

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXVI

■ Núm. 2140

■ Marzo de 2012



ESTUDIO DOCTRINAL

**EL PROTECTORADO DE LAS FUNDACIONES.
HACIA UNA RENOVACIÓN DE SUS FACULTADES DE ACTUACIÓN**

MARTA PÉREZ ESCOLAR



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

www.mjusticia.es/bmj

EL PROTECTORADO DE LAS FUNDACIONES. HACIA UNA RENOVACIÓN DE SUS FACULTADES DE ACTUACIÓN*

MARTA PÉREZ ESCOLAR
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

Resumen:

Las facultades de actuación del Protectorado que se ejerce sobre las fundaciones con la finalidad de controlar su actividad como entes de carácter no lucrativo están experimentando una evolución dirigida a incrementar sus posibilidades de intervención a través del reconocimiento de facultades de inspección y de sanción.

El objetivo de este trabajo es analizar los condicionantes de esta tendencia y sus manifestaciones así como valorar las consecuencias que puede tener en nuestro Derecho de fundaciones.

Abstract:

The powers of action of the Protectorate exerted on foundations in order to control its activity as entities of a non-profit nature are experiencing an evolution directed to increase its possibilities of intervention through the recognition of powers of inspection and sanction.

The objective of this work is to analyse the determinants of this trend and its manifestations as well as to evaluate the consequences that it can have in our Law of foundations.

Palabras clave

Fundaciones, Protectorado, función de control, interés general, facultades de actuación, inspección, sanción.

Key words

Foundations, Protectorate, function of control, general interest, powers of action, inspection, sanction.

* Fecha de recepción: 22-12-2011 Fecha de aceptación: 19-01-2012

SUMARIO:

I. EL PROTECTORADO COMO ÓRGANO DE CONTROL DE LAS FUNDACIONES

1. Origen
2. Fundamentación actual
3. El control de la actividad de la fundación como función esencial del Protectorado
 - 3.1. Los arts. 34.1 y 35.1 LF
 - 3.2. Función de control y demás funciones
 - 3.3. La función de control: normas complementarias
4. El caso particular de las fundaciones navarras

II. FACULTADES DE ACTUACIÓN: EL EJERCICIO DE ACCIONES JUDICIALES

III. ATRIBUCIÓN DE FACULTADES DE INSPECCIÓN Y DE FACULTADES SANCIONADORAS

1. Justificación
2. Manifestaciones de esta tendencia
 - 2.1. Legislación estatal
 - 2.2. Legislación autonómica
 - 2.2.1. Canarias
 - 2.2.2. La Rioja
 - 2.2.3. Baleares
 - 2.2.4. País Vasco
 - 2.2.5. Andalucía
 - 2.2.6. Cataluña
 - 2.2.6.1. Introducción
 - 2.2.6.2. La disposición transitoria cuarta del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, aprobado por ley 4/2008, de 24 de abril
 - 2.2.6.3. El proyecto de ley del protectorado respecto de las fundaciones y las asociaciones de utilidad pública de 7 de abril de 2010
 - 2.2.7. Galicia
3. Resurgimiento de la intervención administrativa en el funcionamiento de las fundaciones
 - 3.1. El punto de inflexión
 - 3.2. Valoración
 - 3.3. Otros cambios necesarios
 - 3.3.1. La justificación de las cuentas anuales
 - 3.3.2. Protectorado único frente a Protectorado múltiple

IV. BIBLIOGRAFÍA

I. EL PROTECTORADO COMO ÓRGANO DE CONTROL DE LAS FUNDACIONES

1. ORIGEN

El origen de las fundaciones como personas jurídicas se ha situado en la Edad Media, época en la que el Derecho canónico las reconoció como sujetos autónomos de derecho con la finalidad de canalizar a través de ellas las denominadas causas piadosas provenientes de personas que deseaban destinar aportaciones económicas a la beneficencia o a la Iglesia¹.

Sin embargo, la idea de que las fundaciones deben estar sometidas al control de la administración pública no surge hasta el siglo XIX, en el que los procesos desvinculadores y desamortizadores de bienes de las llamadas “manos muertas”, entre ellas, las fundaciones, terminan desembocando en la permisividad de las de carácter benéfico pero siempre que su funcionamiento se sometiera al control de un Protectorado encomendado a la administración pública².

Por tanto, el surgimiento del Protectorado como órgano de control de las fundaciones tiene su origen en la desconfianza hacia este tipo de personas jurídicas que generó el liberalismo económico del siglo XIX, para el que su configuración en aquel momento como entes inactivos, dependientes de sus propias rentas y de las liberalidades de terceros (herencias, donaciones), las convertía en instituciones que no contribuían al desarrollo económico, y cuyo funcionamiento, consecuentemente, necesitaba ser vigilado.

Ello puede constatarse tanto en la citada Ley de 20 de junio de 1849, cuyo art. 4º atribuyó al gobierno “*la dirección de la Beneficencia*”, como, sobre todo, en el Real Decreto de 14 de marzo de 1899, sobre reorganización de servicios de la Beneficencia particular e Instrucción para el ejercicio del Protectorado del Gobierno, en cuyas palabras preliminares se justificó este Protectorado sobre la beneficencia diciendo que el gobierno tenía “*la obligación ineludible de velar por la integridad de los bienes destinados a tan sagrados objetos, dictando al efecto las disposiciones encaminadas a favorecer su investigación, a proteger su estabilidad, a desarrollar su estadística, a moralizar su administración, a regularizar su contabilidad, a procurar, en fin, la más perfecta organización de este servicio que el interés público reclama con justificada exigencia*”. Esto no quiere decir que el Protectorado de las fundaciones no asumiera entonces también como función la relativa al cumplimiento de la voluntad del fundador³, pero sí pone de manifiesto que la idea de control sobre estos entes por parte de la administración pública tiene su origen en el recelo hacia ellos que provocó la vigencia de los principios económico liberales del siglo XIX⁴.

¹ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, Elementos de Derecho civil, I, Parte General, Volumen Segundo, Personas, Dykinson, Madrid, 2010, p. 308.

En el Derecho romano, el término *piae causae* no hacía referencia al ente sino a la finalidad a que se destinaba el patrimonio. Vid. Díez-Picazo, L., “Prólogo” al Tratado de Fundaciones, VVAA, Rafael de Lorenzo / José Luis Piñar / Teresa Sanjurjo (Directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 43 y ss.

² La Ley de 11 de octubre de 1820 prohibió la constitución tanto de vinculaciones de bienes familiares como de fundaciones benéficas, mientras que la Ley de 27 de diciembre de 1821 permitió la subsistencia de los “establecimientos particulares de beneficencia” con la prohibición de ser titulares de bienes inmuebles. La Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849 admitió también la existencia de “establecimientos de beneficencia particular”, de forma que a partir de este momento los objetivos desvinculadores de bienes dejaron de afectar a las fundaciones. Otra cosa fue el tema de la desamortización: la Ley de 1 de mayo de 1855 les permitió adquirir bienes inmuebles pero con la condición de transformarlos en “efectos públicos” para evitar que se convirtieran en bienes improductivos, con lo cual su titularidad sobre este tipo de bienes se admitió con carácter muy excepcional, únicamente sobre los que necesitaban para ser ocupados. Vid. LACRUZ BERDEJO, Elementos..., op. cit., pp. 308 y ss.

³ Según el art. 1º de la citada Instrucción para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la Beneficencia particular contenida en el Real Decreto de 14 de marzo de 1899, “el Protectorado de las instituciones de Beneficencia comprenderá las facultades necesarias para lograr que sea cumplida la voluntad de los fundadores en lo que interese a colectividades indeterminadas”.

⁴ Así, según LACRUZ BERDEJO, Elementos..., op. cit., p. 310, “de los principios ilustrados y liberales queda como idea que inspira desde entonces la legislación, la del necesario control de la Administración sobre las fundaciones”.

2. FUNDAMENTACIÓN ACTUAL

Con carácter general, puede afirmarse que la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de personas jurídicas de derecho privado se justifica por la necesidad de garantizar el cumplimiento de las normas de conforman su régimen jurídico. El grado de intensidad con que se produce dicha intervención depende del tipo de persona jurídica de que se trate, cuyos fines y configuración interna legitiman que se produzca en mayor o menor medida⁵.

En el caso de las fundaciones, el control público se justifica esencialmente por la necesidad de garantizar el cumplimiento de sus fines de interés general (art. 34.1 CE). Este carácter de los fines, de interés general, conforma el núcleo esencial del concepto de fundación constitucionalmente admitido, razón por la cual actúa como eje vertebrador de su régimen jurídico: las permite ser destinatarias de subvenciones públicas y gozar de un régimen tributario especial pero, como contrapartida, somete su funcionamiento a la supervisión de la administración pública.

En este sentido se ha manifestado reiteradamente el TC, entre cuyas resoluciones cabe citar la Sentencia 18/1984, de 7 de febrero, en la que se dijo que la existencia del Protectorado “pone de manifiesto la interacción Estado-sociedad, y las funciones que se atribuyen al primero para que se obtenga el interés público presente en toda fundación” (Fundamento Jurídico 7)⁶, y la famosa Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, en la que, con ocasión de la defensa del concepto de fundación “para fines de interés general” del art. 34.1 CE, dijo que “tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman” (Fundamento Jurídico 5)⁷. Con posterioridad, la STC 341/2005, de 21 de diciembre, ha vuelto a incidir en el tema diciendo claramente que “del rasgo básico que supone el que las fundaciones tengan un fin de interés general se deriva la exigencia de la intervención administrativa” (Fundamento Jurídico 4)⁸.

A mayores, la necesidad de intervención pública sobre las fundaciones se refuerza ante la inexistencia de ordinario en ellas de mecanismos de control internos como son, por ejemplo, las asambleas generales de las asociaciones a las que los órganos de gestión tienen que rendir cuentas⁹. Con estos fundamentos, la atribución de este control a la administración pública a través de la institución del Protectorado se asienta finalmente sobre la función de servicio a los intereses generales que asume dicha administración pública (art. 103.1 CE)¹⁰.

⁵ Vid. FERRARA, F., Teoría de las personas jurídicas, traducida de la segunda edición revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury, Comares, Granada, 2006, p. 656.

⁶ Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT. Cfr. BOE de 9 de marzo de 1984, núm. 59.

⁷ Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel LATORRE SEGURA. Cfr. BOE de 13 de abril de 1988, núm. 89.

⁸ Ponente: Excmo. Sra. Dña. Elisa PÉREZ VERA. Cfr. BOE de 20 de enero de 2006, núm. 17.

⁹ El derecho catalán prevé expresamente la posibilidad de que las fundaciones sometidas a su ámbito de aplicación se doten de mecanismos de control interno a través de la creación de órganos distintos al patronato con este fin o de la reserva de facultades del fundador para la designación, separación y renovación de los patronos y cargos del patronato [arts. 331-9.g) y 332.4.4, respectivamente, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, aprobado por ley 4/2008, de 24 de abril].

¹⁰ En las fundaciones de competencia estatal, el Protectorado lo ejerce la Administración General del Estado (art. 34.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en adelante, LF) “a través de los departamentos ministeriales que posean atribuciones vinculadas con los fines fundacionales, tal y como aparecen descritos en los estatutos de la fundación” (art. 40.1 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, en adelante, RF).

En las fundaciones de competencia autonómica, el Protectorado lo ejerce la administración de la CA que corresponda según determine su propia legislación, lo cual se traduce, como veremos, en la posibilidad de un Protectorado único o múltiple.

3. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DE LA FUNDACIÓN COMO FUNCIÓN ESENCIAL DEL PROTECTORADO

3.1. Los arts. 34.1 y 35.1 LF

Según el art. 34.1 LF, “*el Protectorado velará por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones*”, norma que claramente pone de manifiesto la que puede calificarse como función esencial del Protectorado: controlar la actividad de la fundación en aras de un correcto ejercicio del derecho de fundación, lo cual se extiende al proceso de constitución.

Conforme al criterio del legislador estatal manifestado en la disposición final primera.1 LF, el art. 34.1 LF constituye condición básica para el ejercicio del derecho de fundación, siendo, por ello, de aplicación general en todo el territorio del Estado al amparo del art. 149.1.1ª CE. Ello impide la constitución de las históricamente llamadas fundaciones “a fe y conciencia” del patronato, es decir, fundaciones en las que la voluntad del fundador impide la intervención de la administración pública confiando enteramente su funcionamiento al órgano de gobierno. En consonancia, la disposición transitoria primera.4 LF dice que “*las condiciones estatutarias contrarias a la presente Ley de las fundaciones constituidas “a fe y conciencia” se tendrán por no puestas*”¹¹.

Con este punto de partida, el art. 35.1 LF enumera, sin carácter exhaustivo, las funciones del Protectorado que se ejerce sobre las fundaciones de competencia estatal¹², que pueden clasificarse de la siguiente manera:

a). Funciones de apoyo, asesoramiento y publicidad de la actividad de las fundaciones:

- “*Informar, con carácter preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones, sobre la idoneidad de los fines y sobre la suficiencia dotacional de las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución*” [a)].
- “*Asesorar a las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución*” [b)].
- “*Asesorar a las fundaciones ya inscritas sobre su régimen jurídico, económico-financiero y contable, así como sobre cualquier cuestión relativa a las actividades por ellas desarrolladas en el cumplimiento de sus fines, prestándoles a tal efecto el apoyo necesario*” [c)].
- “*Dar a conocer la existencia y actividades de las fundaciones*” [d)].

b). Funciones de control de la actividad de las fundaciones o funciones relativas al cumplimiento de los fines fundacionales:

- “*Velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, de acuerdo con la voluntad del fundador, y teniendo en cuenta la consecución del interés general*” [e)].
- “*Verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales, pudiendo solicitar del Patronato la información que a tal efecto resulte necesaria, previo informe pericial realizado en las condiciones que reglamentariamente se determine*” [f)].

¹¹ A pesar de este criterio del legislador estatal, el derecho navarro va por otro camino, como veremos en el epígrafe siguiente.

¹² Conforme a la disposición final primera.4 LF.

c). Funciones relacionadas con las posibles deficiencias que se pueden producir en el patronato de la fundación:

- “Ejercer provisionalmente las funciones del órgano de gobierno de la fundación si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo” [g)].
- “Designar nuevos patronos de las fundaciones en periodo de constitución cuando los patronos inicialmente designados no hubieran promovido su inscripción registral, en los términos previstos en el artículo 13.2 de la presente Ley” [h)].

d). “Cuántas otras funciones se establezcan en ésta o en otras leyes” [i)], cláusula de cierre que nos remite, por ejemplo, a la concesión de autorizaciones previas para la realización de actos de disposición que recaigan sobre elementos del patrimonio fundacional que la ley considera de especial relevancia (art. 21.1 LF), y a la obligación de informar al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente de la existencia de indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de la fundación (art. 35.3 LF).

Entre estas “*otras funciones*” se suele hacer también referencia a las relacionadas con el ejercicio de acciones judiciales, si bien en este caso nos encontramos más bien ante facultades de actuación del Protectorado para el cumplimiento de sus funciones propiamente dichas, por lo que nos referiremos específicamente a ellas, como tales facultades de actuación, más adelante.

En cualquier caso, la literatura jurídica destinada a explicar las funciones del Protectorado de fundaciones de competencia estatal conforme al art. 35.1 LF es relativamente abundante¹³, por lo que baste con poner aquí de manifiesto que las normas autonómicas paralelas son muy semejantes, en muchos casos idénticas, a dicho art. 35.1 LF (con la salvedad, como veremos, de la normativa navarra)¹⁴, para pasar a centrarnos en la función del Protectorado que justifica este trabajo, la función de control.

3.2. Función de control y demás funciones

La configuración legal de las funciones del Protectorado, en la que se integran significativamente funciones de asesoramiento y apoyo en el momento de constitución de la persona jurídica, pone de manifiesto la superación de su concepción preconstitucional, únicamente fiscalizadora de la actividad de la fundación, superación que se consolidó con la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General¹⁵.

La vigente LF continuó por la senda de la potenciación de las funciones de asesoramiento y apoyo del Protectorado en detrimento de las funciones de control¹⁶, al tiempo que adoptó otras medidas dirigidas a fomentar la autonomía de la fundación como, particularmente, las orientadas a flexibilizar el régimen de disposición sobre el patrimonio fundacional a través

¹³ Vid., por todos, GONZÁLEZ CUETO, T., Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002, de 26 de diciembre, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 276 y ss.

¹⁴ Vid. arts. 36.2.c) y d) de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Normas Reguladoras del País Vasco; 28.2.a) y d) de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Normas Reguladoras de las Fundaciones de la Comunidad de Madrid; 35.b) y c) de la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Normas Reguladoras de las Fundaciones Canarias; 29.b), e) y f) de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Normas Reguladoras de Fundaciones de la Comunidad Valenciana; 33.1 de la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León; 45.1.c) y d) de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía; 48.1.c) y d) de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego; 46 de la Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja, y 336-2.2.d) del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, aprobado por ley 4/2008, de 24 de abril.

¹⁵ Su Exposición de Motivos, V, destacó que “en la regulación del Protectorado se ha partido de una nueva concepción que le da nuevo contenido al asignarle no sólo funciones de control, sino también de apoyo, impulso y asesoramiento”.

¹⁶ Su Exposición de Motivos, III, dice expresamente que “el capítulo VII reformula las funciones del Protectorado, potenciando las de apoyo y asesoramiento a las fundaciones sobre las que ejerce su competencia, en especial a las que se encuentran en proceso de constitución”.

de la sustitución de algunos casos que requerían autorización previa del Protectorado por la necesidad de una simple comunicación posterior en plazo (art. 21.1, 2 y 3 LF)¹⁷, y el reconocimiento de la posibilidad de que se realicen actividades económicas de diverso alcance (art. 24 LF)¹⁸.

Con ello, el Protectorado se ha convertido en un órgano destinado a tutelar el ejercicio del derecho de fundación en el más amplio sentido de la palabra, pues, efectivamente, proteger el derecho de fundación no supone únicamente controlar la actividad de las fundaciones sino también, entre otras cosas, apoyarlas y asesorarlas, sobre todo en el momento de su constitución, y dar publicidad a su existencia y consecución de objetivos¹⁹.

No obstante, las funciones de control del Protectorado sobre la actividad de la fundación no han dejado de ser su objetivo prioritario, pues, en definitiva, constituyen su razón de ser: se apoya, se asesora y se dan a conocer las actividades realizadas, de igual forma que en otros ámbitos de la administración pública se subvenciona y ayuda económicamente, porque se trata de personas jurídicas dirigidas a la satisfacción de fines de interés general, fines cuya consecución hay que garantizar por encima de cualquier otra consideración.

De hecho, el objetivo de este trabajo es poner de manifiesto cómo la evolución que apunta el Derecho de fundaciones tiende a potenciar de nuevo la labor del Protectorado como órgano de control de la actividad de las fundaciones, seguramente ante la ineficacia de unas facultades de actuación que ha permitido a muchas fundaciones desvirtuar los fines para los que fueron creadas.

3.3. La función de control: normas complementarias

La función de control del Protectorado sobre la actividad de la fundación en orden a que se produzca el efectivo cumplimiento de sus fines de interés general se complementa de forma importante con un conjunto de normas que van mucho más allá de lo genéricamente dispuesto en el art. 35.1.e) y f) LF:

- El art. 25 LF ("*contabilidad, auditoría y plan de actuación*") regula las obligaciones de las fundaciones relativas a la presentación al Protectorado de una serie de documentos dirigidos a proporcionarle la información necesaria para que pueda verificar el grado de cumplimiento de los fines fundacionales conforme a los recursos económicos de la fundación²⁰:

a).- El plan de actuación, que debe remitirse en los últimos tres meses de cada ejercicio económico reflejando los objetivos y actividades previstos para el siguiente ejercicio (art. 25.8 LF), con su correspondiente estimación de gastos e ingresos (art. 26.2 RF). El Protectorado debe comprobar su adecuación formal a la normativa vigente antes de proceder a su depósito en el Registro de Fundaciones (art. 26.4 RF).

¹⁷ Vid. PÉREZ ESCOLAR, M. / CABRA DE LUNA, M. A. / LORENZO GARCÍA, R. de, "Patrimonio, régimen económico y funcionamiento", Tratado de Fundaciones, VVAA, Rafael de Lorenzo / José Luis Piñar / Teresa Sanjurjo (Directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 266 y ss, especialmente, 278 y ss.

¹⁸ Vid. PÉREZ ESCOLAR, M., La actividad económica de las fundaciones, Tensiones legislativas e interés general, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008; EMBID IRUJO, J. M., "Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresarial)", Anuario de Derecho de Fundaciones 2010, VVAA, Iustel, Madrid, 2010, pp. 15 y ss.

¹⁹ Vid. GONZÁLEZ CUETO, Comentarios a la Ley de Fundaciones, ..., op. cit., pp. 266 y ss; TORRES GARCÍA, T. F., "El control de las fundaciones", Tendencias legislativas y Tercer Sector, Ponencias del Congreso Internacional, Santiago de Compostela, 2-4 de octubre de 2003, VVAA, edición a cargo de M^a Paz García Rubio / Belén Trigo García, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2005, pp. 39 y ss; CABRA de LUNA, M. A. / LORENZO GARCÍA, R. de, "El protectorado, (Artículos 34 y 35)", Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo, VVAA, Santiago Muñoz Machado / Miguel Cruz Amorós / Rafael de Lorenzo García (Directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 493 y ss; BENGOCHEA BARTOLOMÉ, A. / LÓPEZ GARCÍA, J. M., "El Protectorado", Tratado de Fundaciones, VVAA, Beneyto Pérez, J. M. (Director), Bosch, Barcelona, 2007, pp. 767 y ss.

²⁰ Según el art. 46.b) RF, es función del Protectorado "en relación al cumplimiento de fines por parte de las fundaciones" el conocimiento y examen de los documentos a que seguidamente pasamos a referirnos.

b).- Las cuentas anuales, cuya memoria ha de detallar las actividades realizadas por la fundación en el ejercicio correspondiente (arts. 25.2 párrafos tercero y cuarto LF²¹). El Protectorado ha de comprobar también su adecuación formal a la normativa vigente antes de depositarlas en el Registro de Fundaciones (art. 25.7 LF).

En caso de que aprecie errores o defectos formales en la documentación presentada debe requerir al patronato para que proceda a su subsanación y, si no se atiende a este requerimiento en plazo, se abre la posibilidad de que ejercite las acciones del art. 35.2 LF: acción de responsabilidad contra los patronos implicados por los daños y perjuicios que se puedan haber causado a la fundación, solicitud a la autoridad judicial de que se cese a dichos patronos implicados e impugnación de los actos que considere contrarios a la ley o a los estatutos del ente (art. 28.5 RF).

Comprobada esta adecuación formal de las cuentas anuales a la normativa vigente y depositadas conforme a ello en el Registro de Fundaciones, el Protectorado puede realizar todas las comprobaciones materiales que considere necesarias en un plazo de cuatro años a contar desde la presentación de dichas cuentas, comprobaciones que, al igual que en el caso anterior, pueden dar lugar al ejercicio de las acciones referidas del art. 35.2 LF (art. 28.6 RF).

A mayores, las cuentas anuales de la fundación han de someterse a una auditoría externa en los casos en que, a fecha de cierre del ejercicio económico, concurren al menos dos de las circunstancias a que se refiere el art. 25.5 LF: activo del ente superior a 2.400.000 euros, importe neto del volumen anual de ingresos superior igualmente a 2.400.000 euros, y número de trabajadores empleados durante el ejercicio superior a 50. El incumplimiento de esta obligación por parte del patronato antes de la finalización del ejercicio a auditar da lugar a la posibilidad de que el auditor de cuentas sea designado por el encargado del Registro de Fundaciones, a instancia del Protectorado o de cualquiera de los miembros del patronato (art. 31.2 RF)²².

- El art. 27 LF ("*destino de rentas e ingresos*") dispone en su número 1 que un porcentaje mínimo del 70 por 100 de los ingresos netos de la fundación se ha de destinar a la satisfacción de los fines de interés general que tenga encomendados y, el resto, a incrementar su dotación o reservas, disponiendo para ello el patronato del periodo de tiempo comprendido entre el inicio del ejercicio económico en que se hayan obtenido los ingresos correspondientes y los cuatro años siguientes a su cierre²³.

²¹ Por su parte, el art. 30 RF dice que la memoria habrá de identificar cada una de las actividades de la fundación, "distinguiendo entre actividades propias y mercantiles", y especificar, entre otras cuestiones, los recursos económicos y humanos empleados para la realización de tales actividades y los ingresos obtenidos por el ejercicio de las mismas.

²² El art. 25 LF es de aplicación a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.4 LF).

Para las fundaciones de competencia autonómica, *vid.* arts. 26 a 28 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Normas Reguladoras del País Vasco; 21 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Normas Reguladoras de las Fundaciones de la Comunidad de Madrid; 25 de la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Normas Reguladoras de las Fundaciones Canarias; 21 de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Normas Reguladoras de Fundaciones de la Comunidad Valenciana; 24 de la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León; 34 a 37 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía; 36 a 39 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego; 33 de la Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja, y 333-7 a 333-12 del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, aprobado por ley 4/2008, de 24 de abril.

²³ La norma es también únicamente de aplicación a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.4 LF). No obstante, en el mismo sentido, los arts. 30.1 y 2 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Normas Reguladoras del País Vasco; 9.1 y 2 de la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, por la que se regula el régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio de Navarra; 22.1 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Normas Reguladoras de las Fundaciones de la Comunidad de Madrid; 28.1 de la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Normas Reguladoras de las Fundaciones Canarias; 20.4 de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Normas Reguladoras de Fundaciones de la Comunidad Valenciana; 35.1 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego, y 333-2.1 del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, aprobado por ley 4/2008, de 24 de abril.

Este porcentaje es incrementado al 100 por 100 en el caso de Castilla y León, Andalucía y La Rioja con respecto al resultado de las actividades económicas que se regulan en los arts. 22, 33 y 31 de las respectivas legislaciones autonómicas. Cfr. arts. 22.5 de la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León, idéntico a los posteriores arts. 33.5 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y 31.5 de la Ley 1/2007, de 12 de febrero,

En el ámbito fiscal, el art. 3.2º de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, establece el mismo requisito de destino de un mínimo del 70 por 100 de los ingresos netos de la fundación a la satisfacción de sus fines de interés general para que pueda ser considerada entidad sin fin lucrativo a los efectos de esta Ley y así poder acceder al régimen tributario especial por ella regulado.

A estos efectos, el art. 32.8 RF dice que la memoria que se integra en las cuentas anuales de la fundación debe incluir “*información detallada del cumplimiento del destino a fines fundacionales*” especificándose “*el resultado sobre el que se aplica el porcentaje del 70 por ciento y los gastos e inversiones destinados a fines fundacionales, así como el importe de los gastos de administración*”, cuestiones sobre las que el Protectorado puede requerir que se amplíe la información suministrada y que se aporten los “*documentos y justificantes que se estimen necesarios*”, entre los que se incluyen los informes periciales.

Además, con relación a los gastos de administración, es interesante destacar que el art. 33 RF establece un límite máximo que pueden alcanzar, pues determina que la suma de los ocasionados por la administración del patrimonio fundacional y por la actividad de los patronos en el ejercicio de su cargo (reembolso de gastos justificados ex art. 15.4 párrafo primero LF) “*no podrá superar la mayor de las siguientes cantidades: el cinco por ciento de los fondos propios o el veinte por ciento del resultado contable de la fundación*”. A pesar de ello, la norma es criticable en el sentido de que el control sobre el resarcimiento de gastos a los patronos debería establecerse de forma independiente con respecto a los gastos generados por la administración del patrimonio fundacional, y, quizás, con unos contornos más estrictos que impidan que por esta vía se pueda obtener una remuneración encubierta.

4. EL CASO PARTICULAR DE LAS FUNDACIONES NAVARRAS

Las fundaciones sometidas al ámbito de aplicación del derecho navarro, es decir, las que desarrollen sus funciones únicamente en el ámbito territorial de la Comunidad Foral de Navarra, presentan un régimen especial de actuación del Protectorado, pues se permite que el fundador excluya su intervención en la vida de las fundaciones creadas a iniciativa privada, si bien con la posibilidad de que el control público sobre estas fundaciones exentas de Protectorado se realice a través del Ministerio Fiscal.

En concreto, la ley 46, párrafo último, de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil de Navarra o Fuero Nuevo de Navarra (en adelante, FNN), dice que “*tratándose de fundaciones constituidas por voluntad privada, el fundador podrá eximir a la fundación de toda intervención administrativa*”; no obstante, “*a instancia de cualquier persona, el Ministerio Fiscal podrá inspeccionar la gestión e instar y ejercitar las acciones procedentes*”. En consonancia, el art. 3.3 del Decreto foral 613/1996, de 11 de noviembre, por el que se regula la estructura y el funcionamiento del Registro de Fundaciones de Navarra, declara que la solicitud de inscripción de las fundaciones navarras se debe acompañar, entre otra documentación, de “*la declaración del fundador o, en defecto de éste, del Patronato, manifestando su voluntad de acogerse o no al Protectorado de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra*”. De ambas normas entendemos que resulta lo siguiente:

- La ley 46, párrafo último, FNN permite las históricamente llamadas fundaciones “a fe y conciencia” del patronato cuando se trate de fundaciones creadas a iniciativa privada. Para ello es necesario que conste la voluntad expresa del fundador en este sentido; en caso

de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja: “En todo caso, el resultado neto de las actividades mercantiles deberá destinarse al cumplimiento de los fines de la Fundación”. El conjunto global de ingresos obtenidos por las fundaciones sometidas al ámbito de aplicación de estas legislaciones queda sometido sin embargo también al porcentaje general del 70 por 100 (arts. 25.1 de la Ley de Fundaciones de Castilla y León; 38.1 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y 34.1 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja).

contrario, la declaración del patronato a que se refiere el art. 3.3 del Decreto foral 613/1996, de 11 de noviembre, no puede eximir a la fundación de intervención administrativa, pues se trata de algo que sólo compete al fundador conforme a lo previsto en dicha ley 46, párrafo último, FNN²⁴.

Se trata, en definitiva, de una manifestación más del principio de autonomía privada que caracteriza al Derecho civil navarro, que limita en este caso la intervención de los poderes públicos a favor de la voluntad del fundador en relación con la existencia y configuración de mecanismos de control público sobre la fundación²⁵.

- Esta posibilidad entra en contradicción con el criterio del legislador estatal manifestado en la disposición final primera.1 LF, que considera que el art. 34.1 LF, que atribuye al Protectorado la función de velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones, forma parte de *“las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación”*, condiciones básicas que, puesto que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos, *“son de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1ª de la Constitución”*.

- Tal criterio del legislador estatal no es determinante desde el punto de vista constitucional, pues el único órgano competente para establecer con carácter vinculante qué cuestiones relativas al derecho de fundación merecen la calificación de condición básica para su ejercicio conforme al art. 149.1.1ª CE es el TC²⁶.

Conforme a ello, hay que volver a traer a colación la citada STC 49/1988, de 22 de marzo, en cuyo Fundamento Jurídico 5 se sentó el contenido esencial del concepto de fundación ex art. 34.1 CE, *“para fines de interés general”*, señalándose que *“tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman”*. De esta declaración cabe deducir que el sometimiento de las fundaciones a un control público encargado de supervisar su funcionamiento como entes destinados a la satisfacción de fines de interés general sí forma parte de las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación²⁷.

- La ley 46, *in fine*, FNN, viene a matizar el problema de forma importante, pues el reconocimiento de la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inspeccione la gestión de las fundaciones navarras exentas de Protectorado y, en su caso, ejercite las acciones que procedan, *“a instancia de cualquier persona”*, conlleva que la administración pública a la que se haya impedido ejercer un control directo sobre la fundación a través del Protectorado puede conseguir el mismo objetivo de forma indirecta, a través del Ministerio Fiscal en los términos expuestos²⁸.

²⁴ Vid. GOYÉN URRUTIA, M^a T., “Ley 46”, Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, VVAA, E. Rubio Torrano (director), Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 113.

²⁵ Vid. DURÁN RIVACOBBA, R., “Las fundaciones en el derecho foral navarro”, Temas de Derecho civil foral navarro, VVAA, Aranzadi, Pamplona, 1991, pp. 138, 149 y 150; RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a, “Normativa sobre fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra”, Anuario de Derecho de Fundaciones 2009, VVAA, Iustel, Madrid, 2009, pp. 200 y ss; DOMINGO OSLÉ, F., “Régimen jurídico de las Fundaciones privadas en Navarra”, Tratado de Fundaciones, VVAA, Rafael de Lorenzo / José Luis Piñar / Teresa Sanjurjo (Directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 634.

²⁶ Máxime cuando el criterio del legislador estatal al respecto ha variado en algunos puntos con respecto a lo que manifestó a través de la disposición final 1ª de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General. Vid. DÍAZ BRITO, F. J., “Las fundaciones navarras ante la nueva ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre”, Revista Jurídica de Navarra, 2003, N^o 35, pp. 157, 161 y ss.

No obstante ello, existe doctrina navarra que acepta este criterio del legislador estatal y considera, por tanto, que el art. 34.1 LF es, entre otros, “de aplicación directa en Navarra, pese a la competencia exclusiva que le atribuye al legislador foral la LORAFNA”. Vid. SABATER BAYLE, E., Derecho Civil Navarro, Marcial Pons, 2009, pp. 77 y 78.

²⁷ Vid. DÍAZ BRITO, “Las fundaciones navarras ante la nueva ley estatal ...”, op. cit., pp. 163 y ss.

²⁸ Vid. DURÁN RIVACOBBA, “Las fundaciones en el derecho foral navarro”, op. cit., p. 150, nota 40.

En consecuencia, si la posibilidad de control público sobre las fundaciones existe en todo caso, también en las exentas de Protectorado, seguramente pueda aceptarse sin dificultad que la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de fundación no resulta comprometida por esta cuestión y que, por tanto, la normativa navarra no merece en este punto un juicio de inconstitucionalidad.

No obstante, sí que sería deseable que, *de lege ferenda*, la normativa navarra se pusiera en consonancia con el resto de la legislación española sobre fundaciones, que prevé el sometimiento de las mismas al control público que se ejerce a través de la institución del Protectorado como modo de garantizar su destino a la satisfacción de fines de interés general. A pesar de que en el caso navarra este control público pueda hacerse efectivo en todo caso según lo expuesto, no deja de “chirriar” la posibilidad de que, a día de hoy, la voluntad particular del fundador pueda impedir la intervención administrativa en la vida de un ente que, por destinarse a la satisfacción de fines sociales, se beneficia de privilegios fiscales y ayudas públicas.

Pues bien, referido el caso particular de las fundaciones sometidas al ámbito de aplicación del derecho navarro, pasamos a ver seguidamente las facultades de actuación con que cuenta el Protectorado para hacer efectivas las funciones de control de la actividad de la fundación que tiene encomendadas y así poder realizar a continuación una valoración a propósito de su adecuación o suficiencia a estos efectos.

II. FACULTADES DE ACTUACIÓN: EL EJERCICIO DE ACCIONES JUDICIALES

Las facultades de actuación del Protectorado para hacer efectivas las funciones de control de la actividad de las fundaciones que tiene encomendadas giran en torno a la posibilidad de iniciar acciones judiciales de diverso alcance: acción de responsabilidad y solicitud de cese frente a los patronos que no desempeñen su cargo con la diligencia debida, acción de impugnación de los actos o acuerdos de la fundación que considere contrarios a la ley o a sus estatutos, solicitud de intervención temporal de la fundación que presente graves irregularidades en su gestión y solicitud de disolución de la fundación cuando concurren los requisitos legalmente establecidos para ello.

La explicación pormenorizada de estas facultades de actuación, marcadas por el común denominador que representa el ejercicio de acciones judiciales, ha sido abundantemente realizada en obras generales y trabajos específicos de Derecho de fundaciones, por lo que nos limitamos a sintetizarlas de la manera que sigue:

- Ejercicio, ante la autoridad judicial y en nombre de la fundación, de la acción de responsabilidad frente a los patronos por la realización de los actos a que se refiere el art. 17.2 LF, es decir, por la realización de actos contrarios a la ley, a los estatutos de la fundación o faltos de la diligencia debida que, como consecuencia de ello, hayan causado daños a dicha fundación (arts. 17.3 y 35.2 párrafo primero LF). Piénsese, por ejemplo, en la realización de actos de disposición sobre el patrimonio fundacional por precios inferiores a los de mercado cuando, por no estar sujetos a la obtención de una autorización previa del Protectorado, éste tenga conocimiento de los mismos tras la comunicación *a posteriori* a que se refiere, para las fundaciones de competencia estatal, el art. 21.3 LF.

Conforme al mismo art. 17.2 LF, sólo quedan exentos de responsabilidad los patronos que *“hayan votado en contra del acuerdo, y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente por evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”*, en definitiva, los patronos disidentes y los ausentes de buena fe²⁹.

²⁹ Vid. PÉREZ ESCOLAR, M., “La responsabilidad de los patronos frente a la fundación”, Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias, VVAA, Javier Gómez Gállego (coordinador), Tomo II, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp.

Según la disposición final primera.3 LF, los arts. 17.3 y 35.2 LF constituyen legislación procesal, por lo que, de acuerdo con esta calificación, tienen aplicación general en todo el territorio del Estado al amparo del art. 149.1.6ª CE³⁰. Por su parte, la disposición final primera.2.b) atribuye al art. 17.2 LF la consideración de legislación civil, lo cual, pese a implicar la posibilidad de particularidades en las CCAA con derecho civil propio (art. 149.1.8ª CE), no ha dado hasta la fecha lugar a ellas³¹.

- En relación con lo anterior, el Protectorado puede solicitar a la autoridad judicial el cese de los patronos que no hayan ejercitado su cargo con la diligencia debida [art. 35.2 párrafo primero LF, en relación con el art. 18.2.d) LF]³².

De nuevo, la consideración del art. 35.2 LF como legislación de carácter procesal por la disposición final primera.3 LF conlleva la aplicación general de esta facultad de actuación del Protectorado en todo el territorio del Estado al amparo del art. 149.1.6ª CE.

- Impugnación de los actos y acuerdos del patronato que sean contrarios a la ley o estatutos por los que se rige la fundación (art. 35.2 párrafo segundo LF).

En este caso, aunque la legitimación del Protectorado es también de aplicación general en todo el territorio del Estado como consecuencia de la calificación que efectúa la citada disposición final primera.3 LF del art. 35.2 LF como norma procesal, la posibilidad de impugnación de los actos del patronato debe complementarse con lo que cada normativa, estatal o autonómica, considere contrario a la ley.

Así, por ejemplo, la necesidad de que los actos de disposición sobre bienes y derechos dotacionales o directamente vinculados al cumplimiento de fines fundacionales sean previamente autorizados por el Protectorado (art. 21.1 LF³³) no se contempla en algunas legislaciones autonómicas, en las que únicamente se requiere la realización de una comunicación posterior en plazo al respecto: arts. 22.1 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Normas Reguladoras de las Fundaciones del País Vasco; 16.1 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Normas Reguladoras de las Fundaciones de la Comunidad de Madrid; 13 de la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Normas Reguladoras de las Fundaciones Canarias, y 29.1 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego³⁴.

Por su parte, el art. 333-1 del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, aprobado por Ley 4/2008, de 24 de abril, recurre a un sistema de reinversión de los bienes que sean objeto de actos de disposición en la adquisición de otros bienes y derechos que se subrogan en el lugar de los anteriores o en mejoras de bienes de la fundación (número 1); con ello, dichos actos de disposición sobre el patrimonio fundacional quedan sometidos a un deber de comunicación al Protectorado (número 2). Sin embargo, es necesaria la autorización previa cuando recaigan sobre bienes o derechos que hayan sido adquiridos con subvenciones públicas o provengan de donaciones en las que el donante así lo haya exigido expresamente, cuando exista norma estatutaria que lo requiera y cuando el producto de la operación no se reinvierta totalmente en el patrimonio de la fundación (número 3)³⁵.

1775 y ss; EMBID IRUJO, J. M., "Obligaciones y responsabilidad de los patronos", Anuario de Derecho de Fundaciones 2009, VVAA, Iustel, Madrid, 2009, pp. 131 y ss.

³⁰ La misma consideración de legislación procesal tiene el art. 18.3 LF, que permite que el juez acuerde la suspensión cautelar de los patronos en el ejercicio de su cargo cuando se entable contra ellos la acción de responsabilidad en cuestión.

³¹ Así, en los mismos términos o de forma muy similar, los arts. 15.1 y 2 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Normas Reguladoras del País Vasco; 22.2 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego, y 332-11.1, 6 y 7 del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, aprobado por ley 4/2008, de 24 de abril.

³² Vid. GONZÁLEZ CUETO, Comentarios a la Ley de Fundaciones, ..., op. cit., p. 158.

³³ De aplicación únicamente a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.4 LF).

³⁴ Otras normativas autonómicas son, sin embargo, más restrictivas que la estatal. Vid. PÉREZ ESCOLAR / CABRA DE LUNA / LORENZO GARCÍA, "Patrimonio, régimen económico y funcionamiento", op. cit., pp. 266 y ss.

³⁵ Vid. LLOVERAS FERRER, M.-R., "El protectorado de fundaciones en el Código civil de Cataluña", Indret, 1/2010, www.indret.com, pp. 17 y ss.

- Solicitud de intervención temporal de la fundación cuando advierta irregularidades graves en su gestión económica que pongan en peligro su subsistencia o bien considere que se está produciendo una desviación también grave de los fines fundacionales. Para ello es necesario un requerimiento previo al patronato dirigido a que adopte las medidas que considere pertinentes (art. 42.1 LF), requerimiento que, si no es atendido en el plazo que se señale, permite que el Protectorado solicite a la autoridad judicial una intervención temporal de la fundación en la que él mismo asuma todas las competencias del patronato durante el tiempo que determine el juez (art. 42.2 LF)³⁶.

A pesar de que se trata de nuevo una actuación judicial, la disposición final primera.2.b) LF atribuye al art. 42 LF la consideración de legislación civil, de forma que, conforme a esta calificación, cabe la posibilidad de particularidades al respecto en las CCAA con derecho civil propio al amparo del art. 149.1.8ª CE, particularidades que, sin embargo, no se han producido³⁷.

- Solicitud a la autoridad judicial de disolución de la fundación en los casos en que, concurriendo como causa de extinción la realización íntegra del fin fundacional, su imposibilidad de realización o cualquier otra prevista estatutariamente, no exista acuerdo del patronato a este respecto [art. 32.2 LF, en relación con el art. 31.b), c) y e) LF]³⁸.

Al igual que en el caso anterior, la norma tiene la consideración de legislación civil [disposición final primera.2.b) LF], lo que permite particularidades en las CCAA con derecho civil propio como la que se deduce del art. 336-4.4 del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, que atribuye al Protectorado la facultad de solicitar a la autoridad judicial la disolución de la fundación “*por cualquiera de las causas establecidas por el presente código*”, y tanto de oficio como a instancia de cualquier miembro del patronato o de cualquier otra persona con interés legítimo³⁹.

III. ATRIBUCIÓN DE FACULTADES DE INSPECCIÓN Y DE FACULTADES SANCIONADORAS

1. JUSTIFICACIÓN

Hacer un planteamiento a propósito de las facultades de actuación atribuibles al Protectorado de las fundaciones exige partir de la remisión que efectúa el art. 34.2 CE a lo dispuesto para las asociaciones en el art. 22.4 CE, remisión que conlleva la imposibilidad de que la intervención de la administración pública en la vida de estos entes no lucrativos alcance a la suspensión de su actividad o a su disolución como personas jurídicas, que sólo pueden producirse, conforme con las garantías del Estado de Derecho, por resolución judicial. Con estos límites, el Protectorado debe estar dotado de las facultades necesarias para cumplir con las funciones de control que la ley le atribuye.

Es sabido que el alcance de las potestades atribuidas al Protectorado con este fin ha estado marcado en todo el desarrollo legislativo postconstitucional por la búsqueda de un equilibrio

³⁶ Esta intervención temporal ha de inscribirse en el Registro de Fundaciones (art. 42.3 LF) para que pueda ser oponible frente a terceros de buena fe (art. 37.3 LF). Sobre la misma, vid. GONZÁLEZ CUETO, Comentarios a la Ley de Fundaciones, ..., op. cit., pp. 326 y ss.

³⁷ Así, se formulan en términos idénticos o muy similares los arts. 38.1, 2 y 3 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Normas Reguladoras del País Vasco; 50 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego, y 336-4.1, 2. y 3 del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, aprobado por ley 4/2008, de 24 de abril.

³⁸ Vid. NIETO ALONSO, A., “Aspectos sustantivos relevantes y controvertidos de las fundaciones”, Tratado de Fundaciones, VVAA, Rafael de Lorenzo / José Luis Piñar / Teresa Sanjurjo (Directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 185 y ss.

³⁹ Sin embargo, son semejantes a la norma estatal los arts. 34.3, en relación con el art. 33.a) y b), de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Normas Reguladoras del País Vasco, y 44.3, en relación con el art. 44.1.b), c) y e), de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego.

entre la necesidad de supervisar la actividad de las fundaciones y la agilidad que requieren para su buen funcionamiento, como demuestra la tendencia a sustituir el régimen de autorizaciones previas para la realización de actos de disposición sobre el patrimonio fundacional por el de comunicación posterior en plazo (art. 21 LF) y el aperturismo hacia el reconocimiento de la posibilidad de que se realicen actividades económicas (art. 24 LF).

La búsqueda de este equilibrio ha llevado, como hemos visto, a que las facultades de actuación del Protectorado de las fundaciones para controlar su actividad giren únicamente en torno a la posibilidad de iniciar actuaciones judiciales de diversa índole con la finalidad de que, si la autoridad judicial lo estima oportuno, se tomen las medidas que en cada caso correspondan: reclamación de daños y perjuicios a los patronos responsables, cese de los que no hayan actuado con la diligencia debida, ineficacia de los actos realizados en contra de lo dispuesto en la ley o en los estatutos, intervención temporal de la fundación o disolución de la misma. Ahora nos debemos cuestionar si estas facultades de actuación del Protectorado son realmente efectivas en orden al cumplimiento de dichas funciones de control de la actividad de la fundación.

La realidad demuestra que estas potestades para iniciar el tipo de acciones judiciales descritas tienen muy escasa aplicación práctica: los Protectorados sobre fundaciones parece que se muestran reticentes a ello, a pesar de que también es principio constitucional el que declara que *“la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”* (art. 103.1 CE)⁴⁰.

Y esta inactividad se presta inevitablemente a que se produzcan irregularidades en la gestión de las fundaciones que merman su prestigio como entes destinados a la satisfacción de fines de interés general. Por tanto, el problema no es que el Protectorado carezca de instrumentos con los que controlar el funcionamiento de las fundaciones sino que estos instrumentos, caracterizados por el común denominador que representa el ejercicio de acciones judiciales, no se utilizan en la medida en que debieran serlo.

Es por ello por lo que se está produciendo un replanteamiento de las posibilidades de actuación del Protectorado dirigido a la atribución al mismo de otro tipo de facultades con carácter adicional, más relacionadas con el ámbito de actuación propio de la administración pública, menos costosas y más rápidas y resolutivas: las facultades de inspección y de sanción, cuya justificación deriva igualmente de la configuración de las fundaciones como personas jurídicas dirigidas a la satisfacción de fines de interés general (art. 34.1 CE) y de la obligación de la Administración Pública de servir con objetividad, eficacia y conforme al principio de legalidad a tales intereses generales (art. 103.1 CE)⁴¹.

2. MANIFESTACIONES DE ESTA TENDENCIA

2.1. Legislación estatal

La normativa estatal sobre fundaciones contiene un atisbo de facultad inspectora del Protectorado en el art. 46.e) RF, que le permite solicitar informes periciales independientes e, incluso, realizar *“actuaciones de comprobación en la sede fundacional, previa conformidad del patronato”* cuando tenga dudas a propósito de que los beneficios de la fundación se están aplicando realmente a la satisfacción de sus fines de interés general en la forma prevista por la ley.

⁴⁰ La jurisprudencia al respecto es muy escasa. Vid. STS de 6 de julio de 2007 (R. J. A. nº 3657) (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL), para un caso de intervención temporal y legitimación del Protectorado del Gobierno Vasco para ejercitar la acción de responsabilidad contra el presidente de la fundación afectada, y SSTs de 7 de marzo de 2011 (R. J. A. nº 2757) (Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús CORBAL FERNÁNDEZ) y de 20 de julio de 2011 (R. J. A. nº 6140) (Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio XIOL RÍOS), ambas sobre impugnación por el Protectorado de actos de disposición realizados sin autorización previa.

⁴¹ En este sentido, MUÑOZ PUIGGRÓS, X., *“Potestades administrativas del Protectorado de fundaciones con especial referencia a la regulación de un posible régimen sancionador”*, La Ley, 2008, Nº 7003.

2.2. Legislación autonómica

2.2.1. Canarias

La manifestación temporal vigente más temprana de estas facultades de inspección del Protectorado en nuestro Derecho la encontramos en el art. 29 del Decreto 188/1990, de 19 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las Fundaciones Canarias, que reconoció la facultad de la comisión ejecutiva del Protectorado de fundaciones canarias para *“investigar el cumplimiento de los fines fundacionales y la diligente administración de los bienes patrimoniales, mediante visitas de inspección o requerimientos de documentación o de comparecencia de los miembros de los órganos de gobierno y dirección”* (número 1). Con este fin, las *“visitas de inspección”* deben comunicarse *“con una antelación mínima de tres días al patronato de la fundación afectada”* (número 2), sin que, a diferencia de lo que dispone la normativa estatal, se requiera el consentimiento de dicho patronato para poder realizarlas.

Significativamente, el art. 109.1 del Decreto 22/2008, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Presidencia, Justicia y Seguridad, encargada del ejercicio del Protectorado en esta Comunidad Autónoma, dice que el Protectorado de las fundaciones canarias *“se constituye como órgano tutelante de la actividad de los patronatos”, “ejerciendo la alta inspección de la misma”*.

2.2.2. La Rioja

El art. 46.e) de la Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de la Rioja, reproduce totalmente el art. 46.e) RF, por lo que no procede hacer mayores consideraciones al respecto.

2.2.3. Baleares

En la línea también de la legislación estatal, el art. 26 párrafo segundo del Decreto 61/2007, de 18 de mayo, de regulación del Registro Único de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y de organización del ejercicio del protectorado, se refiere a la obligación del Protectorado, no simple facultad en este caso, de solicitar un informe pericial cuando tenga dudas relativas al cumplimiento de fines por parte de la fundación, y a la posibilidad de que lleve a cabo *“actuaciones de comprobación en la sede fundacional, con la conformidad previa del patronato”*.

2.2.4. País Vasco

De forma mucho más detallada, los arts. 28 a 32 del Decreto 100/2007, de 19 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Protectorado de Fundaciones del País Vasco, regulan un procedimiento de *“verificación de actividades”* que, según el art. 28.2, el Protectorado *“incoará”* en los casos en que *“se constaten o resulten indicios de cualquiera de los siguientes supuestos:*

- a. La falta de presentación de las cuentas de manera reiterada.*
- b. Irregularidades en la gestión económica de la fundación.*
- c. La falta de adecuación entre los fines fundacionales y las actividades efectivamente realizadas.*
- d. Inactividad de la fundación.*
- e. Incumplimiento de las obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico vigente así como de la voluntad del fundador o de los estatutos”.*

Concurriendo alguno de estos supuestos de hecho, el art. 30.1 atribuye al Protectorado diversos medios para llevar a cabo la llamada “*verificación de actividades*” o, en otros términos, inspección de la fundación:

a. Comparecencia voluntaria de los miembros del órgano de gobierno ante el Protectorado al objeto de dar cuenta y razón de los supuestos mencionados en le artículo 28.2 de este Reglamento.

b. Presentación de documentos, libros, contabilidad, ficheros, facturas y cualquier otra documentación necesaria.

c. Presentación del informe de auditoría ordenado por el Protectorado con la finalidad de determinar con claridad la imagen fiel del patrimonio fundacional y de su situación financiera.

d. Personación del Protectorado en la sede o locales de la fundación y en cualquier otro lugar donde ésta desarrolle sus actividades”, sin necesidad de conformidad del patronato al respecto.

El art. 32.3 del citado Decreto 100/2007 prevé la conclusión de este procedimiento de verificación de actividades mediante resolución expresa por la que se archive el expediente ante la falta de acreditación de alguno de los supuestos del art. 28.2 o la adopción de las medidas correctoras propuestas (a.), resolución expresa por la que se acuerde el ejercicio de las acciones judiciales que procedan (b.) o resolución expresa por la que se remita el expediente al Ministerio Fiscal ante la existencia de indicios de delito por parte del patronato de la fundación (c.). Por tanto, no se contempla la posibilidad de ejercer facultades sancionadoras de ningún tipo.

2.2.5. Andalucía

El art. 42.2 del Reglamento 32/2008, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, contempla también la posibilidad de que el Protectorado ejercite facultades de inspección al decir que, “*cuando sea indispensable para el ejercicio de sus funciones*”, puede “*realizar las visitas de comprobación, verificación o requerimientos de comparecencia de los miembros de los órganos de gobierno de la fundación, que deberán prestar en todo momento colaboración para el normal desarrollo de dichas funciones*”. No se requiere, por tanto, la conformidad del patronato para la realización de las visitas de comprobación en la sede fundacional.

2.2.6. Cataluña

2.2.6.1. Introducción

Cataluña es la Comunidad Autónoma que, hasta la fecha, ha ido más lejos en la reformulación de las facultades de actuación del Protectorado en orden al control de la actividad de las fundaciones, pues la previsión legal de facultades de inspección ha ido acompañada del planteamiento de un régimen sancionador complementario que, debido al cambio de legislatura, no llegó a buen término.

Se puede hablar por ello de una tendencia clara hacia el resurgimiento de fuertes potestades de intervención administrativa sobre el funcionamiento de las fundaciones sometidas al derecho catalán, resurgimiento cuyos determinantes parecen haber estado ligados a la salida a la luz pública de presuntas irregularidades de financiación en fundaciones especialmente destacadas en la sociedad catalana⁴².

⁴² Vid. TORNOS MAS, J. / MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M^a M., “El régimen jurídico de las fundaciones en el ordenamiento jurídico catalán 2009-2010: transparencia y buenas prácticas”, Anuario de Derecho de Fundaciones 2010, VVAA, Iustel, Madrid, 2010, pp. 373 y ss.

2.2.6.2. La disposición transitoria cuarta del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, aprobado por ley 4/2008, de 24 de abril

El art. 15.2.c) de la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de Fundaciones Privadas de Cataluña, ya contuvo la primera y aislada manifestación temporal en nuestro Derecho relativa a facultades de inspección del Protectorado, respecto del que se dijo que tenía la posibilidad de practicar “*la inspección de los libros, documentos y actividades de las fundaciones*” con la previsión de que si “*para ejercer el mencionado derecho y deber, fuera preciso entrar en los domicilios o locales de las fundaciones, deberá hacerse de acuerdo con las prescripciones legales*”⁴³.

Esta facultad de inspección no llegó a tener más desarrollo, debiendo llegar hasta la promulgación del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, aprobado por ley 4/2008, de 24 de abril, para encontrarnos con un conjunto de normas que denotan una clara opción del legislador catalán por incrementar el control de la actividad de las fundaciones en aras de su transparencia y buen funcionamiento⁴⁴, siendo las más significativas:

- Los arts. 332-2, que obliga a las fundaciones de cierta relevancia económica a que exista como mínimo una persona ajena al patronato encargada de su gestión ordinaria, y 332-10.2, que prohíbe a los patronos de dichas fundaciones de importancia económica tener ningún tipo de relación laboral o profesional retribuida con la fundación⁴⁵.

En la misma línea, el art. 333-3, que limitó los gastos de funcionamiento del patronato y de sus órganos delegados al 15 % de los ingresos netos obtenidos por la fundación durante el ejercicio económico, sin contar a tal efecto los gastos ocasionados por las funciones de dirección o gerencia.

- El art. 333-1, que, partiendo de la premisa de que sólo cabe la posibilidad de actos de disposición sobre el patrimonio fundacional a título oneroso, estableció un novedoso sistema de reinversión de los bienes y derechos que sean objeto de dichos actos de disposición en la adquisición de otros bienes y derechos que se subroguen en el lugar de los anteriores o en mejoras de bienes de la fundación (número 1), lo cual deriva en que, cumpliéndose lo anterior, quedan sometidos a un simple deber de comunicación al Protectorado (número 2).

Sin embargo, se exige en todo caso la autorización previa del Protectorado en cuatro casos de gran importancia práctica: actos de disposición que recaigan sobre bienes o derechos adquiridos con subvenciones públicas o que provengan de donaciones en las que el donante así lo haya exigido expresamente, cuando exista norma estatutaria que lo requiera y cuando el producto de la operación no se reinvierta totalmente en el patrimonio de la fundación (número 3), excepciones todas ellas que están claramente orientadas a procurar su buena gestión⁴⁶.

- El art. 336-3.1, que prohíbe la percepción de ayudas o subvenciones públicas a las fundaciones que incumplan el deber de presentación de las cuentas anuales en el plazo establecido por el art. 333-9.1 (número 1) al tiempo que impide que las mismas puedan acceder al Registro de fundaciones por actos que no estén relacionados con el cese de patronos, la revocación de

⁴³ Cfr. Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña de 10 de marzo de 1982, núm. 206, p. 587.

⁴⁴ En este sentido, FERRER i RIBA, J., “Les fundacions en el Llibre Tercer: tipologia, govern i control”, Revista Jurídica de Catalunya, 2009, núm. 2, p. 320; FOLLIA i CAMPS, R., “Aspectes principals de la regulació de les fundacions en el Llibre III del Codi Civil de Catalunya”, Revista Jurídica de Catalunya, 2009, núm. 3, pp. 725 y 726.

⁴⁵ En contra de estas medidas, por considerarlas demasiado intervencionistas en la autonomía organizativa de las fundaciones y contrarias a las tendencias europeas, FERRER i RIBA, “Les fundacions en el Llibre Tercer: ...”, op. cit., pp. 342 y ss.

⁴⁶ Significativamente, el art. 333-2 dice también que “la necesidad y la conveniencia de las operaciones de disposición o gravamen directo o indirecto deben estar justificadas y acreditadas documentalmente. Antes de realizar los actos de disposición, los patronos deben disponer de la información adecuada para tomar la decisión responsablemente”.

El sistema ha sido criticado precisamente por acentuar la línea intervencionista. En este sentido, FOLLIA i CAMPS, “Aspectes principals de la regulació de les fundacions en el Llibre III ...”, op. cit., pp. 731 y 732, que considera excesiva la exigencia de reinversión total para evitar la necesidad de autorización previa del Protectorado.

delegaciones de facultades o de poderes, la extinción de la fundación, el nombramiento de liquidadores y los asientos ordenados por la autoridad judicial (número 2).

- Sobre todo, marcó la pauta hacia una revisión más profunda de las facultades de actuación del Protectorado dirigidas al control de la actividad de las fundaciones, la disposición transitoria cuarta del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, que regula transitoriamente, mientras no se apruebe una ley del Protectorado que lo haga con carácter definitivo, las facultades de inspección con que cuenta en orden al cumplimiento de la función que le confiere el art. 336-2.d): “*velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y de los estatutos de las fundaciones, mediante la verificación de las cuentas anuales y del ejercicio de la potestad de inspección de acuerdo con la ley*”⁴⁷.

A estos efectos, según la citada disposición transitoria cuarta, “*el protectorado puede inspeccionar, cuando lo considere necesario, los libros, documentos y actividades de las fundaciones*”, para lo cual está facultado para “*entrar en los domicilios o locales de las fundaciones*” siempre que ello se realice “*de acuerdo con la ley*”, es decir, conforme a las garantías constitucionales de entrada en domicilios.

Además, se consideran supuestos concretos en los que el Protectorado está legitimado para iniciar una inspección, sin carácter exhaustivo:

- 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 forma 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 a la fundación para cumplir sus finalidades fundacionales.*
- g). Destinar recursos a gastos no relacionados con el objeto fundacional o desproporcionados respecto al volumen de ingresos”.*

2.2.6.3. El proyecto de ley del protectorado respecto de las fundaciones y las asociaciones de utilidad pública de 7 de abril de 2010

El “proyecto de ley del protectorado respecto de las fundaciones y las asociaciones de utilidad pública”, publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña de 7 de abril de 2010, pretendió desarrollar las facultades de inspección del Protectorado con la finalidad de dar cumplimiento a lo dispuesto en la disposición transitoria cuarta del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, lo cual se llevó a cabo conforme a los siguientes criterios (arts. 6 a 10):

- Las actuaciones de inspección debían llevarse a cabo según lo previsto en un plan anual que se realizara “*de acuerdo con criterios objetivos, preferentemente aleatorios*”, es decir, por sorteo, que serían publicados en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña (art. 6.2).

⁴⁷ Esta disposición transitoria cuarta estableció un plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de la Ley 4/2008, de 24 de abril, para que se presentara un proyecto de ley del Protectorado en el Parlamento de Cataluña. Según su Preámbulo, IV, “en cuanto al Protectorado de la Generalidad, el Código se limita a describir en términos generales sus funciones, a definir las entidades que están sujetas al mismo y a perfilar la medida de intervención temporal, ... Estas 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”.

Con ello, y como novedad con respecto a lo previsto en la disposición transitoria cuarta del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, se pretendía que cualquier fundación pudiera ser objeto de una inspección, aunque no presentara indicios de irregularidad, como efectivamente está sucediendo de acuerdo con los planes de inspección que aprueba anualmente la Generalitat.

- “*En todo caso*”, el Protectorado podía iniciar actuaciones de inspección cuando una fundación se encontrara en alguno de los supuestos previstos, caracterizados por el común denominador que representa la existencia de indicios de irregularidad en su gestión.

A estos efectos, el art. 6.3 del proyecto de ley ampliaba estos supuestos de inspección con respecto a los establecidos por la disposición transitoria cuarta del Libro Tercero introduciendo como tales el incumplimiento de la obligación de comunicación al Protectorado en los casos en que es preceptiva [c)], el incumplimiento del deber de cubrir las vacantes del patronato [i]) y el incumplimiento del deber de adaptar los estatutos a la normativa vigente en el plazo legalmente establecido [j)]. Además, el art. 6.4 previó la posibilidad de inspección ante el incumplimiento de condiciones ligadas a la concesión de ayudas o subvenciones públicas⁴⁸.

A mayores, el proyecto de ley de 7 de abril de 2010 contuvo la previsión de un novedoso régimen sancionador (arts. 14 a 25), corolario del desarrollo de las facultades de inspección, que el Departamento de Justicia de la Generalitat justificó alegando la necesidad de establecer un régimen de control ante irregularidades en la gestión de las fundaciones cuya entidad no es lo suficientemente grave como para iniciar una actuación judicial que puede resultar desproporcionada.

En estos casos, la conveniencia de evitar que este tipo de irregularidades se agraven por la inactividad de los Protectorados y, en definitiva, la necesidad de procurar en todo caso la eficiencia, transparencia y diligencia en el funcionamiento de las fundaciones, llevaron a la consideración de este régimen sancionador entendido como sistema de prevención de riesgos ante la posibilidad de que, por las circunstancias anteriores, se vea afectado el interés general⁴⁹.

No obstante lo anterior, el régimen sancionador en cuestión contemplaba la posibilidad de que el Protectorado impusiera multas de cuantía económica variable ante la comisión de todo tipo de infracciones administrativas, muy graves, graves o leves:

El art. 16 consideraba infracciones muy graves la realización de actos sometidos a la obtención de autorización previa del Protectorado sin haberla obtenido [a)], la obstrucción de las labores de inspección del Protectorado [b)] y el incumplimiento del deber de presentación de las cuentas anuales o, en su caso, de la auditoría externa, durante más de un ejercicio [c)].

Porsu parte, el art. 17 tipificaba con el carácter de infracciones graves, entre otras, el incumplimiento del deber de presentación de las cuentas anuales o, en su caso, de la auditoría externa, en el plazo legalmente establecido [a)], la alteración u omisión de datos en la documentación proporcionada al Protectorado [b)], desatender los requerimientos de información o relativos a la aplicación de los recursos de la fundación efectuados por el Protectorado [c) y d)] y el incumplimiento del deber de comunicar al Protectorado los actos sujetos a esta obligación [e)].

⁴⁸ Cualquier actuación inspectora conllevaba la posibilidad de acceder, “de acuerdo con la ley”, a los locales de la fundación inspeccionada (art. 8.2), teniendo las actas de inspección “valor probatorio” (art. 9.2).

De forma complementaria, se preveía la posibilidad de que el Protectorado solicitara una auditoría externa a la fundación cuando concurrieran circunstancias que considerara excepcionales (art. 10.1), con el único requisito de formular una resolución motivada “en la que consten de forma clara las circunstancias que aconsejan la realización de la auditoría” (art. 10.2).

⁴⁹ Vid. VIALA i TORRELLÓ, C. de, “La responsabilitat administrativa de les fundacions i règim sancionador”, Jornada “Les Fundacions i el Protectorat”, 17 de mayo de 2010, Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, www20.gencat.cat/portal/site/Justicia.

Finalmente, el art. 18 configuraba como infracciones leves solicitar la inscripción de modificación de los órganos de gobierno de la fundación en un plazo superior a 3 meses desde la adopción del acuerdo [a)], desatender el primer requerimiento de información del Protectorado [b)] y la presentación de las cuentas de la fundación por un medio distinto al telemático [c)].

Dentro de cada tipo de infracción, la graduación de la sanción a imponer debía llevarse a cabo conforme al principio de proporcionalidad en función de la gravedad de la acción u omisión constitutiva de la infracción y, además, valorando la concurrencia de otras circunstancias (art. 20.1): el dolo o negligencia de los infractores [a)], la reincidencia en la conducta [b)], la trascendencia económica y social de la infracción y los daños causados a los fines de la fundación [c)], el grado de profesionalización de la gestión y el carácter retribuido del cargo [d)] y la subsanación de las deficiencias causantes de la infracción durante la tramitación del procedimiento sancionador [e)]⁵⁰.

Una vez impuesta la sanción correspondiente, se preveía también la posibilidad de que la fundación sancionada, responsable directa, ejercitara una acción de reembolso frente a los patronos o directivos que causaron el daño como consecuencia de su mala gestión (art. 14.2).

A pesar de que este proyecto de ley decayó como consecuencia del cambio de legislatura, su existencia es destacable en la medida en que constituye la manifestación más importante que se ha producido hasta la fecha desde el punto de vista del grado de desarrollo pretendido en relación con el reconocimiento de facultades de inspección y de sanción al Protectorado para el mejor control de la actividad de las fundaciones⁵¹.

Con fecha de 14 de febrero de 2011 se publicó en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña una “proposición de ley del protectorado respecto de las fundaciones y asociaciones de utilidad pública” presentada por el Grupo Parlamentario Socialista con el mismo contenido que el proyecto de ley decaído en la legislatura anterior⁵². Por su parte, la actual Consellera de Justicia de Convergència i Unió ha anunciado la presentación de un nuevo proyecto de ley del Protectorado que de cumplimiento a lo previsto en la disposición transitoria cuarta del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, si bien con un carácter menos estricto para las fundaciones que el de la anterior legislatura⁵³.

Entretanto, el Protectorado sobre las fundaciones catalanas ejerce sus facultades de inspección conforme a lo previsto en el art. 336-2.d) y la disposición transitoria cuarta del Libro Tercero del Código civil de Cataluña complementados por lo que se dispone anualmente en los planes de inspección de la Generalitat.

Particularmente, la Resolución del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya 208/2011, de 21 de enero, por la que se aprueban los criterios generales que deben regir el Plan de inspección de fundaciones para el año 2011, fija cuatro ámbitos de intervención para llevar a cabo dicha inspección: la no presentación de cuentas en los dos últimos ejercicios, la no respuesta o respuesta insuficiente ante los requerimientos del Protectorado, la inactividad

⁵⁰ Según el art. 19, la cuantía económica de las multas debía oscilar entre los 3.000 a 9.999 euros para el caso de las infracciones muy graves, los 600 a 2.999 euros para el caso de las infracciones graves, y los 300 a 599 euros para el caso de las infracciones leves.

⁵¹ En la misma línea, se preveía la necesidad de colaboración entre el Protectorado y las distintas administraciones públicas con la finalidad de que éstas tuvieran a su disposición la información necesaria relativa al buen funcionamiento de las fundaciones a efectos de justificar la concesión de beneficios fiscales y de ayudas y subvenciones (art. 33).

Es también destacable la previsión relativa a la obligación del Protectorado de fomentar la creación de órganos de control internos dentro de las propias fundaciones que estuvieran integrados por personas ajenas a sus órganos de gobierno y de dirección (disposición adicional séptima).

Una valoración crítica del proyecto de ley de 7 de abril de 2010, en su versión de anteproyecto, puede verse en LLOVERAS FERRER, “El protectorado de fundaciones ...”, *op. cit.*, pp. 41 y ss.

⁵² Vid. Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, IX Legislatura, Núm. 19, 14 de febrero de 2011, pp. 9 y ss.

⁵³ Vid. Diario de Sesiones del Parlamento de Cataluña, IX Legislatura, Núm. 28, 16 de febrero de 2011, pp. 5, 14, 15, y 23.

continuada y las fundaciones que resulten seleccionadas mediante mecanismos aleatorios realizados de forma pública⁵⁴.

2.2.7. Galicia

Los arts. 60 a 64 del Decreto 14/2009, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Interés Gallego, regulan un procedimiento de “*comprobación de actividades de la fundación*” que se alinea con el sentido de la normativa precedente si bien con la peculiaridad de que no contempla la posibilidad de que la instrucción del expediente incluya visitas a la sede fundacional ni otro tipo de actividades típicamente inspectoras.

El inicio del procedimiento procede “*cuando se constaten o existan indicios de cualquiera de las siguientes circunstancias*”:

- a) *No justificación suficiente del cumplimiento de la obligación de destino de rentas e ingresos en la memoria anual y, en su caso, en la información complementaria suministrada por el patronato.*
- b) *La falta de presentación de las cuentas de manera reiterada.*
- c) *Irregularidades en la gestión económica de la fundación.*
- d) *La falta de adecuación entre las actividades propias y mercantiles realizadas y los fines fundacionales.*
- e) *Inactividad de la fundación.*
- f) *En general, el incumplimiento de las obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico, así como de la voluntad del fundador o de los estatutos” (art. 60.2).*

Y los medios que pueden ser utilizados para la instrucción del expediente son, “*entre otros*”, la “*comparecencia voluntaria de los miembros del patronato ante el Protectorado*”, la “*presentación de documentos, libros, contabilidad, justificantes y cualquier otra documentación precisa para la comprobación*” y la “*presentación de informe de auditoría con la finalidad de determinar con claridad la imagen fiel del patrimonio fundacional y de su situación financiera*” (art. 63.1).

3. RESURGIMIENTO DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL FUNCIONAMIENTO DE LAS FUNDACIONES

3.1. El punto de inflexión

Después de unos años en los que las novedades legislativas han ido por la vía de flexibilizar el control sobre la actividad de las fundaciones con la finalidad de potenciar la autonomía de su gestión, de incrementar correlativamente la responsabilidad de los patronos y de fomentar las labores de asesoramiento y apoyo del Protectorado, parece claro que hemos llegado a un punto de inflexión, motivado por el mal funcionamiento de algunas fundaciones, en el que, sin perjuicio de lo anterior, se ha considerado necesario ampliar la intervención administrativa sobre las mismas con la finalidad de conseguir que estos entes no lucrativos sirvan siempre efectivamente y de la mejor manera posible al cumplimiento de los fines de interés general que tienen encomendados.

Este resurgimiento de la intervención administrativa en la vida de las fundaciones se está produciendo a través del reconocimiento a los Protectorados de facultades de inspección que,

⁵⁴ Vid. Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña de 2 de febrero de 2011, núm. 5809, pp. 6231 y ss.

seguramente en un futuro no lejano, deriven también en el reconocimiento de unas facultades sancionadoras destinadas a marcar, con independencia de cómo se articulen, un antes y un después en la vida de las fundaciones españolas.

3.2. Valoración

La constatación de que existen fundaciones que no cumplen correctamente la normativa que trata de garantizar su destino hacia la satisfacción de fines de interés general no puede sino derivar en una valoración positiva de la tendencia a incrementar las facultades de actuación del Protectorado con la finalidad de que se consiga un control efectivo de su actividad, actividad que se lleva a cabo gracias a un acto de liberalidad de uno o varios fundadores, con la percepción de ayudas y subvenciones públicas y con un tratamiento fiscal privilegiado frente al que reciben las personas jurídicas con ánimo de lucro.

La desvirtuación de la voluntad del fundador y la mala utilización del dinero público no puede ampararse en la tan repetida voluntad del legislador postconstitucional de evitar intromisiones administrativas excesivas en el funcionamiento de las fundaciones, pues una cosa es que tengan que tener autonomía suficiente para participar de forma activa en el tráfico económico y conseguir así sus propios objetivos de eficiencia económica y otra que esta autonomía derive en que se produzca una desviación con respecto a lo que constituye la esencia de la persona jurídica tipo fundación, su destino a la satisfacción de fines de interés general.

En esta tesitura, el cambio de tendencia es inevitable y, además, deseable que se culmine cuanto antes: si la actuación a nivel judicial para la que está legitimado el Protectorado ante el mal funcionamiento de las fundaciones no se produce convenientemente, en unos casos por inactividad y en otros porque dicha actuación judicial resulta desproporcionada cuando los incumplimientos son de poca entidad, no queda otro remedio que pensar en un replanteamiento de sus facultades de actuación que derive en el mejor cumplimiento de su función de control⁵⁵.

Y, a estos efectos, es bastante factible que la consolidación legal de unas obligaciones de inspección del Protectorado de las que además se derive un régimen sancionador actúe eficazmente como sistema preventivo y corrector coadyuvando así de esta manera al mejor cumplimiento de las obligaciones de las fundaciones⁵⁶. No se olvide que las facultades de inspección y de sanción están directamente relacionadas con el ámbito de actuación propio de la administración pública en el que se incardina el Protectorado de las fundaciones y, además, son menos costosas, más rápidas y, por tanto, más resolutivas, que el ejercicio de acciones judiciales.

Por otro lado, la justificación de la atribución al Protectorado de facultades de inspección y de sanción deriva de la configuración de las fundaciones como personas jurídicas dirigidas a la satisfacción de fines de interés general (art. 34.1 CE) en conexión con la obligación de la Administración Pública de servir con objetividad, eficacia y conforme al principio de legalidad a tales intereses generales (art. 103.1 CE), para lo cual puede recurrirse a ambas facultades como instrumentos preventivos y represores frente al riesgo o la realidad de que se produzcan infracciones⁵⁷.

⁵⁵ En este sentido, la Exposición de Motivos, I, del citado proyecto de ley catalán, decía que la normativa que se pretendía introducir respondía a “la necesidad de incrementar los medios normativos para que el Protectorado lleve a término sus funciones con la mayor efectividad. La vinculación de las finalidades fundacionales al cumplimiento del interés general es una circunstancia relevante que diferencia a las fundaciones de otras personas jurídicas y que, por tanto, justifica la ampliación del régimen de intervención administrativa”.

⁵⁶ En este sentido, LLOVERAS FERRER, “El protectorado de fundaciones ...”, op. cit., p. 41; TORNOS MAS / MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “El régimen jurídico de las fundaciones en el ordenamiento jurídico catalán 2009-2010: transparencia y buenas prácticas”, op. cit., p. 381.

⁵⁷ Vid. NIETO, A., “Régimen sancionador de las administraciones públicas: últimas novedades, Pasos recientes del proceso sustantivador del Derecho administrativo sancionador”, Cuadernos de Derecho Local, 2007, nº 14, págs. 8 y ss.

Con este fundamento, la atribución al Protectorado de este tipo de potestades no tiene por qué considerarse una intromisión administrativa excesiva en la vida de las fundaciones, pues estarían justificadas sobre la base del respeto a un principio de proporcionalidad con relación al objetivo que se pretende cumplir: garantizar el adecuado funcionamiento de las fundaciones como personas jurídicas destinadas a la satisfacción de fines de interés social.

Como consecuencia de todo ello, la naturaleza intrínsecamente privada de la fundación, que nace de la autonomía de la voluntad del fundador, se coordina con este control de derecho público que deriva de su destino a fines de interés general, control que, aunque se incrementa, siempre tiene como límites los derivados del art. 22.4 CE, por remisión del art. 34.2 CE, y, en último término, los derivados del sometimiento de la propia actuación de la administración pública al control judicial.

De otra parte, los mecanismos de control consistentes en el ejercicio de acciones judiciales (responsabilidad de los patronos, impugnación de actos contrarios a la ley o estatutos, solicitud de intervención temporal o disolución) tienden a complementarse con el reconocimiento de las facultades de inspección de la actividad de la fundación, que facilitan a su vez el ejercicio de las acciones anteriores, y con la responsabilidad administrativa de la fundación generada por la comisión de alguna de las infracciones tipificadas por la ley, posteriormente reclamable a los patronos y/o directivos causantes de la infracción en cuestión⁵⁸.

Cabe también la opción de configurar esta responsabilidad administrativa como una responsabilidad directa de los patronos y/o directivos responsables de la comisión de la infracción, pues pretender, como hacía el art. 14.2 del proyecto de ley del Protectorado catalán, imponer una sanción a la fundación como persona jurídica esperando que posteriormente el patronato como órgano de gobierno solicite su reembolso a los patronos individualmente responsables puede ser en muchos casos algo un tanto utópico, de forma que es posible que lo único que se genere a través de ello sea un perjuicio patrimonial para la persona jurídica, que sólo puede actuar por medio de sus órganos⁵⁹. ¿Hasta qué punto pueden las personas que asumen voluntariamente la representación y gestión de un ente sin ánimo de lucro quedar protegidos por la propia persona jurídica ante el incumplimiento de sus obligaciones o la mala utilización del dinero público?

Además, la imposición de sanciones económicas directamente a los gestores de las fundaciones que cometan irregularidades nos situaría en la órbita de los países de nuestro entorno jurídico que, aunque sea de forma muy puntual, contemplan esta posibilidad ante el incumplimiento de determinados deberes: el art. 35 del *Codice Civile* italiano establece una sanción administrativa para los administradores o liquidadores de asociaciones y fundaciones que no inscriban convenientemente a la persona jurídica o a los actos que le afecten respecto de los que existe obligación legal de hacerlo consistente en el pago de una multa que puede oscilar entre los 10 y los 516 euros; por su parte, el art. 5.º II párrafo segundo de la *Loi n° 87-571, du 23 juillet 1987, sur le développement du mécénat*, determina la aplicabilidad de las multas establecidas en el *Code de commerce* para los administradores de sociedades mercantiles a los gestores de personas jurídicas de utilidad pública que no presenten las cuentas anuales en la forma legalmente prevista⁶⁰.

⁵⁸ Para la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre ellas, las fundaciones, vid. art. 31 bis CP, procedente de la LO 5/2010, de 22 de junio.

⁵⁹ En este sentido, LLOVERAS FERRER, "El protectorado de fundaciones ...", op. cit., p. 44.

⁶⁰ Las propuestas para la elaboración de un Estatuto de la Fundación Europea del European Foundation Centre se limitan a referir la posibilidad de la autoridad competente al efecto de "inquire into the affairs" de la fundación que presuntamente comete irregularidades pudiendo para ello requerir a los órganos de gobierno que pongan a su disposición cualquier evidencia material relativa a estas conductas. Vid. art. 14.2, 3 y 4 de la "Proposal for a regulation on a European Statute for Foundations del European Foundation Centre", EFC Document, 2010, Version 19, p. 22, www.efc.be.

Sobre este posible Estatuto de la Fundación Europea, dirigido a aquellas fundaciones que desarrollen sus actividades en más de un Estado miembro de la UE, vid. el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, sobre el tema "Estatuto de la Fundación Europea" (Dictamen de iniciativa) de 28 de abril de 2010, DOUE de 19 de enero de 2011.

En último término, el reconocimiento al Protectorado de facultades de inspección y de sanción en nuestro Derecho suscita las siguientes cuestiones:

- La atribución de facultades de inspección sobre la actividad de las fundaciones se ha producido mayoritariamente por vía reglamentaria pues, recordemos, únicamente las Comunidades Autónomas de Cataluña y La Rioja tienen a este respecto apoyo legal.

Ello ya ha sido criticado por vulnerar el principio de legalidad como principio general que rige la actividad administrativa de limitación, como es la actividad inspectora⁶¹, por lo que sería recomendable que en adelante se contemplaran este tipo de atribuciones en normas con rango de ley⁶².

No obstante, quedan al margen de esta consideración los casos del art. 46.e) RF y del art. 26 párrafo segundo del Decreto 61/2007, de 18 de mayo, de regulación del Registro Único de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y de organización del ejercicio del protectorado, que requieren la conformidad del patronato para que el Protectorado pueda llevar a cabo las visitas de inspección.

- La atribución al Protectorado de facultades de inspección y de sanción sobre las fundaciones debe asumirse con carácter general por todos los legisladores, estatal y autonómicos, pues en otro caso se podría producir la “fuga” de muchas fundaciones hacia ámbitos territoriales en los que el Protectorado correspondiente carezca de estas facultades.

3.3. Otros cambios necesarios

3.3.1. La justificación de las cuentas anuales

Repensar las fórmulas de control de la actividad de las fundaciones no puede dejar de tener en cuenta la importancia de las cuentas anuales como instrumento dirigido a constatar que sus ingresos se destinan efectivamente a la realización de los fines de interés general asumidos en el porcentaje mínimo establecido por la ley (art. 27.1 LF y concordantes autonómicos⁶³), por lo que sería conveniente que el legislador incidiera en la necesidad de que esta documentación contable se elabore de la forma más detallada y justificada que sea posible, tanto desde el punto de vista cuantitativo como también cualitativo, es decir, relativo a la especificación pormerizada de las actividades realizadas y servicios prestados.

En esta línea, es destacable el art. 24 del Decreto 100/2007, de 19 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Protectorado de Fundaciones del País Vasco, que dice que *“la Memoria anual de actividades deberá ser lo suficientemente explícita para permitir el conocimiento y justificación del cumplimiento de la finalidad fundacional y de la normativa aplicable, debiendo reflejar al menos:*

a) Las actividades realizadas durante el ejercicio con descripción de las condiciones y circunstancias en que se han desarrollado. (...).

d) El cuadro de financiación de la fundación con especial mención a los recursos ajenos y diferenciando entre las aportaciones de los particulares y las procedentes de entidades públicas.

⁶¹ Conforme al art. 39.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: “Los ciudadanos están obligados a facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación sólo en los casos previstos por la Ley”.

⁶² Así, con relación al art. 42.2 del Reglamento 32/2008, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, REBOLLO PUIG, M. / RODRIGUEZ PORTUGUÉS, M., “Derecho andaluz de Fundaciones”, Anuario de Derecho de Fundaciones 2009, VVAA, Iustel, Madrid, 2009, pp. 273, 285 y 286.

⁶³ Vid. epígrafe I.3.3.3: “La función de control: normas complementarias”.

e) *La gestión económica del patrimonio, a cuyos efectos expresará las modificaciones habidas en los bienes y derechos, con distinción entre los destinados o no con carácter permanente al cumplimiento de los fines fundacionales. Deberán expresarse también los actos de disposición y gravamen de bienes o derechos, operaciones de créditos concertados y las actividades económicas desarrolladas por la fundación.*

f) *Cualquier otra cuestión relevante relativa al cumplimiento de las finalidades fundacionales y de los preceptos legales”.*

Cabe también pensar en la posibilidad de que se establezca la obligatoriedad de que las cuentas anuales de la fundación o, por lo menos, la memoria de actividades, se publiquen *on line* con la finalidad de fomentar así su transparencia, la confianza social en estos entes no lucrativos y, en definitiva, su buen funcionamiento.

3.3.2. Protectorado único frente a Protectorado múltiple

La reformulación de las facultades de actuación del Protectorado en relación con el control de la actividad de las fundaciones también merece que se lleve a cabo un replanteamiento de su configuración administrativa dirigida a lograr la mayor eficacia y eficiencia posible en el ejercicio de sus funciones, lo cual sólo puede lograrse mediante su conformación como órgano autónomo, o, por lo menos, que ejerza sus funciones de forma independiente para todas las fundaciones (Protectorado único) y no, como sucede en la actualidad para las fundaciones de competencia estatal y algunas de competencia autonómica, adscribiéndolas al departamento ministerial o consejería que corresponda de acuerdo con la naturaleza de los fines de la fundación (Protectorado múltiple)⁶⁴.

El sistema de Protectorado único constituye la tendencia dominante en el ámbito autonómico, como demuestran las siguientes normas:

- Art. 1 del Decreto 188/1990, de 19 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las Fundaciones Canarias, que lo adscribió a la Consejería de la Presidencia⁶⁵.

- Art. 2.1 del Decreto 276/1995, de 19 de diciembre, de la Diputación General de Aragón, por el que se regulan las competencias en materia de Fundaciones y se crea el Registro de Fundaciones, que atribuyó el ejercicio del Protectorado a la Diputación General de Aragón, en cuyo nombre actúa el Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.

- Art. 1 del Decreto 26/1997, de 11 de abril, por el que se crea y regula el Protectorado y Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Cantabria, que atribuyó el ejercicio del Protectorado a la Consejería de Presidencia.

- Disposición adicional primera del Decreto 63/2005, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Castilla y León, que adscribió el ejercicio del Protectorado a la Consejería de Presidencia y Administración Territorial⁶⁶, habiendo pasado posteriormente a la Consejería de Interior y Justicia en virtud de lo dispuesto en el art. 6º del Decreto 2/2007, de 2 de julio, del Presidente de la Junta de Castilla y León, de Reestructuración de Consejerías⁶⁷.

⁶⁴ Sobre el tema, vid. TORRES GARCÍA, “El control de las fundaciones”, op. cit., pp. 42 y ss.

⁶⁵ Debe completarse con lo dispuesto al efecto en el art. 109 del Decreto 22/2008, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Presidencia, Justicia y Seguridad.

⁶⁶ Los preliminares de la norma destacaron entre sus novedades “la decisión de unificar en un solo órgano el ejercicio de todas las funciones y facultades de que dispone la Administración de Castilla y León en materia de fundaciones”, y ello con la finalidad de “facilitar en la mayor medida posible las relaciones del sector con la Administración, eliminando multitud de trámites y ofreciendo un interlocutor único, con lo que ello significa en orden a la unidad de criterio y a la posibilidad de instrumentar medidas de apoyo, asesoramiento y colaboración mucho más eficaces y de más fácil acceso para todos”.

⁶⁷ Su atribución a la Gerencia Regional de Justicia la realiza el art. 8.3.c) del Decreto 70/2007, de 12 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Interior y Justicia, modificado por Decreto 106/2007, de 8 de noviembre.

- Art. 2.1 del Decreto 100/2007, de 19 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Protectorado de Fundaciones del País Vasco, que atribuyó su ejercicio “*al Departamento competente en materia de justicia*”.
- Art. 41.2 del Decreto 32/2008, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que atribuyó el ejercicio del Protectorado “*a la Dirección General competente en materia de fundaciones*”⁶⁸.
- Art. 10.1 párrafo segundo del Decreto 194/2008, de 26 de septiembre, de la Junta de Extremadura, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Administración Pública y Hacienda, que atribuyó a la Dirección General de Justicia e Interior de esta Consejería el ejercicio de todas las competencias autonómicas en materia de fundaciones.
- Art. 4.2.m) del Decreto 66/2009, de 26 de mayo, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, por el que se establece la estructura orgánica y la distribución de competencias de la Consejería de Administraciones Públicas y Justicia, que atribuyó el ejercicio del Protectorado a la Secretaría General de dicha Consejería de Administraciones Públicas y Justicia.
- Art. 3.13.4 del Decreto 200/2010, de 27 de diciembre, de creación, denominación y determinación del ámbito de competencia de los departamentos de la Administración de la Generalitat de Cataluña, que adscribió al Departamento de Justicia el ejercicio de las atribuciones que pertenecen al ámbito de las fundaciones⁶⁹.
- Art. 8.2.6.e) del Decreto 61/2010, de 31 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de La Rioja, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Administraciones Públicas y Política Local y sus funciones, que atribuyó el ejercicio del Protectorado a la Dirección General de Justicia e Interior de dicha Consejería.
- Art. 2.1 del Decreto 68/2011, de 27 de mayo, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, que ha atribuido el ejercicio del Protectorado a “*la Conselleria competente en materia de fundaciones*” sin perjuicio de que, según su disposición adicional primera, esta Conselleria pueda recabar “*la participación y colaboración del resto de los órganos de la administración de la Generalitat, por razón de las competencias que tengan, especialmente las referidas a materia económica, tributaria y urbanística*”.

También optó por el sistema de Protectorado único la disposición adicional segunda.1 del Decreto 20/2002, de 24 de enero, por el que se regula el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, que atribuyó su ejercicio a la Consejería de Presidencia, si bien en este caso la disposición transitoria tercera.1 de la misma norma determinó la adscripción de las fundaciones madrileñas al Protectorado de la Consejería que las corresponda de acuerdo con sus fines “*hasta que el Consejero de Presidencia ordene la implantación efectiva del Protectorado único, una vez que la Consejería de Hacienda haya realizado las modificaciones de las relaciones de puestos de trabajo y de plantilla necesarias*”⁷⁰.

⁶⁸ Una crítica positiva de esta norma puede verse en ORDÓÑEZ MUÑOZ, A., “El Derecho de Fundaciones de Andalucía”, Tratado de Fundaciones, VVAA, Rafael de Lorenzo / José Luis Piñar / Teresa Sanjurjo (Directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 396.

⁶⁹ En el mismo sentido, la disposición adicional del Decreto 37/1987, de 29 de enero, por el que se aprueba la Instrucción para la organización y el funcionamiento del Protectorado de la Generalitat sobre las fundaciones privadas de Cataluña.

Según el art. 336-1 del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, “*el protectorado ejerce sus funciones por medio del departamento de la Generalidad que las tenga adscritas*”.

⁷⁰ Vid. MORENO CEA, F., “El Derecho de Fundaciones de Madrid”, Tratado de Fundaciones, VVAA, Rafael de Lorenzo / José Luis Piñar / Teresa Sanjurjo (Directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 599 y 600.

Esta implantación efectiva del Protectorado único no se ha llevado a cabo hasta la fecha, por lo que la Comunidad Autónoma de Madrid permanece en la práctica con un sistema de Protectorado múltiple que deriva de lo dispuesto en el art. 28.3 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Normas Regulatoras de las Fundaciones de la Comunidad de Madrid.

Por el contrario, se mantiene la opción legal por el sistema de Protectorado múltiple en la legislación estatal, que lo encomienda a la Administración General del Estado (art. 34.2 LF) a través de *“los departamentos ministeriales que posean atribuciones vinculadas con los fines fundacionales, tal y como aparecen descritos en los estatutos de la fundación”* (art. 40.1 RF), y algunas legislaciones autonómicas, como se deduce de las siguientes normas:

- Art. 3.3 *in fine* del Decreto foral 613/1996, de 11 de noviembre, por el que se regula la estructura y el funcionamiento del Registro de Fundaciones de Navarra, que dice que el Protectorado de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra *“será ejercido a través del Departamento competente por razón de la materia”*.

- Art. 1.1 del Decreto 28/1997, de 23 de mayo, de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de atribución de competencias en materia de Fundaciones, que atribuyó el ejercicio del Protectorado a *“las Consejerías que en cada momento sean competentes por razón de los fines perseguidos por la fundación”*.

- Art. 47.2 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego, que dispone que el Protectorado corresponde a los departamentos de la Xunta de Galicia con competencias *“correspondientes a los fines de las fundaciones”*, previendo además la misma norma que *“si las competencias sobre los fines fundacionales estuvieran atribuidas a varios departamentos de la Xunta de Galicia, el protectorado será ejercido por el departamento competente en materia de fundaciones”*.

- Art. 21.1 del Decreto 61/2007, de 18 de mayo, de regulación del Registro Único de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y de organización del ejercicio del protectorado, que atribuyó su ejercicio a *“las consejerías que tengan atribuciones vinculadas con las finalidades fundacionales”*⁷¹.

Finalmente, actúa también conforme a un sistema de Protectorado múltiple el Principado de Asturias, que lo ejerce a través de las Consejerías de Cultura y Turismo, Bienestar Social y Vivienda, e Industria y Empleo, cuyas atribuciones al respecto derivan de normativa igualmente dispersa⁷².

Pues bien, si queremos que el Protectorado sea un órgano de control de las fundaciones verdaderamente eficaz, la eficacia no puede buscarse sólo desde el punto de vista de las facultades de actuación que se le atribuyen para cumplir su función, también es necesaria una eficacia organizativa que, además, redunde en eficiencia económica y humana, lo cual sólo puede alcanzarse a través del sistema de Protectorado único. Se trata de conseguir, en definitiva, la agilización de los trámites que afectan al funcionamiento de las fundaciones y la racionalización material y personal de este sector de la administración pública contribuyendo así al cumplimiento de uno de sus principios rectores, el principio de eficacia (art. 103.1 CE).

Además, la actuación del Protectorado conforme a criterios uniformes fortalece el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), principio que es posible que se vea mermado en los ámbitos territoriales, estatal y autonómicos, en los que todavía no existe una unificación del ejercicio de las funciones del Protectorado.

⁷¹ Vid. artículo único del Decreto 15/2010, de 7 de mayo, que confiere a las consejerías el ejercicio del protectorado en el ámbito de las Illes Balears.

⁷² Vid. HUERGO LORA, A. / GARCÍA LUENGO, J., *“Las fundaciones en Asturias”*, Anuario de Derecho de Fundaciones 2009, VVAA, Iustel, Madrid, 2009, pp. 237 y ss.

Es cierto que la atribución de estas funciones a los Ministerios y Consejerías afines a la naturaleza de los objetivos perseguidos por la fundación se realiza sobre la base de un principio de especialidad que implica un mejor conocimiento de su realidad, pero ello, aparte de dificultar la adscripción de determinadas fundaciones a uno u otro Protectorado, puede derivar en que se intente convertirlas en instrumento para la realización de las políticas que se quieran llevar a cabo en un momento dado en dichos Ministerios o Consejerías: una cosa son las políticas sociales y otra distinta el cumplimiento de la voluntad de un fundador reflejada en los fines concretos de interés general que determinó en el momento de creación de la persona jurídica.

Debemos contar además con la actual proliferación de fundaciones del sector público, que conlleva el peligro de que el control sobre las mismas sea ejercido por las personas que las promovieron o, incluso, por las que pertenezcan a su órgano de gobierno, lo cual constituye una situación inaudita cuya sola posibilidad de que se produzca contribuye al descrédito de la institución fundacional⁷³.

Las tendencias europeas también aconsejan el Protectorado único, pues la elaboración de un Estatuto de la Fundación Europea, propugnado por el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, sobre el tema "*Estatuto de la Fundación Europea*" (Dictamen de iniciativa) de 28 de abril de 2010, podría llevar a que se propugne la delegación de la supervisión de las fundaciones que desarrollen sus actividades en más de un Estado miembro de la UE en los órganos competentes de los propios Estados miembros, lo cual, si se mantiene la diversificación de Protectorados existente en nuestro país, plantea las mismas dudas relacionadas con la eficacia y eficiencia en el control de las fundaciones "europeas" que en el caso de las fundaciones nacionales⁷⁴.

El art. 40.1 *in fine* RF deja traslucir cierta voluntad de limitar la diversificación del Protectorado de las fundaciones de competencia estatal al decir que la atribución del mismo a nuevos departamentos ministeriales "*sólo podrá llevarse a cabo mediante acuerdo del Consejo de Ministros*". No obstante, se trata de una previsión totalmente insuficiente tanto porque no pone solución a la multiplicidad de Protectorados existente para dichas fundaciones de competencia estatal como porque no da una solución para evitar la creación de otros nuevos; sólo parece señalar una tímida voluntad de poner freno a la situación que además la realidad demuestra que no ha conducido a ninguna actuación en ese sentido⁷⁵.

Podemos concluir de esta manera con que el Protectorado de las fundaciones debe ser objeto de un replanteamiento global en el que se tengan en cuenta todos los aspectos del mismo necesitados de revisión, organizativos y de atribución de nuevas facultades de actuación que sean más eficaces en orden al cumplimiento de su función de control.

Nos encontramos, en definitiva, ante una manifestación más de la tensión entre autonomía privada y derecho imperativo que caracteriza al Derecho de fundaciones, tensión cuya resolución debe producirse siempre de la forma que mejor garantice la satisfacción de los fines de interés general para los que fueron creadas⁷⁶.

⁷³ Por todo ello, la doctrina se ha pronunciado reiteradamente a favor del sistema de Protectorado único. Vid. MARÍN LÓPEZ, J. J., "Prólogo" a la Legislación sobre Fundaciones, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 55 y ss; GONZÁLEZ CUETO, Comentarios a la Ley de Fundaciones, ..., op. cit., pp. 268 y ss; CABRA de LUNA / De LORENZO GARCÍA, "El protectorado, ...", op. cit., p. 526; LLOVERAS FERRER, "El protectorado de fundaciones ...", op. cit., pp. 6 y 7, y PIÑAR MAÑAS, J. L., "Entidades privadas e interés general: el papel de las fundaciones", Anuario de Derecho de Fundaciones 2010, VVAA, Lustel, Madrid, 2010, pp. 297 y 298, que propone incluso su configuración como organismo autónomo e independiente con respecto a cualquier sector de la administración pública. En el ámbito autonómico, HUERGO LORA / GARCÍA LUENGO, "Las fundaciones en Asturias", op. cit., pp. 239 y 240.

⁷⁴ Vid. art. 4.1.4 del citado Dictamen, DOUE de 19 de enero de 2011.

Conforme a sus arts. 3.2.1, 3.2.2.1 y 4.1.1, las normas del Estatuto de la Fundación Europea están llamadas a tener carácter opcional y complementario con respecto a las normas de los Estados miembros.

⁷⁵ Así lo ponen de manifiesto PEÑALOSA ESTEBAN, I. / SANJURJO GONZÁLEZ, T., "Órgano de gobierno y relación con los poderes públicos", Tratado de Fundaciones, VVAA, Rafael de Lorenzo / José Luis Piñar / Teresa Sanjurjo (Directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 245 y 246.

⁷⁶ Vid. Díez-PICAZO, "Prólogo" al Tratado de Fundaciones, op. cit., pp. 48 y 49.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BENGOECHEA BARTOLOMÉ, A. / LÓPEZ GARCÍA, J. M., “El Protectorado”, *Tratado de Fundaciones*, VVAA, Beneyto Pérez, J. M. (Director), Bosch, Barcelona, 2007, pp. 763 y ss.

CABRA de LUNA, M. A. / LORENZO GARCÍA, R. de, “El protectorado, (Artículos 34 y 35)”, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VVAA, Santiago Muñoz Machado / Miguel Cruz Amorós / Rafael de Lorenzo García (Directores), Fundación Once-lustel, Madrid, 2005, pp. 491 y ss.

DÍAZ BRITO, F. J., “Las fundaciones navarras ante la nueva ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre”, *Revista Jurídica de Navarra*, 2003, Nº 35, pp. 153 y ss.

DÍEZ-PICAZO, L., “Prólogo” al *Tratado de Fundaciones*, VVAA, Rafael de Lorenzo / José Luis Piñar / Teresa Sanjurjo (Directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 43 y ss.

DOMINGO OSLÉ, F., “Régimen jurídico de las Fundaciones privadas en Navarra”, *Tratado de Fundaciones*, VVAA, Rafael de Lorenzo / José Luis Piñar / Teresa Sanjurjo (Directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 613 y ss.

DURÁN RIVACOBRA, R., “Las fundaciones en el derecho foral navarro”, *Temas de Derecho civil foral navarro*, VVAA, Aranzadi, Pamplona, 1991, pp. 137 y ss.

EMBID IRUJO, J. M., “Obligaciones y responsabilidad de los patronos”, *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, VVAA, lustel, Madrid, 2009, pp. 131 y ss.

- “Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresaria)”, *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, VVAA, lustel, Madrid, 2010, pp. 15 y ss.

FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, traducida de la segunda edición revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury, Comares, Granada, 2006.

FERRER i RIBA, J., “Les fundacions en el Llibre Tercer: tipologia, govern i control”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2009, núm. 2, pp. 317 y ss.

FOLLIA i CAMPS, R., “Aspectes principals de la regulació de les fundacions en el Llibre III del Codi Civil de Catalunya”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2009, núm. 3, pp. 723 y ss.

GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

GOYÉN URRUTIA, M^a T., “Ley 46”, *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, VVAA, E. Rubio Torrano (director), Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 110 y ss.

HUERGO LORA, A. / GARCÍA LUENGO, J., “Las fundaciones en Asturias”, *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, VVAA, lustel, Madrid, 2009, pp. 235 y ss.

LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho civil*, I, Parte General, Volumen Segundo, Personas, Dykinson, Madrid, 2010.

LLOVERAS FERRER, M.-R., “El protectorado de fundaciones en el Código civil de Cataluña”, *Indret*, 1/2010, www.indret.com.

MARÍN LÓPEZ, J. J., "Prólogo" a la *Legislación sobre Fundaciones*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 23 y ss.

MORENO CEA, F., "El Derecho de Fundaciones de Madrid", *Tratado de Fundaciones*, VVAA, Rafael de Lorenzo / José Luis Piñar / Teresa Sanjurjo (Directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 587 y ss.

MUÑOZ PUIGGRÓS, X., "Potestades administrativas del Protectorado de fundaciones con especial referencia a la regulación de un posible régimen sancionador", *La Ley*, 2008, Nº 7003.

NIETO, A., "Régimen sancionador de las administraciones públicas: últimas novedades, Pasos recientes del proceso sustantivador del Derecho administrativo sancionador", *Cuadernos de Derecho Local*, 2007, nº 14, págs. 7 y ss.

NIETO ALONSO, A., "Aspectos sustantivos relevantes y controvertidos de las fundaciones", *Tratado de Fundaciones*, VVAA, Rafael de Lorenzo / José Luis Piñar / Teresa Sanjurjo (Directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 157 y ss.

ORDÓÑEZ MUÑOZ, A., "El Derecho de Fundaciones de Andalucía", *Tratado de Fundaciones*, VVAA, Rafael de Lorenzo / José Luis Piñar / Teresa Sanjurjo (Directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 375 y ss.

PEÑALOSA ESTEBAN, I. / SANJURJO GONZÁLEZ, T., "Órgano de gobierno y relación con los poderes públicos", *Tratado de Fundaciones*, VVAA, Rafael de Lorenzo / José Luis Piñar / Teresa Sanjurjo (Directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 195 y ss.

PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones, Tensiones legislativas e interés general*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

- "La responsabilidad de los patronos frente a la fundación", *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, VVAA, Javier Gómez Gállico (coordinador), Tomo II, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 1775 y ss.

PÉREZ ESCOLAR, M. / CABRA DE LUNA, M. A. / LORENZO GARCÍA, R. de., "Patrimonio, régimen económico y funcionamiento", *Tratado de Fundaciones*, VVAA, Rafael de Lorenzo / José Luis Piñar / Teresa Sanjurjo (Directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 253 y ss.

PIÑAR MAÑAS, J. L., "Entidades privadas e interés general: el papel de las fundaciones", *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, VVAA, Iustel, Madrid, 2010, pp. 281 y ss.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a, "Normativa sobre fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra", *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, VVAA, Iustel, Madrid, 2009, pp. 197 y ss.

REBOLLO PUIG, M. / RODRIGUEZ PORTUGUÉS, M., "Derecho andaluz de Fundaciones", *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, VVAA, Iustel, Madrid, 2009, pp. 261 y ss.

SABATER BAYLE, E., *Derecho Civil Navarro*, Marcial Pons, 2009.

TORNOS MAS, J. / MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M^a M., "El régimen jurídico de las fundaciones en el ordenamiento jurídico catalán 2009-2010: transparencia y buenas prácticas", *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, VVAA, Iustel, Madrid, 2010, pp. 373 y ss.

TORRES GARCÍA, T. F., “El control de las fundaciones”, *Tendencias legislativas y Tercer Sector*, Ponencias del Congreso Internacional, Santiago de Compostela, 2-4 de octubre de 2003, VVAA, edición a cargo de M^a Paz García Rubio / Belén Trigo García, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2005, pp. 35 y ss.

VIALA i TORRELLÓ, C. de, “La responsabilitat administrativa de les fundacions i règim sancionador”, *Jornada “Les Fundacions i el Protectorat”*, 17 de mayo de 2010, Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, www20.gencat.cat/portal/site/Justicia.

