del mismo Código ni dentro de la política legislativa sobre la materia. La interpretación razonable nos puede indicar que la referencia debe entenderse en el sentido que debe ser el régimen jurídico de la persona jurídica pública fundadora la que le permita la constitución de fundaciones mixtas.

¹² El CC añade a los criterios que utiliza la Ley estatal (art. 44), referidos lógicamente a la Administración del Estado, el criterio de la participación también mayoritaria como patronos de personas designadas por la administración, algo que no necesariamente debería de comportar su calificación como fundaciones públicas.

desarrollo posterior previsible a corto plazo¹³ y más, teniendo en cuenta que el Código, como vemos, no se limita a citarlas sino que, además de fijar los requisitos para considerarlas públicas, hace también otras previsiones que quedan dispersas, como las normas sobre aportación sucesiva de la dotación (Art. 331-6.6) y la referencia al carácter público en la denominación de la fundación (art. 331-9.1)

3.2. Principios de imparcialidad y no discriminación

El art. 331-1.3 introduce los criterios de imparcialidad y no-discriminación en la determinación de los beneficiarios de las actividades de las fundaciones.

Los citados como criterios responden mejor a la idea de principios y vienen a significar la necesidad de neutralidad - imparcialidad- por parte de la fundación en la búsqueda de sus finalidades cuando éstas se apliquen a beneficiarios concretos y a la imposibilidad de excluir a los mismos por motivos relacionados con el principio de igualdad¹⁴. Así, el momento de aplicación de estos principios será el de la determinación, mediante procedimientos internos, de los posibles beneficiarios concretos de los programas y actuaciones de las fundaciones. Pese a que la norma no obliga a dar publicidad de los mismos sí que abre el camino para una mayor transparencia de este tipo de procedimientos.

Por otro lado, esta nueva referencia legal completa la prohibición tradicional de las fundaciones que se pretendan crear para el propio y exclusivo beneficio o goce del fundador o de su familia como instrumento de vinculación o mantenimiento de la propiedad o del goce de los beneficios que la legislación fiscal otorga a las fundaciones.

La prohibición de las fundaciones particulares por falta de finalidades de interés general, se redacta ahora de forma más clara¹⁵ al referirse, del mismo modo que la ley estatal (art. 3.3) a la imposibilidad de las fundaciones que se pretendan constituir con *la finalidad principal de destinar las prestaciones a los fundadores o a los patronos* o al núcleo familiar inmediato de los mismos -cónyuge, pareja estable y parientes hasta el cuarto grado- pero tampoco a otras

¹³ El legislador no ha asumido finalmente el mandato para que el Gobierno presentara al Parlamento un proyecto regulador de las fundaciones públicas, tal como se había previsto inicialmente en el Proyecto de Ley del Libro Tercero que incorporaba una disposición final, la tercera, donde se incluía el mandato para presentar, en el plazo de seis meses posteriores a la entrada en vigor del libro tercero, una llamada *Ley reguladora de las fundaciones públicas*. El mandato ha desaparecido del texto aprobado finalmente por el Parlamento, pese a que se mantenía todavía como recomendación en el informe de la ponencia (BOPC, núm. 225, pág. 69) y había sido objeto de enmienda por el Grupo Parlamentario Popular (*Dictamen de la Comissió*, BOPC, núm. 242, 10.4.2008).

¹⁴ Debe relacionarse pues la no discriminación con las causas citadas expresamente en el art. 14 CE. No obstante, cabe tener presente que la finalidad concreta de la fundación y su ámbito de actuación pueden comportar limitaciones en relación a los posibles beneficiarios que, en principio, no deben entenderse como discriminatorias.

¹⁵ La nueva redacción enfatiza más claramente el alcance de la prohibición que en la legislación anterior quedaba únicamente plasmada bajo la necesidad que *"sus actividades han de beneficiar a colectivos genéricos de personas"* (art. 4 LF 2001) o el anterior *"beneficiar a personas no individualmente determinadas"* (art. 5.1 LF 1982).

personas jurídicas singularizadas, siempre que estas no persigan finalidades de interés general.

3.3. La personalidad jurídica definitiva

El art. 331-1.4 se refiere novedosamente a la adquisición *definitiva* de la personalidad jurídica por parte de la fundación mediante el requisito de inscripción de la carta fundacional¹⁶.

El término no aparece en el proyecto de ley de libro tercero presentado al Parlamento, siendo su introducción fruto de un acuerdo transaccional en el seno de la Ponencia parlamentaria entre la posición del proyecto presentado por el Gobierno y la posición favorable a la adquisición de la personalidad a partir del otorgamiento de la carta fundacional y no con su inscripción. Un acuerdo que no clarifica el texto y que puede inducir a confusión¹⁷.

Pese a que ni el Código civil ni la legislación anterior reconoce ningún tipo de figura similar a la *fundación en constitución o a la fundación no inscrita o irregular*¹⁸, sí que puede pensarse en que existe alguna institucionalización entre el momento del otorgamiento de la carta fundacional y el momento en que con su inscripción se dota de personalidad jurídica¹⁹.

No obstante, ello no debe comportar ningún tipo de personalidad jurídica *previa o provisional* ya que simplemente esto no existe como algo opuesto al término definitiva. Así pues no debe quedar ninguna duda sobre la adquisición de personalidad de la fundación a partir de su inscripción ni sobre la ausencia de sentido, más allá de la retórica sin contenido de la que un texto legal debería prescindir, del término introducido.

El libro III establece la norma general en el art. 311-2 de acuerdo con el cual las entidades sujetas al Código adquieren personalidad jurídica por medio de la voluntad manifestada en el acto de constitución - en el caso de la fundación: carta fundacional o testamento o codicilio, art. 331-3- y con el cumplimiento, si procede, de los requisitos establecidos por la ley a tal efecto. El Código también

¹⁶ En este sentido, no aparecía en la legislación anterior que se limitaba a exigir la inscripción en el registro para "alcanzar" personalidad jurídica (art. 6.2 LF 2001), mientras que la Ley de 1982 se refería al inicio de la personalidad en el mismo momento en que la fundación quedase válidamente constituida (art. 2.2) exigiéndose siempre la inscripción de la carta fundacional (art. 6.1).

¹⁷ En el texto del proyecto presentado todavía se trata del art. 331-1.3 (BOPC, núm. 20, de 23.1.2007, pág. 39). La enmienda sobre este punto la presentó el grupo parlamentario del PP (enmienda núm. 81) partidario de la adquisición de personalidad jurídica a partir del otorgamiento de la carta fundacional con una inscripción posterior de carácter meramente formal. En el trámite encontramos otra enmienda del grupo parlamentario de CiU (núm. 5), finalmente retirada en favor del citado acuerdo, al art. 311-2 que invertía el sentido del texto actual haciendo del requisito de la inscripción la norma general del Código para todas las personas jurídicas permitiendo la excepción para los casos previstos expresamente en la regulación concreta de cada persona jurídica. Vid: Informe de la Ponencia (BOPC, núm. 225, de 10.3.2008, págs. 4 y 37).

¹⁸ Figura que sí existía en el caso de las asociaciones (art. 11 Ley 7/1997) con el objetivo de fijar la responsabilidad de las personas que actuaran en nombre de la asociación cuando ésta no estuviere inscrita, pero partiendo de la lógica que la asociación ya existe desde el otorgamiento de su acuerdo de constitución y pueden, por tanto, operar en el tráfico como tales. Precepto que también ha desaparecido del Libro III.

¹⁹ En este sentido, la ley estatal de fundaciones sí que hace referencia a la fundación en proceso de constitución (art. 13 Ley 50/2002).

establece la obligatoriedad general de la inscripción, pero sin predeterminar que ésta sea un requisito de adquisición de la personalidad (art. 315-1.2.a) tal como muestra claramente la previsión para las asociaciones (art. 321-5) que deben inscribirse “*solo a efectos de publicidad*”, algo totalmente distinto a lo previsto para las fundaciones. Éstas adquieren personalidad jurídica, ahora calificada como *definitiva*, con la inscripción de la carta fundacional (art. 331-1.4)²⁰, la cual, no obstante, no es optativa ya que tanto los patronos (art. 331-10.1) como los encargados de ejecutar la voluntad fundacional manifestada *mortis causa* (art. 331-3.3 y 331-10.1 -in fine-) deben solicitarla, existiendo, además, funciones de suplencia por parte del protectorado en ambos casos (arts. 331-3.3 y 331-11), algo que, por otro lado, da carácter normativo a la declaración del carácter irrevocable del acto de otorgamiento de la carta fundacional (art. 331-4.2). Un argumento literal ulterior es que en el caso de las fundaciones temporales el cómputo del plazo de su duración se inicia a partir de la fecha de su inscripción (art. 331-8.b).

Menos todavía si tenemos en cuenta que el Libro III suprime la regulación contenida en la Ley de 2001 sobre el proceso de inscripción²¹ y cuando, además, se han aumentado los requisitos para la misma -exigencia de dotación mínima y de su desembolso, arts. 331-5 y 331-6; proyecto de viabilidad, art. 331-7.2- motivo por el que ésta toma, si cabe, una mayor significación sustantiva no limitándose a ser un acto de control meramente formal, haciéndose, por tanto, todavía más difícil imaginar nada similar a la personalidad antes de que se haya producido la inscripción.

Debe aclararse entonces que las actuaciones realizadas con anterioridad a la inscripción son de naturaleza estrictamente personal y atribuibles únicamente a las personas que las lleven a cabo. En este sentido, el art. 331-10 se refiere al deber de los (designados como futuros) patronos de solicitar la inscripción de la fundación en el Registro y mientras tanto “hacer todo lo necesario para conservar los bienes del patrimonio inicial y facilitar la actividad futura de la fundación”, pero como ya hemos visto ha desaparecido la imputación de estos actos a la fundación.

Respeto de la posible responsabilidad derivada de la realización de estos actos el Libro III, suprimiendo el art. 13 de la ley de 2001²², los deja únicamente bajo la no del todo clara cobertura de la norma general del art. 312-15 que fija la responsabilidad personal de los

²⁰ Este es también el criterio fijado por el art. 4 de la ley estatal de fundaciones (50/2002), precepto calificado como básico de acuerdo con el apartado primero de su disposición final primera.

²¹ El art. 12 de la Ley 5/2001 tenía como objeto poder imputar a la fundación una vez inscrita los actos realizados por sus promotores -patronos, fundadores o encargados de ejecutar la voluntad fundacional - para poderla inscribir y los que hubieran realizado para conservar y defender los bienes y derechos destinados a la dotación inicial. Pese a la ficción legal parece claro que no podemos hablar en ningún caso de existencia de la fundación previa a su inscripción.

²² En el mismo sentido, el art. 13 establecía la responsabilidad solidaria de los citados promotores por los créditos nacidos durante esta fase y por razón de los citados actos. Así, inscrita ya la fundación la responsabilidad recae ya totalmente en la nueva persona jurídica que asume los actos previos. Pero, si la fundación no llegase finalmente a inscribirse o bien como se establecía en el art. 13 “*mientras no se produzca la inscripción*” los promotores responden solidariamente en caso que los bienes destinados a integrar el patrimonio fundacional resultaren insuficientes. Tampoco en este caso se refiere, por tanto, el texto legal a la fundación sino que queda afectado a la responsabilidad el patrimonio citado en la carta fundacional.

fundadores o de otras personas encargadas de promover la inscripción de una persona jurídica para las consecuencias derivadas de la falta de inscripción.

Véase, no obstante, que la norma no se refiere exactamente a los perjuicios para terceros, potenciales acreedores de una fundación que no llega a existir, sino que parece más orientada a la responsabilidad personal derivada de la falta de inscripción como defraudación de la voluntad fundacional, que, además, se les debe poder imputar por negligencia. Una interpretación amplia de estas consecuencias, pese a que deban imputarse por negligencia, debe poder incluir los créditos nacidos a favor de terceros por actos realizados durante la fase de constitución cuando la misma finalmente no se produzca. Por otro lado, si la fundación ha resultado inscrita la interpretación *a contrario* del art. 312-5 parece permitir imputar la responsabilidad, por la actuación previa, a la fundación.

4. La dotación

Una de las novedades más destacadas de la nueva regulación es la exigencia de una cuantía mínima fijada legalmente para la dotación de las fundaciones en el momento de su constitución. Así, el CC ha profundizado en el criterio de la ley anterior que requería únicamente la necesidad de una dotación suficiente para llevar a cabo las actividades fundacionales (arts. 5 y 8.1) pero sin fijar ninguna cuantía mínima. Ahora, el art. 331-5 fija esta cuantía mínima en 60.000 €, para las fundaciones que se constituyan a partir de la entrada en vigor del Libro III²³.

La referencia a la cuantía inicial mínima se refuerza estableciendo que los bienes que constituyen la dotación inicial deben ser adecuados para iniciar o realizar las actividades fundacionales y estar libres de cargas (art. 331-5.1) y fijando, pese a las importantes excepciones, la aportación y el desembolso íntegro de la dotación (art. 331-6.1) como requisito para la inscripción de la fundación.

El Código excepciona para los casos de aportaciones dinerarias que pueda aportarse inicialmente tan solo el 50% y que el resto se aporte en un plazo de cuatro años, siempre que el compromiso conste en títulos ejecutivos si se trata de fundadores privados (art. 331-6.5) o bien que conste expresamente en el acuerdo fundacional aprobado por el órgano de gobierno competente en el caso de fundadores públicos (art. 331-6.6).

La decisión de fijar una dotación mínima cuantificada legalmente se justifica por la voluntad del legislador de que las fundaciones estén bien dotadas -tal como explicita el preámbulo del Libro III- para llevar a cabo sus finalidades algo que también se refuerza con la exigencia, como requisito para la inscripción de la presentación de un proyecto de viabilidad económica (art. 331-7.2) para los dos primeros años de funcionamiento²⁴.

²³ La disposición transitoria Primera, en su apartado 5º establece que las fundaciones ya constituidas no están sujetas, pese a tener que adaptar sus estatutos al Libro III (ap. 1º), a las normas sobre la dotación.

²⁴ En Cataluña existen actualmente unas 2.000 fundaciones pero no existen estadísticas, ni informes oficiales, sobre su operatividad real que permitan justificar materialmente la decisión tomada.

Así pues, la nueva regulación es claramente más restrictiva que la anterior. Consciente de ello la ley fija dos caminos para canalizar la voluntad de realizar finalidades típicamente fundacionales para el caso de no disponer de una dotación suficiente para constituirse como fundación. Así, se mantiene la figura de la fundación temporal²⁵ y se pretende potenciar también los denominados fondos especiales²⁶.

Las fundaciones temporales (art. 331-8) tienen una duración máxima de cinco años y una dotación mínima de 30.000 € (331-8.2). La duración puede ser prorrogada por un nuevo período de cinco años (331-8.3) pero también se prevé su conversión en indefinida siendo entonces obligatorio ampliar la dotación y presentar el proyecto de viabilidad (art. 331-8.3). La ampliación de la dotación en este caso tiene el porcentaje mínimo del 50% de las aportaciones dinerarias del art. 331-6.5 cosa que solo se entiende si la fundación temporal también puede constituirse de acuerdo con el régimen de la aportación sucesiva (de sus 30.000 € de dotación) y la conversión a indefinida se produce antes del plazo de los 4 años para completar la aportación, ya que en caso superior los 30.000 € ya están totalmente desembolsados y la fundación al pasar a indefinida ya cumple con este criterio, teniendo entonces hasta 4 años para completar el incremento de la dotación hasta los 60.000 €.

La nueva regulación va también más allá del criterio utilizado por la ley estatal (art. 12) tanto por lo que se refiere a la cuantía (30.000 €), que la legislación catalana dobla, como en su sentido de presunción, ya que la legislación estatal no la fija con carácter obligatorio sino como presunción de su suficiencia, la cual puede también acreditarse, aunque la cuantía sea inferior, mediante un estudio económico de viabilidad.

La presunción de suficiencia fue introducida por la ley estatal de 2002 incrementando las exigencias respecto de la ley estatal de 1994 en la que se establecía únicamente la necesidad de una dotación adecuada y suficiente (art. 10). Por otro lado, el desembolso inicial tratándose de una aportación dineraria debe ser de como mínimo el 25% dándose un plazo de cinco años para el desembolso total (art. 12 Ley estatal 2002; ya en el mismo sentido en el art. 10.2 de la ley de 1994) exigencia pues inferior al 50% y a los cuatro años previstos en el art. 331-6.5 - y .6 en el mismo sentido para las fundaciones públicas- para el caso de la aportación dineraria sucesiva.

Las leyes autonómicas tampoco han previsto, por el momento, ninguna cuantía mínima y, en líneas generales, reproducen la ley estatal, sea la de 2002 o bien la de 1994, según la fecha de aprobación de cada una de ellas.

En este sentido: arts. 10 LF La Rioja 1/2007; 13 LF Galicia 12/2006, 14 LF Andalucía (10/2005). Es también el caso de la Ley valenciana (9/2008 modificando el art. 11 de la Ley 9/1998) que se refiere expresamente a la ley estatal 50/2002. Entre el resto de leyes autonómicas, aprobadas antes de la ley

²⁵ El art. 3 de la Ley de 2001 ya hacía referencia a la posibilidad de constituir una fundación temporal fijando únicamente como requisito específico que la duración fuera suficiente para llevar a cabo la finalidad fundacional.

²⁶ A los que el Libro III dedica un capítulo específico - el IV- de la regulación de las fundaciones -Título III- (arts. 334-1 a 334-7). Los fondos, que ya habían sido introducidos por la ley de 2001 (arts. 40-42), no tienen cuantías mínimas, pero tampoco máximas y deben ser en cualquier caso aceptados por la fundación dentro de la que se constituyan. El fondo especial pese a no tener personalidad jurídica también debe inscribirse en el Registro de fundaciones y puede tener una denominación específica.

estatal de 2002 y aún no modificadas, la referencia a la suficiencia de la dotación aparece únicamente con carácter parcial en la ley canaria (L 2/1998) en relación al primer programa de actuación de la fundación, siguiendo, parece, en este punto, a la ley vasca (12/1994), que en su art. 9 sí se refiere a la suficiencia de la dotación pero en relación al primer programa de actuación que ésta desarrolle y fijando, además, un mínimo del 30% para el desembolso inicial. En cambio, no encontramos ninguna referencia a la suficiencia o adecuación de la dotación en los casos de las legislaciones de Castilla-León (2002), Madrid (1998) y Navarra (1973)²⁷.

5. Patronato y normas de organización

Respecto al patronato y las normas de organización y funcionamiento de las fundaciones la novedad más relevante es la obligación legal de separación de las funciones de dirección de las que los patronos quedan separados en las fundaciones que el CC considera ya dentro de un cierto grado de profesionalización²⁸, estableciendo la obligación de nombrar una o más personas que ejerzan las funciones de dirección de la gestión ordinaria y ejecutiva de la fundación, no pudiendo ser en ningún caso un patrono (art. 332-2) excluyéndose también para este tipo de fundación cualquier relación laboral o profesional retribuida a favor de un patrono (art. 332-10.2).

En el resto de fundaciones, en las que los patronos pueden llevar a cabo funciones de dirección, gestión y de cualquier otro tipo el CC ahora obliga a formalizar contractualmente esta relación entre patronos y fundación determinando claramente las funciones que se retribuyen, insistiendo la ley en que han de ser diferentes de las propias del cargo de patrono, y fijando como requisito la autorización previa del protectorado.

En este mismo sentido se mantiene la gratuidad para el ejercicio del cargo de patrono (art. 332-10), aunque se invierten los términos de la redacción legal mejorándola²⁹, así como el derecho al anticipo y al reembolso de los gastos, los cuales deben quedar ahora debidamente justificados, algo que ha de permitir una mayor transparencia y un control más claro por parte del mismo patronato y del protectorado mediante su constancia en las cuentas de la fundación.

²⁷ Así, la ley de Castilla-León (L 13/2002, todavía previa a la estatal de 2002), no establece ningún requisito de suficiencia ni adecuación de la dotación (art. 9). En el caso de la Ley madrileña (L 1/1998) la necesidad de suficiencia no se incluye expresamente (art. 5) pero parece que se trata de un requisito que puede entenderse implícito en la misma ley ya que la suficiencia es parte del contenido que el protectorado debe incluir en el informe previo y necesariamente favorable para la inscripción de la fundación (art. 6). En el caso de Navarra la regulación de las fundaciones, que encontramos en la Compilación (leyes 44 y sigs.) no establece ningún tipo de requisito para la dotación.

²⁸ Se trata de las fundaciones que, teniendo más de 25 trabajadores, tengan un activo superior a 6 millones de euros o bien que su volumen anual de ingresos ordinarios sea superior a 3 millones de euros.

²⁹ Se afirma ahora que “Los patronos ejercen sus cargos gratuitamente...” (art. 332-10.1) mientras que el art. 23 LF 2001 establecía que “Los miembros del Patronato no son retribuidos por el mero ejercicio de su cargo...”.

Tanto el patronato como los patronos, regulados ahora conjuntamente (arts. 332-1 a 332-12) tienen en el Libro III un tratamiento más detallado del que tenían en la legislación anterior pero, al margen de las ya comentadas, la nueva regulación no ha incorporado modificaciones sustanciales.

Lo mismo puede decirse del régimen de las modificaciones estructurales que ahora se regulan conjuntamente en el capítulo V (arts. 335-1 a 6) incluyendo la modificación de los estatutos, la fusión, la escisión y la disolución. Todas estas modificaciones requieren la aprobación del protectorado si bien respecto de la fusión sorprende especialmente la supresión de la garantía judicial y los supuestos previstos anteriormente (art. 43.3 LF 2001) y, por tanto, la facultad del protectorado para requerir directamente la fusión (art. 335-2.3 -supuesto que parece más propiamente una absorción) de manera que parece poderla imponer, aunque el incumplimiento del requerimiento queda sin solución en el texto legal vigente. Para estos casos podría plantearse la aplicabilidad de las funciones de suplencia del protectorado (art. 336-2.2.f) en caso de falta de actuación de los patronos o bien la impugnación de un hipotético acuerdo expreso contrario a la fusión por parte del patronato de la fundación requerida a fusionarse con otra (la cual siempre debe prestar su consentimiento) por el mismo protectorado como acto contrario al interés de la fundación (art. 336-2.2.g).

De entre estas otras modificaciones (en la línea del mayor detalle en la regulación o en la de su reordenación)³⁰ podemos destacar el incremento de los requisitos o de las prohibiciones para poder ser patrono con criterios perfectamente razonables y la modificación del criterio general de diligencia exigible en sus actuaciones adoptando el de la diligencia de un buen administrador (art. 332-8) el incumplimiento de la cual es el exigible para determinar su responsabilidad por actos o omisiones negligentes (art. 332-11).

Así, se añade a la plena capacidad de obrar (art. 18 LF 2001) la no inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos o para la administración de bienes -que como es sabido a partir de la Ley Concursal 9/2003- no afecta ya a la capacidad de obrar como tal y la prevención general de no haber sido condenados por delitos contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico o por delitos de falsedad (art. 332-3.2). Por otro lado, la diligencia de un buen administrador puede entenderse como un incremento respecto del criterio de la diligencia de un administrador leal (art. 20.c LF 2001) criterio usado también por la ley estatal (art. 17.1: *representante leal*).

Del mismo modo, buscando una medida que pueda incrementar la transparencia se legitima a una tercera parte de los patronos para solicitar la realización de una auditoria de cuentas cuando no teniendo la fundación la obligación legal de realizarla (art. 333-11), se produzca alguna circunstancia excepcional en la gestión de la fundación (art. 332-8.4). La petición debe estar motivada y en caso que no se adopte el acuerdo de realización de la auditoria o bien que no se convoque el patronato para evitar la adopción del acuerdo, el protectorado puede requerir a la fundación, teniendo en cuenta la motivación de la petición y habiendo dado audiencia al patronato, para que la realice.

³⁰ En este sentido destaca la incorporación de la declaración de ausencia como causa de cese de los patronos, cosa que puede resolver algún caso. No obstante, el art. 332-12.a) ha suprimido la referencia a la declaración de fallecimiento, cosa que podría generar algún desafortunado supuesto por falta de previsión del texto legal cuando el caso de declaración de muerte no esté vinculado a una declaración anterior de ausencia legal.

En sentido similar se regula también el conflicto de intereses (art. 332-9), previsto ya como disposición general (art. 312-9) que, pese a partir de la iniciativa del afectado, impide que el patrono pueda participar en la toma de la decisión en la que presenta el citado conflicto, habiendo de comunicarse el acuerdo o la ejecución del acto en cuestión al protectorado.

6. El Protectorado

El Libro III dedica su sexto y último capítulo -el VI del título III- a la regulación del protectorado (arts. 336-1 a 336-4) que debe completarse con la disposición transitoria cuarta.

Así, pese a la importancia de la institución de supervisión y control público y la multiplicidad de funciones y de artículos previos en los que aparece³¹, el legislador no ha querido darle una regulación completa y unificada.

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”*. El mismo Código, en su Disposición Transitoria cuarta ya 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 finaliza el 2.2.2009).

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 el desarrollo provisional de las funciones del protectorado, marcadamente de la inspección, que el mismo CC remite a una ley posterior, como ya se ha indicado.

De este modo el protectorado, a diferencia del patronato³², queda sin definición legal iniciándose su regulación 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*

³¹ 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 de 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 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).

³² Vid art. 332-1.1: *“El patronato es el órgano de gobierno de la fundación, a la cual administra y representa de acuerdo con la ley y los estatutos”*.

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 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).

Por otro lado, la ley no califica en ningún momento al protectorado como órgano, algo que tampoco hace la ley estatal, y, como vemos, únicamente podemos definirlo por el conjunto de funciones que ejerce. Unas funciones que tampoco son ejercidas unitariamente bajo una estructura orgánica definida legalmente, ya que no se ha querido crear ni definir el protectorado como órgano administrativo, sino que sus funciones son adscritas directamente a un Departamento de la Generalidad, el de Justicia, que las ejerce mediante su propia estructura orgánica.

El Departamento de Justicia tiene atribuido el protectorado de fundaciones al tener atribuidas las competencias de la Generalidad en materia de fundaciones y 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. En este sentido, 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).

Así, 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. Es decir, el protectorado no pasa de ser una función, un conjunto de potestades ejercidas por varios órganos o cargos, pero sin estar unificadas en una estructura administrativa clara ni tener como tal existencia ni personalidad.

Las leyes autonómicas no siguen el mismo 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).

6.1. Las funciones del Protectorado

El art. 336-2 hace el listado de las funciones que tiene atribuidas el protectorado partiendo de su función 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 (art. 336-2.2) se amplía recogiendo ahora más exhaustivamente las actuaciones del protectorado si bien las novedades, a parte de la reintroducción expresa de la potestad inspectora, son escasas.

Las funciones pueden dividirse en tres tipos diferenciando las funciones de registro, las de asesoramiento y las de control o supervisión -incluyendo aquí las funciones de suplencia-.

Así, respecto del registro encontramos (art. 336-2.2. apartados a y b) 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 pro el 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. Respecto de los fondos especiales que ya debían inscribirse 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 de fundaciones 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, 331-4), el cumplimiento de los requisitos fijados por la ley. Además del contenido que debe constar en la carta fundacional y que para la fundación va más allá de la mera manifestación de la voluntad de constituirla ya que deben incluirse los estatutos, la dotación y la designación del patronato inicial, la inscripción es un de estos requisitos ya que el art. 333-1.4 lo establece expresamente para las fundaciones, tal como ya se ha citado anteriormente.

Superando la redacción de la ley anterior (art. 49.i) LF 2001) se citan ahora las delegaciones de fundaciones extranjeras que deban establecerse en Cataluña ya que deben inscribirse en el Registro tal como ya se establece en los arts. 311-9.1 y 315-1.b y están sometidas al Libro III, en los casos previstos expresamente, tal como establece el art. 311-1.c).

El supuesto presenta, como mínimo, dos problemas de coordinación debido a las referencias diferentes que encontramos en estos artículos. Así, aunque en la función del protectorado y en la regulación del registro se cita únicamente a las delegaciones de fundaciones extranjeras, las disposiciones generales se refieren no a éstas sino a las reguladas por otras leyes (311-1.c y 311-9) siendo la referencia a las extranjeras un añadido al texto para poder entenderlas incluidas sin ninguna duda. Mas entonces la norma genera la duda sobre la necesidad o no de establecer una delegación y sobre la obligatoriedad de la inscripción para las fundaciones de competencia estatal o de otra comunidad autónoma, algo que el art. 311-9.1 establece sin ningún tipo de duda pero que la regulación posterior, tanto del registro (315-1.b) como de la función del protectorado (336-2.2.b) omite al referirse únicamente a delegaciones de las fundaciones extranjeras. Además se produce también una contradicción entre estos artículos respecto de la obligatoriedad de establecer la delegación, y su inscripción como consecuencia, ya que mientras el art. 311-9 la exige para las fundaciones que con carácter *regular* ejercen actividades en Cataluña, el art. 315-1.2.b lo limita a si realizan *mayoritariamente* sus actividades en Cataluña.

En segunda 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 ya citadas anteriormente 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 documentos³³.

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 legales”* de igual modo que estaban ya fijadas en el art. 48.c LF 2001.

El mayor desarrollo y alguna novedad importante se produce en el caso de las funciones de control o supervisión que incorporan la función de inspección. Así, el art. 336.2.d recoge la función de *“velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y de los estatutos”* algo que de acuerdo con el mismo apartado se lleva a cabo mediante la verificación de las cuentas anuales y el ejercicio de la potestad de inspección.

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 novedad la encontramos aquí con la reintroducción expresa de una potestad de inspección que amplía la capacidad de control y de intervención del protectorado sobre las fundaciones ya constituidas. Esta potestad debe ser desarrollada por una ley del protectorado de acuerdo con el mandato contenido en la Disposición Transitoria 4ª, pero hasta la aprobación de esa ley específica el Libro III reproduce en esta transitoria el texto de la ley de 1982.

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).

³³ Cada persona jurídica dispone de un folio registral que es la base para realizar las inscripciones o anotaciones de todos los extremos previstos por el art. 315-2 y de los otros previstos por el mismo Código o por otras leyes.

No obstante, el Libro III añade un listado abierto de supuestos³⁴ en los que se considera que el protectorado tiene legitimación, y el deber, de iniciar una inspección, cuyo procedimiento queda 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) no³⁵ 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 control se manifiesta también en las modificaciones estructurales de la fundación y llega también a ejercerse sobre la disolución de la fundación. Así, se requiere la aprobación del protectorado (art. 336-2.2.f) de la modificación de los estatutos -que puede comportar un cambio de las finalidades-, la fusión, la escisión y la disolución de las fundaciones o de sus fondos especiales.

Este apartado reproduce y unifica las previsiones que ya se contienen en la regulación de cada uno de los supuestos como ya hemos visto anteriormente. Así, art. 334-5.2 para la modificación de los fondos especiales y 334-6.3 para el denominado acuerdo de extinción del fondo especial; art. 335-1.2 para la modificación de los estatutos; art. 335-2.2 para la fusión; art. 335-3.2 para la escisión; y, art. 335-5.2 para la disolución.

El control o la supervisión afecta naturalmente también la gestión económica y especialmente 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.

Desde el punto de vista del protectorado se establece en este caso únicamente la autorización, previa y necesaria, de los actos de disposición, que están regulados en el régimen económico de la fundación (art. 333-1), pero se omite la referencia a la recepción de las comunicaciones.

La autorización previa no se requiere de acuerdo con el art. 333-1.3 para cualquier acto de enajenación o gravamen o disposición sobre bienes, tal como tampoco se requería en la ley

³⁴ Véase como se dice "*Son supuestos de inspección, entre otros*", siendo pues perfectamente ampliable por la citada ley del protectorado.

³⁵ La "n" del "no" del apartado a) fue objeto de corrección de errores (DOGC, núm. 5170, de 10.7, p. 53507) ya que se había omitido en la versión catalana publicada en el DOGC núm. 5123, de 2.5.2008. Aparece correctamente en la versión en castellano del DOGC y en la publicación en el BOE núm. 131, de 30.5.2008.

anterior³⁶, sino que es únicamente necesaria cuando se pretenda llevar a cabo actos de disposición, gravamen o administración extraordinaria y siempre que, además, se cumpla una 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 bien 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.

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.

El protectorado deberá tener en cuenta los requisitos fijados por la ley para la realización de estos actos, actuando *a priori* en el caso de autorización y *a posteriori* en el caso de la comunicación pero sin que parezca tener mucho margen para no autorizar si se cumplen los requisitos y sin que quede resuelta la no comunicación de los actos ya realizados³⁷.

El CC sí resuelve, aunque indirectamente, la consecuencia de la realización de actos que requieren autorización sin haberla solicitado, algo que debería poderse también aplicar a los casos ya no concebidos por parte del legislador de realización del acto pese a la denegación de la autorización, que constituye, como hemos visto, un supuesto de inspección habiendo de ser, por tanto, en este marco donde se puedan tomar las medidas que se consideren oportunas, sin que, no obstante, la ley pueda servir de guía en este punto³⁸.

El CC resuelve también el caso de la no respuesta a la solicitud de autorización por parte del protectorado dentro del plazo de dos meses (art. 333-1.4) en el sentido del silencio administrativo positivo. Así, si pasados dos meses desde la presentación de la solicitud el protectorado no ha dictado una resolución expresa debe entenderse concedida la

³⁶ Se establecía expresamente 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.

³⁷ Pese a que los requisitos de disposición a título oneroso y con respeto a la voluntad del fundador o del donante del bien del que se pretenda disponer están previstos en el art. 333-1.1 parecen perfectamente aplicables y fijar los criterios para que el protectorado autorice estos actos. No obstante, al existir ahora una dotación mínima, deberá tenerse en cuenta, más claramente, la imposibilidad de afectarla por esta vía. El CC lo tiene en cuenta imponiendo en el mismo art. 333-1.1 el deber de reinvertir el importe total obtenido en la adquisición de otros bienes y derechos que ocupen el lugar de los enajenados o gravados.

³⁸ No obstante, no queda claro cual debe ser la consecuencia de la realización de un acto sometido a autorización previa si ésta no ha sido solicitada o, eventualmente ha sido denegada expresamente. El 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.

autorización, excepto únicamente en caso que el protectorado haya solicitado documentación relativa a la solicitud³⁹.

En esta materia puede producirse un conflicto entre dos normas vigentes y contradictorias ya que, sorprendentemente, el Libro III no ha derogado 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 ahora el art. 333-1.4 ha fijado en dos meses⁴⁰.

La Ley, no obstante, no regula del todo unitariamente los actos relacionados con la gestión económica para los que se requiere autorización previa, que se encuentran en previsiones específicas que se realizan en otros artículos.

Así, por ejemplo, en los arts. 332-9.2, 332-10.2 o 333-4.1. 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. Además, se prevé (art. 332-1.h) que los actos que requirieran autorización o aprobación del protectorado queden excluidos de la posibilidad de delegación por parte del patronato. Así pues, deben ser siempre adoptados por el patronato como órgano de gobierno de la fundación, aunque podría darse el caso que el fundador se hubiera reservado alguna potestad en este sentido.

El art. 336-2.g) otorga legitimación al protectorado para ejercer la acción de responsabilidad contra los patronos⁴¹ 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 fundación⁴².

³⁹ Caso en que posiblemente debería abrirse un nuevo periodo o establecer expresamente la suspensión del cómputo del plazo de dos meses hasta la recepción de la documentación solicitada.

⁴⁰ El art. 52 otorga la competencia al consejero del Departamento para la resolución de las solicitudes de inscripción, fusión, escisión y extinción de la fundación, materia que previsiblemente puede formar parte de la ley del protectorado anunciada por el Libro III, que debería también resolver el conflicto apuntado, derogando ya totalmente la LF 2001.

⁴¹ Legitimación que estaba ya prevista en el art. 21.3 LF 2001 y en los arts. 12.3 y 15.2.d LF 1982.

⁴² La ley estatal lo establece, con una redacción más austera, en el art. 35.2, y ya con anterioridad en el art. 32.3: "(E)stá legitimado para impugnar los actos y acuerdos del Patronato que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios por los que se rige la fundación".

La responsabilidad de los patronos ejercitable mediante esta acción incluye (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 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 mismo patronato, aunque no se establece legalmente ningún orden de prevalencia o de subsidiariedad para el ejercicio de la acción. 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.

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 el protectorado tiene amplias funciones de suplencia (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. 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.

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 para ello de las personas designadas para hacerlo, las cuales pueden no atender a la voluntad del causante. Sin entrar aquí 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).

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 Código de Sucesiones ya salva expresamente (art. 10.2)⁴³.

⁴³ 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) se dedica ahora específicamente a la capacidad sucesoria de las personas jurídicas 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”*. El Libro IV entra en vigor, de acuerdo con su disposición final cuarta, el 1 de enero de 2009.

En segundo lugar, un problema más práctico en relación a cómo puede el protectorado llegar a tener conocimiento de esta voluntad fundacional, algo que, a pesar que el Reglamento notarial ya resuelve imponiendo a los notarios el deber de informar al protectorado sobre la existencia de este tipo de disposiciones *mortis causa*⁴⁴, el art. 331-11.3 ha previsto también expresamente:

“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”.

La función de suplencia otorgada al protectorado 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.

Así, 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 (335-5). Y, de acuerdo con el art. 335-6, el protectorado actúa subsidiariamente como liquidador de la fundación que se disuelve en defecto del patronato y de los liquidadores. De acuerdo con el 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. Subsidiariamente puede instar la disolución de la fundación. Así mismo (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). De acuerdo con el 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. Por otro lado, 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.

Finalmente, respecto de las funciones, el art. 336-2.2.i) establece la cláusula residual de cierre *“las demás establecidas por la ley”* que sirve tanto para las funciones recogidas por el mismo

⁴⁴ 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 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”*.

Código en otros artículos, y que éste artículo ya no ha reproducido, como para otras leyes que puedan hacer referencia al protectorado, dejando pues abierta la posibilidad que la anunciada ley del protectorado pueda todavía añadir alguna más.

6.2. La no presentación de cuentas y la solicitud de intervención judicial

En último lugar, el Libro III ha reordenado, y colocado en sede de protectorado, las consecuencias del incumplimiento del deber de presentación de cuentas (art. 336-3) y la solicitud de intervención judicial (art. 336-4)⁴⁵.

En relación con el incumplimiento del deber de presentación de cuentas (deber a cargo del patronato, art. 333-9) se legitima al protectorado para tomar las medidas establecidas por la ley y también para solicitar la intervención judicial de la fundación. La regulación nos remite de nuevo a algún otro precepto, 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 el inicio de un procedimiento de inspección siempre que el incumplimiento se haya reiterado dos ejercicios (Disp. Ad. 4^a).

Además, pese a no introducirse como supuesto específico en el artículo siguiente que precisamente regula la intervención judicial, el art. 336-3 ya prevé que este incumplimiento legitima al protectorado para solicitar la intervención judicial. A pesar de que con esta previsión se busque, sin duda, un mecanismo que facilite la actuación del protectorado no parece del todo coordinado ya que considerando que la solicitud de intervención judicial es la última de las medidas a tomar y, sin duda, la más extrema, parece que, en primer lugar, la no presentación de cuentas en un ejercicio ya la puede determinar mientras que por esta misma causa el protectorado deberá esperar a que se repita en un segundo ejercicio para poder iniciar una inspección.

En segundo lugar, la solicitud de intervención judicial por esta causa parece que habrá de regirse también por lo previsto en el art. 336-4. Así, 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.

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 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 Cataluña⁴⁶ y idealmente cualquier otra administración.

⁴⁵ En ambos casos se reproduce básicamente el contenido de los arts. 31 y 26 LF 2001.

⁴⁶ Véase en este sentido el art. 2.3 EAC.

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.

Finalmente, el protectorado pese al conjunto de medidas de las que dispone para el ejercicio de sus funciones también puede instar la intervención judicial de la fundación. Se trata ciertamente de una medida excepcional que afecta de manera máxima a un ente con personalidad jurídica, reconocido constitucionalmente (art. 34 CE) y que, por tanto, goza de garantía judicial. En este sentido, por tanto, el protectorado pese a que puede obtener por esta vía el control total de la fundación ya que si se decreta asume las funciones legales y estatutarias del patronato, únicamente puede llegar a esta situación por la vía de la intervención judicial.

El protectorado está legitimado para solicitarla⁴⁷ lo cual le otorga la posibilidad legal de hacerlo pero sin que legalmente esté obligado en modo alguno. El art. 336-4.1 fija las causas legitimadoras que son: 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.

Las dificultades de acreditación de la existencia de estas circunstancias por parte del protectorado, 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. 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, parece que todas las causas de inspección, dejando quizá a parte la inactividad continuada, son supuestos en los que, efectivamente, podemos encontrar indicios de una de las causas de intervención, sin que, no obstante, sean requisitos de la misma.

⁴⁷ La redacción del art. 336-4 modifica la referencia a la instancia de parte. Así, mejora la referencia anterior (art. 26 LF 2001) a la “denuncia de un patrono o más de uno” que 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.

Así, desde los meros indicios como pueden ser la no presentación de cuentas, la realización de operaciones sin haber solicitado autorización previa o la no respuesta reiterada a los requerimientos de información del protectorado, 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 fundacionales⁴⁸, 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. 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.

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, el CC 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.

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.

No obstante, la legitimación del protectorado para instar la disolución judicial de la fundación está ya prevista con carácter general por el art. 335-5.3 cosa que puede comportar algún problema de coordinación, ya que en él se establece como requisito el requerimiento previo al patronato para que adopte el acuerdo de disolución y, en caso que el patronato no lo atienda, aunque el Código tampoco fije un plazo específico, queda legitimado el protectorado para instar la disolución judicial. En cambio, el art. 336-4.4 omite la necesidad del requerimiento, el cuál sólo podría entenderse producido en el marco del requerimiento de las medidas previstas en el art. 336-4.2. Una interpretación sistemática nos permite pensar que siempre que se haya producido la intervención judicial el protectorado puede instar judicialmente la disolución sin ser entonces requisito previo el requerimiento al patronato. Así, una vez declarada judicialmente la intervención y teniendo el protectorado las funciones de patronato puede instar la disolución, siempre que, obviamente se haya producido alguna de las causas establecidas legalmente, caso en que se garantizaría

⁴⁸ Fijado en al menos el 70% de las rendas y otros ingresos netos anuales (art. 333-2.1).

judicialmente la disolución de la fundación acordada por el protectorado en funciones de patronato⁴⁹.

⁴⁹ Pese a que puede considerarse una medida excesivamente garantista para el conjunto de las causas de disolución puede entenderse la existencia de este control especialmente para el caso de la apreciación que haga el protectorado de la imposibilidad de alcanzar la finalidad o sobre su cumplimiento íntegro.