

UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA



**PROGRAMA DE DOCTORADO
DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS**

**EL GOBIERNO DE LAS
FUNDACIONES. PATRONATO
Y PROTECTORADO**

**(THE GOVERNANCE OF FOUNDATIONS. THE
BOARD AND THE “PROTECTORADO”)**

Director: Prof. Dr. Ignacio Gallego Domínguez

Autor: Antonio LÓPEZ SERRANO

Córdoba, marzo 2018.

TITULO: *EL GOBIERNO DE LAS FUNDACIONES. PATRONATO Y
PROTECTORADO*

AUTOR: *Antonio López Serrano*

© Edita: UCOPress. 2018
Campus de Rabanales
Ctra. Nacional IV, Km. 396 A
14071 Córdoba

<https://www.uco.es/ucopress/index.php/es/>
ucopress@uco.es



TÍTULO DE LA TESIS: “EL GOBIERNO DE LAS FUNDACIONES. PATRONATO Y PROTECTORADO”

DOCTORANDO: ANTONIO LÓPEZ SERRANO

INFORME RAZONADO DEL DIRECTOR DE LA TESIS

El estudio que presenta el doctorando abarca de un modo serio y profundo el complejo tema del gobierno de las fundaciones. Tras una introducción a la figura de la fundación (analizando el concepto, clases, elementos) aborda el estudio de los órganos de gobierno de la misma: el Patronato y el Protectorado, sin olvidar el "non nato" Consejo Superior de Fundaciones.

Utiliza una metodología correcta. Partiendo de la fuentes legales -estatales y autonómicas-, doctrinales y jurisprudenciales realiza un estudio crítico del "status quo" de la cuestión, identificando y aportando soluciones a los problemas que presenta el funcionamiento del patronato y del protectorado en nuestro sistema jurídico.

El doctorando por su actuación profesional conoce en primera persona muchos de los problemas estudiados en la tesis, pues es Secretario no patrono de una Fundación pública andaluza y participa como asesor en una fundación privada.

La evolución y desarrollo de la tesis doctoral ha sido la programada en el Proyecto y el doctorando han ido superando con una magnífica valoración todas las memorias de seguimiento de la misma.

Como trabajos y publicaciones derivados de la presente tesis señalemos: a) el estudio "La relativa gratuidad del ejercicio del cargo de patrono", publicado en la obra *Redes Doctorales*, Vol. VI, *La generación del conocimiento*, que recoge las actas V Congreso Científico de Investigadores en Formación, organizado por la Escuela de Doctorado de la Universidad de Córdoba, celebrado los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2016; b) "La compleja organización del Protectorado de las Fundaciones civiles en el ordenamiento jurídico español". que ha sido aceptado para su publicación en el año 2018 en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (ISSN 0210-8518).

Por todo ello, se autoriza la presentación de la presente tesis doctoral.

Córdoba, a 22 de marzo de 2018

Firma del director

Fdo.: Ignacio Gallego Domínguez

SUMARIO

ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN / INTRODUCTION	11
PARTE I. LAS FUNDACIONES EN GENERAL.....	15
1) INTRODUCCIÓN: LA FUNDACIÓN. CONCEPTO Y CLASES.....	15
1.1) INTRODUCCIÓN: LA PERSONA JURÍDICA	15
1.2) ANTECEDENTES HISTÓRICOS	16
1.2.1) <i>Orígenes y evolución del ente fundacional.....</i>	<i>16</i>
1.2.2) <i>Situación previa a la entrada en vigor del Código Civil en España.....</i>	<i>21</i>
1.2.3) <i>Situación tras la entrada en vigor del Código Civil vigente.....</i>	<i>24</i>
1.3) APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE FUNDACIÓN: EL LLAMADO TERCER SECTOR	25
1.4) CONCEPTO DE FUNDACIÓN	27
1.5) ELEMENTOS	29
1.6) TIPOLOGÍA DE FUNDACIONES	32
1.6.1) <i>Introducción</i>	<i>32</i>
1.6.2) <i>Clases de fundaciones en atención al ordenamiento jurídico por el que se rigen.....</i>	<i>34</i>
1.6.3) <i>Clasificación en función del sujeto fundacional.....</i>	<i>37</i>
1.6.4) <i>Clases de fundaciones según el objeto fundacional.....</i>	<i>40</i>
1.6.5) <i>Clasificación de las fundaciones atendiendo al criterio del patrimonio dotacional o su modo de financiación</i>	<i>43</i>
1.6.6) <i>Clasificación de las fundaciones según su ámbito territorial de actuación.....</i>	<i>44</i>
2) REGULACIÓN ACTUAL.....	47
2.1) INTRODUCCIÓN.....	47
2.2) CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FUNDACIÓN	48
2.3) LEGISLACIÓN SOBRE FUNDACIONES EN ESPAÑA	55
2.3.1) <i>Plurilegislación en materia de Fundaciones.....</i>	<i>55</i>
2.3.2) <i>Legislación estatal.....</i>	<i>59</i>
2.3.3) <i>Legislación autonómica.....</i>	<i>62</i>
2.3.4) <i>Especial consideración de la regulación de las fundaciones en Andalucía.....</i>	<i>65</i>
2.3.5) <i>La regulación de las fundaciones extranjeras en España.....</i>	<i>66</i>
2.4) LA REGULACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN EL DERECHO COMUNITARIO. APROXIMACIÓN A LA PROPUESTA DE ESTATUTO DE LA FUNDACIÓN EUROPEA.....	67
2.5) BREVE APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN DERECHO COMPARADO EUROPEO.	72
2.5.1) <i>Inglaterra</i>	<i>72</i>
2.5.2) <i>Alemania</i>	<i>75</i>
2.5.3) <i>Francia.....</i>	<i>78</i>
3) LOS ELEMENTOS DE LA FUNDACIÓN EN LA ACTIVIDAD FUNDACIONAL	87
3.1) EL FIN FUNDACIONAL COMO UN FIN DE INTERÉS GENERAL, POSIBLE, LÍCITO Y DETERMINADO.....	87
3.2) LA VOLUNTAD DEL FUNDADOR: EL NEGOCIO JURÍDICO FUNDACIONAL.....	94
3.2.1) <i>Naturaleza jurídica y delimitación conceptual.....</i>	<i>94</i>
3.2.2) <i>Elementos del negocio fundacional.....</i>	<i>96</i>
3.2.3) <i>Formas de Constitución: inter vivos y mortis causa</i>	<i>103</i>
3.3) EL PATRIMONIO COMO ELEMENTO DE LA FUNDACIÓN.....	119
3.3.1) <i>La dotación fundacional: su concepto.....</i>	<i>119</i>
3.3.2) <i>Naturaleza jurídica.....</i>	<i>123</i>
3.3.3) <i>Requisitos de la dotación</i>	<i>128</i>
3.3.4) <i>Modalidades de dotación.....</i>	<i>131</i>
3.3.5) <i>Irrevocabilidad de la dotación.....</i>	<i>134</i>
3.3.6) <i>Límites de la dotación</i>	<i>137</i>

3.3.7) <i>Modificaciones de la dotación: enajenación, gravamen, incremento y destino en caso de extinción de la Fundación.</i>	144
PARTE II: ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LA FUNDACIÓN.	155
1) EL PATRONATO	155
1.1) INTRODUCCIÓN	155
1.2) COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO	158
1.3) ESTRUCTURA Y FUNCIONES	164
1.3.1) <i>El Presidente. La posible existencia de vicepresidentes.</i>	165
1.3.2) <i>El secretario.</i>	167
1.3.3) <i>La posible existencia de uno o varios vicepresidentes o vicesecretarios.</i>	171
1.3.4) <i>El gerente. Otros órganos unipersonales.</i>	171
1.4) DESCENTRALIZACIÓN DE FUNCIONES: DELEGACIÓN, APODERAMIENTOS Y REPRESENTACIÓN.	174
1.5) LOS PATRONOS: REQUISITOS Y CAPACIDAD PARA SER PATRONO	180
1.6) LA GRATUIDAD DEL CARGO DE PATRONO	190
1.7) VICISITUDES DEL CARGO DE PATRONO: NOMBRAMIENTO, ACEPTACIÓN, DURACIÓN, SUSTITUCIÓN, CESE, SUSPENSIÓN Y RENUNCIA.	202
1.8) LA RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS	213
1.9) EL ÓRGANO DE GOBIERNO DE LA FUNDACIÓN EN DERECHO COMUNITARIO: LA PROPUESTA DE ESTATUTO DE LA FUNDACIÓN EUROPEA.....	226
2) EL PROTECTORADO	233
2.1) INTRODUCCIÓN. CONCEPTO	233
2.2) LA INTERVENCIÓN PÚBLICA: JUSTIFICACIÓN, FINALIDAD Y ALCANCE	237
2.3) FUNCIONES DEL PROTECTORADO	244
2.3.1) <i>Introducción.</i>	244
2.3.2) <i>Las funciones del Protectorado en las fundaciones de la Administración General del Estado</i>	245
2.3.3) <i>Las funciones del Protectorado en las fundaciones de las Comunidades Autónomas. Especial referencia a Andalucía.</i>	261
2.4) ORGANIZACIÓN DEL PROTECTORADO	274
2.4.1) <i>Introducción. Protectorado único o múltiple.</i>	274
2.4.2) <i>La organización actual en la Administración General del Estado.</i>	277
2.4.3) <i>La organización actual en las Comunidades Autónomas.</i>	283
2.5) LA DETERMINACIÓN DEL PROTECTORADO COMPETENTE Y SU PROBLEMÁTICA	299
2.6) EL CONTROL DE LA FUNDACIÓN EN DERECHO COMUNITARIO: LA PROPUESTA DE ESTATUTO DE LA FUNDACIÓN EUROPEA.....	306
3) EL CONSEJO SUPERIOR DE FUNDACIONES	311
3.1) INTRODUCCIÓN	311
3.2) ANTECEDENTES	312
3.3) NATURALEZA	318
3.4) ORGANIZACIÓN	323
3.5) FUNCIONAMIENTO	332
3.6) ÓRGANOS ANÁLOGOS EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.....	337
CONCLUSIONES	355
1) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	374
2) TRIBUNAL SUPREMO	374
2.1) <i>Sala Civil</i>	374
2.2) <i>Sala Contencioso-Administrativo.</i>	375
3) TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	376
5) AUDIENCIAS PROVINCIALES	378
BIBLIOGRAFÍA	381

ABREVIATURAS

BOA: Boletín Oficial de Aragón

BOC: Boletín Oficial de Cantabria

BOCL: Boletín Oficial de Castilla y León

BOCM: Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid

BOE: Boletín Oficial del Estado

BOIB: Boletín Oficial de Islas Baleares

BOIC: Boletín Oficial de Islas Canarias

BOJA: Boletín Oficial de la Junta de Andalucía

BOLR: Boletín Oficial de La Rioja

BON: Boletín Oficial de Navarra

BOPA: Boletín Oficial del Principado de Asturias

BOPV: Boletín Oficial del País Vasco

BORM: Boletín Oficial de la Región de Murcia

CE: Constitución Española de 1978

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado

DOCV: Diario Oficial de la Comunidad Valenciana

DOE: Diario Oficial de Extremadura

DOG: Diario Oficial de Galicia

DOGC: Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea

LAJA: Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía

LF: Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones

LFA: Ley 10/2005 de 31 de mayo de Fundaciones de la Comunidad autónoma andaluza

LPAC: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

RLF: Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal

RRF: Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TRLSC: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital

INTRODUCCIÓN / INTRODUCTION

Si existe alguna institución jurídica peculiar es, sin duda, la Fundación. Desde sus albores, cuando nació para el mundo del Derecho, ha experimentado importantes modificaciones que han propiciado un espectacular desarrollo de esta figura, todo ello sin menoscabo de perder su propia identidad original.

El objeto del ente fundacional ha evolucionado, desde la primitiva finalidad funeraria y su posterior actividad benéfico-asistencial, hasta llegar, especialmente a partir del siglo XX, a un amplio elenco de posibles fines, los cuales, bajo el nexo común del interés general, van a posibilitar que las fundaciones puedan estar presentes en, prácticamente, todos los campos de la sociedad, incluido el espectro económico y comercial.

La versatilidad de los fines fundacionales ha permitido un importante auge de las fundaciones y, paralelamente, un desarrollo normativo de estas entidades que, respondiendo a las demandas sociales, va a dar lugar a una relación cada vez más estrecha entre la Fundación y otras figuras jurídicas. La regulación de esta institución en el ámbito del Derecho privado, su entrada en la esfera económica y el uso que ha hecho de ella la Administración Pública han sido los estímulos que han propiciado la elaboración del presente trabajo de investigación, empleando en el desarrollo del mismo la metodología habitual en el mundo del Derecho: búsqueda de la normativa aplicable y jurisprudencia, revisión bibliográfica, estudio de toda la información, análisis y síntesis.

Como resultado de este proceso metodológico, la Tesis se estructura en dos bloques bien diferenciados. El primer de ellos, dedicado a las fundaciones en general, comienza con un breve excurso histórico sobre el fenómeno fundacional para, acto seguido, proceder a una delimitación conceptual de esta figura que permita diferenciarla de otras colectividades de naturaleza asociativa que conforman el llamado Tercer Sector. Partiendo de la misma, se extraerán sus principales elementos característicos que servirán como criterio clasificador de los distintos tipos de fundaciones. Tras ello, se analiza el régimen jurídico vigente, prestando especial atención a la constitucionalización del derecho de Fundación, que consagra el artículo 34 de nuestra Carta Magna, y a su posterior desarrollo legislativo, tanto en la esfera estatal, a través de

la vigente LF, como en la autonómica, destacando la LFA. Asimismo, también aprovecharemos el excurso normativo para bosquejar el régimen jurídico de las fundaciones en Derecho comparado, en concreto veremos la regulación en ciertos Estados de nuestro entorno. Por último, se concluye este primer bloque con un estudio más detallado de los elementos esenciales de la Fundación, los cuales pondrán de manifiesto la importancia de una buena gestión del ente fundacional. A saber: el fin, que necesariamente ha de perseguir el interés general, la voluntad de la persona fundadora plasmada en el negocio jurídico fundacional, la dotación, que, si bien forma parte del patrimonio de la Fundación, no podemos confundir con este último, y la organización, elemento cuyo análisis se abordará en el siguiente bloque de este trabajo.

Por otro lado, en el segundo bloque, dedicado a la organización de la institución fundacional, se profundiza en el elemento organizativo, el cual se estructura, principalmente, en Patronato y Protectorado, sin olvidar el pendiente de materialización Consejo Superior de Fundaciones. Mientras que el Patronato se configura como el órgano de gobierno ordinario de la Fundación, el Protectorado actúa como nexo de unión entre la actividad privada del ente fundacional y la intervención administrativa pública, es decir, entre Derecho privado y Derecho público, idiosincrasia propia y específica de la figura objeto de nuestro estudio. En este contexto, el Protectorado supervisará la actividad del Patronato, modulando y matizando, por tanto, la acción de gobierno de este último. Por su parte el Consejo Superior de Fundaciones, órgano de naturaleza consultiva diseñado por la normativa pero que aún no se ha materializado su creación, se configura como un órgano asesor del sistema de fundaciones que debería prestar una importante labor de apoyo tanto a Patronato como Protectorado.

En relación con el Patronato, se analiza su imperativa composición colegiada, la capacidad necesaria para formar parte del mismo, su organización y funcionamiento, el régimen aplicable a la aceptación y cese del cargo de patrono, la gratuidad en su desempeño y la posible exigencia de responsabilidad derivada de su ejercicio. Por su parte, el estudio del Protectorado comienza con el fundamento que justifica la intervención pública en la actividad fundacional para, seguidamente, abordar sus principales funciones y su organización a nivel estatal y autonómico, donde prestaremos especial atención a la coexistencia de múltiples Protectorados, a su naturaleza única o múltiple y a la determinación de cuál de ellos resultaría de aplicación en cada supuesto.

Asimismo, tanto en el estudio del Patronato como del Protectorado, abordaremos brevemente la regulación de sus figuras análogas en el fallido Proyecto de Reglamento comunitario mediante el que se pretendía aprobar un Estatuto de Fundación Europea. Finalmente, este segundo bloque concluye con el análisis del Consejo Superior de Fundaciones y sus figuras afines en las distintas Comunidades Autónomas.

A pesar de la complejidad del fenómeno fundacional y de la dispersión normativa existente fruto del reparto competencial, el presente trabajo de investigación intenta, desde la doble perspectiva del Derecho Público y Privado, y no sin dificultades, profundizar en el estudio de una figura tan peculiar como la Fundación y, en especial, de su elemento organizativo, pues, tal como aseguró el jurista austríaco Peter DRUCKER, considerado el padre del Management, “la mejor organización no asegura los resultados. Pero una estructura equivocada sería garantía de fracaso”¹.

INTRODUCTION

The object of the foundational entity has evolved, from the original funerary purpose and its subsequent beneficent-care activity, until arriving, especially from the twentieth century, to a wide range of possible purposes, which, under the common nexus of the general interest, they will enable foundations to be present in practically all fields of society, including the economic and commercial spectrum.

The versatility of the foundational aims has allowed an important boom in foundations and, at the same time, a normative development of these entities that, responding to social demands, will lead to an ever closer relationship between the Foundation and other legal entities. The regulation of this institution in the field of private law, its entry into the economic sphere and the use made of it by the Public Administration, have been the stimuli that have led to the development of this work, which is structured in two parts well differentiated in which the characteristic traces of this institution are sketched, as well as the diverse doctrinal and jurisprudential opinions that have been expressed in this regard.

¹ Citada tomada de GÓGOVA, S., *Inteligencia competitiva*, Díaz de Santos, Madrid, 2015, pág. 45.

The first part, dedicated to the foundations in general, begins with a brief historical excerpt on the foundational phenomenon, then proceeds to a conceptual delimitation of this figure to differentiate it from other collectivities of an associative nature that make up the so-called “Third Sector”. Starting from the same, its main characteristic elements will be extracted that will serve as a classification criterion of the different types of foundations. After that, the current legal regime is analyzed, paying special attention to the constitutionalization of the right of Foundation, which enshrines Article 34 of the CE, and its subsequent legislative development, both at the state level, through the current LF, as in the autonomic one, highlighting the LFA. Likewise, we will also take advantage of the normative presentation to outline the legal regime of foundations in Comparative Law, in particular we will see the regulation in certain States of our environment. Finally, we conclude this first block with a more detailed study of the essential elements of the Foundation, which will highlight the importance of good management of the founding body. Namely: the end, which necessarily has to pursue the general interest, the will of the founding person embodied in the founding legal business, the endowment, which, although it is part of the patrimony of the Foundation, we can not confuse with the latter, and the organization, an element whose analysis will be addressed in the next section of this work.

In the second part of our study, dedicated to the organization of the founding institution, the organizational element is deepened, which is structured, mainly, in Board and “Protectorado”, without forgetting the pending materialization of the Superior Council of Foundations. While the Board is configured as the ordinary governing body of the Foundation, the “Protectorado” acts as a link between the private activity of the founding body and public administrative intervention, that is, between private law and public law, its own and specific idiosyncrasies of the figure object of our study. In this context, the “Protectorado” will supervise the activity of the Board, modulating and qualifying, therefore, the government's action of the latter. For its part, the Superior Council of Foundations, an advisory body designed by the regulations but whose creation has not yet materialized, is configured as an advisory body to the foundation system that should provide important support to both the Board and “Protectorado”.

PARTE I. LAS FUNDACIONES EN GENERAL

1) INTRODUCCIÓN: LA FUNDACIÓN. CONCEPTO Y CLASES

1.1) Introducción: la persona jurídica

Desde un punto de vista jurídico, el término “persona” tiene un significado más amplio que el utilizado en el lenguaje usual, que identifica dicha palabra con “individuo humano”. En el ámbito del Derecho, existen multitud de entes que, aun careciendo de naturaleza humana, son considerados jurídicamente como personas ya que tienen aptitud para ser titulares de derechos y obligaciones. Así pues, teniendo en cuenta esta distinción, podemos señalar dos clases de personas en Derecho: la personas físicas, individuales o naturales (cualquier ser humano²) y personas jurídicas, morales o colectivas (aquellas otras que sin tener naturaleza humana son sujetos de derechos y obligaciones).

Según MIQUEL³ la causa que justifica las personas jurídicas se halla en la existencia de intereses colectivos dignos de protección que cronológicamente exceden la vida normal de un hombre o que requieren la colaboración de grupos más o menos extensos de individuos, los cuales no siempre son fácilmente determinables. En consecuencia, como señala ALBALADEJO⁴, la persona jurídica puede definirse como una organización humana encaminada a la consecución de un fin posible, lícito y determinado a la que el Derecho acepta dentro de una comunidad, otorgándole capacidad jurídica. Así pues, si tenemos en cuenta que el concepto de persona jurídica está creado por el Derecho y que este ha sido elaborado por el hombre para regular su vida en sociedad y garantizarla defensa de sus intereses, se puede afirmar que las personas jurídicas tienen en último resultado, como verdadero sujeto, al propio ser humano⁵.

² El reconocimiento de personalidad a todos los sujetos naturales es una imposición de la dignidad humana, si bien históricamente no ha ocurrido así en todos los casos. Recordemos, a título de ejemplo, el fenómeno de la esclavitud en Roma.

³ MIQUEL, J., *Derecho Privado Romano*, 1ª edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1992, pág. 73.

⁴ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, Volumen I, 19ª edición, Edisofer, Madrid, 2013, pág. 259.

⁵ ARIAS RAMOS, J. Y ARIAS BONET, J.A, *Derecho Romano*, 18ª edición, Revista de Derecho Privado,

Las personas jurídicas pueden, a su vez, clasificarse en: corporaciones, asociaciones y fundaciones⁶. La diferencia entre estas figuras radica en que, mientras las dos primeras son agrupaciones de personas que el Derecho reconoce como una unidad para la satisfacción de intereses comunes –las corporaciones de naturaleza pública y las asociaciones de índole privada–, las fundaciones, tal como tendremos la oportunidad de desarrollar posteriormente, son un conjunto de bienes destinados a alcanzar un fin de interés general. Asimismo, las personas jurídicas poseen una estructura interna que varía según el tipo que se trate. Dicho entramado está compuesto por órganos que conforman su voluntad y la exteriorizan, siendo personas físicas las que constituyen dichos órganos. Estos órganos pueden ser unipersonales o colegiados, según estén conformados por una sola persona o por más de una, respectivamente. No obstante, cuando el órgano actúa, aunque sea unipersonal, se produce jurídicamente un acto de la persona jurídica y nunca de la persona física que lo ejecuta.

1.2) Antecedentes históricos

La azarosa vida jurídica de las fundaciones en nuestro ordenamiento ha sido larga y sometida a continuos cambios. No obstante, tal como defiende TOMÁS Y VALIENTE, es plausible destacar tres hitos importantes en el devenir patrio de estos entes. A saber: con anterioridad a la entrada en vigor de nuestro Código Civil, tras la vigencia del mismo del mismo pero con anterioridad a la CE y la etapa constitucional, tras la aprobación de la Carta Magna⁷, la cual será objeto de análisis en el siguiente epígrafe, todo ello sin perjuicio de una breve exégesis acerca del nacimiento y desarrollo de esta figura.

1.2.1) Orígenes y evolución del ente fundacional

Aunque algunos autores, como FERRARA, consideran que el Derecho romano

Madrid, 1986, pág. 95.

⁶CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español*, Tomo I, Volumen 2, Reus, 15ª edición, Madrid, 2007, pág. 74.

⁷TOMÁS Y VALIENTE, F., *Comentarios sobre la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 22.

fue el primer ordenamiento en reconocer personalidad jurídica propia e independiente a la Fundación⁸, debemos rechazar esta opinión ya que, si bien aquel otorgó a determinadas entidades de carácter colectivo cierta autonomía, estas no alcanzaron el estatuto de persona jurídica en el sentido que actualmente conocemos. Así pues, aunque dichas entidades gozaban de capacidad para celebrar determinados actos y negocios con particulares, estas relaciones quedaban al margen del Derecho privado, rigiéndose por disposiciones de naturaleza pública que eran dictadas por la autoridad civil para regular un reducido número de supuestos que, debido a su trascendencia social, exigían una protección y regulación específicas. Por lo tanto, aunque gran parte de nuestro acervo jurídico civil procede del Derecho romano, la Fundación no fue concebida como ente plenamente independiente y autónomo en su seno

Lo más parecido a un ente fundacional que, en un primer momento, contemplaba el ordenamiento jurídico romano hundía sus raíces en el Derecho griego, ya que la civilización helena mantenía una tradición de figuras análogas a la Fundación, constituidas en favor de templos y, normalmente, relacionadas con el derecho de asilo. El gobierno romano, al dominar las provincias griegas, tomaba la protección de estos entes, encomendando la vigilancia superior de los mismos a los gobernadores de aquellos territorios, con lo que las fuerzas romanas conquistadoras aparecían ante los griegos como máximas defensoras de las tradiciones helenas más venerables. Este sincretismo propició que, poco a poco, el Derecho romano adoptara como propia y moldeara una figura que, en su inicio, le era ajena.

La verdadera raíz romana en la institución fundacional se halla en el derecho sepulcral, debido al empeño que la clase patricia romana dedicaba al mantenimiento de su recuerdo después de la muerte, empleando para ello el único resto que perduraría de su memoria: su propio sepulcro. Así pues, para asegurar el cuidado del mismo y la conmemoración anual de su *dies natalis*, que solía efectuarse mediante el reparto de meriendas en torno al túmulo, la alta sociedad romana adscribía una o varias áreas productivas rentables a su sepultura con el objeto de dedicar los frutos procedentes de las mismas a aquel menester. A tal efecto, para garantizar que el patrimonio cumplía el fin previsto, el ordenamiento romano acudió a formas variadas y contradictorias que

⁸FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, Comares, Granada, 2006, pág. 56.

pusieron de manifiesto su origen consuetudinario y práctico, ajeno a la doctrina⁹.

No obstante, paralelamente a la proliferación de estos entes, también surgieron en Roma las llamadas fundaciones alimentarias públicas que, como las anteriores, eran patrimonios constituidos para la consecución de unos fines concretos pero carentes de personalidad jurídica. Dichas entidades obedecieron a un plan, posiblemente ya concebido por Nerva pero, en todo caso, desarrollado por Trajano, en virtud del cual la Administración imperial prestaba capitales a propietarios de fincas rústicas para que, con los intereses devengados por los mismos, se atendiese a la manutención básica de niños y niñas de familias humildes que residían en diversas regiones de la península itálica¹⁰. El auge de estas instituciones fue tal que Constantino, bajo la supervisión de las autoridades religiosas y civiles, llegó a otorgarles cierta autonomía que, sin lugar a dudas, experimentó un mayor incremento durante el mandato de Justiniano que procedió a reconocerles una limitada capacidad de obrar para la realización de determinados actos jurídicos (aceptar donaciones, ser parte en litigios, etc.)¹¹.

En conclusión, podemos afirmar que el Derecho romano consideró a estos cuerpos fundacionales, aún carentes de personalidad jurídica, como entidades protegidas por el Derecho público destinadas a satisfacer por el beneficiario de la donación la voluntad expresada por el fundador. Mediante este procedimiento, se salvaba el déficit que presentaba la ausencia de personalidad jurídica, pues los donatarios, al aceptar la dotación, adquirían la propiedad a cambio de cumplir la carga impuesta por el constituyente, por lo que dicha dotación se integraba en la masa patrimonial del aceptante. Así pues, se pueden encontrar en este último modelo fundacional romano reminiscencias históricas de una institución típicamente española como el mayorazgo, sobre la cual abundaremos seguidamente. En cualquier caso, teniendo en cuenta lo expuesto hasta el momento, es plausible señalar que el Derecho romano, a pesar de que no llegó a reconocer personalidad jurídica a las fundaciones, se esmeró en la búsqueda

⁹SERRANO CHAMORRO, M^a E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 30.

¹⁰BLANCH NOGUÉS, J.M., *Régimen Jurídico de las Fundaciones en Derecho Romano*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 147.

¹¹MERINO MERCHÁN, J.F. Y PALMA FERNÁNDEZ, J.L.. “Comentarios al artículo 34 de la Constitución Española” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, coordinados por O. Alzaga Villamil, Tomo III, Edersa, Madrid, 1996, pág. 548.

de soluciones adecuadas para encauzar jurídicamente la iniciativa privada¹².

La crisis del Imperio romano y la consiguiente irrupción de los pueblos germánicos lastró el desarrollo del fenómeno fundacional, pues no se superó una concepción materialista de esta figura, otorgando cierto reconocimiento jurídico a la *Sippe* o grupo de parientes unidos por lazos de consanguinidad que poseían un patrimonio común, en forma de tierras de labranza y ganado, que era empleado para su subsistencia¹³.

No será hasta el siglo XII cuando se atribuya a las fundaciones piadosas la condición de *persona*, importante paso que, con casi total probabilidad, hay que atribuir a los canonistas y a la imperiosa necesidad de proteger las llamadas prebendas de sus respectivos titulares¹⁴. Dichas prebendas consistían en fondos patrimoniales a los que se les asignaba una función, de manera que el titular de las mismas podía obtener los frutos y actuar en nombre del citado fondo pero sin tener la libre disposición del mismo. Los continuos excesos que protagonizaban sus beneficiarios fue, casi con total seguridad, la causa que impulsó a los canonistas a dotar a estas figuras de personalidad jurídica propia, independiente y diferenciada a la de su titular. Muchas de estas prebendas recibieron posteriormente la denominación de “Fundación”, gracias a la decisiva aportación, entre otros, de SINIBALDUS FISCUS, canonista que ocuparía posteriormente la cabeza de la Iglesia católica con el nombre de Inocencio IV en 1234. El citado eclesiástico va a contribuir denodadamente a la Ciencia Jurídica al formular una distinción entre Corporaciones (*universitas personarum*) e Instituciones (*universitas bonorum*), estando las fundaciones incluidas en estas últimas. Así pues, mientras que las corporaciones son entidades que expresan, agrupan o representan una colectividad de personas, las instituciones son entidades superiores que no engloban a una colectividad de personas, sino a un conjunto de bienes que están afectos al cumplimiento de un fin al que la Iglesia ha de atender. Bajo esta distinción, se justifica el importante elenco de fundaciones benéfico-religiosas que proliferaban en aquel entonces sin necesidad de control público alguno, ya que la existencia de las mismas respondía a una voluntad

¹²CARRANCHO HERRERO, M^a T., *La constitución de fundaciones*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pág.22.

¹³MERINO MERCHÁN, J.F. Y PALMA FERNÁNDEZ, J.L.. “Comentarios al artículo 34 de la Constitución Española”... op. cit., pág. 548.

¹⁴RUBIO RODRÍGUEZ, J.J., *Las fundaciones benéfico-religiosas en el derecho común y español*, El Almendro, Córdoba, 1985, págs. 25 y 26.

trascendente que iba más allá de la humana, la cual se circunscribía al ámbito de las corporaciones. Aunque este fue el paso decisivo para deslindar a las fundaciones benéfico-religiosas del control que sobre las mismas ejercía el poder terrenal, también sirvió como pretexto para introducir la posibilidad de constitución de fundaciones por los particulares¹⁵.

Si bien, durante la Edad Media, prácticamente la totalidad de las entidades benéficas era gestionadas por la Iglesia, las ideas humanistas del Renacimiento y la reforma protestante que marcan el devenir de la Edad Moderna propiciaron un importante cambio al respecto. El deseo de lucha contra la mendicidad y la pobreza llevó a los municipios, y posteriormente a los Estados, a aprobar leyes de beneficencia con un marcado carácter laicista, de modo que las obras de caridad dejaron de tener una finalidad y una gestión exclusivamente eclesiásticas. Surgen así las fundaciones de protectorado real, que quedan sometidas al Derecho estatal y a la exclusiva vigilancia del rey, y las obras pías laicas, que se regirán por el Derecho estatal y serán inspeccionadas por las autoridades administrativas aunque quedarán sometidas, igualmente, a la visita del obispo¹⁶. En cualquier caso, la paulatina secularización de las fundaciones alcanzó su punto álgido con la Revolución francesa y la posterior jurisprudencia del Consejo de Estado del país galo, la cual reconoció el libre derecho de asociación aunque, en el caso de las fundaciones, se requería previo reconocimiento de utilidad pública emitido por la autoridad competente para que aquellas quedaran válidamente constituidas¹⁷.

Será ya en el S. XIX, cuando la técnica codificadora, fruto del racionalismo jurídico imperante en Europa, ponga de manifiesto la necesidad de incluir, junto a las personas físicas, otros sujetos que, si bien constituían una realidad, carecían de reconocimiento expreso y regulación específica. Nacen así las personas morales, hoy denominadas como personas jurídicas. Concretamente, fue el alemán GIERKE quien propició la diferencia entre corporaciones e instituciones ya que, si bien ambas eran figuras destinadas a la satisfacción de necesidades colectivas, existía entre ellas una

¹⁵MERINO MERCHÁN, J.F. Y PALMA FERNÁNDEZ, J.L.. “Comentarios al artículo 34 de la Constitución Española”... op. cit., pág. 549.

¹⁶TRASERRA, J., *Las Fundaciones Pías Autónomas*, Facultad de Teología de Barcelona, Barcelona, 1985, pág. 15.

¹⁷MERINO MERCHÁN, J.F. Y PALMA FERNÁNDEZ, J.L.. “Comentarios al artículo 34 de la Constitución Española” ... op. cit., pág. 550.

importante diferencia, pues mientras las corporaciones tenían su origen en dicha colectividad, que constituye la razón de ser de las mismas, las instituciones se fundamentan en una voluntad creadora externa¹⁸.

1.2.2) Situación previa a la entrada en vigor del Código Civil en España

En lo que respecta a nuestro país, cabe reseñar que, debido al fuerte influjo de la Iglesia Católica y de los postulados emanados del Concilio de Trento (1545-1563), la corriente laicista que impregnó la figura fundacional en Europa no llegó a imponerse en España, donde todas las fundaciones pías existentes siguieron bajo la dirección de la Iglesia. En el mencionado Concilio, máximo exponente de la contrarreforma para detener la expansión del protestantismo, la Iglesia Católica reivindicó sus derechos sobre toda entidad de beneficencia, ya fuera de naturaleza pública o privada, lo que abortó cualquier intento de secularización en esta materia. A pesar de la fuerte vinculación que la figura fundacional española mantuvo con la Iglesia Católica durante este período, en el ámbito estrictamente privado, también destacó un tipo de Fundación de carácter familiar conocida como mayorazgos, el cual permitía a las familias con mejor posición económica transmitir de generación en generación sus bienes más preciados, tierras de labranza y fincas principalmente, a sus descendientes o parientes.

En cualquier caso, si bien el Concilio de Trento supuso un freno a la laicización de la normativa sobre entes benéficos-asistenciales, es igualmente cierto que sirvió para iniciar un debate que, a la postre, fue muy importante para la configuración actual de las fundaciones en nuestro país. Uno de los asistentes al Concilio, Diego de COVARRUBIAS¹⁹, trató y defendió en el mismo la posibilidad de que el poder secular pudiera derogar los citados mayorazgos argumentando que esta práctica propiciaba una apatía en los terratenientes, la cual se proyectaba en una escasa o nula productiva de las tierras de labranza y del ganado, circunstancia que originaba un anquilosamiento económico del Estado y, por tanto, la consiguiente pobreza entre sus gentes. A pesar del acierto de los postulados esgrimidos por COVARRUBIAS, hubo de esperar hasta el siglo

¹⁸CARRANCHO HERRERO, M^a T., *La constitución de fundaciones...* op. cit., págs. 33 y 34.

¹⁹DE DIOS, S., *El Poder del Monarca en la Obra de los Juristas Castellanos*, Servicio Publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, págs. 117 a 120 y RUBIO RODRÍGUEZ, J.J., *Las fundaciones benéfico-religiosas en el derecho común y español...*op. cit., págs. 97 y 98.

XIX para que, en pleno triunfo en nuestro país de las tesis liberales, se aprobaran normas desamortizadoras que, bajo el amparo de la utilidad pública, impusieron la obligación de enajenar, no sólo los inmuebles pertenecientes a los llamados mayorazgos, sino también aquellos que eran propiedad de la Iglesia Católica que, al igual que las familias más prósperas, fue acumulando bienes e incrementado su patrimonio. A tal efecto, destacar, entre otros, los cuatro Reales Decretos sancionados por Carlos IV el 19 septiembre de 1798, así como las leyes desvinculadoras y desamortizadoras de 27 de septiembre, de 11 de octubre de 1820²⁰, de 2 de septiembre de 1841²¹ y de 1 de mayo de 1855²², que, si bien supusieron el fin de las precitadas figuras, tal como ha puesto de manifiesto DE CASTRO, no cercenaron el desarrollo de las fundaciones benéficas, pues la desvinculación no alcanzó a los bienes afectos a ellas, siendo incluso protegidas por el Gobierno de la época -a través del Protectorado- frente a las aspiraciones de los familiares del fundador que, aprovechando el empuje desamortizador, exigían la desvinculación de los bienes para que éstos recayeran en sus manos. La protección brindada por el Estado a las fundaciones benéficas responde a criterios de eficiencia económica, ya que la crisis que atravesaba el país en aquellos momentos hacía imposible asistir a todos los enfermos, menesterosos y mendicantes que, con anterioridad a la desamortización, eran atendidos por dichas entidades, persiguiendo, por tanto, el Estado protegerlas y subsanar errores pasados en su gestión y administración. A tal efecto, el Estado procedió, por un lado, a establecer la exigencia de un permiso o licencia para su creación y, por otro, a ejercer un mayor control de sus cuentas y actividades para evitar que sus recursos fueran desviados a fines ajenos a cualquier actividad benéfica o asistencial²³. Con este propósito, se aprueba tanto la Ley General de Beneficencia, de 20 de junio 1849²⁴, como su Reglamento de desarrollo, mediante Decreto de 14 de mayo de 1852²⁵, normas que, además de contemplar la figura del Protectorado como órgano de control de la Administración sobre el ente fundacional, obligan asimismo a este a formular presupuestos y rendir cuentas anuales ante las Juntas Generales, Provinciales o Municipales de Beneficencia.

²⁰Gaceta de Madrid de 20 de octubre de 1820.

²¹Gaceta de Madrid de 5 de septiembre de 1841.

²²Gaceta de Madrid de 3 de mayo de 1855.

²³DE CASTRO, F., "Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares", *Anuario de Derecho Civil*, Número 3, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1953, págs. 641 y 642.

²⁴Gaceta de Madrid de 24 de junio de 1849.

²⁵Gaceta de Madrid de 16 de mayo de 1852.

A diferencia del Código Civil francés, los primeros proyectos codificadores en España no incluyen mención expresa a la figura de la persona jurídica. Sin embargo, poco a poco, el reconocimiento de los cuerpos intermedios va a ser una realidad en el ordenamiento español. Gran parte de esta labor se debe a Manuel M^a. CAMBRONERO²⁶ quien, tras recibir el encargo de la redacción de un Proyecto de Código Civil, defendió la inclusión de las personas jurídicas en el mismo, diferenciando entre entes de interés general, que perseguían una finalidad pública y necesitaban, por tanto, de autorización real para su constitución, y entes de interés particular, los cuales no necesitaban ningún tipo de autorización, bastando con informar a la autoridad competente sobre su constitución para que fueran reconocidos. La influencia de los postulados de CAMBRONERO fueron palpables en el Proyecto de Código Civil de 1836, el cual fue el primer texto legal de nuestro país en regular expresamente las personas morales, aunque sólo otorgó tal consideración a las juntas o corporaciones, por lo que la personalidad jurídica de las fundaciones es aún inexistente.

Habrá que esperar 15 años, hasta el Proyecto de Código Civil de 1851, elaborado por la Sección de la Comisión General de Codificación compuesta de importantes juristas, -Juan BRAVO MURILLO (presidente), Florencio GARCÍA GOYENA, Claudio Antón DE LUZURIAGA y José María SÁNCHEZ Y PUY, uniéndose más tarde ORTIZ DE ZÚÑIGA-, para hallar a las fundaciones subsumidas implícitamente, que no de forma expresa, en la institución de las personas morales. En este sentido, si bien el artículo 33 del citado proyecto sólo consideraba como tales a las corporaciones, establecimientos y asociaciones²⁷, hay que relacionar el citado precepto con el Real Decreto de 14 de marzo de 1899, sobre reorganización de los servicios de la beneficencia particular e instrucción para el ejercicio del Protectorado del Gobierno sobre aquella²⁸, el cual pasa a denominar como “fundaciones” a las instituciones de beneficencia privadas que, hasta la fecha, habían recibido el nombre de establecimientos. Así pues, la identificación de ambas figuras nos permite afirmar que fue en el Proyecto de Código Civil de 1851 cuando, por primera vez en España, las fundaciones fueron calificadas como personas morales en un texto normativo. No obstante, aunque personalmente no comparto esa

²⁶BARÓ, J., *La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1992, págs. 66 y 67.

²⁷Art. 33: "Las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la ley se consideran personas morales para el ejercicio de derechos civiles".

²⁸Gaceta de Madrid de 15 de marzo de 1889.

postura, hay otros autores como MALUQUER DE MOTES²⁹ que no participan de esta teoría, defendiendo que establecimientos y fundaciones no representan la misma figura.

Finalmente, cabe reseñar que el término “persona moral” evolucionó hasta culminar en el de “persona jurídica” que hoy conocemos. En este sentido, fue el 9 de mayo de 1869 cuando se presentó a las Cortes un proyecto de libro primero de Código Civil, redactado por ROMERO ORTIZ, que va a distinguir entre personas físicas y jurídicas, siendo necesario para la constitución de estas últimas el reconocimiento y autorización públicos.

1.2.3) Situación tras la entrada en vigor del Código Civil vigente

Entrando ya en la fase de gestación de nuestro vigente Código Civil, procede destacar que, aunque no rechazaba expresamente su existencia, el Proyecto de Ley de Bases de 1881 no recogía mención alguna a la figura de la Fundación. Igual suerte deparan el Proyecto de Ley de Bases de 1885 y el texto definitivo de la Ley de Bases de 1888, aprobado el 11 de mayo³⁰. No obstante, en ambos textos, tal como ha puesto de manifiesto MALUQUER DE MOTES,³¹ sí aparece regulada la institución de la sustitución fideicomisaria, la cual nunca podría exceder del segundo grado, erradicando así cualquier tipo de recreación de mayorazgos o “manos muertas”. En este caso, tal como defiende el citado autor, teniendo en cuenta que dicha figura fue el origen de las fundaciones en España, se podría afirmar que estas últimas, indirectamente, son objeto de regulación por constituir una finalidad de interés general.

Frente a esta significativa ausencia, las continuas exigencias dirigidas al gobierno para que la regulación de las personas jurídicas fuera una realidad en el Código Civil produjeron sus frutos. Así, mediante Real Decreto de 6 de octubre de 1888, se ordena publicar en la Gaceta de Madrid el texto del Código Civil³², el cual va a dedicar el Capítulo II del Título II del Libro Primero a las personas jurídicas,

²⁹MALUQUER DE MOTES, C., *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1983, pág. 36.

³⁰Gaceta de Madrid de 22 de mayo de 1888.

³¹MALUQUER DE MOTES, C., *La fundación como persona jurídica en la codificación civil...* op. cit., pág. 39.

³²Gaceta de Madrid de 8 de octubre de 1888.

reconociendo el artículo 35.1 que “*Son personas jurídicas: las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley*”. La edición revisada del Código Civil -vigente hoy día con múltiples modificaciones pero no esta materia- se aprobó por Real Decreto de 24 de julio de 1889³³, y en ella no se introdujo cambio alguno que afectara a la institución de la Fundación, por lo que, desde 1888, es considerada expresamente como persona jurídica en nuestro ordenamiento.

1.3) Aproximación al concepto de Fundación: el llamado Tercer Sector

Con carácter previo a la delimitación del concepto de Fundación, estimamos oportuno efectuar una breve referencia a las organizaciones que actualmente constituyen el conocido como Tercer Sector, el cual engloba a un conjunto heterogéneo de entidades, tales como asociaciones, cooperativas, mutuas, fundaciones y organizaciones no gubernamentales (ONGs) que, si bien prestan servicios sociales en régimen de libre mercado compitiendo con el resto de actores económicos, se caracterizan por defender, al mismo tiempo, el interés común, de ahí que pueda afirmarse que se trata de organizaciones que operan en el ámbito de la denominada economía social³⁴.

Las entidades que forman parte del Tercer Sector reciben tal denominación porque no pertenecen a ninguno de los dos grandes grupos en los que se pueden ubicar la inmensa mayoría de las organizaciones que actúan en la sociedad moderna. Ni el sector público, compuesto por las Administraciones territoriales y sus entidades con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes, ni el sector privado, que actúa impulsado por el interés particular, pueden encuadrarse dentro del Tercer Sector, el cual sólo alberga organizaciones y entidades caracterizadas por su ausencia de lucro y por la persecución de fines altruistas.

En su constitución, las entidades que conformar el Tercer Sector pueden adoptar cualquiera de las formas que el ordenamiento jurídico les permite, siempre que se garantice su carácter no lucrativo. La figura fundacional es la elegida por muchas de ellas para organizarse y encauzar el desarrollo de sus actividades.

³³Gaceta de Madrid de 25 de julio de 1889.

³⁴RINCÓN GARCÍA, A., “El Tercer Sector y la Comunidad Europea”, *Tratado de Fundaciones*, Vol. 2, Bosch, Barcelona, 2007, pág. 1209.

La creciente importancia del Tercer Sector ha motivado que el legislador estatal haya aprobado la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social³⁵, reconociendo ya en el párrafo segundo de su Preámbulo el desinteresado compromiso de las entidades que lo componen con los Derechos Humanos, así como con los valores de solidaridad, igualdad de oportunidades, inclusión y participación³⁶. Esta escueta norma, compuesta por tan sólo nueve artículos estructurados en cinco capítulos, siete disposiciones adicionales, una disposición transitoria y cuatro disposiciones finales, define, en su artículo segundo, apartado primero, las entidades que conforman el Tercer Sector de Acción Social como aquellas organizaciones de carácter privado, surgidas de la iniciativa ciudadana o social, que responden a criterios de solidaridad y de participación social, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos civiles, así como de los derechos económicos, sociales o culturales de las personas y grupos que sufren condiciones de vulnerabilidad o que se encuentran en riesgo de exclusión social. En cuanto a las modalidades que pueden adquirir este tipo de organizaciones, el propio apartado segundo del citado artículo menciona expresamente, entre otras, las fundaciones³⁷.

Así pues, si bien los entes fundacionales forman parte del Tercer Sector, no podemos confundir ambos términos, ya que el concepto de aquel abarca un espectro mucho más amplio y extenso en el que se engloban figuras que, aun presentando elementos comunes con las fundaciones, siguen un régimen jurídico distinto al amparo de lo dispuesto en la disposición final primera de la comentada Ley 43/2015³⁸, según la

³⁵BOE núm. 243, de 10 de octubre de 2015.

³⁶Señala el Preámbulo de la Ley 43/2015, en su párrafo segundo: *“La actividad del Tercer Sector de Acción Social, de sus organizaciones y de las personas que lo componen, nace del compromiso con los derechos humanos y descansa en los valores de solidaridad, igualdad de oportunidades, inclusión y participación. El ejercicio de estos valores conduce a un desarrollo social equilibrado, a la cohesión social y a un modelo de organización en el que la actividad económica está al servicio de la ciudadanía”*.

³⁷Señala el art. 2.2 de la Ley 43/2015 lo siguiente: *“En todo caso, son entidades del Tercer Sector de Acción Social las asociaciones, las fundaciones, así como las federaciones o asociaciones que las integren, siempre que cumplan con lo previsto en esta Ley. Para la representación y defensa de sus intereses de una forma más eficaz, y de acuerdo con la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, y con su normativa específica, las entidades del Tercer Sector de Acción Social podrán constituir asociaciones o federaciones que, a su vez, podrán agruparse entre sí”*.

³⁸La DF 1ª de la Ley 43/2015 tiene el siguiente contenido: *“Las entidades del Tercer Sector de Acción Social se regirán por la legislación específica, que sea aplicable en función de la forma jurídica que*

cual, las entidades que conformar el Tercer Sector se regirán por la legislación específica que sea aplicable en función de la forma jurídica que hayan adoptado.

1.4) Concepto de Fundación

La construcción doctrinal de un concepto de Fundación no es tarea fácil, pues, según el punto de vista que se adopte, surge una definición en la que resaltan más unos elementos que otros. Así, la visión más *ius privatista* incide en el acto de libertad del fundador, mientras que, por el contrario, la perspectiva publicista pone el acento en el interés público del ente fundacional y, a consecuencia de este, la necesaria intervención pública³⁹. Esta dificultad ha motivado que, a pesar de tratarse de una institución que ha estado presente en, prácticamente, todas las etapas de la historia de nuestro Derecho, no haya existido en la doctrina ni en el Derecho positivo un concepto abstracto de Fundación hasta final del siglo XIX, con la recepción de esta figura en el Código Civil⁴⁰, que, si bien no establece una definición clara y precisa, sí delimita su personalidad jurídica en diversos preceptos⁴¹, los cuales sirvieron de fundamento para un posterior desarrollo doctrinal⁴². Así, por ejemplo, LÓPEZ-JACOISTE delimita la Fundación como “un acto de liberalidad social y organizada para una finalidad socialmente útil”⁴³, VALERO AGÚNDEZ la conceptualizó como “la promoción o realización de un fin de carácter ideal mediante la afectación permanente de una masa de bienes a dicho fin”⁴⁴, y BADENES GASSET la detalla como “un patrimonio afecto a fines utilitarios y dotado de una personalidad independiente”⁴⁵.

hayan adoptado. La consideración de entidades del Tercer Sector de Acción Social, conforme a lo establecido en esta Ley, no excusa del cumplimiento de todos los requisitos y condiciones que establezca dicha legislación específica”.

³⁹ ALLI TURRILLAS, J.C., *Fundaciones y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 113.

⁴⁰ Real Decreto de 24 de julio de 1889, publicado en Gaceta de Madrid de 25 de julio de 1889.

⁴¹ Así, a modo de ejemplo, el artículo 35.1º determina que, entre otras, son personas jurídicas, “*las fundaciones reconocidas por ley*”.

⁴² MALUQUER DE MOTES, C. *La fundación como persona jurídica en la codificación civil...*, op. cit., pág. 218.

⁴³ LÓPEZ JACOISTE, J.J., “La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones”, *Revista de Derecho Privado* núm. XLIX, Madrid, 1965, pág. 584.

⁴⁴ VALERO AGÚNDEZ, U. *La fundación como forma de empresa*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1969, pág. 24.

⁴⁵ BADENES GASSET, R., *Las fundaciones de Derecho Privado*, Vol. I., 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1986, pág. 116.

En esta misma línea de indefinición, la CE⁴⁶, si bien reconoce en su artículo 34 la institución de la Fundación⁴⁷, tampoco procede a ofrecer un concepto de la figura, de ahí que tengamos que esperar al desarrollo legal del citado precepto para encontrar un primer concepto positivo de Fundación. Concretamente, el artículo 1.1 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general⁴⁸, la cual ha sido parcialmente derogada por la actualmente vigente LF⁴⁹, definió estas como “*organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general*”, concepto que igualmente ha sido recogido por el artículo 2.1 de la referida LF y, en el ámbito andaluz, por el artículo 1.2 de la LFA⁵⁰.

Pese a que no parece aconsejable que un texto legal incluya la definición de una figura jurídica ya consolidada, tal como han expuesto MORILLO GONZÁLEZ⁵¹ y LÓPEZ-NIETO⁵², la gran confusión reinante sobre la materia, así como la existencia de diferentes normativas y de variadas posiciones doctrinales, justifican que el legislador haya introducido en el articulado de la Ley de Fundaciones el concepto del propio ente que va a regular, evitando así cualquier tipo de contradicción posterior en torno a su esencia y fijando un denominador común para Estado y Comunidades Autónomas.

En cualquier caso, es justo indicar que, con anterioridad a las precitadas normas, existe una aproximación conceptual a la institución fundacional a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que influyó notablemente en el espíritu del legislador plasmado en los antedichos textos legales. Así, la STC de 7 de febrero de 1984, señala que “*es propio del Estado social de Derecho la existencia de entes de carácter social, no públicos, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general*” pues a través de ellos se culmina “*una evolución en la que la consecución de*

⁴⁶BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

⁴⁷Señala el artículo 34 de la CE: “*1. Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley.*

2. Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22”.

⁴⁸BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 1994.

⁴⁹BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2002.

⁵⁰BOJA núm. 117, de 17 de junio de 2005.

⁵¹MORILLO GONZÁLEZ, F., *El proceso de creación de una fundación*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 25.

⁵²LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F., *Manual de Fundaciones*, Bayern-Hnos., Barcelona, 1996, pág. 48.

los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza con una actuación mutua Estado-Sociedad". En este mismo sentido, se manifiesta la importante STC de 22 de marzo de 1988, en cuyo fundamento jurídico quinto, la Fundación se define como "*una persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un interés general*", concepto que ha influido decisivamente en pronunciamientos posteriores⁵³.

La doctrina jurídica también coincide con la línea marcada por la jurisprudencia y el legislador ordinario y, si bien existen diversos conceptos, la mayoría de ellos presentan características similares. Para algunos autores, como CARRANCHO HERRERO, "la Fundación es un acto por el cual se destina un patrimonio a la consecución de un fin con carácter permanente"⁵⁴, mientras que para otros, como DE CASTRO, "el ente fundacional constituye la personificación de la organización instituida y reglada por el fundador para realizar el fin benéfico al que destina una masa de bienes"⁵⁵. En todo caso, consideramos oportuno destacar, por su claridad y nitidez, el concepto de Fundación esgrimido por ALBALADEJO, quien define aquella como una "obra que para la persecución de un fin determinado se erige en ente autónomo"⁵⁶. En nuestra opinión, resulta prácticamente imposible resumir en un menor número de palabras un concepto tan profundo como el que entraña la figura objeto del presente estudio aunque, no obstante, a pesar de la perfección alcanzada por el autor de tan lograda definición, no figura en la misma el elemento esencial que nuestro ordenamiento exige como condición *sine qua non* para validar la existencia de una Fundación, y que no es otro que la afección de un patrimonio al cumplimiento de un fin de interés general. Por lo tanto, incorporando este matiz y teniendo en cuenta lo expuesto hasta el momento, consideramos como concepto más completo de Fundación aquel que la define como un sujeto de Derecho con personalidad jurídica propia que nace en virtud de la afección permanente de un patrimonio a la consecución o cumplimiento de un determinado fin de interés general.

1.5) Elementos

⁵³ Así, por ejemplo, en similares términos se manifiesta la SAP de las Islas Baleares, sección 5ª, de 11 de noviembre de 2013.

⁵⁴ CARRANCHO HERRERO, Mª T., *La constitución de fundaciones...* op. cit., pág. 43.

⁵⁵ DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España*, Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pág. 765.

⁵⁶ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil...* op. cit., pág. 275.

Si bien es *communis opinio* en la doctrina la consideración de los elementos “voluntad”, “patrimonio” y “fin de interés general” como sustrato del concepto de Fundación, no existe igual unanimidad en torno a la “permanencia” y a “la organización”. Para CARRANCHO HERRERO⁵⁷ y GAMARRA CHOPO⁵⁸, por ejemplo, la Fundación se constituye con una nítida intención de permanencia en la consecución y/o ejecución de su fin, por lo que estos últimos caracteres han de ser consustancial a su definición, mientras que otros juristas, como LINARES ANDRÉS⁵⁹ y MORILLO GONZÁLEZ⁶⁰ defienden la existencia de sólo tres elementos en el concepto de Fundación: “fin”, “patrimonio” y “organización”, fundamentando su posicionamiento en que la propia LF incluye el término “organización” en la definición que de aquellas ofrece en su artículo 2.1⁶¹, apartándose del concepto imperante hasta ese momento en nuestra doctrina, según el cual, los entes fundacionales eran considerados como una masa patrimonial adscrita a un fin.

También es destacable la postura defendida por PIÑAR MAÑAS Y REAL PÉREZ, quienes defienden la importancia capital de la voluntad del fundador, considerando este elemento como la piedra angular del concepto de Fundación⁶². Para ambos juristas, la voluntad del fundador ya engloba necesariamente la indiscutible intención de crear un ente cuya finalidad es el interés general, así como la vinculación al mismo de un patrimonio de su propiedad para el desarrollo de actividades que permitan la consecución de tan loable objetivo.

En cualquier caso, teniendo en consideración tan diferentes posturas, estimamos que los elementos que forman parte de los diferentes conceptos de Fundación pueden dividirse en comunes y no comunes, según estén presentes, o no, en la mayor parte de las diversas definiciones que la doctrina ha elaborado sobre la Fundación. Así pues, entre los elementos comunes, se encuentran la voluntad de fundador, el fin fundacional

⁵⁷CARRANCHO HERRERO, M^a T., *La constitución de fundaciones...* op. cit., pág. 47.

⁵⁸GAMARRA CHOPO, Y., *Fundaciones y asociaciones no lucrativas en el marco de la Comunidad Europea*, Real Instituto de Estudios Europeos, Zaragoza, 1992, pág. 33.

⁵⁹LINARES ANDRÉS, L., *Las Fundaciones: patrimonio, funcionamiento y actividades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 24.

⁶⁰MORILLO GONZÁLEZ, F., *El proceso de creación de una fundación...* op. cit., pág. 27.

⁶¹Artículo 2.1: “*Son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general*”.

⁶²PIÑAR MAÑAS, J.L. Y REAL PÉREZ, A., *Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador*, Marcials Pons, Madrid, 2000, págs. 29 y ss.

y el patrimonio y, entre los no comunes, la organización y la permanencia. Aunque trataremos más detenidamente alguno de estos elementos en otros epígrafes de este trabajo, creemos oportuno efectuar una breve referencia a los mismos con el objetivo de profundizar en el concepto de Fundación.

Sin una finalidad que persiga el interés general, nunca podrá existir una persona jurídica fundacional, ya que es el elemento identificador de la Fundación y causa de su existencia. Se puede afirmar que el fin cumple una triple misión, pues responde tanto al objetivo de la Fundación (para qué), como a la causa de su constitución (por qué) e incluso al modo de actuar (cómo). Es por ello, por lo que LINARES ANDRÉS expone que “el fin condiciona el nacimiento, el objetivo, la estructura y la dinámica de la Fundación”⁶³. No obstante, cabe reseñar que, tal como exigen los artículos 34 CE ó 35.1 CC⁶⁴, el fin fundacional ha de ser de interés general o público.

Por otro lado, valorando que el patrimonio fundacional constituye el conjunto de bienes y derechos afectos a la consecución del fin antes citado, cabe concluir que la dotación inicial ha de ser adecuada y suficiente para satisfacer dicho menester aunque ello no es incompatible con la recepción posterior de nuevas aportaciones, hayan sido, o no, previamente previstas o prometidas por terceros.

Además, la Fundación necesita de una organización que, dentro del marco de autonomía otorgado por el Derecho, administre el patrimonio para la consecución del fin de interés general que motiva su creación. En este sentido, la Fundación no se ordena por la mera voluntad de unos socios, que pueden decidir transformarla, cambiarla o disolverla, sino que está sometida a unas normas estatales y autonómicas, así como a sus propios Estatutos.

Finalmente, el elemento “permanencia” conlleva, no sólo la idea de duración indefinida, sino también constancia en la consecución de una tarea. Esta última característica supone la principal diferencia con el término “perpetuidad” con el que, a

⁶³LINARES ANDRÉS, L., *Las Fundaciones: patrimonio, funcionamiento y actividades...* op. cit., pág. 25.

⁶⁴Según el referido artículo 35.1º, “*Son personas jurídicas las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley (...)*”

menudo, suele confundirse⁶⁵.

1.6) Tipología de fundaciones

1.6.1) Introducción

Como es sobradamente conocido, cabe distinguir dos clases de personas: físicas y jurídicas. A su vez, las personas jurídicas pueden ser de base personal, como las corporaciones, asociaciones y sociedades, o de base institucional, como las fundaciones. Mientras que bajo la primera tipología de personas jurídicas podríamos encuadrar a toda agrupación de personas reconocida por el ordenamiento para la satisfacción de intereses comunes -los cuales pueden ser públicos (corporaciones) o privados (asociaciones o sociedades)-, las fundaciones se erigen como agrupaciones de bienes vinculados a la consecución de una finalidad de interés general. No obstante, incluso una vez delimitado el ámbito de los entes fundacionales para no incurrir en error con otras figuras afines, resulta complejo abordar de una forma sistemática y ordenada el contenido de este apartado, pues el auge del fenómeno fundacional durante la última centuria ha propiciado la ramificación y extensión de esta figura en los diferentes órdenes de nuestra sociedad.

En cualquier caso, la primera y más sencilla clasificación que se puede realizar de las fundaciones es aquella que las diferencia en función del ordenamiento jurídico al que están sometidas, distinguiendo así entre fundaciones religiosas (destacando las sometidas al Derecho Canónico) y civiles. Como ya hemos desarrollado con anterioridad al abordar su devenir histórico, la Fundación nace circunscrita al fenómeno religioso y a una finalidad benéfico-asistencial. No obstante, con la llegada del humanismo renacentista, comenzará un proceso de secularización de las fundaciones que propiciará la coexistencia de fundaciones canónicas, que se regulan por las disposiciones de la Iglesia, y fundaciones civiles, que se regirán por el Derecho estatal. Una vez que la figura fundacional se desarrolló al margen de la exclusiva influencia del Derecho Canónico, las fundaciones civiles podrían presentar una triple naturaleza en

⁶⁵CARRANCHO HERRERO, M^a T., *La constitución de fundaciones...* op. cit., pág. 44.

función del sujeto fundacional: públicas, privadas o mixtas. En su concepción original, todas se regularían por el Derecho estatal pero, mientras que las primeras estarían sometidas exclusivamente al Protectorado real, las siguientes, tal como ya expusimos, habrían de recibir visita del obispo⁶⁶.

La irrupción del poder secular y del sujeto privado en el espectro fundacional ha permitido sobrepasar las fronteras marcadas por las fundaciones de antaño, que centraban sus esfuerzos en cumplir una finalidad benéfico-asistencial. Si bien esta modalidad de fundaciones aún desempeña un papel relevante, la llegada del llamado “Estado del Bienestar” y el desarrollo del instrumento fundacional por los países anglosajones, especialmente Estados Unidos, ha permitido una interpretación extensiva del concepto de Fundación que, aun cumpliendo una finalidad de interés general, va a sobrepasar la actividad benéfico-asistencial para penetrar en otros campos como el cultural, el educativo, el sanitario, el deportivo, etc., surgiendo así una nueva clasificación de las fundaciones en atención a su objeto. En este sentido, una vez que la figura fundacional se ha asentado en todos los campos sociales para cumplir fines de interés general de muy diversa índole, también va a sumergirse en el sector económico, surgiendo la Fundación como un instrumento que opera en el mercado para, eso sí, lograr la consecución de unos fines de interés general, naciendo así la llamada Fundación-Empresa.

En cualquier caso, y sin perjuicio de lo expuesto, cabe realizar otras clasificaciones de las fundaciones partiendo de criterios tan dispares como, por ejemplo, su patrimonio dotacional⁶⁷, su modo de financiación⁶⁸ o su ámbito territorial⁶⁹.

Efectuada una breve presentación de los principales criterios que, en nuestra opinión, pueden ser empleados para la clasificación de las fundaciones, profundicemos brevemente en ellos.

⁶⁶TRASERRA, J., *Las Fundaciones Pías Autónomas...*, op. cit., pág. 15.

⁶⁷CARRANCHO HERRERO, M^a T., *La constitución de fundaciones...* op. cit., págs. 50 y 51.

⁶⁸GAMARRA CHOPO, Y., *Fundaciones y asociaciones no lucrativas en el marco...* op. cit., pág. 37.

⁶⁹LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F., *Manual de Fundaciones...* op. cit., pág. 51.

1.6.2) Clases de fundaciones en atención al ordenamiento jurídico por el que se rigen

Como ya hemos reseñado, atendiendo al criterio del ordenamiento jurídico, las fundaciones pueden ser civiles y religiosas, destacando dentro de estas últimas, debido a la histórica implantación de la fe católica en el territorio de nuestro Estado, las fundaciones canónicas. De hecho, los Reinos que tradicionalmente han configurado lo que hoy es el territorio nacional han sido reinos católicos y, una vez nacido el Estado español, ha sido siempre un Estado confesional católico -con la excepción que representó el período en que estuvieron vigentes la Constitución de 1869 y la Constitución de la II República de 1931-hasta la Carta Magna de 1978.

El art. 16 de la vigente CE, después de consagrar en su apartado primero "*la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades*", señala en su apartado tercero que "*Ninguna confesión tendrá carácter estatal*", lo que no implica ignorancia ni combate del fenómeno religioso, pues, según preconiza el mencionado precepto, "*Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.*"

Partiendo de que la Fundación civil constituye el objeto principal de este trabajo de investigación y será, por tanto, objeto de un desarrollo más exhaustivo en las páginas que siguen, corresponde ahora centrarnos brevemente en el estudio de la figura de la Fundación canónica.

El artículo 6.2 de la Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio, de Libertad Religiosa⁷⁰, establece que "*Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas podrán crear y fomentar, para la realización de sus fines, Asociaciones, Fundaciones e Instituciones con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico general*". En un primer momento, parece deducirse del tenor literal del citado precepto que la expresión "*ordenamiento jurídico general*" indica que no existirán normas específicas de Derecho eclesiástico para la regulación de los entes relacionados, resultando, por tanto, de

⁷⁰BOE núm. 177, de 24 de julio de 1980.

aplicación a los mismos, las normas generales civiles vigentes sobre la materia. No obstante, en el caso de la Iglesia Católica, esta interpretación no es del todo correcta⁷¹, ya que el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos firmado entre la Santa Sede y el Estado español de 3 de enero de 1979⁷², prevé una regulación específica para los entes fundacionales creados por esta confesión. En concreto, su artículo 1, apartado cuarto, señala lo siguiente:

Artículo 1.4: “El Estado reconoce la personalidad jurídica civil y la plena capacidad de obrar de las Órdenes, Congregaciones religiosas y otros Institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas, y de las asociaciones y otras entidades y fundaciones religiosas que gocen de ella en la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo.

Las Órdenes, Congregaciones religiosas y otros Institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas que, estando erigidas canónicamente en esta fecha, no gocen de personalidad jurídica civil y las que se erijan canónicamente en el futuro, adquirirán la personalidad jurídica civil mediante la inscripción en el correspondiente Registro del Estado, la cual se practicará en virtud de documento auténtico en el que conste la erección, fines, datos de identificación, órganos representativos, régimen de funcionamiento y facultades de dichos órganos. A los efectos de determinar la extensión y límite de su capacidad de obrar, y por tanto, de disponer de sus bienes, se estará a lo que disponga la legislación canónica, que actuará en este caso como derecho estatutario.

Las asociaciones y otras entidades y fundaciones religiosas que, estando erigidas canónicamente en la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo, no gocen de personalidad jurídica civil y las que se erijan canónicamente en el futuro por la competente autoridad eclesiástica, podrán adquirir la personalidad jurídica civil con sujeción a lo dispuesto en el ordenamiento del Estado, mediante la inscripción en el correspondiente Registro en virtud de documento auténtico en el que consten la erección, fines, datos de identificación, órganos representativos, régimen de funcionamiento y facultades de dichos

⁷¹IBAN, I.C., Y PRIETO SANCHÍS, L., *Lecciones de Derecho Eclesiástico*, Segunda Edición, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 188.

⁷²BOE núm. 300, de 15 de diciembre de 1979.

órganos".

La Disposición Adicional Segunda de la LF, reconoce, como no podía ser de otra forma, la vigencia de este Acuerdo, al establecer que *"Lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio de lo establecido en los acuerdos con la Iglesia Católica y en los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por el Estado con otras iglesias, confesiones y comunidades religiosas, así como en las normas dictadas para su aplicación, para las fundaciones creadas o fomentadas por las mismas"*. El reconocimiento de estas singularidades jurídicas por parte del Estado español en una norma de rango legal originó un tenso debate entre los partidarios de que las fundaciones católicas se sometieran exclusivamente al ordenamiento jurídico estatal y los defensores de la causa opuesta.

En cualquier caso, tal como han puesto de manifiesto IBAN Y PRIETO SANCHÍS, no creemos que ninguna de las dos posiciones extremas sea la correcta⁷³, abogando, por tanto, por una posición ecléctica o intermedia. En este sentido, de conformidad con la normativa vigente, el Estado intenta dar el máximo grado de autonomía posible a la Iglesia Católica para que, al amparo de las disposiciones citadas, pueda constituir las fundaciones que estime procedentes para su labor evangelizadora y apostólica. No obstante, en el momento en el que el ente católico quiera penetrar en la vida civil y operar en ella con plenitud, para lo que necesita personalidad jurídica y capacidad de obrar, el Estado exige su inscripción en la sección especial del Registro de Entidades Religiosas, creado en virtud del Real Decreto 589/1984, de 8 de febrero, sobre Fundaciones religiosas de la Iglesia Católica⁷⁴. Este requisito servirá para que las autoridades civiles puedan comprobar, respetando la idiosincrasia del ente fundacional, su adecuación al ordenamiento jurídico español, así como el respeto a los principios constitucionales. Además, en el caso de fundaciones benéfico-asistenciales, que es la figura fundacional por excelencia en el seno de la Iglesia Católica, el artículo tercero de la citada norma reglamentaria permite que se rijan por sus propias normas estatutarias,

⁷³IBAN, I.C., Y PRIETO SANCHÍS, L., *Lecciones de Derecho Eclesiástico...* op. cit., pág. 187.

⁷⁴BOE núm. 75, de 28 de marzo de 1984.

⁷⁵La Disposición Transitoria del RD 589/1984 señala que *"Las fundaciones religiosas de la Iglesia Católica que gozan de personalidad jurídica sin hallarse inscritas en ningún Registro del Estado podrán solicitar su inscripción en cualquier momento, pero transcurrido el plazo de tres años desde la entrada en vigor del presente Real Decreto sólo podrán acreditar su personalidad jurídica mediante la correspondiente certificación de hallarse inscritas en el Registro de Entidades Religiosas."*

gozando de los mismos privilegios y beneficios que los entes clasificados como de beneficencia privada⁷⁶. No obstante, cabe igualmente recordar que, como entidad dotada de personalidad jurídica, la Iglesia Católica puede constituir, si así lo desea, fundaciones civiles, las cuales estarán sometidas al Derecho común como cualquier Fundación privada más.

En definitiva, para concluir, se puede afirmar que los entes fundacionales de la Iglesia Católica se regirán por el Derecho canónico, salvo que deseen operar en el ámbito civil, en cuyo caso necesitarán de inscripción en el registro especial habilitado a tal fin para constatar que no contravienen el ordenamiento español y, en el caso de fundaciones erigidas con posterioridad a los Acuerdos Iglesia-Estado de 1979, adquirir personalidad jurídica.

1.6.3) Clasificación en función del sujeto fundacional

De conformidad con el artículo 8.1 de la LF, podrán constituir fundaciones tanto las personas físicas como las jurídicas, con independencia de que estas últimas sean públicas o privadas. Asimismo, según disponía el artículo 44 de la citada Ley, el cual ha sido derogado con efectos de 2 de octubre de 2016 por la disposición derogatoria única, letra d), de la LRJSP⁷⁷, tendrían la consideración de fundaciones del sector público estatal aquellos entes fundacionales en los que concurrieran algunas de las siguientes circunstancias: que se constituyeran con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, procedente de la Administración Pública estatal, o que el patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, estuviera compuesto en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por la Administración del Estado. En cualquier caso, a partir de la fecha antedicha, será el artículo 128.1 de la precitada LRJSP el que fije las condiciones necesarias para que una Fundación pueda ser considerada del sector público estatal. A tal efecto, el aludido precepto reproduce lo expuesto por su antecesor, añadiendo, no obstante, un supuesto más: que la mayoría de derechos de voto en el patronato de la Fundación corresponda a representantes del sector público institucional

⁷⁶Señala el artículo 3 del RD 589/1984 que “*Las fundaciones de carácter benéfico o asistencial de la Iglesia Católica o dependientes de ella se regirán por sus normas estatutarias y gozarán de los mismos derechos y beneficios que los entes clasificados como de beneficencia privada*”.

⁷⁷BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

estatal⁷⁸.

En el ámbito autonómico andaluz, al igual que sucede con otras normas autonómicas de fundaciones⁷⁹, el artículo 55 de la LFA, prácticamente coincide con lo expuesto en el nuevo artículo 128.1 de la LRJSP para el sector público estatal⁸⁰, consagrando igualmente el artículo 78 de la LAJA⁸¹, el carácter instrumental de las Fundaciones del Sector Público Andaluz⁸².

El reconocimiento legal efectuado en las leyes citadas ha puesto punto y final al debate existente entre los defensores de las fundaciones públicas, como CARBALLEIRA⁸³, MALARET⁸⁴ y SOCÍAS CAMACHO⁸⁵, y los detractores de esta causa, como CARRANCHO

⁷⁸Señala el artículo 128.1 de la LRJSP: “*Son fundaciones del sector público estatal aquellas que reúnan alguno de los requisitos siguientes:*

- a) *Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o cualquiera de los sujetos integrantes del sector público institucional estatal, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.*
- b) *Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público institucional estatal con carácter permanente.*
- c) *La mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público institucional estatal”.*

⁷⁹Artículo 63 de la Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco (BOPV núm. 111, de 13 de junio de 2016), artículo 58 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego (DOG núm. 242, de 19 de diciembre de 2006), artículo 33 de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre de Fundaciones de la Comunidad Valenciana (DOCV núm. 3391 de 11 de Diciembre de 1998).

⁸⁰El artículo 55 de la LFA tiene el siguiente contenido: “1. *A los efectos de esta Ley, se consideran fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía tanto aquellas que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de la Junta de Andalucía, sus organismos públicos o demás entidades o empresas de la Junta de Andalucía, como aquellas que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por dichas entidades.*

2. *Asimismo, serán consideradas fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía aquellas en las que la Administración de la Junta de Andalucía tenga una representación mayoritaria. Se entenderá que existe esta cuando más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia de la fundación sean nombrados por la Junta de Andalucía, a través de cualquiera de sus instituciones, entidades, órganos, organismos autónomos o empresas”.*

⁸¹BOJA núm. 215, de 30 de octubre.

⁸²Artículo 78.

“1. *El concepto y régimen jurídico de las fundaciones del sector público andaluz será el previsto en la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.*

2. *El personal al servicio de las fundaciones del sector público andaluz se rige por el Derecho Laboral. El nombramiento del personal no directivo irá precedido de convocatoria pública en medios oficiales y de los procesos selectivos correspondientes basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad”.*

⁸³CARBALLEIRA RIVERA, M^a T., *Fundaciones y Administración Pública*, Atelier, Barcelona, 2009, págs. 76 y ss.

⁸⁴MALARET GARCÍA, E., *Las Fundaciones de Iniciativa Pública: un régimen jurídico en construcción*, Fundació Carles Pi y Sunyer, Barcelona, 2005, págs. 57 y ss.

⁸⁵SOCÍAS CAMACHO, J. M., *Fundaciones del Sector Público*, Iustel, Madrid, 2006, págs. 56 y ss.

HERRERO⁸⁶, LACRUZ⁸⁷ y PIÑAR MAÑAS Y REAL PÉREZ⁸⁸, quienes argumentaban, no sin cierta lógica, que la Administración Pública ya goza de personalidad jurídica propia y cumple un fin de interés general, por lo que carece de sentido desgajar una parte del patrimonio público para crear un ente fundacional cuando dicha masa de bienes y derechos podría afectarse directamente a los mismos fines que pretende la Fundación pública, sin necesidad, por tanto, de constituir un nuevo ente para ello.

Con total seguridad, persiguiendo involucrar a todo tipo de sujetos privados en el desarrollo de actividades de interés general a través de beneficios fiscales, el legislador ha permitido que las fundaciones privadas puedan ser constituidas tanto por personas físicas como por personas jurídicas. No hay ningún género de dudas sobre la viabilidad del primer supuesto pero, en el caso de las personas jurídicas, se ha generado un denso debate acerca de la oportunidad que la LF brinda a las sociedades civiles y mercantiles para que puedan constituir fundaciones, debido a la finalidad de lucro que estas persiguen y que, a priori, parece incompatible con el interés general que ha de imbuir la finalidad de todo ente fundacional. Si para las asociaciones civiles que pretenden constituir una Fundación es requisito indispensable, además del acuerdo adoptado por el órgano competente de las mismas, la correspondencia con sus fines, ¿cómo se puede aplicar este mismo criterio en el supuesto de creación de fundaciones por sociedades civiles y mercantiles, que se caracterizan, no por perseguir un fin de interés general, sino por tener una finalidad de lucro⁸⁹? La respuesta a esta pregunta ha sido construida por la doctrina mercantilista que confiere a las sociedades una capacidad plena, por tanto, si el órgano competente de las mismas, según sus Estatutos, acuerda la creación de una Fundación, no hay nada que oponer. Además, el hecho de que una sociedad mercantil (o civil) constituya una Fundación no es incompatible con su finalidad lucrativa, pues ningún precepto legal obliga a las sociedades a desarrollar una actividad lucrativa con carácter exclusivo⁹⁰, siendo lícito, por tanto, que puedan dedicar parte de su actividad al cumplimiento de fines de interés general. En esta línea, se ha manifestado, por ejemplo, la DGRN, la cual, mediante su Resolución 8637/1991, de 22

⁸⁶CARRANCHO HERRERO, M^a T., *La constitución de fundaciones...* op. cit., pág.168.

⁸⁷LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil I*, Parte general, 5^a Edición, Dykinson, Madrid, 2008 Barcelona, 1990, pág. 316-317.

⁸⁸PIÑAR MAÑAS, J.L. Y REAL PÉREZ, A., *Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador...* op. cit., págs. 209 y 210.

⁸⁹A la misma se refiere el art. 1665 del Código Civil con relación a las sociedades civil, y el art. 116 del Código de Comercio para las compañías mercantiles en general.

⁹⁰MORILLO GONZÁLEZ, F., *El proceso de creación de una fundación...* op. cit., págs. 81 y 82.

de noviembre (RJ 1991/8637), ha reconocido expresamente la creación de fundaciones por personas jurídicas de naturaleza privada de índole societario. En concreto, en la citada Resolución, la Dirección General consideró que, si bien una sociedad mercantil se caracteriza por su afán de lucro, ello no obsta a que “(...) *cumpliendo deberes no exigibles de solidaridad social, contribuya gratuita y voluntariamente como cualquier persona física, a la satisfacción de fines de interés general, mediante aportaciones que por su moderación y marginalidad no comprometan la preponderancia de aquel sustancial objetivo lucrativo (...)*”.

1.6.4) Clases de fundaciones según el objeto fundacional

El único requisito que establece nuestro Derecho para el objeto fundacional es que ha de perseguir el interés general (art. 34 de la CE), aspecto que desarrollaremos más adelante. En cualquier caso, tal como ya hemos expuesto, la interpretación extensiva del concepto fundacional ha permitido que, prácticamente, puedan existir tantas clases de fundaciones en función de su objeto como necesidades pueda experimentar una sociedad. Si bien todas ellas se regulan por un marco jurídico, más o menos homogéneo, aún persisten determinados preceptos específicos de marcado carácter sectorial que sólo son aplicables a cierta tipología de entes fundacionales.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1994, y en virtud del Real Decreto de competencia de 20 de junio de 1911⁹¹, tal como ha manifestado LÓPEZ-NIETO⁹², el objeto fundacional fue el criterio empleado por nuestro ordenamiento jurídico, en un primer momento, para clasificar las fundaciones, distinguiendo así entre entidades de beneficencia, que podían ser asistenciales o docentes, y fundaciones culturales. Más tarde, a través de la Instrucción de 20 de julio de 1926⁹³, habría que añadir las fundaciones de enseñanza agrícola, pecuaria o minera y, por último, tras la implantación en el seno de las empresas de organizaciones asistenciales en beneficio de los trabajadores de las mismas, se dictó el Decreto 446/1961, de 16 de marzo, por el que se crean las fundaciones laborales⁹⁴.

⁹¹Gaceta de Madrid número 171, de 20 de junio de 1911.

⁹²LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F., *Manual de Fundaciones...* op. cit., pág. 50.

⁹³Gaceta de Madrid número 202, de 21 de julio de 1926.

⁹⁴BOE núm. 67 de 20 de marzo de 1961.

Dentro de la clasificación de las fundaciones por razón de su objeto, procede dedicar una especial atención a la llamada Fundación-Empresa, figura que nace en el Derecho alemán y que no podemos confundir con las fundaciones que las empresas privadas constituyen para realizar actuaciones de interés general financiadas con sus propios beneficios. Para que exista una Fundación-empresa, es necesario que la primera sea la titular, directa o indirectamente, de la empresa, y no al revés, tal como sucede en el caso que hemos comentado anteriormente. Respetando esta premisa, se pueden distinguir dos posibilidades: que la empresa forme parte del patrimonio fundacional o que la Fundación decida constituir la empresa para recabar recursos con los que cumplir su objeto. En el primer caso, la empresa debería estar vinculada con la finalidad fundacional, pues, en caso contrario, la Fundación no podría gestionar directamente la empresa, debiendo enajenarla o, si es posible, transformarla o modificarla para que lleve a cabo una actividad relacionada con el fin de la Fundación. En el segundo supuesto, igual que anteriormente, la actividad económica de la empresa ha de estar principalmente orientada hacia la obtención de recursos para destinarlos al cumplimiento del fin fundacional. Así pues, en ambas posibilidades, la empresa cumple una función instrumental para la Fundación, y no a la inversa⁹⁵.

Bajo ningún concepto es posible la constitución de una Fundación cuya única actuación sea la ejecución de una actividad mercantil, pues ello implicaría una vulneración del ordenamiento jurídico vigente que, como ya hemos reiterado, exige el interés general como esencia o razón de ser de la finalidad fundacional. Por tanto, la actividad empresarial ha de ser accesoria o complementaria de la actividad fundacional, nunca la principal, y sus beneficios han de afectarse al cumplimiento del fin fundacional, extremo este que distingue la Fundación-empresa de cualquier otra entidad civil o mercantil que meramente persiga fines lucrativos⁹⁶.

La Fundación-empresa no ha sido ajena a la polémica ya que un importante

⁹⁵ALLI TURRILLAS, J.C., *Fundaciones y Derecho Administrativo...* op. cit., pág. 196 y ss.

⁹⁶BARRAL VIÑALS, I., “La finalidad fundacional y la destinación de los ingresos como garantes del interés general de la Fundación”, *Asociaciones y Fundaciones, XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2005, págs. 240 y ss.

sector doctrinal encabezado, entre otros, por DE LORENZO⁹⁷, argumenta que el reconocimiento de esta figura implica la más que posible desnaturalización del concepto de Fundación, el cual es forzado y pervertido hasta lograr dar cabida en él a la actividad mercantil. No obstante, coincidimos con NIETO ALONSO⁹⁸ y CARRANCHO HERRERO⁹⁹ cuando afirman que, a pesar de poder resultar paradójico, pueden existir empresas cuya función específica no sea sólo la mera obtención de ganancias, sino que también contemplen como principal fin la promoción de intereses sociales, por lo que es necesario superar la vieja concepción antagónica de Fundación y empresa, ya que no son entidades absolutamente incompatibles. En esta línea, los citados autores argumentan que el momento más adecuado para garantizar que la Fundación-empresa no resulta un fraude de ley llega con su inscripción en el Registro de Fundaciones, considerando que igualmente sería pertinente practicar dicha inscripción en el Registro Mercantil al objeto de otorgar la máxima publicidad y seguridad en el tráfico jurídico. En cualquier caso, se trata de un debate estéril, pues la figura de la Fundación-empresa ya ha sido recogida y aceptada por la jurisprudencia. A tal efecto, podemos reseñar la anteriormente aludida STC de 22 de marzo de 1988¹⁰⁰, la SAN, Cont-Adm, de 22 de octubre de 2007¹⁰¹, y la SAN, Cont-Adm, de 24 junio de 2014.

Por otra parte, la LF también otorga cobertura legal a la figura de la Fundación-empresa en su artículo 27¹⁰², el cual reconoce el desarrollo de actividades económicas

⁹⁷DE LORENZO GARCÍA, R., *El Nuevo Derecho de Fundaciones*, Marcials Pons, Madrid, 1993, págs. 405 y ss.

⁹⁸NIETO ALONSO, A., *Fundaciones: su capacidad*, Fundación Pedro Barrié de la Maza Conde de Fenosa, La Coruña, 1996, págs. 369 y ss.

⁹⁹CARRANCHO HERRERO, M^a T., *La constitución de fundaciones...* op. cit., pág. 169.

¹⁰⁰Señala el antecedente de hecho 27º de la STC de 22 de marzo de 1988: "*No existe contradicción entre el carácter fundacional de las Cajas y su carácter empresarial, ya que la figura de la fundación-empresa es conocida y estudiada por la doctrina jurídica nacional y extranjera.*"

¹⁰¹Tal como recoge el Fundamento de Derecho Sexto de esta Sentencia, "(...)Sobre la base legislativa positiva de nuestro país, debe tenerse en cuenta que en el concepto de empresa rige un principio que es el de la obtención de beneficios económicos (...)Por el contrario la fundación se considera en el artículo 2 de la Ley 50/2002 de Fundaciones como las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general (...)Ahora bien eso no impide que las fundaciones puedan desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia (...)"

¹⁰²El artículo 27 de la LF, señala lo siguiente: "*Destino de rentas e ingresos.*

"1. A la realización de los fines fundacionales deberá ser destinado, al menos, el 70 por 100 de los resultados de las explotaciones económicas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados, para la obtención de tales resultados o ingresos, debiendo destinar el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas según acuerdo del Patronato. Los gastos realizados para la obtención de tales ingresos podrán estar

por parte de las fundaciones. Concretamente, el citado precepto establece que el 70% de los ingresos obtenidos por la actividad económica de los entes fundacionales, deducidos los gastos generados para la obtención de dichos ingresos, ha de destinarse al cumplimiento de sus fines en un período de tiempo nunca superior al de cuatro años contados a partir del inicio del ejercicio económico que originó el beneficio. El 30% restante, según acuerdo del Patronato, debe ir destinado a incrementar la dotación o las reservas de la Fundación.

1.6.5) Clasificación de las fundaciones atendiendo al criterio del patrimonio dotacional o su modo de financiación

La clasificación de las fundaciones en función de su patrimonio no es un criterio empleado unánimemente por la doctrina pero merece especial atención ya que, en la práctica, es una realidad. Según este criterio, las fundaciones pueden clasificarse, por un lado, en fundaciones de capital y, por otro, en fundaciones gerenciales o instrumentales, también llamadas estas últimas por LACRUZ como “recaudadoras”¹⁰³. Las primeras serían aquellas a las que inicialmente se les atribuye una dotación suficiente para la consecución de sus fines, mientras que las segundas se crean con una dotación mínima y con el propósito de recaudar fondos para el cumplimiento de su finalidad¹⁰⁴, los cuales pueden proceder, bien del compromiso de subvenciones o donaciones futuras procedentes de los propios fundadores o del sector público, bien de pequeñas pero

integrados, en su caso, por la parte proporcional de los gastos por servicios exteriores, de los gastos de personal, de otros gastos de gestión, de los gastos financieros y de los tributos, en cuanto que contribuyan a la obtención de los ingresos, excluyendo de este cálculo los gastos realizados para el cumplimiento de los fines estatutarios.

El plazo para el cumplimiento de esta obligación será el comprendido entre el inicio del ejercicio en que se hayan obtenido los respectivos resultados e ingresos y los cuatro años siguientes al cierre de dicho ejercicio.

En el cálculo de los ingresos no se incluirán las aportaciones o donaciones recibidas en concepto de dotación patrimonial en el momento de la constitución o en un momento posterior; ni los ingresos obtenidos en la transmisión onerosa de bienes inmuebles en los que la entidad desarrolle la actividad propia de su objeto o finalidad específica, siempre que el importe de la citada transmisión se reinvierta en bienes inmuebles en los que concurra dicha circunstancia.

- 2. Se entiende por gastos de administración los directamente ocasionados por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, y aquellos otros de los que los patronos tienen derecho a resarcirse de acuerdo con el artículo 15.4.”*

Reglamentariamente se determinará la proporción máxima de dichos gastos”.

¹⁰³LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil I*,..., op. cit., pág. 321.

¹⁰⁴SERRANO GARCÍA, I., “El Patronato”, *Tratado de Fundaciones*, Vol. I, Bosch, Barcelona, 2007, pág. 508.

masivas suscripciones o aportaciones de terceras personas, técnica esta última muy extendida en el mundo anglosajón y que recibe el nombre de *fund-raising*.

En cualquier caso, la proliferación de fundaciones gerenciales ha sido criticada por un sector doctrinal en el que, entre otros, cabe destacar a CARRANCHO HERRERO, quien, si bien las considera adecuadas a Derecho, estima que un uso incontrolado de las mismas puede afectar al necesario requisito de la suficiencia dotacional, extremo que abordaremos en otro epígrafe de este trabajo¹⁰⁵.

1.6.6) Clasificación de las fundaciones según su ámbito territorial de actuación

Tal como tendremos la oportunidad de desarrollar con mayor detenimiento en otro apartado de esta investigación, la atribución de competencias a las Comunidades Autónomas en materia fundacional ha propiciado la coexistencia de normas estatales y autonómicas sobre este fenómeno. Si bien la hoy parcialmente derogada Ley 30/1994 sirvió para ordenar, tal como indicaba el párrafo segundo del apartado II de su propia Exposición de Motivos, “*la maraña legislativa*” que existía sobre la figura objeto de este trabajo¹⁰⁶, las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias y bajo unos criterios básicos impuestos por dicha norma, han dictado leyes¹⁰⁷ y reglamentos¹⁰⁸

¹⁰⁵CARRANCHO HERRERO, M^a T., *La constitución de fundaciones...* op. cit., págs. 213 y ss.

¹⁰⁶Señala la Exposición de Motivos de la Ley 30/1994, Apartado II, párrafo segundo: “*La situación actual es la de una maraña legislativa constituida por reglas dispersas y dispares, con una vigencia e incluso validez más que dudosas y del más variado tipo. Se hace imprescindible, por consiguiente, simplificar el sistema dotándole de claridad y racionalidad y reforzando la seguridad jurídica, al tiempo que se facilita la labor de los destinatarios de las normas*”.

¹⁰⁷Actualmente, las leyes autonómicas sobre fundaciones son las siguientes: Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco (BOPV núm. 111, de 13 de junio de 2016), Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas (DOGC núm. 5123, de 2 de mayo de 2008), Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOLR núm. 22 de 15 de Febrero de 2007), Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego (DOG núm. 242, de 19 de diciembre de 2006), Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 117, de 17 de junio de 2005), Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León (BOCL núm. 139 de 19 de Julio de 2002), Ley 8/1998, de 9 de diciembre de Fundaciones de la Comunidad Valenciana (DOCV núm. 3391 de 11 de Diciembre de 1998), Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 57 de 09 de Marzo de 1998), Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias (BOIC núm. 47 de 17 de Abril de 1998) y Ley Foral de Navarra 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio (BON núm. 86 de 17 de Julio de 1996).

¹⁰⁸Decreto 612007, de 18 de mayo, de regulación del Registro Único de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de las Islas de Baleares y de organización del Registro de Protectorado (BOIB núm. 7, de 24 de mayo de 2007), Decreto 34/1998, de 18 de junio, por el que se crea y regula el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias (BOPA núm. 154, de

de fundaciones propios que presentan pequeñas peculiaridades con respecto a la normativa estatal, la cual actúa como nexo común, integrador y armonizador de la legislación autonómica.

Así pues, aunque cada norma autonómica determinará su ámbito de aplicación, aun a riesgo de generalizar en exceso, se puede afirmar que el criterio seguido mayoritariamente para valorar dicha aplicación ha sido el territorio en el que el ente fundacional va a desarrollar su actividad. Por tanto, si una Fundación actúa principalmente en una Comunidad, le será de aplicación la respectiva normativa autonómica, mientras que, si desarrolla por igual sus funciones en varias Comunidades o en el conjunto del Estado, será la vigente LF, la cual vino a sustituir a la Ley 30/1994, su cuerpo legal de referencia.

En este sentido, centrándonos en la normativa autonómica andaluza, el artículo 1.3 de la LFA señala que se considerarán incluidas en el ámbito de aplicación de la citada norma *“las fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en Andalucía, entendiéndose por tales aquellas fundaciones cuya actividad, sin perjuicio del establecimiento de relaciones instrumentales con terceros en diferente ámbito territorial, sea desarrollada en Andalucía, y así se disponga en sus Estatutos”*.

4 de julio de 1998), Decreto 85/2005, de 28 de julio, por el que se crea y regula el Registro de Fundaciones Laborales del Principado de Asturias (BOPA núm. 14871, de 12 de agosto de 2005), Decreto 18/1996, de 23 de mayo, por el que se crea y regula el Registro de Fundaciones Asistenciales de Interés General del Principado de Asturias (BOPA núm. 6242, de 10 de junio de 1996), Decreto 28/1997, de 23 de mayo, de atribución de competencias en materia de fundaciones, de Murcia (BORM de 24 de junio de 1997), Decreto 26/1997, de 11 de abril, por el que se crea y regula el Protectorado y el Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC de 18 de abril de 1997), 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 (BOA núm. 1, de 3 de enero, de 1996), Decreto 2/1987, de 27 de enero, por el que se crea el Registro de Federaciones, Asociaciones, Fundaciones Culturales y Entidades Afines de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE núm. 9, de 3 de febrero de 1987).

2) REGULACIÓN ACTUAL

2.1) Introducción

Es indudable que la inclusión de la institución fundacional en el Código Civil fue un respaldo definitivo para esta figura que, si bien había existido en la práctica, aún no había sido objeto de un tratamiento jurídico uniforme. Si bien dicha regulación fue escueta, cabe destacar la exigencia del carácter de interés público que habría de estar presente en las fundaciones aunque, por el contrario, en nuestra opinión, faltó un reglamento que desarrollara el contenido del Código Civil, llenándose este vacío, en gran medida, con la dispersa normativa sobre entes fundacionales de carácter sectorial que precedía al propio Código.

Ha transcurrido más de un siglo desde que nuestra principal norma de Derecho privado fuera publicada y, no cabe duda, que el ente fundacional ha experimentado una importante evolución durante este tiempo, circunstancia que ha motivado una regulación más profusa, coordinada y exhaustiva de esta materia. El auge del fenómeno fundacional, que comenzó, principalmente, en el mundo anglosajón y pronto impregnó nuestra sociedad, fue tal que el legislador constituyente decidió regular en el artículo 34 del texto de la Carta Magna algunos aspectos de esta figura. Además, tal y como seguidamente expondremos, la principal consecuencia de la constitucionalización del derecho de Fundación fue la aprobación de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, la cual sirvió para encauzar y ordenar la regulación existente hasta el momento¹⁰⁹.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la citada norma legal, las Fundaciones se regulaban por un elenco normativo que, tal como apunta ALBALADEJO¹¹⁰, además de ser ajeno, en su mayor parte, al Derecho privado, se centraba en la intervención de la

¹⁰⁹La propia exposición de motivos de la Ley 30/1994 señala en su punto y párrafo segundos que “*La situación actual es la de una maraña legislativa constituida por reglas dispersas y dispares, con una vigencia e incluso validez más que dudosas y del más variado tipo. Se hace imprescindible, por consiguiente, simplificar el sistema dotándole de claridad y racionalidad y reforzando la seguridad jurídica, al tiempo que se facilita la labor de los destinatarios de las normas*”.

¹¹⁰ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*,... op. cit., pág. 276.

Administración en el ente fundacional. Entre estas normas, podemos destacar la Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849, y su Reglamento de 14 de mayo de 1852, anteriormente citados, el Real Decreto de 17 de enero de 1885, mediante el que se aprueba la Instrucción para la organización, régimen, gobierno y administración superior de los establecimientos de beneficencia general¹¹¹, los ya comentados Real Decreto e Instrucción de 14 de marzo de 1899, sobre reorganización de los servicios de la beneficencia particular e Instrucción para el ejercicio del Protectorado del Gobierno sobre aquella, el Real Decreto de 20 de junio de 1911, mediante el que se crea una comisión regia de naturaleza fundacional para la protección de los valores turísticos y culturales¹¹², el Real Decreto de 29 de julio de 1924 para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en las fundaciones docentes de enseñanza agrícola, pecuaria o minera¹¹³, el Decreto 446/1961, de 16 de marzo, por el que se crean las Fundaciones Laborales¹¹⁴, el Decreto 2930/1972, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de las Fundaciones Culturales Privadas y Entidades análogas y de los Servicios administrativos encargados del Protectorado sobre las mismas¹¹⁵, etc.

2.2) Constitucionalización del derecho de Fundación

Sólo a partir de la segunda mitad del siglo XX se elevó a rango constitucional el derecho de Fundación cuya inclusión en la Carta Magna supuso una novedad, no sólo respecto a nuestra tradición legislativa, sino también en lo que afecta al Derecho comparado, puesto que era la primera vez que, de una forma expresa y directa, se regulaba este derecho en una Constitución¹¹⁶. No obstante, si bien no era frecuente encontrar constitucionalizado el derecho a fundar en los sistemas legislativos de nuestro entorno, en España, incluso en el Derecho predemocrático, ya existían referencias normativas que velaban y protegían indirectamente las fundaciones. Así, por ejemplo, el Fuero de los Españoles de 1945¹¹⁷ establecía en su artículo 29 que “*el Estado mantendrá instituciones de asistencia y amparará y propulsará las creadas por la Iglesia, las Corporaciones y los particulares*”, lo cual supone una nítida referencia a las

¹¹¹Gaceta de Madrid de 5 de febrero de 1885.

¹¹²Gaceta de Madrid de 20 de junio de 1911.

¹¹³Gaceta de Madrid de 31 de julio de 1924.

¹¹⁴BOE núm. 67, de 20 de marzo de 1961.

¹¹⁵BOE núm. 260, de 30 de octubre de 1972.

¹¹⁶BADENES GASSET, R., *Las fundaciones de Derecho Privado...*, op. cit., pág.196.

¹¹⁷BOE núm. 199, de 18 de julio de 1945.

fundaciones.

La vigente CE señala en su artículo 34: "*1. Se reconoce el derecho de Fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley*", añadiendo el apartado 2, "*Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22.*".

El artículo 22, al que se remite parcialmente el precitado art. 34, se encarga de regular el derecho de asociación, señalando en sus apartados 2 y 4 lo siguiente: "*2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.*"; "*4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.*", por lo que hay que entender que las fundaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales y que las fundaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.

Por otra parte, el artículo 34 de la CE se ubica en la Sección 2.^a -"*De los derechos y deberes de los ciudadanos*"-, del Capítulo segundo -"*Derechos y libertades*"-, del Título I -"*De los derechos y deberes fundamentales*"-, por lo que, si bien se encuentra protegido en los términos del art. 53.1, según el cual, "*los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)*", no lo está por las vías que consagra el art. 53.2 de la CE, precepto que establece que "*cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*". Más adelante volveremos sobre estas cuestiones que hemos querido dejar apuntadas en este momento.

El derecho a fundar que consagra el artículo 34 CE es, principalmente, una manifestación o consecuencia del derecho de propiedad, ya que el acto fundacional consiste en la libertad dispositiva del fundador para vincular sus bienes a un fin de interés general. No obstante, tal como recoge el precepto constitucional aludido, a las

fundaciones les resultará de aplicación lo dispuesto para el derecho de asociación en el artículo 22 de la Carta Magna, apartados segundo y cuarto, los cuales vienen a establecer, respectivamente, la ilicitud de las entidades asociativas que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos y la necesidad de resolución judicial motivada para la disolución de la asociación o suspensión de su actividad.

En nuestra opinión, la relación existente entre el derecho a fundar y el derecho de propiedad es tan manifiesta que el propio constituyente consideró oportuno incluir el derecho a fundar, regulado en el artículo 34, inmediatamente después de referirse al de propiedad, consagrado en el artículo 33¹¹⁸, ya que aquel sólo es una manifestación particular y concreta de este último consistente en un acto de libre disposición de bienes y derechos propios que puede efectuarse tanto *inter vivos* como *mortis causa*. Este razonamiento es también el seguido por la aludida STC de 22 de marzo de 1988 cuyo fundamento jurídico quinto detalla expresamente que:

“el derecho de Fundación figura en el texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia. Ello permite entender que aquel derecho es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados”.

La diferencia respecto al tratamiento jurídico entre los derechos de asociación y Fundación se produjo durante la tramitación del proyecto constitucional en el Senado, pues tanto en el informe de la Ponencia como en el Dictamen de la Comisión constitucional y en el texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, el derecho de Fundación se integraba en el artículo 22¹¹⁹, incluido, por tanto, en la Sección

¹¹⁸Señala el art. 33 de la CE: “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.”

¹¹⁹PIÑAR MAÑAS, J.L., “El Derecho de Fundación como Derecho Constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, núm.9, mayo-agosto 1996, página 155.

Primera, del Capítulo II del Título I¹²⁰. Fue durante la tramitación parlamentaria en el Senado cuando se produce esta modificación. Por un lado, se traslada el derecho de Fundación a la Sección Segunda que comprende los derechos y deberes, perdiendo, entre otras garantías, la protección constitucional del recurso de amparo y, por otro lado, se matiza el derecho de Fundación en el sentido de que su reconocimiento constitucional sólo engloba a aquellas fundaciones que persigan fines de interés general¹²¹.

Como ya hemos indicado anteriormente, el debate parlamentario en torno al derecho a fundar tuvo destacada importancia. Por un lado, existían posiciones partidarias de eliminar del texto cualquier referencia relativa al derecho de Fundación¹²², mientras que otros postulados eran partidarios de la regulación expresa del mismo en la Carta Magna al considerarlo como un derecho autónomo y propio¹²³. Junto a ambos extremos, también concurrían en sede parlamentaria opiniones

¹²⁰El art. 22 del Proyecto de Constitución, señalaba: “1. Se reconoce el derecho de asociación.

2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.

4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.

5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar”.

¹²¹MERINO MERCHÁN, J.F. Y PALMA FERNÁNDEZ, J.L.. “Comentarios al artículo 34 de la Constitución Española” ... op. cit., pág. 558

¹²²El Diputado señor BARÓN CRESPO, del Grupo Parlamentario Socialista, pretendía la supresión del art. 22 por considerar las fundaciones "anacrónicas" y contrarias a la función social de la propiedad, "en tanto en cuanto es injustificable que dicha función social sea siempre —según trata de hacer el proyecto de Constitución— aquella que determine el fundador". Razones históricas ("en la transición del Estado estamental al Estado liberal hay todo un proceso de lucha contra las fundaciones"), jurídicas ("la doctrina imperante a raíz de la promulgación del Código civil, ya en el siglo XIX, está absolutamente en contra de los patrimonios declarados y de la vinculación ad infinitum de bienes a obras concretas, perdurando más allá de la vida de su titular") y económicas ("el admitir constitucionalmente la posibilidad de la existencia de un proceso de acumulación de capital, sin la presencia clara de un titular y aun teniendo en cuenta todas las variaciones que... ha experimentado la fundación en relación con todo el proceso de transformación del Estado puede conducir a esta necesidad económica... y que, dentro de un tiempo, se tenga que proceder a promulgar nuevas leyes desamortizadoras por la involución del desarrollo económico que supone la acumulación de capital en manos muertas") aconsejaban no constitucionalizar el derecho de fundación, sin perjuicio de que "estemos de acuerdo con el desarrollo de las fundaciones; con lo que no estamos de acuerdo es con el sentido que se ha dado a las fundaciones"

¹²³El Diputado del Grupo centrista señor ALZAGA defendió la inclusión expresa del derecho de fundación por considerar a las fundaciones como "uno de los mecanismos por los cuales la generosidad y los fines altruistas que pueden mover a las personas físicas permiten trasladar un patrimonio que está al servicio de fines particulares, de intereses particulares, a favor del interés público, de los intereses generales... Pueden ser perfectamente uno de los grandes puentes que se han de tender para salvar el abismo existente entre los individuos y el Estado". Ciertamente —afirma también ALZAGA— que la regulación pormenorizada de su régimen jurídico debe dejarse al legislador ordinario, pero no es posible dejar totalmente en manos de este la posibilidad de "administrarlo, reconocerlo o no admitirlo". Se podrá "establecer por el legislador el marco en que se debe desenvolver, pero no se podrá nunca ignorar"

intermedias que abogaban por las fundaciones de interés general pero rechazaban rotundamente las fundaciones privadas, temiendo el posible resurgimiento de los antiguos mayorazgos¹²⁴.

El intenso debate tuvo como resultado final el actual artículo 34 en el que, como ya hemos expuesto: “*Se reconoce el derecho de Fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley*”. A pesar de la brevedad del precepto, la decisión final del legislador constituyente de incluir el derecho de Fundación en la Carta Magna no es una cuestión intrascendente, pues ha permitido que este sea catalogado como un “derecho público subjetivo”, y la Fundación como un ente revestido de “garantía institucional”¹²⁵.

En este sentido, el derecho de Fundación es público y subjetivo porque reconoce la posibilidad del ciudadano a participar libre e individualmente en actividades de interés colectivo mediante la vinculación de su patrimonio personal a la consecución de esta finalidad. Será precisamente el carácter subjetivo del derecho lo que determinará que nos encontremos ante una figura eminentemente propia del Derecho privado pero será su finalidad pública la que justifique la intervención y control a los que la Administración somete a este tipo de entes. Por otra parte, la Fundación goza de la llamada “garantía institucional” porque su inclusión en la Carta Magna la convierte en una figura indisponible para el legislador ordinario, que no podrá alterar su esencia o contenido en términos que devenga irreconocible (art. 53.1 de la CE).

Así pues, tres son los elementos que conforman el derecho que consagra el artículo 34: Fundación, interés general (en la misma línea del artículo 35 del Código Civil) y con arreglo a la ley¹²⁶. No obstante, en nuestra opinión, también habría que añadir a estos tres elementos el apartado segundo del citado precepto constitucional, el cual aplica a las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22 que, respectivamente, consagran la ilicitud de aquellas asociaciones que persigan fines

¹²⁴El Senador del Grupo Progresistas y Socialistas Independientes, señor MARTIN RETORTILLO alegó que "reconocer el derecho a la fundación, sin matices, atenta contra toda la tradición desvinculadora. Por eso, es importante que el derecho a instituir fundaciones se conecte con el fin al que se afectan los bienes a los que la ley confiere personalidad jurídica. Esos fines deben orientarse hacia el interés general para merecer el amparo constitucional", pues "en otro caso se posibilitaría la técnica de las Fundaciones familiares que permitiría restablecer en la práctica las vinculaciones y mayorazgos".

¹²⁵PIÑAR MAÑAS, J.L. Y REAL PÉREZ, A., *Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador...* op. cit., pág. 85.

¹²⁶BADENES GASSET, R. *Las fundaciones de derecho privado...* op. cit., págs., 197 y 198.

contrarios al ordenamiento jurídico y la necesidad de resolución judicial motivada para disolver o suspender una asociación.

Una vez delimitado el contenido del derecho de Fundación consagrado en el artículo 34 CE, conviene analizar detenidamente su alcance y naturaleza. El texto constitucional distingue en su Capítulo II del Título I, cuya rúbrica es “*Derechos y Libertades*”, dos tipos de derechos: los derechos fundamentales y los derechos de los ciudadanos. Así pues, ¿qué naturaleza jurídica corresponde al derecho de Fundación?; ¿es un derecho fundamental? La respuesta a esta pregunta no es baladí, pues de ella dependerá, entre otras cuestiones, la aplicación del contenido consignado en el artículo 81.1 CE¹²⁷, que exige el requisito de Ley Orgánica para la regulación de los derechos fundamentales, así como el régimen de garantías dispuesto en su artículo 53.2¹²⁸, que permite a los ciudadanos recabar la tutela de un derecho fundamental a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, mediante un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

No es factible hallar un criterio único en la doctrina en torno a este debate ya que, si bien para algunos el derecho de Fundación se configura como un derecho fundamental de segundo grado, es decir, como un derecho fundamental no especialmente protegido por no quedar bajo la protección del derecho de amparo y de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad¹²⁹, para otros, no es factible hablar del derecho de Fundación como un derecho fundamental¹³⁰. Asimismo, también existe la tesis de quienes defienden la plena y absoluta consideración del derecho de Fundación como un derecho fundamental. En esta última línea, REY MARTÍNEZ considera el derecho de Fundación como un derecho fundamental porque una exégesis adecuada del texto constitucional lleva a esta conclusión ya que,

¹²⁷ Conforme al art. 81.1 de la CE: “*Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución*”.

¹²⁸ Añade el art. 53.2 de la CE: “*Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30*”.

¹²⁹ MERINO MERCHÁN, J.F. Y PALMA FERNÁNDEZ, J.L., “Comentarios al artículo 34 de la Constitución Española”...op. cit., págs. 558 y 559.

¹³⁰ MUÑOZ MACHADO, S., *Las fundaciones en la Constitución. Presente y futuro de las fundaciones*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 88.

ante todo, tiene un contenido esencial indisponible al legislador, existiendo así una garantía institucional para el propietario¹³¹. Según el citado autor, esta circunstancia eleva el derecho de propiedad a una categoría análoga a la de derecho fundamental, sustentando su tesis en la STC de 27 de febrero de 1987, la cual reconoce la existencia de garantías institucionales en nuestra Carta Magna que, si bien no están siempre expresamente recogidas en los artículos consignados bajo la rúbrica dedicada a los derechos fundamentales, gozan de un reconocimiento y protección análoga a la de aquellos. En este sentido, la Sentencia señala:

“(...) que derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan, sino que buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constituyen también garantías institucionales, (...) porque lo que la Constitución protege desde el ángulo de la garantía institucional es el núcleo básico de la institución, entendido (...) como preservación de la autonomía «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la consciencia social en cada tiempo y lugar». Y no es sustancialmente distinto lo protegido como derecho fundamental puesto que, (...) lo importante es que mediante esa amplia remisión, el legislador no rebase o desconozca (la garantía institucional) mediante limitaciones o sometimientos que la conviertan en una proclamación teórica (...)”¹³².

No obstante, como, entre otros, MONTÉS PENADÉS¹³³, nos inclinamos por rechazar esta última argumentación ya que derechos fundamentales y garantías institucionales no son categorías comparables, pues los derechos fundamentales permiten ámbitos de actuación para su defensa de los que no disfrutaban las figuras que gozan de una simple garantía institucional. El derecho fundamental supone una garantía institucional pero no al revés. Asimismo, cabe citar la STC de 26 de julio de 1983,

¹³¹REY MARTÍNEZ, F., “Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada”, Derecho Privado y Constitución, número 3, Madrid, 1994, pág. 172.

¹³²En cualquier caso, tal como puso de manifiesto la STC de 26 de julio de 1983, cabe recordar que el Derecho de Fundación no es, en sentido estricto Derecho Fundamental a tenor de su ubicación en la Carta Magna.

¹³³MONTÉS PENADÉS, V.L., “Fragmentos de un estudio sobre las fundaciones en el Derecho español, después de la ley 52/200, de 26 de diciembre” en *Asociaciones y Fundaciones. IX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 2005, págs. 184 y 185.

según la cual los artículos 15 y 29 de la CE, ubicados en la Sección I del Capítulo II del Título I de la CE, delimitan el inicio y final del elenco de derechos fundamentales, por lo que el derecho de Fundación, contemplado en el artículo 34, aunque es un derecho de los ciudadanos que ha de ser promovido y respetado por los poderes públicos, tal como exige el artículo 53.3 de la Carta Magna¹³⁴, no es propiamente un derecho fundamental y, por tanto, no procede su regulación mediante ley orgánica, quedando desprovisto tanto de la tutela judicial efectiva ante los Tribunales mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, como, en su caso, de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional¹³⁵.

2.3) Legislación sobre fundaciones en España

2.3.1) Plurilegislación en materia de Fundaciones

Debido a la compleja estructura político-territorial derivada del Estado autonómico, no existe en el territorio nacional un único régimen jurídico aplicable en materia de fundaciones. La ausencia del mismo obedece, principalmente, a que nuestra Carta Magna no recoge ningún título competencial específico que otorgue atribuciones al Estado o a las Comunidades Autónomas a este respecto, por lo que, en base al apartado tercero del artículo 149 de la CE, según el cual, “*las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos*”, la totalidad de las normas estatutarias autonómicas prevén la competencia para legislar en materia de fundaciones¹³⁶, siendo determinante, a este respecto, la aprobación y entrada en vigor de

¹³⁴Conforme al artículo 53.3 de la CE: “*El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*”.

¹³⁵Que el derecho de fundación no tenga, en sentido estricto, rango de derecho fundamental, no impide que, como garantía institucional, tenga reconocido un nivel de protección análogo en ciertos puntos, tal como ha puesto de manifiesto la STC de 27 de febrero de 1987, a la cual nos referiremos en otro apartado de este trabajo de investigación.

¹³⁶En concreto, han asumido tales competencias las siguientes Comunidades Autónomas:

- País Vasco: artículo 10.13 de su Estatuto de Autonomía, aprobado mediante Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre (BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 1979)
- Cataluña: artículo 118 de su Estatuto de Autonomía, aprobado mediante Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio (BOE núm. 172, de 20 de julio de 2006)
- Galicia: artículo 27.26 de su Estatuto de Autonomía, aprobado mediante Ley Orgánica 1/1981, de 6

la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencias de competencias a las

de abril (BOE núm. 101, de 28 de abril de 1981)

-Andalucía: artículos 75.1, letra d), respecto a las fundaciones creadas por entidades de ahorro, y 79, de su Estatuto de Autonomía, aprobado mediante Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo (BOE núm. 68, de 20 de marzo de 2007).

-Asturias: artículo 10.30 de su Estatuto de Autonomía, aprobado mediante Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre (BOE núm. 9, de 11 de enero de 1982), así en la redacción de dicho precepto por leyes modificadoras posteriores: Ley Orgánica 1/1994, de 24 de marzo, de reforma de los artículos 10, 11, 12, 13 y 18 de la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto de Autonomía para Asturias y Ley Orgánica 1/1999, de 5 de enero, de reforma de la Ley Orgánica 7/1981, de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias.

-Cantabria: artículo 24.29 de su Estatuto de Autonomía, aprobado mediante Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre (BOE núm. 9, de 11 de enero de 1982). El art. 24 del EA ha sido modificado en dos ocasiones manteniendo la atribución de competencias en materia de fundaciones: Ley Orgánica 2/1994, de 24 de marzo, sobre reforma del Estatuto de Autonomía para Cantabria y Ley Orgánica 11/1998, de 30 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto de Autonomía para Cantabria.

-La Rioja: artículo 8.34 de su Estatuto de Autonomía, aprobado mediante Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio (BOE núm. 146, de 19 de junio de 1982), competencia mantenida en reformas posteriores de dicho precepto: Ley Orgánica 3/1994, de 24 de marzo, de ampliación de competencias del Estatuto de Autonomía de La Rioja y Ley Orgánica 2/1999, de 7 de enero, de reforma de la Ley Orgánica 3/1982, de Estatuto de Autonomía de La Rioja.

-Murcia: artículo 10.26 de su Estatuto de Autonomía, aprobado mediante Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio (BOE núm. 146, de 19 de junio de 1982) y en reformas posteriores de ese precepto: Ley Orgánica 4/1994, de 24 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia y Ley Orgánica 1/1998, de 15 de junio, de reforma de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia.

-Comunidad Valenciana: artículo 49.23 de su Estatuto de Autonomía, aprobado mediante Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio (BOE núm. 164, de 10 de julio de 1982), así como en nueva redacción de dicho precepto dada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

-Aragón: artículo 71.40 de su Estatuto de Autonomía, aprobado mediante Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril (BOE núm. 97, de 23 de abril de 2007).

-Castilla-La Mancha: artículo 31.25 de su Estatuto de Autonomía, aprobado mediante Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto (BOE núm. 195, de 16 de agosto de 1982), mantenido el contenido en reformas posteriores del precepto: Ley Orgánica 7/1994, de 24 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha y Ley Orgánica 3/1997, de 3 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.

-Canarias: artículo 30.7 de su Estatuto de Autonomía, aprobado mediante Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto (BOE núm. 195, de 16 de agosto de 1982), precepto reformado por la Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias.

-Navarra: artículos 44.20, 53 (respecto a las fundaciones que prestan servicios sanitarios) y 54 (en relación a las fundaciones que presten servicios en materia de Seguridad Social), de su Estatuto de Autonomía, aprobado mediante Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto (BOE núm. 195, de 16 de agosto de 1982). El art. 44 ha recibido nueva redacción con la Ley Orgánica 7/2010, de 27 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

-Extremadura: artículo 9.45 de su Estatuto de Autonomía, aprobado mediante Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero (BOE núm. 25, de 29 de enero de 2011)

-Islas Baleares: artículo 30.33 de su Estatuto de Autonomía, aprobado mediante Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero (BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2007)

-Comunidad de Madrid: artículo 26.1.26 de su Estatuto de Autonomía, aprobado mediante Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero (BOE núm. 51, de 1 de marzo de 1983), que recibe nueva modificación Ley Orgánica 10/1994, de 24 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid y Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

-Castilla y León: artículo 70.1.34 de su Estatuto de Autonomía, aprobado mediante Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre de 2007 (BOE núm. 288, de 1 de diciembre)

Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la CE¹³⁷, cuyo artículo 1, letra f), hizo efectiva la transferencia a las mismas de la competencia legislativa respecto a aquellas fundaciones que desarrollaran principalmente sus funciones en el ámbito territorial de dichas Comunidades Autónomas.

A pesar de la inicial inclusión en diversos Estatutos de Autonomía de la competencia en materia de fundaciones con carácter de exclusividad, dicha previsión fue posteriormente delimitada por la Ley 30/1994 y, tras su parcial derogación, por la LF. Concretamente, el contenido de la Disposición Final Primera de esta última, rubricada “*Aplicación de la Ley*”, ha supuesto una redistribución de competencias en materia de fundaciones que, al amparo de los artículos 149.1.1^a, 149.1.6^a y 149.1.8^a de la CE, atribuye al Estado la facultad para legislar sobre ciertas cuestiones que devienen básicas y resultan indisponibles para el legislador autonómico¹³⁸. En este sentido,

¹³⁷BOE núm. 308, de 24 de diciembre de 1992.

¹³⁸Tal como recoge el apartado primero de la Disposición final primera de la LF, Los artículos 2 (concepto de fundación); 3.1 (el fin fundacional ha de ser de interés general) 3.2 (beneficiarios indeterminados o genéricos), 3.3 (exclusión de las fundaciones familiares), 4 (personalidad jurídica, inscripción registral y denominación), 14 (el Patronato como órgano de gobierno y representación), 31 (causas de extinción) y 34.1 (el Protectorado como órgano que ha de velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones) constituyen las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación reconocido en el artículo 34, en relación con el 53, de la Constitución, y son de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1.^a de la Constitución, según el cual, “el Estado ostenta competencia exclusiva para La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.”

Por su parte, según el apartado 2, letra a), de esta Disposición Final, los artículos 6 (domicilio de la fundación) 7 (regulación de las fundaciones extranjeras) y 37.4 (efectos de la normativa de otros registros públicos) son de aplicación general al amparo de lo previsto en el precitado artículo 149.1.1.^a y, además, en al artículo 149.1.8.^a de la Constitución. Según este último, corresponde al Estado la competencia exclusiva en materia de “Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan (...)”

Asimismo, de conformidad con el apartado 2, letra b), de esta Disposición Final, los artículos 5 (denominación), 8 (capacidad para fundar), 9 (modalidades de constitución), 10 (escritura de constitución), 11 (Estatutos), 12 (dotación), 13 (fundaciones en formación), 17.1 y 2 (responsabilidad de los patronos, salvo el ejercicio de la acción de responsabilidad), 18, apartados 1, 2 y 4 (sustitución, cese y suspensión de la condición de patrono, salvo lo relativo a la suspensión provisional), 19.1 (composición del patrimonio fundacional), 22, apartados 1 y 2, (herencias, donaciones y legados, salvo el último inciso relativo al ejercicio de la acción de responsabilidad), 29, apartados 1, 2, 3 y 5 (modificación de los Estatutos, salvo la obligación de comunicar dicha modificación al Protectorado y su posible oposición), 30, apartados 1, 3 y 4 (fusión de fundaciones, salvo la posible oposición del Protectorado), 32 (formas de extinción) y 42 (intervención temporal) constituyen legislación civil y son de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8.^a de la Constitución, sin perjuicio de la aplicabilidad preferente del Derecho Civil Foral o Especial, allí donde exista.

Finalmente, tal como establece el apartado tercero de esta Disposición Final, los artículos 17.3 (ejercicio de la acción de responsabilidad de los patronos); 18.3 (suspensión de la condición de patrono como medida cautelar), 21.3, segundo párrafo (ejercicio por el Protectorado de la acción de

coincidiendo con PIÑAR MAÑAS, no podemos considerar adecuado utilizar una ley ordinaria para establecer la distribución de competencias y el ámbito de actuación de la normativa autonómica, pues, si bien era necesario determinar el alcance de la competencia sobre fundaciones en el marco autonómico, hubiese sido preferible emplear otra técnica legislativa más adecuada o, en su defecto, que hubiere sido tal cuestión concretada por el Tribunal Constitucional¹³⁹.

En concreto, la antedicha distribución de competencias contemplada en la Disposición Final Primera de la LF, distingue tres grandes bloques de atribuciones en función del ámbito subjetivo de aplicación. A saber: preceptos que, debido a su carácter básico, se aplican de forma general a todas las fundaciones (Disposición Final Primera, apartado primero), artículos que, aun teniendo carácter básico, no serán de aplicación a las Comunidades Autónomas con Derecho Civil o foral propio (Disposición Final Primera, apartados 2 y 3) y, finalmente, el resto de disposiciones contenidas en la antedicha norma legal, que sólo serán aplicación a las fundaciones de competencia estatal y, como Derecho supletorio, a aquellas Comunidades Autónomas que carezcan de regulación específica o esta resulte insuficiente (Disposición Final Primera, apartado cuarto).

Así pues, a raíz de tan complejo panorama normativo, podemos diferenciar tres tipos de fundaciones según la ley que les sea de aplicación: las fundaciones de competencia estatal, reguladas exclusivamente por la normativa estatal, las fundaciones autonómicas, a las que resultará de aplicación la propia ley autonómica que, en todo caso, deberá respetar las bases estatales, y, por último, las delegaciones de fundaciones extranjeras, que podrán estar sometidas a una u otra normativa según su ámbito de actuación principal.

responsabilidad que corresponde a los Patronos en caso de acuerdos lesivos para el interés de la fundación); 22.2, último inciso (ejercicio de la acción de responsabilidad en el supuesto de herencias, legados y donaciones), 35.2 (ejercicio de la acción de responsabilidad por el Protectorado por los daños y perjuicios cometido a la fundación por los patronos, así como la posibilidad de instar el cese de los mismos por no desempeñar el cargo con la diligencia debida) y 43 (recursos jurisdiccionales), constituyen legislación procesal, y son de aplicación general al amparo del artículo 149.1.6.^a de la Constitución, según el cual el Estado tiene competencia exclusiva en relación a la “*Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*”.

Los restantes preceptos de la LF sólo serán de aplicación a las fundaciones de competencia estatal.

¹³⁹PIÑAR MAÑAS, J.L., “Comentarios a la Disposición Final Primera”, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 721.

2.3.2) Legislación estatal

Como ya hemos referido, la necesidad de regular por ley el derecho de Fundación reconocido en el artículo 34 de la CE deviene del artículo 53.1 de la Carta Magna, el cual consagra la obligatoriedad de respetar el contenido esencial de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título Primero -donde se encuadra, entre otros, el artículo 34- mediante una norma de rango legal que, por las razones expuestas en el apartado precedente, no ha de ser ley orgánica, sino ley ordinaria.

La piedra angular de la normativa estatal sobre fundaciones está constituida por la ya citada LF, el RLF¹⁴⁰, el RRF¹⁴¹, la Ley 49/2002 de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo¹⁴², y, finalmente, por el Real Decreto 1270/2003 de 10 de octubre, mediante el que se aprueba el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo¹⁴³, que desarrolla el contenido de la Ley 49/2002.

La LF no ha sido la primera norma estatal en delimitar el régimen jurídico de las entidades fundacionales desde la entrada en vigor de la CE. Con anterioridad a aquella, se aprobó la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General -hoy vigente parcialmente-, la cual se desarrolló reglamentariamente mediante el Real Decreto 765/1995, de 5 de mayo, por el que se regulaban determinadas cuestiones del régimen de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general¹⁴⁴, así como por el Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, que aprobaba el reglamento de fundaciones de competencia estatal¹⁴⁵, y el Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo, por el que se

¹⁴⁰BOE núm. 279, de 22 de noviembre de 2005.

¹⁴¹BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008.

¹⁴²BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 2002.

¹⁴³BOE núm. 254, de 23 de octubre de 2003.

¹⁴⁴BOE núm. 123, de 24 de mayo de 1995.

¹⁴⁵BOE núm. 57, de 6 de marzo de 1996.

aprobaba el Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal¹⁴⁶, normas reglamentarias hoy derogadas tácitamente en lo que se opongan a la normativa posterior. No obstante, si atendemos a la Disposiciones Derogatorias Únicas de la LF¹⁴⁷ y de la Ley 49/2002¹⁴⁸, podemos afirmar, tal como hace SERRANO CHAMORRO, que la base del ordenamiento jurídico del Estado que regula el espectro fundacional estará constituida por las LF y 49/2002 con sus respectivos desarrollos reglamentarios, la Ley 30/1994, salvo su Título I, su Título II y todas sus disposiciones adicionales (que se encuentran expresamente derogados), y los reglamentos de desarrollo de esta última siempre que el contenido de los mismos no contravenga lo dispuesto por la normativa más reciente. Asimismo, seguirán total o parcialmente vigentes aquellas disposiciones que regulen diferentes aspectos de las fundaciones que no se opongan al cuerpo normativo anteriormente citado o que no hayan sido derogadas expresamente por este¹⁴⁹.

La LF se compone de 46 artículos estructurados en 11 Capítulos, ocho Disposiciones Adicionales, cuatro Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y cinco Disposiciones Finales. Durante sus casi quince años de vigencia, la citada norma apenas ha sufrido modificaciones respecto a su redacción original. En este sentido, debemos reseñar que la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria¹⁵⁰, modificó su artículo 45, dedicado a la creación de fundaciones del sector público estatal, y la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorros y fundaciones bancarias¹⁵¹, añadió la Disposición Adicional Octava que trata sobre estas últimas. Más recientemente y con efectos a partir de 2 de octubre de 2016, la LRJSP, tal como ya hemos adelantado, ha modificado el artículo 34.2, en lo que respecta a las funciones del Protectorado de las fundaciones de competencia estatal, y ha derogado los

¹⁴⁶BOE núm. 77, de 29 de marzo de 1996.

¹⁴⁷Señala la Disposición Derogatoria Única de la LF: “A la entrada en vigor de esta Ley quedarán derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo establecido en la misma y, en particular, el Título I y las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera, octava, decimotercera, decimocuarta, decimoséptima y decimoctava de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General”.

¹⁴⁸La Disposición Derogatoria Única de la Ley 49/2002 señala: “A la entrada en vigor de esta Ley quedarán derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo establecido en la misma y, en particular, el Título II y las disposiciones adicionales cuarta a séptima, novena a duodécima y decimoquinta y decimosexta de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General”.

¹⁴⁹SERRANO CHAMORRO, M^a E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio...* op. cit., pág. 56.

¹⁵⁰BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003.

¹⁵¹BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 2013.

artículos 44 a 46, dejando vacío de contenido el Capítulo XI, rubricado “*Fundaciones del Sector Público Estatal*”.

Las novedades que introdujo la LF con respecto a su predecesora se pueden resumir en la consecución de tres objetivos¹⁵²: reducción de la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de las fundaciones, la flexibilización y simplificación de los procedimientos, especialmente los de carácter económico y financiero, y la dinamización y potenciación del fenómeno fundacional como cauce de colaboración de la sociedad civil con los poderes públicos para la consecución de fines de interés general, meta esta última que guarda estrecha coherencia con la doctrina del Tribunal Constitucional, el cual, en su STC de 7 de febrero de 1984, ya apuntó como característica del Estado social la interacción entre la Administración y los agentes sociales para la consecución de objetivos de esta naturaleza¹⁵³.

Para el logro de dichos fines, la ha introducido novedades en su articulado, pudiendo destacar, a tal fin, la sustitución de la autorización por la simple comunicación del Patronato al Protectorado para la ejecución de determinados actos o negocios que repercutan sobre bienes o derechos fundacionales distintos de los que forman parte de la dotación o están vinculados directamente al cumplimiento de los fines de la entidad¹⁵⁴, el desarrollo por parte de la Fundación de actividades económicas relacionadas, accesorias o complementarias a los fines fundacionales¹⁵⁵, la utilización de modelos

¹⁵²MONTÉS PENADÉS, V.L., *Fragmentos de un estudio sobre las fundaciones en el Derecho español...* op. cit. págs. 164 y 165.

¹⁵³BOE núm. 59, de 9 de marzo de 1984.

¹⁵⁴Conforme al artículo 21.3 de la LF: “*Los restantes actos de disposición de aquellos bienes y derechos fundacionales distintos de los que forman parte de la dotación o estén vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales, incluida la transacción o compromiso, y de gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes de interés cultural, así como aquéllos cuyo importe, con independencia de su objeto, sea superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado, deberán ser comunicados por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de treinta días hábiles siguientes a su realización. El Protectorado podrá ejercer las acciones de responsabilidad que correspondan contra los patronos, cuando los acuerdos del Patronato fueran lesivos para la fundación en los términos previstos en la Ley*”.

A pesar de suavizar la actividad supervisora y de control del Protectorado, la LF aún dista mucho del régimen dispuesto en otras normas autonómicas, como la Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco (BOPV núm. 111, de 13 de junio), cuyo artículo 26 configura un único sistema de comunicación al Protectorado.

¹⁵⁵Señala el artículo 24.1 de la LF: “*Las fundaciones podrán desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia. Además, podrán intervenir en cualesquiera actividades económicas a través de su participación en*

abreviados de rendición de cuentas y simplificados de contabilidad para las fundaciones de pequeño tamaño, la sustitución de la aprobación de un presupuesto por la presentación de un plan de actuación¹⁵⁶, etc.

2.3.3) Legislación autonómica

En un Estado descentralizado como el nuestro, existe un reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, el cual viene determinado por la CE y los Estatutos de autonomía de las Comunidades que, respetando el orden constitucional, relacionarán las atribuciones que estas últimas asumen con carácter exclusivo, compartido o simplemente ejecutivo¹⁵⁷. A tal efecto, para poder implementar sus competencias exclusivas y desarrollar aquellas que ostentan con carácter compartido, las Comunidades Autónomas gozarán, al igual que el Estado, de potestad legislativa.

Sin profundizar en esta materia, que más bien merece un estudio desde la perspectiva del Derecho Constitucional, la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas se regula en los artículos 148 y 149 de la CE, aunque el elenco competencial que recogen ambos preceptos no constituye una lista cerrada, pues el artículo 150.2 de la Carta Magna permite que el Estado pueda transferir a las Comunidades Autónomas competencias exclusivas mediante ley orgánica.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1994 antes citada, algunas Comunidades Autónomas como Cataluña y Galicia, a la vista del caos normativo que reinaba en materia fundacional, habían promulgado leyes propias al amparo de las competencias asumidas en sus Estatutos de Autonomía, persiguiendo con ello modernizar la regulación de las fundaciones y garantizar el derecho recogido en el

sociedades, con arreglo a lo previsto en los siguientes apartados”.

¹⁵⁶Conforme al artículo 25.8 de la LF: “*El Patronato elaborará y remitirá al Protectorado, en los últimos tres meses de cada ejercicio, un plan de actuación, en el que queden reflejados los objetivos y las actividades que se prevea desarrollar durante el ejercicio siguiente*”.

¹⁵⁷En la modificación que han experimentado algunos Estatutos de las Comunidades Autónomas a lo largo de los últimos años, han aparecido otros tipos de competencias distintas a las tres citadas. Así, por ejemplo, el artículo 42 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, por el que se aprueba la reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía (BOE núm. 68, de 20 de marzo), va a distinguir también competencias derivadas de la aplicación del Derecho comunitario, competencias que se ejercen por transferencia o delegación y competencias emanadas de aquellas actividades de inspección y sanción respecto a competencias de materia estatal que son ejercidas por la Comunidad Autónoma en virtud de Acuerdo o Convenio.

artículo 34 de la CE¹⁵⁸. Esta actividad legislativa motivó una importante discusión acerca de la potestad que tenían las Comunidades Autónomas para legislar sobre esta materia, debate al que la Disposición Adicional Primera de la Ley 30/1994 puso punto y final al delimitar bajo qué título competencial eran aprobados sus distintos artículos¹⁵⁹. Si bien es cierto que la mayoría de estas Comunidades pertenecía al selecto grupo que había adquirido su autonomía mediante el procedimiento delimitado en el artículo 151 de nuestra CE, hoy día todas las Comunidades Autónomas ostentan potestades sobre fundaciones, gracias a las transferencias de competencias que, a través de la anteriormente mencionada Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, se efectuó a favor de aquellas que habían seguido la vía del artículo 143 de la CE. En este sentido, coincidimos con SERRANO CHAMORRO¹⁶⁰ cuando afirma que parece de sentido común que las Comunidades Autónomas disfruten de competencias en materia fundacional ya que, si la Fundación ha de cumplir una finalidad de interés general, la satisfacción de estos intereses constituye hoy, claramente, una tarea compartida entre los distintos poderes públicos y la sociedad civil.

En cualquier caso, como hemos avanzado previamente, la Ley 30/1994 sirvió para enterrar un agrio debate sobre posibles injerencias de las Comunidades Autónomas en las competencias estatales al legislar sobre materia fundacional. En este sentido, tal como ha puesto de manifiesto LINARES ANDRÉS¹⁶¹ y ya adelantamos, la LF, al igual que su antecesora, va a distinguir en su Exposición de Motivos y en su Disposición Final Primera cuatro grupos de artículos: los aprobados al amparo del artículo 149.1.1ª de la CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad entre todos los españoles en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes, los que han sido redactados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.8ª, el cual atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de "*legislación civil*", sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de sus derechos civiles, forales o especiales, allí donde existieran, los aprobados al amparo del artículo 149.1.6ª de la Carta Magna,

¹⁵⁸Ley 1/1982, de 3 de marzo, de la Generalidad de Cataluña de Fundaciones (DOG de 10 de marzo de 1982), y Ley de 25 de junio de 1983, de Régimen de las Fundaciones de Interés Gallego (DOG de 20 de julio de 1983).

¹⁵⁹LINARES ANDRÉS, L., *Las Fundaciones: patrimonio, funcionamiento y actividades...* op. cit., pág. 38.

¹⁶⁰SERRANO CHAMORRO, Mª E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio...* op. cit., pág. 48.

¹⁶¹LINARES ANDRÉS, L., *Las Fundaciones: patrimonio, funcionamiento y actividades...* op. cit., págs. 38 y 39.

que confiere al Estado competencia exclusiva para la legislación procesal, y el resto de preceptos, que sólo serían aplicables a las fundaciones que se regularan por la normativa estatal y con carácter supletorio a las fundaciones reguladas por la normativa autonómica.

Bajo esta perspectiva, existen en la actualidad ocho leyes autonómicas sobre fundaciones (País Vasco, La Rioja, Galicia, Andalucía, Castilla y León, Comunidad Valenciana, Madrid y Canarias), a las que debe añadirse el Código Civil de Cataluña (Libro Tercero) y la Ley Foral de Navarra¹⁶². Asimismo, cuentan con normativa autonómica propia aprobada mediante Decretos que regulan, principalmente, los Protectorados y los Registros de Fundaciones, seis Comunidades (Islas Baleares, Principado de Asturias, Murcia, Cantabria, Aragón y Extremadura¹⁶³). Por último, existe una sola Comunidad Autónoma, Castilla La Mancha, que no ha desarrollado sus competencias en esta materia, por lo que, en aplicación del artículo 149.3 *in fine* de la CE, que consagra la supletoriedad del Derecho estatal, se le aplica directa e íntegramente la LF y sus normas reglamentarias de desarrollo.

¹⁶²Actualmente, las leyes autonómicas sobre fundaciones son las siguientes: Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco (BOPV núm. 111, de 13 de junio de 2016), Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas (DOGC núm. 5123, de 2 de mayo de 2008), Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOLR núm. 22 de 15 de Febrero de 2007), Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego (DOG núm. 242, de 19 de diciembre de 2006), Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 117, de 17 de junio de 2005), Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León (BOCL núm. 139 de 19 de Julio de 2002), Ley 8/1998, de 9 de diciembre de Fundaciones de la Comunidad Valenciana (DOCV núm. 3391 de 11 de Diciembre de 1998), Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 57 de 09 de Marzo de 1998), Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias (BOIC núm. 47 de 17 de Abril de 1998) y Ley Foral de Navarra 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio (BON núm. 86 de 17 de Julio de 1996).

¹⁶³Decreto 612007, de 18 de mayo, de regulación del Registro Único de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de las Islas de Baleares y de organización del Registro de Protectorado (BOIB núm. 7, de 24 de mayo de 2007), Decreto 34/1998, de 18 de junio, por el que se crea y regula el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias (BOPA núm. 154, de 4 de julio de 1998), Decreto 85/2005, de 28 de julio, por el que se crea y regula el Registro de Fundaciones Laborales del Principado de Asturias (BOPA núm. 14871, de 12 de agosto de 2005), Decreto 18/1996, de 23 de mayo, por el que se crea y regula el Registro de Fundaciones Asistenciales de Interés General del Principado de Asturias (BOPA núm. 6242, de 10 de junio de 1996), Decreto 28/1997, de 23 de mayo, de atribución de competencias en materia de fundaciones, de Murcia (BORM de 24 de junio de 1997), Decreto 26/1997, de 11 de abril, por el que se crea y regula el Protectorado y el Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC de 18 de abril de 1997), 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 (BOA núm. 1, de 3 de enero, de 1996), Decreto 2/1987, de 27 de enero, por el que se crea el Registro de Federaciones, Asociaciones, Fundaciones Culturales y Entidades Afines de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE núm. 9, de 3 de febrero de 1987).

2.3.4) Especial consideración de la regulación de las fundaciones en Andalucía

En el ámbito de la Comunidad Autónoma andaluza, el artículo 79.2 de su Estatuto de Autonomía, aprobado mediante Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo¹⁶⁴, otorga a esta competencia exclusiva sobre aquellas fundaciones que desarrollen principalmente su actividad en el territorio de dicha Comunidad, mientras que el artículo 75.1, letra d), de dicha norma estatutaria también reconoce igual competencia para el ejercicio de potestades administrativas sobre las fundaciones creadas por cajas rurales, cajas de ahorro y entidades cooperativas que tengan domicilio en Andalucía.

La facultad reconocida en el artículo 79 señalado, que se extiende también a la organización y estructura de sus instituciones de autogobierno y de sus organismos autónomos, ha sido implementada mediante la LFA¹⁶⁵, y por el Decreto 32/2008, de 5 de febrero, por el que se aprueba su Reglamento de desarrollo¹⁶⁶. Coincidiendo con MESA VILA, la norma andaluza, compuesta por 57 artículos divididos en 10 Capítulos, no añade especiales novedades con respecto a la LF¹⁶⁷. No obstante, cabe destacar en la misma dos cuestiones importantes que, en cualquier caso, traen su impronta de la legislación estatal: el reconocimiento de la capacidad que tienen las personas jurídico-públicas para constituir fundaciones y la dedicación de un capítulo íntegro, el décimo, a regular las fundaciones del sector público andaluz.

Hasta la aprobación de la LFA, no existía en Andalucía norma general alguna que regulara íntegramente las fundaciones que desarrollan principalmente sus funciones en el territorio de esta comunidad. Sí existían, no obstante, normas sectoriales y dispersas, teniendo la mayoría de ellas naturaleza reglamentaria. En este sentido, cabe citar el ya derogado Decreto 89/1985, de 2 de mayo, por el que se creaba el Registro de fundaciones privadas de carácter cultural y artístico, asociaciones y entidades análogas¹⁶⁸, la derogada Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de

¹⁶⁴BOE núm. 68, de 20 de marzo de 2007.

¹⁶⁵BOJA núm. 117, de 17 de junio de 2005.

¹⁶⁶BOJA núm. 44, de 4 de marzo de 2008.

¹⁶⁷MESA VILA, M., *Fundaciones del Sector Público Andaluz*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009, pág. 28.

¹⁶⁸BOJA núm. 58, de 4 de junio de 1985.

Andalucía¹⁶⁹, que otorgaba a la Administración autonómica el ejercicio del protectorado sobre las fundaciones de carácter social en el ámbito competencial de dicha norma, la también derogada Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del Turismo de Andalucía¹⁷⁰, la cual establecía que las fundaciones cuya finalidad esencial fuera el turismo deberían de inscribirse en el Registro de Turismo de Andalucía, la Ley 15/1999 de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorro de Andalucía¹⁷¹, por la que se consideran entidades de crédito de naturaleza fundacional a todas las cajas de ahorro domiciliadas en Andalucía, el Decreto 279/2003, de 7 de octubre, por el que se crea el Registro de Fundaciones de Andalucía y se aprueba su reglamento de organización y funcionamiento¹⁷², y, finalmente, la también derogada Ley 5/1983 de 19 de julio, General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía¹⁷³, que establecía el régimen económico aplicable a las fundaciones públicas.

Por último, respecto a las fundaciones creadas por cajas de ahorro, cajas rurales y cooperativas con domicilio en Andalucía, será la citada Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorro de Andalucía¹⁷⁴, la que desarrolle el título competencial reconocido en el artículo 75 del Estatuto de Autonomía anteriormente señalado.

2.3.5) La regulación de las fundaciones extranjeras en España.

Ante la ausencia de normativa comunitaria o supranacional de otra naturaleza que regule armonizadamente la figura fundacional extranjera, el artículo 7 de la LF introdujo una novedad con respecto al Derecho precedente¹⁷⁵. En virtud del citado

¹⁶⁹BOJA núm. 29, de 12 de abril de 1988. Derogada por la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía (BOJA núm. 248, de 29 de diciembre).

¹⁷⁰BOJA núm. 151, de 30 de diciembre de 1999. Derogada por la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía (BOJA núm. 255, de 31 de diciembre).

¹⁷¹BOJA núm. 150, de 28 de diciembre de 1999.

¹⁷²BOJA núm. 228, de 26 de noviembre de 2003.

¹⁷³BOJA núm. 59, de 26 de julio de 1983.

¹⁷⁴BOE núm. 15, de 18 de enero de 2000 y BOJA núm. 150, de 28 de diciembre de 1999.

¹⁷⁵Señala el artículo 7 de la LF: “1. Las fundaciones extranjeras que pretendan ejercer sus actividades de forma estable en España, deberán mantener una delegación en territorio español que constituirá su domicilio a los efectos de esta Ley, e inscribirse en el Registro de Fundaciones competente en función del ámbito territorial en que desarrollen principalmente sus actividades.

2. La fundación extranjera que pretenda su inscripción deberá acreditar ante el Registro de Fundaciones correspondiente que ha sido válidamente constituida con arreglo a su ley personal. La inscripción podrá denegarse cuando no se acredite la circunstancia señalada en el párrafo anterior, así como cuando los fines no sean de interés general con arreglo al ordenamiento español.

precepto, a las fundaciones extranjeras que operen de forma estable en nuestro país les serán exigibles dos requisitos: que mantengan una delegación en territorio español y que se inscriban en el Registro de Fundaciones competente según el ámbito en el que vayan a desarrollar sus actividades. A tal efecto, para su inscripción en el Registro, habrán de demostrar que han sido válidamente constituidas con arreglo a la legislación de su país de origen, pudiendo la autoridad competente denegar la inscripción cuando esta circunstancia no se acredite o cuando sus fines, de conformidad con el ordenamiento jurídico español, no correspondan a un interés general¹⁷⁶. En este caso, si no se produce la inscripción en el Registro, el ente fundacional extranjero no podrá emplear el término “Fundación”. En cualquier caso, las fundaciones extranjeras con delegación en España e inscritas en el oportuno Registro quedarán sometidas al Protectorado que corresponda en función de su ámbito territorial de actuación.

2.4) La regulación de las fundaciones en el Derecho Comunitario. Aproximación a la propuesta de Estatuto de la Fundación Europea

En cuanto al Derecho comunitario, si bien las instituciones europeas han estado estudiando, desde principios de la década de los noventa, propuestas para la aprobación de un Estatuto de Asociación Europea que permita la creación de asociaciones y fundaciones de ámbito comunitario¹⁷⁷, las resoluciones acerca de esta iniciativa, que supondría un significativo impulso en el desarrollo de una verdadera sociedad civil europea y en la implantación efectiva de la libertad de asociación y de creación de fundaciones en todos los Estados de la Unión, se han ido postergando una y otra vez.

De este modo llegamos al año 2012, en que fue presentada por la Comisión una propuesta de norma comunitaria que planteaba crear una nueva forma jurídica, la

3. Las fundaciones extranjeras que incumplan los requisitos establecidos en este artículo no podrán utilizar la denominación de "Fundación".

4. Las delegaciones en España de fundaciones extranjeras quedarán sometidas al Protectorado que corresponda en función del ámbito territorial en que desarrollen principalmente sus actividades, siéndoles de aplicación el régimen jurídico previsto para las fundaciones españolas”.

¹⁷⁶A este respecto, destacar la Resolución de la DGRN de 24 de enero de 2008 (RJ\2008\627), cuyo Fundamento de Derecho Quinto, al abordar la inscripción de una entidad extranjera en el correspondiente Registro, señala lo siguiente “(...)una cosa es llamarse fundación y otra bien distinta serlo y poder utilizar tal nombre con propiedad, y para eso nuestra legislación ha previsto una previa labor de control de legalidad que pasa por el cumplimiento de la forma instrumental exigida y por la ulterior inscripción, atributiva de la personalidad jurídica (...), y todo ello –no se olvide– en aras de verificar la existencia de ese ineludible fin de interés general que establece la Constitución”.

¹⁷⁷GARCÍA ÁLVAREZ, B., “Aproximación a la Propuesta de Estatuto de la Fundación Europea”, *Nuevas Orientaciones en la Organización y Estructuración Jurídica de las Fundaciones*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pág. 289

Fundación Europea, la cual perseguía facilitar el funcionamiento de las fundaciones que desarrollan su actividad en más de un Estado miembro. En concreto, se trataba de la Propuesta de Reglamento de la Comisión, por la que se aprueba el Estatuto de la Fundación Europea, de 8 de febrero de 2012¹⁷⁸. Si bien esta iniciativa, a pesar de lograr importantes respaldos¹⁷⁹, fue retirada por la Comisión con fecha 16 de diciembre de 2014 por no obtener el apoyo unánime del Consejo, estimamos que su contenido bien puede servir como guía para analizar la senda que la Unión Europea tiene marcada en esta materia, la cual se caracteriza por el respeto al Derecho interno de cada Estado miembro¹⁸⁰.

En la propuesta de Estatuto de la Fundación Europea que fue presentada por la Comisión, no es posible encontrar un concepto o definición de Fundación, aunque, para delimitar su ámbito subjetivo, tal como destaca GARCÍA ÁLVAREZ, se ha optado por establecer cinco rasgos concretos que debe reunir una entidad para tener la consideración de Fundación Europea¹⁸¹. A tal respecto, en primer lugar, ha de perseguir una finalidad de utilidad o interés público y, para evitar cualquier situación de inseguridad, la propuesta de Estatuto contempla en su artículo 5 una enumeración extensa de todas aquellas actividades que presentan tal carácter, de modo que una Fundación europea nunca podrá perseguir fines no incluidos en alguno de los supuestos recogidos en esta lista cerrada¹⁸². En segundo lugar, la entidad no puede tener ánimo de

¹⁷⁸COM(2012) 35 final. 2012/0022 (APP). Puede verse en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012PC0035&from=ES> (fecha de última consulta 25/02/2018).

¹⁷⁹La Propuesta de Reglamento obtuvo el respaldo tanto del Consejo Económico y Social de la Unión Europea (Dictamen de 18 septiembre de 2012) como del Comité de las Regiones (Dictamen aprobado en la sesión plenaria de 29 y 30 de noviembre de 2012).

¹⁸⁰Así, por ejemplo, en la Propuesta de Reglamento las remisiones al Derecho interno de cada Estado son abundantes. En concreto, el artículo 3 de la misma señala que esta se regirá, en primer lugar, por lo dispuesto en dicho Reglamento y sus Estatutos. En defecto de previsión contenido en los antedichos instrumentos, se regirá por las disposiciones adoptadas por los Estados miembros con el fin de garantizar la aplicación efectiva del Reglamento y, cuando esto no resulte de aplicación, habrá que acudir a las disposiciones del Derecho nacional que sean aplicables a las entidades de utilidad pública.

¹⁸¹GARCÍA ÁLVAREZ, B., "Aproximación a la Propuesta de Estatuto de la Fundación Europea"... op. cit., págs. 289 a 291.

¹⁸²Señala el artículo 5 de la Propuesta de Reglamento: "*1. La FE será una entidad constituida de forma independiente con un fin de utilidad pública.*

2. La FE servirá al interés público en sentido amplio. Su creación solo podrá perseguir los fines siguientes, a los cuales se dedicarán sus activos con carácter irrevocable: (a) el arte, la cultura o la conservación histórica, (b) la protección del medio ambiente, (c) los derechos civiles o humanos, (d) la eliminación de la discriminación por razones de sexo, raza, origen étnico, religión, discapacidad u orientación sexual, o cualquier otra forma de discriminación prohibida por ley, (e) el bienestar social, incluida la prevención o el alivio de la pobreza, (f) el socorro humanitario o en caso de catástrofe, (g) la ayuda y la cooperación para el desarrollo, (h) la asistencia a refugiados o inmigrantes, (i) la protección de niños, jóvenes o personas mayores y el apoyo a los mismos, (j) la asistencia a personas

lucro, debiendo dedicar irrevocablemente sus activos a la consecución de los fines de utilidad pública a los que se haya comprometido, sin que el cumplimiento de este requisito sea incompatible con el ejercicio por la Fundación de actividades económicas¹⁸³. En tercer lugar, la suma de los activos debe alcanzar, al menos, los 25.000 euros¹⁸⁴. Por otro lado, ya en cuarto lugar, la entidad debe reunir un componente transfronterizo efectivo o potencial¹⁸⁵. Finalmente, como quinto y último rasgo caracterizador, la responsabilidad de la Fundación Europea queda limitada al patrimonio del que disponga¹⁸⁶.

En cuanto a su modo de constitución, el artículo 12 de la Propuesta de Reglamento especifica que la Fundación Europea podrá constituirse por disposición testamentaria, escritura notarial o declaración por escrito de una o varias personas físicas o jurídicas, tanto de naturaleza pública como privada, de conformidad con el Derecho nacional aplicable¹⁸⁷, o mediante fusión de varias entidades de utilidad pública legalmente constituidas en uno o varios Estados miembros¹⁸⁸. Asimismo, la Fundación

con discapacidad o su protección, (k) la protección de los animales, (l) la ciencia, la investigación y la innovación, (m) la educación y la formación, (n) el entendimiento a escala europea e internacional, (o) la salud, el bienestar y la atención médica, (p) la protección de los consumidores, ES 18 ES (q) la asistencia a las personas vulnerables o desfavorecidas o su protección, (r) el deporte aficionado, (s) el apoyo en forma de infraestructuras a las organizaciones que persiguen fines de utilidad pública."

¹⁸³De hecho, el artículo 11.1 de la Propuesta de Estatuto reconoce el derecho de toda fundación europea a participar en actividades económicas, salvo limitación estatutaria, siempre que los beneficios obtenidos se destinen exclusivamente a la consecución de sus fines de utilidad pública. No obstante, tal como recoge el apartado segundo del propio artículo 11, se introduce una previsión que permite realizar a la fundación europea actividades económicas no relacionadas con su fin de utilidad pública, siempre que aquéllas no superen el 10% de su facturación anual neta y que los resultados se presenten de forma separada en la contabilidad.

¹⁸⁴Artículo 7 de la Propuesta de Reglamento de la Comisión, por la que se aprueba el Estatuto de la Fundación Europea.

¹⁸⁵Según el artículo 6 de la Propuesta de Reglamento de la Comisión, por la que se aprueba el Estatuto de la Fundación Europea, se cumple este requisito siempre que la entidad desarrolle su actividad en dos o más Estados miembros. A tal efecto, debe destacarse que es suficiente, a efectos de cumplir con esta exigencia, su previsión en los Estatutos de la entidad, aun cuando no se haya llevado a cabo en la práctica.

¹⁸⁶Artículo 8 de la Propuesta de Reglamento de la Comisión, por la que se aprueba el Estatuto de la Fundación Europea.

¹⁸⁷De conformidad con el artículo 13 de la Propuesta de Reglamento, "*Como mínimo, la disposición testamentaria, escritura notarial o declaración por escrito: (a) expresará la intención de constituir la Fundación Europea; (b) expresará la intención de realizar una donación a la Fundación Europea; (c) determinará los activos iniciales de la Fundación Europea; (d) determinará el fin de utilidad pública de la Fundación Europea.*"

¹⁸⁸Según el artículo 14 de la Propuesta de Reglamento, "*La Fundación Europea se podrá crear mediante fusión de entidades de utilidad pública legalmente constituidas en uno o más Estados miembros, siempre que se satisfagan las condiciones siguientes: (a) que la fusión entre entidades de utilidad pública nacionales esté permitida en virtud del Derecho nacional aplicable; (b) que la fusión esté permitida en virtud de los Estatutos de cada una de las entidades que se fusionen. La decisión relativa a la fusión será adoptada por el consejo de dirección de cada una de las*

Europea también podrá surgir en virtud de conversión a esta figura de una entidad de utilidad pública nacional legalmente constituida en un Estado miembro, siempre que sus Estatutos lo permitan y el consejo de dirección de dicha entidad así lo decida¹⁸⁹. En cualquier caso, la Fundación Europea se creará por un período de tiempo indefinido o, cuando así se establezca expresamente en sus Estatutos, por un período de tiempo determinado no inferior a dos años.

Con independencia del modo de constitución empleado, la Fundación Europea, que deberá contar con unos Estatutos por escrito cuyo contenido mínimo queda

entidades que se fusionen. Dicha decisión cumplirá los requisitos de quórum y mayoría que se aplicarían a una entidad de utilidad pública nacional que deseara fusionarse con otra entidad de utilidad pública nacional o, en ausencia de tales normas, los requisitos que se aplicarían a una entidad de utilidad pública nacional que deseara modificar sus Estatutos.

(..) Una fusión entre entidades de utilidad pública legalmente constituidas en el mismo Estado miembro se efectuará con arreglo al Derecho nacional aplicable".

Si las entidades de utilidad pública que vayan a fusionarse para crear una Fundación Europea pertenecieran a Estados miembros diferentes, tal como recoge el artículo 15 de la Propuesta, cada una de dichas entidades “presentará a la autoridad competente del Estado miembro en el que esté legalmente constituida una solicitud detallada de fusión (...). La solicitud de fusión incluirá la decisión del consejo de dirección a la que se refiere el antedicho artículo 14, así como el proyecto común de fusión, que contendrá al menos las indicaciones siguientes: (a) la denominación y la dirección de cada una de las entidades de utilidad pública que se vayan a fusionar; (b) la denominación y la dirección del domicilio social previsto para la Fundación Europea; (c) la propuesta de estatutos de la Fundación Europea; (d) la forma de protección de los derechos de los acreedores y empleados de las entidades que se fusionen. Cada autoridad competente tratará la solicitud de fusión de acuerdo con los mismos procedimientos y principios que se aplicarían si fuese una solicitud de fusión que diera lugar al nacimiento de una entidad de utilidad pública nacional. En cada uno de los Estados miembros afectados, la autoridad competente expedirá sin demora injustificada un certificado de cumplimiento de los actos y trámites previos a la fusión. Tras la inscripción de la Fundación Europea en el registro, el responsable del mismo lo notificará sin demora a las autoridades competentes de cada Estado miembro y, cuando proceda, a la autoridad responsable del registro de las entidades de utilidad pública disueltas como consecuencia de la fusión. La baja de la anterior inscripción en el registro se efectuará, cuando proceda, sin demora, pero no antes de que se haya recibido la notificación.”

¹⁸⁹En estos casos, tal como determina el artículo 18 de la Propuesta de Reglamento, la solicitud de conversión, que habrá de presentarse a la autoridad competente del Estado miembro en el que la entidad esté legalmente constituida, contendrá al menos las indicaciones siguientes: (a) la denominación y la dirección de la entidad de utilidad pública objeto de conversión; (b) la denominación y la dirección del domicilio social previsto para la Fundación Europea; (c) la propuesta de Estatutos de la Fundación Europea; (d) la forma de protección de los derechos de los empleados de la entidad de utilidad pública objeto de conversión.

La autoridad competente, que habrá de tratar la solicitud de conversión de acuerdo con los mismos procedimientos y principios que se aplicarían si fuese una solicitud de modificación de los Estatutos de la entidad de utilidad pública nacional, expedirá sin demora injustificada un certificado de cumplimiento de los actos y trámites previos a la conversión.

Finalmente, tras la inscripción de la Fundación Europea en el registro correspondiente, el responsable del mismo lo notificará sin demora a las autoridades competentes del Estado miembro y, cuando proceda, a la autoridad responsable del registro de la entidad de utilidad pública objeto de conversión. La baja de la anterior inscripción en el registro se efectuará, cuando proceda, sin demora, pero no antes de que se haya recibido la notificación.

determinado por el artículo 19 de la Propuesta de Reglamento¹⁹⁰, adquirirá personalidad jurídica una vez que se produzca su inscripción en el Registro correspondiente, la cual, en consecuencia, tiene naturaleza constitutiva. Dicho Registro será designado por cada Estado miembro, por lo que, en realidad, la Propuesta de Reglamento no llega a crear un registro único europeo.

Por otro lado, y aunque esta cuestión será objeto de análisis más detallado en la segunda parte de este trabajo, en la que abordaremos el estudio de la organización fundacional, resulta conveniente terminar el análisis de la Fundación Europea reseñando que, al igual que ocurre con las fundaciones sometidas al Derecho nacional, en el caso de la Fundación Europea existirá un órgano de gobierno, llamado Consejo de Dirección, así como un órgano de supervisión o control, que será determinado por cada Estado miembro.

Finalmente, para concluir este epígrafe, quisiéramos indicar que, al margen de las propias instituciones comunitarias, uno de los principales actores a nivel europeo que han colaborado en la elaboración de la antedicha propuesta ha sido el Centro Europeo de Fundaciones -*European Foundation Centre* (EFC)¹⁹¹-, con sede en Bruselas, que es una asociación internacional de fundaciones y entes análogos cuya finalidad es promover el desarrollo del fenómeno fundacional y defender sus necesidades a través de una política de colaboración entre entes de esta naturaleza. Este Centro es una organización independiente, sometida a la ley belga, que entre otros fines, persigue la lucha por un marco legal y fiscal comunitario para las fundaciones, así como la creación de redes de trabajo entre entes fundacionales de diversos Estados. Su máximo órgano de gobierno es la Asamblea General, la cual está constituida por los representantes de las diversas entidades que lo conforman. Dicha Asamblea, que se reúne con carácter

¹⁹⁰En los Estatutos de la Fundación Europea constarán como mínimo los siguientes datos: (a) los nombres de los fundadores, (b) la denominación de la Fundación Europea, (c) la dirección del domicilio social, (d) una descripción de sus fines de utilidad pública, (e) sus activos en el momento de la constitución, (f) el ejercicio contable de la Fundación Europea, (g) el número de miembros del consejo de dirección, (h) las normas relativas al nombramiento y cese del consejo de dirección, (i) los órganos de la Fundación Europea, aparte del consejo de dirección, y, en su caso, sus funciones, (j) el procedimiento de modificación de los Estatutos, (k) el período determinado durante el cual existirá la Fundación, si esta no se constituye por tiempo indefinido. A tal efecto, cabe recordar que, según el artículo 12.2 de la Propuesta de Reglamento, el plazo de duración de la Fundación Europea nunca podrá ser inferior a dos años, (l) la distribución del activo neto en caso de liquidación, (m) la fecha de aprobación de los Estatutos.

¹⁹¹<http://www.efc.be> (visitada por última vez el 25/02/18)

ordinario una vez al año, elige un Comité Ejecutivo que será el responsable de la administración ordinaria de la entidad. Se trata, pues, de una asociación civil de fundaciones, surgida de la iniciativa privada, que pone de manifiesto la necesidad de una regulación en el marco de la Unión Europea que sirva para armonizar la normativa aplicable a este tipo de entes entre los distintos Estados que la componen.

2.5) Breve aproximación a la regulación de las fundaciones en Derecho Comparado europeo.

Si bien el auge de las entidades no lucrativas en general, y de las fundaciones en particular, constituye un denominador común en las sociedades modernas civilizadas, dicho crecimiento no ha seguido un patrón uniforme en todas ellas, ya que, entre otros motivos, no se parte de una misma base histórica ni jurídica. Así pues, hemos estimado oportuno esbozar los rasgos más relevantes de la regulación de las fundaciones en 3 países de nuestro continente, Inglaterra, Alemania y Francia, que presentan rasgos específicos.

2.5.1) Inglaterra

Tal como señala GAMARRA, el caso británico es distinto al resto de los países de Europa, al tratarse de un ordenamiento jurídico basado, principalmente, en la costumbre y la tradición, sin olvidar el precedente judicial. No obstante, como ahora veremos, existen leyes que regulan figuras análogas a nuestras fundaciones. En Inglaterra no existe el término “Fundación” y su régimen presenta caracteres muy diferentes respecto al resto de los sistemas de su entorno, ya que la idea esencial que lo sustenta no es la personalidad de la institución que regula, sino la “caridad” que esta persigue, término que ha de ser interpretado con carácter extensivo, pues abarca una amplia gama de fines o propósitos legalmente definidos a los que las entidades de naturaleza fundacional han de dedicar sus actividades y recursos¹⁹².

En Inglaterra, dichas entidades de naturaleza fundacional reciben el nombre de *Trust*. En concreto, el *Trust* es el negocio jurídico por el que una persona -*Trustee*-, acepta un encargo o mandato otorgado por otra persona -*Entrusted* o *Founder*-, en

¹⁹²GAMARRA CHOPO, Y., *Fundaciones y asociaciones no lucrativas en el marco...* op. cit., pág. 50.

beneficio de un tercero -*Beneficiary*-. El *Trust* carece de personalidad jurídica y su constitución puede obedecer tanto a intereses privados, -circunstancia no contemplada en la mayoría de ordenamientos jurídicos europeos-, como a fines de interés general, recibiendo en este caso el nombre de *Charitable Trust* o *Charity*¹⁹³. Precisamente, será esta última figura la que más se asemeje a nuestro concepto clásico de Fundación.

Como punto de partida, debe tenerse en consideración que el Derecho inglés, a diferencia del continental, no separa el *Trust* de los *Trustees*, de modo que todo conforma una unidad. Esta visión contrasta con nuestra perspectiva tradicional, donde los patronos, que análogamente pueden identificarse con los *Trustees*, quedan solamente como administradores y responsables del cumplimiento de la voluntad fundacional, pero no son la Fundación en sí misma, la cual goza de vida propia aunque representada por los patronos¹⁹⁴.

Con carácter general, los *Trustees* conforman un pequeño grupo de personas de confianza que gestionan sin límites ni duración determinada un conjunto de bienes en beneficio de un tercero, realizando todas las operaciones legales necesarias para cumplir el objeto del *Trust*. Actúan, pues, como verdaderos directores de su personal y administradores de su patrimonio¹⁹⁵. Como envés de esta amplia potestad, los deberes de los *Trustees* no son, precisamente, exiguos, pudiendo distinguir, con carácter general, la lealtad hacia los términos y finalidad del *Trust*, el cuidado y prudencia en las operaciones e inversiones y la obediencia a las autoridades públicas, a la voluntad del fundador y, en menor medida, a los benefactores del *Trust*. El incumplimiento de cualquiera de estos deberes acarrearía la exigencia de responsabilidad al presunto infractor o infractores.

No ha quedado expresamente regulado en ninguna norma británica sobre *Charities*, cuál es el número ni qué reglas exactas rigen el Colegio de *Trustees*, órgano

¹⁹³La institución de las *Charities* es muy antigua, remontándose su organización jurídica actual a una ley promulgada bajo el reinado de la Reina *Elisabeth*, en 1601. Este fue el punto de partida de una abundante jurisprudencia y de ciertas disposiciones por vía legislativa, entre las cuales es preciso destacar la *Charities Act* de 1960.

¹⁹⁴ALLI TURRILLAS, JC., *Fundaciones y Derecho Administrativo*, ..., op. cit., pág. 278 a 300.

¹⁹⁵La *Trustee Act* de 1925, tras su reforma de 1933, determina que los *Trustees* son quienes tienen el control y la capacidad de gestión administrativa de la *Charity*.

extrapolable a nuestro Patronato¹⁹⁶. No hay, por tanto, un mínimo ni un máximo de *Trustees* aunque en algunos supuestos de *Trust* cuya aplicación no resulta exigible a las *Charities*, se establece, al igual que sucede en nuestro Derecho respecto a los patronos, un número no inferior a tres. Así pues, corresponderá a los propios *Trustees* aprobar las reglas de funcionamiento del Colegio que conforman sobre las base de las directrices orientativas sugeridas por la *Charity Commission* que, como seguidamente expondremos, equivale a nuestro Protectorado¹⁹⁷.

El régimen de control de las entidades fundacionales o *charities* en Inglaterra se ha caracterizado por su temprana definición, la cual tuvo lugar en el siglo XVI, durante el reinado de Enrique VIII, siendo desarrollado posteriormente por los monarcas que le sucedieron en el trono. Inicialmente, el control de las *charities* recayó en una autoridad administrativa civil organizada por condados y conocida como *Commissioners*, que dependían en cierta medida del *Lord Chancellor*¹⁹⁸ y desarrollaban su actividad con el apoyo del *Sheriff*¹⁹⁹ correspondiente. Dicha estructura pervivió hasta en 1853, fecha en la que se aprobó una moderna *Charities Act* que creó una única y centralizada *Charity Commission*, la cual se convirtió en el órgano tutor de las entidades fundacionales en Inglaterra. La precitada norma ha sufrido múltiples reformas (1855, 1860, 1960, 1993 y 2006), siendo las más importantes las operadas en 1960 y 2006, pues, mientras que con la primera se crea un Registro de *Charities* dependiente e inserto en la *Charity Commission*, con la segunda se reforma una gran parte de sus atribuciones y se instaura un tribunal de apelaciones, el *Charity Tribunal*²⁰⁰, ante el que interponer el correspondiente recurso en el supuesto de desacuerdo con las resoluciones y decisiones de la *Charity Commission*.

¹⁹⁶ ALLI TURRILLAS, JC., *La Fundación ¿Una casa sin dueño?*, Iustel, Madrid, 2012, pag. 101.

¹⁹⁷ ALLI TURRILLAS, JC., *La Fundación ¿Una casa sin dueño?*... op. cit., pág. 130.

¹⁹⁸ El *Lord Chancellor*, nombrado por el Rey, ocupaba el segundo puesto entre los ministros de la Corona y era la máxima autoridad del sistema jurídico de Inglaterra y Gales. Actualmente, sus funciones son atribuidas a la persona titular del Ministerio de Justicia.

¹⁹⁹ El *Sheriff* era un funcionario que, en nombre del Rey, se encargaba del mantenimiento de la paz en un Condado o *Shire*.

²⁰⁰ El *Charity Tribunal* está compuesto por un Presidente y un número variable de jueces y asesores, siendo todos ellos nombrados por el *Lord Chancellor* un órgano que se encuentra a caballo entre un tribunal administrativo y una instancia judicial estricta. Los abogados deben ser escogidos entre expertos juristas con más de siete años de experiencia, deben serlo entre profesionales con experiencia en la material.

El *Charity Tribunal* se configura como un órgano de naturaleza mixta. Por su dependencia sería un tribunal administrativo aunque goza de independencia funcional. No obstante, por el ejercicio de sus competencias, bien podría formar parte del poder judicial.

En cuanto a su naturaleza, la *Charity Comission* es una institución que, aunque forma parte del gobierno, actúa con plena independencia en el ejercicio de su actividad sin estar sometida a ningún tipo de directriz, dependiendo, a efectos administrativos, del Secretario de Estado y, económicos, del Tesoro. Su composición oscila entre 4 y 8 comisionados más el *Chairman* o Presidente, siendo todos ellos nombrados por el Ministro que resulte competente en la materia, quien también, por lógica, puede cesarlos²⁰¹.

Una primera (y, en nuestra opinión, errónea) impresión del sistema fundacional inglés brevemente descrito en los párrafos precedentes puede inducir a pensar que impera un sistema impregnado de cierta laxitud jurídica, ya que no existe un elenco de disposiciones nítidamente definidas que regulen, sin atisbo de duda, aspectos tan relevantes como la constitución, ordenación y funcionamiento del Colegio de *Trustees*. Nada más alejado de la realidad, pues tanto la *Charity Commission* y, por encima de ella, los Tribunales ordinarios de Justicia, gozan de amplios poderes en relación al control y enjuiciamiento de la actuación de los *Trustees*. Así, por ejemplo, la *Charity Commission* ostenta competencias respecto al examen de la capacidad para el nombramiento de *Trustees*, a la suspensión, remoción y sanción por el ejercicio del cargo, al control de las remuneraciones que perciban, al examen y aprobación de posibles fórmulas de limitación de su responsabilidad, al nombramiento de un interventor que gestione transitoriamente el patrimonio del *Trust*, a la intervención directa cuando, por un tiempo razonable, queda sin cubrir un número sustancial de puestos en el Colegio de *Trustees*, etc.

2.5.2) Alemania

De entre todos los países europeos, Alemania es uno de los que cuenta con el tejido no lucrativo más extenso y, quizás, también más intenso en su actividad. Tanto por su variedad, como por su normativa muy acogedora y algo liberal si la comparamos con el resto de Europa, Alemania constituye un caso singular dentro del conjunto del Viejo Continente. Esta circunstancia obedece a una evolución que, como todo lo relativo

²⁰¹GARDEÑES SANTIAGO, M., *Las Fundaciones en Derecho Internacional Privado español*, Eurolex, Madrid, 2003, págs. 100 a 102.

a las fundaciones y otras formas jurídicas, emana de antecedentes históricos, sociales, económicos y jurídicos cuyo estudio excede del ámbito del presente trabajo de investigación. En cualquier caso, y a modo de resumen, se puede afirmar que el punto de origen de esta particular situación radica en que en Alemania se produjo y desarrolló con gran vigor una singular confluencia entre la versatilidad del Derecho germánico y la estabilidad y precisión propia del Derecho romano, circunstancia que, con el transcurso de los siglos y a raíz de múltiples vicisitudes históricas, ha dado lugar a un ordenamiento jurídico complejo y particular²⁰².

La determinación conceptual básica de la Fundación (*Stiftung*) en Alemania aparece en la actualidad recogida en su Código Civil²⁰³ que, en este punto, fue objeto de revisión en el año 2002. Según el citado texto normativo, las fundaciones son personas legales, autónomas, dotadas de un patrimonio afecto a un fin perpetuo establecido por los Estatutos según lo señalado por el fundador y reconocidas por un acto del gobierno. Si bien no se trata, en sentido estricto, de una definición de “Fundación”, esta referencia permite distinguir un conjunto de elementos sustanciales a este tipo de entidades: la existencia de un patrimonio, de un fin, de una vinculación perpetua entre ambos y, finalmente, de un órgano de gobierno.

Debido a su organización político-territorial de tipo federal, el sistema jurídico de las fundaciones germano se divide en dos niveles legislativos; uno, que se sitúa en el propio Estado Federal (*Bund*) y que abarcará la regulación de los aspectos básicos de la persona Fundación, y otro, que desciende hasta los *Länder* o Estados Federados, los cuales serán competentes para la configuración de la normativa de desarrollo de las fundaciones y otras formas no lucrativas²⁰⁴.

En cualquier caso, a pesar de lo expuesto, no existen diversos tipos de fundaciones en cada *Land*, y lo que variará en función del territorio será algunas particularidades que, si bien son importantes, no desvirtúan la uniforme esencia de la *Stiftung* germana²⁰⁵. En este sentido, y al amparo del antedicho Código Civil, cabe distinguir nueve tipos de entidades de base fundacional en Alemania. A saber:

²⁰² ALLI TURRILLAS, J.C., *La Fundación ¿Una casa sin dueño?...* op. cit., pág. 465 y 466.

²⁰³ *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*.

²⁰⁴ GARDEÑES SANTIAGO, M., *Las Fundaciones en Derecho Internacional...*, op. cit., pág. 91.

²⁰⁵ ALLI TURRILLAS, J.C., *La Fundación ¿Una casa sin dueño?...* op. cit., págs. 477 y 478.

Fundación Autónoma (*Stiftung Buergerlichen Rechts*) que, bajo el Derecho Civil, tiene personalidad, patrimonio y un órgano de gobierno propios orientados a la consecución de un fin de interés general, Fundación no Autónoma (*Freuhänderisch Stiftung*) que, bajo forma de contrato civil fiduciario o fideicomisario y una composición mixta público-privada persigue un interés general reconocido y fiscalmente considerado, Fundación-Empresa (*Unternehmens-stiftung*), compuesta por fundaciones dependientes o de las que dependen empresas en las que su patrimonio fundacional coincide con el del capital social de la entidad mercantil, Fundación Eclesiástica (*Kirschlinche Stiftung*), constituida bajo el Derecho civil y eclesiástico propio de cada confesión, Fundación Familiar (*Familien Stiftung*), que puede perseguir un fin de interés general junto a otro de carácter particular, Fundación Local o Comunitaria (*Órliche Stiftung o Kommunale Stiftung*), de naturaleza pública o público-privada, y que ha sido creada para la prestación de servicios, Fundación de Base Asociativa (*Vereine Stiftung*) o Cooperativa (*Genossenschafen Stiftung*), que presenta una estructura fundacional pero su gobierno parte de una forma asociativa o cooperativa, Fundación Política (*Parteinae Stiftung*), creada bajo la legislación electoral para fines políticos, y, finalmente, Fundación Pública, que ha sido exclusivamente creada por los poderes públicos para la prestación de servicios y no forman parte de la sociedad civil.

El gobierno de la *Stiftung* alemana se caracteriza por la libertad organizativa que se reconoce al fundador. De hecho, el Código Civil germano sólo establece como obligación mínima la constitución del *Vorstand* u órgano ejecutivo cuya composición no está predeterminada, de ahí que pueda ser unipersonal²⁰⁶. Si bien la existencia del *Vorstand* es la única que se reputa como obligatoria, también se permite la creación de otros órganos unipersonales o colegiados para funciones específicas, tales como el *Kuratorium* o *Verwaltungsrat*, que desempeñará funciones de control, o el *Beirat*, que ejercerá atribuciones propias de asesoramiento técnico.

Por su parte, la labor supervisora de las autoridades alemanas sobre sus entidades de base fundacional se circunscribe al fin y la organización fundacional. Esta labor se realizará tanto por los *Länder*, que ceñirán su actuación a velar por el cumplimiento de la normativa jurídico-administrativa, como por el gobierno federal,

²⁰⁶ Artículo 26 *Bürgerliches Gesetzbuch*(BGB).

que examinará el fin y la organización desde una perspectiva fiscal²⁰⁷. Así pues, mientras que a los primeros les corresponderá la autorización, registro y otorgamiento de la personalidad jurídica (*Genhmigung*), sobre el segundo recaerán los controles de fiscalidad en relación a la exención fiscal. En concreto, para gozar de esta última, la organización fundacional deberá servir a algunos de los tres fines previstos en el Código Fiscal alemán²⁰⁸: fines caritativos o de interés general (*Gemeinnützige Zwecke*), objetivo o propósito benevolente (*Mildtätige Zwecke*) u objetivo relacionado con una Iglesia (*Kirchliche Zwecke*).

En definitiva, como puede apreciarse, el conjunto expuesto forma, a primera vista, un complejo entramado de formas, fines y titularidades que, en definitiva, viene a poner de manifiesto que la *Stiftung* o Fundación alemana, si bien no es una figura jurídica unívoca y cerrada, sí ha sido construida bajo un concepto filosófico-social común, según el cual, se trata de una institución social fraguada en la idea de alcanzar un fin de interés, más o menos, altruista, el cual trasciende al fundador o donante²⁰⁹. Por ello, el conjunto de entidades que pueden quedar englobadas bajo este término es muy amplio. En este sentido, puede afirmarse que todas las formas jurídicas que han tenido, históricamente, elementos fundacionales son admitidas hoy día en Alemania como fundaciones, circunstancia que impacta con la realidad experimentada en países como España y Francia, donde la abstracción jurídica derivada de la febril labor codificadora y compiladora ha dado lugar a un único y definido tipo de Fundación.

2.5.3) Francia

En el país galo, la Fundación abraza las dos grandes ramas del Derecho. El Derecho privado, a través del Código Civil de 1804, que contempla el marco jurídico general de las instituciones sociales, aunque no menciona expresamente a las fundaciones, y el Derecho público-administrativo, que regula tanto la actividad de los órganos de control como la institución en sí misma, y establece estrictos mecanismos de

²⁰⁷ GARDEÑES SANTIAGO, M., *Las Fundaciones en Derecho Internacional...*, op. cit., pág. 92.

²⁰⁸ Artículo 53 del *Abgabenordnung*

²⁰⁹ En cualquier caso, si bien las *Stiftung* pueden combinar fines altruistas con otros de carácter privado, estos últimos deben ser secundarios.

supervisión estatal²¹⁰. Curiosamente, la importancia de las normas fiscales ha sido muy secundaria con respecto a las dos ramas señaladas, circunstancia que, igualmente, supone una diferencia entre el modelo francés y el germano.

Durante la historia francesa se ha producido un gran rechazo a los cuerpos intermedios, en primer lugar, por la monarquía absolutista, que encontraba en los mismos un obstáculo para el ejercicio de su omnímodo poder y, con posterioridad, por los defensores de las teorías revolucionarias, quienes rechazaban que dichas estructuras de importante relevancia social estuvieran en manos de dos estamentos vinculados al Antiguo Régimen como la Iglesia y la nobleza²¹¹. Precisamente, al igual que sucedió en España, fue durante el período revolucionario cuando, junto con otras figuras de naturaleza fundacional que tenían un interés particular²¹², también desaparecen una multitud de instituciones que, por el contrario, ostentaban un marcado interés general. No obstante, a pesar de este espíritu desamortizador, este tipo de estructuras persistieron soterradamente y, si bien carecían de regulación jurídica específica, su importancia llegó a tal extremo que el Consejo de Estado francés hubo de elaborar una construcción provisional que las amparase hasta que volvieran a renacer para el mundo del Derecho positivo²¹³, circunstancia que tuvo lugar mediante la Ley 87-571, de 23 de julio de 1987, de Incentivo al Mecenazgo²¹⁴, la cual, tras su modificación por la Ley 709-2003, de 1 de agosto, relativa al régimen fiscal de la actividad de mecenazgo, define la *fondation* como “*el acto por el cual una o varias personas físicas o morales deciden destinar irrevocablemente bienes, derechos o recursos para la realización de una obra*”

²¹⁰GAMARRA CHOPO, Y., *Fundaciones y asociaciones no lucrativas en el marco...* op. cit., pág. 43.

²¹¹ALLI TURRILLAS, JC., *La Fundación ¿Una casa sin dueño?...* op. cit., pág. 562.

²¹²Ya hemos hablado de una institución típicamente española como los mayorazgos o “las manos muertas” al abordar estudio de la regulación de la actividad fundacional con anterioridad a la aprobación del Código Civil

²¹³La Resolución del Consejo de Estado francés, de 1 de julio de 1983, definió la institución fundacional como “un establecimiento privado dotado de personalidad moral en virtud de un acto de poder público, que tiene por objeto la realización de una obra concebida por el fundador en el empleo de los recursos provenientes principalmente del capital constituido por él mismo y administrado por un consejo de administración cuya composición está establecida por los Estatutos”.

²¹⁴Con anterioridad a la Ley de 1987, sólo cabe distinguir dos precedentes normativos de cierta relevancia. Por un lado, el Código Civil napoleónico de 1804, que contemplaba en su artículo 37 los establecimientos benéficos o sociales de naturaleza pública, y, por otro, la Ley de 1 de julio de 1901, reguladora del Derecho de Asociación, que puso las bases de numerosos aspectos que afectaban a las fundaciones como, por ejemplo, la aparición de la “asociación reconocida de interés público”.

Fruto de la labor interpretadora de ambas normas, el Consejo de Estado Francés distinguió entre los “establecimientos para fines generales”, que estaban normalmente basados en un patrimonio -es decir, son en gran medida el fundamento de las actuales fundaciones-, y las “asociaciones reconocidas de interés público”, basadas en la agrupación de individuos.

de interés general o sin fin lucrativo”²¹⁵.

Tal como expone ALLI TURRILLAS, la amplia tipología de entidades fundacionales francesas gira en torno a las Fundaciones reconocidas de utilidad pública (*Fondations reconnue d'utilité publique*), las cuales sirven de base inspiradora al resto de figuras²¹⁶. Se trata de fundaciones privadas que persiguen un fin de interés general y cuya aprobación corresponde al Primer Ministro mediante Decreto, previo informe del Consejo de Estado. En segundo lugar, también son abundantes en el país galo las llamadas Fundaciones-empresa (*Fondations d'entreprise*), que son creadas por una empresa para fines altruistas sin que puedan gestionar o capitalizar el gobierno de esa u otra empresa. Al frente de la Fundación-empresa existe un Consejo de Administración compuesto en sus dos terceras partes por los fundadores de la entidad o sus representantes y, el tercio restante, por personalidades cualificadas en el ámbito de actuación de la entidad. Estas últimas serán elegidas por los propios fundadores o sus representantes y nombradas en la primera sesión constitutiva del Consejo de Administración²¹⁷.

Prosiguiendo el orden de importancia, es el turno de las Fundaciones no autónomas (*Fondations abritées*), las cuales son fundaciones pequeñas creadas bajo el control o supervisión de una gran Fundación constituida específicamente para acogerlas. De más reciente creación son las Fundaciones del patrimonio (*Fondations du patrimoine*), que son una modalidad de Fundación de utilidad pública cuya objeto se circunscribe a la conservación y reparación de bienes del patrimonio nacional. Este tipo de fundaciones varían tanto en su finalidad como en su composición, pues su órgano de gobierno cuenta con la participación de representante del Senado y del Congreso. Además, su régimen operativo es bastante peculiar, ya que permite la conservación de la propiedad privada a la que el bien está vinculado y su herencia perpetua, siendo, por así decirlo, una excepción oficial a la prohibición general de las llamadas “manos muertas”.

Por otro lado, fruto del proceso de renovación normativa que tuvo lugar durante los años 2006 y 2007, se incorporaron al espectro fundacional francés las Fundaciones

²¹⁵Artículo 18 de la Ley 87-571 de 23 de julio de 1987.

²¹⁶ALLI TURRILLAS, JC., *La Fundación ¿Una casa sin dueño?...* op. cit., págs. 585 a 590.

²¹⁷Artículo 19-4 de la Ley número 90-559, de 4 de julio, de 1990.

de Cooperación Científica (*Fondations de coopération scientifique*), las Fundaciones universitarias (*Fondations universitaires*) y las Fundaciones de cooperación asociada (*Fondations paternariales*), las cuales, persiguen reforzar la cooperación público-privada en ámbitos tan sensibles como la investigación y la ciencia. No obstante, las dos últimas novedades a tener en cuenta en esta materia son los Fondos de dotación (*Fonds de Dotation*) y las Fundaciones Hospitalarias (*Fondations Hospitalières*). Los Fondos de dotación, surgidos tras la aprobación de la Ley 2008-776, de 4 de agosto, de Modernización de la Economía, son fundaciones liberadas de casi todos los controles públicos al objeto de incentivar el mecenazgo y facilitar el mantenimiento de fondos fundacionales con propósitos concretos y determinados de interés general y sin finalidad lucrativa. Por su parte, las Fundaciones Hospitalarias (*Fondations Hospitalières*), aprobadas por la Ley 2009-879, de 21 de enero, persiguen el fomento de la investigación médica asociada a los centros hospitalarios públicos. Para su creación, deben ser aceptadas por el Consejo de Estado, órgano que, junto con la autoridad sanitaria pública, se encarga de su supervisión y control.

A pesar de esta diversidad tipológica, en un sistema jurídico tan ordenado y estructurado como el francés, prácticamente todos los aspectos relativos al gobierno fundacional están previstos en la normativa general²¹⁸, la cual ha definido y delimitado tanto los órganos encargados de dicha tarea como su composición. En cualquier caso, estas disposiciones deben complementarse con los vigentes y fundamentales “Modelos de Estatutos” dictados por el Consejo de Estado en los años 1997 y 2003²¹⁹.

Sin lugar a dudas, la mayor dificultad que entraña el estudio del gobierno de las *fondations* reside en las diversas fórmulas organizativas que las sucesivas normas generales y “Modelos de Estatutos” del Consejo de Estado han permitido, las cuales, además, pueden combinarse, dando lugar, por tanto, a otros nuevos sistemas²²⁰. En cualquier caso, la organización del gobierno de las fundaciones en Francia gira, bajo las premisas expuestas, en torno a dos modelos; uno, que bien puede ser llamado “Clásico”, y que fue establecido por la Ley de Mecenazgo de 1987 y por los “Modelos de

²¹⁸Principalmente, compuesta por la Ley 87-571, de 23 de julio de 1987, de Incentivo al Mecenazgo, y la Ley 709-2003, de 1 de agosto, relativa al régimen fiscal de la Actividad de Mecenazgo, Asociaciones y Fundaciones

²¹⁹Ambos modelos pueden consultarse en la siguiente dirección: <http://www.interieur.gouv.fr/A-votre-service/Mes-demarches/Mes-formulaires/Fondations> (visitado por última vez el 25/02/2018)

²²⁰GARDEÑES SANTIAGO, M., *Las Fundaciones en Derecho Internacional...*, op. cit., pág. 91.

Estatutos” del Consejo de Estado, y otro, que surgió a raíz de la Ley 709-2003, de 1 de agosto, relativa al régimen fiscal de la actividad de mecenazgo, asociaciones y fundaciones²²¹.

Según el modelo que hemos denominado “Clásico”, la *fondation* debía contar con dos órganos de gobierno: el Consejo de Administración o *Conseil*, que ostenta la máxima autoridad en la Fundación y es su representante legal a todos los efectos, y el *Bureau*, que, siendo un órgano permanente de dirección ejecutivo y vicario del Consejo de Administración, estaría formado por el Presidente, un Vicepresidente, un Tesorero, y un Secretario, todos miembros también del Consejo de Administración. La composición del *Bureau* podría reducirse sólo a tres miembros, siempre que el Consejo de Administración no superara los siete.

Frente al modelo “Clásico”, la precitada Ley 709-2003 introdujo una nueva posibilidad organizativa basada en un sistema bicéfalo de gobierno y responsabilidad. En todo caso, la justificación de este modelo no reside en la aparición de dos nuevos órganos de gobierno, sino en una diferente distribución de competencias, distinguiendo entre las atribuciones de gobierno, que corresponderían a un Directorio (*Directoire*) compuesto por un Presidente, dos Vicepresidentes -primero y segundo-, un Secretario y un Tesorero, y las de supervisión y control, que recaerían en un Consejo de Supervisión (*Conseil de Surveillance*) formado por entre siete y doce personas distintas de las que componen el *Directoire*. Con este nuevo sistema, fuertemente influido por criterios propios de las sociedades mercantiles, desaparece el *Bureau*, cuyas funciones ejecutivas pasan a ser ejercidas por el *Directoire*, que asume la administración y gobierno ordinario de la Fundación, mientras que el *Conseil de Surveillance* se encarga de la gran estrategia y del control de las grandes operaciones, supervisando, asimismo, la actuación del primero, de ahí que, a diferencia de lo que sucede con el modelo “Clásico”, los miembros de un órgano no puedan formar parte del otro, pues, de ser así, se produciría un conflicto de intereses.

Respecto a las *fondations* que optaron por el modelo “Clásico”, la composición del Consejo de Administración se subdivide en tres grupos de representantes. A saber:

²²¹ALLI TURRILLAS, JC., *La Fundación ¿Una casa sin dueño?...* op. cit., pág. 622.

un primer grupo cuyos integrantes son designados por el propio fundador, un segundo grupo compuesto por técnicos o expertos nombrados por el fundador o por el Consejo y, finalmente, un tercer grupo de miembros previstos por el Derecho. Dentro de este último destaca la existencia del llamado “Representante del Estado”, quien participa como un componente más a todos los efectos, disfrutando de voz y de derecho a voto que, en ocasiones, puede ser de bloqueo. Lo habitual es que este representante sea un funcionario del Ministerio de Interior que, en ocasiones, también puede ir acompañado de otro funcionario²²². Asimismo, la reforma de 2003 ha permitido la inclusión potestativa de otros dos grupos cuyo régimen y atribuciones quedarán supeditados a lo que establezcan los propios Estatutos. Estos nuevos grupos son los asalariados de la Fundación y los “amigos” de esta, incluyendo dentro de estos últimos a aquellas personas vinculadas socialmente con el fin de la Fundación.

Para las *fondations* que se acogieron al modelo emanado de la Ley 709-2003, la presencia del “Representante del Estado” deja de ser obligatoria para adquirir un carácter potestativo. No obstante, en este caso, los Estatutos deben prever la presencia obligatoria de un “Comisario del Gobierno” quien, si bien ostenta competencias consultivas y de oposición, carece de derecho de voto, por lo que, en consecuencia, no es un miembro más del gobierno fundacional, sino, más bien, una especie de interventor permanente²²³. Además, en este modelo organizativo, la existencia del anteriormente referido “tercer grupo de miembros previsto por el Derecho” es también facultativa y, por ello, pueden nombrarse otros componentes que representen a otras instancias del sector público, tales como colectividades territoriales, locales, establecimientos públicos e incluso organismos privados encargados de los servicios públicos.

Centrándonos ya en el control sobre la actividad de la Fundación francesa, esta se resume en tres actuaciones: un control *ex ante* del fin general, objetivos, estructura, patrimonio, Estatutos y órganos de gobierno, una supervisión *ex post* de la actuación operativa de la Fundación, con especial atención al aspecto fiscal, a la gestión económico-financiera y a la correcta adecuación del binomio “actividades-finalidad” y, finalmente, el desarrollo de otros controles adicionales realizados por autoridades

²²²GARDEÑES SANTIAGO, M., *Las Fundaciones en Derecho Internacional...*, op. cit., pág. 90.

²²³Dicho representante es conocido como “Comisario de Cuentas” (ALLI TURRILLAS, J.C., *La Fundación ¿Una casa sin dueño?...* op. cit., págs. 632).

diferentes a la administrativa-territorial y fiscal. Sin lugar a dudas, la primera de las actuaciones de control que hemos citado es la más importante, ya que su superación implica la autorización de la Fundación, es decir, su reconocimiento de utilidad pública y, como consecuencia de la misma, la concesión de personalidad jurídica.

En cualquier caso, aunque la función supervisora no presenta una regulación homogénea en el país galo, pues existen entidades fundacionales con peculiaridades propias²²⁴, todas ellas inician siempre su andadura mediante un documento civil de constitución fundacional, *intervivos* o *mortis causa*, que deberá, junto con la correspondiente solicitud, presentarse ante el Ministerio del Interior o Prefecto del Departamento correspondiente, quien, en este caso, lo remitirá al primero.

Una vez presentado el antedicho documento, se procederá a un primer examen de evaluación de contenidos para subsanar posibles defectos sustanciales y formales que, si son de gran envergadura, pueden conducir al rechazo completo de la solicitud. Superado dicho trámite, se remite la documentación a la Sección de Asociaciones y Fundaciones del Ministerio del Interior que realiza una consulta tanto a los Ministerios afectados por el objeto fundacional como a la Prefectura de origen. Simultáneamente, también solicita al Consejo de Estado un informe, el cual, a pesar de no revestir carácter vinculante, rara vez la autoridad pública se separa de él²²⁵.

Para la evacuación del citado informe, el Consejo de Estado francés realiza un análisis muy profundo de la Fundación (fin general, objetivos, estructura, etc.) examinando, al mismo tiempo, su viabilidad y su régimen económico-patrimonial. Asimismo, también comprobará si los Estatutos fundacionales se adhieren a los modelos elaborados por el propio Consejo²²⁶ para, si ello no sucede, evaluar las razones

²²⁴Las llamadas Fundaciones-empresa (*Fondations d'entreprise*), las Fundaciones no autónomas (*Fondations abritée*) y los Fondos de dotación (*Fonds de Dotation*) se beneficiarán de un régimen más sencillo. En estos tres supuestos, no se sigue el procedimiento que seguidamente desarrollamos, ya que la solicitud para constituir este tipo de fundaciones será evaluada en exclusividad por el Prefecto del Departamento donde aquéllas vayan a establecer su domicilio legal que, no obstante, podrá elevar consultas a la Sección de Asociaciones y Fundaciones del Ministerio del Interior.

²²⁵ALLI TURRILLAS, J.C., *La Fundación ¿Una casa sin dueño?...* op. cit., pág. 650.

²²⁶El Consejo de Estado ha propuesto dos modelos de Estatutos básicos: *Modèle de Statuts I* de 1966, remodelado en 1977, y *Modèle de Statuts II* de 2003. El primero de ellos presenta una estructura de gobierno con un Consejo de Administración que contaba con un representante del Estado. El segundo modelo, por el contrario, apuesta por una estructura bicéfala, compuesta por un Directorio y un Consejo de Supervisión. Además, en este último modelo, si bien sigue existiendo un representante del

y conveniencias de haber redactado otros diferentes. Realizadas estas actuaciones, el Consejo de Estado publicará un Decreto que se incorpora al expediente.

Finalmente, una vez reunida toda la documentación antes señalada y, en su caso, resueltas las alegaciones presentadas por la Fundación, la Sección de Asociaciones y Fundaciones del Ministerio dictará el Decreto de autorización o establecimiento de la Fundación, el cual debe ser firmado por el titular del Ministerio del Interior y publicado en el Diario Oficial general. A partir de ese momento, la Fundación adquiere personalidad jurídica, reconocimiento que le permite ser titular de derechos y obligaciones²²⁷.

Entre todas las actividades de control anteriormente referidas que son realizadas por el Consejo de Estado y las autoridades administrativas competentes, reviste especial importancia el examen del fin fundacional, pues, si este es superado, conlleva el otorgamiento de utilidad pública a favor de la entidad²²⁸. Se trata de un examen de legalidad y oportunidad, ya que no sólo se examina si existen todos los requisitos que legalmente se establecen para la configuración de una Fundación, sino que, además, se evalúa de manera discrecional el acomodo del fin a los criterios que han establecido las leyes, así como la interpretación que sobre las mismas han realizado los tribunales y el propio Consejo de Estado, actuación que, en cualquier caso, será susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Si el control del fin fundacional *ex ante* resulta, como ya hemos indicado, esencial para la autorización de la Fundación, también constituye el fundamento principal que justifica la supervisión operativa *ex post* a la que están sometidas las organizaciones fundacionales, pues, aun tratándose de entidades de naturaleza privada, realizan actividades que persiguen el fin general, siendo máximo garante del mismo el propio Estado que, por tanto, se ve compelido a tutelar la actuación de la Fundación sin que ello obedezca a ningún tipo de relación de jerarquía o de dependencia, ya que las fundaciones son personas jurídicas civiles autónomas.

Estado, sus poderes son menores que en el supuesto anterior.

²²⁷ GARDEÑES SANTIAGO, M., *Las Fundaciones en Derecho Internacional...*, op. cit., págs. 90-91.

²²⁸ ALLI TURRILLAS, JC., *La Fundación ¿Una casa sin dueño?...* op. cit., pág. 643.

Este control *a posteriori* obedece, principalmente, a tres razones²²⁹. La primera, porque toda la estructura de gobierno y el proceso de toma de decisiones están sometidos a los Estatutos que, si no se corresponden con los modelos propuestos por el Consejo de Estado, al menos, sí han sido supervisados por dicho órgano durante el proceso de creación de la entidad. Segunda, porque, en el caso de la *Fondation reconnue d'utilité publique*, la intervención del poder público está dentro de su propio gobierno, a través del agente interno o del comisario supervisor. Y la tercera razón, y primera en el tiempo, porque toda entidad fundacional tiene su origen en acto administrativo de autorización que conlleva la concesión de utilidad pública y la adquisición de personalidad jurídica.

Finalmente, y por lo que respecta al control de la actividad fiscal, si bien no es en Francia tan extenso e intenso como en otros países, realmente se ha convertido en el principal sistema de supervisión operativa de la actividad diaria de la Fundación y de las tareas de su gobierno. En este sentido, una entidad fundacional se beneficia de las exenciones fiscales que regula el Derecho francés si se constata que realmente la entidad persigue un fin de interés general, que no hay beneficio privado ni particularizado y que, en caso de disolución o extinción, sus Estatutos prevén que los bienes y derechos resultantes sean destinados a otras instituciones con fines análogos²³⁰.

²²⁹GARDEÑES SANTIAGO, M., *Las Fundaciones en Derecho Internacional...*, op. cit., págs. 89-90.

²³⁰ALLI TURRILLAS, J.C., *La Fundación ¿Una casa sin dueño?...* op. cit., pág. 662.

3) LOS ELEMENTOS DE LA FUNDACIÓN EN LA ACTIVIDAD FUNDACIONAL

3.1) El fin fundacional como un fin de interés general, posible, lícito y determinado

Si previamente hemos definido el ente fundacional como un sujeto de Derecho con personalidad jurídica propia que nace en virtud de la afección permanente de un patrimonio a la consecución o cumplimiento de un determinado fin de interés general, podemos afirmar, en consecuencia, que este último se constituye como elemento esencial de la Fundación. Tal como tuvimos la oportunidad de indicar con anterioridad, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en esta misma línea en su STCO de 22 de marzo de 1988, cuyo fundamento jurídico quinto viene a definir la Fundación como “*una persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un interés general*”. Así pues, el fin perseguido por la Fundación ha de ser, además de posible, lícito y determinado, de interés general, ya que nuestro ordenamiento jurídico no admite la existencia de entes fundacionales que respondan a un interés particular, aunque dicho interés sea altruista y no tenga connotaciones lucrativas²³¹.

La CE (art. 34), la LF (art. 3.1), así como las normas autonómicas -entre ellas, la LFA (art. 3.1²³²)- exigen como requisito necesario para la validez jurídica de una Fundación que esta tenga como finalidad el cumplimiento de un interés general. Por su parte el art. 35 del CC habla de fundaciones “*de interés público*”.

Tal y como señala el art. 3.1 de la LF:

²³¹ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*,.. op. cit., pág. 278.

²³² Señala el art. 3.1: “Las fundaciones deberán perseguir fines de interés general como pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado y de respaldo a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, o cualesquiera otros de análoga naturaleza, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y estatutarios y de defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, de investigación científica y desarrollo tecnológico, o de establecimiento de vínculos de solidaridad entre las personas y los territorios”.

“Las fundaciones deberán perseguir fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico”.

Si bien el artículo 35 del CC emplea la expresión “*de interés público*”, la doctrina ha sido prácticamente unánime al determinar que ambos términos son equivalentes²³³. En este sentido, la mayoría de autores, como DÍEZ PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS²³⁴, identifican interés general con interés público, señalando que la esencia de las fundaciones radica en que el fin fundacional beneficie a una colectividad indeterminada de individuos. También otros, como PANTALEÓN²³⁵, consideran igualmente equiparables ambos conceptos pero señalan como raíz común, no sólo la indeterminación de los beneficiarios sino, además, la trascendencia social del objeto fundacional.

No obstante, esta visión no es compartida, entre otros, por LACRUZ, quien distingue entre interés general e interés público²³⁶. A tal efecto, el aludido autor defiende que el interés general es un concepto más amplio que el de interés público ya que aquel, en un momento concreto y determinado, puede ser público, o no. En este sentido, afirma que el interés general no es un concepto unívoco, sino que admite una amplia gama de acepciones, sin que pierda tal consideración por el hecho de reducirse el círculo de los posibles favorecidos o porque se conceda preferencia a casos determinados. No

²³³ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*,... op. cit., pág. 278.

²³⁴ DIEZ PICAZO, L. Y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil I*, Edición 11ª, Tecnos, Madrid, 2003, págs. 617 y 618.

²³⁵ PANTALEÓN PRIETO, F. “Asociación y Sociedad”, *Anuario de Derecho Civil*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1993, págs. 23 y ss.

²³⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L., “Aportación para una futura ley de fundaciones”, *Hacia un Estatuto de las Fundaciones en España*, Centro de Fundaciones, Madrid, 1979, pág. 59.

obstante, aunque en la práctica puede resultar difícilmente discernible, tal como precisa DE LORENZO, no cabe confundir el establecimiento de un orden de prelación en la acción fundacional con restringir esta a la exclusiva atención de los llamados casos preferentes desdeñando el resto que no lo son, pues, en ese caso, el fin fundacional, lejos de predicar el interés general, simplemente obedecería a un mero interés particular²³⁷.

Si bien en sus orígenes el fin fundacional se circunscribía al ámbito de la beneficencia, poco a poco el campo de actuación de esta figura ha experimentado un incremento que va más allá de la actividad benéfico-social. En este sentido, el artículo 3.1 de la LF y los preceptos correspondientes de las leyes autonómicas – así, el art. 3.1 de la LFA- establecen un amplio y variado elenco de posibles fines que puede perseguir una Fundación. En esta relación rige el principio de *numerus apertus*, de tal modo que no se excluye la posibilidad de que se constituyan fundaciones que respondan a otros fines, los cuales, no obstante, siempre han de tender a la satisfacción o consecución de un beneficio general, objetivo que, para algunos autores como el mencionado DE LORENZO, se logra cuando aquel responde a los derechos, libertades, valores y principios que nuestra Carta Magna y el “bloque de constitucionalidad” ensalzan, ya que, si éstos son dignos de acogimiento constitucional, significa que son de interés para la colectividad²³⁸.

Como hemos indicado al principio, junto al requisito del interés general, y de conformidad con lo expuesto en el apartado segundo del artículo 34 de la CE, el cual remite a los apartados segundo y cuarto del artículo 22, el fin fundacional ha de ser posible, lícito y determinado. En consecuencia, sólo tendrán cabida en nuestro Derecho aquellas fundaciones que respondan a un fin cuyo cumplimiento sea real y concreto aunque ello no impedirá que un mismo ente fundacional pueda perseguir varios fines, los cuales, en cualquier caso, habrán de ser homogéneos y conciliables entre sí, de tal modo que no supongan la ruptura de la unidad del ente²³⁹. Asimismo, el fin fundacional, además de posible y determinado, también habrá de ser lícito, sin que, por tanto, pueda contravenir el ordenamiento jurídico vigente, ya que ello conculcaría tanto el Estado de

²³⁷DE LORENZO GARCÍA, R., *El Nuevo Derecho de Fundaciones...* op. cit., pág. 414.

²³⁸DE LORENZO GARCÍA, R., *El Nuevo Derecho de Fundaciones...* op. cit., pág. 415.

²³⁹BADENES GASSET, R. *Las Fundaciones de Derecho Privado...* op. cit., pág. 60.

Derecho consagrado en el artículo 1.1 de la CE como el principio de legalidad que reconoce el artículo 9.3 de la Carta Magna.

El incumplimiento de los requisitos que ha de cumplir el fin fundacional puede ser originario o sobrevenido. El primer caso acarrearía la nulidad del negocio jurídico fundacional, mientras que, en el segundo supuesto, se produciría el cese de las actividades de la Fundación. De cualquier modo, la extinción sobrevenida del interés general que motiva la creación de una Fundación no afectará a la vinculación jurídica de los bienes que constituyen el patrimonio fundacional, pues dicha vinculación es permanente, de tal manera que los bienes de la Fundación que se extinga, bien porque su fin ha sido satisfecho, bien porque su fin es de imposible cumplimiento, se destinarán, con carácter general, a actividades similares o análogas sin que puedan revertir al fundador o a sus legítimos herederos²⁴⁰, cuestión que analizaremos con mayor detenimiento en otro epígrafe de este mismo trabajo.

En cualquier caso, y al objeto de garantizar la perdurabilidad de la Fundación en el tiempo²⁴¹, el fin fundacional no ha de permanecer inmutable a lo largo de los años, sino que, tal como tendremos ocasión de desarrollar al abordar el negocio fundacional, cabe actualizarlo o adecuarlo al interés general colectivo del momento²⁴² sin que, con dicha actuación, se llegue a pervertir la voluntad del fundador plasmada en los Estatutos fundacionales. Este límite ha quedado patente, entre otras, en la STSJ de Galicia, Cont-Adm, de 17 de noviembre de 1998²⁴³.

²⁴⁰Tal como señala la STC de 21 de diciembre de 2005, en el último párrafo de su Fundamento de Derecho Séptimo, respecto a la posible reversión de los bienes fundacionales, " (...) *no puede entenderse que (se permita) al fundador hacer previsiones, para después de la extinción de la fundación, que ignoren o contradigan la finalidad de interés general que la Constitución impone como esencia de la naturaleza jurídica de la institución (...)*".

En cualquier caso, cabe destacar que, con anterioridad a la entrada en vigor de la LF, sí se permitía la reversión de los bienes fundacionales a favor de los herederos del fundador, cuestión sobre la que tendremos la oportunidad de profundizar en otro apartado de este mismo trabajo al analizar las SSTS, Cont-Adm, de 6 de junio de 1987 y de 8 de noviembre de 2011, y la SAP de Madrid, sección 12ª, de 30 de diciembre de 2013, entre otras.

²⁴¹ BADENES GASSET, R. *Las Fundaciones de Derecho Privado...* op. cit., pág. 61

²⁴²Entre otras, SSTS, Cont-Adm, de 20 de diciembre de 1985 y de 24 de diciembre del mismo año.

²⁴³Tal como señala el Fundamento de Derecho Segundo, párrafo séptimo, de la citada STSJ de Galicia: "*Concretados de ese modo los términos de la presente litis y establecidos como premisa normativa, por tanto, que los Estatutos fundacionales, a los que la autoridad competente concedió su aprobación, son la ley a la que deben quedar sometidos todos los individuos que de ella formen parte en cuantos asuntos se refieran al fin y objeto de la fundación, la actuación obviamente de la Administración - aquí impugnada-, (...) supone la inobservancia y contravención de los mentados Estatutos y correlativas disposiciones legales y reglamentarias (...), decisión que ha de reputarse nula, (...). La Administración demandada (...) ha de quedar sometida (a los Estatutos) en lugar de vulnerarlos al*

Si, tal como acabamos de exponer, nuestra legislación exige que las fundaciones han de perseguir fines de interés general, a *sensu contrario*, cabe concluir igualmente que suprime cualquier atisbo de creación de entes fundacionales cuya finalidad sea el beneficio de individuos concretos. El fin fundacional ha de tener un interés para la sociedad en general o, al menos, para un sector genérico de población, pero no para personas determinadas con exclusión de las demás.

La concurrencia del interés general en nuestro Derecho como requisito imprescindible para la creación de cualquier Fundación tiene razones históricas. A tal efecto, la legislación sobre fundaciones posterior a la publicación del Código Civil, a la cual nos hemos referido en otro epígrafe de este trabajo, ya recogía este requisito cuya ausencia impedía la constitución de la Fundación. En este sentido, resulta de interés la SAN, Cont-Adm, de 21 de diciembre de 2005, que niega la inscripción a una Fundación porque su fin no persigue el interés general. En concreto, señala dicha Sentencia que:

“(...) los fines perseguidos por la Fundación en proceso de constitución, no pueden reputarse de interés general, dado el tipo de actividades llevadas a cabo y la ausencia de autorización administrativa para las mismas. (...) No puede entenderse que se cumpla un fin de interés general, cuando la actividad de la Fundación que pretende constituirse y adquirir personalidad jurídica se sitúa al margen de las normas legales (...)”.

La exigencia del interés general en la institución fundacional acaba con cualquier atisbo de debate en torno a la viabilidad legal de una figura que fue típicamente española como los mayorazgos o fundaciones familiares, a la cual también hemos aludido con anterioridad. Si bien la CE (art. 34) y el propio CC (art. 35) ya prohibían de una forma implícita la constitución de fundaciones familiares en nuestro ordenamiento jurídico al vincular esta figura con el interés general, la LF contempla expresamente tal mandato en su artículo 3.3, el cual establece que *“en ningún caso*

amparo de que antes que la finalidad de la fundación es la mera voluntad del fundador la ley suprema y duradera, por cuanto que la finalidad en acción de la fundación ha de primar sobre esa voluntad, debiendo limitarse el Protectorado, no a arrogarse funciones del Patronato, como así hizo sino a asegurar y controlar el cumplimiento de esa voluntad y de las normas que son aplicables tanto en su constitución como en su funcionamiento (...).”

podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general”.

A pesar del tenor literal del precepto que acabamos de relatar, tampoco cabe suponer que nuestro Derecho permita la creación de fundaciones en favor de algún pariente más allá del cuarto grado, pues, como hemos comentado, el espíritu de la norma no es otro que evitar que el posible o posibles beneficiarios estén determinados personalmente. En cualquier caso, nada obsta o impide que el propio fundador o sus parientes puedan beneficiarse de la actividad fundacional pero lo serán, no por su condición de fundador o parientes, sino porque forman parte de la colectividad indeterminada en cuyo beneficio ha sido constituida la Fundación, sin que pueda existir a causa del citado vínculo ningún tipo de favor en el trato que se otorgue a estas personas dentro de la colectividad de beneficiarios. No obstante, coincidimos con DE CASTRO cuando afirma que es válida aquella Fundación que otorgue una preferencia en la prestación de su servicio o actividad a una determinada clase de personas (incluso parientes), siempre y cuando esta prevalencia no se oponga al carácter benéfico de la misma y no suponga la exclusión total del resto de posibles beneficiarios²⁴⁴.

Por otro lado, el hecho de que el Patronato de una Fundación tenga un carácter marcadamente familiar no impide que pueda afectar al carácter benéfico de la Fundación y, por tanto, tampoco a su validez, siempre que el destino de la actividad fundacional vaya dirigido hacia una colectividad indeterminada de individuos y no, única y exclusivamente, a los miembros de determinadas familias²⁴⁵. De hecho, tal como ha puesto de manifiesto LÓPEZ JACOISTE²⁴⁶, el interés público es compatible con un amplio círculo de personas, siempre que implique destinatarios indeterminados o, al menos, relativamente indeterminados. En conclusión, podemos afirmar que la prohibición de las fundaciones familiares es una manifestación o consecuencia derivada de la imposibilidad de creación en nuestro ordenamiento jurídico de fundaciones particulares que sólo beneficien a un grupo concreto, determinado o reducido de

²⁴⁴DE CASTRO, F., “Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares”... op. cit., págs. 650 y 651.

²⁴⁵DE CASTRO, F., “Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares”... op. cit., pág. 649.

²⁴⁶LÓPEZ JACOISTE, J.J., “La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones”... op. cit., pág. 583.

individuos.

Como último argumento que justifica la imposible existencia de fundaciones familiares en nuestro Derecho, debemos remontarnos, al igual que ha hecho DE CASTRO, al origen de esta figura cuyo nacimiento se halla en la desgraciada desviación de la doctrina alemana sobre los conceptos de Fundación y Fundación familiar que, posteriormente, traspasaron las fronteras germanas y anidaron en la doctrina común²⁴⁷. En Alemania, se generalizaron diversos tipos de vinculaciones de bienes que poco a poco impregnaron los diversos sistemas europeos. Uno de aquellos tipos de vinculaciones, el conocido como fideicomiso alemán, que suponía una simple vinculación de los bienes a la familia, se desarrolló profusamente en España recibiendo en nuestra tierra el nombre de mayorazgo. No obstante, la doctrina germana también creó otro tipo de vinculaciones mucho más complejas en su organización, llegando alguna de ellas a presentar incluso pequeñas asambleas que decidían sobre los bienes vinculados. Sólo a partir de la segunda mitad del siglo XX se comenzó a distinguir entre las dos figuras referidas, recibiendo la primera de ellas, es decir, la simple vinculación, el nombre de fideicomiso de familia, mientras que la segunda, que se caracterizaba por presentar una organización más intrincada, recibió la denominación de Fundación familiar siendo, además, la única que tenía la consideración de persona jurídica. Así pues, junto con la restante argumentación previamente expuesta, cabe afirmar que la simple vinculación de bienes a favor de una familia, al carecer de personalidad y capacidad de obrar autónoma e independiente, nunca podrá tener la consideración de ente fundacional, todo ello sin perjuicio de que en España, una vinculación de bienes al margen de la Fundación, está, además, sometida a las restricciones del art. 781 del CC²⁴⁸.

Finalmente, resulta oportuno resaltar que, desde la perspectiva del Derecho comparado, la exigencia y regulación del interés general en la figura fundacional no es homogénea en todos los países, pudiendo distinguirse dos grandes bloques. Por un lado, los Estados con tradición política liberal, como Reino Unido, Suecia, Bélgica, Holanda

²⁴⁷DE CASTRO, F., "Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares"... op. cit., págs. 627 y ss.

²⁴⁸Señala el art. 781 del CC: "*Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.*"

o Estados Unidos, los cuales se caracterizan por la libertad de creación de fundaciones, mientras que otro elenco de países, tales como Francia, Portugal, Italia, Alemania, Austria o la propia España, exigen para el reconocimiento del ente fundacional una intervención administrativa de naturaleza pública y, con algunas excepciones, una finalidad de interés general²⁴⁹.

3.2) La voluntad del fundador: el negocio jurídico fundacional

3.2.1) Naturaleza jurídica y delimitación conceptual

El negocio jurídico fundacional es un negocio *sui generis*, no encuadrable en otras categorías²⁵⁰, habiéndose formulado múltiples tesis sobre su naturaleza jurídica. En este sentido, tal como expone SERRANO CHAMORRO, en un primer momento, la doctrina alemana (BRINZ y PFEIFER) y francesa (DE LAPREDELLE y DEJUST) calificaron el negocio fundacional como un acto puramente patrimonial unido a un mandato para emplear las rentas de dichos bienes a una finalidad determinada por la voluntad del fundador²⁵¹. Esta teoría consideraba la Fundación como un negocio jurídico patrimonial y bilateral, ya que el Estado o la Iglesia aceptan dicha atribución patrimonial con carga.

Será precisamente en el país germano donde comience a fraguarse una nueva *opinio iuris* sobre la naturaleza jurídica fundacional, siendo el alemán KHOLER el propulsor de la misma. Según el citado jurista, el negocio jurídico fundacional estará compuesto por dos negocios jurídicos unilaterales, el de constitución del ente fundacional y el de dotación del patrimonio en favor del mismo para la consecución de sus fines²⁵². Cabe así distinguir, por un lado, el acto de creación de la persona jurídica y, por otro, el de disposición patrimonial. Esta teoría fue avalada en nuestro país, entre otros autores, por BONET RAMÓN, quien va a distinguir dos actos en el negocio fundacional: un negocio unilateral no recepticio, por el cual el fundador declara querer un ente autónomo y la finalidad del mismo, y un negocio también unilateral no

²⁴⁹MERINO MERCHÁN, J.F. Y PALMA FERNÁNDEZ, J.L. “Comentarios al artículo 34 de la Constitución Española”... op. cit., págs. 553 y ss.

²⁵⁰DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España...*, op. cit., pág. 768.

²⁵¹SERRANO CHAMORRO, M^a E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio...* op. cit., págs. 65 y ss.

²⁵²GASCÓN ICHAUSTI, F., “Joseph Kholer”, *Juristas Universales*, Volumen III, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 568.

recepticio de dotación²⁵³. Considerando que la naturaleza de este segundo acto y su relativa similitud con otras figuras afines puede inducir a cierta confusión, profundizaremos sobre el mismo cuando abordemos el apartado dedicado a la dotación de la Fundación.

Por el momento, tan sólo aclarar que, coincidiendo con VALERO AGÚNDEZ, estimamos que el negocio fundacional no debe ser considerado, ni como dos actos separables e independientes (declaración de voluntad y dotación), ni como un acto principal y otro accesorio (la declaración de voluntad sería el acto principal y la dotación el accesorio), sino que se trata de un acto jurídico único, siendo necesario, no obstante, examinar por separado el aspecto creador y el dotacional²⁵⁴. En virtud de la existencia de ambos elementos, el negocio jurídico fundacional va a pertenecer, por un lado, a los negocios propios del Derecho de la persona y, por otro, debido a la dotación, a los negocios sometidos al Derecho patrimonial. Así, para el citado autor, el negocio jurídico fundacional estaría encuadrado dentro de la categoría de los negocios jurídicos unilaterales de autovinculación, pues, en un solo acto, concurre una única voluntad, la del fundador, en virtud de la cual se crea el ente fundacional con carácter de permanencia y se vincula al mismo un patrimonio para el cumplimiento de sus fines. En cualquier caso, se puede afirmar que la delimitación del negocio jurídico fundacional no es tarea fácil ya que se trata de un acto único que presenta un triple despliegue (creación con una finalidad, vinculación de un patrimonio y atribución del mismo), estando los elementos que lo componen tan intrínsecamente unidos que, en ausencia de alguno de ellos, el negocio fundacional no existiría o sería nulo.

Así pues, en nuestra opinión, partiendo de esta dificultad, se podría definir el negocio fundacional como aquel negocio jurídico unilateral, gratuito, irrevocable, solemne y no recepticio dirigido a la constitución de una Fundación como ente autónomo y que se lleva a cabo mediante la vinculación de un conjunto de bienes a un fin determinado de interés general. En este sentido, y sin perjuicio de profundizar sobre estos aspectos en otros apartados del presente trabajo de investigación, el negocio jurídico fundacional es unilateral porque sólo existe una parte -con independencia de

²⁵³BONET RAMÓN, F., *Perspectiva de la Responsabilidad Civil. Estudio de Derecho Comparado*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975, pág. 39.

²⁵⁴VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa...*, pág. 69

que pueda estar constituida, o no, por una pluralidad de sujetos-; es gratuito porque no tiene finalidad lucrativa; es, como regla general, irrevocable porque no puede ser revocado una vez que se perfecciona²⁵⁵; es solemne²⁵⁶ porque exige otorgamiento de escritura pública en el caso de constitución *inter vivos* o disposición testamentaria, que habrá de ajustarse a las modalidades y requisitos fijados en el Código Civil o en los Derechos civiles especiales para el otorgamiento de testamento²⁵⁷²⁵⁸, y, finalmente, es no recepticio porque no necesita de recepción ni aceptación por tercero para que sea válido.

3.2.2) Elementos del negocio fundacional

En un epígrafe anterior de este trabajo de investigación, tras analizar con espíritu integrador la opinión de varios autores, así como el texto de la propia LF, consideramos

²⁵⁵Tal como expondremos en otros epígrafes de este trabajo, en el caso de fundaciones constituidas *inter vivos*, el negocio jurídico fundacional se perfecciona con la escritura pública de constitución, mientras que, en el caso de fundaciones constituidas *mortis causa*, con la eficacia del testamento, la cual tiene lugar tras el fallecimiento del fundador.

²⁵⁶ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*,... op. cit., pág. 280.

²⁵⁷El artículo 9, apartado segundo, de la LF exige escritura pública en el supuesto de constitución de una fundación mediante acto *inter vivos*, mientras que, por su parte, el apartado tercero del aludido precepto establece la necesidad de disposición testamentaria para el caso de constitución *mortis causa*. Además, ambos instrumentos, además cumplir con los requisitos inherentes a su naturaleza, deberán ajustar su contenido a lo dispuesto en el artículo 10 del antedicho cuerpo legal, según el cual, “*la escritura de constitución de una fundación deberá contener, al menos, los siguientes extremos:*

- a) *El nombre, apellidos, edad y estado civil del fundador o fundadores, si son personas físicas, y su denominación o razón social, si son personas jurídicas, y, en ambos casos, su nacionalidad y domicilio y número de identificación fiscal.*
- b) *La voluntad de constituir una fundación.*
- c) *La dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación.*
- d) *Los Estatutos de la fundación, cuyo contenido se ajustará a las prescripciones del artículo siguiente.*
- e) *La identificación de las personas que integran el Patronato, así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional”.*

En nuestra opinión, la exigencia de disposición testamentaria con los requisitos exigidos por el Código Civil para la constitución de fundaciones *mortis causa*, impide emplear otros medios para este fin como, por ejemplo, los pactos sucesorios que ciertos Derechos Forales reconocen.

²⁵⁸Si bien la necesidad de escritura pública para la constitución de una fundación es, en la actualidad, un requisito exigible al amparo del artículo 9 de la LF, cabe reseñar que, con anterioridad a la entrada en vigor de este cuerpo legal, la jurisprudencia ya establecía la necesidad de dicha solemnidad para constituir una entidad fundacional. A modo de ejemplo, podemos citar la STS, Civil, de 22 de marzo de 1983, cuyo “Considerando” sexto viene a señalar “*Que en el actual momento legislativo y a la espera de la Ley que desarrollará el derecho de fundación para fines de interés general acogido en el art. 34 en relación con el 53 de la Constitución, la deficiente regulación subsiguiente al ya citado art. 35 del Código Civil mayoritariamente exige que la voluntad fundacional se manifieste libremente pero exigiendo en requisito esencial para la adquisición por la Fundación de la personalidad jurídica que la carta fundacional se otorgue precisamente en escritura pública con especificaciones mínimas (...)*”.

como concepto más adecuado de Fundación aquel que la define como un sujeto de Derecho con personalidad jurídica propia que nace en virtud de la afección permanente de un patrimonio a la consecución o cumplimiento de un determinado fin de interés general. A raíz de esta definición y atendiendo a la naturaleza jurídica del negocio fundacional, se pueden distinguir los siguientes elementos del mismo: voluntad de creación de una Fundación, determinación de un fin de interés general con carácter de permanencia, asignación de un patrimonio que queda vinculado a la satisfacción de la finalidad y organización del ente fundacional.

La declaración de voluntad es el primer requisito para que se perfeccione el negocio fundacional. Mediante ella, una o varias personas, dotadas de capacidad y autonomía para ello, van a manifestar libremente su intención de constituir un ente cuyo contenido y caracteres vendrán dados por el resto de elementos que conforman el negocio jurídico fundacional. El acto volitivo llevado a cabo por el fundador o fundadores se va a materializar en la determinación del fin de la Fundación y en su dotación, elementos esenciales del negocio fundacional, aunque, como seguidamente trataremos, hay autores, como LINARES ANDRÉS²⁵⁹, SERRANO CHAMORRO²⁶⁰ y MORILLO GONZÁLEZ²⁶¹ que también defienden la inclusión de un elemento más: la organización.

Esta función integradora de la voluntad del fundador, que se proyecta, cuando menos, en la determinación de la finalidad de interés general y en la dotación inicial de patrimonio, ha sido el argumento empleado por un sector doctrinal para definir la voluntad como la “piedra angular” del negocio jurídico fundacional²⁶². En todo caso, al igual que sucede en cualquier negocio jurídico, para que la voluntad expresada surta plenos efectos ha de ser otorgada libremente y, al ser un negocio solemne, cumpliendo las solemnidades legalmente previstas. Más adelante profundizaremos en el tema de la forma de constitución de la Fundación, así como en los problemas de capacidad del fundador o fundadores.

En cuanto al fin fundacional, tal como exige el ordenamiento jurídico y la

²⁵⁹LINARES ANDRÉS, L., *Las Fundaciones: patrimonio, funcionamiento y actividades...* op. cit., pág. 26.

²⁶⁰SERRANO CHAMORRO, M^a E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio...* op. cit., pág. 93.

²⁶¹MORILLO GONZÁLEZ, F., *El proceso de creación de una fundación...* op. cit., págs. 29 y ss.

²⁶²PIÑAR MAÑAS, J.L. Y REAL PÉREZ, A., *Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador...* op. cit., págs. 29 y ss.

tradición, ha de satisfacer el interés general y ser posible, lícito, determinado y permanente. La determinación del fin será realizada por el sujeto o sujetos que manifiestan expresamente la voluntad de creación de un ente fundacional, debiendo constar, según proceda, en la escritura pública de constitución o en la disposición testamentaria. Asimismo, el fin deberá ser concreto y claro en el momento de celebrar y perfeccionar el negocio fundacional para, entre otras cuestiones, poder apreciar que en él concurren todos los requisitos antes indicados. En este sentido, respecto al interés general exigido por los ya comentados artículos 34.1 de la CE y 2.1 y 3 de la LF, nos remitimos a lo ya expuesto en un epígrafe previo de este trabajo, no sin antes recordar que el interés general exige que el beneficiario sea una colectividad indeterminada de individuos sin que sea posible la búsqueda de beneficios particulares a través de la actividad fundacional.

La licitud es otra de las características del fin fundacional aunque resulta difícil imaginar un fin que cumpla el requisito del interés general y sea ilícito. No obstante, la licitud hay que considerarla como requisito autónomo del fin fundacional con independencia del interés general que también debe cumplir este porque así se deduce del apartado segundo del artículo 34 de la actual Carta Magna cuando, al remitir expresamente al contenido de artículo 22.2, que regula el derecho de asociación, viene a declarar la ilicitud de aquellas entidades que persigan fines contrarios al ordenamiento jurídico. En cualquier caso, la licitud del fin fundacional es un requisito que ha de estar vigente a lo largo de la existencia del ente fundacional por lo que, en el supuesto de ilicitud sobrevinida, es lógico afirmar que procedería la extinción del mismo.

Por otro lado, aunque es una exigencia que resalta por su obviedad, el fin fundacional ha de ser posible, es decir, que no sea contrario a las leyes de la naturaleza o de la razón. Ciertamente, este requisito podría entenderse subsumido en el concepto de interés general, pues es difícil pensar un fin de interés general que no sea factible, pero hemos querido destacarlo porque, aunque se trate de un supuesto de laboratorio, podría existir una Fundación cuyo fin fuera lícito, determinado y cumpliera el interés general pero, sin embargo, fuera imposible, por lo que, llegado este extremo, habría que declarar la invalidez de este ente fundacional.

Finalmente, la Fundación se constituye con la idea de permanencia en el tiempo,

más allá incluso de la vida del fundador ya que, normalmente, el cumplimiento de su fin no es cuestión de un solo día sino que requiere una constancia en el desarrollo de su actividad que, sin desvirtuar sus elementos esenciales, podrá adaptarse a las nuevas necesidades sociales²⁶³. En este sentido, resulta esclarecedora la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en reiteradas ocasiones, ha puesto de manifiesto la necesidad de interpretar la voluntad de la persona fundadora atendiendo a la realidad social imperante y al interés de los destinatarios de la actividad fundacional. Entre todas, procede destacar las SSTs, Cont-Adm, de 20 de diciembre de 1985 y de 24 de diciembre del mismo año. Así, el Fundamento de Derecho Cuarto de esta última viene a señalar:

*“(...) que el Protectorado ha de velar por el interés general de los destinatarios de la Fundación al mismo tiempo que por el particular del respeto de la voluntad del fundador. O si se prefiere, lo que la norma quiere decir es que la voluntad del fundador ha de interpretarse valorando también el interés de los destinatarios en cuyo favor el fundador estableció la institución. De manera que la voluntad del fundador en el caso que nos ocupa (...) (es) que el Patronato que se constituya esté en las mejores condiciones de servir a la colectividad de los asilados”*²⁶⁴.

Asimismo, el también Fundamento de Derecho Cuarto de la señalada STS de 20 de diciembre de 1985, establece que:

“(...)la voluntad del fundador es el primero y el principal de los elementos a tener en cuenta aquí, pero sin que por ello deba llegarse al extremo de considerar que dicha voluntad es soberana u onnipotente, entre otros motivos, porque a ella le afectan las limitaciones inherentes a todo querer, el no poder querer aquello que previamente no se conoce (nihil volitum quid precognitum), y, por tanto, en supuestos (...) en los que la voluntad del fundador ha quedado objetivada, cristalizada, en la situación existente en el momento de emitirla, incluso prolongada hasta el día de fallecimiento del causante, no se debe incurrir en la ilusión de suponer que esa voluntad es la utilizable para resolver situaciones no previstas por el propio fundador(...)”

²⁶³ CARRANCHO HERRERO, M^a T., *La constitución de fundaciones...* op. cit., págs. 118 y 119

²⁶⁴ En esta misma línea se ha pronunciado también, por ejemplo, la STS, Civil, de 21 de julio de 2003.

Además, tal como continúa la Sentencia, la entidad fundacional persigue el cumplimiento de unos fines, los cuales

“(...) consisten en la prestación de los servicios benéficos programados, cuyos destinatarios, los beneficiados con estos servicios, son los que hay que procurar obtengan los mismos en la mayor proporción posible, y de la mejor manera; constituyendo esto el objetivo a alcanzar en la interpretación teleológica de la norma”.

Otra de las características del negocio jurídico fundacional es la asignación y vinculación de un patrimonio para la consecución de un fin, acto que se denomina “dotación”. Como hemos indicado con anterioridad al analizar la naturaleza jurídica del negocio fundacional, este no consiste en una simple atribución de bienes o en la vinculación aislada de un patrimonio a una finalidad concreta. En el negocio fundacional ambas figuras coexisten, se interrelacionan y, como hemos expuesto, concurren en un solo acto. Así pues, no existe Fundación, tanto si sólo se produce una atribución patrimonial pero esta no queda afecta a la consecución de un fin, como si se declara la vinculación de unos bienes a una finalidad concreta pero no se efectúa la transmisión material de los mismos al ente fundacional. Si bien la dotación y su regulación jurídica será objeto de estudio más pormenorizado en el próximo epígrafe, conviene adelantar en este momento que, tal como exigen los artículos 12.1 de la LF y 14.1 de la LFA, la dotación habrá de ser adecuada y suficiente para cumplir con los fines de la Fundación, presumiéndose como tal cuando alcance, al menos, los 30.000 euros²⁶⁵.

En cuanto a la organización, tal como ya habíamos avanzado, sólo un sector doctrinal encabezado, entre otros, por SERRANO CHAMORRO, MORILLO GONZÁLEZ y LINARES ANDRÉS, defiende su concurrencia como elemento esencial del negocio fundacional. No obstante, la vigente LF parece dar la razón a estos autores cuando en su

²⁶⁵Señala el artículo 12.1 de la LF: “La dotación, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales. Se presumirá suficiente la dotación cuyo valor económico alcance los 30.000 euros”.

Del mismo modo el artículo 14.1 de la LFA: “La dotación, que podrá consistir en bienes y derechos de presumirá suficiente la dotación cuyo valor económico alcance los treinta mil euros”.

artículo 2.1 emplea el término “*organizaciones constituidas*” para delimitar conceptualmente a las fundaciones y, en sus artículos 10, apartado d), y 11, letra e), exige que sus Estatutos, los cuales han de figurar en la escritura de constitución, contemplen las reglas de composición y funcionamiento del Patronato²⁶⁶, apartándose así de la tendencia que mayoritariamente había regido en nuestra doctrina por la que las fundaciones eran patrimonios de bienes y derechos adscritos a un fin, quedando la idea de “organización” al margen del concepto fundacional. En contraposición a esta postura, hay autores, como CARRANCHO HERRERO²⁶⁷, que se oponen a este criterio argumentando que, cuando la ley menciona “*organizaciones constituidas*”, hace referencia a la Fundación, y no al negocio fundacional, donde la ausencia del elemento “organización” no propicia la nulidad de pleno derecho del ente, el cual puede existir sin este requisito. Personalmente, compartimos las tesis que excluye el requisito de la “organización” como elemento esencial del negocio jurídico porque la propia LF, en su artículo 9.4, permite para las fundaciones constituidas *mortis causa* cuya organización no haya sido establecida en el negocio jurídico fundacional, que sea el albacea testamentario, en su defecto, los herederos o, en defecto de ambos, el Protectorado, los que se encarguen de suplir este déficit²⁶⁸ cuya ausencia no afecta, por tanto, a la eficacia y validez del negocio fundacional. Así pues, mientras que la declaración de voluntad, el fin y la dotación son elementos esenciales, la organización no es determinante para la existencia de negocio jurídico fundacional aunque sí será imprescindible para el funcionamiento cotidiano de la entidad.

Con respecto al nombre de la Fundación, el artículo 5.1 de la LF señala que este no podrá coincidir o asemejarse a ningún otro previamente inscrito, de tal forma que pueda ser motivo de confusión²⁶⁹. Asimismo, deberá figurar el término “Fundación” en

²⁶⁶ Señala el artículo 10.1, letra d) de la LF: “*La escritura de constitución de una fundación deberá contener, al menos, los siguientes extremos: (...) Los Estatutos de la fundación, cuyo contenido se ajustará a las prescripciones del artículo siguiente*”.

Por su parte el artículo 11.1, letra e) prescribe: “*En los Estatutos de la fundación se hará constar (...) La composición del Patronato, las reglas para la designación y sustitución de sus miembros, las causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos*”.

²⁶⁷ CARRANCHO HERRERO, M^a T., *La constitución de fundaciones...* op. cit., págs. 123 y ss.

²⁶⁸ El artículo 9.4 de la LF tiene el siguiente contenido: “*Si en la constitución de una fundación por acto mortis causa el testador se hubiera limitado a establecer su voluntad de crear una fundación y de disponer de los bienes y derechos de la dotación, la escritura pública en la que se contengan los demás requisitos exigidos por esta Ley se otorgará por el albacea testamentario y, en su defecto, por los herederos testamentarios. En caso de que éstos no existieran, o incumplieran esta obligación, la escritura se otorgará por el Protectorado, previa autorización judicial.*”

²⁶⁹ Tal como recuerda la SAN, Cont-Adm, de 16 de febrero de 2017, la denominación no puede generar

la denominación del ente, quedando prohibida, tanto la inclusión de términos o expresiones contrarios al ordenamiento jurídico, como el empleo único del nombre de España o de cualquiera de sus Comunidades Autónomas, entes locales u organismos oficiales nacionales o internacionales, para designar a la Fundación, salvo que alguna de estas instituciones o entidades sean los impulsores de la misma. Conjuntamente con estas exigencias, también es necesario que la denominación fundacional no haga referencia a actividades que no se correspondan con los fines fundacionales o que puedan inducir a error sobre la naturaleza del ente²⁷⁰.

Finalmente, el apartado segundo del antedicho precepto establece la inadmisión de aquellas denominaciones que incumplan alguno de los requisitos anteriormente expuestos²⁷¹, circunstancia que conecta directamente con las funciones del encargado del Registro de Fundaciones. En este sentido, de conformidad con los artículos 28.5 y 29.1 del RRF, el encargado del Registro no sólo calificará la validez y solemnidades que rodean el negocio jurídico fundacional, sino que podrá denegar la inscripción si el acto es inválido o nulo, e incluso suspenderla, si falta algún requisito que pueda ser subsanado posteriormente y no afecte a la validez del acto²⁷².

confusión ni con el nombre de una fundación ya inscrita, ni con el de aquella que se encuentra en proceso de formación.

²⁷⁰El artículo 5.1 de la LF tiene el siguiente contenido: “*La denominación de las fundaciones se ajustará a las siguientes reglas:*

a) Deberá figurar la palabra "Fundación", y no podrá coincidir o asemejarse de manera que pueda crear confusión con ninguna otra previamente inscrita en los Registros de Fundaciones.

b) No podrán incluirse términos o expresiones que resulten contrarios a las leyes o que puedan vulnerar los derechos fundamentales de las personas.

c) No podrá formarse exclusivamente con el nombre de España, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales, ni utilizar el nombre de organismos oficiales o públicos, tanto nacionales como internacionales, salvo que se trate del propio de las entidades fundadoras.

d) La utilización del nombre o seudónimo de una persona física o de la denominación o acrónimo de una persona jurídica distintos del fundador deberá contar con su consentimiento expreso, o, en caso de ser incapaz, con el de su representante legal.

e) No podrán adoptarse denominaciones que hagan referencia a actividades que no se correspondan con los fines fundacionales, o induzcan a error o confusión respecto de la naturaleza o actividad de la fundación.

f) Se observarán las prohibiciones y reservas de denominación previstas en la legislación vigente.”

²⁷¹Conforme al artículo 5.2 de la LF: *No se admitirá ninguna denominación que incumpla cualquiera de las reglas establecidas en el apartado anterior, o conste que coincide o se asemeja con la de una entidad preexistente inscrita en otro Registro público, o con una denominación protegida o reservada a otras entidades públicas o privadas por su legislación específica.*

²⁷²Artículo 28.5: *Se dictará resolución motivada denegando la inscripción, que se notificará a los interesados, en los supuestos siguientes:*

a) Cuando el informe del Protectorado a que se refiere el apartado 1 de este artículo sea desfavorable.

b) Cuando se aprecien defectos en la validez de los documentos presentados.

Artículo 29.1: *El Registro notificará la inscripción o, en su caso, la denegación o suspensión, a quien hubiera presentado el título.*

3.2.3) Formas de Constitución: *inter vivos* y *mortis causa*

Las modalidades de constitución de una Fundación quedan reguladas en el artículo 9 de la LF, pudiendo ser por actos *inter vivos* o *mortis causa*²⁷³.

a) Respecto a la primera de ellas, el apartado segundo del precepto aludido señala que la constitución de la Fundación por actos *inter vivos* se realizará mediante escritura pública, lo que pone de manifiesto el carácter solemne del negocio fundacional.

El contenido de la escritura pública queda determinado en el artículo 10 del referido cuerpo legal, debiendo contener, al menos, los siguientes extremos: identificación de la persona o personas fundadoras, su voluntad expresa de constituir una Fundación, la dotación, los Estatutos y las personas que integran el Patronato²⁷⁴.

En cuanto al contenido de los Estatutos, será el artículo 11 el que lo determine, señalando su apartado segundo que toda disposición estatutaria o manifestación de la voluntad de fundador que sea contraria al ordenamiento jurídico se tendrá por no puesta,

²⁷³Artículo 9

1. La fundación podrá constituirse por actos "inter vivos" o "mortis causa".
2. La constitución de la fundación por acto "inter vivos" se realizará mediante escritura pública, con el contenido que determina el artículo siguiente.
3. La constitución de la fundación por acto "mortis causa" se realizará testamentariamente, cumpliéndose en el testamento los requisitos establecidos en el artículo siguiente para la escritura de constitución.
4. Si en la constitución de una fundación por acto "mortis causa" el testador se hubiera limitado a establecer su voluntad de crear una fundación y de disponer de los bienes y derechos de la dotación, la escritura pública en la que se contengan los demás requisitos exigidos por esta Ley se otorgará por el albacea testamentario y, en su defecto, por los herederos testamentarios. En caso de que éstos no existieran, o incumplieran esta obligación, la escritura se otorgará por el Protectorado, previa autorización judicial.

²⁷⁴El artículo 10 de la LF, tiene el siguiente contenido: La escritura de constitución de una fundación deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

- a) El nombre, apellidos, edad y estado civil del fundador o fundadores, si son personas físicas, y su denominación o razón social, si son personas jurídicas, y, en ambos casos, su nacionalidad y domicilio y número de identificación fiscal.
- b) La voluntad de constituir una fundación.
- c) La dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación.
- d) Los Estatutos de la fundación, cuyo contenido se ajustará a las prescripciones del artículo siguiente.
- e) La identificación de las personas que integran el Patronato, así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional".

salvo que afecte a la validez constitutiva de la Fundación, en cuyo caso no procederá la inscripción de esta en el Registro de Fundaciones, privando así al ente fundacional del reconocimiento de la personalidad jurídica²⁷⁵.

La ausencia de algunos de los requisitos relacionados en los antedichos preceptos, a tenor de la taxatividad con la que ambos están redactados por el legislador, impedirá, como ya se ha adelantado, la inscripción de la Fundación en el correspondiente Registro, denegación que, según constata la STS, Cont-Adm, de 21 de octubre de 2003, ha de ser motivada y ampararse expresamente en un causa legal que sirva de fundamento²⁷⁶. En todo caso, dicha denegación no debe necesariamente presuponer la nulidad de pleno derecho del negocio fundacional, pues, si valoramos el contenido de los anteriormente citados artículos 28.5 y 29.1 del RRF, cabe afirmar que la inscripción podrá practicarse una vez subsanados los requisitos que inicialmente la hubieran impedido, siempre que, claro está, ello fuera posible y no afecte a la validez del acto²⁷⁷.

Finalmente, en la constitución *inter vivos* cabe la posibilidad de que la creación de una Fundación tenga su origen en una relación contractual bilateral previa, materializándose como obligación asumida por una de las partes a cambio de la contraprestación recibida. En este caso, nacerá la obligación de constituir si el contrato en el que se estipula cumple todos los requisitos que determina el ordenamiento

²⁷⁵El artículo 11 de la LF, relativo a los Estatutos señala:

1. *En los Estatutos de la fundación se hará constar:*

a) *La denominación de la entidad.*

b) *Los fines fundacionales.*

c) *El domicilio de la fundación y el ámbito territorial en que haya de desarrollar principalmente sus actividades.*

d) *Las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios.*

e) *La composición del Patronato, las reglas para la designación y sustitución de sus miembros, las causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos.*

f) *Cualesquiera otras disposiciones y condiciones lícitas que el fundador o fundadores tengan a bien establecer.*

2. *Toda disposición de los Estatutos de la fundación o manifestación de la voluntad del fundador que sea contraria a la Ley se tendrá por no puesta, salvo que afecte a la validez constitutiva de aquélla. En este último caso, no procederá la inscripción de la fundación en el correspondiente Registro de Fundaciones”.*

²⁷⁶Tal como recoge el párrafo primero del Fundamento de Derecho Décimo de la Sentencia citada: “(...) *Por ende, hallándose vinculado el nacimiento de la personalidad jurídica de esta a la inscripción, esta no puede ser no sólo denegada, sino tampoco suspendida por tal motivo sin invocar un precepto legal que expresamente autorice a ello con sujeción al procedimiento pertinente (...)*”.

²⁷⁷MORILLO GONZÁLEZ, F., *El proceso de creación de una fundación...* op. cit., pág. 109.

jurídico.

b) Por su parte, con respecto a la constitución *mortis causa*, el artículo 9.3 de la LF determina que se realizará mediante disposición testamentaria, debiendo cumplir el testamento los requisitos que el anteriormente aludido artículo 10 de la misma norma fija como contenido de la escritura de constitución. No obstante, si el testador sólo se hubiera limitado a detallar en la disposición testamentaria su voluntad de crear una entidad fundacional junto con los bienes y derechos que conforman su dotación, el artículo 9.4 impone a los albaceas testamentarios o, en su defecto, a los herederos la obligación de otorgar escritura pública en la que se detallen el resto de elementos consignados en el antedicho artículo 10. En caso de ausencia de ambas figuras o en el supuesto de que incumplan este mandato legal, la escritura se otorgará por el Protectorado, previa autorización judicial.

La posibilidad de constituir fundaciones *mortis causa* en el ordenamiento español, aunque es permitida por la Ley de Fundaciones, ha sido cuestionada por un sector doctrinal²⁷⁸, basándose en que nuestro CC, como requisito para suceder, exige que la persona llamada exista en el momento en que se produce el fallecimiento del causante. Por tanto, aparentemente, en el supuesto de constitución de fundaciones *mortis causa*, se conculcaría esta exigencia ya que resultaría instituido como heredero de un patrimonio un ente, la Fundación, que todavía no existe, por lo que, en consecuencia, no podría suceder.

Frente a esta postura, los defensores de la constitución de fundaciones *mortis causa*, como CARRANCHO HERRERO, argumentan que la eficacia del negocio jurídico fundacional tiene lugar cuando fallece el causante, momento en el que el testamento y las disposiciones en él contenidas adquieren plena operatividad. Es a partir de ese instante cuando la última voluntad del testador deviene eficaz y el ente fundacional adquiere personalidad jurídica propia, siempre y cuando reúna las condiciones que la LF exige, quedando pendientes tan sólo el cumplimiento de aquellos requisitos de carácter administrativo que resulten necesarios para la obtención de los beneficios que se establezcan en favor de las fundaciones²⁷⁹. Asimismo, hay autores como DE CASTRO

²⁷⁸VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Panorama del derecho de sucesiones I*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 52.

²⁷⁹CARRANCHO HERRERO, M^a T., *La constitución de fundaciones...* op. cit., págs. 148 y ss.

que se inclinan por defender que, en estos casos, se aplica a la Fundación un tratamiento jurídico análogo al empleado por el CC para la figura del *nasciturus*, reservándose el caudal hereditario al ente fundacional, el cual lo recibirá una vez que esté debidamente constituido²⁸⁰.

En cualquier caso, en nuestra opinión, la solución a esta disyuntiva no pasa ni por vincular la adquisición de personalidad jurídica de la entidad a la eficacia de la disposición testamentaria que prevé su creación, ni por identificar la incipiente Fundación con la figura del *nasciturus*. En estos casos, estimamos más ajustado a Derecho acudir a la figura de la Fundación en formación regulada en el artículo 13 de la LF, pues, mientras que el *nasciturus* es una ficción jurídica, la Fundación en formación no es una mera recreación ya que produce efectos jurídicos por sí misma como, por ejemplo, el cese de los patronos por parte del Protectorado si éstos no han procedido a la inscripción del ente fundacional en el Registro competente en un plazo de seis meses contados a partir de la fecha de otorgamiento de la escritura pública²⁸¹. Además, tal como tendremos la oportunidad de desarrollar seguidamente, tampoco es posible atribuir la personalidad jurídica al comienzo de la eficacia del testamento, pues, tanto la literalidad del artículo 4.1 de la LF como la jurisprudencia²⁸² llevan a afirmar que, tras la muerte del testador, más que el nacimiento de una persona jurídica, surge una masa patrimonial adscrita a un fin, siendo posteriormente los albaceas o herederos los encargados de dotar a la Fundación de personalidad jurídica con su inscripción registral.

Con independencia de unos u otros posicionamientos doctrinales, y al amparo del precitado artículo 9, apartados tercero y cuarto, de la LF, es indiscutible que el

²⁸⁰DE CASTRO, F., *Temas de Derecho Civil*, Marisal, Madrid, 1972, pág. 59.

²⁸¹Artículo 13

1. Otorgada la escritura fundacional, y en tanto se procede a la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones, el Patronato de la fundación realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la fundación, los cuales se entenderán automáticamente asumidos por esta cuando obtenga personalidad jurídica.

2. Transcurridos seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin que los patronos hubiesen instado la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones, el Protectorado procederá a cesar a los patronos, quienes responderán solidariamente de las obligaciones contraídas en nombre de la fundación y por los perjuicios que ocasione la falta de inscripción.

Asimismo, el Protectorado procederá a nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial, que asumirán la obligación de inscribir la fundación en el correspondiente Registro de Fundaciones.

²⁸²Entre otras, STS, Civil, de 8 de febrero de 1980, que matizó las soluciones jurisprudenciales precedentes, y SAN, Cont-Adm, de 13 de diciembre de 2005.

legislador estatal ha apostado por la creación de fundaciones *mortis causa*, posiblemente en un intento de respetar al máximo el deseo del causante. En este sentido, la constitución de una Fundación *mortis causa*, tal como ya ha quedado expuesto, se realizará mediante testamento, el cual deberá recoger tal extremo, así como el resto de requisitos enumerados en el artículo 10 de la LF para la escritura pública fundacional. No obstante, en ausencia de estos requisitos, el legislador también ha previsto la posibilidad de constituir una Fundación *mortis causa* con la mera manifestación de esta voluntad por parte del causante en su testamento, la cual deberá estar acompañada de los bienes y derechos que conforman la dotación. En este caso, a diferencia de lo dispuestos para el primer supuesto, la disposición testamentaria es, por sí misma, insuficiente para constituir la Fundación por lo que el legislador impone a los albaceas o, en su defecto, a los herederos la obligación de otorgar escritura pública que contenga el resto de los requisitos plasmados en el reiterado artículo 10 de la LF.

Respecto al plazo en el que, en esta última situación, los albaceas o, en su defecto, lo herederos testamentarios deben proceder al otorgamiento de la escritura pública fundacional, coincidimos con POUS DE LA FLOR cuando, en aplicación del artículo 904 del CC²⁸³ ante la inexistencia de regulación específica, afirma que los albaceas deberán cumplir su encargo dentro de un año, computado desde la aceptación de su cargo o desde que concluyera el proceso litigioso que hubiera podido promoverse respecto a la validez del testamento o de algunas de sus disposiciones. No obstante, en el caso de los herederos testamentarios, resulta más complicado determinar dicho plazo, puesto que no existe norma de Derecho Civil aplicable. Ante esta coyuntura, la citada autora aboga por acudir al período fijado en el propio artículo 13.2 de la LF, el cual, como ya hemos expuesto, otorga un plazo de seis meses desde que ha tenido lugar el fallecimiento del causante para que los patronos instituidos mediante testamento procedan al otorgamiento de la correspondiente escritura pública fundacional²⁸⁴.

Para finalizar esta cuestión, admitida la posibilidad legal de constituir fundaciones *mortis causa*, podrían concurrir tres situaciones para crear un ente

²⁸³Según el artículo 904 del Código Civil, “*el albacea, a quien el testador no haya fijado plazo, deberá cumplir su encargo dentro de un año, contado desde su aceptación, o desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento o de algunas de sus disposiciones*”.

²⁸⁴POUS DE LA FLOR, M^a.P., “Régimen Jurídico de las Fundaciones. Legislación Aplicable. Pluralidad Normativa. Derecho Estatal y Derecho Autonómico. Constitución y Atribución de Personalidad”, *Gestión y Administración de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 36.

fundacional por esta vía²⁸⁵: que el causante manifieste en el testamento su deseo de fundar asignando un patrimonio al ente que constituye e instituyendo a este como heredero o legatario, que el testador encargue a los albaceas constituir una Fundación con cargo al caudal hereditario o, finalmente, que el testador encargue a los herederos constituir una Fundación, supuesto que da lugar a la figura del heredero con carga, pues este, al aceptar la herencia, queda obligado a la constitución del ente fundacional.

En cualquier caso, y tal como puso de manifiesto la STS, Civil, de 3 de octubre de 1931, resulta oportuno recordar que no cabe confundir la figura del albacea con la del patrono instituido mediante disposición testamentaria, por lo que no es posible aplicar al segundo el régimen jurídico del primero y, en concreto, el artículo 909 del CC, según el cual, *“el albacea no podrá delegar el cargo si no tuviese expresa autorización del testador”*, delegación que, por el contrario, sí puede concurrir en la figura del patrono. En este sentido, el “considerando” cuarto de la citada Sentencia señala que, *“(…) si no existe identidad ni son iguales las funciones que a los patronos están encomendadas, con las que los albaceas deben cumplir, tanto en la finalidad cuanto en los medios para realizar esta, (...), resulta palmaria que al caso de esta litis no puede aplicarse la prohibición del artículo 909 del Código Civil (...)*”.

3.2.4) La irrevocabilidad del negocio fundacional

Tal como ya anunciamos en otro apartado de este trabajo, el negocio jurídico fundacional es, por lo general, irrevocable desde su perfección, circunstancia que, en el caso de fundaciones constituidas *inter vivos*, tiene lugar con la escritura pública de constitución, mientras que, en el caso de fundaciones constituidas *mortis causa*, con la eficacia del testamento, la cual se produce tras el fallecimiento o declaración de fallecimiento del fundador. Así pues, en lo que respecta a la revocación del negocio fundacional, habrá que distinguir entre ambos supuestos.

a) En el caso de constitución *mortis causa*, el artículo 737 del CC establece que todas las disposiciones testamentarias son revocables aunque el testador recoja expresamente en el testamento su voluntad en contrario²⁸⁶. A esta regla general, el

²⁸⁵CARRANCHO HERRERO, M^aT., *La constitución de fundaciones...* op. cit., pág. 150

²⁸⁶Conforme al artículo 737 del CC: *“Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente*

propio Código sólo establece una excepción, que se encuentra en el artículo 741, en virtud de la cual, el reconocimiento de un hijo mediante disposición testamentaria no pierde sus efectos aunque esta sea revocada²⁸⁷. Así pues, de conformidad con los preceptos aludidos, el negocio fundacional será revocable en vida del testador, siendo irrevocable al fallecimiento del causante, que es el momento a partir del cual la disposición testamentaria va a comenzar a desplegar sus efectos, sin que sus herederos puedan, por tanto, revocarlo. En conclusión, la facultad para revocar el negocio fundacional *mortis causa* corresponde exclusivamente al testador ya que nuestro Derecho otorga al testamento un carácter personalísimo, no admitiendo la posibilidad de realizar testamentos mancomunados ni por medio de mandatario (artículo 670 del Código Civil²⁸⁸). En cualquier caso, si tuviera lugar la revocación de un negocio fundacional constituido bajo disposición testamentaria, esta deberá llevarse a cabo con los mismos requisitos y formalidades que el ordenamiento exige para la elaboración del testamento.

b) Con respecto a la constitución *inter vivos*, no existe unanimidad sobre la revocabilidad, o no, del negocio fundacional. Mientras que un sector doctrinal mayoritario entiende que la declaración de voluntad emitida por el fundador es irrevocable, perfeccionándose esta en el momento en que es válidamente emitida²⁸⁹, también hay autores que defienden la revocabilidad bajo el amparo del artículo 3 de la parcialmente derogada Ley 30/1994, cuyo espacio jurídico es ocupado hoy por el artículo 4.1 de la LF²⁹⁰. En virtud del citado precepto, las fundaciones sólo adquirirán personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro que la Administración competente habilite para tal fin, siendo necesario informe previo del Protectorado que garantice el cumplimiento por el ente fundacional constituido de todos los requisitos

revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas. Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales”.

²⁸⁷El artículo 741 del CC señala: “*El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o este no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere*”.

²⁸⁸Señala el artículo 670 del CC: “*El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.*

Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente”.

²⁸⁹ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*,... op. cit., pág. 280.

²⁹⁰CARRANCHO HERRERO, M^a T., *La constitución de fundaciones*... op. cit., págs. 156 y ss.

exigidos por el ordenamiento jurídico²⁹¹. Así pues, según los defensores de esta teoría, desde que el fundador emite la manifestación de voluntad y materializa la dotación hasta que se inscribe el ente fundacional, transcurre un período en el que este aún no ha alcanzado personalidad jurídica y durante el cual cabría admitir que el fundador pudiera revocar su voluntad, extremo al que se oponen quienes argumentan que la mera declaración de voluntad constituye un acto plenamente eficaz que vincula a la persona que lo otorga por lo que, si bien la adquisición de personalidad se halla en un estado latente hasta que se practica la inscripción, no es posible ningún tipo de revocación²⁹².

En nuestra opinión, a la luz del actual y ya citado artículo 13 de la LF, la teoría que defiende la posible revocabilidad de las fundaciones constituidas *inter vivos* ha de ser rechazada, ya que el citado precepto va a regular la situación jurídica de aquellos entes fundacionales en los que, otorgada ya la escritura fundacional, aún no se ha hecho efectiva la inscripción en el Registro correspondiente. Del contenido de dicho artículo, se infiere el reconocimiento y la protección que el legislador ha querido otorgar a estos entes no inscritos ya que los reconoce como “*fundaciones en formación*”, regula su situación jurídica y permite que el Protectorado pueda intervenir en los mismos cesando a los patronos y nombrando unos nuevos en el caso de que no se produzca la inscripción de la Fundación en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha del otorgamiento de la escritura pública. Así pues, tal como ya se ha expuesto con anterioridad, si bien es cierto que este tipo de entidades carecen de personalidad jurídica hasta que no se practica su inscripción, ello no implica que su mera existencia no produzca efectos jurídicos²⁹³.

3.2.5) La capacidad del fundador

De conformidad con el artículo 8.1 de la LF, pueden constituir fundaciones tanto las personas físicas que tengan capacidad para disponer gratuitamente de los bienes y

²⁹¹Conforme al artículo 4.1 de la LF: “*Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones. La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la ley*”.

²⁹²POUS DE LA FLOR, M^a.P., “Constitución y Atribución de Personalidad”, *Las Fundaciones. Aspectos Jurídicos y Fiscales, Planificación de Actividades y Comunicación*, Colex, 2010, Madrid, pág. 31.

²⁹³A tal efecto, tal como ha puesto de manifiesto la SAP de Vizcaya, sección 4^a, de 4 de mayo de 2006, la denegación de inscripción de una fundación no implica su extinción, por la que la ausencia de aquélla no exime a los patronos de su responsabilidad.

derechos que componen la dotación patrimonial, como las jurídicas, ya sean estas últimas de naturaleza privada²⁹⁴ o pública, salvo, en este último supuesto, que sus normas reguladoras establezcan lo contrario.

A) En el supuesto de constitución *inter vivos*, la normativa sobre fundaciones remite al régimen jurídico que resulta de aplicación a la capacidad para celebrar negocios con carácter gratuito. En este sentido, el artículo 624 del CC exige para la validez de la donación que el donante tenga capacidad para celebrar contratos, así como para disponer de sus bienes²⁹⁵, lo que irremediamente nos remite al artículo 1261 y siguientes del referido texto normativo. Concretamente, el artículo 1261 establece que no hay contrato en ausencia de algunos de estos elementos: consentimiento, objeto cierto y causa²⁹⁶.

En cuanto a la determinación de la capacidad de la persona física para prestar consentimiento, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 1263 del CC, el cual afirma que no podrán prestar consentimiento los menores no emancipados -con ciertas excepciones marcadas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia²⁹⁷- ni las personas con la capacidad modificada judicialmente -los tradicionalmente denominados "incapacitados"²⁹⁸-. Así pues, como conclusión genérica, podemos afirmar que ninguna de las personas que se hallen en alguno de los dos estados antedichos disfrutará en nuestro ordenamiento de

²⁹⁴Tal como ya expusimos, recordar que la creación de fundaciones por personas jurídicas de naturaleza privada de índole societario ha sido expresamente reconocida por la DGRN en su Resolución 8637/1991, de 22 de noviembre (RJ 1991/8637). En dicho instrumento, la citada Dirección General estableció que, si bien una sociedad mercantil se caracteriza por su afán de lucro, ello no obsta a que "(...) *cumpliendo deberes no exigibles de solidaridad social, contribuya gratuita y voluntariamente como cualquier persona física, a la satisfacción de fines de interés general, mediante aportaciones que por su moderación y marginalidad no comprometan la preponderancia de aquel sustancial objetivo lucrativo (...)*".

²⁹⁵Conforme al artículo 624 del CC: *Podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes.*

²⁹⁶Señala el artículo 1261 del CC: *No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:*

- 1.º *Consentimiento de los contratantes.*
- 2.º *Objeto cierto que sea materia del contrato.*
- 3.º *Causa de la obligación que se establezca.*

²⁹⁷BOE núm. 180, de 29 de julio.

²⁹⁸Conforme al artículo 1263 (en redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.): *No pueden prestar consentimiento:*

- 1.º *Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.*
- 2.º *Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial.*

capacidad para constituir fundaciones.

No obstante, esta afirmación no es universal ya que existen pequeños matices a tener en cuenta. Así, por ejemplo, si bien una persona menor de edad que esté emancipada tiene, en general, capacidad para prestar su consentimiento, no la tendrá para poder disponer libremente de sus bienes, ya que, tal como determina el artículo 323 del CC, *“La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador”*. Por tanto, aunque las liberalidades o negocios gratuitos no están recogidos expresamente en el tenor literal de este último precepto, coincidimos con DE CASTRO²⁹⁹ cuando afirma que hay que entenderlos subsumidos en la expresión *“gravar o enajenar”*, pues, tal como señala el artículo 624 del CC *“podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes”*. En cualquier caso, siguiendo a POUS DE LA FLOR, ello no impediría que una persona menor de edad emancipada pudiera constituir una Fundación, siempre que su consentimiento fuere completado por los padres, o en su defecto, por el curador. Si bien es cierto que el menor emancipado requiere de la correspondiente autorización para perfeccionar el negocio jurídico fundacional, nada obsta a que pueda ser considerada como fundadora si ha manifestado su voluntad de constituir un ente de esta naturaleza y, en su caso, libremente ha optado por aportar bienes al mismo³⁰⁰.

Por otro lado, si bien el apartado segundo del mencionado artículo 1263 también prohíbe, junto a los menores no emancipados, que presten consentimiento las personas con la capacidad modificada judicialmente, cabe señalar que, de conformidad con el artículo 199 del CC, no basta con un simple dictamen médico para la declaración de incapacidad jurídica, sino que es necesaria sentencia judicial firme³⁰¹. No obstante, sin perjuicio de esta última afirmación, en cuanto a la incapacidad del fundador, estimamos oportuno distinguir entre incapacidad natural, incapacidad sobrevenida e incapacidad

²⁹⁹DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España...* op. cit., págs. 226 y 227.

³⁰⁰POUS DE LA FLOR, M.^aP., *“Régimen Jurídico de las Fundaciones. Legislación Aplicable. Pluralidad Normativa. Derecho Estatal y Derecho Autonómico. Constitución y Atribución de Personalidad”*... op. cit., pág. 27.

³⁰¹Artículo 199 del CC: *“Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”*.

declarada judicialmente. La diferencia entre estos tres tipos es importante a efectos de la constitución de una Fundación, pues, ¿qué sucede si el fundador, si bien no tiene su capacidad modificada judicialmente, carece de la capacidad natural de entender y querer cuando constituye el ente fundacional?, o, ¿qué ocurre si el fundador es capaz cuando constituye la Fundación pero posteriormente pierde la capacidad?; ¿y si el negocio fundacional es realizado por una persona con la capacidad de obrar modificada en un momento de lucidez?

La respuesta a la primera pregunta parece sencilla ya que una persona que carezca de capacidad natural de entender y querer, aunque no medie declaración judicial, nunca podrá prestar consentimiento al no hallarse en su cabal juicio, de modo que el negocio jurídico será nulo de pleno derecho por falta de consentimiento, sin perjuicio de los problemas de índole probatorio que puedan presentarse en la realidad práctica, recayendo la carga de la prueba en la parte que alegue la incapacidad del individuo. No obstante, esta última circunstancia no será necesaria en el caso de constitución de fundaciones mediante acto *inter vivos*, pues, al resultar necesario el otorgamiento de escritura pública, la preceptiva intervención del Notario, que habrá de realizar juicio de capacidad conforme a lo previsto en la normativa vigente³⁰², eliminará, por lo general, este supuesto.

En relación a la segunda interrogante, también es incuestionable la plena validez del negocio jurídico fundacional si el sujeto, al celebrarlo, estaba en pleno uso de sus facultades y prestó el consentimiento libremente. En este caso, la incapacidad sobrevenida del individuo no atenta contra la válida existencia del negocio ya que, cuando se celebró, existía capacidad para llevarlo a término.

Finalmente, con relación a la tercera cuestión, tal y como señala LACRUZ, los actos ejecutados por los incapaces naturales serán siempre nulos de pleno Derecho pero no así los realizados por aquellos sujetos sobre los que pesa declaración judicial firme de modificación de capacidad, que serán anulables siempre que se realicen en intervalo

³⁰²Artículo 17 bis.2, letra a), de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862 (BOE núm. 149, de 29 de mayo), y artículo 145, párrafo primero, del Decreto de 2 junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (BOE núm. 189, de 7 de julio).

lúcido, con capacidad natural de entender y querer³⁰³.

Por último, podemos hallar otra limitación a la capacidad para constituir una Fundación en las personas físicas unidas en matrimonio que disfruten del régimen económico de sociedad de gananciales. En estos casos, el cónyuge fundador habrá de requerir el consentimiento del otro cuando la dotación patrimonial de la incipiente entidad proceda de los bienes o derechos gananciales, reputándose nulo el negocio jurídico fundacional ante la ausencia de dicho consentimiento, el cual no puede ser suplido ni en un momento posterior ni por el juez, puesto que nos hallamos ante un acto gratuito y no oneroso, ex arts. 1322.2 y 1378 del CC³⁰⁴. Por otro lado, aunque sea preciso recabar el antedicho consentimiento, ello no implica que los dos cónyuges sean cofundadores, pues se entenderá que la aportación patrimonial es un crédito de la sociedad de gananciales que habrá de ser tenido en consideración, a favor del cónyuge constituyente, llegado el momento de la liquidación de aquella³⁰⁵.

B) En cuanto a la capacidad para constituir fundaciones *mortis causa*, habrá que atenerse a las reglas generales que determinan la capacidad de testar en el CC. En este sentido, el artículo 663 considera incapacitados para testar a los menores de catorce años (salvo en el caso de testamento ológrafo, que es necesaria la mayoría de edad, ex art. 688 CC) y al incapaz de hecho³⁰⁶, añadiendo el art. 666 del mismo texto legal que, para apreciar la capacidad del testador, habrá que atender únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento³⁰⁷, y, por su parte, el artículo 664 del CC dispone que el testamento efectuado antes de la enajenación mental es válido³⁰⁸. Además, mediante el artículo 665, el CC fija un procedimiento para que las personas con la capacidad modificada judicialmente en virtud de sentencia judicial que no

³⁰³LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil I*, ... op. cit., págs. 167 y 168.

³⁰⁴Señala el art. 1322.2 del CC: "No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge". Añade el art. 1378 del Código Civil: "Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges".

³⁰⁵POUS DE LA FLOR, M^a.P., "Régimen Jurídico de las Fundaciones. Legislación Aplicable. Pluralidad Normativa. Derecho Estatal y Derecho Autonómico. Constitución y Atribución de Personalidad"..., op. cit., pág. 27.

³⁰⁶Conforme al artículo 663: "Están incapacitados para testar:

1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

2.º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio".

³⁰⁷Señala el artículo 666 del CC: "Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento".

³⁰⁸El artículo 664 del CC establece: "El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido".

contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar puedan hacerlo³⁰⁹. En este caso, el Notario designará dos facultativos que previamente reconocerán al individuo y no le autorizarán para que pueda testar hasta que ellos mismos respondan de su capacidad³¹⁰.

De conformidad con los preceptos relacionados en el párrafo precedente, en nuestra opinión, el testamento de una persona que haya sido incapacitada judicialmente y, pudiendo hacerlo, no hubiera acudido al procedimiento señalado en el artículo 665 CC, ha de ser considerado nulo por incumplimiento de las formalidades legalmente exigibles. Asimismo, otra peculiaridad que surge en el estudio de la capacidad para celebrar el negocio jurídico fundacional *mortis causa* es que, a tenor del artículo 663, una persona de catorce años que cumpliera con el resto de requisitos legales podría otorgar testamento y, por tanto, constituir a través de él una Fundación, lo que es inviable en el supuesto de constitución *inter vivos*.

Finalmente, para concluir este apartado y sin ánimo de reproducir nuevamente lo ya expuesto en epígrafes anteriores respecto a la posibilidad de que las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, puedan constituir fundaciones, en lo que respecta a la capacidad del fundador, debemos reseñar brevemente que, en cualquier caso, las personas jurídico privadas, ya sean de índole asociativo o institucional, necesitarán, so pena de vicio de nulidad, acuerdo expreso del órgano que tenga asignada la competencia en materia de disposición de sus bienes³¹¹.

³⁰⁹Autores como ALBALADEJO (*Derecho Civil...* op. cit., pág. 192) consideran un exceso la letra del art. 665 del CC entendiendo que al ser el testamento un acto personalísimo la sentencia de modificación judicial de la capacidad no puede privar a la persona afectada por la misma de la capacidad para hacer testamento, sin perjuicio de que no podrá otorgarlo si en el momento en que pretende hacerlo carece de la capacidad natural de entender y querer.

³¹⁰Conforme al artículo 665 del CC: “*Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad*”.

³¹¹Señala el artículo 8 de la LF:

1. Podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean estas públicas o privadas.
2. Las personas físicas requerirán de capacidad para disponer gratuitamente, *inter vivos* o *mortis causa*, de los bienes y derechos en que consista la dotación.
3. Las personas jurídicas privadas de índole asociativa requerirán el acuerdo expreso del órgano competente para disponer gratuitamente de sus bienes, con arreglo a sus Estatutos o a la legislación que les resulte aplicable. Las de índole institucional deberán contar con el acuerdo de su órgano rector.
4. Las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario.

3.2.6) Personalidad jurídica de la Fundación

Con carácter general, podemos afirmar que nuestro ordenamiento establece dos sistemas para el reconocimiento o atribución de la personalidad a un ente: genérico y específico. Mientras que en el primero se reconoce la personalidad *ipso iure*, ya sea por la simple constitución o por la constitución y el cumplimiento de unos requisitos previamente establecidos por ley, en el segundo, es necesaria una decisión o declaración de los poderes públicos para poder disfrutar de la personalidad.

En el ámbito fundacional, el artículo 4.1 de la LF opta claramente por el sistema específico cuando establece que “*las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones*”. A pesar de la nitidez del precepto, algunos autores, como CARRANCHO HERRERO, no comparten el criterio del legislador, defendiendo que las fundaciones se perfeccionan y adquieren personalidad cuando se cumplen los elementos esenciales de la misma: declaración de la voluntad de crear un ente fundacional, determinación de un fin de interés general para el mismo y vinculación de un patrimonio para la consecución del citado fin³¹². Así pues, según esta teoría, en el supuesto de constitución *inter vivos*, las fundaciones adquirirían personalidad jurídica al concurrir los elementos antes citados y, en el caso de la constitución *mortis causa*, cuando adquiriera eficacia la disposición testamentaria que alberga el negocio fundacional, circunstancia que tiene lugar con el fallecimiento del testador.

Para los defensores de estos postulados, el requisito de inscripción registral sólo debe cumplir una finalidad publicitaria o, en todo caso, servir para que el ente fundacional pueda aprovecharse de beneficios fiscales o cualesquiera otros que les reserve el Derecho, sin que la ausencia de inscripción afecte a la consecución de la personalidad jurídica. A tal efecto, fundamentan su posicionamiento en la unanimidad doctrinal existente en torno al carácter no recepticio del negocio jurídico fundacional, el cual no necesita de aceptación o autorización previas para su perfección. En este sentido, la necesidad de inscripción tras informe preceptivo y vinculante del

³¹²CARRANCHO HERRERO, M^a T., *La constitución de fundaciones...* op. cit., pág. 179.

Protectorado no convierte el negocio fundacional en recepticio, pues ya produce efectos incluso antes de que aquella se produzca. Como fundamento de esta teoría, sirvan de ejemplo tanto la responsabilidad ya reiterada en la que incurren los patronos si en el plazo de seis meses desde el otorgamiento de escritura pública no han procedido a la inscripción de la Fundación en el Registro competente³¹³, como el reconocimiento que la propia Ley otorga a las fundaciones en formación.

Así pues, según los autores que defienden esta tesis, la inscripción en el Registro es una exigencia del ordenamiento jurídico debido al especial régimen de los entes fundacionales cuyo objeto no es la atribución de personalidad, sino servir como instrumento publicitario que dé fe de la situación jurídica de la Fundación y proteja el derecho e interés que los patronos o terceros tienen en conocer la verdadera situación jurídico-patrimonial de la entidad³¹⁴.

Personalmente, y debates doctrinales al margen, discrepamos del posicionamiento esgrimido en los párrafos precedentes, pues la nitidez y taxatividad del precitado artículo 4.1 de la LF impiden cualquier interpretación que resulte ajena u opuesta a su tenor literal. Tal como argumenta, entre otros autores, POUS DE LA FLOR, la lectura del aludido precepto nos lleva a concluir que el nacimiento de la personalidad

³¹³El régimen jurídico del Registro de Fundaciones de competencia estatal queda delimitado por el RRF (BOE núm. 17, de 19 de enero), cuya entrada en funcionamiento y sede han sido dispuestas mediante la Orden Ministerial PRE/2537/2015, de 26 de noviembre (BOE núm. 287, de 1 de diciembre).

Asimismo, respecto a las fundaciones de competencia autonómica, podemos encontrar las siguientes normas reguladoras de los Registros de Fundaciones de su correspondiente ámbito territorial: Decreto 15/2009, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de Interés Gallego (DOG núm. 22, de 2 de febrero); Decreto 101/2007, de 19 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones del País Vasco (BOPV núm. 188, de 28 de septiembre); Decreto 61/2007, de 18 de mayo, de regulación del Registro Único de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de las Islas de Baleares y de organización del Registro de Protectorado (BOIB núm. 7, de 24 de mayo de 2007); Decreto 85/2005, de 28 de julio, por el que se crea y regula el Registro de Fundaciones Laborales del Principado de Asturias (BOPA núm. 14871, de 12 de agosto de 2005); Decreto 279/2003, de 7 de octubre, por el que se crea el Registro de Fundaciones de Andalucía y se aprueba sume reglamento de Organización y Funcionamiento (BOJA núm. 228, de 26 de noviembre); Decreto 20/2002, de 24 de enero, por el que se regula el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 38, de 14 de febrero); Decreto 34/1998, de 18 de junio, por el que se crea y regula el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias (BOPA núm. 154, de 4 de julio de 1998); Decreto 18/1996, de 23 de mayo, por el que se crea y regula el Registro de Fundaciones Asistenciales de Interés General del Principado de Asturias (BOPA núm. 6242, de 10 de junio de 1996); Decreto Foral 613/1996, de 11 de noviembre, por el que se regula la estructura y el Funcionamiento del Registro de Fundaciones (BON núm. 142, de 22 de noviembre); 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 (BOA núm. 1, de 3 de enero, de 1996); Orden de 9 de abril de 1986, de la Consejería de la Presidencia, de regulación del Registro de Fundaciones Privadas de Canarias (BOC núm. 42, de 11 de abril)

³¹⁴MORILLO GONZÁLEZ, F., *El proceso de creación de una fundación...* op. cit., pág. 238

jurídica de la entidad fundacional deviene de su inscripción en el correspondiente registro de fundaciones, acto que, por tanto, presenta una verdadera naturaleza constitutiva sin que pueda argumentarse que la Fundación goza de personalidad jurídica en un trámite anterior a aquel, pues ello implicaría atribuir a la inscripción registral un mero valor declarativo que, en nuestra opinión, contraviene lo dispuesto por el legislador ordinario³¹⁵.

Abundando en lo expuesto, la propia jurisprudencia avala el nacimiento de la personalidad jurídica con la inscripción registral de la Fundación. En este sentido, cabe destacar, entre otras, la STS, Civil, de 8 de febrero de 1980, la cual, tras matizar resoluciones precedentes, afirmó que, tras la muerte del testador surge una masa patrimonial adscrita a un fin, correspondiendo a los albaceas o herederos dotar a la misma de personalidad jurídica con la correspondiente inscripción³¹⁶, y la SAN, Cont-Adm, de 13 de diciembre de 2005, que directamente vincula la adquisición de la personalidad jurídica de la Fundación con su acto de inscripción en el correspondiente Registro. En concreto, el Fundamento de Derecho Tercero, párrafo segundo de la citada Sentencia señala que *“(...) Es en este momento (en la inscripción) en el que la Administración ha de comprobar, conforme a la norma vigente en ese tiempo, la concurrencia de los requisitos exigidos para su inscripción, dotándola así de personalidad jurídica hasta entonces inexistente. De forma que sólo con la inscripción surge en el mundo jurídico frente a terceros, y consecuentemente, ha de concluirse que nuestro ordenamiento atribuye naturaleza constitutiva a la inscripción registral de las*

³¹⁵POUS DE LA FLOR, M^a.P., “Régimen Jurídico de las Fundaciones. Legislación Aplicable. Pluralidad Normativa. Derecho Estatal y Derecho Autonómico. Constitución y Atribución de Personalidad”..., op., cit., pág. 25.

³¹⁶En concreto, la citada Sentencia, señala en su Considerando sexto: *“(...) Uno) Que efectivamente puede sostenerse el nacimiento, más que de una persona jurídica, de un patrimonio destinado a un fin desde el día del fallecimiento de la testadora que se refirió no a fundación, sino a "obras benéficas de tipo moral, religioso, docente o de protección a la mujer". Dos) Que ante lo amplísimo de las facultades conferidas a los albaceas, plenitud de facultades, éstos dieron forma de fundación a la institución surgida al fallecer la testadora, y posteriormente le asignaron los bienes inmuebles mediante inventario y cesión que constan en la escritura pública de 11 de octubre de 1968, con lo que se atuvieron estrictamente al Decreto de 12 de marzo de 1959 y sobre todo a la voluntad de la testadora, que les ordenó que, una vez organizada la obra en cuestión y en funcionamiento, podrían formalizar a favor de la misma la correspondiente escritura de cesión de bienes. Tres) Que la forma adoptada por los albaceas fue la institución de una persona jurídica fundacional de carácter eclesiástico, finalidad no prohibida por las leyes, a la que dotaron debidamente, pero siempre bien entendido que el destino de los productos de los bienes aportados no podrá ser otro, y así se reafirma en esta sentencia que el acordado por la testadora; es decir, obras benéficas de tipo moral, religioso, docente o de protección a la mujer, excluyendo cualquier otro destino de los bienes o sus rentas y productos, pues la testadora no se refirió a ninguna otra finalidad”*

fundaciones, y ello con independencia que se confiera cierta capacidad de obrar a los miembros del órgano de gobierno de las fundaciones en proceso de formación, considerando como tales a aquellas ya constituidas en escritura pública y aún no inscritas (...)”.

Añadamos que ante supuestos de falta de inscripción de fundaciones en el Registro administrativo correspondiente, y tal como ha manifestado REAL PÉREZ, no podemos confundir el concepto de “Fundación en proceso de formación” con el de “Fundación irregular”, pues, mientras que en el primer caso la entidad ha sido debidamente constituida y se encuentra a la espera de su inscripción en el correspondiente registro, en el segundo, no se ha promovido dicha inscripción o, promoviéndola en su momento, no llegó a practicarse el asiento de inscripción registral³¹⁷.

3.3) El patrimonio como elemento de la Fundación

3.3.1) La dotación fundacional: su concepto

Existe unanimidad en la doctrina para definir la figura de la dotación fundacional. Así, para CARRANCHO HERRERO, la dotación es el acto por el cual el fundador atribuye los bienes y derechos que destina a la Fundación para la consecución del fin fundacional³¹⁸. En el mismo sentido, ALBALADEJO define la figura de la dotación fundacional como aquel acto por el que se adscriben a la Fundación determinados bienes que le permitan cumplir su fin fundacional³¹⁹.

No obstante, sin menoscabo de las anteriores definiciones, queremos destacar especialmente la que SERRANO CHAMORRO propone para la dotación, la cual, además de resultar muy completa, nos sirve para delimitar la diferencia conceptual existente entre el patrimonio y la dotación de una Fundación. Según esta autora, la dotación es el resultado de un acto unilateral de desprendimiento patrimonial gratuito y no sujeto a

³¹⁷REAL PÉREZ, A., “Fundaciones en Proceso de Formación”, *Constitución y Extinción de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, págs. 185 y 186.

³¹⁸CARRANCHO HERRERO, M^a T., *La constitución de fundaciones...* op. cit., pág. 207.

³¹⁹ALBALADEJO, M., *Derecho Civil...* op. cit., pág. 276.

aceptación que, en el ejercicio del derecho constitucional de fundar o por solidaridad con él, se dirige, respectivamente, a la erección de una Fundación o al incremento de su capital, y no a la financiación directa de sus actividades³²⁰. Sin lugar a dudas, esta propuesta conceptual incluye los tres caracteres más importantes que configuran el acto dotacional y que son la unilateralidad, la gratuidad y su carácter no recepticio aunque, en nuestra opinión, también habría que incluir entre los mismos su solemnidad e irrevocabilidad, esta última con matices, tal como tuvimos la oportunidad de exponer con anterioridad.

Asimismo, la definición propuesta por SERRANO CHAMORRO también incluye en su último inciso una directriz que ha de iluminar cualquier tipo de duda que pudiera surgir entre dos términos que, aunque guardan una estrecha relación, no son idénticos y, con frecuencia, son empleados indistintamente. Nos referimos, como ya hemos avanzado, a los conceptos de dotación y patrimonio. Mientras que la dotación será el conjunto de bienes y derechos que se atribuyen a la Fundación en el momento de su constitución, el patrimonio es un término más amplio que abarca el conjunto de bienes y derechos de los que la Fundación, una vez dotada de existencia, es titular en un momento determinado.

Por tanto, tal como expone REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, patrimonio y dotación coinciden en el momento inicial de la constitución pero, con posterioridad, es lógico que el patrimonio vaya creciendo por encima de la dotación que puede permanecer, o no, inalterable a lo largo de toda la vida de la Fundación³²¹, ya que, tal como dispone el artículo 70 de la LF, se deberá asignar un determinado porcentaje de los rendimientos que obtenga la Fundación en el ejercicio de sus actividades a incrementar la dotación inicial o las reservas³²².

³²⁰SERRANO CHAMORRO, M^a E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio...* op. cit., pág. 131.

³²¹REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, A., *La nueva Ley de Fundaciones*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1994, pág. 35.

³²²Señala el artículo 27 de la LF:

“1. A la realización de los fines fundacionales deberá ser destinado, al menos, el 70 por 100 de los resultados de las explotaciones económicas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados, para la obtención de tales resultados o ingresos, debiendo destinar el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas según acuerdo del Patronato. Los gastos realizados para la obtención de tales ingresos podrán estar integrados, en su caso, por la parte proporcional de los gastos por servicios exteriores, de los gastos de personal, de otros gastos de gestión, de los gastos financieros y de los tributos, en cuanto que contribuyan a la obtención de los ingresos, excluyendo de este cálculo los gastos realizados para el cumplimiento de

El carácter mutable de la dotación inicial viene determinado por el artículo 12.4 de la LF, el cual afirma que “*Formarán también parte de la dotación los bienes y derechos de contenido patrimonial que durante la existencia de la Fundación se aporten en tal concepto por el fundador o por terceras personas, o que se afecten por el Patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales*”.

Así pues, de conformidad con los preceptos analizados, podemos diferenciar diferentes modos de integrarse bienes y derechos en la masa de la dotación fundacional: a) los aportados por el fundador o fundadores en la constitución, b) aquellos rendimientos que pasarán a integrar la dotación durante la existencia del ente fundacional ex art. 70 de la LF, c) aquellos bienes y derechos que durante la vida de la Fundación pueden ser aportados tanto por el propio fundador como por terceros, ya vía *inter vivos*, ya mediante disposición testamentaria, o afectos por el Patronato con carácter permanente y, d) finalmente, siempre que estén debidamente garantizados, los derivados de los compromisos de aportaciones de terceras personas (art. 12.3). En cualquier caso, tendremos la oportunidad de detallar con mayor precisión los principales aspectos de cada uno de ellos cuando seguidamente abordemos la figura de la dotación fundacional.

Por su parte, el patrimonio fundacional es el conjunto de relaciones jurídicas de contenido económico de la Fundación, incluida, por lo tanto, entre otros bienes y derechos, la propia dotación fundacional³²³. Según el artículo 16 del RLF, el patrimonio estará compuesto por la dotación fundacional³²⁴, por los bienes y derechos vinculados

los fines estatutarios.

El plazo para el cumplimiento de esta obligación será el comprendido entre el inicio del ejercicio en que se hayan obtenido los respectivos resultados e ingresos y los cuatro años siguientes al cierre de dicho ejercicio.

En el cálculo de los ingresos no se incluirán las aportaciones o donaciones recibidas en concepto de dotación patrimonial en el momento de la constitución o en un momento posterior, ni los ingresos obtenidos en la transmisión onerosa de bienes inmuebles en los que la entidad desarrolle la actividad propia de su objeto o finalidad específica, siempre que el importe de la citada transmisión se reinvierta en bienes inmuebles en los que concurra dicha circunstancia.

2. *Se entiende por gastos de administración los directamente ocasionados por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, y aquellos otros de los que los patronos tienen derecho a resarcirse de acuerdo con el artículo 15.4.*

Reglamentariamente se determinará la proporción máxima de dichos gastos”.

³²³LINARES ANDRÉS, L., *Las Fundaciones: patrimonio, funcionamiento y actividades...* op. cit., págs. 130 y ss.

³²⁴ Tal como ya se ha expuesto, la dotación fundacional estará integrada por la dotación inicial, por los

directamente al cumplimiento de los fines fundacionales sin carácter de permanencia por declaración expresa de su aportante, acuerdo del Patronato o resolución del Protectorado o de la autoridad judicial y, finalmente, por los demás bienes y derechos que adquiera la Fundación desde su constitución o posteriormente³²⁵. En definitiva, tanto el patrimonio de la Fundación como su dotación están vinculados al cumplimiento de la consecución de los fines del ente fundacional aunque el contenido jurídico de ambas figuras, tal como ha quedado patente, no es idéntico, siendo factible afirmar que la dotación es una parte del patrimonio fundacional³²⁶.

Una vez delimitados los términos dotación y patrimonio, es factible abordar con éxito el artículo 19 de la LF al objeto de profundizar en su contenido. Según este precepto, el patrimonio de la Fundación está compuesto por todos los bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica que integren la dotación, así como por aquellos que la Fundación adquiera con posterioridad, formen parte o no de la dotación³²⁷. Si bien el contenido de este precepto coincide con la idea conceptual de dotación y patrimonio que previamente hemos desarrollado, plantea una nueva interrogante con relación a la clase de elementos que podrán formar parte del patrimonio. A tal respecto, coincidimos con SERRANO CHAMORRO cuando, aplicando la interpretación literal del antedicho artículo, no fija limitación alguna, siempre que el

bienes y derechos de contenido patrimonial que durante la existencia de la fundación se aporten en tal concepto y por los bienes y derechos que el Patronato decida afectar, con carácter permanente, al cumplimiento de los fines fundacionales.

³²⁵ Señala el artículo 16 del RLF: “*El patrimonio de la fundación está formado por los siguientes bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica:*

a) La dotación, integrada por la dotación inicial aportada por el fundador o por terceras personas, por los bienes y derechos de contenido patrimonial que durante la existencia de la fundación se aporten en tal concepto por el fundador o por terceras personas, y por los bienes y derechos que se afecten por el patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales.

En el caso de enajenación o gravamen de bienes y derechos de la dotación, se conservarán en esta los bienes y derechos que vengan a sustituirlos y se integrará en ella la plusvalía que hubiera podido generarse.

b) Los bienes y derechos directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, sin carácter permanente, por declaración expresa de su aportante, por acuerdo del patronato o por resolución motivada del protectorado o de la autoridad judicial.

c) Los demás bienes y derechos y las obligaciones que adquiera la fundación en el momento de su constitución o con posterioridad”.

³²⁶ GONZÁLEZ PORRAS, J.M., “La aportación dotacional y su posible reversión a los herederos del fundador”, *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, Vol. I*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, págs. 2176 a 2177.

³²⁷ Señala el artículo 19 de la LF:

“1. El patrimonio de la fundación está formado por todos los bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica que integren la dotación, así como por aquellos que adquiera la fundación con posterioridad a su constitución, se afecten o no a la dotación.

2. La administración y disposición del patrimonio corresponderá al Patronato en la forma establecida en los Estatutos y con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley”.

bien o derecho aportado sea susceptible de valoración económica, incluyendo, por tanto, dentro de esta tipología tan genérica todo tipo de aportaciones dinerarias y no dinerarias, bienes muebles e inmuebles, derechos reales, derechos de crédito, derechos inmateriales, etc.³²⁸. Asimismo, tal como señala el precepto indicado, también forman parte del patrimonio las obligaciones a cargo de la Fundación.

3.3.2) Naturaleza jurídica

Tal como expusimos con anterioridad, cabe distinguir dos actos unilaterales y simultáneos de carácter no recepticio en el negocio fundacional, uno por el cual el fundador manifiesta su voluntad de creación de un ente autónomo y la finalidad del mismo, y otro de dotación, cuya relativa similitud con otras figuras análogas de atribución patrimonial, como la donación, ha llevado en ocasiones a la equiparación con las mismas.

En aquellos supuestos en los que se produce la constitución *inter vivos* de la Fundación, hay que señalar que la dotación no puede considerarse como un negocio jurídico de donación, asimilación que resulta del todo desafortunada pues, si bien ambas figuras presentan como elemento común su gratuidad, divergen en muchos otros de sus caracteres. En este sentido, una de las principales diferencias entre la donación y la dotación, radica en que la donación supone un enriquecimiento en la esfera patrimonial del donatario, circunstancia que no se produce exactamente igual en el supuesto fundacional debido a la necesaria vinculación de la dotación a una finalidad. Otro matiz diferenciador radica en que la donación se constituye en beneficio de un sujeto determinado, mientras que la Fundación presenta como destinatarios a una colectividad indeterminada de individuos. Además, en la Fundación no se precisa de la aceptación, a diferencia de su exigencia en los supuestos ordinarios de donación³²⁹.

En definitiva, aunque es innegable afirmar que dotación y donación presentan características comunes, y de ahí que se apliquen a la dotación algunas de las disposiciones que el CC fija para donación, el negocio jurídico fundacional presenta

³²⁸SERRANO CHAMORRO, M^a E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio...* op. cit., págs. 191 y ss.

³²⁹SERRANO CHAMORRO, M^a E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio...* op. cit., págs. 75 y ss.

caracteres propios y netamente diferenciadores, lo que, sin embargo, no obsta para que, en determinadas ocasiones, se produzca cierta confusión entre estas figuras, tal como, a modo ejemplo, sucede con el tenor literal del artículo art. 27.1 de la LF, el cual parece equiparar ambos conceptos cuando señala que "*En el cálculo de los ingresos no se incluirán las aportaciones o donaciones recibidas en concepto de dotación patrimonial en el momento de la constitución o en un momento posterior, ...*". En cualquier caso, y a modo aclaratorio, conviene traer a colación la STSJ de Madrid, Cont-Adm, de 23 de junio de 2004, que, si bien considera las aportaciones realizadas por los beneficiarios de la actividad fundacional como parte de la dotación de la entidad, las excluye del ámbito de la "donación"³³⁰.

Correlativamente, al igual que hemos afirmado que la dotación *inter vivos* no es una donación, también podemos afirmar que el supuesto de dotación *mortis causa* no constituye un legado o herencia, principalmente, por tres motivos. En primer lugar, la aceptación del heredero es un requisito necesario e imprescindible que no concurre en la dotación, pues, como ya se ha puesto anteriormente de manifiesto, el negocio jurídico fundacional presenta el carácter de no recepticio. Por otro lado, si se tratara la dotación inicial como un legado, la correcta aplicación del artículo 22 de la LF permitiría que los patronos pudieran repudiarlo, posibilidad que, por la misma causa antes señalada, no concurre en la dotación. Finalmente, en tercer y último lugar, mediante la institución del heredero o legatario no se aspira a crear una nueva entidad jurídica, circunstancia que sí persigue la dotación inicial del ente fundacional³³¹.

Por otro lado, también podemos identificar la corriente de quienes consideran la dotación como un negocio jurídico de destinación de bienes con atribución patrimonial³³². En virtud de esta calificación, junto a la vinculación jurídica de un patrimonio a un fin determinado, también se produciría, al mismo tiempo, la traslación de los bienes vinculados de la esfera de dominio del enajenante a la del beneficiario, esto es, la Fundación, originándose una pérdida patrimonial para el primero y un enriquecimiento para el segundo aunque con la carga o límite impuesto en el acto de

³³⁰En concreto, el Fundamento de Derecho Tercero señala que: "(...) Desde el momento en que hay una contraprestación a los donativos, como es la mejora del centro y de su calidad docente, no pueden tener éstos la consideración de donaciones que pretende la entidad recurrente (...)".

³³¹MORILLO GONZÁLEZ, F., *El proceso de creación de una fundación...* op. cit., págs. 62 y ss.

³³²GONZÁLEZ PORRAS, J.M., "La aportación dotacional y su posible reversión a los herederos del fundador",... op. cit., pág. 2182.

vinculación. En este sentido se ha manifestado CASTÁN TOBEÑAS, quien considera que, aunque tiene naturaleza propia, el acto de dotación va siempre incorporado al de Fundación, siendo aquel accesorio de este³³³.

Finalmente, en la determinación de la naturaleza jurídica del complejo acto fundacional, hemos de destacar una última teoría por la que se concibe aquel como un único negocio jurídico unilateral. Los partidarios de esta opinión, como CARRANCHO HERRERO, defienden que el negocio fundacional es un todo único e inescindible sin que, a diferencia de la tesis precedente, se puedan distinguir partes diferenciadas³³⁴. Abundando en esta misma teoría, merecen especial mención los postulados de ALBALADEJO y VALERO AGÚNDEZ. Para el primero, quien mantiene una posición ecléctica, el acto de creación y de dotación de la Fundación son diferentes y separables aunque, no obstante, para evitar la existencia de personas jurídicas inútiles, nuestro ordenamiento jurídico los sustancia bajo un solo negocio, siempre que el acto creador del ente fundacional vaya acompañado del dotacional³³⁵. Por otro lado, VALERO AGÚNDEZ, como ya expusimos, va a considerar el negocio fundacional como un negocio jurídico unilateral de autovinculación mediante el cual, en un acto único e inseparable, va a concurrir tanto el ejercicio de un derecho de la persona –declaración de voluntad de crear el ente fundacional-, como el ejercicio de una actuación relativa al patrimonio –vinculación de una masa patrimonial a un fin y constitución de la misma a favor de una tercera persona, en este caso, la Fundación-³³⁶.

En cualquier caso, en todas las teorías o posicionamientos citados existe prácticamente unanimidad al afirmar la íntima unión existente entre la dotación y la declaración de voluntad del fundador mediante la que expresa, no sólo su intención de crear una Fundación para la consecución de unos fines, sino la vinculación del patrimonio fundacional al cumplimiento de los mismos. La ausencia, ineficacia o invalidez de alguno de estos elementos acarrearía la nulidad del negocio fundacional. En esta línea se han manifestado un gran número de autores, como, por ejemplo, GONZÁLEZ PORRAS³³⁷ o SERRANO CHAMORRO, para quien la dotación no puede ser un

³³³CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo I, Volumen 2, ..., op. cit., pág. 450.

³³⁴CARRANCHO HERRERO, M^a T., *La constitución de fundaciones...* op. cit., págs. 220 y ss.

³³⁵ALBALADEJO, M., *Derecho Civil...*, op. cit., pág. 280.

³³⁶VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa...*, pág. 69.

³³⁷GONZÁLEZ PORRAS, J.M., “La aportación dotacional y su posible reversión a los herederos del

elemento independiente³³⁸, así como la propia jurisprudencia, destacando, entre otras, la SAN, Cont-Adm, de 13 de diciembre de 2005, según la cual, “(...) *la existencia de un patrimonio inicial suficiente para cumplir el fin que se persigue se constituye como un elemento constitutivo del negocio jurídico fundacional*”³³⁹.

Conjuntamente con las razones expuestas, la intensa relación existente entre el negocio jurídico fundacional y la dotación también ha sido expresamente reconocida por el legislador ordinario cuando, en el artículo 12.1 de la LF, señala que esta última “*ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales*”, por lo está inseparable e irremediabilmente unida en un todo al negocio fundacional³⁴⁰. La vinculación entre ambas figuras ha sido tan relevante que, en un determinado momento histórico, la normativa reguladora de las fundaciones benéficas (en concreto, el artículo 10 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, de reorganización de los servicios de beneficencia³⁴¹, y el artículo 49 del Decreto 2930/1972, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones Culturales Privadas y Entidades análogas y de los Servicios administrativos encargados del Protectorado sobre las mismas³⁴²) llegó a consagrar formalmente la inembargabilidad de la dotación por las deudas o pasivos que pudiera haber originado la Fundación, carácter que, sin embargo, no podía extenderse a los rendimientos económicos que hubiera generado la Fundación por el desarrollo de una actividad económica o empresarial, los cuales no gozarían de este privilegio³⁴³.

fundador”,... op. cit., págs. 2172.

³³⁸SERRANO CHAMORRO, M^a E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio...* op. cit., pág. 69 y ss.

³³⁹En concreto la citada SAN señala en su Fundamento de Derecho Cuarto, Párrafo Tercero, que “*La dotación económica, por lo que ahora nos interesa, tiende a garantizar la viabilidad y seriedad de la utilización de esta forma jurídica de organización, caracterizada por la afección, de forma duradera y estable, de un patrimonio a la realización de uno o varios fines de interés general. De modo que la existencia de un patrimonio inicial suficiente para cumplir el fin que se persigue se constituye como un elemento constitutivo del negocio jurídico fundacional*”.

³⁴⁰En esta misma línea se ha pronunciado la jurisprudencia, citando, a modo de ejemplo, la SAP de las Islas Baleares, sección 5^a, de 11 de noviembre de 2013, cuyo Fundamento de Derecho Tercero considera la dotación como requisito *sine qua non* de la existencia y constitución de la fundación.

³⁴¹Gaceta de Madrid núm. 74, de 15 de marzo de 1899. En concreto, el aludido artículo 10 de la norma reglamentaria establecía que “*Los bienes y rentas de las instituciones de la Beneficencia, no podrán ser objeto de procedimientos de apremio. El Protectorado resolverá la forma de hacer efectivas las obligaciones que contra ellas resulten.*”

³⁴²BOE núm. 260, de 30 de octubre. De conformidad con el artículo 49.1 de esta norma reglamentaria, “*Cuando un Juzgado o Tribunal vaya a despachar un mandamiento de ejecución o una providencia de embargo contra las rentas y bienes de una Fundación cultural privada, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual lo comunicará al Protectorado*”:

³⁴³Supuestos en los que, al tratarse de fundaciones benéficas, aún resultaba de aplicación el artículo 10 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, de reorganización de los servicios de beneficencia, norma que, si bien figuraba en la Disposición Derogatoria de la Ley 30/1994, dicha derogación sólo afectaba a los apartados de la misma que se opusieran a lo dispuesto en la citada Ley.

Aplicando este criterio pueden considerarse entre otras, la STS, Cont-Adm, de 7 de julio de 1999³⁴⁴, y la STS, Cont-Adm, de 9 de julio de 2002³⁴⁵.

No obstante, tal como ha señalado LINARES ANDRÉS, no debe interpretarse lo expuesto en el sentido de que los bienes fundacionales eran inembargables y que, en consecuencia, la Fundación no tendría que responder de sus obligaciones, sino que, por el contrario, debe entenderse que la entidad cumpliría coactivamente sus obligaciones pero a través del procedimiento específico previsto en las referidas normas reglamentarias. En este sentido, en lugar de que un órgano jurisdiccional incoara un mandamiento de ejecución o una providencia de embargo contra los bienes y derechos que conforman la dotación, comunicaría la situación al Protectorado y sería este el que señalaría cómo debía actuar la Fundación, evitando así el gravamen o enajenación de los derechos que constituían la dotación con la consecuente pérdida de capacidad económica para el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales³⁴⁶.

Considerando que el precedente normativo de la vigente LF, la Ley 30/1994, guardaba silencio sobre el posible embargo de la dotación, algunos autores, como REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI³⁴⁷, interpretaron este silencio de acuerdo con lo establecido en el último párrafo de su Disposición Derogatoria, según el cual, quedaban derogadas cuantas disposiciones del Real Decreto de 14 de marzo de 1899 y del Decreto 2930/1972 se opusieran a la antedicha norma legal. Así pues, dado que los citados reglamentos estaban parcialmente vigentes, el aludido autor argumentaba que su contenido no derogado había sido indirectamente elevado a rango legal. Por todo ello, considerando, de un lado, la ausencia de normativa específica en el ámbito fundacional y, de otro, que la única regulación aplicable se encontraba en el actual artículo 605.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil³⁴⁸, que dispone la inembargabilidad de los bienes así declarados por una norma de rango legal, el

³⁴⁴Tal como señala este pronunciamiento, en el marco del “(...) *privilegio de inembargabilidad de los bienes fundacionales no ha de hallarse el importe de los servicios prestados por concierto con terceros (...) ya que lo así percibido no puede ser calificado como bien fundacional o renta del mismo*”.

³⁴⁵Según el tenor literal del Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia, “(...) *la inembargabilidad que la norma dispone para los bienes de las Fundaciones, no alcanza, a las cantidades que (...), deben percibir por los servicios sanitarios prestados a la entidad con la que habían celebrado el concierto (...)*”.

³⁴⁶LINARES ANDRÉS, L., *Las Fundaciones: patrimonio, funcionamiento y actividades...* op. cit., pág. 148.

³⁴⁷REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, A., *La nueva Ley de Fundaciones, ...*, op. cit., pág. 48.

³⁴⁸BOE núm. 7, de 8 de enero.

nombrado autor defendía la pervivencia de los procedimientos especiales contemplados en las antedichas normas reglamentarias para que las fundaciones cumplieran coactivamente sus obligaciones. En cualquier caso, este debate carece en la actualidad de relevancia jurídica, pues, tal como señala el apartado III.4 de la Exposición de Motivos de la Ley 30/1994 “*El protagonismo de la Instrucción de 1899 citada quedó diluido al aprobarse el Decreto 2930/1972, de 21 de julio (...)*”, y este último ha sido objeto de derogación expresa por el apartado 1, letra b), del RLF.

3.3.3) Requisitos de la dotación

Siguiendo la senda marcada por la precedente normativa estatal en materia de fundaciones, el precitado artículo 12.1 de la LF impone que la dotación sea “*adecuada y suficiente*” aunque no llega a definir con precisión el alcance de ambos términos, circunstancia que ha propiciado diversas opiniones doctrinales al respecto. Mientras que prácticamente existe unanimidad para interpretar la exigencia de “*adecuación*” como la necesidad de que la naturaleza de los bienes y derechos que componen la dotación no contravenga el ordenamiento jurídico y sea conforme a la consecución del fin fundacional³⁴⁹, no existe igual consenso en torno al concepto de “*suficiencia*”. Con respecto a este último, mientras que autores como MADRUGA han defendido que el patrimonio con que se dota a la Fundación debe servir para que esta cumpla sus fines sin necesidad de posteriores aportaciones de terceros³⁵⁰, otros como BADENES GASSET³⁵¹ o ALBALADEJO³⁵², han encabezado opiniones radicalmente opuestas.

En cualquier caso, en nuestra opinión, creemos que la LF ha puesto punto y final a este debate, pues tanto el artículo 12, que regula la dotación, como el 27, que hace lo propio con el destino de las rentas e ingresos que genere el ente fundacional en el ejercicio de sus actividades, permiten confirmar que la dotación inicial no tiene que ser la definitiva, ya que puede aumentar durante la vida de la Fundación, por lo que, en consecuencia, la dotación no debe ser ya entendida como un elemento de carácter

³⁴⁹SERRANO CHAMORRO, M^a E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio...* op. cit., pág. 170.

³⁵⁰MADRUGA MÉNDEZ, J., *Consideraciones en torno a las fundaciones privadas de interés público*, Anuario de de Derecho Civil, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1968, pág. 214.

³⁵¹BADENES GASSET, R. *Las Fundaciones de Derecho Privado...* op. cit., pág.72.

³⁵²ALBALADEJO, M., *Derecho Civil ...*, op. cit., pág. 277.

absoluto e inmutable que englobe todos los bienes y derechos necesarios para el correcto desarrollo de la actividad del ente fundacional en el exacto momento de su constitución. En este sentido, BADENES GASSET ya afirmaba en 1977 -por tanto, con anterioridad a las normas que expresamente exigen la "*suficiencia*" de la dotación-, que el requisito de la dotación inicial se reputará satisfecho con la aportación de un mínimo adecuado y suficiente que podrá aumentar a lo largo de la vida del ente fundacional³⁵³, mientras que CARRANCHO HERRERO esgrime que habrá que interpretar que una dotación es suficiente si su contenido patrimonial resulta bastante para cubrir las obligaciones que surjan de la puesta en marcha de la Fundación³⁵⁴.

En definitiva, y a la luz de lo expuesto, podemos afirmar, por tanto, que la adecuación y suficiencia de la dotación inicial habrá de ser valorada desde una perspectiva tanto positiva, que obliga a que los bienes y derechos sean aptos para la consecución del fin fundacional, como negativa, según la cual dichos bienes y derechos no pueden estar gravados por limitaciones que afecten o puedan afectar a la consecución de aquel. En cualquier caso, en aras de la seguridad jurídica, el propio artículo 12.1 *in fine* de la LF presume como suficiente la dotación cuyo valor económico alcance los 30.000 euros³⁵⁵ aunque, si fuere menor, también podrá ser considerada como tal, siempre y cuando el fundador así lo justifique ante el Protectorado que, tal como marca el artículo 35.1 de la citada norma legal, tiene, entre otras funciones, la de informar "*sobre la suficiencia dotacional de las fundaciones*" con carácter previo y vinculante a su inscripción en el Registro³⁵⁶. La discrecionalidad que la redacción de este precepto otorga al Protectorado para valorar la suficiencia dotacional ha sido criticada por algunos autores, como CUSCO y CUNILLERA³⁵⁷, mientras que, para otros, como SERRANO CHAMORRO, se trata de una redacción acertada, pues facilita la creación de nuevas fundaciones que persigan inicialmente unos objetivos más restringidos³⁵⁸.

³⁵³BADENES GASSET, R. *Las Fundaciones de Derecho Privado...* op. cit., pág. 72.

³⁵⁴CARRANCHO HERRERO, M^a T., *La constitución de fundaciones...* op. cit., pág. 213.

³⁵⁵Obsérvese que el legislador ha empleado la expresión "valor económico", lo que, a nuestro juicio, permite que la dotación pueda ser tanto dineraria como no dineraria aunque, en este último caso, debería ser tasada (GONZÁLEZ PORRAS, J.M., "La aportación dotacional y su posible reversión a los herederos del fundador", ... op. cit., págs. 2185).

³⁵⁶GONZÁLEZ PORRAS, J.M., "La aportación dotacional y su posible reversión a los herederos del fundador", ... op. cit., págs. 2180-2181.

³⁵⁷CUSCO, M. Y CUNILLERA, M., *Comentarios a la nueva ley de fundaciones. Ley 50/2002 de 26 diciembre*, Dijusa, Madrid, 2003, pág. 173.

³⁵⁸SERRANO CHAMORRO, M^a E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio...* op. cit., pág. 172.

Para finalizar este punto, debemos reseñar que el concepto de suficiencia dotacional, unido a la posibilidad de incrementar esta durante el transcurso de la vida de la Fundación, ha permitido el auge de una nueva tipología de fundaciones conocidas como "gerenciales" o, tal como expone LACRUZ, "recaudadoras"³⁵⁹. Este tipo de entidades son las que se constituyen con una dotación suficiente para iniciar el desarrollo de su actividad y protagonizar, acto seguido, una campaña de recaudación de fondos con los que lograr la consecución de su objeto, actividad esta última conocida como *fund-raising*. No obstante, la dotación, a pesar de ser mínima, ha de presentar suficiente entidad económica para garantizar los fines fundacionales de forma segura durante un tiempo prolongado, cuestión que, como hemos visto, será competencia del Protectorado analizar y verificar, so pena de denegar la inscripción de la Fundación en el Registro e impedir así que esta adquiriera personalidad jurídica.

Respecto a la suficiencia de la dotación en esta última modalidad de entidades fundacionales, resulta esclarecedora la SAN, Cont-Adm, de 13 de diciembre de 2005, que desdeña el mero propósito de beneficiarse de futuras subvenciones o donaciones o llevar a cabo ulteriores actividades de naturaleza recaudatoria para considerar acreditada la suficiencia dotacional. En concreto, su Fundamento de Derecho Cuarto, párrafos décimo y siguientes, señala que:

“(...) tampoco se aprecia que la dotación económica pueda ser considerada suficiente. Los fines que se proponen desarrollar y las actividades propuestas no quedaban suficientemente asegurados con el importe de la dotación económica con la que nacía esta Fundación, importe que era inferior a la cantidad fijada en la Ley 50/2002, sin que tampoco se aportase documentación o una memoria económica que justificase suficientemente que la aportación resultaba bastante para la viabilidad económica de la misma.

Frente a ello no puede aceptarse que su viabilidad quedaba garantizada con el programa económico previsto en los Estatutos o con las actividades planificadas en la memoria de actividades. Y ello, en primer lugar, porque tanto en las previsiones estatutarias de financiación como en la memoria de actividades aportada, gran parte de las fuentes de financiación e ingresos

³⁵⁹LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil I*,..., op. cit., pág. 321.

previstos se basa en las «ayudas, subvenciones o donaciones que reciban» (...) o en las suscripciones y aportaciones (...), previsión que al margen de formularse en términos genéricos tampoco podría tomarse en consideración pues el apartado quinto del artículo 12 de la Ley 50/2002 establece que «En ningún caso se considerará dotación el mero propósito de recaudar donativos».

Tampoco los futuros ingresos que se pudiesen obtener de las publicaciones proyectadas se constituye como una fuente de ingresos que justificase la viabilidad económica pretendida, pues se trata, en definitiva, de meras e hipotéticas previsiones de futuro carentes de una base real que pudiese ser tomada en consideración en el momento de analizar la viabilidad económica de la Fundación cuya inscripción se solicitaba, por lo que no quedaba suficientemente garantizada la asignación de un patrimonio bastante, en el momento de solicitar su inscripción, por lo que fallaba uno de los requisitos y elementos constitutivos del negocio jurídico fundacional”.

3.3.4) Modalidades de dotación

Considerando que el apartado segundo del artículo 12 de la LF permite que la aportación de la masa patrimonial que conforma la dotación pueda efectuarse de forma sucesiva cuando dicha aportación es dineraria³⁶⁰, cabe distinguir entre una dotación con desembolso total en el momento de la constitución y otra en la que aquel sólo es parcial. Con esta regulación, se configura un sistema de dotación muy flexible que pretende, por un lado, asumir los posibles cambios sociales y, por otro, incorporar experiencias normativas de otros ámbitos del Derecho, especialmente del Mercantil³⁶¹, que

³⁶⁰ Señala el artículo 12.2 de la LF "Si la aportación es dineraria, podrá efectuarse en forma sucesiva. En tal caso, el desembolso inicial será, al menos, del 25 por 100, y el resto se deberá hacer efectivo en un plazo no superior a cinco años, contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la fundación.

Si la aportación no es dineraria, deberá incorporarse a la escritura de constitución tasación realizada por un experto independiente.

En uno y otro caso, deberá acreditarse o garantizarse la realidad de las aportaciones ante el notario autorizante, en los términos que reglamentariamente se establezcan”.

³⁶¹ Tradicionalmente se ha admitido la constitución sucesiva de las sociedades anónimas, de modo que bastaba para su nacimiento el desembolso de la cuarta parte del capital social que debía ser suscrito en su totalidad. Hace unos años se ha extendido este modo de constitución igualmente a las sociedades limitadas. Vid. TRLSC, arts. 141 y ss. para la sociedad anónima y arts. 4 bis para las sociedades limitadas de formación sucesiva. (Precepto este último introducido por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización).

contribuyan a facilitar la consecución de objetivos y a la promoción del fenómeno fundacional³⁶².

Esta flexibilidad se manifiesta en distintas modalidades de aportación a la dotación. Así, tal como hemos señalado, cabe la dotación sucesiva inicial, siempre que las aportaciones sean dinerarias, en cuyo caso se exige el desembolso inicial del 25% de la dotación y la posterior aportación del resto durante un período de tiempo no superior a 5 años contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución. Se admiten igualmente ampliaciones de la dotación inicial a lo largo de la existencia de la entidad mediante nuevas aportaciones del fundador o por afectación de sus rendimientos económicos en virtud de acuerdo del Patronato y, finalmente, también se permite el incremento de la dotación originaria por la materialización de compromisos de aportaciones de terceras personas debidamente garantizados en el acto de constitución – siempre que dicho compromiso, tal como más adelante se reiterará, "*conste en títulos de los que lleva aparejada ejecución*", así escritura pública, cheque, pagaré, letra de cambio, etc.-³⁶³.

Si bien parece obvio que, mediante la posibilidad de efectuar un desembolso inicial mínimo de un 25% de la dotación y el resto a lo largo de un período de tiempo no superior a 5 años, se persigue facilitar la constitución de fundaciones aunque no se disponga de la totalidad de la dotación inicial, es preciso indicar que el porcentaje del patrimonio dotacional que se haga efectivo en el momento de la constitución habrá de respetar las condiciones de vinculación, adecuación y suficiencia a las que nos hemos referido con anterioridad, pues, en caso contrario, habría que deducir la nulidad del negocio fundacional al no cumplir con los requisitos de uno de sus elementos esenciales, como es la dotación. Precisamente, este argumento es el que ha esgrimido DEL CAMPO ARBULO³⁶⁴ para criticar esta modalidad de dotación sucesiva, pues, si el

³⁶²SERRANO CHAMORRO, M^a E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio...* op.cit., pág. 215

³⁶³Respecto a esta última modalidad de aportación, resulta relevante el contenido de la SAP de Valladolid, sección 3^a, de 14 de julio de 2015, según la cual, salvo disposición expresa en contrario contenida en los Estatutos o en el propio negocio fundacional, la obligación de realizar la aportación por quien inicialmente ostenta la condición de patrono no puede quedar vinculada al hecho de seguir disfrutando de dicho cargo en el futuro, pues ello supondría dejar a su libre arbitrio la posibilidad de subsistencia de la fundación que, obviamente, se nutre de dichos recursos y contaba con ellos para el desarrollo de su actividad.

³⁶⁴DEL CAMPO ARBULO, J.A., *Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/1994 de 24 de noviembre de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General*, Fundación Mapfre, Madrid, 1996, pág. 153.

antedicho porcentaje ya es considerado como adecuado y suficiente, ¿qué necesidad hay de efectuar los desembolsos sucesivos?

Por otro lado, la posibilidad de ampliar la dotación inicial con posterioridad al acto de constitución mediante nuevas aportaciones, ya provengan del propio fundador, ya de terceros, ya de afecciones que realice el Patronato con carácter permanente, ya de los recursos generados por la entidad en el desarrollo de su actividad, viene contemplada en el apartado cuarto del reiterado artículo 12 de la LF³⁶⁵, el cual hay que poner en relación con el artículo 27 de la misma norma legal, que regula el destino de rentas en ingresos de la Fundación. En virtud de este último precepto, al menos el 70% de los beneficios económicos que se obtengan por la actividad del ente fundacional, deducidos los gastos realizados para la consecución de los mismos, han de ser destinados al cumplimiento de los fines fundacionales, decidiendo el Patronato, respecto al porcentaje restante, si lo aplica a incrementar aún más la dotación o, por el contrario, a reservas. No obstante, para el cálculo de los ingresos, no se incluirán ni las aportaciones o donaciones recibidas en concepto de dotación patrimonial en el momento de constituir la Fundación o en un momento posterior, ni los ingresos obtenidos por la transmisión onerosa de bienes inmuebles en los que el ente fundacional desarrolle la actividad propia de su finalidad, siempre que el importe de la transmisión se reinvierta en bienes inmuebles en los que concurra dicha circunstancia. En cualquier caso, el cumplimiento de esta obligación tiene un plazo que será el comprendido entre el inicio del ejercicio en que se hayan obtenido los resultados y los cuatros años siguientes al cierre del mismo.

Finalmente, y al amparo del artículo 12.3 de la LF, también se integrará en la dotación los compromisos de futuras aportaciones de terceros siempre que consten en títulos que lleven aparejada su ejecución, de modo que no quede al libre arbitrio la satisfacción de los mismos, pues ello podría suponer un grave riesgo para la entidad fundacional. A través de este precepto, el legislador estatal ha pretendido adaptar la normativa vigente a la realidad social que vivimos ya que, lo más frecuente, es que la actividad de una Fundación se financie mediante consignaciones periódicas recogidas

³⁶⁵Conforme al art. 12.4 de la LF: *“Formarán también parte de la dotación los bienes y derechos de contenido patrimonial que durante la existencia de la fundación se aporten en tal concepto por el fundador o por terceras personas, o que se afecten por el Patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales”*.

en los presupuestos de la entidad fundadora o colaboradora. En todo caso, este apartado, aunque escueto, guarda una relación lógica con lo dispuesto en el propio artículo 12.1, según el cual, la dotación podrá estar compuesta por toda clase de bienes y derechos y, obviamente, un compromiso de aportación futura que lleve aparejado un título de ejecución queda circunscrito en dicho ámbito. Por último, en cuanto a la garantía mínima exigible para poder asegurar la ejecución de los compromisos, la doctrina es prácticamente unánime al respecto y estima que, en caso de bienes inmuebles, será necesaria escritura pública y, si son bienes muebles, bastará cualquier título que permita a la Fundación ejecutar la aportación comprometida en caso de incumplimiento³⁶⁶.

3.3.5) Irrevocabilidad de la dotación

Para ALBALADEJO, la irrevocabilidad de la dotación sigue el mismo régimen que el negocio fundacional al que va unida³⁶⁷ y al que ya hemos aludido con anterioridad. Así pues, según el citado autor, siendo irrevocable el negocio fundacional *inter vivos*, también lo es su dotación y, en cuanto a la Fundación establecida *mortis causa*, son revocables hasta la muerte del fundador tanto la Fundación como su dotación, siendo para ello necesaria la revocación del testamento que las contiene. Llegado este caso, baste reseñar que la Fundación y la dotación nunca llegaron realmente a tener eficacia, pues estaban pendientes del fallecimiento del testador.

En cualquier modo, si bien esta es la posición mayoritaria, conviene hacer una breve reflexión sobre la posibilidad de que puedan ser aplicadas a la dotación, en los casos de constitución y dotación *inter vivos*, las mismas causas de revocación que rigen para el negocio jurídico con el que, como ya hemos indicado, mantiene un núcleo común: la donación, la cual, si bien goza, en principio, de la nota de la irrevocabilidad a instancias del donante, el CC establece tres excepciones, permitiendo la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos, por incumplimiento de cargas y por ingratitud (arts. 644 y ss. del CC).

La LF no ha recogido precepto alguno para dilucidar la cuestión planteada,

³⁶⁶SERRANO CHAMORRO, M^a E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio...* op. cit., pág. 220.

³⁶⁷ALBALADEJO, M., *Derecho Civil...* op. cit., pág. 280.

circunstancia que ha motivado que algunos autores como CARRANCHO HERRERO hayan analizado las causas de revocación que los artículos 644, 647 y 648 del CC³⁶⁸ consagran para la donación y su posible aplicabilidad a la dotación fundacional³⁶⁹. En este sentido, tal como hemos adelantado, los citados preceptos reconocen la revocación de la donación en los siguientes casos: superveniencia o supervivencia de hijos, incumplimiento de cargas o ingratitud. Obviamente, los dos últimos supuestos no ofrecen ningún tipo de duda ya que una persona jurídica, como es el ente fundacional, no puede sufrir la revocación de su dotación inicial por el comportamiento de sus patronos quienes, en todo caso, serán los que deban responder personalmente por sus actuaciones y no repercutir las consecuencias de las mismas en la Fundación, pues una persona jurídica, ni puede ser ingrata, ni puede incumplir unas cargas *per se*, siendo las decisiones de las personas físicas bajo cuya responsabilidad aquella se incardina las que originen supuestos de ingratitud o incumplimiento de cargas, debiendo ser, por tanto, dichos individuos, y no la propia Fundación, los que asuman las consecuencias de su comportamiento.

No obstante, distinto es el supuesto de superveniencia o supervivencia de hijos, pues, en este caso, nos encontramos ante una posible causa de revocación objetiva, es decir, ajena al comportamiento o actitud de las personas físicas responsables de la Fundación. Si bien las normas que regulan el fenómeno fundacional no prevén un supuesto de revocación por superveniencia ni por supervivencia, en nuestra opinión, este puede resultar no del todo improcedente ya que, en ambos casos, cabría emplear el mismo argumento que se utiliza para justificar la revocación de la donación, la cual halla su fundamento en la presumible hipótesis de que el fundador no hubiera dispuesto

³⁶⁸Conforme al artículo 644 del CC: “*Toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes, será revocable por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes:*

1.º Que el donante tenga, después de la donación, hijos, aunque sean póstumos.

2.º Que resulte vivo el hijo del donante que este reputaba muerto cuando hizo la donación”.

Añade el artículo 647: “*La donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso.*

En este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria”.

El artículo 648 del CC señala: “*También podrá ser revocada la donación, a instancia del donante, por causa de ingratitud en los casos siguientes:*

1.º Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante.

2.º Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad.

3.º Si le niega indebidamente los alimentos”.

³⁶⁹CARRANCHO HERRERO, M^a T., *La constitución de fundaciones...* op .cit., págs. 227 y ss.

libremente de sus bienes de haber conocido la existencia de un vástago.

En cualquier caso, no todos los autores comparten la posibilidad descrita en el párrafo precedente. Así, por ejemplo, MORILLO GONZÁLEZ³⁷⁰, partiendo de la prevalencia del interés general que debe presidir todo ente fundacional sobre el interés particular del hijo superveniente o superviviente, defiende la improcedencia de la revocación de la dotación, todo ello sin perjuicio de que el fundador o, en defecto de este, el hijo o hijos afectados, puedan solicitar a la entidad fundacional la restitución de una cantidad equivalente o pactar el pago de alimentos, extremos ambos que, en nuestra opinión, resultan ciertamente criticables, pues, en caso de asumir su validez, nos encontraríamos ante una especie de revocación encubierta, posibilidad que el propio autor refuta en su postulado principal.

No obstante, a tenor del artículo 646 del CC, si se aceptara la posibilidad de revocar la dotación, la restitución no operaría *ipso iure*, sino que sería necesario ejercitar una acción, para la cual estarían legitimados tan sólo el fundador y, en caso de muerte", *sus hijos y descendientes*", acción que prescribe, dice el CC -aunque realmente estamos ante un plazo de caducidad-, "*por el transcurso de cinco años, contados desde se tuvo noticia del nacimiento del último hijo o de la existencia del que se creía muerto*"³⁷¹.

Si se aceptara la posibilidad de revocar la dotación, otra cuestión que se plantearía es el criterio a seguir para el cálculo de los bienes y el posterior estudio de la suficiencia dotacional. Como respuesta al primer asunto, el artículo 645 del CC es claro y rotundo al respecto, pues, en caso de que los bienes otorgados en la dotación no puedan ser restituidos -hecho que será el más probable ya que habrán sido empleados para la consecución de los fines fundacionales-, será necesario apreciar el valor que tenían en el momento de constituir la dotación. A pesar de la nitidez del precepto, para CARRANCHO HERRERO, esta solución acarrearía situaciones injustas por lo que, en estos casos, defiende apartarse de la regulación que el CC consagra para las donaciones, pues,

³⁷⁰MORILLO GONZÁLEZ, F., *El proceso de creación de una fundación...* op. cit., págs. 170 y ss.

³⁷¹Señala el artículo 646 del CC: "*La acción de revocación por supervenencia o supervivencia de hijos prescribe por el transcurso de cinco años, contados desde que se tuvo noticia del nacimiento del último hijo o de la existencia del que se creía muerto. Esta acción es irrenunciable y se transmite, por muerte del donante, a los hijos y sus descendientes.*"

en definitiva, dotación y donación no son figuras idénticas.³⁷² No obstante, nuestra opinión difiere a la manifestada por la citada autora porque, si se ha llegado a esta situación por respetar escrupulosamente la relación directa que existe entre donación y dotación, no procede ahora decidir unilateralmente qué preceptos se aplican y cuáles se obvian ya que, con dicho comportamiento, se excedería la mera labor interpretativa de la norma, dando paso a la regulación de una realidad que el legislador no ha considerado oportuno normalizar.

3.3.6) Límites de la dotación

Con carácter previo al estudio de las limitaciones de la dotación, cabe recordar que esta es un negocio que halla su fundamento en la liberalidad del fundador o fundadores. Por tanto, tal como ya ha quedado expuesto, si bien dotación y donación constituyen figuras jurídicas distintas, la semejanza existente entre ambas implica que puedan aplicarse a la primera, con los matices y excepciones que seguidamente analizaremos, los preceptos previstos en el CC para la segunda. En cualquier caso, y a diferencia de lo previsto para la donación, la dotación fundacional puede tener lugar tanto mediante acto *inter vivos* como *mortis causa*, circunstancia que hemos de considerar cuando profundicemos en las distintas causas que pueden limitar la figura objeto de este epígrafe.

Por todo ello, cabe preguntarnos si resultan aplicable a la dotación las restricciones consignadas en los artículos 634³⁷³, 635³⁷⁴ y 636³⁷⁵ del CC., los cuales, respectivamente, imponen al donatario a) la necesidad de reservarse para sí -ya sea en propiedad, ya sean en usufructo- bienes y derechos suficientes para vivir en un estado acorde a sus circunstancias, b) la prohibición de donar bienes futuros que no estén a su disposición en el momento de la donación y, por último, c) la imposibilidad de entregar

³⁷²CARRANCHO HERRERO, M^a T., *La constitución de fundaciones...* op .cit., pág. 237.

³⁷³Señala el artículo 634 del CC: “*La donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos, con tal que este se reserve, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias*”

³⁷⁴Según el artículo 635 del CC: “*La donación no podrá comprender los bienes futuros.*

Por bienes futuros se entienden aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación”.

³⁷⁵Conforme al artículo 636 del CC: “*No obstante lo dispuesto en el artículo 634, ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento. La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida*”.

mediante donación más de lo que se puede otorgar mediante disposición testamentaria, circunstancia que, según veremos, opera como instrumento de defensa de los derechos de los legitimarios .

Un primer análisis de los antedichos preceptos nos permite deducir que los supuestos consignados en los artículos 634 y 635 del CC sólo resultarían, en su caso, aplicables para las dotaciones constituidas *inter vivos*, pues el contenido de los mismos resulta irrelevante para las dotaciones que procedan de un acto *mortis causa*. No obstante, considerando, de una parte, que la restricción plasmada en el artículo 634 CC opera como mecanismo de defensa del propio donante y difícilmente resulta extrapolable al fenómeno fundacional, pues cuesta imaginar que una persona opte por constituir una Fundación privándose de los recursos necesarios para su subsistencia, y de otra, que la limitación derivada de la constitución de la dotación con bienes futuros e inciertos ya fue objeto de estudio al abordar la suficiencia dotacional³⁷⁶, focalizaremos nuestra atención en el artículo 636 CC, el cual resulta aplicable a toda dotación fundacional, y cuya vulneración implica que esta sea declarada inoficiosa ex nunc por atentar contra la legítima de los herederos forzosos del fundador, produciendo, por tanto, efectos desde su constitución hasta el momento en el que se acuerde su ineficacia -reducción total o parcial, según los casos.

En este sentido, la limitación que impone la legítima y que deriva del citado artículo 636 CC, no sólo tendrá vigencia en caso de que la dotación fundacional constituida vía testamentaria perjudique el derecho de los herederos forzosos, sino que también operará en el caso de liberalidades efectuadas en vida del causante que afecten a los derechos de los legitimarios. No obstante, esta última restricción sólo será eficaz tras la muerte del causante, tal como reconoce el artículo 654 del CC³⁷⁷, pues, con

³⁷⁶Cabe recordar nuevamente la SAN, Cont-Adm, de 13 de diciembre de 2005, que desdeña el mero propósito de beneficiarse de futuras subvenciones o donaciones o llevar a cabo ulteriores actividades de naturaleza recaudatoria para considerar acreditada la suficiencia dotacional. En concreto, señala en su Fundamento de Derecho Cuarto que los futuros ingresos que pudieran obtenerse resultan insuficientes para justificar aquélla, “(...)pues se trata, en definitiva, de meras e hipotéticas previsiones de futuro carentes de una base real que pudiese ser tomada en consideración en el momento de analizar la viabilidad económica de la fundación cuya inscripción se solicitaba, por lo que no quedaba suficientemente garantizada la asignación de un patrimonio bastante, en el momento de solicitar su inscripción, por lo que fallaba uno de los requisitos y elementos constitutivos del negocio jurídico fundacional”

³⁷⁷Conforme al artículo 654 del CC: “Las donaciones que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 636, sean inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán

carácter general, el donante puede disponer en vida de su patrimonio como estime conveniente aunque, una vez que fallece, los bienes que hayan sido asignados a la Fundación en concepto de dotación serán objeto de cómputo para el cálculo de la masa hereditaria (art. 818.2 del CC) aunque no habrán de traerse literalmente a colación (arts. 1045 y ss. del CC), situación que, con demasiada frecuencia, no es aplicada correctamente³⁷⁸

En estos casos, siempre que existan legitimarios descendientes, se procederá a calcular el caudal hereditario y realizar las operaciones de determinación pertinentes. Tras ello, el caudal se dividirá en tres grandes partes: tercio de legítima (legítima corta), tercio de mejora y tercio de libre disposición, imputándose a este último las atribuciones gratuitas efectuadas como dotación a una Fundación. Si el conjunto de estas atribuciones excediera el valor total del tercio de libre disposición, habría que declarar inoficiosa la parte que sobrepasara dicho valor y proceder a reducir la dotación o dotaciones en dicha cuantía. La acción de reducción de las atribuciones inoficiosas sólo puede ser ejercida por el legitimario o sus herederos. No obstante, conforme a lo dispuesto en el artículo 820.1º del CC, se intentarán respetar siempre las atribuciones gratuitas *inter vivos* mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo o anulando las mandas hechas en el testamento -los legados se reducen a prorrata salvo que el testador

ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos.

Para la reducción de las donaciones se estará a lo dispuesto en este capítulo y en los artículos 820 y 821 del presente Código”.

Artículo 820: *“Fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue:*

1.º Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento.

2.º La reducción de estas se hará a prorrata, sin distinción alguna.

Si el testador hubiere dispuesto que se pague cierto legado con preferencia a otros, no sufrirá aquél reducción sino después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima.

3.º Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador.”

Artículo 821: *“Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará esta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor; y en caso contrario para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero.*

El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.

Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en este artículo se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados”.

³⁷⁸Artículo 1045 CC: *“No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios.*

El aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario”.

haya declarado alguno preferentes-. Si bien la dotación no es en sentido estricto un legado, debe aplicarse el mismo régimen jurídico que a los legados inoficiosos. En cualquier caso, si la reducción de las donaciones fuera inevitable, tal como ordena el artículo 656 del mismo texto normativo, se comenzará reduciendo o suprimiendo, según su cuantía, las atribuciones gratuitas *inter vivos* más recientes³⁷⁹. Si existieran dos o más con igual fecha, la reducción se hará a prorrata, según se puede inferir del artículo 820 del CC que emplea este sistema³⁸⁰.

Por último, una vez reconocida la reducción, otra cuestión importante es la naturaleza de la restitución. La reducción de donaciones y/o legados inoficiosos ha de hacerse *in natura*. En aquellos casos en los que el donante no pueda restituir lo donado por haberlo transmitido a un tercero -recordemos que el donatario es propietario de lo donando desde la entrega de la cosa donada-, la reducción, entendemos, se haría en valores, tal y como se deduce del principio general existente en aquellos supuestos en los que el obligado a restituir una cosa no pueda hacerlo (por ej., arts. 1307 CC³⁸¹ ó 645 CC³⁸²). En el caso de las fundaciones, la aplicación literal del régimen anteriormente expuesto puede originar una importante causa de extinción de las mismas ya que, normalmente, los bienes que constituyeron la dotación inicial son los primeros en ser utilizados para el cumplimiento de los fines fundacionales, por lo que su restitución, así como la devolución de su valor, son operaciones complejas para la Fundación, especialmente en el caso de bienes inmuebles, los cuales suelen servir para albergar la

³⁷⁹ Conforme al artículo 656 CC: “Si, siendo dos o más las donaciones, no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán o reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente”.

³⁸⁰ Tal como dispone el artículo 820 CC, “Fijada la legítima (...) se hará la reducción como sigue:

1. Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento.

2. La reducción de estas se hará a prorrata, sin distinción alguna.

Si el testador hubiere dispuesto que se pague cierto legado con preferencia a otros, no sufrirá aquél reducción sino después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima.

3. Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador”.

³⁸¹ Según el artículo 1307 CC: “Siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha”

³⁸² De conformidad con el artículo 645 CC: “Rescindida la donación por la superveniencia de hijos, se restituirán al donante los bienes donados, o su valor si el donatario los hubiese vendido.

Si se hallaren hipotecados, podrá el donante liberar la hipoteca, pagando la cantidad que garantice, con derecho a reclamarla del donatario.

Cuando los bienes no pudieren ser restituidos, se apreciarán por lo que valían al tiempo de hacer la donación”

sede social de la Fundación o ser el centro neurálgico de su actividad. Privar a la Fundación de estos bienes o exigir la restitución del valor económico de los mismos supone un esfuerzo que, en la mayoría de las ocasiones, excede de la capacidad de resistencia de los entes fundacionales que, en consecuencia, se ven abocados a su extinción. Si bien, Derecho en mano, este es el efecto que se produciría, en la práctica, abogamos por articular, siempre con el consentimiento de las partes y, en particular, de los legitimarios afectados, soluciones que permitieran la subsistencia de el ente fundacional y garantizaran el derecho de los legitimarios, pues, como expusimos al estudiar la revocación de la dotación en el caso de hijos supervenientes o supervivientes, el interés particular no debería de superponerse al interés general. En este sentido, proponemos la no restitución *in natura* de los bienes dotacionales cuando la dote fue inoficiosa, así como el pago aplazado del valor de los mismos, como modo de compensar a los legitimarios, quienes, en todo caso, deberán estar de acuerdo con este tipo de medidas.

Junto a la legítima, otra figura a tener en cuenta en el análisis de los límites de las dotaciones constituidas mortis causa son las llamadas reservas hereditarias, también conocidas como la reserva viudal y la reserva troncal, que regulan, respectivamente, los artículos 811 y 968 del CC³⁸³. En la reserva troncal, se fija la obligación de reserva por parte del ascendiente de los bienes que haya adquirido de un descendiente quien, a su vez, los hubiera adquirido por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano. En este caso, la reserva está constituida a favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a línea de donde proceden los bienes. Por su parte, en la reserva viudal, se impone al viudo o viuda que contraiga segundas nupcias la obligación de reservar a los hijos y descendientes del primer matrimonio la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto cónyuge, salvo, claro está, su parte de gananciales. Ambas limitaciones operarán sólo desde el momento en el que surge la reserva, esto es, en el caso del artículo 811, cuando se produce el fallecimiento del descendiente que transmite y existen parientes que estén dentro del tercer grado de la

³⁸³ Conforme al art. 811 del CC: “*El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que este hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden*”.

Señala el artículo 968 del CC: “*Además de la reserva impuesta en el artículo 811, el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo; pero no su mitad de gananciales*”.

línea de la que proceden los bienes y, en el supuesto del artículo 968, cuando se contraigan nuevas nupcias. Hasta ese momento, los reservistas adquieren la plena propiedad de los bienes y los reservatarios sólo son titulares de una expectativa de derecho que se materializará si sobreviven al reservista. Trasladando lo expuesto al supuesto que nos ocupa, la limitación de la dotación sólo existirá si esta se ha producido después del nacimiento de la reserva, pues, si es anterior, no habrá nada que objetar. En el caso de bienes muebles, si nacida la reserva se produjera la dotación, esta última sería válida con la única obligación de indemnizar a los reservatarios. No obstante, la solución se torna más compleja en el supuesto de bienes inmuebles, ya que los reservatarios que hayan sobrevivido al reservista pueden reclamar el bien o los bienes inmuebles que componen la dotación siempre que no hubieran renunciado previamente a su derecho (art. 970 del CC³⁸⁴) o no hubieran pactado otro tipo de contraprestación con el reservatario, en cuyo caso se produciría la inatacabilidad de la dotación.

Otras de las limitaciones a la libre disposición de bienes a título gratuito y que, por tanto, puede afectar a la dotación constituida *inter vivos*, es la que determina el artículo 643 del CC, que regula la donación efectuada en fraude de acreedores³⁸⁵. El citado precepto determina que se reputará la donación hecha en fraude de acreedores cuando el donatario no reserve bienes suficientes para hacer frente a las deudas contraídas con anterioridad a aquella, presumiendo, por tanto, dicho *animus* siempre que concurra la situación objetiva indicada, sin entrar a valorar o enjuiciar ningún elemento subjetivo concurrente, por lo que, en consecuencia, cabe concluir que no será necesaria la existencia de dolo para que una donación sea realizada en fraude de acreedores. En estos casos, si bien el citado artículo establece que será el donatario quien responda de las deudas del donante, no delimita el alcance de dicha responsabilidad, por lo que cabe preguntarse si el donatario hará frente a las obligaciones del donante solidariamente o sólo hasta el límite marcado por los bienes que ha recibido. La doctrina es unánime al respecto cuando afirma que el donatario sólo responderá hasta el límite marcado por los bienes que le ha transferido el donante, y no

³⁸⁴Conforme al artículo 970 del CC: “Cesará la obligación de reservar cuando los hijos de un matrimonio, mayores de edad, que tengan derecho a los bienes, renuncien expresamente a él, o cuando se trate de cosas dadas o dejadas por los hijos a su padre o a su madre, sabiendo que estaban segunda vez casados”.

³⁸⁵Conforme al artículo 643 del CC: “No mediando estipulación respecto al pago de deudas, sólo responderá de ellas el donatario cuando la donación se haya hecho en fraude de los acreedores. Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella”.

con los suyos propios, pues el espíritu del mencionado artículo 643 no es imponer al donatario la obligación de satisfacer las deudas del donante, sino trasladar a la figura de la donación el ejercicio de la acción revocatoria, también conocida como *pauliana*³⁸⁶, que consagra el artículo 1111 del CC y desarrolla el citado cuerpo legal al regular la rescisión negocial -arts. 1290 y ss., en particular el art. 1297.1 -, permitiendo así al acreedor impugnar los actos que el deudor haya efectuado en fraude de su derecho³⁸⁷.

Finalmente, aunque el supuesto resulte más propio de un ensayo de laboratorio jurídico, CARRANCHO HERRERO, fundamentando su pretensión en el artículo 812 del CC³⁸⁸, también alude a la reversión legal de las donaciones como una limitación más de la dotación *mortis causa*³⁸⁹. En base al citado precepto, se plantea la posibilidad de que un ascendiente donara un bien a un descendiente quien, a su vez, lo utilizara para una dotación fundacional. Si muere este descendiente sin posteridad, ¿podría el ascendiente reclamar dicho bien? Entendemos que no, pues, cuando el descendiente empleó el bien en la dotación era el verdadero titular del mismo ya que lo había recibido mediante una donación, institución que, según el artículo 609 del CC, es una de las formas de adquirir la propiedad³⁹⁰. Como titular del bien, el descendiente tenía libre disposición sobre el mismo y, por tanto, no existe inconveniente para que, a su vez, lo atribuya en forma de dotación fundacional, todo ello sin perjuicio del derecho reconocido por el precitado artículo 812 al ascendiente que, como ya hemos expuesto, sucederá al descendiente en todas las acciones que tuviera con relación al bien o bienes afectos a la dotación, las cuales, tal como hemos reseñado tanto en este apartado como en el dedicado a la irrevocabilidad de aquella, son bastante escasas.

³⁸⁶ ALBALADEJO, M., "Comentario ex artículos 642 y 643", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo VIII, Vol. 2, Edersa, Madrid, 1986, página 292.

³⁸⁷ El art. 1111 del CC señala: "Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de este con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho".

³⁸⁸ Señala el artículo 812 del CC: "Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió".

³⁸⁹ CARRANCHO HERRERO, M^a T., *La constitución de fundaciones...* op. cit., págs. 266 y ss.

³⁹⁰ Artículo 609 CC: "... La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten... y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición."

3.3.7) Modificaciones de la dotación: enajenación, gravamen, incremento y destino en caso de extinción de la Fundación.

De conformidad con el artículo 21 de la LF, la enajenación onerosa o gratuita de los bienes y derechos que conforman la dotación o el patrimonio de la Fundación que estén directamente y expresamente vinculados al cumplimiento del fin fundacional requerirá autorización previa del Protectorado, que no podrá negarla si está debidamente acreditada. En este sentido, señala el art. 21.2 que "*Se entiende que los bienes y derechos de la Fundación están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, cuando dicha vinculación esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del Patronato de la Fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada que realice una aportación voluntaria a la Fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados. Asimismo, la vinculación a que se refiere el párrafo anterior podrá realizarse por resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial.*", precepto que en palabras de la STS, Civil, de 7 de marzo de 2011, "*contiene una norma de interpretación auténtica*"³⁹¹.

Por su parte, la enajenación o gravamen del resto de bienes y derechos, si el valor de los mismos es superior al 20% del activo de la Fundación según el último balance aprobado, a aun no llegando a esa cifra, se trate de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales o bienes de interés cultural, deberán ser comunicados por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de 30 días hábiles siguientes a su realización. Si los patronos no cumplieran con esta obligación o el acuerdo del Patronato resultase lesivo para los intereses del ente fundacional, el Protectorado podrá ejercer la acción de responsabilidad contra los patronos³⁹².

³⁹¹ Además, como aspecto de interés respecto a la hipotética vinculación de un bien al fin fundacional, la Sentencia señala en su Fundamento de Derecho Tercero, párrafo tercero, que "*(...) el hecho de designar como domicilio (de la fundación) un edificio concreto (perteneciente al patrimonio de la fundación) no implica necesariamente la vinculación del edificio al fin de la fundación, cuando el domicilio es perfectamente fungible y modificable (...)*".

En congruencia, con esta afirmación, la STS, Cont-Adm, de 2 de junio de 2009, permite ubicar el domicilio fundacional en un inmueble enajenado por la propia fundación pero sobre el que esta reserva un derecho real de uso.

³⁹² Señala el artículo 21 de la LF, lo siguiente: "*Enajenación y gravamen.*

- 1. La enajenación, onerosa o gratuita, así como el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, requerirán la previa autorización del Protectorado, que se concederá si existe justa causa debidamente acreditada.*
- 2. Se entiende que los bienes y derechos de la fundación están directamente vinculados al cumplimiento*

Resulta interesante resaltar la diferencia que el legislador realiza entre la enajenación de bienes vinculados al fin fundacional, que requerirá autorización previa del Protectorado, y la enajenación de bienes de especial importancia no sometidos a dicha vinculación, la cual sólo queda sometida al régimen de comunicación previa al citado órgano de control.

Esta intervención del Protectorado en la actividad fundacional ha sido criticada por algunos autores, como DE PRADA, quien considera que este régimen jurídico es receptor del conservadurismo de la normativa preconstitucional sobre fundaciones³⁹³. Personalmente, disintimos de esta opinión ya que el ente fundacional no es un simple colectivo de carácter asociativo, sino que persigue una finalidad de interés general, de ahí que sean necesarias medidas de control y fiscalización que garanticen la suficiencia dotacional para el desarrollo de su actividad³⁹⁴.

La enajenación de un bien vinculado al cumplimiento del fin fundacional sin la concurrencia de la preceptiva autorización del correspondiente Protectorado ha sido reputada como nula de pleno derecho por la propia jurisprudencia, tal como ha puesto de manifiesto la STS, Civil, de 20 de julio de 2011. En concreto, su Fundamento de Derecho sexto señala que la normativa en materia de fundaciones que resulta aplicable

de los fines fundacionales, cuando dicha vinculación esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del Patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada que realice una aportación voluntaria a la fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados.

Asimismo, la vinculación a que se refiere el párrafo anterior podrá realizarse por resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial.

3. Los restantes actos de disposición de aquellos bienes y derechos fundacionales distintos de los que forman parte de la dotación o estén vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales, incluida la transacción o compromiso, y de gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes de interés cultural, así como aquéllos cuyo importe, con independencia de su objeto, sea superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado, deberán ser comunicados por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de treinta días hábiles siguientes a su realización.

El Protectorado podrá ejercer las acciones de responsabilidad que correspondan contra los patronos, cuando los acuerdos del Patronato fueran lesivos para la fundación en los términos previstos en la Ley.

4. Las enajenaciones o gravámenes a que se refiere el presente artículo se harán constar anualmente en el Registro de Fundaciones al término del ejercicio económico. Del mismo modo, se inscribirán en el Registro de la Propiedad o en el Registro público que corresponda por razón del objeto, y se reflejarán en el Libro inventario de la fundación”.

³⁹³DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., *Algunas observaciones en torno al proyecto de Ley de Fundaciones*, La Ley, Vol. 2, Madrid, 1993, pág. 168.

³⁹⁴LINARES ANDRÉS, L., *Las Fundaciones: patrimonio, funcionamiento y actividades...* op. cit., pág. 155.

al caso “(...) *persigue hacer efectivo el sometimiento de las fundaciones a la tutela y protección de los poderes públicos, como garantía de cumplimiento de la voluntad fundacional, dirigida a la consecución de un interés general o público. Por tanto, la inexistencia de la preceptiva autorización -al margen de que su falta pueda o no ser subsanada- lleva consigo la nulidad radical del acto, pues con ello se ha dejado sin efectividad una norma que persigue un fin que trasciende más allá de cuestiones estrictamente económicas puesto que va dirigido a la protección del interés público*”.

En cuanto a los estudios realizados sobre la posible inalienabilidad de la dotación inicial, creemos oportuno destacar el impulsado por NIETO ALONSO, quien, entre otros autores, ha defendido la posibilidad de enajenar, salvo disposición expresa en contrario del fundador, los bienes y derechos constitutivos de aquella sin que ello implique una pérdida de su valor ya que, en ese caso, se produciría una descapitalización del ente fundacional. Según el citado autor, supone una incongruencia defender la indisponibilidad por parte de la Fundación de los bienes y derechos vinculados a los fines de la misma pues, si no se permite esta posibilidad, el patrimonio de la Fundación queda anquilosado, corriendo el riesgo de convertirse en una verdadera “mano muerta”³⁹⁵.

Respecto a la posibilidad de incrementar la dotación -y con el ello el patrimonio de la Fundación- mediante la aceptación de herencias, legados o donaciones cabe reseñar que, si bien es posible, el artículo 22 de la LF impone que la aceptación de una herencia se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario³⁹⁶. Además, el citado precepto legal añade que los patronos serán responsables frente a la Fundación de la pérdida del beneficio de inventario, la cual, según determina el artículo 1024 del CC, tiene lugar cuando, a sabiendas, se deja de incluir en la masa hereditaria alguno de los bienes o derechos de la misma, cuando se enajenan bienes o derechos de la herencia sin la pertinente autorización judicial y antes de completar el pago de todas las deudas³⁹⁷ o,

³⁹⁵NIETO ALONSO, A., *Fundaciones: su capacidad...* op. cit., págs. 104 y ss.

³⁹⁶A tal respecto, resulta aclarativa la Resolución de la DGRN de 16 de julio de 2007 (RJ2007\3907), cuyo Fundamento de Derecho Segundo señala: “(...) *respecto de las fundaciones llamadas a la herencia, la aceptación es siempre necesariamente con beneficio de inventario, sin que para considerar producidos los efectos del mismo en favor del heredero sea preciso, por tanto, que el llamado declare querer utilizar dicho beneficio (...)*”.

³⁹⁷Respecto a la autorización necesaria para la enajenación de los bienes de una herencia que se halla en situación de beneficio de inventario, resulta interesante la matización que ha introducido la SAN, Cont-Adm, de 24 de julio de 2001, según la cual, en el trámite de beneficio de inventario, los bienes

finalmente, cuando se recaba el antedicho permiso pero el precio de la venta se destina a un fin que no es el previamente determinado.

Por su parte, el apartado segundo del artículo 22 que nos ocupa exige la comunicación por el Patronato al Protectorado, tanto de la aceptación de legados con carga³⁹⁸ o donaciones modales o remuneratorias, como de la repudiación de herencias, donaciones o legados que están exentos de ellas. El plazo para efectuar esta comunicación es de 10 hábiles, contados a partir de la fecha en la que la aceptación o repudiación se llevan a efecto. Si el Protectorado entendiera que la decisión del Patronato fuera lesiva para los intereses fundacionales, podrá ejercer la ya citada acción de responsabilidad contra los patronos³⁹⁹. Finalmente, cabe reseñar que la LF no prohíbe la aceptación de donaciones o legados con carga aunque, en ese caso, esta nunca podrá ser superior al valor económico de los bienes aportados⁴⁰⁰.

de la herencia aún no han sido aceptados y, por tanto, no han entrado en el patrimonio fundacional. Dichos bienes se encuentran bajo tutela de autoridad administrativa o judicial y, por tanto, se requiere la autorización de aquella para su enajenación. No obstante, si bien la fundación no podrá enajenar un bien concreto sin recabar previamente dicha autorización, sí podrá prescindir de esta para enajenar derechos futuros sobre la herencia, siempre que los adquirentes asuman el riesgo de la operación y todo ello sin perjuicio de la responsabilidad en la que pudieran incurrir los patronos por esta operación.

³⁹⁸En sentido estricto, mientras que para ser heredero es necesario aceptar, no es necesario aceptar para adquirir legados de puros y simples del testador, los cuales se adquieren automáticamente por el legatario, sin perjuicio de la posibilidad de renuncia de los legados (art. 881 del CC)

³⁹⁹Artículo 22

“1. La aceptación de herencias por las fundaciones se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario.

Los patronos serán responsables frente a la fundación de la pérdida del beneficio de inventario por los actos a que se refiere el artículo 1024 del Código Civil.

2. La aceptación de legados con cargas o donaciones onerosas o remuneratorias y la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas será comunicada por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de los diez días hábiles siguientes, pudiendo este ejercer las acciones de responsabilidad que correspondan contra los patronos, si los actos del Patronato fueran lesivos para la fundación, en los términos previstos en esta Ley”.

Artículo 993

“Los legítimos representantes de las asociaciones, corporaciones y fundaciones capaces de adquirir podrán aceptar la herencia que a las mismas se dejare; mas para repudiarla necesitan la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio público.”

Artículo 1024:

“El heredero perderá el beneficio de inventario:

1.º Si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia.

2.º Si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización de todos los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización.

No obstante, podrá disponer de valores negociables que coticen en un mercado secundario a través de la enajenación en dicho mercado, y de los demás bienes mediante su venta en subasta pública notarial previamente notificada a todos los interesados, especificando en ambos casos la aplicación que se dará al precio obtenido”

⁴⁰⁰LINARES ANDRÉS, L., *Las Fundaciones: patrimonio, funcionamiento y actividades...* op. cit., págs., 172

Especialmente criticable resulta para algunos autores, como LEONSEGUI, la equiparación que la LF realiza de las donaciones modales y remuneratorias, sometiendo ambas al mismo régimen de comunicación. Si, tal como establece el artículo 619 del CC, la donación remuneratoria es aquella que se realiza a favor de una persona por sus méritos para recompensar servicios que no constituyen deudas exigibles o que impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado, y la modal es aquella que impone una carga, la primera siempre supondrá, en mayor o menor medida, un enriquecimiento para el donatario, característica que no cabe predicar de la segunda, pues ello dependerá del valor o coste de la carga impuesta. En consecuencia, coincidimos con la citada autora cuando afirma que habría que aplicar a las donaciones remuneratorias el mismo régimen previsto para las donaciones puras, resultando, por tanto, innecesario, comunicar al Protectorado su aceptación⁴⁰¹.

Para finalizar este capítulo, haremos una breve referencia al destino que la ley depara a los bienes y derechos fundacionales una vez que se acuerda la extinción de la Fundación, extremo al que sólo cabría acudir cuando la situación resulte inevitable y no pueda salvarse la entidad mediante una modificación estatutaria o a través de un proceso de fusión⁴⁰².

La irrevocabilidad del negocio fundacional y, por ende, de la propia dotación contemplada en la normativa vigente, así como el interés general que constituye la esencia de esta institución, propician que, con carácter general, el patrimonio inicial nunca más regrese ni a la esfera de dominio del fundador ni a la de sus herederos, tal como ha puesto de manifiesto, entre otras, la STC de 21 de diciembre de 2005⁴⁰³, extremo este que no es compartido por una parte de la doctrina, como GONZÁLEZ PORRAS, quien aboga por permitir la reversión de los bienes dotacionales cuando su primitiva afectación no pudiera cumplirse y así haya sido expresamente previsto por el

y ss.

⁴⁰¹LEONSEGUI GUILLOT, R.A., “La actividad de la fundación”, *Gestión y Administración de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 67.

⁴⁰²LEONSEGUI GUILLOT, R.A., “La actividad de la fundación”..., op. cit., pág. 71.

⁴⁰³Tal como señala el último párrafo del Fundamento de Derecho Séptimo, de la STC de 21 de diciembre de 2005, en alusión a la posible reversión de los bienes fundacionales, “(...) no puede entenderse que (se permita) al fundador hacer previsiones, para después de la extinción de la fundación, que ignoren o contradigan la finalidad de interés general que la Constitución impone como esencia de la naturaleza jurídica de la institución (...)”.

fundador en el testamento que motivó la creación de la entidad fundacional, pues, afirmar lo contrario, supondría una suerte de expolio que no debería tener lugar, ya que que al Protectorado le incumbe velar por el cumplimiento de los fines fundacionales, de acuerdo con la voluntad de la persona fundadora⁴⁰⁴.

En cualquier caso, el posicionamiento del Tribunal Constitucional supone una ruptura con el criterio recogido en la normativa previa a la entrada en vigor de la LF que, de acuerdo con la voluntad del fundador, permitía la reversión de los bienes fundacionales en beneficio de sus herederos⁴⁰⁵, destacando, a modo de ejemplo, la STS, Cont-Adm, de 6 de junio de 1987, la STS, Cont-Adm, de 8 de noviembre de 2011, y la SAP de Madrid, sección 12ª, de 30 de diciembre de 2013.

En concreto, este último pronunciamiento judicial, al abordar el recurso interpuesto por una entidad bancaria que exigía la reversión a su favor de la dotación inicial de una Fundación en proceso de liquidación fundamentando su pretensión en que así se recogía en el negocio jurídico fundacional celebrado al amparo de la normativa anterior a la LF, señala lo siguiente:

“(…) Por tanto, y aunque la propia Ley prevé, en su articulado, el mecanismo transitorio a observar por las fundaciones existentes a la fecha de entrada en vigor de la Ley 50/2002, esta alcanza a la adaptación estatutaria, pero no puede entenderse que afecte a derechos adquiridos por una persona distinta de la propia Fundación, bajo la vigencia de la legislación anterior, como resulta el poder de decisión del fundador sobre el destino de los bienes dotacionales. A este respecto, bien podría diferenciarse entre los bienes y derechos objeto de la «dotación» inicial de la Fundación, y de los bienes y derechos resultantes de la «liquidación» de la Fundación al extinguirse esta. Y la norma no prevé expresamente, ni con carácter transitorio, ni específico, que no puedan revertir los bienes dotacionales al fundador en el momento de la extinción de la Fundación, cuando así fue previsto. E indudablemente, el derecho a recuperar la dotación por parte del fundador, fue una

⁴⁰⁴GONZÁLEZ PORRAS, J.M., “La aportación dotacional y su posible reversión a los herederos del fundador”, ... op. cit., págs. 2193-2194.

⁴⁰⁵PIÑAR MAÑAS, J.L. Y REAL PÉREZ, A., *Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador...* op. cit., pág. 159.

previsión estatutaria y un derecho que anteriormente podía ser ejercitado libremente por los fundadores en caso de extinción, con carácter previo a la liquidación del patrimonio dotacional (...).

En este sentido (...) cuando existe, como es el caso, una cláusula fundacional que prevé la reversión, debemos entender que es un pasivo de la Fundación, que se tiene que entregar a las personas señaladas por el fundador, igual que si fuera un derecho de usufructo que se entrega al nudo propietario, o un arrendamiento que se entrega al propietario. El bien no se integrará dentro del patrimonio sometido a liquidación por la evidencia de que su propiedad no pertenece a la Fundación sino al reversionario. Entiende esta Sala que un derecho económico de semejante entidad e importancia, a favor del fundador, previsto en las cláusulas fundacionales, no puede entenderse extinguido y sin efecto por la vía interpretativa del artículo 33 de la Ley de Fundaciones (que no se encontraba vigente cuando se creó la Fundación) o por una Disposición Transitoria, que no impone ese grado máximo de retroactividad, y que afecta a la obligación de la Fundación de adaptar los Estatutos, pero no se extiende a contemplar los derechos adquiridos, por expresa previsión estatutaria, a favor de una persona distinta.

Por ello, consideramos que (...) persiste el derecho de reversión a favor del Banco fundador en el momento de la extinción de la Fundación (por causa distinta a la fusión), respecto a los bienes dotacionales, al no derivarse de ello lucro para el fundador, ni resultar contrario al interés general. Lo que conduce a la estimación del recurso (...)”.

En cualquier caso, conviene aclarar que, según resalta la STS, Cont-Adm, de 9 de diciembre de 2008, el hipotético derecho reconocido en la legislación precedente a la reversión de los bienes que constituyen la dotación de la Fundación no es motivo suficiente para justificar una modificación estatutaria que, bajo el pretexto de adaptar los Estatutos a la LF, pretenda perpetuar expresamente dicho derecho, pues ello supondría aceptar como válidas unas disposiciones estatutarias que, a todas luces, contravienen la normativa vigente.

Como posibles causas de extinción de las fundaciones, el artículo 31 de la LF distingue la expiración del plazo para el que fue constituida la Fundación, la realización

íntegra del fin fundacional, la imposibilidad de realizar este⁴⁰⁶, la celebración de una fusión, la concurrencia de una causa distinta prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos y, finalmente, cualquier otro motivo recogido en las leyes⁴⁰⁷. Salvo el supuesto de extinción de la Fundación por expiración del plazo para el que fue creada, que operará *ipso iure*, y el de extinción por otro precepto recogido en el ordenamiento jurídico, que requerirá resolución judicial⁴⁰⁸, será el Protectorado quien acuerde la extinción del ente fundacional, siendo necesario inscribir en el Registro de Fundaciones la correspondiente extinción⁴⁰⁹.

Una vez extinguida la Fundación, será el Patronato quien, bajo la supervisión del Protectorado, realice la liquidación del patrimonio fundacional, pudiendo este último órgano impugnar ante la autoridad judicial los actos de liquidación que resulten contrarios al ordenamiento jurídico o a los Estatutos de la Fundación, tal como establece el artículo 39.5 del RLF. Tras la referida liquidación, de conformidad con el artículo

⁴⁰⁶Resulta de interés destacar que, tal como ha puesto de manifiesto, entre otras, la STS, Civil, de 15 de junio de 2016, si bien “(...) *no cabe identificar la mera inactividad de la entidad fundacional con la imposibilidad de realizar el fin fundacional, (lo que sucederá cuando dicho fin) haya devenido inconstitucional, ilegal o contrario al bien común, o cuando la fundación haya perdido total y definitivamente su patrimonio (..)*”, nada obsta a que dicha inactividad pueda ser considerada como efecto o manifestación de la imposibilidad de cumplir el aludido fin.

En cualquier caso, la Sentencia recalca en su Fundamento de Derecho Segundo, último párrafo, que “*no es posible fijar una doctrina jurisprudencial, que precise más las concretas circunstancias fácticas cuya concurrencia sería necesaria o suficiente para que la inactividad de la fundación pudiera o tuviera que considerarse un reflejo de la imposibilidad determinante de su extinción a tenor del artículo 31.c) de la Ley estatal 50/2002 de Fundaciones. La casuística impone sus exigencias: reclama su espacio frente a la regla jurisprudencial (...)*”, por lo que será necesario analizar pormenorizadamente las circunstancias concurrentes en cada caso antes de poder emitir un juicio fundado en Derecho.

⁴⁰⁷ Conforme al artículo 31 de la LF:

“La fundación se extinguirá:

- a) Cuando expire el plazo por el que fue constituida.
- b) Cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional.
- c) Cuando sea imposible la realización del fin fundacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la presente Ley.
- d) Cuando así resulte de la fusión a que se refiere el artículo anterior.
- e) Cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos.
- f) Cuando concurra cualquier otra causa establecida en las leyes”.

⁴⁰⁸ Cabe reseñar que, tal como ha puesto de manifiesto la SAP de Vizcaya, sección 4ª, de 4 de mayo de 2006, la denegación de inscripción de una fundación no implica su extinción.

⁴⁰⁹ Señala el artículo 32 LF:

- “1. En el supuesto del párrafo a) del artículo anterior la fundación se extinguirá de pleno derecho.
2. En los supuestos contemplados en los párrafos b), c) y e) del artículo anterior, la extinción de la fundación requerirá acuerdo del Patronato ratificado por el Protectorado. Si no hubiese acuerdo del Patronato, o este no fuese ratificado por el Protectorado, la extinción de la fundación requerirá resolución judicial motivada, que podrá ser instada por el Protectorado o por el Patronato, según los casos.
3. En el supuesto del párrafo f) del artículo anterior se requerirá resolución judicial motivada.
4. El acuerdo de extinción o, en su caso, la resolución judicial, se inscribirán en el correspondiente Registro de Fundaciones”.

39.6 del citado reglamento, habrá que satisfacer las obligaciones económicas pendientes con los acreedores del ente fundacional y, si estas aún no han vencido, se asegurará su pago⁴¹⁰.

Una vez satisfechas las referidas deudas, el artículo 33, apartados 2 y 3, de la LF permite destinar los bienes y derechos resultantes tanto a fundaciones o entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general, como, siempre que así esté previsto expresamente en los Estatutos o cláusulas fundacionales, a entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines de interés general⁴¹¹. En relación con la primera posibilidad, si los Estatutos o el negocio fundacional relacionan nominalmente entes fundacionales que reúnan las condiciones antedichas, se destinarán a ellos los bienes resultantes de la liquidación. Por el contrario, si no existe mención expresa en favor de ninguna entidad, será el Protectorado el órgano que decida a qué instituciones que cumplan las condiciones expuestas se adjudicarán los bienes, a menos que el fundador haya reconocido expresamente esta potestad al Patronato. Así pues, como se puede comprobar, a pesar de que una Fundación cese en su actividad y se extinga, su patrimonio, y con él la dotación, siempre quedarán afectos a una finalidad de interés general, intentando de esta manera respetar, hasta el máximo posible, la voluntad del fundador.

⁴¹⁰Artículo 39.5: “El protectorado impugnará ante la autoridad judicial los actos de liquidación que resulten contrarios al ordenamiento jurídico o a los Estatutos de la fundación”.

Artículo 39.6: “No se podrán destinar los bienes y derechos resultantes de la liquidación a las entidades a que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 33 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, sin que hayan sido satisfechos todos los acreedores o sin haber consignado el importe de sus créditos. Cuando existan créditos no vencidos, se asegurará previamente el pago”.

⁴¹¹Artículo 33.2: “Los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquéllos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en los Estatutos de la fundación extinguida. En su defecto, este destino podrá ser decidido, en favor de las mismas fundaciones y entidades mencionadas, por el Patronato, cuando tenga reconocida esa facultad por el fundador, y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido”

Artículo 33.3: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las fundaciones podrán prever en sus Estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general”

PARTE II: ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LA FUNDACIÓN.

1) EL PATRONATO

1.1) Introducción

Aunque no existe unanimidad doctrinal a este respecto, en nuestra opinión, la organización de la Fundación, tal como expusimos al abordar sus elementos, forma parte de éstos. En este sentido, resulta concluyente el contenido del también ya referido artículo 2.1 de la LF, el cual define la Fundación como “*organización*”, todo ello sin perjuicio de pronunciamientos judiciales ya citados que al definir la Fundación ignoran el elemento organizativo que, en todo caso, son anteriores a la entrada en vigor del antedicho precepto legal⁴¹². Además, la importancia del elemento organizativo en la actual configuración del fenómeno fundacional es de tal envergadura que, junto con la consideración clásica, se añade una nueva modalidad denominada Fundación “instrumental” o “gerencial”, la cual, tal como esbozamos al sistematizar la diversa tipología de entidades fundacionales, es una Fundación-órgano cuyo principal objetivo consiste en constituir una organización estable a través de la cual recabar los recursos necesarios con los que financiar el desarrollo de su actividad⁴¹³. En cualquier caso, no es posible confundir el término “organización” con el de “persona jurídica”, pues existen muchas entidades que carecen de esta última a pesar de gozar de cierto reconocimiento social⁴¹⁴.

La organización del ente fundacional se regula en Capítulo III de la LF. Dicho capítulo, que tiene por rúbrica “*Gobierno de la Fundación*”, se ocupa del Patronato y de sus integrantes, los patronos, abarcando los arts. 14 a 18 de la Ley.

⁴¹²Recordar la ya comentada STC de 22 de marzo de 1988, cuyo Fundamento Jurídico 5º define la fundación como “*persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general*”.

⁴¹³SERRANO GARCÍA, I., “El Patronato”, *Tratado de Fundaciones*, Vol. I, op. cit., pág. 508.

⁴¹⁴La R. DGRN de 31 de marzo de 1997 (BOE núm. 100, de 26 de abril) destaca “*la existencia de situaciones jurídicas intermedias (...) que aun cuando no dan lugar a la aparición de un nuevo y único sujeto de derecho con todas las características que le son inherentes (propia capacidad jurídica y propia capacidad de obrar a través de sus órganos, denominación, nacionalidad y patrimonio personal propios), presentan algunas semejanzas -a veces importantes- con el fenómeno de la personificación jurídica*”.

La consideración organizativa de la Fundación definida por la propia LF revaloriza la importancia del Patronato, órgano de gobierno de la Fundación, pues un ente organizado requiere necesariamente de estructuras que, tal como determina el artículo 14 de la referida norma legal, lleven a cabo los fines fundacionales y representen a la entidad para la ejecución de dicho cometido, de ahí que el aludido precepto se exprese en términos tan taxativos (“deberá existir”) cuando se refiere al Patronato, cuestión que tampoco supone una novedad, pues el Punto V, párrafo primero, de la Exposición de Motivos de la ya parcialmente derogada Ley 30/1994 se pronunciaba en semejantes parámetros⁴¹⁵.

La necesaria concurrencia del Patronato queda plasmada con mayor nitidez en el art. 14.1 de la LF, según el cual, *"en toda Fundación deberá existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno y representación de la misma, que adoptará sus acuerdos por mayoría en los términos establecidos en los Estatutos"*, añadiendo el apartado 2 que: *"Corresponde al Patronato cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos."*

En cualquier caso, la obligatoria existencia, con carácter general, del Patronato no implica exclusividad, pues, a tenor de lo dispuesto en el artículo 16.2 de la LF en relación con el artículo 15 del RLF⁴¹⁶, los Estatutos pueden prever la existencia de otros

⁴¹⁵Señala la Exposición de Motivos de la Ley 30/1994: *"(...) se exige la existencia de un órgano de gobierno y representación y la suficiencia de la dotación inicial, cuya aportación podrá hacerse de forma sucesiva, e igualmente se exige que en la escritura de constitución consten la forma y realidad de dicha aportación; se determina la responsabilidad de los patronos por los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos fundacionales, o por los realizados negligentemente; y se somete a decisión judicial la suspensión de los patronos y su cese en determinados supuestos (...)"*.

Teniendo en consideración que la Exposición de Motivos de la LF se limita a relacionar las novedades que esta norma comporta respecto a su predecesora, cabe estimar el citado extracto del Punto V, párrafo primero, de la Ley 30/1994 como ejemplo ilustrativo del pensamiento y voluntad del legislador en relación con la existencia del Patronato.

⁴¹⁶Artículo 15

- "1. Los Estatutos podrán prever la existencia de otros órganos distintos del patronato para el desempeño de las funciones que expresamente se les encomienden; en todo caso, deberán respetarse las funciones atribuidas legalmente al patronato como órgano de gobierno y administración al que corresponde el cumplimiento de los fines fundacionales y la administración del patrimonio de la fundación. En los Estatutos se regulará la composición y las funciones de estos órganos."*
- "2. Entre las facultades atribuidas a estos órganos no podrán comprenderse la aprobación de las cuentas y del plan de actuación, la modificación de los Estatutos, la fusión y la liquidación de la fundación ni aquellos actos que requieran la autorización del protectorado, que son materias de competencia exclusiva del patronato."*

órganos distintos al Patronato cuya creación, modificación, supresión, nombramiento y cese de sus componentes deberá inscribirse en el Registro de Fundaciones⁴¹⁷.

Con este planteamiento, y al amparo de lo previsto en el artículo 14.1 de la LF, el cual, como ya se ha expuesto, sólo atribuye al Patronato funciones de gobierno y representación, algunos autores, como NIETO ALONSO, defienden que otras atribuciones como, por ejemplo, la administración del patrimonio fundacional, pueden ser encomendadas a aquellos órganos distintos del Patronato que, a tal fin, se determinen en los Estatutos⁴¹⁸. Personalmente, discrepamos de esta afirmación porque, si bien es cierto que el tenor literal del apartado primero del artículo 14 sólo cita expresamente las funciones de “gobierno” y “representación”, su apartado segundo, por el contrario, atribuye al Patronato la función de “*administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación*”, y no lo es menos que el artículo 15.1 del RLF supedita expresamente la concurrencia de otros órganos distintos al Patronato a que, en todo caso, se respeten las funciones atribuidas legalmente a aquel como órgano de gobierno y administración para el cumplimiento de los fines y la administración del patrimonio de la Fundación. Así pues, mientras dicho precepto permanezca vigente, estimamos contraria a Derecho la concurrencia de un órgano que administre el patrimonio fundacional al margen del Patronato aunque, igualmente, también debemos concluir que nada obsta a que el Patronato, en el ámbito de su función administradora y bajo su supervisión y responsabilidad, encomiende la gestión del patrimonio fundacional a otro órgano sin que, llegado el caso, se puedan confundir los términos “administración” y “gestión”, pues, como hemos referido, el primero de ellos es una facultad inherente e inalienable del Patronato.

La pertinencia o necesidad de otros órganos al margen del Patronato ha sido objeto de estudio por VIÑUELAS, quien, en caso de entes fundacionales con Patronatos de grandes dimensiones, opta por la creación de comisiones como estructuras alternativas para agilizar la labor de la Fundación. En este sentido, la aportación más relevante es la Comisión de Auditoría debido al déficit de control que padecen las fundaciones, la cual estaría compuesta de consejeros externos a los que se les asignaría

3. En todo caso, la creación, modificación y supresión de estos órganos y el nombramiento y cese de sus miembros deberá inscribirse en el Registro de fundaciones de competencia estatal”.

⁴¹⁷ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil...* op. cit., pág. 276.

⁴¹⁸ NIETO ALONSO, A., *Fundaciones: su capacidad...*, op. cit., pág. 386 y ss.

funciones de verificación de la exactitud del contenido de las cuentas anuales, del resto de documentos económico-contables y, en general, del estado financiero de la Fundación, así como del destino y aplicación adecuados de sus fondos.

Las labores de control de índole externo desempeñadas por el Protectorado no son incompatibles con la creación de la antedicha comisión debido a las limitaciones de aquel en el cumplimiento de su función, las cuales derivan, fundamentalmente, del elevado número de fundaciones a supervisar y de la escasez de recursos disponibles para ello. Asimismo, la citada autora también defiende la constitución de una Comisión Ejecutiva que facilite una mayor frecuencia de reuniones, la creación de un Consejo Asesor como órgano consultivo sin funciones decisorias que permita introducir en el gobierno de la Fundación a personas externas con conocimientos y experiencia adecuados y, finalmente, la existencia de una Comisión de Nombramientos que se encargue de la selección y evaluación de los patronos, así como del presidente y secretario, y refuerce los deberes de información y transparencia⁴¹⁹. En cualquier caso, tal como ya hemos indicado, incluso en el supuesto de existencia de otros órganos distintos del Patronato, este siempre tendrá un carácter prevalente sobre aquellos ya que sus principales atribuciones, además de resultar indisponibles⁴²⁰, son esenciales para la naturaleza fundacional del ente, pues, como ya se ha reiterado en numerosas ocasiones, el Patronato es el órgano encargado de desarrollar y ejecutar una voluntad que no es la propia, sino la del fundador.

1.2) Composición y funcionamiento

Si bien es el artículo 14 de la LF el que establece la obligada existencia del Patronato como órgano de gobierno de la Fundación, será el precepto que le sigue en el citado cuerpo legal el que delimite su composición. En este sentido, no puede desconocerse que tanto el Patronato como la Fundación precisan de individuos que formen parte de ella y ejecuten su voluntad, siendo decisivo de este modo para el concepto de órgano que los actos de los miembros del Patronato tengan el valor de actos

⁴¹⁹VIÑUELAS SANZ, M., *Gobierno Corporativo en Personas Jurídicas no Mercantiles*, Marcial Pons, Madrid, 2015, págs. 55 a 59.

⁴²⁰DEL CAMPO ARBULO, J.A., *Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/1994...*, op. cit., pág. 170.

de la persona jurídica Fundación⁴²¹. No obstante, el perfil de la posición jurídica ocupada por los componentes del Patronato habrá de delimitarse en función del marco competencial legalmente establecido para el órgano ya que, obviamente, no todos los actos que ejecuten deberán ser considerados como actos propios de la Fundación. Esta diferenciación se torna incluso más necesaria en el caso de que otras personas jurídicas formen parte del Patronato como miembros del mismo, en cuyo caso deberán designar a la persona o personas físicas que las representen en dicho órgano⁴²².

En cuanto a la capacidad para acceder a la condición de patrono, y aunque tendremos la oportunidad de profundizar sobre este asunto en un próximo epígrafe, resulta oportuno avanzar que, tal como señala el artículo 15.2 de la LF, "*Podrán ser miembros del Patronato las personas físicas que tengan plena capacidad de obrar y no estén inhabilitadas para el ejercicio de cargos públicos*", añadiendo que "*Las personas jurídicas podrán formar parte del Patronato, y deberán designar a la persona o personas físicas que las representen en los términos establecidos en los Estatutos.*" Así pues, si los patronos son personas físicas, deben tener plena capacidad de obrar, lo que significa que han de ser mayores de edad y no tener su capacidad modificada judicialmente (es decir, no estar incapacitados), además de no estar inhabilitados para el ejercicio de cargos públicos⁴²³. Hay que entender razonablemente que si los patronos o alguno de ellos son una persona jurídica, las personas físicas que los representen "*en los términos establecidos en los Estatutos*" han de tener la capacidad y aptitud antes señalada para los patronos personas físicas.

De conformidad con el ya citado artículo 15 de la LF, corresponderá a los propios Estatutos fundacionales detallar expresamente el número de miembros que componen su Patronato aunque, si éstos no lo fijan y sólo prevén un número máximo y mínimo, será el propio Patronato el responsable de tal tarea, según lo dispuesto en el

⁴²¹DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La Representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 322.

⁴²²El artículo 15.2, párrafo segundo, de la LF establece que "*las personas jurídicas podrán formar parte del Patronato, y deberán designar a la persona o personas físicas que las representen en los términos establecidos en los Estatutos*".

⁴²³Los artículos 39, letras a) y b), 40, 41 y 42 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre) contemplan las penas de inhabilitación para el ejercicio de cargo público, pudiendo ser estas de naturaleza absoluta, que impide el disfrute de cualquier cargo o empleo público durante el tiempo de duración de la pena, o de carácter especial, que sólo afecta al cargo o empleo sobre el que recayere.

artículo 10.1 del RLF⁴²⁴. A tal respecto, si bien no existe por imperativo legal ningún tope máximo respecto al número de posibles patronos, el artículo 15.1, párrafo primero, de la LF, sí fija un mínimo de tres miembros, exigencia que, aun no constituyendo normativa básica estatal aplicable a todo el territorio nacional según lo dispuesto en la Disposición Final Primera de la antedicha norma legal, ha quedado plasmada en idénticos términos en la legislación autonómica vigente en materia de fundaciones⁴²⁵, desterrando así toda posibilidad de constituir un Patronato unipersonal.⁴²⁶

La variedad de supuestos posibles y la existencia de fundaciones muy pequeñas permite cuestionar, sin duda, la adecuación de la opción acogida por los legisladores estatal y autonómico, pues, aunque la complejidad las funciones inherentes a todo proceso de gestión hace aconsejable la participación en la toma de decisiones de una pluralidad de sujetos que permitan valorar y sopesar varias perspectivas y sensibilidades, las características de la propia organización y de su entorno pueden hacer conveniente la atribución del poder de gestión a una sola persona a la que corresponderá velar para que la entidad cumpla con su misión⁴²⁷. Es por ello por lo que, en nuestra opinión, quizá hubiera resultado más adecuado introducir una mayor

⁴²⁴Artículo 10.1: “Cuando los Estatutos fijen un máximo y un mínimo de patronos, corresponderá al propio patronato la determinación de su número concreto”.

⁴²⁵Artículo 14.4 de la Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco (BOPV núm. 111, de 13 de junio), artículos 332-3, apartado primero, en relación con el artículo 312-3, apartado primero, de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas (DOGC núm. 5123, de 2 de mayo), artículo 13.1 de la Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOLR núm. 22 de 15 de Febrero), artículo 16.1 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego (DOG núm. 242, de 19 de diciembre), artículo 16.1 de la LFA (BOJA núm. 117, de 17 de junio), artículo 10.2 de la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León (BOCL núm. 139 de 19 de Julio), artículo 13.1 de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre de Fundaciones de la Comunidad Valenciana (DOCV núm. 3391 de 11 de Diciembre), artículo 12.1 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 57 de 09 de Marzo), y artículo 17.1 de la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias (BOIC núm. 47 de 17 de Abril).

⁴²⁶La existencia del Patronato unipersonal fue objeto de debate parlamentario a raíz de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria en el Senado durante la tramitación del Proyecto de la Ley 30/1994. Dicha enmienda, que fue rechazada, subrayaba la incongruencia del texto del Proyecto de Ley en relación con el respeto a la voluntad del fundador, la cual quedada limitada con la exigencia de un número mínimo de patronos. En este sentido, el Grupo canario argumentaba que la voluntad de la persona fundadora “*debe respetarse, de acuerdo con el derecho reconocido en la Constitución, siempre que no haya una razón para restringirla*”. Además, cabe recordar que la existencia de un Patronato unipersonal ya se había previsto con anterioridad para determinado tipo de fundaciones, como las culturales privadas y las benéfico-asistenciales (respectivamente, artículo 11.1 del Decreto 2930/1972, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones Culturales Privadas y Entidades Análogas, y artículo 33 de la Instrucción de 14 de marzo de 1899, sobre el Protectorado del Gobierno en la Beneficencia Particular, que acompañaba al Real Decreto de la misma fecha de Beneficencia General y Particular).

⁴²⁷SALELLES CLIMENT, J.R Y VERDERA SERVER, R., *El Patronato de la Fundación*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 60.

flexibilidad en relación con las características de la Fundación o la voluntad del propio fundador, posibilidad que no ha sido contemplada en la LF ni, con carácter general, en las distintas normas autonómicas aprobadas en materia de fundaciones, a excepción de la gallega, que sí alberga una novedad respecto a la previsión contenida en la legislación estatal.

En este sentido, la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego⁴²⁸, ha introducido en su artículo 16.4 una pequeña innovación en el régimen de funcionamiento del Patronato, al permitir al fundador o fundadores que sean personas físicas reservarse con carácter vitalicio el ejercicio de todas las competencias asignadas al órgano de gobierno de la Fundación aunque, en este caso, la persona o personas fundadoras deberán ejercer sus funciones dando cuenta previamente al Patronato que podrá exigirles responsabilidad. En estos casos, si bien el Patronato continúa ostentando el gobierno de la Fundación y ejerciéndolo colegiadamente, la ejecución de sus competencias recae en una o varias personas físicas que no tendrán que formar parte necesariamente de aquel. De este modo, el Patronato circunscribe su acción de gobierno a un ámbito de supervisión y control que ejercerá sobre la actuación de la persona o personas fundadoras.

Sin lugar a dudas, la previsión de un funcionamiento colegiado para un órgano compuesto por, al menos, tres miembros permite superar, por lo demás, los inconvenientes que comporta el colegio de dos, pues, de hecho, y salvo reconocimiento de un voto de calidad, sería necesario el consentimiento de los dos miembros para la adopción de acuerdos con la consiguiente falta de agilidad que ello podría implicar. No obstante, debe precisarse que, cumplida la exigencia mínima anteriormente referida, la LF no obliga a que el número de miembros del Patronato sea necesariamente impar por lo que, para evitar distorsiones en el funcionamiento de la entidad fundacional, tal como ya hemos adelantado, el artículo 11.1 del RLF va a reconocer el voto de calidad de la persona titular de la Presidencia de la Fundación en caso de empate⁴²⁹. En efecto, sin perjuicio del carácter colegiado del Patronato y de la posición jurídica que ocupa su presidente en el mismo, conviene recordar que el voto de calidad es una forma típica de

⁴²⁸DOG núm. 242, de 19 de diciembre.

⁴²⁹En efecto, el artículo 11.1 del RLF señala que “*el patronato adoptará sus acuerdos por mayoría de los patronos presentes o representados en la reunión. El presidente tendrá voto de calidad en caso de empate*”.

resolución de los empates que se produzcan en el seno de los órganos colegiados⁴³⁰, la cual, una vez descartada la posibilidad de la configuración unipersonal del Patronato, debe ser considerada como idónea para favorecer el funcionamiento de dicho órgano y, con él, el de la Fundación⁴³¹.

En cualquier caso, puede darse la circunstancia de que en el seno del Patronato, aun compuesto por un número impar de miembros, sólo pueda ejercer derecho al voto un número par, ya que el RLF va a contemplar unas situaciones en las que los componentes del órgano de gobierno fundacional deberán abstenerse. A tal efecto, el artículo 11, apartado segundo, de la referida norma reglamentaria exige tal comportamiento al patrono en tres supuestos: *“a) cuando se establezca una relación contractual entre la Fundación y el patrono, su representante, sus familiares hasta el cuarto grado inclusive, o su cónyuge o persona ligada con análoga relación de afectividad; b) Cuando se fije una retribución por sus servicios prestados a la Fundación distintos de los que implica el desempeño de las funciones que le corresponden como miembro del patronato, y c) Cuando se entable la acción de responsabilidad contra él”*. Así pues, en estos casos, el voto de calidad de la persona titular de la presidencia del Patronato se revela nuevamente como un útil instrumento para solventar situaciones que, de no existir esta posibilidad, arrojarían una compleja solución. Igualmente, aun siendo impar el número de componentes del Protectorado, si se votan tres o más alternativas, puede producirse un empate, por lo que el voto de calidad del Presidente ayudará a solventar la cuestión.

Finalmente, cabe precisar que mediante la determinación del número mínimo de miembros que componen el Patronato no se pretende evitar ni la existencia de órganos numerosos ni las dificultades de funcionamiento que, *a priori*, dicha circunstancia comportaría para el proceso de toma de decisiones en su seno. Así, ese límite mínimo no excluye la previsión de una composición más numerosa que resulte más adecuada, según la autonomía de la voluntad del fundador, a las características de la entidad fundacional y al cumplimiento del fin que esta persigue. De esta forma, la persona

⁴³⁰ Así, por ejemplo, el artículo 19.1, letra d), de la LRJSP (BOE núm. 236, de 2 de octubre), reconoce, con carácter general, a la persona titular de la presidencia de los órganos colegiados de la Administración General del Estado dirimir con su voto los empates a efectos de tomar acuerdos. En esta misma línea se pronuncia el artículo 93.1, letra d), de la LAJA (BOJA núm. 215, de 31 de octubre)

⁴³¹ SALELLES CLIMENT, J.R Y VERDERA SERVER, R., *El Patronato de la Fundación...*, op. cit., pág. 62.

fundadora o, en defecto de manifestación al respecto, el propio Patronato, podrán establecer la composición que consideren más oportuna debiendo plasmar en la escritura o documento de constitución la identidad de las personas que conforman el Patronato⁴³² cuya composición, además, deberá quedar igualmente recogida en los Estatutos⁴³³. Los límites legales existentes a tal fin son escasos por lo que el fundador o, según el caso, los albaceas, herederos o, en última instancia, el propio Protectorado⁴³⁴ tienen un amplio margen de maniobra para conformar el Patronato aunque dicha autonomía no será igual en todos los casos. Así, por ejemplo, el fundador goza de mayor libertad en este sentido ya que es el único que puede señalar para sí mismo, con carácter vitalicio, la presidencia del Patronato, atribución que no está al alcance del resto (ex art. 15.1 de la LF).

Como ya ha quedado patente, la designación de los componentes del Patronato puede proceder de diversas fuentes. La primera de ellas, y más importante, es la voluntad del fundador quien podrá concretar nominalmente a los patronos o, en su defecto, establecer reglas expresas para su designación. No obstante, para el caso en el que el fundador se haya limitado a establecer su voluntad *mortis causa* de crear una Fundación, será el albacea, si lo hay, o los herederos testamentarios, en su defecto, los que determinen la composición del Patronato. Si no hubiere herederos testamentarios o, existiendo, no cumplen con la obligación de tramitar la constitución y registro de la Fundación, será el Protectorado quien proceda a realizar dicho trámite, previa autorización judicial⁴³⁵, requisito este último que, en nuestra opinión, sería absolutamente prescindible ya que tan sólo supone un obstáculo más para la creación ágil de la entidad fundacional.

⁴³²El artículo 10, letra e), de la LF establece que la escritura de constitución de una Fundación debe contener “*la identificación de las personas que integran el Patronato, así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional*”.

⁴³³El artículo 11.1, letra), de la LF determina que en los Estatutos de una Fundación ha de constar “*La composición del Patronato, las reglas para la designación y sustitución de sus miembros, las causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos*”.

⁴³⁴En este sentido, el artículo 35.1, letras g) y h), de la LF consagra, respectivamente, como funciones del Protectorado “*Ejercer provisionalmente las funciones del órgano de gobierno de la fundación si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo*” y “*Designar nuevos patronos de las fundaciones en período de constitución cuando los patronos inicialmente designados no hubieran promovido su inscripción registral (...)*”.

⁴³⁵El artículo 9.4 de la LF señala lo siguiente: “*Si en la constitución de una fundación por acto mortis causa el testador se hubiera limitado a establecer su voluntad de crear una fundación y de disponer de los bienes y derechos de la dotación, la escritura pública en la que se contengan los demás requisitos exigidos por esta Ley se otorgará por el albacea testamentario y, en su defecto, por los herederos testamentarios. En caso de que éstos no existieran, o incumplieran esta obligación, la escritura se otorgará por el Protectorado, previa autorización judicial*”.

Para concluir este apartado, resulta oportuno destacar, tal como han demostrado recientes estudios sociológicos del espectro fundacional, la directa relación proporcional existente entre la composición del Patronato y el peso o la actividad económica desarrollada por la entidad, de modo que las fundaciones con mayor presupuesto cuenta con Patronatos más amplios que las entidades que cuentan con menos recursos. En concreto, mientras que las fundaciones con ingresos superiores a los 2.400.000 euros anuales presentan un número de componentes en sus respectivos órganos de gobierno que oscila en torno a los dieciséis patronos de media, las fundaciones más pequeñas, con ingresos por debajo de los 150.000 € al año, son regidas por un Patronato significativamente más reducido, el cual difícilmente alcanza los nueve miembros de media⁴³⁶.

1.3) Estructura y funciones

Una vez señalada la necesaria existencia del órgano de gobierno, procede abordar cómo se organiza este. Inicialmente, cabe señalar que su estructura estará condicionada por el cumplimiento de los fines fundacionales ya que el Patronato, cualquiera que sea su composición, deberá aplicar todas sus energías en la ejecución de una voluntad ajena, plasmada en la escritura de constitución y Estatutos o en el testamento, cuya consecución moldeará su organización.

En cualquier caso, si bien la estructura puede ser muy variada, es necesario que en todo Patronato exista un presidente -que ha de ser necesariamente patrono- y un secretario -que no ha de ser necesariamente un patrono (art. 15.1 de la LF).

Además, el RLF permite al Patronato el nombramiento de uno o varios vicepresidentes, siendo necesario establecer el orden entre los mismos, así como, si fuere preciso, de un vicesecretario para que pueda suplir al titular en caso de vacante, ausencia o enfermedad (art. 13.2).

⁴³⁶ROMERO, E., AZOFRA, V. Y DE ANDRÉS, P., “El Gobierno de las Fundaciones en España: patronatos sin patronos”, *Universia Business Review*, Segundo Trimestre 2008, págs. 93 y.94.

1.3.1) El Presidente. La posible existencia de vicepresidentes.

Serán los propios patronos los que procederán a la elección del Presidente entre ellos mismos, salvo que en la escritura de constitución o en los Estatutos haya quedado determinado nominalmente su desempeño o se haya establecido otro sistema para la elección de dicho cargo (art. 15.1 de la LF). Al no existir previsiones legales ni reglamentarias respecto a su designación, ha de reputarse cómo válida cualquiera que sea la forma elegida, siempre que esta no sea contraria a Derecho⁴³⁷.

Si bien la LF no regula la posible existencia de vicepresidentes, sí lo hace el RLF, previendo de este modo la sustitución temporal o definitiva de las funciones del presidente. A tal efecto, el art. 13.2 de la citada norma reglamentaria establece lo siguiente: *“El patronato podrá nombrar en su seno uno o varios vicepresidentes y establecerá su orden. En el caso de vacante, ausencia o enfermedad del presidente, sus funciones serán asumidas por el vicepresidente único o primero y, en su defecto, por el segundo y sucesivos, si existiesen”*.

En cuanto a las funciones de la persona titular de la presidencia del Patronato, vendrán delimitadas tanto por las asignadas expresamente por el fundador, como por las señaladas en la normativa vigente. A este respecto, si bien la LF es muy escueta y tan sólo le atribuye la función de formular las cuentas de la Fundación (art. 25.2⁴³⁸), el RLF sí va dedicar un extenso artículo (el art. 13.1) a enumerar las competencias y funciones de la persona titular de la presidencia de la Fundación, pudiendo distinguir, entre otras, la representación de la Fundación, la convocatoria de las reuniones del Patronato (sin perjuicio de que convoque materialmente el secretario por orden del presidente) y la fijación de su orden del día, la presidencia, dirección y moderación de dichas reuniones, velar por la ejecución de los acuerdos adoptados en las mismas, visar las actas y certificaciones, etc., concluyendo el antedicho precepto con una cláusula abierta que, con carácter general, permite atribuir: *“Cualquier otra facultad que legal o estatutariamente le esté atribuida”*⁴³⁹. En cualquier caso, junto a estas previsiones

⁴³⁷SERRANO GARCÍA, I., “El Patronato”, *Tratado de Fundaciones*, Vol. I, op. cit., pág. 528.

⁴³⁸El artículo 25.2 de la LF, atribuye al Presidente o la persona que conforme a los Estatutos de la fundación, o al acuerdo adoptado por sus órganos de gobierno corresponda, la formulación de las cuentas anuales.

⁴³⁹El artículo 13 del RLF, *“Funciones del presidente y vicepresidentes del patronato”*, contempla en su

reglamentarias, parece razonable que también se atribuya a la presidencia asegurar el normal funcionamiento de la Fundación en sus relaciones internas procurando que todas las personas que trabajan en ella aúnen sus energías para el buen cumplimiento del fin fundacional⁴⁴⁰.

De entre todas las funciones inherentes a la persona de titular de la presidencia de la Fundación, hay dos que, en nuestra opinión, revisten especial importancia; una de carácter interno, como es la facultad de fijar el orden del día de las reuniones del Patronato, y otra relativa a las relaciones con terceros, como es la representación de la Fundación.

Respecto a la primera de ellas, su uso no puede hacerse caprichosamente puesto que, en principio, la determinación de los asuntos sobre los que tomar acuerdos condiciona la actividad de la Fundación. Como en todo órgano colegiado, los acuerdos tienen que adoptarse previa inclusión del asunto en el orden del día, por lo que el presidente deberá poner a disposición de los patronos la documentación necesaria que les permita formar un criterio en relación al asunto o materia a sustanciar en el Patronato. En cualquier caso, no cabe confundir la facultad de solicitar una reunión de este órgano, -posibilidad que disfrutan los patronos siempre que dicha solicitud sea presentada por, al menos, una tercera parte de los mismos⁴⁴¹-, con su convocatoria, la cual siempre corresponde al secretario de la Fundación por orden del presidente, quien, si bien está obligado a incluir en el orden del día los puntos solicitados por los patronos, nada obsta a que pueda añadir otros adicionales. No obstante, a diferencia de lo

apartado 1 las siguientes:

“1. Corresponderá al presidente del patronato:

a) Ejercer la representación de la fundación en juicio y fuera de él, siempre que el patronato no la hubiera otorgado expresamente a otro de sus miembros.

b) Acordar la convocatoria de las reuniones del patronato y la fijación del orden del día.

c) Presidir las reuniones y dirigir y moderar el desarrollo de los debates, someter a votación los acuerdos y proclamar el resultado de las votaciones.

d) Velar por la correcta ejecución de los acuerdos adoptados por el patronato.

e) Velar por el cumplimiento de la ley y de los Estatutos.

f) Visar las actas y certificaciones de los acuerdos del patronato.

g) Cualquier otra facultad que legal o estatutariamente le esté atribuida.”

⁴⁴⁰SERRANO GARCÍA, I., “El Patronato”, *Tratado de Fundaciones*, Vol. I, op. cit., pág. 539.

⁴⁴¹El artículo 9.1 del RLF señala que “*las reuniones del patronato serán convocadas por su secretario, por orden del presidente, además de en los supuestos legalmente previstos, siempre que este lo estime necesario o conveniente o cuando lo solicite la tercera parte del número total de los miembros del patronato. En este caso, la solicitud de convocatoria dirigida al presidente hará constar los asuntos que se vayan a tratar*”.

establecido en las normas reguladoras de otras figuras⁴⁴², el Reglamento no contempla qué ocurre si, a pesar de la petición de, al menos, una tercera parte de los miembros del Patronato, no se convoca la reunión.

Por otro lado, en relación a las funciones externas de la Fundación, la persona titular de la presidencia ostenta su representación ante cualquier persona o entidad, en juicio o fuera de él, de forma que, si se demanda a una Fundación, será el presidente quien pueda concurrir en juicio -en los casos en que legalmente quepa por no ser necesaria la figura del procurador- u otorgar poderes a procurador, y, si es esta la que ejerce una acción procesal, será aquel quien tendrá que otorgar los poderes para pleitos y representar a la Fundación como sujeto actor del proceso judicial. Cabe aclarar que esta facultad de la presidencia de la Fundación no es incompatible con el mandato general contemplado en el artículo 14.1 de la LF, el cual define al Patronato como "*el órgano de gobierno y representación*" de la Fundación. Lo que ocurre propiamente es que la representación orgánica corresponde al órgano de gobierno pero, como quiera que no es posible que en todas las múltiples actividades de la Fundación tengan que intervenir todos y cada uno de los patronos, actúa por ellos su presidente⁴⁴³, quien, como consecuencia lógica de esta atribución, también ostenta la facultad de velar por la correcta ejecución de los acuerdos adoptados en el seno del Patronato, así como, en caso de urgencia, adoptar unilateralmente decisiones que atañen a la Fundación, las cuales, en todo caso, deberán ser objeto de convalidación posterior por el Patronato.

1.3.2) El secretario

Serán los propios patronos los que procederán a su elección, salvo que en la escritura de constitución o en los Estatutos haya quedado determinado nominalmente su desempeño o se haya establecido otro sistema para la elección del mismo. Al no existir previsiones legales ni reglamentarias respecto a su designación, y al igual que

⁴⁴² Así, el artículo 169 del TRLSC (BOE núm. 161, de 3 de julio), establece lo siguiente:

- 1. Si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los Estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social.*
- 2. Si los administradores no atienden oportunamente la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría, podrá realizarse la convocatoria, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o por el Registrador mercantil del domicilio social.*

⁴⁴³ SERRANO GARCÍA, I., "El Patronato", *Tratado de Fundaciones*, Vol. I, op. cit., págs. 540 y 541.

expusimos para la presidencia, habrá de reputarse cómo válida cualquier forma elegida, siempre que esta no sea contraria a Derecho⁴⁴⁴. En cualquier caso, y a tenor de lo previsto en el apartado primero, párrafo segundo, del artículo 15 de la LF, cabe afirmar que, si bien la presidencia de la Fundación ha de ser necesariamente ostentada por una persona en la que también confluya la condición de patrono, dicha exigencia no se predica respecto al cargo de secretario, el cual podrá recaer en un sujeto ajeno al propio Patronato, en cuyo caso gozará de voz en la reuniones del órgano pero carecerá de derecho a voto.

Así pues, a tenor de lo dispuesto en el artículo 15.1 de la LF, la existencia del secretario, al igual que sucede con el presidente, es también obligatoria aunque, a diferencia de este último, no será imprescindible que ostente la condición de patrono. Si bien, aparentemente, la obligada concurrencia de la figura del secretario puede parecer una sustancial diferencia respecto al tenor literal de la normativa precedente, la cual consideraba dicho cargo como potestativo⁴⁴⁵, hemos de afirmar que, en la realidad práctica, no ha existido tal divergencia, pues no es posible concebir un órgano colegiado sin que ninguno de sus componentes desempeñe este papel⁴⁴⁶. En este sentido, estimamos que el legislador anterior no pretendía dejar al arbitrio del Patronato el ejercicio de las funciones inherentes a la Secretaría del mismo, las cuales siempre debían ser ejercidas, en último extremo, por algún miembro del citado órgano, sino que, por el contrario, sólo contemplaba la posible inexistencia formal del cargo de Secretario aunque, de concurrir, este podía recaer igualmente tanto en un miembro del Patronato como en una persona ajena al mismo.

La presencia de la figura del secretario no patrono es una realidad más que frecuente en las Fundaciones pertenecientes al Sector Público donde dicho cargo suele ser asumido por un funcionario de carrera cuyo puesto de trabajo se adscribe al órgano

⁴⁴⁴SERRANO GARCÍA, I., “El Patronato”, *Tratado de Fundaciones*, Vol. I, op. cit., pág. 528.

⁴⁴⁵En este sentido, el artículo 13.1, párrafo segundo, de la ya derogada Ley 30/1994 establecía que “*el cargo de secretario, cuando exista, podrá recaer en una persona que no sea miembro del Patronato (...)*”, dando así por hecho la posibilidad de fundaciones sin secretaría

⁴⁴⁶En el ámbito del Derecho Administrativo, la necesaria concurrencia del cargo de secretario en los órganos colegiados se observa tanto en el artículo 25.1 de la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Pública y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285, de 27 de noviembre), como en el vigente artículo 16.1 de la LRJSP (BOE núm. 236, de 2 de octubre). En este mismo sentido se ha pronunciado la doctrina. A modo de ejemplo, COSCULLUELA, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Thomson-Reuters, 27ª Edición, Navarra, 2016, págs. 164 y 165.

titular de la presidencia del ente fundacional. A la persona titular de la secretaría de una Fundación que no ostente la condición de patrono de la misma, además de carecer de derecho a voto en las reuniones, tampoco le resultarán de aplicación algunos preceptos de la LF como, por ejemplo, la gratuidad en el desempeño del cargo de patrono contemplada en el apartado cuarto del antedicho artículo 15. Así pues, en estos supuestos es frecuente que el Secretario no patrono perciba una remuneración, ya sea por la prestación de un servicio profesional, ya sea porque el desempeño de este cargo es inherente a su puesto de trabajo, tal como suele acontecer, por ejemplo, en el referido caso de las Fundaciones del Sector Público.

Al igual que sucede con la presidencia, la regulación en la LF de las funciones de la Secretaría es, prácticamente, inexistente, por lo que una vez más es preciso acudir al RLF que, en esta ocasión, dedica su artículo 14 a este cometido⁴⁴⁷, pudiendo distinguir las siguientes atribuciones: efectuar la convocatoria por orden del presidente⁴⁴⁸, reflejar en el libro de actas el desarrollo de las reuniones y acuerdos⁴⁴⁹,

⁴⁴⁷ Señala el artículo 14

1. Corresponderá al secretario del patronato:

- a) Efectuar la convocatoria de las reuniones del patronato por orden de su presidente y realizar las correspondientes citaciones a los miembros del patronato.*
- b) Asistir a las reuniones del patronato, con voz y voto si la secretaría corresponde a un patrono, o solo con voz en caso contrario.*
- c) Conservar la documentación de la fundación y reflejar debidamente en el libro de actas del patronato el desarrollo de sus reuniones.*
- d) Expedir certificaciones con el visto bueno del presidente, respecto de los acuerdos adoptados por el patronato.*
- e) Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de secretario o se prevean expresamente en los Estatutos de la fundación."*

⁴⁴⁸ De conformidad con el artículo 9.1 del RLF, "*las reuniones del patronato serán convocadas por su secretario, por orden del presidente, además de en los supuestos legalmente previstos, siempre que este lo estime necesario o conveniente o cuando lo solicite la tercera parte del número total de los miembros del patronato. En este caso, la solicitud de convocatoria dirigida al presidente hará constar los asuntos que se vayan a tratar*".

Asimismo, tal como señala el apartado segundo del precepto aludido, "*en la convocatoria se recogerá el lugar, la fecha y la hora de la reunión y su orden del día. Se remitirá de forma individual a todos los patronos con, al menos, cinco días de antelación, al domicilio designado por ellos, mediante cualquier procedimiento, incluidos los medios informáticos, electrónicos o telemáticos, que permita acreditar su recepción por los destinatarios*".

Por último, según el apartado cuarto del precitado artículo, "*el patronato quedará válidamente constituido sin necesidad de previa convocatoria, siempre que estén presentes o representados todos los patronos y acepten por unanimidad celebrar la reunión*".

⁴⁴⁹ El régimen jurídico aplicable a las actas del Patronato queda principalmente delimitado por el artículo 12 del RLF cuya literalidad es la que sigue:

- "1. De cada sesión que celebre el patronato el secretario levantará acta, que especificará necesariamente los asistentes, presentes o representados, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones si lo solicitaran los patronos, así como el contenido de los acuerdos adoptados. Las actas serán firmadas en todas sus hojas por el secretario del patronato, con el visto bueno del presidente.*

conservar la documentación y emitir certificaciones visadas por el presidente en relación a los acuerdos adoptados, todo ello sin perjuicio de aquellas otras facultades que expresamente se prevean en los Estatutos o que sean inherentes a su cargo, referencia esta última de carácter general que, inevitablemente, obliga a complementar las atribuciones de la persona titular de la secretaría de una Fundación con lo dispuesto en otras normas que regulen una figura análoga como, por ejemplo, el TRLSC⁴⁵⁰, respecto a los Secretarios de los Consejos de Administración⁴⁵¹, y, en el ámbito del Derecho Público, la LRJSP, en relación a la Secretaría de los órganos colegiados⁴⁵².

-
2. *En el acta podrá figurar, a solicitud de cada patrono, el voto contrario o favorable al acuerdo adoptado o su abstención, así como la justificación del sentido de su voto. Asimismo, los patronos tienen derecho a solicitar la transcripción íntegra de su intervención o propuesta, siempre que aporten en el acto, o en el plazo que señale el presidente, el texto que corresponda fielmente con su intervención, que se hará constar en el acta o se unirá una copia a esta. También podrán formular voto particular por escrito en el plazo de 48 horas, que se incorporará al texto aprobado.*
 3. *Las actas se aprobarán en la misma o en la siguiente sesión; no obstante, el secretario podrá emitir certificación sobre los acuerdos específicos que se hayan adoptado, sin perjuicio de la ulterior aprobación del acta. En las certificaciones de acuerdos adoptados emitidas con anterioridad a la aprobación del acta se hará constar expresamente tal circunstancia.*
 4. *El presidente del patronato requerirá la presencia de un notario para que levante acta de la reunión siempre que, con cinco días de antelación al previsto para su celebración, lo solicite la tercera parte del número total de miembros que integran el patronato.*
 5. *La fundación deberá llevar un libro de actas en el que constarán todas las aprobadas por el patronato”.*

Cabe igualmente reseñar que el artículo 12.1 del RRF (BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008), determina que los Libros de Actas, de Diario y de Planes de Actuación de las Fundaciones podrán editarse en soporte informático, correspondiendo su legalización al propio Registro, tal como determina el artículo 42 del propio RRF. En desarrollo de esta previsión, ha sido recientemente publicada la Orden JUS/221/2017, de 9 de marzo, sobre legalización en formato electrónico de los libros de fundaciones de competencia estatal (BOE núm.62, de 14 de marzo).

⁴⁵⁰BOE núm. 161, de 3 de julio.

⁴⁵¹El artículo 529 *octies* del TRLSC, señala lo siguiente:

- “1. *El consejo de administración, previo informe de la comisión de nombramientos y retribuciones, designará a un secretario y, en su caso, a uno o a varios vicesecretarios. El mismo procedimiento se seguirá para acordar la separación del secretario y, en su caso, de cada vicesecretario. El secretario y los vicesecretarios podrán o no ser consejeros.*
2. *El secretario, además de las funciones asignadas por la ley y los Estatutos sociales o el reglamento del consejo de administración, debe desempeñar las siguientes:*
 - a) *Conservar la documentación del consejo de administración, dejar constancia en los libros de actas del desarrollo de las sesiones y dar fe de su contenido y de las resoluciones adoptadas.*
 - b) *Velar por que las actuaciones del consejo de administración se ajusten a la normativa aplicable y sean conformes con los Estatutos sociales y demás normativa interna.*
 - c) *Asistir al presidente para que los consejeros reciban la información relevante para el ejercicio de su función con la antelación suficiente y en el formato adecuado”*

⁴⁵²Así, por ejemplo, el artículo 19.4 de la LRJSP determina que corresponde a los secretarios de los órganos colegiados las siguientes atribuciones:

- “a) *Asistir a las reuniones con voz pero sin voto, y con voz y voto si la Secretaría del órgano la ostenta un miembro del mismo.*
- b) *Efectuar la convocatoria de las sesiones del órgano por orden del Presidente, así como las citaciones a los miembros del mismo.*
- c) *Recibir los actos de comunicación de los miembros con el órgano, sean notificaciones, peticiones de datos, rectificaciones o cualquiera otra clase de escritos de los que deba tener conocimiento.*
- d) *Preparar el despacho de los asuntos, redactar y autorizar las actas de las sesiones.*
- e) *Expedir certificaciones de las consultas, dictámenes y acuerdos aprobados.*

1.3.3) La posible existencia de uno o varios vicepresidentes o vicesecretarios

Por último, como ya se adelantó, cabe recordar que, además de las figuras de Presidente y Secretario, el RLF permite al Patronato el nombramiento de uno o varios vicepresidentes, siendo necesario establecer el orden entre los mismos, así como, si fuere necesario, de un vicesecretario que pueda suplir al titular en caso de vacante, ausencia o enfermedad.

Con respecto a los primeros, el artículo 12.2 del Real Decreto señala que *"El patronato podrá nombrar en su seno uno o varios vicepresidentes y establecerá su orden. En el caso de vacante, ausencia o enfermedad del presidente, sus funciones serán asumidas por el vicepresidente único o primero y, en su defecto, por el segundo y sucesivos, si existiesen."*

Por lo que se refiere a la posible figura del vicesecretario, el art. 14.2 de la citada norma reglamentaria establece que *"Sin perjuicio de otras previsiones de suplencia que puedan prever los Estatutos, el patronato podrá nombrar un vicesecretario, que asumirá las funciones del secretario en el caso de vacante, ausencia o enfermedad de este."*

1.3.4) El gerente. Otros órganos unipersonales

Asimismo, siempre que la Fundación de que se trate presente alguna complejidad organizativa y el cumplimiento de los fines de interés general que se pretenden alcanzar requiera del concurso de varias personas y de medios económicos que exijan movimientos financieros frecuentes, es habitual y, personalmente, no atrevemos a afirmar que incluso conveniente, que exista un Gerente. A tal respecto, si bien la normativa estatal sobre fundaciones no recoge mención expresa alguna sobre esta figura, no sucede igual con la legislación autonómica⁴⁵³, que sí la contempla,

f) *Cuántas otras funciones sean inherentes a su condición de Secretario*".

⁴⁵³ Así por ejemplo, la LFA regula la Gerencia en su artículo 21 cuyo contenido es el siguiente:

"1. En los Estatutos se podrá encomendar el ejercicio de la gestión ordinaria o administrativa de las

aunque en la misma, a pesar de reconocerle funciones directivas y ejecutivas respecto al funcionamiento de la Fundación, no se le reputa como cargo o puesto dentro del Patronato.

Aunque el legislador estatal no estimó conveniente recoger la figura del Gerente en el articulado de la LF, tampoco la prohibió taxativamente. Es por ello por lo que, en nuestra opinión, podemos encontrar soporte que la ampare y justifique en el artículo 16.2 de la citada norma legal, el cual señala que "*Los Estatutos podrán prever la existencia de otros órganos para el desempeño de las funciones que expresamente se les encomienden, con las excepciones previstas en el párrafo anterior*", párrafo que señala: "*Si los Estatutos no lo prohibieran, el Patronato podrá delegar sus facultades en uno o más de sus miembros. No son delegables la aprobación de las cuentas y del plan de actuación, la modificación de los Estatutos, la fusión y la liquidación de la Fundación ni aquellos actos que requieran la autorización del Protectorado.*"

Además de la gerencia, nada obsta a que podamos hallar otros órganos unipersonales en la Fundación, ya se deba su existencia a la voluntad expresa del fundador o a una previsión estatutaria que así los contemple. En cualquier caso, cabe destacar que todos ellos, especialmente si tienen encomendadas funciones de gestión, dependerán directamente del Patronato sin que, con carácter general, puedan suplantar sus funciones, pues, como ya expusimos, es a este último órgano de gobierno a quien verdaderamente le corresponde administrar los bienes y derechos de la entidad en orden al cumplimiento del fin fundacional.

En confirmación de lo expuesto, cabe destacar la STSJ de Cantabria, Cont-Adm, de 19 de septiembre de 2002, que deniega la inscripción de una Fundación porque prevé en sus Estatutos órganos que sustraen las atribuciones del Patronato. En concreto, su Fundamento de Derecho Sexto, párrafo segundo, señala que:

actividades de la fundación a un gerente o cargo similar, que podrá ser persona física o jurídica, pero siempre con acreditada solvencia técnica al respecto, y con la remuneración adecuada a las funciones desempeñadas.

2. *Su nombramiento y cese deberán notificarse al Protectorado de las Fundaciones Andaluzas y serán objeto de inscripción en el Registro de Fundaciones de Andalucía.*
3. *Igualmente, también en los Estatutos se podrá prever la existencia de otros órganos de asistencia al Patronato, sin perjuicio de lo establecido anteriormente”.*

“Ciertamente tras el examen del contenido estatutario de la Fundación cuya inscripción se pretende, se evidencia que en su Capítulo Segundo – Órganos de la Fundación-, se contraviene lo dispuesto en el art. 9.1.e) de la Ley 30/1994 en relación a los arts. 12 a 16 de la misma, pues, conculca la regulación del Patronato como único órgano de Gobierno y representación de la Fundación, creando otros órganos de Gobierno a los cuales dota de facultades de disposición e incluso sustitución y ampliación del primero (Patronato), de sus miembros respecto de los que la Ley ordena su composición y número de forma estatutaria y en su consecuencia es correcto el informe emitido por la Dirección General del Servicio Jurídico, debiendo mantenerse las Resoluciones impugnadas al haber motivado la denegación de inscripción en el contenido desfavorable del mencionado informe, esto es, estimando la ilegalidad de los Estatutos en cuanto a que la escritura presentada no se ajusta al contenido que a la misma atribuye la Ley de Fundaciones en cuanto al tipo de Órganos de Gobierno determinados en la misma y facultades otorgadas a los mismos, confirmándose la actuación administrativa”.

Asimismo, también resulta relevante la STSJ de Andalucía, Cont-Adm, de 3 de marzo de 2008, que resuelve el recurso contencioso administrativo interpuesto por la persona que, en virtud de la voluntad expresa del fundador, tiene encomendadas las funciones de administradora general de la Fundación, contra el acuerdo del Patronato que restringe y limita dichas atribuciones, las cuales no fueron detalladas por la persona fundadora, quien encomendó tal misión al Patronato. En concreto, la recurrente alega que el acuerdo objeto de impugnación deja vacío de contenido su cargo por lo que, en consecuencia, se conculca la voluntad de la persona fundadora. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía rechaza el motivo de recurso y, a tales efectos, su Fundamento de Derecho Cuarto señala:

“Por todo lo anteriormente expuesto, lo procedente es, declarar que es conforme a derecho la modificación de los Estatutos acerca de las competencias de la figura del administrador, no prevista en la Ley 30/94, pero si designado por la fundadora, en el título de constitución de la Fundación, cuyas competencias se determinaron con posterioridad a su fallecimiento, en la redacción de los Estatutos que se efectuaron por el Patronato constituido al

efecto en 1996, y sin participación por tanto de la fundadora. Por tanto su modificación no puede ser considerada ilegal, ni contraria al espíritu y voluntad de la fundadora, ya que correspondía y corresponde al Patronato la competencia para administrar los bienes y capital del Patronato, administración que podrá ejercer por sí mismo o por personas delegadas, con las competencias que tuviere a bien ceder. Habiéndose respetado, en el presente caso, la figura del administrador general vitalicio, que habrá de ejercer sus funciones dependiendo en todo caso del Patronato, y de las atribuciones que él mismo le otorgue (...)”.

1.4) Descentralización de funciones: delegación, apoderamientos y representación.

Como ya hemos expuesto previamente, el Patronato es, esencialmente, quien ostenta la representación de la Fundación en el desarrollo de su actividad para el cumplimiento de la voluntad del fundador. No obstante, una cosa es que dicho órgano posea la representación y, otra bien distinta, que sea él quien la ejerza directamente en cada momento, facultad que, como ya hemos expuesto, corresponde *ex lege* al Presidente. No obstante, las funciones de representación, salvo disposición expresa de los Estatutos en contrario, y de conformidad con lo dispuesto en los apartados primero y cuarto del artículo 16 de la LF⁴⁵⁴, también pueden ser atribuidas a otras personas distintas del presidente, ya sea un patrono cualquiera, ya sea una persona extraña al patronato.

En los supuestos de fundaciones de grandes dimensiones, la imposibilidad del Patronato de constituirse en sesión permanentemente justifica que, al amparo del precepto legal citado en el párrafo precedente, dicho órgano pueda, tanto delegar sus facultades en uno o varios de sus miembros, como otorgar poderes generales y especiales, obedeciendo esta descentralización de funciones a una finalidad estratégica cuya meta final es la reducción de los costes de funcionamiento del ente fundacional. A tal efecto, el poder de planificación y decisión de la Fundación se establecerá en el Patronato, pues, como vértice de la estructura organizativa, podrá disponer de una información global sobre la entidad. En cambio, las actividades de dirección y ejecución

⁴⁵⁴El artículo 16.1 de la LF permite que el Patronato pueda delegar sus facultades en uno o más miembros salvo previsión estatutaria en contrario. Asimismo y con idéntica salvedad, el apartado tercero del mismo artículo a dicho órgano otorgar y revocar poderes generales y especiales.

podrán ser asumidas por cualquiera de sus miembros o por un tercero⁴⁵⁵. No obstante, como consecuencia lógica de esta posibilidad, el funcionamiento del Patronato podría quedar reducido a la adopción de los acuerdos que por ley o Estatutos fueran indelegables, así como al control y vigilancia respecto a la correcta ejecución de las actividades descentralizadas en relación con los objetivos fijados y los fines fundacionales.

En cuanto a la delegación de funciones, si bien está regulada en el mismo artículo de la LF que alberga la pluralidad de órganos (art. 16), no es igual que esta, aunque guarden cierta relación, pues, en ambos casos, se produce una descentralización de facultades del Patronato. Conforme al art. 16.1 de la LF: “*Si los Estatutos no lo prohibieran, el Patronato podrá delegar sus facultades en uno o más de sus miembros. (...)*”, añadiendo el apartado cuarto del citado precepto que: “*Las delegaciones... y su revocación, deberán inscribirse en el Registro de Fundaciones*”.

La delegación de facultades no se admite con carácter absoluto, pues, según establece el aludido artículo 16.1 de la LF “*(...) no son delegables la aprobación de las cuentas y del plan de actuación, la modificación de los Estatutos, la fusión y la liquidación de la Fundación ni aquellos actos que requieran la autorización del Protectorado*”⁴⁵⁶. A tal efecto, el legislador estatal exige la autorización del Protectorado en tres supuestos: a) para que el Patronato pueda fijar una retribución en beneficio de aquellos patronos que prestan a la Fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato (artículo 15.4, párrafo segundo), b) para la enajenación onerosa o gratuita, así como para el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales (art. 21.1) y c) para que los patronos puedan autocontratar con la Fundación (art. 28). Conviene precisar que

⁴⁵⁵SALELLES CLIMENT, J.R Y VERDERA SERVER, R., *El Patronato de la Fundación...*, op. cit., pág. 117.

⁴⁵⁶El legislador autonómico ha sido más extenso en la regulación de las materias no susceptibles de delegación pues, además de las ya contempladas en la norma estatal, prevé otros supuestos. Así, por ejemplo, en el caso andaluz, el artículo 20.1 de la LFA, determina que tampoco pueden ser objeto de delegación los actos de constitución de otra persona física, la adquisición o enajenación de participaciones en otras personas jurídicas cuyo importe supere el 20% del activo de la fundación, el aumento o disminución de la dotación, los actos de fusión, escisión o cesión global de todos o de parte de los activos y los pasivos, los actos de disolución de sociedades u otras personas jurídicas y, finalmente, el otorgamiento y revocación de poderes generales y especiales, salvo que los Estatutos dispongan lo contrario.

el pequeño número de facultades indelegables pone de manifiesto la intención del legislador de conceder un amplio margen de maniobra a la autonomía privada en la organización de la Fundación por lo que, en consecuencia, la interpretación de las materias que no pueden ser objeto de delegación ha de tener necesariamente un carácter restrictivo⁴⁵⁷.

Esta amplia esfera de libertad reconocida al Patronato para la delegación de ciertas facultades de administración no debe impedir, sin embargo, la necesaria unidad del proceso de gestión ya que el Patronato mantiene competencias respecto a las materias delegadas y, por consiguiente, puede adoptar decisiones sobre las mismas. La relación de confianza que debe existir respecto a los destinatarios de la delegación posibilita que esta pueda ser revocada en cualquier momento, bien expresamente, bien asumiendo nuevamente de manera tácita las facultades previamente atribuidas. En cualquier caso, corresponde al Patronato en su conjunto la vigilancia y coordinación del ejercicio de las facultades delegadas con el fin, precisamente, de que la gestión fundacional responda a un mismo criterio y sea homogénea.

Sin perjuicio de lo expuesto, el ejercicio de facultades delegadas en dos o más patronos plantea nuevos problemas a los que debe atenderse. En estos supuestos, las facultades encomendadas pueden ser separadas o comunes. En el primer caso, cada uno de los patronos goza de autonomía para el ejercicio de su función por lo que, al no existir interdependencia, no se precisa promover entre los mismos ningún mecanismo de coordinación, requisito que se torna imprescindible cuando una o varias facultades han sido delegadas en su conjunto a dos o más individuos que habrán de aunar voluntades para su desempeño. En cualquier caso, la atribución conjunta de facultades de gestión a dos o más patronos no comporta necesariamente su ejercicio colegial, pudiendo materializarse este de forma mancomunada o solidaria. No obstante, si se atribuyeran facultades comunes a varios patronos sin especificar su forma de actuación, la configuración de la colegialidad como principio característico del funcionamiento del Patronato invita, tal como defienden SALELLES y VERDERA, a extenderla al proceso de toma de decisiones de dichos patronos, el cual deberá regirse, por tanto, por un modelo

⁴⁵⁷RUIZ JIMÉNEZ, J Y TEJEDOR MUÑOZ, L., “El Gobierno de la Fundación”, *Las Fundaciones. Aspectos jurídicos y Fiscales. Planificación de Actividades y Comunicación*, Colex, Madrid, 2010, pág. 44.

de funcionamiento colegiado⁴⁵⁸.

Por lo que respecta a los apoderamientos, el artículo 16.3 de la LF, salvo que los Estatutos dispongan lo contrario, habilita al Patronato tanto para otorgar poderes como para revocarlos. Los poderes podrán ser generales o particulares. Mientras que los primeros suelen comportar la representación de la entidad fundacional en toda clase de relaciones y actos con terceros, los segundos sólo abarcan asuntos concretos que interesan a la Fundación⁴⁵⁹. No obstante, tanto al apoderado general como al particular le son de aplicación las reglas sobre responsabilidad civil contenidas en el artículo 1726 del CC, según el cual, *“el mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido”*⁴⁶⁰.

En el caso de los apoderamientos generales, dada la amplitud de funciones que comportan, y como garantía para aquellas terceras personas que puedan tener relaciones jurídicas con la Fundación, el legislador estatal exige su inscripción en el Registro General de Fundaciones⁴⁶¹, requisito que no opera para los poderes de carácter particular, de ahí que éstos constituyan una *praxis* muy asentada en el seno de la actividad fundacional por su ágil y sencilla expedición, siendo frecuente la sustitución de un poder general por la emisión de una pléyade de poderes particulares que, prácticamente, abarcan en su conjunto el ámbito de un apoderamiento general.

En la esfera autonómica andaluza, la delegación de facultades y apoderamientos se regula en el artículo 20 de la LFA, el cual permite ambas figuras salvo disposición estatutaria en contrario o, en el caso de la primera, que esta tenga por objeto alguna de las materias que, con carácter general, también prohíbe delegar la normativa estatal⁴⁶².

⁴⁵⁸SALELLES CLIMENT, J.R Y VERDERA SERVER, R., *El Patronato de la Fundación...*, op. cit., págs. 120 y 121.

⁴⁵⁹Se corresponden, por tanto, con el contrato de mandato, el cual se regula en los artículos 1709 y ss. del Código Civil. Concretamente, el citado precepto define dicho contrato como aquél por el que una persona *“se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra”*.

⁴⁶⁰DEL CAMPO ARBULO, J.A., *Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/1994...* op. cit., pág. 198.

⁴⁶¹El artículo 16.4 exige inscribir en el Registro de Fundaciones los poderes generales y su revocación.

⁴⁶²Artículo 20: *“1. Salvo prohibición expresa de los Estatutos, el Patronato podrá delegar sus facultades en uno o más de sus miembros, con funciones y responsabilidades mancomunadas o solidarias, según se determine. No serán delegables, en ningún caso, los siguientes actos:*

a) La aprobación de las cuentas y del plan de actuación.
b) La modificación de los Estatutos.

Asimismo, el apartado tercero del referido precepto obliga a inscribir en el Registro de Fundaciones de Andalucía “tanto las delegaciones permanentes como los apoderamientos, que no sean para pleitos, así como sus revocaciones”.

Finalmente, junto a la delegación y apoderamiento, el apartado quinto del artículo 15 de la LF introduce la figura de la representación de un concreto patrono por otro. De conformidad con el citado precepto, con carácter general, cuando el cargo patrono recaiga en una persona física, deberá ser ejercido personalmente ya que, en la mayoría de las ocasiones, el nombramiento como tal tiene un marcado carácter *intuitu personae*, salvo en aquellos supuestos en los que la designación obedece a la condición del cargo que efectivamente se esté desempeñando en ese momento. No obstante, como excepción a la regla expuesta, el legislador permite al patrono designar a un tercero que actúe en su nombre y representación aunque, a diferencia de la delegación y apoderamiento, la elección de este individuo se circunscribe al resto de patronos, no pudiendo, por tanto, recaer esta función en una tercera persona ajena al Patronato. Como excepción a esta regla, procede poner de manifiesto que, cuando un sujeto ejerce funciones de patrono por razón del cargo que ocupa, podrá actuar en su representación la persona a quien corresponda su sustitución en dicho cargo, con independencia de que también ostente, o no, la condición de patrono de esa Fundación. Por otro lado, además de lo expuesto, quien actúe en representación de un patrono sólo podrá hacerlo “para actos concretos y deberá ajustarse a las instrucciones que, en su caso, el representado formule por escrito”. En consecuencia, y a modo de conclusión, podemos afirmar que no será admisible en nuestro Derecho una representación de un patrono en la que confluyan uno o varios de los siguientes condicionantes: que tenga carácter general, que esté sujeta a directrices que no hayan quedado expresamente constatadas o, salvo la excepción anteriormente comentada, que sea ejercida por un individuo que no sea a su

c) La fusión, extinción o liquidación de la fundación.

d) Los actos de constitución de otra persona jurídica, los de participación o venta de participaciones en otras personas jurídicas cuyo importe supere el veinte por ciento del activo de la fundación, el aumento o la disminución de la dotación, y también los de fusión, de escisión, de cesión global de todos o de parte de los activos y los pasivos, o los de disolución de sociedades u otras personas jurídicas.

e) Todos aquellos otros actos que requieran la autorización del Protectorado.

2. Igualmente, el Patronato podrá otorgar y revocar poderes generales y especiales, salvo que los Estatutos dispongan lo contrario.

3. Tanto las delegaciones permanentes como los apoderamientos, que no sean para pleitos, así como sus revocaciones, deberán ser inscritos en el Registro de Fundaciones de Andalucía”.

vez patrono de la Fundación⁴⁶³.

Así pues, frente a la aparente simplicidad de un Patronato como órgano de gobierno de la Fundación compuesto por tres miembros, con un presidente nombrado entre ellos y, lógicamente, algún otro patrono o tercera persona ejerciendo la secretaría, la descentralización de funciones vislumbra una estructura fundacional sumamente compleja en la que pueden concurrir delegaciones, apoderamientos generales, apoderamientos particulares y/o representaciones de patronos. Y es que, permaneciendo en la órbita del Derecho privado, se puede afirmar que la entidad fundacional ha copiado gran parte de la estructura, funcionamiento y organización de las sociedades mercantiles⁴⁶⁴.

En cualquier caso, la existencia de representaciones, delegaciones o apoderamientos en favor de una o varias personas no es incompatible con el deber que tiene cada patrono de recabar la información y documentación que estime necesarias para el correcto y adecuado desempeño de su cargo. La concurrencia de los referidos instrumentos de descentralización de funciones no traslada esta exigencia, con carácter general, a la esfera jurídica de las personas representantes, delegadas o apoderadas, pues la hipotética imposición de este deber a dichos sujetos supondría una paulatina pérdida de interés por parte de los patronos sobre los asuntos de la Fundación y, al mismo tiempo, su capacidad de información y conocimiento de la realidad de la entidad acabaría reduciéndose a los datos que le fueran proporcionados por los representantes. No obstante, como se comprende sin dificultad, ello no excluye el deber de estos últimos de comunicar a los patronos, con la mayor celeridad que sea posible, cualquier hecho que tenga una especial trascendencia para la vida de la Fundación⁴⁶⁵.

⁴⁶³En relación a la representación de los patronos en el órgano de gobierno fundacional, merece especial atención la STS, Civil, de 6 de julio de 2007. Tal como señala el Fundamento de Derecho Cuarto de la misma, no es posible confundir la representación con la asistencia, en el sentido de que, cuando los Estatutos de la Fundación permiten la celebración de una reunión del Patronato en segunda convocatoria “*cualquiera que sea el número de asistentes (...) se está refiriendo a presencias plurales y nada dice de representaciones, lo que se acomoda a la voluntad del fundador de que la institución fuera regida colegiadamente, para evitar situaciones de acaparamiento de decisiones y gestiones(...)*”.

⁴⁶⁴EMBID IRUJO, J.M., “Fundación, Empresa y Patronato”, *Nuevas Orientaciones en la Organización y Estructuración Jurídica de las Fundaciones*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pág. 19.

⁴⁶⁵VIÑUELAS SANZ, M., *Gobierno Corporativo en Personas Jurídicas no Mercantiles...* op. cit., pág. 39.

1.5) Los Patronos: requisitos y capacidad para ser patrono

La posición y calificación jurídica de los componentes del órgano de gobierno, administración y representación de la Fundación constituye una cuestión polémica que no resulta exclusiva del ámbito fundacional, pues resulta extrapolable a cualquier organización, esté o no personificada. A tal efecto, y a modo de introducción del presente epígrafe, quisiéramos destacar cuáles son los rasgos de la posición del patrono que derivan directamente de la LF, la cual, si bien configura con carácter general la condición de patrono como “cargo”, no es menos cierto que, en ocasiones, se refiere a él como “función” o incluso como “mandato”⁴⁶⁶.

La consideración del patrono como “cargo” entronca con ciertas aportaciones doctrinales que lo identifican con un oficio de Derecho privado⁴⁶⁷, pero, además de ser un término empleado con cierta ambigüedad por la LF, plantea la duda de si puede calificarse, debido a la finalidad inherente a todo ente fundacional, como “cargo público”. En nuestra opinión, a pesar de que en el régimen de fundaciones confluyan elementos públicos y privados, no hay argumentos suficientes para considerar al patrono como cargo público. Su posición se mantiene, por tanto, dentro de la esfera del Derecho privado ya que, de lo contrario, no hubiera sido necesario explicitar en el apartado segundo del artículo 15 de la antedicha norma legal, que no podían ser patronos los inhabilitados para el ejercicio de cargo público ya que, si los patronos hubieran tenido tal consideración, dicha referencia hubiera sido a todas luces innecesaria. Además, cabe recordar que la ya aludida con anterioridad STC de 7 de febrero de 1984, niega tal condición a los miembros de los consejos de administración de las Cajas de Ahorro de origen fundacional⁴⁶⁸.

Al abordar el estudio de los miembros del Patronato de una Fundación, se impone una primera diferenciación, según se traten de personas físicas o jurídicas. La

⁴⁶⁶Los artículos 15, apartados 3, 4 y 5, 17 apartados 1 y 2, y 18, letra d), de la LF definen la función de patrono como cargo. Por el contrario, también vamos a encontrar el término “función” vinculado al de “patrono” en los mismos apartados del artículo 15, así como el de “mandato” en el artículo 18, letra g).

⁴⁶⁷LÓPEZ JACOISTE, J.J., “La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones”... op. cit., pág. 591.

⁴⁶⁸Concretamente, el Fundamento Jurídico 4º, apartado 9.3, de dicho pronunciamiento determina “*Los miembros del Consejo de Administración, elegidos no tienen la consideración de cargos públicos a los efectos del artículo 23 de la Constitución*”.

distinción de la naturaleza de la persona que ostenta la condición de patrono es un asunto que merece una especial atención ya que el régimen jurídico aplicable será distinto según los casos. Así, por ejemplo, el patrono persona física tiene que ejercer el cargo personalmente (con la precisiones que ya hemos expuesto al abordar la representación de los patronos que lo son por razón de su cargo), siendo también diferentes sus causas de cese o sustitución, al igual que sucede con el régimen de responsabilidad.

Con carácter general, el artículo 15.2 de la LF permite formar parte del Patronato de una Fundación tanto a personas físicas “*que tengan plena capacidad de obrar y no estén inhabilitadas para el ejercicio de cargos públicos*”, como a personas jurídicas, en cuyo caso, estas últimas “*deberán designar a la persona o personas físicas que las representen...*”. Asimismo, según se deduce del ya comentado apartado quinto del referido artículo 15, el nombramiento como patrono de una persona física podrá ser a consecuencia del cargo que ocupe⁴⁶⁹. En conclusión, podemos afirmar que, si bien las personas que actuarán como patronos de una Fundación siempre serán personas físicas, su nombramiento como tales, al amparo de las distintas previsiones que alberga la LF, presenta una triple posibilidad: que sea *intuitu personae*, que sea por razón del cargo que se desempeña o que se produzca por designación de la persona jurídica-patrono. Respecto a estos dos últimos supuestos, procede señalar que, si bien en el primero de ellos la condición de patrono recae directamente en la persona física que ostenta el cargo, en el segundo, será la entidad jurídica, y no la persona física que aquella designe para actuar en su nombre y representación, la que disfrute de la condición de patrono. Ambas situaciones son posibles y lícitas, resultando factible tanto designar patrono a la persona física que en cada momento ostente un cargo⁴⁷⁰, como nombrar a la propia persona jurídica, en cuyo caso, si bien ostentaría directamente la condición de patrono, tendría que designar a una o varias personas físicas que la representasen en el Patronato⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Circunstancia que deberá quedar expresa y nítidamente constatada en la voluntad del fundador o en los Estatutos, tal como ha puesto de manifiesto la STSJ de Cataluña, Cont-Adm, de 8 de julio de 2008.

⁴⁷⁰ Si un individuo disfruta de la condición de patrono de una fundación por razón del cargo que ocupa, continuará en él mientras lo siga desempeñando, siendo cesado cuando deje de ejercerlo. Así, por ejemplo, es frecuente en la realidad fundacional, muy especialmente en las fundaciones del sector público, que los patronos sean el Alcalde de un municipio, el Presidente de una Diputación Provincial, el titular de una Consejería o Departamento Ministerial determinados, el Rector de una Universidad, etc.

⁴⁷¹ Corresponderá al órgano de gobierno de la persona jurídica designar a la persona o personas físicas

Tal como contempla el citado artículo 15.2 de la LF, la configuración de una persona jurídica como componente del órgano de gobierno de otra persona jurídica, aunque discutida en el pasado en otros ámbitos⁴⁷², se admite actualmente de forma pacífica para el gobierno y representación de la Fundación, superándose así todas las reticencias relativas, entre otros extremos, a la posible falta de estabilidad de este tipo de entidades para ejercitar las funciones encomendadas, a la complejidad que comportaría la introducción de una estructura organizativa en otra diferente o a las limitaciones y obstáculos de las personas jurídicas para administrar⁴⁷³.

No obstante, tal como ya se ha adelantado, la persona jurídica no podrá actuar directamente en el órgano de gobierno de la Fundación por sí misma, sino que deberá designar a una o varias personas físicas que son las que operarán en su nombre y representación. Precisamente, la posibilidad de nombrar a varios sujetos es la principal novedad que ofrece la LF respecto a su antecesora, que sólo reconocía a las personas jurídicas la posibilidad de un nombramiento unitario⁴⁷⁴.

Así pues, una vez superados debates estériles, se abre un interesante campo de estudio delimitado por una relación triangular cuyos vértices son la persona jurídica, el representante que esta designe en el Patronato y la propia Fundación. Si bien es innegable la existencia de una conexión entre los sujetos nombrados como representantes y la entidad jurídica representada, procede igualmente afirmar que esta vinculación no implicaría necesariamente la concurrencia de una misma y única voluntad, pudiendo darse el caso de que dichos representantes manifestaran posturas divergentes respecto a un mismo asunto. A tal efecto, hay que entender que la concurrencia mínima de tres patronos supone la confluencia de tres voluntades

que, en su nombre y representación, ejerzan el cargo de patrono de una fundación.

⁴⁷²Conviene recordar cómo en relación con la sociedad anónima y bajo la vigencia de la Ley de 1951, se había discutido la posibilidad de que una persona jurídica fuera nombrada como administradora de este tipo de entidades. En este sentido, y según se desprendía del contenido de la Sección Segunda del Capítulo IV de dicha norma legal, rubricada “De los Administradores” (arts. 71 y siguientes), sólo las personas físicas podían pertenecer a un Consejo de Administración de una Sociedad Anónima.

⁴⁷³El vigente TRLSC regula en sus arts. 212 y 212 bis la posibilidad de que personas jurídicas sean administradores de sociedades de capital.

⁴⁷⁴El artículo 13.2, párrafo segundo, de la Ley 30/1994 establecía que “*Las personas jurídicas podrán formar parte del Patronato, debiendo designar a la persona natural que las represente*”.

No obstante, en contraposición a esta formulación, el artículo 15.2, también párrafo segundo, de la LF consagra que “*Las personas jurídicas podrán formar parte del Patronato, y deberán designar a la persona o personas físicas que las representen en los términos establecidos en los Estatutos*”.

independientes que deben operar con plena libertad en la adopción de acuerdos para la consecución de los fines fundacionales⁴⁷⁵.

Sin perjuicio de lo expuesto, y a pesar de la taxatividad con la que el legislador impone la composición colegiada del órgano de gobierno de la Fundación, EMBID IRUJO argumenta con acierto que la pluralidad de representantes no ha de significar necesariamente la emisión de votos discordantes o contrapuestos en el seno del Patronato, pues, en el caso de que todos ellos hayan sido designados por la misma persona jurídica, parece lógico que, igualmente, manifiesten o expresen una misma voluntad y, por tanto, su sentido de voto sea coincidente⁴⁷⁶. No obstante, y a pesar de ello, hemos de afirmar que, durante el desarrollo de las correspondientes deliberaciones y reuniones del órgano de gobierno fundacional disfrutarán de voz independiente y, al menos formalmente, también de voto, tal como se deduce del contenido del artículo 12, apartado segundo, del RLF, el cual permite, a solicitud de cada interesado, que figure en el acta el sentido de su voto o abstención, así como la transcripción íntegra de su intervención⁴⁷⁷.

Ahora bien, en rigor, el punto candente de la antedicha relación triangular no radica en la relación existente entre el representante y la Fundación, sino en la que subyace entre esta y la persona jurídica ya que, como ha quedado expuesto, la condición de patrono recae en esta última y nunca en el individuo que la representa. En este sentido, una actuación de la persona física que, siguiendo instrucciones de su representada o incluso desobedeciéndolas, atentara contra el interés de la Fundación, podría constituir un supuesto de actuación negligente que desembocaría en el cese de la condición de patrono⁴⁷⁸ o en la exigencia de responsabilidad a la persona jurídica -sin perjuicio de la posible repetición que hiciera frente a la persona física representante-.

⁴⁷⁵DEL CAMPO ARBULO, J.A., *Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/1994...*, op. cit., pág. 183.

⁴⁷⁶EMBID IRUJO, J.M., “La Fundación como Modelo para la Colaboración Público-Privada”, *El Gobierno y la Gestión de las Entidades No Lucrativas Público-Privadas*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 49.

⁴⁷⁷En concreto, el artículo 12.2 del RLF señala que “*En el acta podrá figurar, a solicitud de cada patrono, el voto contrario o favorable al acuerdo adoptado o su abstención, así como la justificación del sentido de su voto. Asimismo, los patronos tienen derecho a solicitar la transcripción íntegra de su intervención o propuesta, siempre que aporten en el acto, o en el plazo que señale el presidente, el texto que corresponda fielmente con su intervención, que se hará constar en el acta o se unirá una copia a esta. También podrán formular voto particular por escrito en el plazo de 48 horas, que se incorporará al texto aprobado*”.

⁴⁷⁸Según el artículo 18.2, letra d), de la LF, en relación con el artículo 17.1 de dicha norma legal, un patrono podrá cesar de su cargo por no desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal, si así se declara en resolución judicial.

Por el contrario, resulta intrascendente en la esfera que nos ocupa el comportamiento de la persona física que, ignorando las directrices de su representada, actuase en interés de la Fundación ya que este proceder y sus posibles efectos quedarían circunscritos al ámbito de sus relaciones internas, resultando totalmente ajenos para la entidad fundacional.

La problemática planteada adquiere una particular relevancia cuando son entes públicos los que asumen la condición de miembros del Patronato de una Fundación. En estos casos, al margen de la relación anteriormente señalada, es decir, la que subyace entre la Fundación y la persona jurídica patrono⁴⁷⁹, conviene distinguir otros dos tipos de relaciones jurídicas. De un lado, la existente entre la persona física nombrada por la entidad pública como miembro del Patronato y la propia Fundación y, por otro, la que dimana entre la persona física y el propio ente público.

En la primera de ellas, las personas físicas que integran el Patronato de la Fundación deben velar por la consecución de los fines que esta última persigue con independencia de cuál sea el interés de la entidad pública que ha procedido a su nombramiento ya que, reconocer un interés externo a dichos fines, comportaría una distorsión e instrumentalización del fenómeno fundacional. Dicho de otro modo, el interés al que aspire la entidad pública ha de alcanzarse mediante su adaptación al fin fundacional, y no al revés, sirviendo la lealtad a la preservación de esta regla como parámetro para determinar el grado de diligencia en el desempeño del cargo de patrono por parte de la entidad pública. Por tanto, como consecuencia directa de lo expuesto, cabe afirmar que el representante de un ente público que frente a una determinada decisión o actuación fundacional se encuentre en una situación de conflicto, deberá anteponer el cumplimiento del fin fundacional al interés de la entidad a la que

⁴⁷⁹La diferenciación entre la persona jurídica patrono, cuando esta es una Administración Pública, y la fundación queda esbozada con suma claridad en el STSJ de Andalucía, Cont-Adm, de 28 de marzo de 2001.

En concreto, el Fundamento de Derecho Cuarto de la citada Sentencia señala que “*La precisión de que la fundación que nos ocupa es benéfico- particular conduce a la consideración de que existe una dotación patrimonial destinada a un fin de interés general por la decisión particular y voluntaria del fundador, y de que sobre tal dotación recae una gestión tutelada por la Administración. Es clara la diferencia de la fundación que nos ocupa respecto de la Administración Pública, que realiza su función de gestión en orden a fines de interés general legalmente atribuidos, y que es solvente por definición. En el Hospital de San Juan de Dios el patronato habrá de aplicar correctamente los medios económicos de que dispone al logro de sus fines, de suerte que, faltando los medios no se puede pretender el logro de los fines, salvo que el patronato consiga por otra vía a su alcance la obtención de tales medios (...)*”.

representa, entendiéndose cualquier comportamiento en contrario como un incorrecto desempeño del cargo de patrono lo que podría acarrear el cese en el ejercicio del mismo o la exigencia de responsabilidad.

En el segundo tipo de relación jurídica, se discute la existencia de un poder de instrucción del ente público sobre su representante, así como la concurrencia de una posible responsabilidad por los daños que pudieran ser inferidos a la Fundación como consecuencia del cumplimiento de las directrices impartidas. A tal respecto, si bien se podría argumentar el carácter vinculante de las instrucciones recibidas por el representante al amparo de una más que posible destitución en su cargo si las incumpliera, debemos rechazar dicho planteamiento, no por la inexistencia de la antedicha sujeción, sino porque ello significaría desconocer los deberes que el ente público asume por el hecho de ser miembro del Patronato de una Fundación. En este sentido, la contrariedad al fin fundacional siempre supondrá una vulneración de la diligencia debida en el ejercicio del cargo y, por tanto, motivará la exigencia de responsabilidad⁴⁸⁰, la cual, como ya quedado expuesto, podría materializarse, bien en el cese del cargo de patrono, bien en la exigencia de responsabilidad a la persona jurídica que, en cualquier caso, podrá repercutir contra la persona física que la represente.

Asimismo, en el caso de que el Patronato de una entidad fundacional esté conformado por distintas personas jurídicas, cabe recordar que será dicho órgano el que dirija los designios de la Fundación, la cual tiene una sola voluntad, la de su Patronato, que es autónomo, sin que sea necesaria la concurrencia unánime o la suma de todas las voluntades de las personas jurídicas que componen la Fundación para poder adoptar decisiones que le afecten. A tal efecto, resulta esclarecedora la STSJ de Galicia, Cont-Adm, de 8 de mayo de 2002, en cuyo Fundamento de Derecho Tercero, párrafo sexto, señala que “(...) *en la Fundación, las distintas voluntades que conformaron la persona jurídica, una vez constituida esta se aúnan en una sola y por ello los órganos de la Fundación expresan la voluntad colectiva (...)*”.

Respecto a las personas físicas, será el artículo 15.2, párrafo primero, de la LF el que determine los requisitos que habrán de reunir para poder adquirir la condición de

⁴⁸⁰SALELLES CLIMENT, J.R Y VERDERA SERVER, R., *El Patronato de la Fundación...*, op. cit., págs. 131 y 132.

patrono. El referido precepto, al igual que establecía la normativa precedente, tan sólo exige que la persona tenga capacidad de obrar y que no se encuentre inhabilitada para el ejercicio de cargo público, requisitos que, salvo contadas excepciones sobre las que abundaremos seguidamente, son reproducidos por el legislador autónoma en su correspondiente normativa⁴⁸¹.

La exigencia de plena capacidad de obrar a las personas físicas implica que, para adquirir la condición de patrono, aquellas han de gozar de mayoría de edad y no tener la capacidad modificada judicialmente⁴⁸² -es decir, no haber sido incapacitadas-, o dicho de otro modo, han de disfrutar de plenitud de autogobierno⁴⁸³. Sin lugar a dudas, la plena capacidad de obrar parece exigencia razonable puesto que la persona que toma acuerdos para emitir la voluntad fundacional debe tener la posibilidad de poder conformar una voluntad válida para sí misma. No obstante, la cuestión se complica ya que la modificación de la capacidad es graduable⁴⁸⁴ y, además, existen supuestos de personas, como los menores emancipados que, si bien pueden regirse en la esfera personal como si fueran mayores de edad, tienen limitadas sus facultades patrimoniales de decisión y de actuación en algunos supuestos tasados⁴⁸⁵.

Llegados a este punto, creemos conveniente matizar dos tipos de capacidad que la LF contempla y que presentan diferencias dignas de ser mencionadas: la capacidad

⁴⁸¹ Así, por ejemplo, el artículo 16.2 de la LFA, al abordar la composición del Patronato, indica que podrán ser designadas directamente o por razón de su cargo las personas físicas que tengan plena capacidad de obrar y no estén inhabilitadas para el ejercicio de cargos públicos.

⁴⁸² Señala la Exp. De Mot. de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio), que "*se busca la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual afecta a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente.*"

⁴⁸³ Según el artículo 200 del Código Civil, "son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma".

⁴⁸⁴ Según el artículo 760.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero), "*la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento (...)*".

⁴⁸⁵ De conformidad con el artículo 323 del Código Civil, "*La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.*

El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio.

Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad".

para fundar, por un lado, y la capacidad para ser patrono, por otro. Respecto a la primera, el artículo 8.2 de la precitada norma legal la reduce a la posibilidad de disponer gratuitamente, *inter vivos* o *mortis causa*, de los bienes y derechos en que consista la dotación, requisito que, tal como hemos expuesto, se endurece para poder adquirir la condición de patrono. De todo ello, se deduce que, si bien hay personas que poseen capacidad suficiente para fundar, carecen de la misma para ser patrono y, por tanto, no podrían designarse a sí mismas como tal en el acto de constitución del ente fundacional. En cualquier caso, la taxatividad de esta afirmación es relativa en supuestos de menores emancipados o personas con la capacidad modificada judicialmente, los cuales plantean dudas cuya resolución no es factible bajo el exclusivo prisma de la LF y su normativa de desarrollo, formulándose posicionamientos doctrinales contrapuestos.

En relación a los menores emancipados, SERRANO GARCÍA defiende que éstos pueden ser patronos de una Fundación -aunque no constituirla-, basando su afirmación en que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁴⁸⁶, introduce en el CC la posibilidad de que la persona menor de edad pueda realizar aquellos actos que le permitan sus condiciones de madurez⁴⁸⁷. Por el contrario, SALELLES Y VERDERA, refutan este planteamiento, argumentando que el emancipado no es mayor de edad, pues, de ser así, resultaría del todo innecesaria la equiparación que entre ambos conceptos recoge el artículo 323 del CC, por lo que se intuye que el legislador ha pretendido excluir en esta materia a todos los menores, estén o no emancipados⁴⁸⁸. En esta misma línea, RUIZ JIMÉNEZ y TEJEDOR MUÑOZ opinan que los menores emancipados no tienen capacidad para ser patronos, argumentando su posicionamiento en el tenor literal del propio artículo 15.2 de la LF, el cual exige “plena capacidad de obrar”, y no sólo “capacidad de obrar”, que es la que realmente ostentan los menores emancipados⁴⁸⁹. Personalmente, compartimos estas últimas afirmaciones, pues parece ilógico y desproporcionado que una persona que necesita del consentimiento de sus padres o curadores para perfeccionar la mayor parte de los negocios jurídicos que graven su esfera patrimonial, pueda libremente tomar decisiones sobre un patrimonio, el

⁴⁸⁶BOE núm. 15, de 17 de enero.

⁴⁸⁷SERRANO GARCÍA, I., “El Patronato”, *Tratado de Fundaciones*, Vol. I, op. cit., pág. 556.

⁴⁸⁸SALELLES CLIMENT, J.R Y VERDERA SERVER, R., *El Patronato de la Fundación...*, op. cit., págs. 138 y 139.

⁴⁸⁹RUIZ JIMÉNEZ, J. Y TEJEDOR MUÑOZ, L., “El Gobierno de la Fundación. El Patronato. Organización y Funcionamiento. Relación con el Protectorado”, *Gestión y Administración de las Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 43.

de la Fundación, que le es totalmente ajeno.

Por otro lado, respecto a las personas con capacidad modificada judicialmente, es preciso distinguir el momento en que esta tiene lugar, ya que puede acaecer tanto con carácter previo como posterior al acto de nombramiento o aceptación del cargo de patrono. Personalmente, estimamos que, si bien el primero de los casos no ofrece duda, ya que la propia situación de modificación judicial de la capacidad denota una limitación a la capacidad de obrar y, por tanto, imposibilita para ostentar la condición de patrono⁴⁹⁰, mayor debate acarrea la incapacitación del individuo que ya ostentaba el cargo de patrono, es decir, la modificación judicial de capacidad sobrevenida. Desde una perspectiva general, conviene recordar que el alcance de la incapacitación depende del contenido de la respectiva sentencia aunque, en aplicación del razonamiento expuesto y con independencia del citado pronunciamiento judicial, cabría llegar a la misma conclusión que en el caso de la modificación judicial previa de la capacidad, pues el propio reconocimiento expreso de la situación implica una limitación a la capacidad de obrar, resultando de aplicación, en consecuencia, el artículo 18.2, letra b), de la LF que, tal como ya hemos manifestado, regula el cese de un patrono en su cargo por incapacidad, inhabilitación o incompatibilidad.

En cualquier caso, y sin perjuicio de lo expuesto, debemos precisar que la plena capacidad de obrar debe ir acompañada de la capacidad natural, pues no cabe la primera sin la concurrencia de la segunda. En este sentido se ha pronunciado la SAP de Asturias de 23 de febrero de 2004, que ha considerado incapaz para el ejercicio del cargo de patrono a una mujer de 101 años sobre la que no pesa declaración de modificación de capacidad, argumentando que “(...) *su muy avanzada edad y el consecuente deterioro tanto físico como intelectual (...)*” le imposibilitan desempeñar dicha responsabilidad.

La segunda condición exigida en el artículo 15.2 de la LF para que una persona física ostente la condición de patrono es que no se halle inhabilitada para el ejercicio de cargo público. Aunque ni en la citada norma legal ni en su desarrollo reglamentario se

⁴⁹⁰Como excepción a la regla general que impide a una persona incapacitada acceder a la condición de patrono, la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, sí lo permite, aunque con matices, pues, si bien la persona incapacitada podrá ostentar dicho cargo, no podrá materialmente ejercerlo. En concreto, el artículo 12.4 *in fine* de dicho texto legal señala que “(...) *No obstante, cuando haya de ser miembro nato una persona sin tal capacidad, actuará en su nombre su representante legal (...)*”.

recoge una relación de los supuestos de inhabilitación, parece obvio que esta referencia se encuentra íntimamente ligada a parte del contenido de la Ley Orgánica 1/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁴⁹¹, la cual contempla la imposición de esta pena por la comisión de los delitos de prevaricación⁴⁹², abandono de destino con el propósito de impedir o no perseguir cualesquiera de los delitos de los Títulos XXI (Delitos contra la constitución), XXII (Delitos contra el orden público), XXIII (Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional) y XXIV (Delitos contra la Comunidad Internacional)⁴⁹³, delito de desobediencia en el cumplimiento de las resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior dictadas dentro del ámbito de sus respectivas competencias⁴⁹⁴, de cohecho⁴⁹⁵,

⁴⁹¹BOE núm. 281, de 24 de noviembre.

⁴⁹²El tipo penal de Prevaricación se regula en el Capítulo I del Título XIX de la LO 1/1995, el cual abarca los artículos 404 a 406, ambos inclusive. A saber:

Artículo 404: "*A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.*"

Artículo 405: "*A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*"

Artículo 406: "*La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles*".

⁴⁹³Se regula en el artículo 407 de la LO 1/1995 cuyo tenor literal es el que sigue:

"1. *A la autoridad o funcionario público que abandonare su destino con el propósito de no impedir o no perseguir cualquiera de los delitos comprendidos en los Títulos XXI, XXII, XXIII y XXIV se le castigará con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Si hubiera realizado el abandono para no impedir o no perseguir cualquier otro delito, se le impondrá la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*

2. *Las mismas penas se impondrán, respectivamente, cuando el abandono tenga por objeto no ejecutar las penas correspondientes a estos delitos impuestas por la autoridad judicial competente*".

⁴⁹⁴El tipo penal de "desobediencia" de una autoridad o funcionario se recoge en los artículos 410 y 411 de la LO 1/1995.

Artículo 410

"1. *Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.*

2. *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general.*"

Artículo 411: "*La autoridad o funcionario público que, habiendo suspendido, por cualquier motivo que no sea el expresado en el apartado segundo del artículo anterior, la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después de que aquéllos hubieren desaprobado la suspensión, incurrirá en las penas de multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años*".

⁴⁹⁵El tipo penal de Cohecho se regula en el Capítulo V del Título XIX de la LO 1/1995, el cual abarca los

tráfico de influencias⁴⁹⁶, malversación⁴⁹⁷ y fraude y exacciones ilegales⁴⁹⁸. En definitiva, lo que se persigue con esta limitación es que la honorabilidad del patrono quede al margen de toda sospecha⁴⁹⁹.

1.6) La gratuidad del cargo de patrono

La LF no es muy explícita acerca de las características y modo de ejercicio del cargo de patrono, limitándose a indicar en su artículo 15, apartados 4 y 5, que este se ejercerá gratuitamente y, en el caso de patrono-persona física, de forma personal⁵⁰⁰. Teniendo en cuenta que ya hemos aludido a esta última característica en apartados anteriores al abordar el análisis de la figura de la representación, procederemos en el presente epígrafe al estudio de las consideraciones derivadas del ejercicio gratuito de las funciones de patrono.

La gratuidad del cargo de patrono se vincula a la propia naturaleza de la Fundación como entidad sin ánimo de lucro (artículo 2.1 de la LF), donde existe una afectación de su patrimonio a fines de interés general y, en consecuencia, se deriva la prohibición de la retribución del cargo de patrono para evitar que mediante la misma se

artículos 419 a 427 bis. Con carácter general, incurrirá en delito de Cohecho “*la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitar, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar (...)*”

⁴⁹⁶De conformidad con el artículo 428 de la LO 1/1995, incurrirá en el delito de Tráfico de Influencias “el funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con este o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero (...)”

⁴⁹⁷Según el artículo 432 de la LO 1/1995, incurre en delito de Malversación la autoridad o funcionario que, en la administración del patrimonio público, cause a este un perjuicio

⁴⁹⁸Se contempla en el artículo 436 de la LO 1/1995, incurriendo en este tipo penal “La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público (...)”

⁴⁹⁹DEL CAMPO ARBULO, J.A., *Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/1994...*, op. cit., pág. 182.

⁵⁰⁰También la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo, se refiere a esta cuestión al enumerar los caracteres o requisitos que una entidad ha de reunir para, a los efectos de dicha norma, no tener carácter lucrativo. Concretamente, el artículo 3.5, apartado primero, exige que los cargos de patrono, representante estatutario y miembro del órgano de gobierno sean gratuitos, sin perjuicio del derecho a ser reembolsados los pagos debidamente justificados que el desempeño de sus funciones ocasione. En cualquier caso, las cantidades percibidas por este concepto no podrán exceder los límites previstos en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para ser consideradas dietas exceptuadas de gravamen.

pueda llegar a conculcar el interés general previsto en el artículo 34 de la CE para todo ente fundacional. Asimismo, la razón de esta regulación obedece también a razones de tipo histórico ya que, con anterioridad al desarrollo constitucional del derecho de Fundación, existía la llamada "décima de la administración", según la cual el patrono podía percibir la décima parte de la renta o beneficios obtenidos por la Fundación, lo que venía a ser en realidad una forma de vinculación de bienes a favor de los patronos y que, con frecuencia, se prestaba a muchos abusos⁵⁰¹. Como reacción a esta injusta situación, se optó por configurar el ejercicio del cargo de patrono de forma totalmente gratuita, circunstancia que ha perdurado hasta nuestros días y que ha propiciado que su desempeño se circunscriba, principalmente, a personas altruistas que ocupan el cargo desinteresadamente, a individuos próximos a los fines de interés general que persigue la entidad o a sujetos que ejercen el cargo por motivos de prestigio social y presencia en los medios de comunicación⁵⁰².

Si bien la gratuidad en el ejercicio del cargo de patrono constituye una presunción *iuris tantum*⁵⁰³, dicha premisa, no obstante, debe ser completada con lo dispuesto en el propio apartado cuarto del antedicho artículo 15 de la LF, el cual, tras declarar el carácter gratuito de esta figura, configura en su párrafo primero un derecho a reembolso por los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione, para, seguidamente, ya en el párrafo segundo, permitir al Patronato, salvo disposición en contrario del fundador y previa autorización del Protectorado, fijar una retribución en favor de aquellos patronos que realicen para la Fundación actividades ajenas a las que les corresponden como miembros del Patronato.

⁵⁰¹ Acerca del derecho del patrono a percibir la llamada "Décima", resulta interesante el contenido de la STS, Cont-Adm, de 18 de abril de 1974, la cual declara que el recurrente, en su condición de patrono, tiene derecho a percibir la "Décima" correspondiente. Sobre esta cuestión, se pronuncia la Sentencia en su "Considerando Tercero" determinando que *"del concepto jurídico del Patrono en las Fundaciones Benéficas y del concepto y naturaleza del derecho al percibo por parte de aquél de determinadas cantidades en razón de las funciones de administración que realiza y rotulada por la legislación, con la denominación ya de por sí verdaderamente significativa de "premio", y en tal respecto aparece (...) [que] el cargo de Patrono (...) es de confianza y honorífico y (...) cualesquiera detracciones autorizadas por la legislación vigente, se entenderán para gastos de administración y no como derecho fijo y permanente de la persona o entidad que administra (...). El premio es una detracción de las rentas de la Fundación y se asigna en consideración y razón de la realización de las funciones de administración a la persona que las realiza, ya sea el Patrono, en cuyo supuesto será este el que lo percibe"*.

⁵⁰² MARTÍNEZ BALMASEDA, A., "La Retribución de los Patronos de las Fundaciones", *Nuevas Orientaciones en la Organización y Estructuración Jurídica de las Fundaciones*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pág. 114.

⁵⁰³ Fundamento de Derecho Segundo, último párrafo, de la SAP de Barcelona, sección 11ª, de 7 de febrero de 2011.

Ciertamente, ambas excepciones presentan, en mayor o menor medida, novedades respecto a la regulación precedente ya que, si bien la normativa actual permite el derecho de reembolso sin excepciones, la Ley 30/1994 rechazaba esta posibilidad, “*salvo disposición contraria del fundador*”. Por otro lado, esta última norma tampoco contemplaba expresamente en su articulado una posible retribución en favor de un patrono por labores distintas de su cargo y, aunque dicha eventualidad fue debatida sin éxito durante su tramitación parlamentaria⁵⁰⁴, ello no fue óbice para que se reconociera en la práctica a través de la vía de la autocontratación (Dictamen de Consejo de Estado 1035/1996, de 30 de abril)⁵⁰⁵. Personalmente, opinamos que esta evolución resulta positiva, pues permite que el patrono pueda involucrarse en el ejercicio de su cargo y en la gestión de la Fundación más allá de las funciones propias de aquel que, en consecuencia, deja de ser, tal como sucedía al amparo de la normativa preexistente, exclusivamente honorífico, circunstancia que redundaba en beneficio de la Fundación, pues permitirá que las personas más adecuadas estén dispuestas a asumir tanto la gestión de la Fundación como el cargo de patrono, binomio que, hasta la entrada en vigor de la LF, era absolutamente incompatible.

Centrándonos ya en el derecho de reembolso que tiene todo patrono por los

⁵⁰⁴En efecto, el Partido Nacionalista Vasco (Enmienda núm. 97 en el Congreso), Convergència i Unió (Enmienda núm. 32 en el Congreso) y Partido Popular (Enmiendas núm. 279 del Congreso y núm. 176 del Senado) trataron, de menor a mayor intensidad, introducir esta posibilidad en el texto de la ya derogada Ley 30/1994. (BOCG, número 39-15, de 31 de enero de 1996).

⁵⁰⁵No obstante, aunque la Ley 30/1994 no contenía mención al respecto, se reconocía también la posibilidad de que los patronos pudieran ejercer funciones distintas a las de su cargo y ser remunerados por ello a través de la vía de la autocontratación y sometiendo al procedimiento correspondiente establecido en la Ley.

En este sentido, resultó determinante el Dictamen del Consejo de Estado 1035/1996, de 30 de abril, solicitado para arrojar luz sobre la correcta interpretación del artículo 26 de la citada ley, el cual se rubricaba “*autocontratación*”. En dicho documento, el Consejo de Estado plasmó lo siguiente:

“1.- *Que la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la participación privada en actividades de interés general, no prohíbe -en los términos expuestos en el cuerpo del dictamen- que los Patronos puedan contratar con la Fundación.*

2.- *Que no obstante lo anterior, la citada Ley somete la contratación a la obtención de una previa autorización del Protectorado, a quien corresponderá valorar -en trance de otorgar dicha autorización- la eventual utilización desviada de la proyectada autocontratación, lo que se inserta dentro de las funciones propias que al Protectorado le encomienda el legislador, dirigidas a facilitar el recto ejercicio del derecho de Fundación y asegurar la legalidad de su constitución y funcionamiento.*

3.- *Que el Protectorado deberá tomar en consideración, para decidir sobre el otorgamiento de la autorización, los distintos criterios recogidos en el cuerpo del dictamen (...)*”.

En este sentido, conviene adelantar que la LF regula la autocontratación en su artículo 28, el cual, lógicamente, hay que relacionar con lo dispuesto en el ya comentado artículo 15.4, párrafo segundo, del mismo texto legal.

gastos debidamente justificados que ocasione el ejercicio de su cargo (*ex art. 15.4 LF*), debemos aclarar que este se limita a aquellos producidos directamente como consecuencia de la pertenencia al Patronato, tales como gastos de viaje, manutención, alojamiento, etc., sin que, al amparo de pretexto alguno, pueda encubrirse bajo esta figura cualquier tipo de retribución en beneficio de un patrono por la realización de labores de gestión de la propia Fundación. Además, la LF exige que los gastos objeto de reembolso deben estar justificados por lo que el patrono, si pretende ejercer este derecho, deberá, por un lado, acreditarlos documentalmente por medio de las pertinentes facturas o documentos análogos y, por otro, vincular la naturaleza de los mismos al cumplimiento o ejercicio de las funciones propias de su cargo⁵⁰⁶.

Respecto a la naturaleza de los gastos objeto de reembolso, se ha defendido por la doctrina que son gastos propios del Patronato que, habiendo sido anticipados por los miembros del mismo, deben ser resarcidos al objeto de evitar el enriquecimiento injusto de la entidad fundacional a costa del patrimonio de sus patronos⁵⁰⁷. Desde esta perspectiva, es indudable que el espíritu de la norma se aproxima al régimen jurídico que rige la relación entre mandante y mandatario⁵⁰⁸ y, por tanto, cabría pensar que la Fundación debería reembolsar también los intereses de la cantidad anticipada por el patrono, los cuales deberán ser computados desde el día en que el desembolso tuvo lugar⁵⁰⁹. Sin embargo, quizá habría que realizar una interpretación más amplia del ámbito material del derecho al reembolso de forma que abarque, no sólo los gastos anticipados, sino todos los daños y perjuicios que el desempeño del cargo haya irrogado al patrono siempre que este no haya incurrido en culpa o negligencia⁵¹⁰. En esta misma línea de interpretación extensiva, se pronuncian varios autores, como MARTÍNEZ

⁵⁰⁶MARTÍNEZ BALMASEDA, A., “La Retribución de los Patronos de las Fundaciones”, *Nuevas Orientaciones...*, op. cit., pág. 116.

⁵⁰⁷DE LORENZO GARCÍA, R., “Comentarios al artículo 13”, *Comentarios a la Ley de Fundaciones...* op. cit., pág. 120.

⁵⁰⁸La relación obligacional existente entre mandante y mandatario se regula en el Capítulo III, Título IX de Libro IV del Código Civil (artículos 1727 y ss.).

⁵⁰⁹El artículo 1728 del Código Civil establece que: “*El mandante debe anticipar al mandatario, si este lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato. Si el mandatario las hubiera anticipado, debe reembolsarlas al mandante, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario. El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo la anticipación*”.

⁵¹⁰Interpretación extensiva que, en nuestra opinión, parece factible e incluso más adecuada ya que, si bien es cierto que el régimen del artículo 1728 del Código Civil sólo es aplicable a las cantidades anticipadas por el patrono en ejercicio de su cargo, el artículo 1729 impone al mandante “*indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario*”.

BALMASEDA, para quien, además, también habría que circunscribir al ámbito de este derecho todos los gastos que se generen para el patrono como consecuencia del ejercicio de sus funciones con independencia de que sean asumidos directamente por la propia Fundación o reembolsados a los patronos que previamente los han satisfecho⁵¹¹. Personalmente, si bien compartimos con esta corriente doctrinal el necesario reforzamiento de la posición jurídica del patrono para garantizar su indemnidad patrimonial por las actuaciones llevadas a cabo en ejercicio de su cargo, discrepamos con la posibilidad de subsumir dentro del ámbito del derecho de reembolso el abono directo de los gastos por parte de la Fundación, pues en este supuesto no concurre la figura que motiva el citado derecho, es decir, el pago previo de la cantidad cuya restitución o reembolso se solicita.

En cualquier caso, estimamos que la cuestión del derecho del patrono al reembolso que suscita más polémica es determinar si cabe incluir en la cuantía del mismo, no sólo el daño o perjuicio ocasionado directamente por el ejercicio del cargo, sino también el lucro cesante, es decir, el beneficio dejado de percibir por dicho ejercicio. Respecto a este asunto, compartimos la opinión de diversos autores, como SALELLES y VERDERA, que abogan por aplicar a esta situación el contenido del artículo 1106 del CC⁵¹² e incluir en la cantidad a desembolsar el lucro cesante⁵¹³. No obstante, estimamos que dicha interpretación no puede extrapolarse con carácter general a todos los supuestos que pudieran suscitarse, pues, el desempeño del cargo de patrono se acepta de forma voluntaria, con conocimiento de la carga que implica, de ahí que, al objeto de proteger el interés de la Fundación, se considere necesario efectuar una interpretación restrictiva de esta posibilidad para evitar que, indirectamente, pueda constituirse en un mecanismo de remuneración a favor del patrono por el desempeño de su cargo, posibilidad que, como ya hemos reiteradamente expuesto, ha sido rechazada por el legislador.

Para concluir el estudio del derecho de reembolso, cabe reseñar que los gastos

⁵¹¹MARTÍNEZ BALMASEDA, A., “La Retribución de los Patronos de las Fundaciones”, *Nuevas Orientaciones...*, op. cit., pág. 117

⁵¹² Según el artículo 1106 del Código Civil, “*la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor (...)*”.

⁵¹³ SALELLES CLIMENT, J.R Y VERDERA SERVER, R., *El Patronato de la Fundación...*, op. cit., págs. 146

que se hallan bajo su amparo están sujetos a dos límites⁵¹⁴. El primero de ellos, se refiere al reembolso por gastos de viaje, manutención y alojamiento, y se encuentra en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo, que establece en su artículo 3, apartado quinto, que las cantidades percibidas por los patronos en concepto de reembolso por los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione no pueden “exceder los límites previstos en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para ser consideradas dietas exceptuadas de gravamen”⁵¹⁵. El segundo de los límites se establece al considerar que los gastos reembolsables a los patronos se incluyen, junto con los directamente ocasionados por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación, entre los denominados gastos de administración del artículo 27.2 de la LF⁵¹⁶, los cuales, de acuerdo con el artículo 33 del RLF, no podrán superar la mayor de las siguientes cantidades: el 5 por ciento de los fondos propios o el 20 por ciento de la renta neta determinada de acuerdo con lo previsto en los artículos 27 de la LF y 32 del RLF, desarrollando más pormenorizadamente este último el contenido del antedicho precepto

⁵¹⁴ DE LORENZO GARCÍA, R., “Comentario al artículo 13”, *Comentarios a la Ley de Fundaciones...* op. cit., pág. 119.

⁵¹⁵ De conformidad con el artículo 9.3, letra b), del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de la Renta sobre las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero (BOE núm. 78, de 31 de marzo), “Tendrán la consideración de dieta exceptuada de gravamen las siguientes cantidades:

- 1.º El exceso que perciban los funcionarios públicos españoles con destino en el extranjero sobre las retribuciones totales que obtendrían en el supuesto de hallarse destinados en España, como consecuencia de la aplicación de los módulos y de la percepción de las indemnizaciones previstas en los artículos 4, 5 y 6 del Real Decreto 6/1995, de 13 de enero, por el que se regula el régimen de retribuciones de los funcionarios destinados en el extranjero, y calculando dicho exceso en la forma prevista en dicho Real Decreto, y la indemnización prevista en el artículo 25.1 y 2 del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio.
- 2.º El exceso que perciba el personal al servicio de la Administración del Estado con destino en el extranjero sobre las retribuciones totales que obtendría por sueldos, trienios, complementos o incentivos, en el supuesto de hallarse destinado en España. A estos efectos, el órgano competente en materia retributiva acordará las equiparaciones retributivas que puedan corresponder a dicho personal si estuviese destinado en España.
- 3.º El exceso percibido por los funcionarios y el personal al servicio de otras Administraciones Públicas, en la medida que tengan la misma finalidad que los contemplados en los artículos 4, 5 y 6 del Real Decreto 6/1995, de 13 de enero, por el que se regula el régimen de retribuciones de los funcionarios destinados en el extranjero o no exceda de las equiparaciones retributivas, respectivamente.
- 4.º El exceso que perciban los empleados de empresas, con destino en el extranjero, sobre las retribuciones totales que obtendrían por sueldos, jornales, antigüedad, pagas extraordinarias, incluso la de beneficios, ayuda familiar o cualquier otro concepto, por razón de cargo, empleo, categoría o profesión en el supuesto de hallarse destinados en España”.

⁵¹⁶ Según el apartado segundo del artículo 27 de la LF, “se entiende por gastos de administración los directamente ocasionados por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, y aquellos otros de los que los patronos tienen derecho a resarcirse de acuerdo con el artículo 15.4”, el cual, como ya he tratado, regula el derecho de reembolso”.

legal⁵¹⁷. Personalmente, estimamos que este doble límite matiza notablemente el derecho de reembolso cuyo reconocimiento generalizado, tal como se deduce de la lectura del artículo 15.4 de la LF, queda considerablemente limitado, pudiendo suceder que no quepa indemnizar al patrono por aquellos gastos que excedan de determinada

⁵¹⁷Conforme al artículo 32 de la LF:

- 1. Deberá destinarse a la realización de los fines fundacionales, al menos, el 70 por ciento del importe del resultado contable de la fundación, corregido con los ajustes que se indican en los apartados siguientes.
El resto del resultado contable, no destinado a la realización de los fines fundacionales, deberá incrementar bien la dotación, bien las reservas, según acuerdo del patronato.*
- 2. No se incluirán como ingresos:*
 - a) La contraprestación que se obtenga por la enajenación o gravamen de bienes y derechos aportados en concepto de dotación por el fundador o por terceras personas, así como de aquellos otros afectados por el patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales, incluida la plusvalía que se pudiera haber generado.*
 - b) Los ingresos obtenidos en la transmisión onerosa de bienes inmuebles en los que la entidad desarrolle la actividad propia de su objeto o finalidad específica, siempre que el importe de la citada transmisión se reinvierta en bienes inmuebles en los que concorra dicha circunstancia.*
- 3. No se considerarán en ningún caso como ingresos las aportaciones o donaciones recibidas en concepto de dotación en el momento de la constitución o en un momento posterior.*
- 4. No se deducirán los siguientes gastos:*
 - a) Los que estén directamente relacionados con las actividades desarrolladas para el cumplimiento de fines, incluidas las dotaciones a la amortización y a las provisiones de inmovilizado afecto a dichas actividades.*
 - b) La parte proporcional de los gastos comunes al conjunto de actividades que correspondan a las desarrolladas para el cumplimiento de los fines fundacionales. Esta parte proporcional se determinará en función de criterios objetivos deducidos de la efectiva aplicación de recursos a cada actividad.*

Dichos gastos comunes podrán estar integrados, en su caso, por los gastos por servicios exteriores, de personal, financieros, tributarios y otros gastos de gestión y administración, así como por aquellos de los que los patronos tienen derecho a ser resarcidos, en los términos previstos en el artículo 15.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.
- 5. Los ingresos y los gastos a que se refiere este cómputo se determinarán en función de la contabilidad llevada por la fundación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y conforme a los principios, reglas y criterios establecidos en las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos, y en otras normas de desarrollo de dicho plan general que resulten de aplicación.*
- 6. Se considera destinado a los fines fundacionales el importe de los gastos e inversiones realizados en cada ejercicio que efectivamente hayan contribuido al cumplimiento de los fines propios de la fundación especificados en sus Estatutos, excepto las dotaciones a las amortizaciones y provisiones.
Para determinar el cumplimiento del requisito del destino de rentas e ingresos, cuando las inversiones destinadas a los fines fundacionales hayan sido financiadas con ingresos que deban distribuirse en varios ejercicios, como subvenciones, donaciones y legados, o con recursos financieros ajenos, dichas inversiones se computarán en la misma proporción en que lo hubieran sido los ingresos o se amortice la financiación ajena.*
- 7. El destino a fines deberá hacerse efectivo en el plazo comprendido entre el inicio del ejercicio en que se hayan obtenido dichos resultados y los cuatro años siguientes a su cierre.*
- 8. En la memoria integrada en las cuentas anuales que debe presentar la fundación se incluirá información detallada del cumplimiento del destino a fines fundacionales, y en ella se especificará 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. También se incluirá esta información en relación con los saldos pendientes de aplicar de ejercicios anteriores.
El protectorado analizará la información suministrada y podrá requerir que esta se amplíe y que se aporten los documentos y justificantes que se estimen necesarios. En la medida en que considere que la información y la documentación aportadas no acreditan el cumplimiento del requisito, lo hará constar así en el correspondiente informe”.*

cantidad. En cualquier caso, compartimos aquellas opiniones, como la defendida por VIÑUELAS, que abogan por incorporar a los Estatutos fundacionales tanto un listado de gastos que, por su naturaleza, puedan estar excluidos de reembolso, como ciertas exigencias complementarias de buen gobierno destinadas, por un lado, a ahondar en la justificación, transparencia y control de este tipo de gastos y, por otro, a la previsión de límites específicos en los mismos, sobre todo en relación a dietas y viajes⁵¹⁸.

Tal como ya adelantamos, la LF, junto con el derecho de reembolso, también prevé una excepción más a la regla general de la gratuidad en el ejercicio del cargo de patrono, la cual supone una relativa novedad respecto a la normativa precedente que, si bien no la contemplaba expresamente, la reconocía en la práctica. En este sentido, el artículo 15.4, párrafo segundo, de la referida norma legal vigente, contempla la posibilidad de que el Patronato, previa autorización del Protectorado, y salvo que el fundador hubiese dispuesto lo contrario, pueda fijar una retribución adecuada para aquellos patronos que presten servicios a la Fundación distintos de los que implica el desempeño de las funciones inherentes al ejercicio de su cargo⁵¹⁹, regulación que debemos relacionar necesariamente con el artículo 28 de la LF, el cual prevé la autocontratación, que permite a los patronos contratar con la Fundación en nombre propio o de un tercero, siendo igualmente necesaria autorización previa del Protectorado⁵²⁰.

Ambos preceptos legales, al igual que sucedía con el derecho de reembolso,

⁵¹⁸VIÑUELAS SANZ, M., *Gobierno Corporativo en Personas Jurídicas no Mercantiles...* op. cit., pág. 50.

⁵¹⁹A mayor abundamiento, la STSJ de Madrid, Cont-Adm, de 26 de mayo de 2016, establece que no es posible percibir retribuciones por actividades inherentes al cargo de patrono, tanto si se ejercen como propias o mediante delegación previa. En concreto, señala dicha Sentencia en su Fundamento Jurídico Quinto, párrafo Primero, que “*Considera esta Sección el patrono no puede cobrar por realizar sus funciones de patrono. Y lo que permite la Ley es la posibilidad de que se le remunere cuando realice funciones distintas de las que le corresponden como patrono. Pero consideramos que no puede cobrar por realizar como Secretario General funciones que por su naturaleza corresponden al patronato, aunque hayan sido delegadas al Secretario General en los Estatutos, pues si no nos encontraríamos ante un caso de fraude de ley (...)*”.

⁵²⁰Concretamente, el artículo 28 de la LF señala que “*los patronos podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del Protectorado que se extenderá al supuesto de personas físicas que actúen como representantes de los patronos*”. Algunos autores, como FONT BOIX Y LLORENS MARTÍNEZ consideran excesiva esta labor supervisora del Protectorado y, a tal efecto, argumentan que la autorización debería ser otorgada por el propio Patronato o, en todo caso, por un órgano interno de la propia fundación, limitándose la relación con el Protectorado a una simple comunicación de la decisión adoptada al respecto (FONT BOIX, M.J., Y LLORENS MARTÍNEZ, E., *Responsabilidad de los patronos por conflicto de intereses en las fundaciones*, Bosch, Barcelona, 2015, págs. 110 y 111).

encuentran desarrollo reglamentario en el RLF, cuyo artículo 34 regula con mayor detalle la remuneración de los patronos y la autocontratación. Como no podía ser de otra manera, dicho artículo sólo admite la retribución para la realización de servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones de patrono y establece que la remuneración de los mismos requerirá autorización del Protectorado que podrá denegarla “cuando el negocio jurídico encubra una remuneración por el ejercicio del cargo de patrono”⁵²¹. Así pues, y en definitiva, para que un patrono pueda percibir una remuneración por servicios prestados a la Fundación han de concurrir simultáneamente tres requisitos: que el patrono desarrolle dichos servicios en beneficio de la Fundación y estos constituyan una labor independiente a la derivada de su cargo, que el fundador no haya prohibido expresamente la posibilidad de retribuir a los patronos por este concepto y, por último, que el Protectorado otorgue su preceptiva autorización.

La naturaleza de los servicios prestados por un patrono objeto de retribución pueden ser de diversa índole (de carácter laboral, civil, etc.) pero, en cualquier caso, su contenido ha de ser ajeno a las funciones propias del cargo. En estos casos, el patrono tendría una doble vinculación con la Fundación, quedando cada relación sometida a sus propias reglas. El primer vínculo, que devendría como miembro del Patronato, se ajustaría a lo establecido en la normativa vigente en materia de fundaciones, mientras que el segundo, derivado de la prestación de los servicios, estaría sometido al Derecho que le fuere aplicable en función de la naturaleza u objeto de la relación⁵²².

⁵²¹ Artículo 34.

“1. La solicitud de autorización para que los patronos sean remunerados o contraten con la fundación, por sí o por medio de representante, a que se refieren los artículos 15.4 y 28 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, será cursada al protectorado por el patronato y habrá de ir acompañada de la siguiente documentación:

- a) Copia del documento en que se pretende formalizar el negocio jurídico entre el patrono y la fundación.
 - b) Certificación del acuerdo del patronato por el que se decide la realización del negocio jurídico, incluyendo el coste máximo total que supondrá para la fundación.
 - c) Memoria explicativa de las circunstancias concurrentes, entre las que se incluirán las ventajas que supone para la fundación efectuar el negocio jurídico con un patrono.
2. El protectorado resolverá y notificará la resolución en el plazo de tres meses, entendiéndose estimada la solicitud si, transcurrido dicho plazo, no hubiese recaído resolución expresa ni hubiese sido notificada.
3. El protectorado denegará en todo caso la autorización en los siguientes supuestos:
- a) Cuando el negocio jurídico encubra una remuneración por el ejercicio del cargo de patrono.
 - b) Cuando el valor de la contraprestación que deba recibir la fundación no resulte equilibrado.
4. También deberá el patronato solicitar autorización del protectorado, en los términos establecidos en los apartados anteriores, para designar como patrono a una persona, natural o jurídica, que mantenga un contrato en vigor con la fundación”.

⁵²² MARTÍNEZ BALMASEDA, A., “La Retribución de los Patronos de las Fundaciones”, *Nuevas Orientaciones...*, op. cit., pág. 120.

De hecho, al regularse la posibilidad de prestar funciones distintas al cargo de patrono, la LF está pensando precisamente en la posibilidad de que los patronos puedan ser, simultáneamente, gerentes de la entidad, cargo al que ya hemos aludido anteriormente al tratar la composición del patronato. Con dicha previsión, el legislador intenta dar respuesta a la problemática generada por el desconocimiento de los patronos de los principales problemas de la Fundación cuyo control recae en los gerentes empleados en la misma, quedando el Patronato como un mero órgano ratificador de las decisiones gerenciales. Y es que, en este sentido, teniendo en cuenta la actual concepción del cargo de patrono, sus funciones se limitan en muchas ocasiones a la asistencia a unas pocas reuniones al año en las que, al ignorar la trascendencia y profundidad de los asuntos objeto de debate, apenas puede tomar decisiones con fundamento, mientras que, frente a ello, el gerente tiene funciones de dirección, siendo, de ordinario, quien mejor conoce la gestión diaria de la Fundación. De esta manera, para poder hacer frente a esta circunstancia, se ha considerado conveniente que los patronos puedan ejercer funciones de gerencia, logrando así una mayor implicación de los mismos en el devenir de la Fundación al objeto de que, como mejores conocedores de la realidad, puedan tomar las decisiones que más convengan a la entidad desde el propio Patronato. No obstante, a pesar de la oportunidad que supone esta nueva perspectiva, hay autores como DE LORENZO que no la comparten y se posicionan en contra del carácter profesional del cargo de patrono, tratando de distinguir entre el *status* de este último y el de gestor⁵²³, debate que, personalmente, estimamos carece ya de relevancia jurídica una vez que la STS, Cont-Adm, de 16 de febrero de 2004, ha admitido, sin ambages, la posibilidad de que un patrono pueda ser contratado como Director-Gerente de la Fundación de la que forma parte⁵²⁴.

Si bien la LF emplea el adjetivo “adecuada” al referirse a la retribución que ha de determinar el Patronato para cuando uno de sus componentes presta un servicio a la Fundación independiente al propio cargo de patrono, no establece con posterioridad criterio alguno para entender cuándo se cumple dicha cualidad. A tal fin, y para evitar

⁵²³DE LORENZO GARCÍA, R., “Comentarios al artículo 13”, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 117.

⁵²⁴La citada Sentencia señala en su Fundamento de Derecho Tercero que “(...) el reconocimiento por el legislador, que no perjudica necesariamente a los fines de interés general que han de perseguir las fundaciones, del desempeño por un Patrono, retribuido por la Fundación, de otras tareas distintas de las que en cuanto tal le corresponden, la cuales siguen siendo gratuitas (...)”.

posibles abusos que pudieran suscitarse, se prevén varias medidas que conviene analizar.

a) Por un lado, el artículo 11.2, letras a y b), del RLF, establece que el patrono se abstendrá de ejercer el derecho de voto en dos casos. El primero de ellos tendrá lugar cuando se trate de adoptar un acuerdo para establecer una relación contractual entre la Fundación y el mismo patrono, su representante, sus familiares hasta el cuarto grado inclusive, o su cónyuge o persona ligada con análoga relación de afectividad. Por su parte, el segundo supuesto acaece cuando se pretenda fijar una retribución en beneficio del propio patrono por los servicios prestados a la Fundación distintos de los que implica el desempeño de las funciones que le corresponden como miembro del Patronato. Con la abstención en ambos supuestos, se pretende evitar el conflicto de intereses que se suscitara en la figura del propio patrono, quien habría de conciliar la defensa del interés fundacional con el interés propio o particular⁵²⁵.

b) Por otro lado, la "adecuada" remuneración del patrono también habrá de ser revisada por el Protectorado por lo que el Patronato, junto con la solicitud de autorización, tendrá que aportar una memoria explicativa de las circunstancias concurrentes, entre las que deberá incluirse la cuantía de los citados emolumentos, pudiendo el Protectorado denegar la autorización si aprecia que la retribución no se adecua a los requisitos legalmente impuestos o aquella resulta desproporcionada (artículo 34 del RLF). En cualquier caso, y de conformidad con el artículo 41 de la LF, la autorización del Protectorado se tramitará con sujeción a lo previsto en la LPAC⁵²⁶. Dicha solicitud se cursará por el Patronato al Protectorado y deberá ir acompañada de la documentación que establece el artículo 34 del RLF, "a) *Copia del documento en que se pretende formalizar el negocio jurídico entre el patrono y la Fundación,* b)

⁵²⁵Tal como han puesto de manifiesto FONT BOIX y LLORENS MARTÍNEZ, el legislador ha construido una definición de interés propio o particular basada en la casuística, lo que dificulta su interpretación, ya que dicho término no se circunscribe, en sentido estricto, a los intereses personales del patrono sino que va mucho más allá, abarcando igualmente los de familiares, amigos, personas jurídicas vinculadas o relacionadas con el patrono o su círculo familiar, etc. (FONT BOIX, M.J., y LLORENS MARTÍNEZ, E., *Responsabilidad de los patronos por conflicto de intereses en las fundaciones*, ... op. cit., pág. 69).

⁵²⁶Si bien el artículo 41 de la LF hace referencia a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, hay que interpretar dicho precepto a la luz de la Disposición Derogatoria y Disposición Final Cuarta de la LPAC (BOE núm. 236, de 2 de octubre) mediante las que, respectivamente, deroga la Ley 30/1992 y determina que todas las referencias hechas a esta se entenderán realizadas a la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas o a la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, según corresponda.

Certificación del acuerdo del patronato por el que se decide la realización del negocio jurídico, incluyendo el coste máximo total que supondrá para la Fundación, c) Memoria explicativa de las circunstancias concurrentes, entre las que se incluirán las ventajas que supone para la Fundación efectuar el negocio jurídico con un patrono". Una vez debidamente recepcionada la antedicha solicitud por el Protectorado, este dispondrá de un plazo de tres meses para resolverla, entendiéndose estimada si, transcurrido dicho plazo, no hubiere recaído ni se hubiese notificado resolución expresa⁵²⁷.

Por último, conviene indicar que, a diferencia de lo que sucede con los gastos reembolsables, las retribuciones de los patronos por la prestación de servicios distintos a los que supone su cargo se imputan a los gastos generales de la Fundación y, por tanto, según opinión doctrinal mayoritaria, no quedan sometidos a límite cuantitativo alguno respecto del patrimonio o rentas que obtenga la Fundación, el cual queda determinado por los artículos 27.2 de la LF y 33 del RLF anteriormente expuestos. Lo que la Ley limita son los gastos reembolsables a los patronos y los directamente ocasionados por la administración del patrimonio, no los gastos generales, que, en consecuencia, quedarían exentos de este régimen⁵²⁸.

⁵²⁷El artículo 34 del RLF, tiene por rúbrica "*Remuneración de patronos y autocontratación*", y tiene el siguiente contenido:

- 1. La solicitud de autorización para que los patronos sean remunerados o contraten con la fundación, por sí o por medio de representante, a que se refieren los artículos 15.4 y 28 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, será cursada al protectorado por el patronato y habrá de ir acompañada de la siguiente documentación:*
 - a) Copia del documento en que se pretende formalizar el negocio jurídico entre el patrono y la fundación.*
 - b) Certificación del acuerdo del patronato por el que se decide la realización del negocio jurídico, incluyendo el coste máximo total que supondrá para la fundación.*
 - c) Memoria explicativa de las circunstancias concurrentes, entre las que se incluirán las ventajas que supone para la fundación efectuar el negocio jurídico con un patrono.*
- 2. El protectorado resolverá y notificará la resolución en el plazo de tres meses, entendiéndose estimada la solicitud si, transcurrido dicho plazo, no hubiese recaído resolución expresa ni hubiese sido notificada.*
- 3. El protectorado denegará en todo caso la autorización en los siguientes supuestos:*
 - a) Cuando el negocio jurídico encubra una remuneración por el ejercicio del cargo de patrono.*
 - b) Cuando el valor de la contraprestación que deba recibir la fundación no resulte equilibrado.*
- 4. También deberá el patronato solicitar autorización del protectorado, en los términos establecidos en los apartados anteriores, para designar como patrono a una persona, natural o jurídica, que mantenga un contrato en vigor con la fundación"*

⁵²⁸DE LORENZO GARCÍA, R., "Comentario al artículo 13", *Comentarios a la Ley de Fundaciones...* op. cit., pág. 118.

1.7) Vicisitudes del cargo de patrono: nombramiento, aceptación, duración, sustitución, cese, suspensión y renuncia.

El nombramiento de los patronos está directamente vinculado con los requisitos mínimos que los artículos 10, letra e), y 11, letra e), de la LF exigen en relación, respectivamente, al contenido de la escritura de constitución de la Fundación y de los Estatutos de la misma, estableciendo, respecto a la primera, que habrá de especificar “*la identificación de las personas que integran el Patronato, así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional*” y, en relación con los segundos, que igualmente habrán de contener “*la composición del Patronato, las reglas para la designación y sustitución de sus miembros, las causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos*”. De la lectura de ambos preceptos, obtenemos dos conclusiones que, al objeto del desarrollo de este epígrafe, conviene resaltar: por un lado, la innecesaria coexistencia temporal de los actos de nombramiento y aceptación, los cuales pueden ser simultáneos o sucesivos aunque, en ambos casos, será esencial la autonomía de la voluntad de los sujetos intervinientes. De otra parte, la mutabilidad en la composición originaria del Patronato cuyos miembros iniciales podrán ser sustituidos y/o cesados.

La naturaleza jurídica del acto de nombramiento plantea ciertas dudas sobre las que no existe unánime respuesta. Podemos trasladar al ámbito fundacional las discusiones operadas en el ámbito mercantil con relación al nombramiento de administradores de las sociedades de capital. Mientras que un sector de la doctrina mercantil defiende su carácter de negocio jurídico unilateral en el que la aceptación, si bien es necesaria para que surta efectos, no supone más que un presupuesto o condición que garantiza la efectividad del nombramiento⁵²⁹, otros autores entienden que se trata de un negocio jurídico bilateral, en particular un contrato, en el que concurren dos declaraciones de voluntades: la del acto de nombramiento y la del acto de aceptación⁵³⁰. A diferencia de la primera postura, que acentúa el carácter orgánico de la relación que une a patrono y Fundación en virtud del acto de nombramiento, esta segunda corriente doctrinal, que nos parece más acertada, argumenta que no procede concebir el

⁵²⁹GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE, J., “Órganos de la Sociedad. De los Administradores”, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo II, 3ª Edición, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, pág. 73.

⁵³⁰POLO SÁNCHEZ, E., “Los Administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima”, *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo VI, Civitas, Madrid, 1992, págs. 50 y 51.

nombramiento como un acto unilateral aislado, ya que *per se* no produce efecto alguno, siendo imprescindible la concurrencia de otra declaración de voluntad que también se califica como acto unilateral. Así pues, en definitiva, el acto de nombramiento consistiría en un negocio jurídico bilateral, pues sería el resultado de la suma o concurrencia de dos declaraciones de voluntad unilaterales.

En cuanto a la aceptación del cargo de patrono, la LF sólo se preocupa fundamentalmente de determinar los mecanismos o medios para alcanzar esa consecuencia. A tal fin, el apartado tercero del artículo 15 de la citada norma legal establece cuatro vías: aceptación mediante documento público, aceptación mediante documento privado con firma legitimada notarialmente, aceptación mediante comparecencia en el Registro de Fundaciones y, por último, aceptación ante el propio Patronato acreditada a través de certificación expedida por el Secretario con firma legitimada notarialmente⁵³¹. En cualquier caso, con independencia del sistema empleado, la aceptación se notificará formalmente al Protectorado y se inscribirá en el Registro de Fundaciones, el cual deberá reflejar, en todo momento, la composición del Patronato, por lo que igualmente habrá que efectuar esta obligada referencia al abordar los supuestos de cese, sustitución, suspensión y, aunque no esté prevista regulación expresa en la LF, renuncia del cargo de patrono.

Precisamente, será la aceptación del cargo de patrono, y no su inscripción en el Registro de Fundaciones, la que determine el comienzo de los efectos derivados de dicho cargo, pues, tal como determina el artículo 15.3 de la LF, “*Los patronos entrarán a ejercer sus funciones después de haber aceptado expresamente el cargo (...). En todo caso, la aceptación se notificará formalmente al Protectorado, y se inscribirá en el Registro de Fundaciones*”. Así pues, la inscripción en el correspondiente Registro no es, por tanto, constitutiva, sino declarativa, tal como ha puesto de manifiesto, entre otras, la STSJ del País Vasco, Cont-Adm, de 31 de enero de 2013. No obstante, como en otros casos de registro de situaciones jurídicas, la inscripción será la que otorgue publicidad al acto de nombramiento y, en consecuencia, será la que genere eficacia respecto de terceras personas. Así pues, habría que distinguir en este asunto entre efectos *ad intra*, los cuales tiene lugar con el acto de aceptación, y efectos *ad extra* o en

⁵³¹ Esta última posibilidad supone una novedad respecto a la normativa precedente ya que el artículo 13.3 de la Ley 30/1994 no la contemplaba.

relación a terceros, que surgirían con la publicidad derivada de la inscripción registral⁵³².

Aunque el contenido del antedicho precepto legal respecto a la obligación de inscripción es escueto y no fija un plazo para el cumplimiento de la misma, esta cuestión queda resuelta en vía reglamentaria, pues, tal como establece el artículo 26.1 del RRF⁵³³, en relación con el artículo 24.1, letra d), de dicha norma, el plazo para practicar la inscripción del nombramiento, aceptación, renovación, sustitución, suspensión y cese de los miembros del Patronato será de un mes a computar desde el hecho causante que, en el caso que nos ocupa, es la aceptación del cargo. El incumplimiento de este plazo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 26.6 de la citada norma reglamentaria, se pondrá en conocimiento del Protectorado que, en función de las circunstancias concurrentes, podrá ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad o, en su caso, instar el cese del patrono o patronos responsables.

La aceptación del cargo de patrono y el momento exacto en el que despliega sus efectos no es cuestión baladí, ya que determinará cuándo el sujeto puede ejercer las atribuciones propias del cargo y, como contrapartida, se le podrá exigir igualmente responsabilidad por su inadecuado desempeño. Respecto a este último asunto, resulta interesante traer a colación la STS, Cont-Adm, de 24 de noviembre de 2014, que niega la legitimación de una entidad que gestiona un bien perteneciente al patrimonio de una Fundación, el cual se encuentra directamente vinculado al cumplimiento de su fin, para impugnar el acto de inscripción del nombramiento de un patrono por los presuntos hechos lesivos para los intereses fundacionales cometidos por dicho Patronato con anterioridad a la aceptación del cargo, reconociendo, por el contrario, dicha legitimación para exigir responsabilidad por los que pudiere cometer con posterioridad al acto de aceptación.

Si bien no existe ningún atisbo de duda acerca del momento exacto en el que el cargo de patrono produce efectos, no sucede igual respecto al plazo para su aceptación. En primer lugar, habría que atenerse a lo previsto por la persona fundadora en los Estatutos pero, si estos guardan silencio sobre este extremo, el problema se complica,

⁵³²SERRANO GARCÍA, I., “El Patronato”, *Tratado de Fundaciones*, Vol. I, op. cit., pág. 562.

⁵³³BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008.

pues no existe previsión expresa que determine ni el tiempo máximo para la aceptación, ni los efectos de un hipotético silencio. Para solventar esta encrucijada, coincidimos con RUIZ JIMÉNEZ y TEJEDOR MUÑOZ, quienes abogan por aplicar a esta situación el plazo previsto en el precitado artículo 26.1 del RRF, que, como ya se ha expuesto, otorga el plazo de un mes para, entre otros supuestos, practicar la inscripción del nombramiento, aceptación, renovación, sustitución, suspensión y cese de los miembros del Patronato, de modo que, expirado este término sin haber tenido lugar la aceptación del cargo, se reputaría este como rechazado, procediéndose, en consecuencia, al nombramiento de un nuevo patrono⁵³⁴.

En otro orden de cosas, la LF tampoco menciona expresamente la duración del cargo de patrono, limitándose su artículo 11.1, letra e), a reseñar que los Estatutos deberán contener “(...) *las reglas para la designación y sustitución*” de los miembros del Patronato. En cualquier caso, si bien el legislador no ha regulado expresamente la duración del cargo de patrono, sí lo ha hecho implícitamente cuando, al abordar las causas de un posible cese, dispone, entre otras, “*el transcurso del período de su mandato si fueron nombrados por un determinado tiempo*”⁵³⁵. La cláusula condicional de dicha redacción permite afirmar que, si bien un patrono puede ser nombrado con carácter temporal, nada obsta a que también pueda serlo con carácter indefinido o vitalicio. No obstante, el principal problema que plantea esta escueta regulación radica en qué sucede si los Estatutos, como sería deseable, no fijan la duración del cargo de patrono. Obviamente, no se puede ocultar que, en caso de silencio estatutario, la cuestión queda abierta aunque, en nuestra opinión, la propia LF, ante la ausencia de regulación al respecto, parece dar a entender que el nombramiento tendría carácter indefinido. Ante tal ambigüedad, algunos autores, como VIÑUELAS, recomiendan promover un plazo máximo de duración del cargo patrono, sin perjuicio de posibles y sucesivas reelecciones vinculadas a la evaluación periódica de la actividad desarrollada en el mismo, todo ello al objeto de evitar relajación en la defensa del interés fundacional por parte de los componentes del órgano de gobierno de la entidad⁵³⁶.

Otra cuestión de especial trascendencia relacionada con el desempeño temporal

⁵³⁴RUIZ JIMÉNEZ, J. Y TEJEDOR MUÑOZ, L., “El Gobierno de la Fundación. El Patronato. Organización y Funcionamiento. Relación con el Protectorado”... op. cit., pág. 45.

⁵³⁵Artículo 18.2, letra g), de la LF.

⁵³⁶VIÑUELAS SANZ, M., *Gobierno Corporativo en Personas Jurídicas no Mercantiles*... op. cit., pág. 49.

del cargo de patrono se halla en la determinación del inicio del cómputo de ese plazo ya que el tenor literal de la propia LF parece contradictorio. Si bien el reiterado artículo 15.3 señala la aceptación como el momento a partir del cual el patrono puede comenzar a ejercer las funciones inherentes a su cargo, el artículo 18.2, letra g), determina, tal como ya se ha expuesto anteriormente, que el cese de los patronos tendrá lugar “*por el transcurso del período de su mandato si fueron nombrados por un determinado tiempo*”. Por tanto, en el supuesto de desempeño temporal del cargo de patrono, ¿cuál será el momento inicial para dicho cómputo?; ¿El acto de nombramiento o el de aceptación? La inexistencia de un plazo en el que el individuo deba aceptar o declinar el nombramiento acentúa, aún más, la complejidad de esta cuestión, dificultando poder alcanzar una solución irrefutable. No obstante, y a pesar de dicho obstáculo, coincidimos con SALELLES Y VERDERA cuando afirman que, debido la situación específica regulada en el precitado artículo 18.2, letra e), parece más correcto inclinarse, sólo para este supuesto y al amparo del tenor literal del referido artículo, por la solución que aboga por el inicio del cómputo del plazo del mandato desde el acto de nombramiento, siendo la aceptación la que, con carácter general, determine el inicio de cualquier otro efecto derivado de la adquisición de la condición de patrono⁵³⁷. Abogamos por esta postura porque, considerando que la aceptación del cargo de patrono es de carácter voluntario, una interpretación en sentido opuesto permitiría que una persona que ha sido nombrada pudiera, intencionadamente y con dudosa finalidad, retrasar la aceptación y, con ello, dilatar el inicio del cómputo del plazo de su mandato.

Guardando cierta relación con la materia que acabamos de tratar, el art. 18 de la LF se ocupa de la sustitución y cese de los patronos,-además de la suspensión-, figuras que no deben ser confundidas. Si bien en toda sustitución existe como presupuesto implícito un cese, no cabe establecer igual equivalencia en sentido opuesto, ya que en todo cese no necesariamente tiene lugar una sustitución. Por otro lado, y a pesar de tratarse de términos homónimos, tampoco procede confundir la sustitución de un patrono con el supuesto contemplado en el artículo 15.5, párrafo segundo, de la LF, el cual, como ya hemos expuesto en otro apartado de este mismo trabajo de investigación, prevé la sustitución de un patrono que ostenta tal condición por razón de su cargo por la persona a la que le corresponda la suplencia de dicho cargo. La diferencia entre ambos

⁵³⁷SALELLES CLIMENT, J.R Y VERDERA SERVER, R., *El Patronato de la Fundación...*, op. cit., págs. 163.

casos resulta evidente, pues, si bien en el primero se produce un cambio en la persona-patrono, tal circunstancia no acaece en el segundo.

Ante la ausencia de disposiciones imperativas que regulen la sustitución del cargo de patrono, corresponderá a los Estatutos determinar su régimen⁵³⁸. Así pues, la importancia de la previsión estatutaria en este asunto es de tal envergadura que, en ausencia o inaplicación de la misma, el legislador ha previsto en la propia LF una solución con la que vadear el irresoluble problema que plantearía la sustitución del patrono que cesa o que tiene que cesar. En concreto, cuando la sustitución del patrono no fuera posible en la forma prevista por los Estatutos, el artículo 18.1 de la antedicha norma legal remite al procedimiento regulado en el artículo 29 para la modificación de aquellos⁵³⁹, facultando mientras tanto al Protectorado para que proceda a la designación de la personas o personas que integrarán provisionalmente el Patronato hasta que la referida modificación tenga lugar⁵⁴⁰. Asimismo, el legislador también ha contemplado el hipotético caso en el que una sustitución masiva de patronos dejara sin ningún miembro al Patronato. Llegado este extremo, y tal como determina el artículo 35.1, letra g), de la reiterada LF, corresponderá igualmente al Protectorado “*ejercer provisionalmente las funciones del órgano de gobierno de la Fundación si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo*”⁵⁴¹. En cualquier caso, de conformidad con lo

⁵³⁸ Los artículos 11.1, letra e), y 18.1 de la LF remiten a los Estatutos fundacionales cuando abordan la sustitución del cargo de patrono.

⁵³⁹ Señala el artículo 29 de la LF:

1. *El Patronato podrá acordar la modificación de los Estatutos de la fundación siempre que resulte conveniente en interés de la misma, salvo que el fundador lo haya prohibido.*
2. *Cuando las circunstancias que presidieron la constitución de la fundación hayan variado de manera que esta no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a sus Estatutos, el Patronato deberá acordar la modificación de los mismos, salvo que para este supuesto el fundador haya previsto la extinción de la fundación.*
3. *Si el Patronato no da cumplimiento a lo previsto en el apartado anterior, el Protectorado le requerirá para que lo cumpla, solicitando en caso contrario de la autoridad judicial que resuelva sobre la procedencia de la modificación de Estatutos requerida.*
4. *La modificación o nueva redacción de los Estatutos acordada por el Patronato se comunicará al Protectorado, que sólo podrá oponerse por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado, en el plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación al mismo del correspondiente acuerdo del Patronato. El Protectorado podrá comunicar en cualquier momento dentro de dicho plazo y de forma expresa su no oposición a la modificación o nueva redacción de los Estatutos.*
5. *La modificación o nueva redacción habrá de ser formalizada en escritura pública e inscrita en el correspondiente Registro de Fundaciones”.*

⁵⁴⁰ En el ámbito andaluz, y al amparo del artículo 27.2 de la LFA, corresponderá a los propios patronos comunicar al Protectorado toda situación que reduzca la composición del Patronato en número inferior a tres miembros. Una vez recibida dicha comunicación, que habrá de tener lugar en un plazo de treinta días, el Patronato podrá, en la línea de la ley estatal, completar el número mínimo o, como novedad respecto a ella, instar la disolución de la fundación.

⁵⁴¹ Conviene no confundir este caso con la intervención temporal de la fundación regulada en el artículo

dispuesto en el artículo 18.4, la sustitución de patronos, al igual que su cese y suspensión, se inscribirá en el correspondiente Registro de Fundaciones.

Por su parte, las causas que determinan el cese en el cargo de patrono se hallan taxativamente detalladas en el apartado segundo del precitado artículo 18, el cual, además de las que puedan establecerse en los Estatutos, enumera las siguientes: a) la muerte o la declaración de fallecimiento o, en su caso, extinción de la persona jurídica; b) la incapacidad, inhabilitación o incompatibilidad; c) el cese en el cargo por razón del cual se obtuvo el nombramiento de patrono; d) la falta de desempeño del cargo con la diligencia de un representante leal si así se declara mediante resolución judicial, e) por resolución judicial que acoja la acción de responsabilidad por actos contrarios a la ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que se debe desempeñar el cargo; f) la extinción de la duración del mandato si los patronos fueron nombrados por tiempo limitado; g) la renuncia del propio patrono y, finalmente, h) el transcurso del plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin haber instado la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones. Precisamente, esta última causa es la principal novedad que presenta la LF respecto a su antecesora, dejando constancia de ello en su propia Exposición de Motivos⁵⁴².

El cese de un patrono por muerte o declaración de fallecimiento o, tratándose de una persona jurídica por su extinción, no requiere, por su propia lógica, de comentarios adicionales. En todos estos casos deja de existir la persona, por lo que esta carecerá del presupuesto fáctico de base necesario para poder ejercer el cargo de patrono. Recordemos que en caso de persona jurídica la concurrencia de una causa de liquidación abre un proceso de liquidación de la misma que acabará con la extinción.

42 de la LF. Según este precepto, en caso de grave irregularidad económica o desviación en los fines fundacionales, el Protectorado podrá solicitar a la autoridad judicial, previo requerimiento y audiencia al Patronato, la intervención de la fundación. Si dicha solicitud fuere atendida, el Protectorado asumirá todas las atribuciones legales y estatutarias del Patronato durante el tiempo que determinara el juez.

Si bien en este caso también el Protectorado también pasa a desempeñar la labor del Patronato, obviamente, el presupuesto que sirve de fundamento no guarda relación alguna con la materia objeto de este epígrafe.

⁵⁴² Así reza el párrafo cuarto del Punto III de la Exposición de Motivos de la LF: *“Por otra parte, para garantizar la seriedad de las actuaciones conducentes a la constitución de las fundaciones, se prevé el cese de los patronos que no hubiesen instado la inscripción de la entidad constituida en los seis meses siguientes al otorgamiento de la escritura fundacional, procediendo el Protectorado a nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial, que asuman explícitamente la obligación de inscribir la fundación en el correspondiente Registro de Fundaciones”*.

Por otra parte, los supuestos de incapacidad, inhabilidad o incompatibilidad tampoco merecen ya mayor comentario, pues han sido tratados con anterioridad. En estos casos, la Ley considera que estas causas son sobrevenidas, pues, si concurrían al tiempo en que un patrono debía ser nombrado, directamente, imposibilitarían dicho acto.

Otra causa de cese que contempla el artículo 18.2 en su letra d) es “*no desempeñar el cargo con la diligencia prevista en el apartado 1 del artículo anterior, si así lo declara una resolución judicial*”. Esta diligencia es la de un “*representante leal*”. Teniendo en consideración que se trata de una expresión cuyas fronteras conceptuales no quedan jurídicamente bien definidas, su posible estimación no compete a la Administración, a través del Protectorado, sino que hay que instar el correspondiente procedimiento y obtener resolución judicial contraria al patrono, correspondiendo dicho atribución al Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Fundación⁵⁴³. Asimismo, y en aplicación del apartado segundo del artículo 35 de la LF, si el patrono incurriera en la antedicha falta de diligencia, el Protectorado estaría legitimado para instar su cese⁵⁴⁴.

En cualquier caso, procede aclarar que estamos abordando las causas por las que cesa un patrono y no el Patronato al completo, circunstancia que puede tener lugar cuando todos los componentes de dicho órgano, actuando sin la diligencia debida de un representante leal, adopten un acuerdo que irroque daños y perjuicios a la Fundación. No obstante, podrá conservar el cargo aquel patrono que, tal como determina el artículo 17.2 *in fine* de la LF, haya votado en contra del acuerdo o pruebe que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocía su existencia o, conociéndola, hizo todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opuso expresamente a aquel. Si no hubiere salvado su voto o no pudiese probar los extremos del antedicho precepto, será igualmente cesado. Aun así, se trata de situaciones sobre las que resulta difícil plantear consideraciones generales por lo que, en cada ocasión, habrá que descender al

⁵⁴³Según determinación expresa del artículo 43.3 de la LF.

⁵⁴⁴Asimismo, el citado artículo 35.2 también legitima al Protectorado para ejercitar la acción de responsabilidad contra todo patrono por los daños o perjuicios que hubiere causado a la fundación “*por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo*”.

caso concreto⁵⁴⁵.

Además de la sustitución y del cese de patronos, el art. 18.3 regula la figura de la suspensión, señalando que esta “(...) *podrá ser acordada cautelarmente por el juez cuando se entable contra ellos la acción de responsabilidad*”. Si bien una interpretación literal y estricta del precepto nos invita a pensar que no procede acudir a esta figura en otros casos, ni tan siquiera en aquellos que pongan en peligro la subsistencia de la Fundación o impliquen una grave desviación de los fines fundacionales, pues en estas últimas situaciones, y al amparo del artículo 42 de la LF, procedería la intervención de la Fundación por el Protectorado⁵⁴⁶, pero no la suspensión por el juez civil del cargo de patrono⁵⁴⁷, personalmente, estimamos que la figura de la suspensión no se reduce en exclusividad al supuesto expresamente recogido en el aludido artículo 18.3 (exigencia de responsabilidad), sino que, por el contrario, podría extenderse a cualquier otro caso de hipotética o presunta infracción de una o más causas de cese y, en consecuencia, aplicarse hasta que la concurrencia de aquella o aquellas quedara, o no, efectivamente determinada. En este sentido, resulta procedente resaltar la STS, Cont-Adm, de 26 de mayo de 1999, la cual distingue entre los supuestos de cese y suspensión, reservando para los primeros la comisión efectiva de supuestos tasados y englobando en los segundos la mera presunción de dicha comisión. En concreto, según, la citada Sentencia:

“(...) la destitución de los patronos y la suspensión de los mismos en sus funciones; aquella de carácter definitivo y esta de naturaleza cautelar, (...) no

⁵⁴⁵SERRANO GARCÍA, I., “El Patronato”, *Tratado de Fundaciones*, Vol. I, op. cit., pág. 572.

⁵⁴⁶Señala el artículo 42 de la LF:

1. *Si el Protectorado advirtiera una grave irregularidad en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la fundación o una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada, requerirá del Patronato, una vez oído este, la adopción de las medidas que estime pertinentes para la corrección de aquélla.*
2. *Si el requerimiento al que se refiere el apartado anterior no fuese atendido en el plazo que al efecto se señale, el Protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial que acuerde, previa audiencia del Patronato, la intervención temporal de la fundación. Autorizada judicialmente la intervención de la fundación, el Protectorado asumirá todas las atribuciones legales y estatutarias del Patronato durante el tiempo que determine el juez. La intervención quedará alzada al expirar el plazo establecido, salvo que se acceda a prorrogarla mediante una nueva resolución judicial.*
3. *La resolución judicial que acuerde la intervención temporal de la fundación se inscribirá en el correspondiente Registro de Fundaciones”.*

⁵⁴⁷ Aunque ambas figuras exigen intervención judicial, no son equiparables, ya que, mientras en la intervención del Protectorado el patrono sigue en ejercicio de su cargo aunque bajo estricto control de dicho órgano, en la segunda, el patrono ha sido privado temporalmente de sus atribuciones, tratándose, por tanto, de una medida cautelar o provisional que pretende evitar un hipotético cese de hecho.

pueden ser equiparadas en su aplicación, ya que mientras como causa de destitución ha de constar la probada realización por los patronos de hechos subsumibles en los tipos enumerados, comportando su existencia y aplicación de la norma una auténtica sanción, por el contrario, la aplicación de la medida cautelar de suspensión de funciones hade estar en relación a su finalidad institucional, determinante de su aplicación, que no la realidad firme así establecida de las infracciones (...), sino los indicios racionales de haberse cometido alguna o varias de las irregularidades previstas en la norma (...)”.

La suspensión, al igual que el cese, también puede afectar a todos los componentes del Patronato. En ese supuesto, y según ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre todas, su STS, Cont-Adm, de 8 de julio de 2003, resulta oportuno destacar que se requerirá necesariamente resolución judicial, sin que dicha posibilidad pueda quedar únicamente determinada en la esfera administrativa, pues, si exclusivamente se delimita en dicho ámbito la sustitución de los patronos por otra figura como un comisario o análogo, si bien la actividad fundacional no se vería formalmente afectada, la entidad sería materialmente desposeída de sus atribuciones al asumir su gobierno un órgano ajeno al Patronato, el cual, realmente, es el verdadero responsable de velar por la ejecución y cumplimiento del fin fundacional⁵⁴⁸.

Por otro lado, si tomamos como referencia antecedentes normativos ya derogados, como el Decreto 2930/1972, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones Culturales Privadas y Entidades Análogas, se constata que el legislador se ha preocupado progresivamente de reducir en ciertos aspectos el excesivo protagonismo que tenía el Protectorado, exigiendo la intervención judicial para que el cese o suspensión de un patrono pueda tener lugar⁵⁴⁹. En cualquier caso,

⁵⁴⁸En concreto, el último párrafo del Fundamento de Derecho Quinto de la mencionada Sentencia señala que “*La conclusión de la sentencia es que la resolución impugnada en cuanto suspende temporalmente en el ejercicio de sus funciones a todos los miembros del Patronato de la Fundación y nombra un Comisario especial hasta que se concluyan todas las operaciones derivadas de la permuta de un solar, vulnera los preceptos constitucionales anteriormente citados, pues aunque la fundación no fue suspendida formalmente en sus actividades, al desarrollar las funciones del Patronato el Comisario nombrado por la Administración continuando así la Fundación con las actividades que le son propias, materialmente fue privada de las mismas al asumir la voluntad y gobierno del Patronato, a quien corresponde el cumplimiento de los fines de la Fundación, sin haber sido suspendida judicialmente en sus actividades*”

⁵⁴⁹Así, por ejemplo, desde la Ley 30/1994 no figura ya en el acervo jurídico fundacional vigente la causa de cese contemplada en el artículo 17.1, letra g) del citado Reglamento de 1972, según la cual el

opinamos que el cargo de patrono no se encuentra sometido a una plena tutela judicial, interpretada esta en el sentido de que su titular sólo puede ser separado del cargo mediante resolución judicial, ya que la autonomía de la voluntad del fundador, que en última instancia no es sino una consecuencia del derecho de fundar reconocido en la Carta Magna, autoriza la constancia en los Estatutos de causas que permitan apartar al patrono de su cargo al margen de toda intervención judicial⁵⁵⁰. Todo ello sin perjuicio de que, de no ser aceptada la concurrencia de tal causa de cese por parte del patrono, el asunto termine judicializándose.

Por último, aunque la renuncia está expresamente mencionada en la letra h) del artículo 18.2 de la LF, el citado cuerpo legal nada más contempla sobre la misma. Ante la ausencia de regulación específica, y tal como hemos realizado con anterioridad al estudiar la naturaleza jurídica del cargo de patrono, parece razonable aplicar analógicamente las reglas del CC en materia de renuncia del mandatario. En este sentido, de conformidad con lo establecido en los artículos 1736 y 1737, el mandatario podrá renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante quien, si sufre perjuicios por esta acción, deberá ser indemnizado por el mandatario salvo que este fundamente su renuncia en la imposibilidad de continuar ejerciendo el mandato sin que le origine menoscabo. En cualquier caso, aunque el mandatario renuncie mediando justo motivo, habrá de continuar con su gestión hasta que el mandante pueda adoptar las medidas oportunas para hacer frente a las consecuencias que la renuncia pudiera reportarle⁵⁵¹.

Ante la ausencia de regulación expresa en la LF sobre la figura de la renuncia, y

Protectorado podía acordar la remoción del patrono por grave incumplimiento de sus obligaciones frente a la fundación o conducta inmoral o ignominiosa.

Asimismo, tampoco se recoge ya la posible suspensión del cargo de patrono por acuerdo del Protectorado, posibilidad que albergaba el artículo 18 de la referida norma reglamentaria, que permitía la sustitución del patrono suspendido mediante la figura de un comisario. En aplicación de este último precepto, procede citar la STS, Cont-Adm, de 10 de marzo de 1989, que considera ajustada a Derecho la medida cautelar adoptada por el Protectorado consistente en la suspensión del patrono único de una fundación por graves irregularidades en su gestión y su sustitución por un Comisario nombrado por dicho Protectorado.

⁵⁵⁰SALELLES CLIMENT, J.R Y VERDERA SERVER, R., *El Patronato de la Fundación...*, op. cit., págs. 168.

⁵⁵¹Señala el artículo 1736 del CC: “El mandatario puede renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante. Si este sufre perjuicios por la renuncia, deberá indemnizarle de ellos el mandatario, a menos que funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo”. Añade el artículo 1737: “El mandatario, aunque renuncie al mandato con justa causa, debe continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta”.

aun entendiendo como razonable la aplicación de los preceptos citados del CC, consideramos que se torna necesaria cierta adaptación de los mismos para adecuar su contenido a la específica realidad fundacional. A tal respecto, compartimos plenamente tanto la postura de EMBID, cuando mantiene la conveniencia de preaviso al resto del Patronato y Protectorado⁵⁵², como la de SERRANO GARCÍA, quien afirma que el patrono que ejerce la renuncia debe finalizar la tarea que haya comenzado antes de hacer aquella efectiva⁵⁵³.

1.8) La responsabilidad de los patronos

En el llamado “estatuto jurídico del patrono”, el régimen de responsabilidad comporta, sin lugar a dudas, un aspecto que contribuye de manera directa a perfilar su caracterización y posición en la Fundación. La responsabilidad resulta, además, agravada en la actual configuración del régimen jurídico fundacional por dos razones: la primera, por la creciente autonomía de gestión de las fundaciones y, la segunda, por el menor poder de control del Protectorado. No obstante, a pesar de tal relevancia, la LF presenta una escueta regulación para tan espinoso asunto, dedicando expresamente un solo artículo, el número 17, cuyo tenor literal está inspirado en el Derecho societario⁵⁵⁴ y limitado a la responsabilidad civil, pues, tal como argumenta CUSCÓ Y CUNILLERA⁵⁵⁵, en caso de responsabilidad fiscal o penal, la cobertura legal vendría determinada, respectivamente, por los artículos 42 y 43 de la Ley General Tributaria⁵⁵⁶ o por el

⁵⁵² EMBID IRUJO, J.M., “La Fundación como Modelo para la Colaboración Público-Privada”..., op. cit., pág. 270.

⁵⁵³ SERRANO GARCÍA, I., “El Patronato”, *Tratado de Fundaciones*, Vol. I, op. cit., pág. 573.

⁵⁵⁴ Por ejemplo, el artículo 236.1 del TRLSC, el cual regula el régimen de responsabilidad de los administradores societarios, atribuye la responsabilidad a los administradores societarios en términos análogos a los dispuestos en el artículo 17.2 de la LF. Asimismo, el artículo 237 del citado Real Decreto Legislativo, establece el carácter solidario de la responsabilidad de los administradores. Estos preceptos de la Ley de Sociedades de Capital recogen regulación anterior presente en la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 -Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas- y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 -Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que se remitía en este punto a la LSA- vigentes al tiempo de la aprobación de la LF.

⁵⁵⁵ CUSCÓ, M. Y CUNILLERA, M., *Comentarios a la nueva ley de fundaciones...*, op. cit., pág. 185.

⁵⁵⁶ Según el artículo 42.1, letra a), de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE núm. 302, de 18 de diciembre), serán responsables solidarios de la deuda tributaria las personas o entidades “que sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria. Su responsabilidad también se extenderá a la sanción”. Asimismo, el artículo 43.1, apartado a), también señala que, “sin perjuicio de lo previsto en el artículo 42.1, letra a), responderán subsidiariamente los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que, habiendo estas cometido infracciones tributarias, no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por

artículo 31 del Código Penal⁵⁵⁷.

Aunque el régimen de responsabilidad objeto del presente epígrafe resulta muy cercano al de las sociedades mercantiles, su inserción en el estatuto jurídico del patrono no puede explicarse conforme a los mismos criterios, pues, tal como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, los patronos no pueden compararse a los administradores de las sociedades de capital, que son personas jurídicas con una naturaleza y finalidad totalmente distintas a las de las fundaciones, donde, como ya se expuso, el desempeño del cargo reviste carácter gratuito, exigencia no predicable para los miembros del consejo de administración de un ente societario⁵⁵⁸, pues, aunque en principio el desempeño del cargo de administrador de una sociedad de capital es gratuito, la ley permite que los Estatutos puedan fijar una remuneración a favor de los administradores⁵⁵⁹.

Si bien se desprende inequívocamente de la LF una eventual responsabilidad de los patronos, nada aclara el citado texto legal sobre la naturaleza de la misma. A tal respecto, la primera cuestión que debe abordarse consiste en determinar si dicha responsabilidad puede calificarse como orgánica, contractual o extracontractual. Lógicamente, la cuestión planteada está conectada con la relación existente entre patrono y Fundación, siendo la peculiar configuración del órgano de gobierno de esta última la razón fundamental de la caracterización del régimen de responsabilidad. Así pues, una primera consecuencia perfectamente predicable del mismo, y que emana de la doctrina mercantil, radica en que sólo será aplicable a los individuos que formen parte de dicho órgano por lo que, en consecuencia, sería de naturaleza orgánica la responsabilidad de los patronos⁵⁶⁰. No obstante, teniendo en consideración que ni en la

quienes de ellos dependan o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones. Su responsabilidad también se extenderá a las sanciones”.

⁵⁵⁷Según el artículo 31 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, quien “(...)actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

⁵⁵⁸DEL REAL PÉREZ, A. “Aspectos Jurídico-Civiles Prácticos de la Nueva Ley de Fundaciones”, *En torno a la Ley 30/1994 de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Centro de Fundaciones, Madrid, 1995, pág. 63.

⁵⁵⁹Vid. arts. 217 y ss. del TRLSC.

⁵⁶⁰POLO SÁNCHEZ, EDUARDO, “Los Administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima”, *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles ...*, op. cit., pág. 372.

doctrina, ni en los textos legales, existe una construcción acabada de una eventual responsabilidad orgánica, otros autores abogan por catalogar la responsabilidad de los patronos como contractual, en la medida que se apoya en una relación jurídica preexistente⁵⁶¹. Desde esta perspectiva, el fundamento de la responsabilidad consiste en el incumplimiento de una obligación o deber integrante de una relación jurídica subyacente entre las partes y que, en el caso del patrono, nace con la aceptación del cargo⁵⁶².

Frente al debate generado por el carácter orgánico o contractual de la responsabilidad de los patronos, existe unanimidad al afirmar que esta no constituye un supuesto de responsabilidad extracontractual, pues, si bien es evidente que podría encontrar acomodo en la fórmula general del artículo 1902 del CC⁵⁶³, la precitada relación jurídica existente entre patrono y Fundación desaconseja dicha subsunción, ya que de la construcción jurídica de la responsabilidad aquiliana se deduce que esta entra en juego en aquellas situaciones en las que víctima y agente del daño no se encuentran conectados por relación alguna⁵⁶⁴.

Descartada por las razones antedichas el carácter extracontractual de la responsabilidad de los patronos, cabe preguntarse entonces cómo catalogar esta última, ¿orgánica o contractual? La respuesta a dicha interrogante, aunque pueda parecer ociosa, reviste cierto calado ya que, entre otras cuestiones, afecta al plazo de prescripción de la acción para su exigencia⁵⁶⁵. Personalmente, abogamos por el carácter

⁵⁶¹GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE, J., “Órganos de la Sociedad. De los Administradores”, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, ..., op. cit., págs. 157 y 158.

⁵⁶²Según RIVERO HERNÁNDEZ, “la aceptación por el patrono supone una relación voluntaria del mismo con la fundación asimilable a un convenio de tipo negocial” (RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad de los patronos de una fundación frente a terceros”, *Estudios Jurídicos*, Universidad de Santander, 2003, pág. 511).

⁵⁶³Conforme al artículo 1902 del CC: “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”.

⁵⁶⁴No desconocemos que en determinadas ocasiones la jurisprudencia ha admitido la yuxtaposición de responsabilidad civil contractual ex art. 1101 del Código Civil y extracontractual del art. 1902 del Código Civil.

⁵⁶⁵Mientras que el artículo 1964.2 del Real Decreto de 24 de junio de 1889, por el que se aprueba el Código Civil (Gaceta núm. 206, de 25 de julio), el cual ha sido objeto de modificación por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de Reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 239, de 6 de octubre), fija un plazo de prescripción de cinco años para todas aquellas obligaciones personales que carezcan de un plazo especial, el artículo el artículo 949 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se aprueba el Código de Comercio (Gaceta núm. 289, de 16 de octubre), señala que “*La acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración*”.

orgánico de aquella, postura por la que se ha decantado la jurisprudencia, citando, a modo de ejemplo, la SAP de las Islas Baleares, sección 5ª, de 11 de noviembre de 2013, la cual, tras afirmar que la responsabilidad exigible a los patronos deviene de la aceptación del cargo, expone en su Fundamento de Derecho Quinto que aquella “(...) además de solidaria, es de tipo orgánico y ex lege (...)”. Asimismo, el citado tribunal también ha dado respuesta al plazo de prescripción de la acción para exigir dicha responsabilidad estableciendo, en el mismo pronunciamiento judicial y Fundamento de Derecho, que esta “(..) prescribe a los cuatro años, contados desde que la actora tuvo conocimiento del daño o perjuicio, o desde la aprobación del acuerdo, estando presente (...)”⁵⁶⁶.

Abundando en la naturaleza de la responsabilidad, conviene también aclarar si tiene carácter personal u orgánico, así como si presenta naturaleza pública o privada. A pesar de la caracterización legal del Patronato como órgano de la Fundación, la LF es clara en el sentido de considerar la responsabilidad como una eventualidad aplicable a los patronos individualmente considerados y no al Patronato en su conjunto. Por ello, compartimos la opinión de la doctrina mercantil que atribuye la responsabilidad a los miembros del consejo de administración, y no al propio órgano, “ya que el consejo, como órgano de la sociedad, no podría responder frente a ella, porque esto sería tanto como que la sociedad respondiera frente a sí misma”⁵⁶⁷. Este criterio puede plantear ciertas dudas respecto a la atribución de la responsabilidad en aquellos casos en los que personas jurídicas forman parte del Patronato mediante una persona física que actúa en su nombre y representación. En este supuesto, el carácter personal de la responsabilidad conlleva que su conducta se impute a la persona física, aunque las consecuencias de la misma repercutan en la persona jurídica representada, que es la que verdaderamente ostenta la condición de patrono⁵⁶⁸, sin perjuicio, en su caso, de la acción interna de regreso⁵⁶⁹.

Por último, respecto a la naturaleza pública o privada de la responsabilidad, cabe

⁵⁶⁶La Audiencia Provincial de las Islas Baleares se decanta, por tanto, por el plazo fijado en el artículo 949 del Código de Comercio.

⁵⁶⁷GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE, J., “Órganos de la Sociedad. De los Administradores”, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, ..., op. cit., pág. 168.

⁵⁶⁸RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad de los patronos de una fundación frente a terceros”, *Estudios Jurídicos*, op. cit., pág. 514.

⁵⁶⁹NIETO ALONSO, A., *Fundaciones: su capacidad...* op. cit., págs. 263 a 266.

indicar que, si bien en el funcionamiento de las fundaciones concurren elementos de evidente trascendencia administrativa, como revela la intervención del Protectorado, el fundamento último de la institución de la responsabilidad de los patronos se encuentra en la reparación del daño causado a la Fundación por sus actos, efecto que indubitadamente se inscribe dentro del ámbito del Derecho privado⁵⁷⁰.

Entrado ya en Derecho positivo vigente, el apartado primero del aludido artículo 17 de la LF determina que los patronos deben desempeñar el cargo "*con la diligencia de un representante leal*"⁵⁷¹, expresión dimanante del Derecho privado que, al amparo de lo previsto en la Disposición Final Primera, párrafo segundo, de la antedicha norma legal, será de aplicación general en todo el Estado, salvo en aquellos territorios con Derecho Civil propio o foral, donde tendrá carácter supletorio. Por otro lado, el apartado segundo establece que los patronos responderán solidariamente frente a la Fundación tanto de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la ley o a los Estatutos, como por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. No obstante quedarán exentos de responsabilidad tanto quienes hubieran votado en contra del acuerdo, como quienes prueben que, sin haber intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron a él, supuestos todos ellos sobre los que profundizaremos más adelante. Finalmente, concluye el artículo objeto de análisis con un apartado tercero en el que enumera quiénes, en nombre de la Fundación, están legitimados para ejercitar la acción de responsabilidad ante la autoridad judicial: el Patronato, previo acuerdo adoptado en su seno en el que no participará el patrono o patronos afectados, el Protectorado, los patronos disidentes o ausentes⁵⁷² y el propio fundador cuando no fuera patrono⁵⁷³.

⁵⁷⁰SALELLES CLIMENT, J.R Y VERDERA SERVER, R., *El Patronato de la Fundación...*, op. cit., págs. 179 y 180.

⁵⁷¹Aunque en la legislación autonómica se encuentran otras expresiones como "administrador leal" - artículo 22.1 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego-, o "buen gestor" -artículo 16 b) de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana-, no parece que estas aporten novedades relevantes.

⁵⁷²Respecto a los patronos disidentes o ausentes, la STS, Civil, de 18 de junio de 2012, señala en su Fundamento de Derecho Segundo que la legitimación de un patrono para entablar la acción de responsabilidad contra otro u otros exige, con carácter previo, su condición de disidente o ausente.

⁵⁷³Señala el artículo 17 de la LF:

"1. Los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal.
2. Los patronos responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Quedarán exentos de responsabilidad quienes hayan votado en contra del

Tal como ya hemos expuesto, si bien el contenido del artículo 17 resulta insuficiente para regular la compleja casuística que abarca, conviene igualmente resaltar que, al amparo del artículo 11.2 de la propia LF, su contenido resulta indisponible, pues, según señala este último precepto, con carácter general, se tendrá por no puesta toda disposición de los Estatutos de la Fundación o manifestación de la voluntad del fundador que sea contraria a la antedicha norma legal, la cual se configura, en cierto modo, como una “ley de mínimos” cuya preocupación esencial reside en el establecimiento de unas condiciones comunes e ineludibles a toda entidad fundacional. Ante esta falta de concreción, generadora de cierta inseguridad jurídica, un sector doctrinal defiende la necesidad de incorporar al Derecho vigente una regulación mucho más exhaustiva de los deberes de los patronos, especialmente de aquellos situados en el marco del deber de diligencia, buscando despertar en aquellos su escasa conciencia gestora, así como concienciarlos de la responsabilidad inherente al ejercicio de su cargo⁵⁷⁴.

Por otro lado, la vigente redacción que acabamos de exponer del régimen regulador de la responsabilidad de los patronos enmarcada en el escueto artículo 17 de la LF presenta dos significativas diferencias respecto a la Ley 30/1994, una de escasa relevancia y otra, por el contrario, de gran trascendencia. En relación a la primera, la normativa precedente establecía que los patronos incurrieran en responsabilidad por conducta negligente, expresión que en la LF ha sido sustituida por actuar “*sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo*”. Considerando que el CC equipara los conceptos de “negligencia” y “culpa”⁵⁷⁵, cabría afirmar que la nueva redacción es más exigente que la anterior, ya que la diligencia señalada por la normativa en vigor trasciende el concepto de culpa subjetiva para llegar a ser interpretada como toda

acuerdo, y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

3. La acción de responsabilidad se entablará, ante la autoridad judicial y en nombre de la fundación:
- Por el propio órgano de gobierno de la fundación, previo acuerdo motivado del mismo, en cuya adopción no participará el patrono afectado.
 - Por el Protectorado, en los términos establecidos en el artículo 35.2.
 - Por los patronos disidentes o ausentes, en los términos del apartado 2 de este artículo, así como por el fundador cuando no fuere Patrono.”

⁵⁷⁴VIÑUELAS SANZ, M., *Gobierno Corporativo en Personas Jurídicas no Mercantiles...* op. cit., pág. 60.

⁵⁷⁵Así, por ejemplo, el artículo 1104 del CC identifica los conceptos de negligencia o culpa, definiéndolos como “*la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*”.

conducta socialmente esperable en el tráfico jurídico y vinculada a los conceptos de lealtad y fidelidad, de ahí que, en este sentido, haya autores como RUIZ JIMÉNEZ y TEJEDOR MUÑOZ que afirman que el nuevo régimen de responsabilidad delimitado por la LF se halla intrínsecamente vinculado al binomio diligencia-responsabilidad⁵⁷⁶. En segundo término, también es cierto que el legislador ha introducido el concepto de “diligencia” sin una nítida delimitación de su contenido, por lo que su posible transgresión habrá de ser analizada en función de las circunstancias objetivas de cada caso concreto, valorando, a tal efecto, el tipo y magnitud de la Fundación, la finalidad que persigue, la posición del miembro respecto al Patronato, etc., sin que sea posible remitirse a unos parámetros previamente determinados de conducta diligente, los cuales, además, son más difíciles de definir en el sector fundacional que en otros ámbitos organizativos, como el mercantil, debido al carácter gratuito del cargo de patrono⁵⁷⁷.

En este contexto, la nueva redacción del régimen de responsabilidad disipa cualquier tipo de duda respecto a la inclusión de las conductas omisivas entre los supuestos generadores de responsabilidad, ya que la primaria obligación de todo patrono de cumplir con los deberes inherentes a su cargo, conectada con la idea de hacerlo diligentemente, permite vincular este tipo de presunta conducta con un daño o perjuicio a los intereses del ente fundacional⁵⁷⁸. En este sentido, puede resultar esclarecedor el contenido de la SAP de Barcelona, sección 13ª, de 17 de enero de 2008, según el cual, sólo cabe exigir responsabilidad a los patronos por los daños sufridos por la persona jurídica fundacional, y no por los perjuicios que puedan padecer los acreedores de esta, sin que, por tanto, sea posible trasladar al ordenamiento jurídico fundacional el régimen aplicable a los administradores de las sociedades mercantiles⁵⁷⁹.

En cualquier caso, la diferencia más significativa entre la redacción vigente y su antecesora radica en que, actualmente, la responsabilidad de los patronos es solidaria⁵⁸⁰,

⁵⁷⁶RUIZ JIMÉNEZ, J. Y TEJEDOR MUÑOZ, L., “El Gobierno de la Fundación”, *Las Fundaciones. Aspectos Jurídicos y Fiscales...*, op. cit., pág. 47.

⁵⁷⁷SALELLES CLIMENT, J.R Y VERDERA SERVER, R., *El Patronato de la Fundación...*, op. cit., págs. 186 y 187.

⁵⁷⁸SERRANO GARCÍA, I., “El Patronato”, *Tratado de Fundaciones*, Vol. I, op. cit., pág. 576.

⁵⁷⁹La Sentencia aludía a los artículos 133, 135 y 262 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE núm. 310, de 27 de diciembre), norma que, en la actualidad, ha sido derogada por el TRLSC (BOE núm. 161, de 3 de julio).

⁵⁸⁰Cabe reseñar que, tal como ha puesto de manifiesto la SAP de Vizcaya, sección 4ª, de 4 de mayo de 2006, la denegación de inscripción de una fundación no implica su extinción, por la que la ausencia de

tal y como señala el art. 17.2 de la LF, según el cual:

"Los patronos responderán solidariamente frente a la Fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Quedarán exentos de responsabilidad quienes 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 para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel."

Los antecedentes de esta norma hay que encontrarlos en el régimen de responsabilidad de los administradores miembros de un consejo de administración de una sociedad de capital⁵⁸¹. Por ello, y con las excepciones señaladas, podrá exigirse responsabilidad a cualquier patrono, no sólo por sus actos, sino también por los ejecutados por sus compañeros de órgano⁵⁸², sin perjuicio de que aquel repercuta posteriormente sobre éstos.

En cualquier caso, y sin negar la posible bondad de esta nueva configuración solidaria de la responsabilidad en lo que a defensa de los intereses de la Fundación respecta, estimamos que constituye un obstáculo añadido a la ya ardua tarea de encontrar personas que acepten el cargo de patrono y las obligaciones que conlleva, pues, a la gratuidad del mismo, se suma ahora la permanente situación de riesgo en la que se encuentran quienes lo aceptan, circunstancia que ha motivado que muchos Patronatos hayan acordado unánimemente destinar recursos de la Fundación para la suscripción de seguros de responsabilidad civil que amparen a sus miembros ante las

aquella no exime a los patronos de su responsabilidad solidaria.

⁵⁸¹El art. 237 del TRLSC señala: "*Carácter solidario de la responsabilidad. Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.*" Esta norma es trasunto del art. 133 de la Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas vigente al tiempo de aprobarse la LF.

⁵⁸²Conviene aclarar que la responsabilidad solidaria no será aplicable a aquellos supuestos en los que un patrono autocontrata con la fundación y es retribuido por ello, pues, en estos casos, el posible daño o perjuicio que originara el patrono procedería de la prestación de un servicio ajeno a las atribuciones inherentes al cargo que desempeña, no resultando, por tanto, extensible la responsabilidad a los restantes miembros del Patronato.

situaciones de esta naturaleza que pudieran surgir durante el desempeño de su cargo⁵⁸³.

La tipificación normativa en el artículo 17.2 *in fine* de la LF de diversos mecanismos de exoneración responde a la idea de compatibilizar las consecuencias de la responsabilidad solidaria, derivada de la naturaleza colegiada del órgano, con el principio de responsabilidad individual, derivado de la responsabilidad por culpa, tratando así de permitir que aquellos patronos que no hayan incurrido en la producción del daño o perjuicio a la Fundación queden exentos de la responsabilidad surgida, pues, de no admitirse esta posibilidad, la calificación de la actuación del Patronato condicionaría de forma inapelable la situación de cada uno de sus miembros. En cualquier caso, más allá de su noble intención, los supuestos de exoneración de la responsabilidad reportan nuevos problemas interpretativos en la relación existente entre diligencia exigible, responsabilidad y patrono. Así, por ejemplo, la LF no especifica si, irrogado un daño a la Fundación, incurren en responsabilidad tanto el patrono que ha actuado con diligencia como el negligente que, sin embargo, cumple formalmente con las causas de exoneración. Ante estas interrogantes, la doctrina parece haberse decantado por la exoneración del patrono en el primer caso, y la exigencia de responsabilidad en el segundo, aunque invirtiendo la carga de la prueba. De tal forma, en el primero de ellos, será el propio patrono quien habrá de demostrar que el daño ocasionado no pudo ser evitado a pesar del diligente desempeño de sus atribuciones, mientras que, en el segundo, corresponderá acreditar la negligencia a quien exija la responsabilidad del patrono, ya que la posición de este, que formalmente ha cumplido con su deber, presume su ausencia de culpa⁵⁸⁴.

⁵⁸³En relación con este asunto, y en lo que respecta a la Comunidad Autónoma de Andalucía, cabe destacar la novedad que ha supuesto la Disposición Adicional Undécima de la Ley 10/2016, de 27 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 248, de 29 de diciembre), la cual va a fijar la asunción por parte de la Administración andaluza de la responsabilidad en la que puedan incurrir los componentes de, entre otros órganos y entidades, los Patronatos de las Fundaciones del Sector Público Andaluz. En concreto, dicha Disposición, que tiene vigencia indefinida al amparo de lo previsto en la Disposición Final Decimoctava del citado cuerpo legal determina lo siguiente:

“La responsabilidad que corresponda a las autoridades y personal al servicio de la Junta de Andalucía, designados como miembros del consejo de administración, patronato o máximo órgano de gobierno de entidades públicas, privadas y consorcios, u órgano liquidador, será directamente asumida por la Administración de la Junta de Andalucía.

La Administración de la Junta de Andalucía exigirá de oficio a la persona designada a esos efectos, la responsabilidad en que hubiera incurrido por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves, conforme a lo previsto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público o en las normas que la complementen o sustituyan”.

⁵⁸⁴SERRANO GARCÍA, I., “El Patronato”, *Tratado de Fundaciones*, Vol. I, op. cit., pág. 578.

La LF determina que quedarán 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 para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel*”. Respecto al primero de los supuestos, cabe reseñar que sólo acaecerá cuando el patrono haya manifestado su oposición con el voto discrepante, siendo insuficiente la simple abstención. Además, como en todo órgano cuyos acuerdos quedan reflejados en acta, deberá pedirse, a efectos de prueba, que conste expresamente en aquella la discrepancia, todo ello sin perjuicio de poder emplear otros medios válidos en Derecho que permitan acreditar fehacientemente el voto disidente del patrono que pretende la exoneración de responsabilidad. Por otro lado, en el segundo caso no procede la emisión de un voto discrepante porque lo que se trata de probar es que el patrono no ha intervenido en la adopción del acuerdo y desconocía su existencia o, aun conociéndola, ha hecho todo lo posible para evitar el daño o, al menos se ha opuesto expresamente a aquel. Ciertamente, esta última situación resulta la más complicada de imaginar, pues parte del hecho de que el patrono, aunque no ha intervenido en la adopción del acuerdo, lo conocía y simplemente ha manifestado su opinión en contrario. A tal efecto, estimamos que bien podría subsumirse en ella al patrono ausente quien, tras tener conocimiento de los acuerdos adoptados durante su incomparecencia, manifiesta expresamente su oposición.

En cualquier caso, llegado este momento, consideramos importante recalcar que, en nuestra opinión, no basta la simple ausencia del patrono como motivo de exoneración cuando aquella obedece a una actitud negligente, ni menos aún cuando el patrono era pleno conocedor del acuerdo que podía adoptarse y, con su incomparecencia, tan sólo pretendía evitar su responsabilidad. En todo caso, la inasistencia a una reunión del Patronato o la falta de intervención en adoptar un acuerdo ha de obedecer siempre a una causa justificada, pues es deber de todo patrono asistir a las reuniones. La aceptación del cargo genera para el patrono las obligaciones propias del “representante leal”⁵⁸⁵, y, entre las mismas, se hallan los deberes de asistencia a las sesiones y participación en la adopción de acuerdos, los cuales no pueden ser obviados

⁵⁸⁵Recordar que el artículo 17.1 de la LF exige a los patronos desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal.

ante un supuesto generador de responsabilidad, siendo obligación del patrono intervenir en la formación de la voluntad del órgano u oponerse al acuerdo. Así pues, una postura abstencionista cuyo único objeto es dificultar la marcha y el funcionamiento de la Fundación, también dará lugar a responsabilidad cuando origine a esta última un daño o perjuicio, pues, tal como ha señalado RIVERO, el absentismo o abstencionismo dolosos constituyen, por sí mismos, una forma de incumplimiento del cargo de patrono y, por tanto, pueden dar lugar a la correspondiente exigencia de responsabilidad⁵⁸⁶.

Otras cuestiones que revisten especial interés para el objeto de nuestro estudio es la presunta responsabilidad en la que pueden incurrir los patronos como consecuencia de las actuaciones llevadas a cabo por personal empleado de la Fundación, así como el ámbito de responsabilidad en el caso de las fundaciones en proceso de formación.

Respecto al primer caso, estimamos que resultaría de aplicación el régimen previsto en el CC para regular la relación existente entre mandante y mandatario⁵⁸⁷, de tal forma que el primero deberá hacer frente a las obligaciones que el segundo haya contraído en cumplimiento del mandato, así como indemnizarle por los daños y perjuicios sufridos siempre que este último haya obrado siguiendo las instrucciones y directrices otorgadas por el mandante, pues, en caso contrario, si bien los patronos responderían de los actos cometidos por el mandatario, estarían legitimados para, acto seguido, repercutir contra el mandatario que ha actuado unilateralmente en nombre de la Fundación, quien deberá asumir las consecuencias de su indebido comportamiento. En este sentido se manifestado la jurisprudencia, pudiendo destacar, a tal efecto, la STSJ de Cataluña, Cont-Adm, de 28 de mayo de 2002, que determina la responsabilidad de una Fundación por los daños y perjuicios ocasionados por el empleado de la misma que actúa siguiendo instrucciones de su órgano de gobierno⁵⁸⁸, y la STSJ de Navarra, Social,

⁵⁸⁶RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad de los patronos de una fundación frente a terceros”..., op. cit., pág. 525.

⁵⁸⁷ La relación entre mandante y mandatario se regula en los artículos 1727 y siguientes del CC. En concreto, el citado artículo señala que: “*El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato. En lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente*”

⁵⁸⁸ Tal como recoge el Fundamento de Derecho Tercero, párrafo segundo, de la citada Sentencia: “*Está claro que la conducta arriba descrita (...) no evidencia, por sí sola, la existencia de culpabilidad merecedora de reproche pues se limitó a actuar como mero órgano del Hospital comunicando a los interesados la voluntad de la Junta del Patronato en cuanto podían estar implicados en unos hechos que afectaban tanto a la salud de la paciente como a sus derechos, hechos que por otra parte podían dar lugar a una acción de responsabilidad civil principal o subsidiaria para el empleador*”.

de 13 de diciembre de 2016, la cual, por el contrario, establece que el empleado de una Fundación que ha actuado discrecionalmente deberá asumir las decisiones que el Patronato adopte en respuesta a su inadecuado comportamiento⁵⁸⁹.

En relación al segundo supuesto, y tal como ha puesto de manifiesto DEL REAL PÉREZ, cabe reseñar que la relación de los patronos con las fundaciones en proceso de formación no se regirán por las reglas determinadas en el CC para el contrato de mandato, si no por el contenido del artículo 13.1 de la LF, el cual, recordemos, restringe la actividad del Patronato de las fundaciones en proceso de formación a los actos necesarios para la inscripción, a aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio, y a los que no admitan demora sin perjuicio para la Fundación, los cuales se entenderán automáticamente asumidos por esta cuando obtenga personalidad jurídica. Por tanto, mientras que los patronos de una entidad fundacional debidamente constituida están habilitados para actuar con libertad en el marco de los Estatutos y la normativa vigente, los de una en proceso de formación han de circunscribir su actividad al ámbito del aludido artículo 13.1, de modo que, si realizaran alguna actuación fuera del marco señalado, aun obrando con diligencia, que ocasionara un perjuicio a la Fundación, incurrirían en un presunto supuesto de exigencia de responsabilidad⁵⁹⁰. Asimismo, de conformidad con el apartado segundo del precepto comentado, según ya hemos expuesto en reiteradas ocasiones en este mismo trabajo, los patronos de una Fundación en proceso de formación también responderán solidariamente por los perjuicios causados a la Fundación si, transcurridos seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la entidad, no han procedido a su inscripción en el Registro correspondiente.

⁵⁸⁹ De conformidad con el Fundamento de Derecho, párrafos decimoquinto y decimosexto, “*Por último es importante resaltar que esa forma de actuación del Club y la Fundación, en la que el demandante tuvo una importante participación, ha trascendido a la opinión pública y ha supuesto un grave desprestigio para ambas entidades. Y si bien es cierto que no nos consta que el Sr. Eulalio (empleado de la fundación) fuera el artífice de la operación, y sin perjuicio de las responsabilidades penales en que pudiera haber incurrido, lo cierto es que su actuación en el ámbito laboral merece un fuerte reproche y la sanción de despido impuesta aunque sólo sea por haber ocultado al máximo órgano de la Fundación que dirigía la actuación llevada a cabo. El demandante (empleado de la fundación) tenía un puesto de responsabilidad y se extralimitó o más bien se desvió de sus funciones incurriendo en deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas, que constituye causa de despido (...)*”

⁵⁹⁰ DEL REAL PÉREZ, A., “Fundaciones en Proceso de Formación”, *Constitución y Extinción de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 227.

Finalmente, el apartado tercero del artículo 17 de la LF regula el ejercicio de la acción de responsabilidad. Se trata de una norma procesal y, por tanto, de conformidad con la ya citada Disposición Final Primera del citado cuerpo legal, será, al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.6ª de la CE, de aplicación general en todo el Estado. Según dicho precepto, están legitimados para ejercer la acción de responsabilidad ante la autoridad judicial, en nombre de la Fundación, el propio Patronato, previo acuerdo motivado del mismo en el que no participarán el patrono o patronos afectados, el Protectorado y los patronos disidentes o ausentes, así como el propio fundador cuando no fuere patrono. Especialmente problemática resulta la legitimación del Patronato para la interposición de la acción en lo que respecta a la exclusión del patrono afectado, pues, ¿quién determina tal extremo y, lo que no es menos importante, bajo qué criterios? El Patronato no es un órgano judicial y, por tanto, es posible que su apreciación sea posteriormente corregida en sede judicial. Ante esta perspectiva, algunos autores, como Rebollo, han sugerido que la legitimación no debería recaer en el Patronato, sino en los patronos individualmente considerados que se hubiesen opuesto al acuerdo generador de la responsabilidad o que no hubiesen participado en su adopción⁵⁹¹. Personalmente, refutamos esta argumentación, pues, siendo el Patronato el órgano de gobierno y representación de la Fundación, parece lógico que sea este el que pueda ejercer la correspondiente acción para reclamar los daños y perjuicios sufridos por la entidad, debiendo abstenerse el patrono o patronos afectados en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.2, letra c), del RFE⁵⁹².

En la anterior enumeración de sujetos legitimados para el ejercicio de la acción de responsabilidad, destaca la omisión de cualquier referencia a los beneficiarios de la Fundación, es decir, los destinatarios de las atribuciones o actividades fundacionales, los cuales, a tenor de la literalidad del precepto, carecen de legitimación activa. No obstante, a pesar de tan notable ausencia, consideramos que parece claro que el beneficiario a quien se le concede una prestación periódica, si se produce una

⁵⁹¹REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, A., *La nueva Ley de Fundaciones*, ..., op. cit., pág. 42.

⁵⁹²Según el citado precepto, el patrono se abstendrá de ejercer el derecho de voto cuando se trate de adoptar un acuerdo por el que, entre otros supuestos, “*se entable la acción de responsabilidad contra él*”.

En esta misma línea se pronuncia el artículo 228, letra c), del TRLSC (BOE núm. 161, de 3 de julio), que incluye en el deber de lealtad de los administradores sociales la obligación de “*Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto (...)*”.

interrupción en la misma, goza de legitimación para reclamar su efectividad a la entidad fundacional, pudiendo, en nuestra opinión, dirigirse incluso al Protectorado para que este ejercitase una acción de responsabilidad por incumplimiento de los fines fundacionales. Por el contrario, más dudosa reputamos la posición jurídica de los beneficiarios potenciales quienes, al fundamentar su interés en una mera expectativa de derecho, estimamos que, si bien no pueden ejercer acción alguna ante la Fundación, sí podrán poner en conocimiento del Protectorado cualquier presunta irregularidad que observen en el desarrollo de la actividad fundacional.

En la línea señalada en el párrafo precedente se ha manifestado la jurisprudencia, destacando, a modo de ejemplo, la STS, Cont-Adm, de 24 de noviembre de 2014, que reconoce la legitimación de una persona jurídica que no forma parte del Patronato de una Fundación pero que, sin embargo, gestiona un bien que pertenece a su patrimonio y se halla directamente vinculado al cumplimiento del fin fundacional, para exigir responsabilidad por las decisiones adoptadas en el seno del citado órgano de gobierno que resulten lesivas para los intereses de la propia actora.

1.9) El órgano de gobierno de la Fundación en Derecho comunitario: la Propuesta de Estatuto de la Fundación Europea

Como ya tuvimos la oportunidad de comentar con anterioridad, si bien no existe en el Derecho comunitario una norma vigente de aplicación general para las entidades fundacionales cuyo ámbito de actuación exceda de las fronteras de un Estado miembro, hace unos años, la Comisión presentó una propuesta de Reglamento comunitario que planteaba crear una nueva forma jurídica, la Fundación Europea, la cual perseguía regular la constitución y actividad de las fundaciones que desarrollaban su actividad en más de un Estado miembro. En concreto, se trataba de la Propuesta de Reglamento de la Comisión, por la que se aprobaba el Estatuto de la Fundación Europea, de 8 de febrero de 2012. Tras años de duro trabajo y a pesar de lograr importantes consensos⁵⁹³, la propia Comisión se vio obligada, mediante anuncio hecho público con fecha 16 de diciembre de 2014, a retirar esta propuesta, la cual no logró obtener la unanimidad del

⁵⁹³La Propuesta de Reglamento obtuvo el respaldo tanto del Consejo Económico y Social de la Unión Europea (Dictamen de 18 septiembre de 2012) como del Comité de las Regiones (Dictamen aprobado en la sesión plenaria de 29 y 30 de noviembre de 2012)

Consejo. No obstante, si bien el texto de la misma carece de relevancia normativa, estimamos que bien puede servir como guía para analizar la senda que la Unión Europea tiene marcada en esta materia.

Tal como ocurre con las fundaciones sometidas al Derecho interno de cada Estado miembro, la Fundación Europea presentaba un órgano de gobierno necesario denominado Consejo de Dirección, el cual, no obstante, de conformidad con lo previsto en los Estatutos, podía designar uno o varios directores ejecutivos quienes, a su vez, podían resultar ser miembros del Consejo, o no. La única limitación existente a este respecto radicaba en que ni el Presidente ni la mayoría de los miembros del Consejo podían ostentar simultáneamente dicho cargo⁵⁹⁴. Además, al amparo de lo previsto en el artículo 31 de la Propuesta de Reglamento, los Estatutos podían contemplar la existencia de otros órganos de gobierno.

La composición del Consejo de Dirección es una materia escuetamente regulada en la Propuesta de Reglamento, dejando, en consecuencia, esta cuestión a la libre determinación estatutaria. No obstante, uno de los contenidos mínimos que recoge la Propuesta es el relativo a la determinación del número de miembros del Consejo. A tal respecto, el artículo 27.1 del documento establece que aquel ha de estar compuesto por un número impar de miembros, igual o superior a tres, por lo que se desdeña la posibilidad de un órgano de gobierno unipersonal. Para poder formar parte del Consejo de Dirección, únicamente se exige como requisito tener plena capacidad jurídica y no estar incurso en una causa de inhabilitación⁵⁹⁵. Así pues, no podrán formar parte del citado órgano ni las personas menores de edad, ni las que se hallen incapacitadas, ni las que hayan sido inhabilitadas en cualquier Estado miembro por su respectiva autoridad administrativa o judicial competente.

Al igual que sucede con la composición del Consejo, la propuesta de estatuto de la Fundación Europea sólo recoge algunas normas básicas respecto al funcionamiento de este órgano, las cuales se complementarán con lo establecido en los Estatutos y, en defecto de previsión estatutaria, por lo que determine el Derecho nacional aplicable. En

⁵⁹⁴ Artículo 30.1 de la Propuesta de Reglamento de la Comisión, por la que se aprueba el Estatuto de la Fundación Europea, de 8 de febrero de 2012.

⁵⁹⁵ Artículo 28.1 de la Propuesta de Reglamento.

cualquier caso, al tratarse de un órgano colegiado, las decisiones se adoptarán por mayoría de sus miembros⁵⁹⁶, salvo aquellas cuestiones previstas en la misma propuesta de Reglamento o que puedan prever los propios Estatutos en las que se exija la concurrencia de una mayoría reforzada⁵⁹⁷. En cuanto a la conformación de los acuerdos en el seno del Consejo de Dirección, el artículo 27.2 de la Propuesta de Reglamento determina que cada componente del mismo dispondrá de un solo voto. Si bien la taxatividad del precepto no excluye la posibilidad de acudir a figuras como la delegación del voto o la representación, parece claro que prohíbe cualquier alteración que rompa esta proporcionalidad otorgando más derecho de voto a algunos miembros del Consejo respecto a otros, así como la existencia del voto dirimente en caso de empate.

Una de las principales novedades que reporta el texto de la propuesta de Reglamento por la que se aprueba el estatuto de la Fundación Europea es la enumeración de las obligaciones inherentes a los componentes del Consejo de Dirección y que, esencialmente, pueden resumirse en un deber de diligencia y un deber de lealtad⁵⁹⁸.

En relación con el primero de los deberes anteriormente señalados, los miembros del Consejo de Dirección deben administrar, gestionar y ejecutar adecuadamente las actividades de la Fundación Europea respetando el fin de utilidad pública que persigue, así como garantizar el cumplimiento de sus Estatutos y de la normativa aplicable en el ámbito comunitario y nacional. Como manifestación de este deber de diligencia, el artículo 34 de la Propuesta de Reglamento impone a la Fundación Europea y, por extensión, a sus miembros, obligaciones en materia de transparencia. A tal respecto, se exige, por un lado, un informe anual de actividades que ha de incluir, al menos, la información sobre las actividades desarrolladas, la descripción de la forma en que se ha promovido el cumplimiento de los fines de utilidad pública de la Fundación Europea y, en su caso, una lista de las subvenciones distribuidas. Por otro lado, también se requiere la elaboración, presentación y aprobación por el Consejo de Dirección de unas cuentas

⁵⁹⁶ Artículo 27.3 de la Propuesta de Reglamento por la que se aprueba el Estatuto de la Fundación Europea

⁵⁹⁷ Así, por ejemplo, el propio artículo 20.4 de la Propuesta de Reglamento por la que se aprueba el Estatuto de la Fundación Europea, establece la unanimidad de los miembros del Consejo de Dirección para alcanzar cualquier acuerdo relativo a la modificación de los fines de utilidad pública que figuran en los Estatutos de la Fundación Europea.

⁵⁹⁸ Artículo 29 de la Propuesta de Reglamento por la que se aprueba el Estatuto de la Fundación Europea

anuales que, tal como consagra el apartado cuarto del antedicho artículo 34, serán auditadas según lo dispuesto en cada normativa nacional.

Por lo que respecta al deber de lealtad, los miembros del Consejo de Dirección deberán anteponer en todo momento el interés de la Fundación Europea a cualquier otro de carácter individual o colectivo que pudiera concurrir con él. Para evitar cualquier conflicto de intereses que pudiera suscitarse en el fuero interno de los componentes del Consejo de Dirección, la Propuesta de Reglamento del Estatuto de la Fundación Europea prevé en su artículo 32 tres hipótesis a las que otorga distinta solución. En primer lugar, de una forma confusa, alude al conflicto de interés que se puede producir entre el fundador y un miembro del Consejo de Dirección cuando ambos mantienen relaciones comerciales, familiares o análogas, estableciendo que, en ningún caso, dichos sujetos podrán constituir la mayoría del Consejo. En segundo lugar, el mencionado precepto recoge tajantemente que ningún miembro del Consejo de Dirección podrá también pertenecer simultáneamente al órgano encargado de la supervisión de la entidad. Por último, en tercer y último lugar, señala que la Fundación Europea no concederá “*beneficio alguno, directo o indirecto, a ninguno de los fundadores, de los miembros del consejo de dirección o de supervisión, de los directores ejecutivos o de los auditores, ni a ninguna persona que tenga una relación comercial o de parentesco próximo con aquellos, salvo a efectos del desempeño de sus funciones (...)*”. Si bien este último inciso parece permitir que los miembros del Consejo de Dirección perciban algún tipo de retribución por el desempeño de sus funciones, el tenor literal del mismo no deja claro si dicha salvedad obedece a una eventual retribución o tan sólo al resarcimiento de los gastos ocasionados por el desempeño del cargo⁵⁹⁹.

Como punto y final de este breve análisis de la Propuesta de Reglamento por la que se pretendía aprobar un Estatuto de Fundación Europea, quisiéramos destacar que, si bien cada componente del Consejo de Dirección puede renunciar voluntariamente a su cargo en cualquier momento, se prevén cuatro supuestos en los que deberá ejercer dicha renuncia con carácter obligatorio⁶⁰⁰. Ciertamente, a nuestro parecer, la propuesta de reglamento utiliza una terminología confusa y poco afortunada en este punto, pues,

⁵⁹⁹GARCÍA ÁLVAREZ, B., “Aproximación a la Propuesta de Estatuto de la Fundación Europea”, *Nuevas Orientaciones en la Organización y Estructuración Jurídica...*, op. cit., pág. 305.

⁶⁰⁰Artículo 28.2 de la Propuesta de Reglamento por la que se aprueba el Estatuto de la Fundación Europea

más que como supuestos de renuncia obligatoria, deberían haberse regulado como causas de cese.

En cualquier caso, y entrado ya en el análisis de los antedichos motivos, encontramos, en primer lugar, que un miembro del Consejo de Dirección habrá de abandonar su cargo si no cumple con los requisitos de capacidad debidos, es decir, si se halla incapacitado o inhabilitado para el ejercicio de su cargo. Por otro lado, igualmente habrá que proceder si aquel, aun cumpliendo las antedichas condiciones de capacidad, no reúne los requisitos adicionales de admisión establecidos en la escritura de constitución o en los Estatutos. En tercer lugar, el componente del órgano de gobierno de la Fundación Europea también debería renunciar si fuera declarado culpable de irregularidades financieras por parte de un tribunal de justicia de un Estado miembro, y por último, mediante una fórmula poco acertada por su imprecisión, la Propuesta de Reglamento determina que igual comportamiento habría de protagonizar un componente del Consejo de Dirección cuando, en virtud de sus acciones u omisiones, hubiera quedado suficientemente demostrado que carece de aptitud para cumplir con las obligaciones derivadas de su cargo.

2) EL PROTECTORADO

2.1) Introducción. Concepto

La intervención de los poderes públicos en relación con las fundaciones ha sido una constante histórica y, prácticamente, existe desde la implantación y definición en el ordenamiento jurídico de la institución fundacional aunque, bien es cierto, que esta actividad no siempre se ha desarrollado de la misma forma ni bajo la misma modalidad.

Aunque sólo en un momento relativamente reciente de nuestra historia el ejercicio del Protectorado ha recaído en la autoridad administrativa, ello no implica que este control sea un elemento novedoso en el marco jurídico fundacional. Así, tal como ha puesto de manifiesto PIÑAR MAÑAS, “se ha llegado a afirmar que la historia de las fundaciones es la historia del Protectorado o del control público sobre las fundaciones. El control público ha sido una constante en la evolución misma de las fundaciones desde su propio origen. Lo que ha ido cambiando con el paso del tiempo es su contenido y alcance”⁶⁰¹.

En este contexto, DE LORENZO distingue cinco etapas en la configuración jurídica del Protectorado⁶⁰²: una primera, que coincidiría con las primeras manifestaciones de control público en el Derecho romano⁶⁰³; la segunda, que estaría vinculada a la influencia del Derecho canónico⁶⁰⁴; una tercera, que se identificaría con la secularización del control y la grave crisis de las fundaciones⁶⁰⁵; la cuarta, aquella en

⁶⁰¹PIÑAR MAÑAS, J.L. “El Protectorado de Fundaciones: situación actual y propuestas de reformas”, *Manual de Fundaciones*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 81.

⁶⁰²DE LORENZO GARCÍA, R., *El Nuevo Derecho de Fundaciones...* op. cit., pág. 512.

⁶⁰³Así, por ejemplo, el Código de Justiniano va a favorecer el desarrollo de las instituciones de noble causa y mejor fin, encomendando la vigilancia de este tipo de entidades al llamado curador *rei publicae* que tutelaba el cumplimiento de las *mandas fiduciae* realizadas en favor de una ciudad determinada (RUEDA MARFIL, I., “El Protectorado de las Fundaciones”, Boletín PH núm. 16, Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico, Sevilla, 1996, págs. 85 a 88.

<http://www.iaph.es/revistaph/index.php/revistaph/article/view/379/379#.WnjPoK7ibIU>: (Última visita el 25/02/2018)

⁶⁰⁴Como ya apuntamos en otro apartado de este trabajo de investigación, durante la Edad Media, la inmensa mayoría de las entidades benéficas se hallaban bajo el control de la Iglesia Católica

⁶⁰⁵Tal como señala BADENES GASSET (*Las fundaciones de Derecho Privado*, op. cit., pág. 10), será a partir del S.XIV cuando el proceso de secularización de la sociedad y de las instituciones permita la progresiva intervención de las autoridades civiles (especialmente las municipales) en la administración de las Fundaciones debido, en gran medida, a la conversión de estas instituciones en entidades seculares organizadas en torno a fines profanos, circunstancia que motivó su consideración

la que la normativa de la segunda mitad del siglo XIX configura la vigente institución del Protectorado⁶⁰⁶ y, finalmente, una quinta y última etapa, que equivaldría al actual régimen de intervención pública sobre las fundaciones, acerca del cual abundaremos en el próximo epígrafe.

En cualquier caso, con independencia de la evolución experimentada por el Protectorado, cabe apreciar en todos sus modelos históricos un denominador común que bien puede traducirse como la exigencia de unos requisitos adicionales para el funcionamiento de las fundaciones. No obstante, dichas exigencias nunca han resultado injustificadas, sino que siempre han sido representativas de una actuación interventora o de control que, como ya indicamos con anterioridad en este mismo trabajo de investigación, obedece a la necesidad de velar por la correcta preservación del interés general, constituyendo este el fin último de la entidad fundacional tanto en el correcto ejercicio de su actividad como en la adecuada administración de su patrimonio⁶⁰⁷.

Obviamente, el alcance, contenido y extensión de la antedicha actuación de control ha variado ostensiblemente dependiendo del contexto político, histórico y social. Así, por ejemplo, las últimas reformas legislativas encabezadas por la LF han pretendido reducir la intervención de los poderes públicos en la esfera fundacional, lo cual se ha manifestado, no sólo en una restricción de las funciones del Protectorado, sino también en un distinto ejercicio de las mismas, apostando así por el desarrollo de un modelo cooperativo, no impositivo, con las propias entidades sujetas a la intervención pública⁶⁰⁸.

A la vista de lo expuesto, la constante evolución de la figura del Protectorado ha

por los Estados como auténticos "peligros", pues, a causa de las vinculaciones perpetuas de bienes a un fin que aumentaban considerablemente su número y valor, llegaron a monopolizar a través de conventos, hospicios y colegios, la mayor parte del patrimonio nacional, ostentando en consecuencia una gran cantidad de privilegios de distinta índole, realidad que impulsó la aprobación de sendas leyes desamortizadoras en diversos países europeos durante los siglos XVIII y XIX.

⁶⁰⁶En España, recordar, a modo de ejemplo, la ya referida Ley General de Beneficencia de 20 de Junio de 1849 y su Reglamento de 14 de Mayo de 1852, en los cuales se hace referencia a las funciones del Gobierno en relación con los establecimientos públicos y privados de beneficencia, o fundados con fines benéficos. Asimismo, el Decreto e Instrucción de 27 de Abril de 1875 recogen ya la figura del Protectorado del Gobierno sobre dichos establecimientos

⁶⁰⁷Así, a modo de ejemplo, la STS, Civil, de 12 de diciembre de 1963, ya tildó la función del Protectorado como reflejo de la labor interventora y fiscalizadora de la Administración General del Estado.

⁶⁰⁸BENGOECHEA BARTOLOMÉ, A., Y LÓPEZ GARCÍA, J.M., "El Protectorado", *Tratado de Fundaciones*, Vol. I, Bosch, Barcelona, 2007, págs. 764-765.

obstaculizado la elaboración de un concepto permanente y uniforme del mismo, tanto en el plano doctrinal como en el normativo o el jurisprudencial. Ante este difícil reto, VALERO AGÚNDEZ estima que la institución del Protectorado engloba tres acepciones formalmente distintas aunque estrechamente ligadas entre sí. En primer lugar, significa un conjunto de facultades del Estado sobre las fundaciones particulares cuya característica común es la finalidad de tutela y control sobre las mismas. En segundo lugar, comprende una serie de actividades a través de las cuales se ejercitan esas facultades y, finalmente, en tercer lugar, implica una peculiar relación de poder del Estado sobre dichas fundaciones –y de correspondiente sumisión de estas respecto de aquel– derivada de la existencia y ejercicio de las mencionadas facultades⁶⁰⁹. Por otro lado, y sin perjuicio de lo expuesto, el profesor PIÑAR MAÑAS va a añadir un cuarto significado: el que hace referencia al propio órgano que realiza la función⁶¹⁰.

Así pues, partiendo de estas premisas, el citado VALERO AGÚNDEZ se atreve a definir la institución del Protectorado como el conjunto de actividades realizadas por el Estado sobre las fundaciones particulares en virtud de las facultades que le atribuye la ley y por medio de los organismos concretamente competentes para ello, en orden a conseguir que en ellas se cumpla efectivamente la voluntad del fundador, se conserve el patrimonio fundacional y efectivamente se apliquen sus rendimientos al fin establecido por aquel, se asegure una administración de la Fundación en la que se satisfagan adecuadamente los intereses de los destinatarios de los beneficios de la misma y se logre una cooperación eficaz de la iniciativa privada concreta de que se trate en cada caso, resultando de todo ello una peculiar relación de sumisión de las fundaciones, respecto de las cuales se otorgan al Estado aquellas facultades de supervisión y control⁶¹¹.

Por otro lado, desde la perspectiva del Derecho positivo, una primera aproximación a la normativa vigente permite comprobar que tampoco existe una definición propia de lo que deba entenderse por Protectorado. En efecto, tanto la LF como el RLF, regulan quién y cómo debe ejercer esta función respecto a las fundaciones que se encuentran bajo la supervisión de la Administración General del Estado, pero

⁶⁰⁹VALERO AGÚNDEZ, U. *La fundación como forma de empresa...*, op. cit., pág. 55.

⁶¹⁰PIÑAR MAÑAS, J.L., "Relaciones de las Fundaciones con los Protectorados", en *Presente y futuro de las Fundaciones*, Civitas-Fundación ONCE, Madrid, 1990, págs. 85.

⁶¹¹VALERO AGÚNDEZ, U. *La fundación como forma de empresa...*, op. cit., pág. 59.

ninguno de estos cuerpos normativos comprende un concepto sobre el Protectorado⁶¹². El Derecho autonómico tampoco se aparta de la senda marcada por el legislador estatal a este respecto y así, a modo de ejemplo, en el ámbito andaluz, la LFA, prácticamente reproduce, salvo ciertos matices, lo expuesto en la normativa estatal⁶¹³.

Como ya hemos señalado, el concepto de Protectorado ha sido, como su evolución, variable, comprendiendo, al menos, tres significados que, si bien diferentes, puede considerarse que son expresiones o manifestaciones del mismo elemento común que ha permanecido inalterable y que constituye la esencia de esta institución: la intervención pública en la actividad de las fundaciones. Como primer significado, cabe afirmar que el Protectorado es la materialización de una potestad constituida por el conjunto de facultades que las Administraciones Públicas ostentan sobre las fundaciones, ejerciendo sobre las mismas una función de tutela o control. Desde otra perspectiva, el Protectorado podría conceptualizarse como el órgano o unidad administrativa a quien, de conformidad con la normativa vigente, se encomienda el ejercicio de la potestad de tutela sobre las fundaciones y, finalmente, el Protectorado también podría definirse como el instrumento a través del cual se ejercitan las antedichas facultades, permitiendo así a los poderes públicos incidir en la actividad de la entidad fundacional. Personalmente, estimamos que esta última acepción es la aparentemente elegida por la LF, la cual define el Protectorado como una auténtica acción administrativa, al señalar que el mismo “*velará por el correcto ejercicio del derecho de Fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones*”⁶¹⁴.

Con independencia del concepto empleado, lo cierto es que la concurrencia del Protectorado se torna como fundamental para toda Fundación, pues prácticamente condiciona todos los aspectos del funcionamiento de aquella, siendo permanente y constante a lo largo de toda su trayectoria histórica. No obstante, dadas las amplias e intensas funciones que le son atribuidas, una institución de esta naturaleza y características requiere, tanto un fundamento que la justifique, como una delimitación normativa de los parámetros adecuados para el correcto ejercicio de su actividad.

⁶¹²Ver Capítulo VII, artículos 34 y 35, de la LF y Capítulo VIII, artículos 40 a 48, del RLF.

⁶¹³Ver Capítulo VII de la LFA, artículos 44 a 48.

⁶¹⁴Artículo 34, apartado primero, de la LF.

2.2) La intervención pública: justificación, finalidad y alcance

Tal como ya expusimos en otro epígrafe de este mismo trabajo, la CE regula las fundaciones en su artículo 34, según el cual, “*se reconoce el derecho de Fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley*”. Del tenor literal de dicho precepto, se deduce que la entidad fundacional emana del ejercicio de un derecho con el que se persigue cumplir una finalidad de interés general, todo ello de conformidad con lo previsto en la ley.

Partiendo del supuesto de que todo ejercicio de un derecho implica una manifestación de libertad, pues, en caso contrario, sería un deber, la primera cuestión que debe abordarse es si el Protectorado que las Administraciones Públicas protagonizan sobre las fundaciones es, o no, compatible con dicha libertad. Personalmente, estimamos que tal intervención es admisible, siempre y cuando haya una razón objetiva que la justifique, y, en este contexto, tal razón concurre, siendo, además, inherente a la propia institución fundacional. La existencia del Protectorado está justificada tanto por razones subjetivas, pues actúa como garante del efectivo cumplimiento de la voluntad del fundador por parte del Patronato, como por razones objetivas, pues vela porque la actividad fundacional tienda hacia el interés general. En este sentido se ha manifestado el propio Tribunal Supremo, entre otras, en su STS, Civil, de 10 de julio de 1985, según la cual, “*(...) por la defensa de ese interés tiene la Administración del Estado la pertinente y oportuna participación en la gestión, vigilancia y cumplimiento de los fines fundacionales, comenzando por la clasificación administrativa de la Fundación (...) y ejerciendo el Protectorado de las mismas (...)*”.

Desde una perspectiva subjetiva, la figura del Protectorado se fundamenta en la autonomía que caracteriza a las fundaciones, pues estas, desde el momento de su creación, se independizan de su fundador o fundadores, siendo, por tanto, conveniente una intervención que vele que la entidad fundacional, en el ejercicio de su actividad, cumpla con la voluntad de la persona o personas que la instituyeron. En este sentido, como ya es sabido, la Fundación es un patrimonio cuya gestión queda vinculada al cumplimiento de un fin de interés general determinado por la persona o personas

fundador/es⁶¹⁵. Ahora bien, efectuada dicha aportación, el fundador queda desvinculado de la entidad jurídica que ha creado⁶¹⁶, siendo así recomendable una intervención pública que garantice el cumplimiento de la voluntad de aquel durante toda la vida de la Fundación. Esta intervención, que se vehiculizará mediante un órgano administrativo como el Protectorado, presenta como principales objetivos la preservación del patrimonio fundacional y la aplicación de los rendimientos que se obtengan del mismo a la consecución de los fines fundacionales.

Por otro lado, tampoco es factible encomendar a los destinatarios o beneficiarios de la entidad fundacional la tutela de la misma, pues, el hecho de que generalmente éstos sean indeterminados o desconocidos, impide que puedan intervenir directamente y por ellos mismos para hacer cumplir la voluntad del fundador. Además, a diferencia de lo que sucede con otras formas jurídicas, como asociaciones o sociedades, en las que los socios, que son quienes tienen mayor interés en el buen funcionamiento de la entidad, pueden controlar la actuación de sus órganos de gobierno, los beneficiarios de la Fundación, que son igualmente los más interesados en su buen funcionamiento, carecen, con carácter general, de tal posibilidad respecto al Patronato⁶¹⁷ cuyos componentes pueden incluso no compartir este sentimiento. De este modo, la definición de un control sobre la Fundación se torna más que aconsejable, correspondiendo tal atribución al Protectorado como institución autónoma, independiente y objetiva⁶¹⁸.

Sin perjuicio de lo expuesto y, entrando ya en consideraciones de tipo objetivo, la intervención del Protectorado ha sido también calificada como necesaria a la vista del interés general inherente a toda entidad fundacional, requisito que, como ya hemos

⁶¹⁵Recordar la ya comentada STC de 22 de marzo de 1988, cuyo Fundamento Jurídico 5º define la fundación como “*persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general*”.

⁶¹⁶Aunque con carácter excepcional, no siempre queda el fundador o fundadores totalmente desvinculados de la entidad han creado. A tal respecto, procede traer a colación el artículo 16.4 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego, el cual permite al fundador o fundadores que sean personas físicas reservarse con carácter vitalicio el ejercicio de todas las competencias asignadas al órgano de gobierno de la fundación aunque, en este caso, deberá, siempre ejercer sus funciones dando cuenta previa e inmediatamente al Patronato.

⁶¹⁷Citando a VALERO AGÚNDEZ (*La fundación como forma de empresa, op.cit.*), “conviene recordar que la posición jurídica de los destinatarios de los beneficios fundacionales frente a la fundación debe determinarse en virtud de un examen adecuado del negocio jurídico fundacional. Regularmente, los destinatarios, antes de que se les asignen en concreto los beneficios fundacionales, no tienen un derecho estricto a éstos, sino más bien un interés en conseguirlos. Pero cuando en el acto fundacional llegan a estar expresamente determinados los destinatarios, éstos tienen un verdadero derecho al beneficio fundacional”.

⁶¹⁸BENGOECHEA BARTOLOMÉ, A., Y LÓPEZ GARCÍA, J.M., “El Protectorado”..., op. cit., págs. 764 a 768.

indicado, queda plasmado en el artículo 34 de nuestra Carta Magna y, en virtud del cual, la entidad fundacional es, entre otras cuestiones, beneficiaria de exenciones fiscales que aconsejan la adopción de medidas de control⁶¹⁹. Así pues, tratándose de la preservación de intereses generales, parece obvio que dicha labor sea encomendada por el ordenamiento jurídico a la Administración Pública⁶²⁰, la cual intervendrá, a través del Protectorado, para verificar tanto esta exigencia como la adecuación de la actividad fundacional al Derecho, atribuciones ambas que hoy contempla la vigente LF en el apartado primero de su, también, artículo 34⁶²¹.

Si bien puede afirmarse que una actividad de control de esta naturaleza plantea pocas dudas sobre su compatibilidad y pertinencia en el ordenamiento constitucional, este, según se puede deducir del propio tenor literal del artículo 34 de la CE, no impone que se ejerza a través de una figura como el Protectorado. Sin embargo, tal como indica PIÑAR MAÑAS, lo cierto y verdad es que, “en el núcleo esencial del derecho de Fundación constitucionalmente garantizado, cabe identificar la acción pública del Protectorado como un elemento no extraño al sistema”⁶²². Precisamente, este es el criterio generalmente asumido por el Tribunal Constitucional y por los órganos jurisdiccionales en la actualidad, quienes claramente han señalado la procedencia y oportunidad de un Protectorado ejercido por una Administración Pública.

En este sentido, la STC de 7 de febrero de 1984, indicaba que “*la existencia del Protectorado pone de manifiesto la interacción Estado-sociedad, y las funciones que se*

⁶¹⁹ Cabe mencionar que, debido a la realidad social que vivimos, existe en la actualidad una creciente preocupación respecto a las entidades sin fines de lucro, como las fundaciones, cuyo singular régimen jurídico, especialmente en la parcela fiscal y tributaria, las convierten en instrumento idóneo para financiar el terrorismo internacional. Así, por ejemplo, en los Países Bajos fueron detectadas distintas fundaciones que destinaban fondos a la organización Al-Qaeda. Para evitar este tipo de situaciones, la Unión Europea ha impulsado diversas actuaciones, destacando la Directiva 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) no 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (DOUE L 141/75, de 5 de junio de 2015)

⁶²⁰ Tanto el artículo 103 de la Constitución española como el artículo 3.1 de la LRJSP, consagran que “*Las Administraciones Públicas sirven con objetividad a los intereses generales (...)*”. Dicho mandato se recoge con igual taxatividad en la normativa autonómica y, en este sentido, así figura en el artículo 3, párrafo primero, de la LAJA.

⁶²¹ Según el apartado primero del artículo 34 de la LF, “El Protectorado velará por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones”.

⁶²² PIÑAR MAÑAS, J.L. “El Protectorado de Fundaciones: situación actual y propuestas de reformas”, op. cit., pág. 90.

atribuyen al primero para que se obtenga el interés público presente en toda Fundación”. Asimismo, la ya reiterada STC de 22 de marzo de 1988, igualmente admitió la existencia del Protectorado al indicar en su Fundamento Jurídico Quinto que:

“(…) La Fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera. 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 (...)”.

Análogo razonamiento ha sido empleado, más recientemente, por el propio Tribunal Constitucional, en su STC de 21 de diciembre de 2005, recaída al examinar diferente preceptos de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid⁶²³, y por el Tribunal Supremo, en sus SSTs, Cont-Adm, de 17 de abril de 1979⁶²⁴, 31 de mayo de 1985⁶²⁵, 20 de diciembre de 1985⁶²⁶ y, más recientemente en su

⁶²³En concreto, los párrafos tercero y cuarto del Fundamento Jurídico Cuarto, de la STC de 21 de diciembre de 2005 dicen así: “Esta caracterización, en la que resulta esencial el interés público o social que ha de estar presente en todo ente fundacional, se manifiesta reiteradamente en los pronunciamientos de este Tribunal, bien sea para considerar insuficiente la calificación de las cajas de ahorro como fundaciones, bien para explicar por qué no resultaba irrazonable ni desproporcionado el requisito, establecido en la Instrucción de 14 de marzo de 1899, de que las fundaciones obtuvieran autorización del Protectorado para el ejercicio de acciones judiciales, bien, en fin, para entender que no se advierte conculcación alguna del derecho a la igualdad en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, cuando reconoce este derecho únicamente a las personas jurídicas de «interés general», que «cuando se trata de entidades de tipo fundacional (universitas bonorum) relaciona con las fundaciones que hayan sido inscritas en el Registro administrativo correspondiente».

Del rasgo básico que supone el que las fundaciones tengan un fin de interés general se deriva la exigencia de la intervención administrativa. Como dijimos en nuestra STC 164/1990, de 29 de octubre, las competencias de los poderes públicos en la materia encuentran su razón de ser evidente «en la necesidad de proveer a la Administración de los instrumentos necesarios para asegurar que las fundaciones no se desvíen de los fines de interés público que según el Código civil (art. 35.1) les son propios»; función que, aún en el mismo orden de consideraciones, habría que completar con la más genérica de evitar la existencia de fundaciones ilegales por sus fines o por los medios que utilicen (art. 34.2 CE, en relación con el art. 22.2 CE)”.

⁶²⁴La STS, Cont-Adm, de 17 abril 1979 señala en su considerando Tercero: “Que la intromisión de la Administración Pública en la actividad de estas fundaciones privadas, calificada de “protectorado” y, que viene a ser una suerte de acción de “policía”, puesto que la de “tutela” suele reservarse a la ejercitada de forma interorgánica y jerárquica, o con relación a entes de la descentralización funcional o administración indirecta, o respecto a los de la Administración Local; la actuación de protectorado, repetimos, tiene su justificación en el hecho de que a través de estas fundaciones, un bien patrimonial, o bienes, son apartados de su dedicación a satisfacer necesidades o conveniencias

STS, Cont-Adm, de 4 de julio de 2005⁶²⁷.

En definitiva, en nuestro sistema, la intervención administrativa en la vida de las fundaciones a través del Protectorado es legítima por las razones previamente expuestas, las cuales justifican, incluso bajo la perspectiva constitucional, que desde la Administración se impulse y coordine una tutela institucional de las fundaciones que pretende velar tanto por el respeto al cumplimiento de la voluntad de la persona o personas fundadoras, como por la satisfacción del interés general, todo ello bajo la estricta observancia del ordenamiento jurídico vigente.

No obstante, conviene detallar que, al margen de esta admisibilidad, lo cierto es que la Carta Magna no impone esta función tutelar, la cual sólo aparece parcialmente recogida en el apartado segundo del precitado artículo 34 de la LF, que sólo la contempla respecto a las fundaciones de competencia estatal, sin recoger mención

particulares y egoístas, adscribiéndoles a un fin de carácter social y al bien común, lo que les sitúa en un ámbito semejante al reservado a ciertos bienes públicos, o semejante a fines públicos a cargo de la Administración; circunstancia que explica que los poderes de intervención estatales sobre los establecimientos privados de beneficencia, o benéfico docentes, sean casi tan rigurosos como los que constituyen la natural tutela que sirve de nexo entre la Administración central del Estado y los establecimientos públicos”.

⁶²⁵Según el Considerando Tercero de esta Sentencia, “(...) la intromisión de la Administración Pública en la actividad de las fundaciones privadas, calificada de «protectorado» y que viene a ser una suerte de acción de «policía» tiene su justificación en el hecho de que a través de estas fundaciones bienes patrimoniales son apartados de su dedicación a satisfacer necesidades o conveniencias particulares y egoístas, adscribiéndoles a un fin del carácter social y al bien común, lo que les sitúa en un ámbito semejante al reservado a ciertos bienes públicos, o semejante a fines públicos a cargo de la Administración; circunstancia que explica que los poderes de intervención estatales sean casi tan rigurosos como los que constituyen la natural tutela que sirve de nexo entre la Administración Central y los establecimientos públicos”.

⁶²⁶De conformidad con su Fundamento de Derecho Cuarto, “(...)el que tenga que contarse con la actuación de protectorado de la Administración, perfectamente encuadrada y definida, dentro de los múltiples cometidos asignados a ella; porque si bien el protectorado tiene por objeto lograr que sea cumplida la voluntad de los fundadores, dado el carácter obligatorio e ineludible con que se ejerce, como ha destacado la doctrina científica, constituye una verdadera limitación, puesto que ninguna fundación particular puede sustraerse a esta intervención administrativa. Intervención que no hay por qué contemplarla como dirigida a desvirtuar o contrariar la voluntad del fundador, sino, por el contrario, a asegurar la misma y sobre todo, el cumplimiento de los fines por ella perseguidos (...)”.

⁶²⁷La STS, Cont-Adm, de 4 de julio de 2005 señala en su Fundamento de Derecho Quinto, párrafo tercero, que “(...) las fundaciones son, ante todo, personas jurídicas de Derecho privado, surgidas de la autonomía de los particulares y ajenas a la organización pública. No obstante, la relevancia que la Constitución les asigna cuando reconoce en su artículo 34 el derecho de fundación para fines de interés general y las somete, además de a la regulación legal, a las previsiones de su artículo 22.2 y 4, hace que, precisamente en atención a esos fines de interés general, el legislador haya previsto la intervención del Protectorado, ejercido por la Administración General del Estado respecto de las fundaciones de competencia estatal, en diversos aspectos de las mismas. Protectorado que, nos dice el artículo 32.1 de la Ley 30/1994, tiene por misión facilitar el recto ejercicio del derecho de fundación y asegurar la legalidad de su constitución y funcionamiento. Y a esos objetivos se orientan las facultades que le confieren los artículos 32 y siguientes, así como las que se hallan en otros preceptos de ese texto legal.”

alguna sobre aquellas entidades fundacionales que, en virtud del reparto constitucional de atribuciones, quedan bajo el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas⁶²⁸. Por lo tanto, al menos teóricamente, cabría la posibilidad de que en estos casos no existiera un Protectorado, alternativa por la que, al menos hasta el momento, no han optado ninguna de las Comunidades Autónomas que han legislado sobre esta materia, tal como seguidamente podremos constatar.

Admitida su necesaria e imprescindible concurrencia, corresponde ahora determinar el alcance que corresponde a la intervención de carácter administrativo que el Protectorado debe ejercer sobre las fundaciones. En este sentido, partiendo del artículo 34 de nuestra Carta Magna, que, como ya se ha reiterado, consagra el derecho de Fundación, procede afirmar que el Protectorado, sin perjuicio de su labor de control, vigilancia o policía, debe igualmente realizar tareas de asesoramiento, ayuda y fomento, entre otras. El Protectorado, en suma, y como el propio término indica, comporta una actividad de protección cuya función primordial es proteger y garantizar el ejercicio del antedicho derecho sin injerencias, es decir, en un marco de libertad, respetando tanto la voluntad del fundador como el interés general y, por ende, a los beneficiarios⁶²⁹. En sentido, resulta reveladora la STSJ de Madrid, Cont-Adm, de 26 de enero de 1998, cuyo Fundamento de Derecho Tercero señala que:

“(...) la doctrina y jurisprudencia vienen señalando que esta intervención se ha de ejercitar dentro de unos límites precisos que respeten el marco de libertad y garantía que la Constitución impone afirmándose que no se trata, de «controlar» sin más el ejercicio del derecho de Fundación, sino de «garantizar» su recto ejercicio (...).”

La LF, heredera en esta cuestión de su antecesora⁶³⁰, ya establece en su Exposición de Motivos la reformulación de la actividad del Protectorado para potenciar

⁶²⁸En concreto, el apartado segundo del artículo 34 de la LF reza así: *“Las funciones de Protectorado respecto de las fundaciones de competencia estatal serán ejercidas por la Administración General del Estado a través de un único órgano administrativo, en la forma que reglamentariamente se determine”*.

⁶²⁹PIÑAR MAÑAS, J.L. “El Protectorado de Fundaciones: situación actual y propuestas de reformas”, op. cit., pág. 92.

⁶³⁰La Ley 30/1994 ya recogía en su Exposición de Motivos, apartado quinto, párrafo tercero que *“En la regulación del Protectorado se ha partido de una concepción que le da nuevo contenido al asignarle no sólo funciones de control, sino también de apoyo, impulso y asesoramiento. (...)”*.

las tareas de apoyo y asesoramiento a las fundaciones, en especial a las que se encuentran en proceso de constitución⁶³¹, permitiendo una flexibilización y simplificación de las relaciones entre las fundaciones y sus respectivos Protectorados⁶³². Así pues, en cierta medida, cabría afirmar que el intervencionismo administrativo ha quedado prácticamente limitado a velar por el cumplimiento de la legalidad en el marco jurídico vigente, de ahí que no sea posible hablar ya de una actividad principal de control o policía, sino, más bien, de supervisión y colaboración.

Si bien esta perspectiva de la función del Protectorado ha supuesto un cambio de orientación respecto a concepciones primigenias de esta figura que focalizaban su atención en la actividad de control, ello no implica que deban eliminarse todos los medios de supervisión de la actividad fundacional que garanticen el cumplimiento del fin de interés general al que ha de tender, por su propia naturaleza, la entidad.⁶³³

En definitiva, y tal como argumentan BENGOCHEA y LÓPEZ GARCÍA, la actuación del Protectorado presenta un carácter permanente y pleno. Permanente, porque afecta a las fundaciones desde antes de su nacimiento (por ejemplo, mediante el informe preceptivo previo a la inscripción registral que conlleva la adquisición de personalidad), durante la vida de la institución e, incluso, una vez extinguida esta, puesto que la liquidación de los bienes fundaciones queda también sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos administrativos. Por otra parte, la intervención del Protectorado puede igualmente calificarse como plena porque, aunque este no tiene encomendada una función de control sobre la totalidad de los actos de las fundaciones, tal labor es, sin embargo, muy amplia⁶³⁴.

⁶³¹ Apartado tercero, párrafo duodécimo, de la Exposición de Motivos de la LF.

Asimismo, el artículo 41 del RLF también determina en su epígrafe primero que *“El protectorado se ejerce respetando la autonomía de funcionamiento de las fundaciones y con el objetivo de garantizar el cumplimiento de la legalidad y de los fines establecidos por la voluntad fundacional.”*

⁶³² Así, por ejemplo, el artículo 21.3 *in fine* de la LF prevé que determinados actos de enajenación y gravamen deberán ser comunicados por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de treinta días hábiles siguientes a su realización, en lugar de la autorización previa requerida por el artículo 19 de la Ley 30/1994.

Asimismo, otro muestra de esta flexibilización se encuentra en el apartado octavo del artículo 25 de la LF, el cual permite que las Fundaciones puedan desarrollar actividades económicas siempre que el objeto de las mismas esté relacionado o sea accesorio a los fines fundacionales. En concreto, dicho precepto también ha suavizado los requisitos de información que, respecto al Protectorado, debían observar las Fundaciones ya constituidas en relación a las actividades que pretendieran llevar a cabo durante el ejercicio siguiente.

⁶³³ DE LORENZO GARCÍA, R., *El Nuevo Derecho de Fundaciones*,...op. cit., pág. 321.

⁶³⁴ BENGOCHEA BARTOLOMÉ, A., Y LÓPEZ GARCÍA, J.M., “El Protectorado”..., op. cit., págs. 773 y 774.

En este sentido, y tal como señaló la STS, Cont-Adm, de 20 de diciembre de 2003, se infiere de la normativa vigente que la actuación de Protectorado se encuadra en dos grandes grupos que obedecen a finalidades distintas y actos igualmente diferentes. Por un lado, los llamados “actos exteriores”, en los que el Protectorado controla si la actuación realizada responde a la voluntad del fundador y, más concretamente, si los actos que realice la Fundación en el tráfico jurídico externo persiguen, o no, la consecución del interés general inherente a los fines fundacionales. Por otro, los denominados “actos internos”, en los que la intervención administrativa queda referida al control de legalidad de los mismos⁶³⁵.

2.3) Funciones del Protectorado

2.3.1) Introducción

Debido a la compleja estructura política y jurídica del Estado español, la cual ha sido objeto de análisis en otro apartado de nuestro estudio, no existe en el espectro fundacional patrio un único Protectorado, sino varios, de ahí que no sea posible abordar el estudio de las funciones del Protectorado desde una perspectiva homogénea, pues existe una pluralidad de regímenes aplicables en función de la competencia. *A priori*, esta realidad no tendría por qué ser negativa pero, en nuestra opinión, lo es en la práctica, ya que el ordenamiento jurídico carece de un sistema neutro y eficaz que determine el Derecho aplicable en cada supuesto, circunstancia que genera serias situaciones de indefinición jurídica que pueden ser aprovechadas por las entidades fundacionales para escoger, en cada momento, el régimen aplicable que más convenga puntualmente a sus intereses, dando lugar con este proceder a situaciones

⁶³⁵De conformidad con el Fundamento de Derecho Cuarto, párrafos sexto y séptimo, de la Sentencia “(...)Por un lado, está el control que corresponde al Protectorado desde la premisa de la voluntad del fundador, pero que es expresamente referido al cumplimiento de los fines fundacionales que por dicho fundador hayan sido definidos; lo cual significa que consiste en verificar si los actos exteriores que realice la Fundación como ente o persona jurídica, esto es, los de su tráfico jurídico externo, persiguen o no las metas de interés general que encarnan los fines fundacionales.

Por otro lado, está la intervención atribuida al Protectorado en relación al funcionamiento interno de la Fundación, que está circunscrita únicamente al control de su legalidad y no menciona nada relativo a la vigilancia de si esos actos internos son o no conformes con la voluntad del Fundador. Lo cual no quiere decir, como luego se pondrá de manifiesto, que no exista para los miembros del órgano de gobierno que pudieran resultar afectados la posibilidad de reaccionar frente a esos actos internos”.

verdaderamente discriminatorias, pues no siempre se parte de un plano legislativo igualitario⁶³⁶.

Recordando lo que ya expusimos con anterioridad, la distribución de competencias contemplada en la Disposición Final Primera de la LF distingue tres grandes bloques de atribuciones en función del ámbito subjetivo de aplicación. A saber: preceptos que, debido a su carácter básico, se aplican de forma general a todas las fundaciones (Disposición Final Primera, apartado primero, de la LF), artículos que, aun teniendo carácter básico, no serán de aplicación a las Comunidades Autónomas con Derecho Civil o foral propio (Disposición Final Primera, apartados 2 y 3) y, finalmente, el resto de disposiciones contenidas en la antedicha norma legal, que sólo serán aplicación a las fundaciones de competencia estatal y, como Derecho supletorio, a aquellas Comunidades Autónomas que carezcan de regulación específica o esta resulte insuficiente (Disposición Final Primera, apartado cuarto).

En relación a la materia objeto de estudio en este apartado, habría que incluir dentro del primer bloque descrito en el párrafo precedente la función del Protectorado consistente en velar tanto por el correcto ejercicio del derecho de Fundación como por el cumplimiento de la legalidad en la adquisición de personalidad y funcionamiento de la entidad. Por su parte, en el segundo bloque, cabría subsumir las actuaciones y atribuciones del Protectorado en relación con el proceso de creación de la Fundación, la aceptación de herencias y legados, la modificación de los Estatutos y la intervención temporal. Finalmente, quedarían englobadas en el tercer y último bloque las funciones del Protectorado respecto a su intervención en el funcionamiento y actividades de la Fundación (actividades económicas, contabilidad, auditoría, plan de actuación y autorizaciones administrativas).

2.3.2) Las funciones del Protectorado en las fundaciones de la Administración General del Estado

La LF sólo dedica dos artículos a la regulación del Protectorado. Así, tras definir

⁶³⁶FONT I MAS, M., “Coexistencia de Protectorados en la normativa sobre fundaciones en derecho interterritorial español”, *Nuevas Orientaciones en la Organización y Estructuración Jurídica de las Fundaciones*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pág. 266.

dicha norma legal en su artículo 34.1 cuál debe ser la función primordial del mismo, indicando genéricamente que “*velará por el correcto ejercicio del derecho de Fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones*”, se limita a establecer en el artículo 35 una parte de las funciones que aquel debe desempeñar. Se trata, pues, de una relación no exhaustiva⁶³⁷ que, en la práctica, es completada por otros preceptos del propio texto y, especialmente, por el ya reiterado RLF cuyos artículos 41 y siguientes sí detallan las atribuciones concretas que competen al Protectorado, sistematizándolas en siete apartados en función del ámbito o contexto en el que son ejercidas. En este sentido, la antedicha norma distingue funciones en materia de apoyo, impulso y asesoramiento, atribuciones durante el proceso de creación de la Fundación, aquellas derivadas de su relación con el Patronato, funciones vinculadas con el patrimonio de la Fundación, facultades relativas al cumplimiento de los fines, competencias respecto a la modificación, fusión y extinción de la Fundación, y, por último, atribuciones vinculadas al ejercicio de acciones legalmente previstas. Si bien emplearemos la sistemática utilizada por el citado Reglamento para realizar un breve análisis de las competencias del Protectorado, debemos indicar que la propia clasificación que ofrece la norma no es exacta, pues varias atribuciones serían susceptibles de ser encuadradas en más de un apartado.

1) Las funciones del Protectorado en materia de apoyo, impulso y asesoramiento quedan reguladas en el artículo 35.1, letras c) y d), de la LF y en el artículo 42 del RLF⁶³⁸.

⁶³⁷Este carácter no exhaustivo se deduce tanto del propio artículo 34.2 de la LF, según el cual las funciones del Protectorado serán objeto de determinación vía reglamento, como del artículo 35.1, letra i), que opera como cláusula de cierre, determinando que el Protectorado, además de las atribuciones expresamente relacionadas en el citado artículo, ejercerá “*cuantas otras funciones se establezcan en esta u otras leyes*”.

⁶³⁸Artículo 42. “*Funciones de apoyo, impulso y asesoramiento.*”

Se consideran funciones de apoyo, impulso y asesoramiento del protectorado las siguientes:

a) *Asesorar a las fundaciones en proceso de constitución en relación con la normativa aplicable a dicho proceso, en particular sobre aspectos relacionados con la dotación, los fines de interés general y la elaboración de Estatutos, así como sobre la tramitación administrativa correspondiente.*

El protectorado facilitará a los interesados que lo soliciten un modelo de Estatutos de carácter orientativo.

Asimismo, los interesados podrán someter al protectorado un borrador de Estatutos para su informe previo no vinculante.

b) *Asesorar a las fundaciones ya inscritas en relación con su régimen jurídico, económico-financiero y contable, en particular sobre los siguientes aspectos:*

1.º Normativa vigente que afecta al sector fundacional.

2.º Funcionamiento y actuación del patronato.

3.º Expedientes relativos a disposición y gravamen de bienes, autocontratación, modificación de Estatutos, fusión, extinción y liquidación.

Según el artículo 35.1, letra c), de la LF, corresponde al Protectorado "*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*". Por su parte, la letra d) del mismo precepto también atribuye a este órgano "*Dar a conocer la existencia y actividades de las fundaciones*".

En principio, estas atribuciones son las más representativas de las nuevas funciones de asistencia y colaboración que, en la actualidad, son encomendadas al Protectorado, pudiendo, a su vez, estructurarse en dos grandes grupos o vertientes. A saber: atribuciones de asesoramiento general a las fundaciones y facultades de asistencia en materia de promoción y fomento⁶³⁹

1.a.- El primero de estos dos grandes subgrupos abarca el asesoramiento, tanto de aquellas fundaciones que están en proceso de formación, como de aquellas otras legalmente constituidas e inscritas en el correspondiente Registro público. En general, este asesoramiento es concebido de un modo amplio, comprendiendo todas las cuestiones relacionadas con el régimen económico y jurídico de las fundaciones, así

4.º *Elaboración de las cuentas anuales, obligaciones formales de su presentación y demás aspectos relacionados con la contabilidad.*

5.º *Elaboración y presentación del plan de actuación.*

6.º *Descripción de las actividades en cumplimiento de fines que deben figurar en la memoria. El protectorado podrá facilitar, a solicitud de los interesados, un modelo-resumen para presentar la información de forma cuantificada y homogénea.*

c) *Promover la realización de estudios sobre la viabilidad de las fundaciones, con la conformidad de estas.*

d) *Dar a conocer la existencia y actividades de las fundaciones, sin perjuicio de la función de publicidad registral correspondiente al Registro de fundaciones de competencia estatal.*

El protectorado, mediante publicaciones en papel o por cualquier procedimiento de comunicación informático o telemático, llevará a cabo las siguientes actividades:

1.º *Difundir información general sobre fundaciones que incluya, entre otros datos, los necesarios para la identificación y ubicación de las fundaciones, sus fines estatutarios y las actividades realizadas en su cumplimiento, detallando, cuando sea posible, los usuarios y los recursos empleados.*

2.º *Elaborar y publicar, por sí mismo o en colaboración con los protectorados de las comunidades autónomas, directorios de fundaciones.*

3.º *Ofrecer datos agregados sobre la realidad social y económica de las fundaciones y sobre las actividades que realizan en cumplimiento de sus fines.*

4.º *Proporcionar listados de fundaciones a los interesados que lo soliciten.*

5.º *Proporcionar a los patronatos, con carácter facultativo, formularios que faciliten las relaciones con sus protectorados.*

e) *Promover, en colaboración con las unidades editoras del respectivo departamento, la elaboración de publicaciones sobre los diversos aspectos de la realidad fundacional."*

⁶³⁹BENGOECHEA BARTOLOMÉ, A., Y LÓPEZ GARCÍA, J.M., "El Protectorado"..., op. cit., pág. 779

como aquellas referidas a las actividades realizadas por el ente fundacional en el cumplimiento de sus fines. En este sentido, las funciones concretas que son atribuidas al Protectorado conforman un amplio espectro que abarca, desde el asesoramiento a las fundaciones en formación con motivo de la normativa aplicable al proceso⁶⁴⁰, hasta el asesoramiento en relación con el régimen jurídico, económico, financiero y contable de la Fundación, funciones ambas que, bajo ningún concepto, han de ser contempladas desde una perspectiva genérica e indeterminada, tal como constata la respectiva lectura de los apartados a) y b) del artículo 42 del RLF.

Según la primera letra de antedicho precepto, el Protectorado habrá de informar a la fundaciones en proceso de formación, en particular, “*sobre aspectos relacionados con la dotación, los fines de interés general, la elaboración de Estatutos y la tramitación administrativa correspondiente*”, facilitar a los interesados “*un modelo de Estatutos de carácter orientativo*” e, igualmente, le impone la obligación de emitir un informe previo no vinculante cuando, con anterioridad a la constitución de la Fundación, las personas interesadas sometan a su consideración un borrador de Estatutos.

Por otro lado, tal como contempla el artículo 42, letra b), del RLF, el asesoramiento del Protectorado respecto al régimen jurídico, económico, financiero y contable de la Fundación se circunscribe a los siguientes aspectos: normativa vigente, funcionamiento y actuación del Patronato, disposición y gravamen de bienes, autocontratación⁶⁴¹, modificación de Estatutos, fusión, extinción y liquidación, elaboración y presentación de las cuentas anuales, elaboración y presentación del Plan de Actuación, descripción de las actividades realizadas en cumplimiento de los fines fundacionales que deben figurar en la memoria, etc.

⁶⁴⁰Función que no sólo es contemplada desde una perspectiva genérica e indeterminada, ya que, según el artículo 42, letra a), del RLF, el Protectorado deberá asesorar, “*en particular, sobre aspectos relacionados con la dotación, los fines de interés general y la elaboración de Estatutos, así como sobre la tramitación administrativa correspondiente*”. Asimismo, el Protectorado “*facilitará a los interesados que lo soliciten un modelo de Estatutos de carácter orientativo*”, pudiendo también estos últimos podrán a informe previo no vinculante del primero el proyecto de Estatutos.

⁶⁴¹Según ya tuvimos la oportunidad de exponer, recordar que algunos autores, como FONT BOIX Y LLORENS MARTÍNEZ consideran excesiva esta labor supervisora del Protectorado y, a tal efecto, argumentan que la autorización debería ser otorgada por el propio Patronato o, en todo caso, por un órgano interno de la propia fundación, limitándose la relación con el Protectorado a una simple comunicación de la decisión adoptada al respecto (FONT BOIX, M.J., Y LLORENS MARTÍNEZ, E., *Responsabilidad de los patronos por conflicto de intereses en las fundaciones*, op. cit., págs. 110 y 111).

En definitiva, y a tenor de este tipo de funciones, cabe afirmar que el Protectorado ha asumido el papel de un órgano consultivo e informador que, bajo ningún concepto, deber ser minusvalorado o despreciado, pues su correcto y adecuado ejercicio permite evitar la comisión de muchos errores que, en la mayoría de los casos, podrían acarrear importantes consecuencias.

1.b.- Las funciones asistenciales en materia de promoción y fomento -segundo de los dos subgrupos en los que hemos estructurado las atribuciones del Protectorado relacionadas con el apoyo, impulso y asesoramiento de las fundaciones- tienen por objeto esencial publicitar la existencia y actividades de los entes fundacionales a través, principalmente, de actividades de investigación, difusión y publicidad, tal como se deduce del artículo 42, letras c), d) y e), del RLF. Al igual que hemos expuesto con anterioridad, no cabe reducir la interpretación de estos preceptos a un sentido genérico o indeterminado, ya que la citada norma reglamentaria impone el Protectorado la realización de una serie de actividades concretas y detalladas en este ámbito, tales como la difusión “*de información general sobre fundaciones que incluya, entre otros datos, los necesarios para la identificación y ubicación de las fundaciones, sus fines estatutarios y las actividades realizadas en su cumplimiento, detallando, cuando sea posible, los usuarios y los recursos empleados*”, o la elaboración y publicación, “*por sí mismo o en colaboración con los Protectorados de las comunidades autónomas, de directorios de fundaciones*”, pudiendo llevarse a cabo estas actuaciones mediante publicaciones en papel o por cualquier procedimiento de comunicación informático o telemático.

2) Las atribuciones del Protectorado en relación con el proceso de constitución se hallan escuetamente reconocidas en las letras a) y b) del artículo 35.1 de la LF, siendo objeto de desarrollo mediante el artículo 43 del RLF⁶⁴².

⁶⁴²De conformidad con el artículo 43 del RLF, corresponde al Protectorado:

“a) *Velar por el respeto a la legalidad en la constitución de la fundación.*

b) *Informar, con carácter preceptivo y vinculante para el Registro de fundaciones de competencia estatal, sobre la idoneidad de los fines y sobre la adecuación y suficiencia dotacional de las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución (...)*

c) *Otorgar, previa autorización judicial, escritura pública de constitución de la fundación, mediante la persona que designe el propio protectorado, en el supuesto de fundación constituida por acto mortis causa (...)*

d) *Cesar a los patronos de las fundaciones en proceso de formación que, en el plazo de seis meses desde*

Según el artículo 35.1, letras a) y b), de la LF, compete al Protectorado, respectivamente, “*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 (...)*”, así como “*Asesorar a las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución, en relación con la normativa aplicable a dicho proceso.*”

Si bien las atribuciones del Protectorado con relación al proceso de constitución no son numéricamente muy amplias y pueden resumirse, esencialmente, en prestar asesoramiento a las fundaciones que se hallen en el antedicho trámite, revisten, por el contrario, una gran importancia, pues están encaminadas a facilitar la labor de las personas fundadoras y a prevenir que, durante la fase de constitución, se comentan infracciones o irregularidades. En este sentido, el Protectorado llega a estar facultado, incluso, para poder cesar a aquellos patronos de las fundaciones en proceso de formación que, en el plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura de constitución, no hubieran instado su inscripción en el Registro de fundaciones.

En cualquier caso, la función asesora del Protectorado en la fase de constitución del ente fundacional se configura, no como un mecanismo de control, sino como una prestación gratuita y obligatoria ofrecida por la Administración a los interesados⁶⁴³. En este sentido, ni tan siquiera puede atribuírsele carácter supervisor al informe preceptivo, previo y vinculante que ha de emitir el Protectorado sobre la suficiencia de la dotación y la adecuación de los fines fundacionales a los intereses generales, pues, como ya expusimos con anterioridad, la suficiencia de la dotación está predefinida legalmente de un modo objetivo, presuponiéndose que la misma concurre cuando aquella alcanza la cuantía de 30.000 euros, eliminando, por tanto, cualquier margen de ambigüedad y discrecionalidad por parte del Protectorado que, más que ejercer una función de control, se limita a constatar el cumplimiento de dicho requisito. En aquellos casos en los que la dotación sea inferior a 30.000 euros, sí tiene mayor valor la intervención del Protectorado a los efectos de lo recogido en el art. 12.1, segundo párrafo, de la LF, que

el otorgamiento de la escritura de constitución, no hubieran instado su inscripción en el Registro de fundaciones de competencia estatal, y nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial”.

⁶⁴³MARTÍNEZ NIETO, A., “El Nuevo Derecho de Fundaciones en el Estado de las Autonomías”, *La Ley*, núm. 5, año 2003, págs. 1848.

fue objeto de estudio en su momento.

3) Continuando con el presente análisis, las funciones del Protectorado en relación con Patronato vienen contempladas, por un lado, en los epígrafes g) y h) del artículo 35.1 de la LF, los cuales, tal como ocurre con anterioridad, encuentran su desarrollo reglamentario en el artículo 44 del RLF⁶⁴⁴, y, por otro, en el artículo 42 de la precitada norma legal, que regula la intervención temporal de la Fundación, el cual es desarrollado en los arts. 35 y 44, letra d), del RLF.

Conforme al artículo 35.1, letras g) y h), de la LF, corresponde al Patronato, respectivamente, el ejercicio provisional de *“las funciones del órgano de gobierno de la Fundación si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo”*, así como la designación de *“nuevos patronos de las fundaciones en período de constitución cuando los patronos inicialmente designados no hubieran promovido su inscripción registral (...)”*.

Por su parte, el artículo 42 de la LF, que regula la intervención temporal de la entidad fundacional, señala:

*“1. Si el Protectorado advirtiera una grave irregularidad en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la Fundación o una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada, requerirá del Patronato, una vez oído este, la adopción de las medidas que estime pertinentes para la corrección de aquella”*⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴De conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 del RLF, *“Son funciones del protectorado en relación con el patronato de las fundaciones las siguientes:*

- a) *Autorizar al patronato para asignar una retribución a los patronos por servicios prestados a la fundación distintos de los que implican el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del patronato.*
- b) *Autorizar a los patronos a contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero.*
- c) *Ejercer provisionalmente las funciones de patronato cuando faltasen, por cualquier motivo, todas las personas llamadas a integrarlo.*
- d) *Designar a la persona o personas que integren provisionalmente el patronato en el supuesto previsto en el artículo 18.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.*
- e) *Asumir todas las atribuciones legales y estatutarias del patronato durante el tiempo que determine la resolución judicial de intervención temporal de la fundación”*.

⁶⁴⁵Obsérvese que el Protectorado carece de atribuciones para revocar o dejar sin efecto las decisiones del Patronato. A tal efecto, conviene destacar la STSJ de Madrid, Cont-Adm, de 26 de enero de 1998, la cual, al analizar el artículo 42 de la LF, establece la imposibilidad de suspender un acuerdo del Patronato por parte del Protectorado.

2. Si el requerimiento al que se refiere el apartado anterior no fuese atendido en el plazo que al efecto se señale, el Protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial que acuerde, previa audiencia del Patronato, la intervención temporal de la Fundación. Autorizada judicialmente la intervención de la Fundación, el Protectorado asumirá todas las atribuciones legales y estatutarias del Patronato durante el tiempo que determine el juez. La intervención quedará alzada al expirar el plazo establecido, salvo que se acceda a prorrogarla mediante una nueva resolución judicial.

3. La resolución judicial que acuerde la intervención temporal de la Fundación se inscribirá en el correspondiente Registro de Fundaciones."

3.a.- Dentro del primer grupo de esta categoría de atribuciones, creemos conveniente resaltar la facultad del Protectorado para designar nuevos patronos de las fundaciones en período de formación cuando los inicialmente designados no hubieran promovido su inscripción registral en el plazo de seis meses⁶⁴⁶, así como el ejercicio provisional de las funciones del Patronato cuando, por cualquier motivo, faltasen las personas llamadas a integrarlo, permitiendo así la continuidad del ente fundacional. Considerando que el artículo 18.1 de la LF remite al régimen previsto en los Estatutos para la sustitución de los patronos, el ejercicio de esta última prerrogativa sólo sería posible en dos supuestos: bien porque falten todos los patronos, bien porque los propios Estatutos guardaran silencio al respecto. En ambos casos, y al amparo del artículo 44, letra d), del Reglamento de Fundaciones, el Protectorado podría intervenir designando a la persona o personas que integrarían transitoriamente el Patronato hasta que se acometiera una reforma estatutaria que delimitara el procedimiento para sustituir a los patronos y desbloqueara, de este modo, la situación.

3.b.- Por otro lado, la intervención temporal de la Fundación, contemplada en los artículos 42 de la LF -al que ya hemos aludido con anterioridad- y 35 y 44, letra d), del RLF, supone una nueva manifestación de las prerrogativas que el Protectorado goza sobre el Patronato. Este supuesto, que ya se reguló por primera vez en el artículo 34 de la anterior Ley 30/1994, se caracteriza por su excepcionalidad, ya que el control

⁶⁴⁶Facultad que entronca y complementa la que previamente hemos comentado, relativa al cese de aquellos patronos de las fundaciones que se hallan en proceso de constitución que no hubieran instado su inscripción en el Registro de fundaciones en el plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura de constitución

ordinario que ejerce el Protectorado, el cual es simultáneo, se torna en un control sustitutivo, de ahí que, para que resulte procedente su aplicación, se requiera la concurrencia de unos supuestos tasados, una interpretación restrictiva de su empleo, la audiencia al Patronato y, por último, autorización judicial⁶⁴⁷, requisitos todos ellos contemplados en el precitado artículo 35 del Reglamento de Fundaciones.

Según señala el citado precepto, si el Protectorado advirtiera una grave irregularidad en la gestión económica que pusiera en peligro la subsistencia de la Fundación o una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada, acordará la iniciación del procedimiento de intervención temporal y lo notificará al Patronato para que, en el plazo de 15 días, formule las alegaciones que considere oportunas⁶⁴⁸. A la vista de estas alegaciones, el Protectorado podrá declarar la existencia de la irregularidad o desviación, requiriendo del Patronato la adopción, en un plazo máximo de dos meses, de las medidas que estime pertinentes para la corrección de la irregularidad o la desviación advertida. Si el requerimiento no fuera atendido en el antedicho plazo, el Protectorado podrá solicitar a la autoridad judicial que acuerde, previa audiencia del Patronato, la intervención temporal de la Fundación. Junto a su solicitud, el Protectorado pondrá en conocimiento de la autoridad judicial los hechos que la motivan, las medidas propuestas y plazo estimado para su ejecución, el plazo de la intervención solicitada y la relación de personas que, en representación del Protectorado y en número no inferior a tres, ejercerán las funciones del Patronato. En cualquier caso, transcurrido el plazo de tres meses desde la iniciación del procedimiento sin que el Protectorado hubiera declarado la existencia de la irregularidad o desviación, se producirá su caducidad.

4) Otro criterio empleado en esta clasificación de las funciones del Protectorado pivota en torno a su relación con el patrimonio fundacional. Las atribuciones agrupadas bajo esta premisa, se regulan en el artículo 35.1, letra f), de la LF, el cual es objeto de

⁶⁴⁷BENGOECHEA BARTOLOMÉ, A., Y LÓPEZ GARCÍA, J.M., “El Protectorado”..., op. cit., pág. 812.

⁶⁴⁸En relación al requisito de aplicación restrictiva, obsérvese cómo no basta con una grave irregularidad en la gestión económica, sino que, además, es necesario que dicha gestión ponga en peligro la subsistencia de la fundación, por lo que, si esta no peligrase, no debería ser autorizada la intervención por muy grave que resultara la irregularidad. Igual criterio debería prevalecer para valorar la intervención en el supuesto de desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada, justificando aquélla, no sólo para preservar el interés general inherente a la actividad de toda entidad fundacional, sino para garantizar, además, el cumplimiento de la voluntad del fundador.

desarrollo mediante el artículo 45 del RLF⁶⁴⁹.

Según el antedicho artículo 35, letra f), de la LF, corresponde al Protectorado “*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*”.

La precitada norma legal sujeta a las fundaciones de competencia estatal a un estricto régimen patrimonial, obligando a estas a destinar efectivamente el patrimonio y las rentas generadas al cumplimiento y satisfacción de los fines fundacionales⁶⁵⁰. A fin de garantizar este extremo, los artículos 21 de la LF y 16 del RLF, que van a regular la enajenación y gravamen de los bienes de la Fundación, prevén un régimen de control que va más allá de la simple comunicación del Patronato al Protectorado, implantando para determinados supuestos una autorización previa de este último al objeto de garantizar la correcta adecuación entre la disposición y gestión del patrimonio de la Fundación y el cumplimiento de sus fines⁶⁵¹. Para el resto de los actos de disposición, así como aquellos otros de naturaleza patrimonial cuyo importe, con independencia de su objeto, sea superior al veinte por ciento del activo de la Fundación, se exige la simple comunicación en plazo una vez realizados.

En concreto, el apartado primero del antedicho artículo 21 del RLF exige la autorización previa del Protectorado para la enajenación -tanto onerosa como gratuita- o

⁶⁴⁹De conformidad con el artículo 45 del RLF, “*son funciones del protectorado en relación con el patrimonio de la fundación las siguientes:*

- a) *Autorizar la enajenación o gravamen de los bienes y derechos de la fundación cuando formen parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de sus fines, velando para que no quede injustificadamente mermado el valor económico de la dotación fundacional.*
- b) *Tener conocimiento formal de aquellos negocios jurídicos de la fundación sobre los que el patronato está legalmente obligado a informar al protectorado.*
- c) *Velar en todo momento por la adecuación y suficiencia de la dotación fundacional en orden al efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, sin perjuicio de la responsabilidad que a tal efecto corresponde al patronato*”.

⁶⁵⁰Así viene contemplado en el artículo 23, letra a), de la LF cuyo tenor literal no difiere, en gran medida, del previsto por el legislador autonómico.

⁶⁵¹A diferencia del régimen de previsto por el legislador estatal, algunas normas autonómicas han sustituido la necesidad de recabar autorización previa del Protectorado por una comunicación posterior a este del Patronato. Así, por ejemplo, el artículo 26 de la Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco (BOPV núm. 111, de 13 de junio), cuyo configura para toda enajenación un único sistema de comunicación al Protectorado que viene a ejercer un control *ex post* de los actos y negocios celebrados por el Patronato.

gravamen de los bienes o derechos que forman parte de la dotación o están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales. Por su parte, al amparo de lo dispuesto en el apartado tercero del aludido precepto, y tal como ya se ha avanzado, serán objeto de comunicación al Protectorado, en el plazo de treinta días, los restantes actos de disposición, así como aquellos otros de naturaleza patrimonial cuyo importe, con independencia de su objeto, sea superior al veinte por ciento del activo de la Fundación que resulte del último balance aprobado⁶⁵².

El procedimiento a seguir por las fundaciones para obtener la autorización del Protectorado y, asimismo, formular la correspondiente comunicación se regula en los artículos 18 y 19 del RLF. A tal efecto, según determina el primero de los preceptos citados, las personas interesadas deberán presentar una solicitud a la que acompañarán tanto la documentación acreditativa del acto o negocio que pretenden formalizar, como las características del bien o bienes afectados⁶⁵³. Por otro lado, de conformidad con el antedicho artículo 19, una vez recibida la solicitud de autorización, el Protectorado

⁶⁵²Respecto a la existencia, o no, de vinculación de un bien perteneciente al patrimonio de la fundación con el fin que esta persigue, conviene nuevamente traer a colación el contenido de la STS, Civil, de 7 de marzo de 2011 en relación al tenor literal del apartado segundo del artículo 21 de la LF. Tal como señala la Sentencia citada en su Fundamento de Derecho Segundo, el aludido artículo 21.2 "(...) contiene una norma de interpretación auténtica que dice "se entiende que los bienes y derechos de la fundación están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, cuando dicha vinculación esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada, que realice una aportación voluntaria a la fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados", añadiendo en el párrafo siguiente que "asimismo, la vinculación a que se refiere el párrafo anterior podrá realizarse por resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial" (...)"

⁶⁵³Con exactitud, el artículo 18 del RLF determina que la solicitud de autorización o la comunicación deberán estar acompañadas de los siguientes documentos:

- "a) Certificación del acuerdo adoptado por el patronato de la fundación.*
- b) Memoria acreditativa de las características del bien o derecho objeto del acuerdo y de los elementos y condiciones del negocio jurídico, con exposición de las razones en que se fundamenta e indicación del destino del importe.*
- c) Valoración de los bienes y derechos realizada por un experto independiente. Tratándose de valores cotizados en un mercado secundario oficial, tendrá la consideración de informe de experto independiente la certificación de una entidad gestora que opere en dicho mercado, en la que se acredite la valoración de los títulos de acuerdo con la cotización media del último trimestre".*

Asimismo, si la mencionada solicitud de autorización o la comunicación implican actos de gravamen, deberán contener los siguientes extremos:

- "a) Cuando se trate de préstamos hipotecarios, se ha de determinar expresamente la cuantía y el destino del principal, la valoración del bien de conformidad con los criterios utilizados habitualmente por las entidades de crédito, los intereses pactados y el plazo para el cumplimiento de la obligación garantizada.*
- b) Cuando se trate de usufructos, derechos de superficie u otra clase de gravámenes, se ha de expresar el valor de los derechos reales que se pretende constituir, su duración y los elementos y condiciones esenciales del gravamen. A los efectos de valoración del derecho real que se pretenda constituir, se estará a lo prevenido en las normas reguladoras del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales relativas a la constitución de derechos reales".*

podrá solicitar la información adicional que estime necesaria, así como realizar, a su costa, una valoración pericial del acto de disposición o gravamen. Si de estas actuaciones se dedujera la concurrencia de un posible perjuicio para la Fundación, el Protectorado dará traslado al Patronato para que, en un plazo de 15 días, alegue lo que estime conveniente para la mejor defensa de sus derechos e intereses. En cualquier caso, el procedimiento de autorización deberá ser resuelto y notificado por el Protectorado en un plazo de 3 meses, computados desde la entrada de la solicitud en su registro⁶⁵⁴. Expirado dicho término sin resolución expresa, la solicitud habrá de entenderse estimada⁶⁵⁵.

Como excepción a la exigencia de obtención de autorización previa del Protectorado en los casos de enajenación y gravamen que acabamos de exponer, el artículo 21 del RLF admite una autorización *a posteriori* del acto o negocio celebrado y necesitado de tal autorización, sin perjuicio de la eventual acción de responsabilidad contra los patronos o la posibilidad de solicitar de la autoridad judicial la destitución de los mismos. Para ello, el Protectorado, tan pronto como tenga conocimiento de la realización de actos de disposición o gravamen sin la preceptiva autorización, deberá requerir al Patronato para que, en un plazo de quince días, suministre la información necesaria. Una vez estudiada, el Protectorado, a la vista de las circunstancias concurrentes, resolverá sobre la procedencia de subsanar el defecto y autorizar *a posteriori* el negocio o acto celebrado. De no obtenerse la autorización, el negocio o acto celebrado devendría ineficaz, procediendo, en su caso, dirimir la presunta responsabilidad de los patronos o solicitar, vía judicial, su destitución.

En cualquier caso, coincidimos con MARTÍNEZ NIETO cuando afirma que, sin menoscabo de lo dispuesto en el precitado artículo 21, esta atribución del Protectorado

⁶⁵⁴La solicitud podrá ser estimada o rechazada. En el primer caso, si finalmente llega a realizarse el acto autorizado, se remitirá al Protectorado, en el plazo de un mes y para su oportuna constancia, una copia del documento en que se formalice.

En caso de denegación y según establece el apartado quinto del artículo 19 del RLF, esta sólo procederá en los siguientes supuestos:

“a) Cuando la contraprestación recibida en el acto de disposición o gravamen sometido a autorización no resulte equilibrada.

b) Cuando el acto de disposición o gravamen resulte de otro modo lesivo para los intereses de la fundación o pueda impedir la realización de sus fines”.

⁶⁵⁵En este sentido, reseñar la SAN, Cont-Adm, de 11 de febrero de 2013, por la que se estimaba recurso contencioso -administrativo deducido contra la resolución desestimatoria de la persona titular del Ministerio de Cultura, de fecha 12 de diciembre de 2011, argumentando que esta había sido dictada extemporáneamente y, por tanto, el silencio producido por dicho retraso tenía carácter estimatorio.

viene igualmente amparada en los antedichos artículos 23, letra a), de la LF y 45, letra c), del RLF, pues es una lógica consecuencia de la función general que el Protectorado tiene encomendada de velar por la adecuación del patrimonio fundacional al cumplimiento de los fines de la entidad⁶⁵⁶.

5) Cierta relación con las funciones que acabamos de relatar, así como con la relación existente entre Patronato y Protectorado, guardan las atribuciones de este último para el cumplimiento de los fines fundacionales. Sin ánimo de reiterarnos en lo ya expuesto, la competencia general a este respecto se regula en el artículo 35.1, apartado e), de la LF, siendo desarrollado este precepto por el artículo 46 del RLF⁶⁵⁷. En concreto, el precitado artículo de la norma legal estipula como función del Protectorado “*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*”.

En todo caso, resulta evidente que estas funciones constituyen una manifestación de la propia razón justificativa de la institución del Protectorado, el cual ha de velar escrupulosamente por el respeto a la trascendente voluntad del fundador cuyo cumplimiento ha de enmarcarse en la satisfacción del interés público al que toda Fundación ha de tender, de ahí que sean absolutamente justificadas y evidentes las facultades de revisión y control que ostenta el Protectorado sobre la actividad desarrollada por el Patronato⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶MARTÍNEZ NIETO, A., “El Nuevo Derecho de Fundaciones en el Estado de las Autonomías”..., pág. 1850.

⁶⁵⁷Al amparo de lo dispuesto en el artículo 46 del RLF, son funciones del Protectorado en relación al cumplimiento de los fines fundacionales las siguientes:

“a) *Velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, teniendo en cuenta la voluntad del fundador y la consecución del interés general.*

b) *Conocer y examinar el plan de actuación y las cuentas anuales, incluidos, en su caso, los informes de auditoría, así como solicitar, en su caso, el nombramiento de auditor externo.*

c) *Comprobar que las fundaciones facilitan información adecuada y suficiente respecto de sus fines y actividades, para que sean conocidas por sus eventuales beneficiarios y demás interesados.*

d) *Comprobar que las fundaciones actúan con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios.*

e) *Verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales. Cuando existan dudas a este respecto, el protectorado podrá solicitar, a su costa, un informe pericial sobre los extremos que considere necesario aclarar. Asimismo, podrá solicitar al patronato la información que resulte necesaria, así como realizar actuaciones de comprobación en la sede fundacional, previa conformidad del patronato. El informe pericial deberá ser emitido por un perito independiente o por un funcionario designado por el protectorado, en el plazo fijado por este”.*

⁶⁵⁸Conviene recordar nuevamente las ya aludidas SSTS, Cont-Adm, de 20 y 24 de diciembre de 1985, así como la STS, Civil, de 21 de julio de 2003, según las cuales, el Alto Tribunal pone de manifiesto la necesidad de interpretar la voluntad de fundador en aras de la realidad social imperante y del impacto

6) Otro de los criterios a tener en cuenta para sistematizar las funciones del Protectorado es su relación con las distintas fases que, ocasionalmente, puede experimentar la vida de la Fundación, relativas a los procesos de modificación, fusión y extinción. Las atribuciones vinculadas a estos aspectos se regulan en los artículos 29 y siguientes de la LF, los cuales ya hemos abordado con anterioridad en este mismo trabajo, y en el 47 del RLF⁶⁵⁹.

La nota característica común de este elenco de atribuciones estriba en el papel residual o secundario que el Protectorado desempeña, ya que la iniciativa en este tipo de acciones reside en el Patronato de la Fundación correspondiente, ocupando el Protectorado un mero papel de supervisor o garante de la legalidad. En este sentido, cabe destacar la STS, Cont-Adm, de 28 de febrero de 1979, la cual niega la posibilidad de modificar los fines fundacionales por decisión unilateral del Protectorado sin la participación e iniciativa del Patronato⁶⁶⁰. Asimismo, también hallamos otro claro ejemplo de este papel residual del Protectorado en los artículos 29.3 y 30.2 de la LF, según los cuales, en lo que respecta a la modificación y fusión de las fundaciones, el Protectorado sólo podrá oponerse mediante acuerdo motivado que deberá remitir al Patronato, que es el órgano que ejerce la iniciativa, en el plazo de máximo de tres meses computados desde la notificación del acuerdo de modificación o fusión, según los casos.

de la actividad fundacional sobre los beneficiarios o destinatarios de la misma sin que ello implique necesariamente conculcar la voluntad de la persona fundadora.

⁶⁵⁹Según el artículo 47 del RLF, “*son funciones del protectorado en relación con la modificación, fusión y extinción de las fundaciones las siguientes:*

- a) *Tener conocimiento y, en su caso, oponerse, por razones de legalidad y de forma motivada, a los acuerdos de modificación de Estatutos o de fusión, adoptados por el patronato.*
- b) *Solicitar de la autoridad judicial la modificación de los Estatutos o la fusión de las fundaciones, en los supuestos previstos en los artículos 29 y 30 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.*
- c) *Ratificar el acuerdo del patronato sobre extinción de la fundación cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional, sea imposible su realización o concurra otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos.*
- d) *Solicitar de la autoridad judicial la extinción de la fundación, en los supuestos previstos en el artículo 32 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.*
- e) *Tener conocimiento y supervisar, en su caso, las operaciones de liquidación de la fundación, así como acordar el destino que haya de darse a los bienes de esta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones”.*

⁶⁶⁰Según el Considerando Cuarto, la modificación de los fines “*(...) nunca puede deberse como sucede en este expediente, a la sola iniciativa del Protectorado y con mayor razón todavía cuando lo ha sido con la expresa oposición de sus Patronos (...)*”.

Asimismo, el Considerando Quinto señala que “*(...) la modificación de fines de una fundación es competencia de los Patronos o Administradores, que pueden hacerla por sí solo si ello estuviere dentro de las facultades que el Fundador les otorgó y necesitarán la autorización ministerial si ello excediese de sus facultades, luego es evidente que sólo se podrá llevarla a cabo si así lo acuerda el Patronato (...)*”.

Igual sucede en lo concerniente a la extinción y apertura del procedimiento de liquidación del patrimonio fundacional, ya que este se realizará por el Patronato de la Fundación bajo el control del Protectorado que, una vez más, cede todo protagonismo al primero (artículo 33.1 LF). No obstante, como excepción a esta regla general, el artículo 30 de la LF contempla, en su apartado cuarto, un supuesto en que la iniciativa corresponderá al propio Protectorado. Según dicho precepto, cuando una Fundación resulte incapaz de alcanzar sus fines, dicho órgano, y no el Patronato, podrá requerirle⁶⁶¹ para que se fusione con otra de fines análogos, siempre que esta haya expresado ante el Protectorado su voluntad favorable a dicha fusión y el fundador no lo hubiera prohibido expresamente. En caso de negarse la entidad fundacional al proceso de fusión, el Protectorado podrá solicitar a la autoridad judicial que ordene el mismo. En cualquier caso, tal como señala la STS, Cont-Adm, de 21 de abril de 1999, para la extinción de la Fundación será necesario acuerdo expreso del Protectorado⁶⁶².

7) El último de los grandes grupos que estructuran las funciones del Protectorado engloba todas aquellas que versan sobre el ejercicio de las acciones legalmente previstas. Partiendo de que, al contrario de lo que hubiera sido deseable, la legislación estatal básica no configura un sistema de infracciones y sanciones por la existencia de irregularidades en la gestión de la Fundación, corresponde al Protectorado ejercer las referidas acciones, las cuales están reservadas para supuestos de envergadura y gravedad que, en muchas ocasiones, pueden incluso acarrear la extinción de la propia Fundación. Este elenco de atribuciones figura en los artículos 35, apartados 2 y 3, de la LF⁶⁶³ y 48 del RLF⁶⁶⁴. Conforme al citado precepto legal:

⁶⁶¹El art. 30.4 de la LF emplea la palabra "requerirla", en un incorrecto "lismo".

⁶⁶²De conformidad con el Fundamento de Derecho Segundo, párrafo tercero, de la citada Sentencia "(...) *debe mediar acuerdo del Protectorado para que se produzca válidamente la extinción del ente fundacional (...)*".

⁶⁶³Según el artículo 35.2 de la LF, el Protectorado está legitimado para ejercitar contra los patronos la correspondiente acción de responsabilidad por los daños y perjuicios causados a la fundación por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia debida. También está legitimado el Protectorado para impugnar los actos y acuerdos del Patronato que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios por los que se rige la fundación y para instar el cese de los patronos que no desempeñen el cargo con la diligencia anteriormente descrita, siempre que así se declare en resolución judicial. Por otro lado, tal como relata el artículo 35.3, "*cuando el Protectorado encuentre indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de una fundación, dictará resolución motivada, dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, comunicando esta circunstancia a la fundación interesada*".

⁶⁶⁴De conformidad con el artículo 48 del RLF, "*El protectorado ejercerá las siguientes funciones en relación con el ejercicio de las acciones legalmente previstas:*

"En todo caso, el Protectorado está legitimado para ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad por los actos relacionados en el artículo 17.2 y para instar el cese de los patronos en el supuesto contemplado en el párrafo d) del artículo 18.2. Asimismo, está legitimado para impugnar los actos y acuerdos del Patronato que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios por los que se rige la Fundación".

"Cuando el Protectorado encuentre indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de una Fundación, dictará resolución motivada, dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, comunicando esta circunstancia a la Fundación interesada."

El fundamento de este elenco de atribuciones no es otro, una vez más, que la actividad de control que compete al Protectorado, la cual quedaría desprovista de sentido y significado si no estuviera acompañada, por un lado, del reconocimiento de la potestad para actuar, previa causa justificada, contra los patronos y, por otro, de la capacidad para impugnar los acuerdos y decisiones del Patronato que fueren contrarios a la normativa vigente, a las disposiciones estatutarias o, en definitiva, a la voluntad del fundador⁶⁶⁵.

Una vez concluido el análisis de las funciones del Protectorado en la normativa estatal, resulta obvio deducir que la mayoría de las atribuciones encuadradas en cada

-
- a) *Ejercitar la acción de responsabilidad en favor de la fundación frente a los patronos, cuando legalmente proceda.*
 - b) *Instar judicialmente el cese de los patronos por el desempeño del cargo sin la diligencia prevista por la ley.*
 - c) *Nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial, en el supuesto previsto en el artículo 13.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (Transcurso del plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin que los patronos hubiesen instado la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones)*
 - d) *Impugnar los actos y acuerdos del patronato que sean contrarios a la ley o a los Estatutos.*
 - e) *Instar de la autoridad judicial la intervención de la fundación cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 42 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones*
 - f) *Dictar una resolución motivada y trasladar la documentación oportuna al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente cuando encuentre indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de una fundación, y comunicarlo simultáneamente a esta.*
 - g) *Velar por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la disposición adicional segunda de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, en su redacción dada por la disposición adicional primera de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales."*

⁶⁶⁵BENGOECHEA BARTOLOMÉ, A., Y LÓPEZ GARCÍA, J.M., "El Protectorado" ..., op. cit., pág. 790.

uno de los distintos grupos se hallan íntimamente interconectadas. Así, por ejemplo, tomando como referencia el último grupo expuesto, la facultad para instar el cese de patronos, la capacidad para impugnar los actos y acuerdos del Patronato o la potestad para instar de la autoridad judicial la intervención de la Fundación, son atribuciones del Protectorado que guardan una estrecha conexión con otras funciones que las han precedido en este estudio, tales como las vinculadas al Patronato, las relacionadas con el Patrimonio de la Fundación o las dirigidas al cumplimiento de los fines fundacionales. Así pues, cabe afirmar que esta interrelación difumina las fronteras existentes entre las distintas funciones del Protectorado, dificultando así su organización sistemática en grupos estancos e independientes.

2.3.3) Las funciones del Protectorado en las fundaciones de las Comunidades Autónomas. Especial referencia a Andalucía

El régimen constitucional de las fundaciones, al cual ya hemos aludido en otro epígrafe de este trabajo, ha configurado un sistema por el cual la regulación básica de las mismas ha quedado en manos del Estado a fin de preservar el principio de igualdad que debe extenderse a todos los ciudadanos españoles independientemente del territorio donde residan⁶⁶⁶, mientras que, como complemento de la atribución estatal, todas las Comunidades Autónomas han asumido, vía estatutaria, aquellas atribuciones que exceden de la citada regulación básica, operando, por tanto, la cláusula residual del artículo 149.3 de nuestra Carta Magna⁶⁶⁷.

Bajo esta perspectiva, tal como expusimos con anterioridad, existen en la actualidad ocho leyes autonómicas sobre fundaciones (País Vasco, La Rioja, Galicia, Andalucía, Castilla y León, Comunidad Valenciana, Madrid y Canarias), a las que debe añadirse el Código Civil de Cataluña (Libro Tercero) y la Ley Foral de Navarra, la cual

⁶⁶⁶Así lo exige el artículo 149.1.1ª de la CE.

⁶⁶⁷Conforme al art. 149.3 de la CE: “Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de estas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”.

sólo se centra en la esfera fiscal de la entidad fundacional⁶⁶⁸. Asimismo, cuenta con normativa autonómica específica aprobada mediante decretos que regulan, principalmente, los Protectorados y/o los Registros de Fundaciones, seis Comunidades (Islas Baleares, Principado de Asturias, Murcia, Cantabria, Aragón y Extremadura⁶⁶⁹).

En relación a las Comunidades Autónomas que desarrollaron sus atribuciones competenciales en materia de fundaciones mediante norma con rango de ley, cabe indicar que, si bien la sistemática empleada no es idéntica, todas presentan como nexo común el grueso de competencias a las que ya nos hemos referido al analizar la LF. Aunque hay normas más extensas que otras al regular este apartado, conviene recordar que todas aquellas funciones no reconocidas expresamente en el texto autonómico serán igualmente de aplicación en dicho ámbito territorial en virtud del principio de supletoriedad recogido en el artículo 149.3 *in fine* de la Carta Magna.

Sin lugar a dudas, la Comunidad Autónoma que ha detallado con mayor profusión las funciones de su Protectorado ha resultado ser La Rioja. En concreto, serán los artículos 42 a 48 de la Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de dicha

⁶⁶⁸Actualmente, las leyes autonómicas sobre fundaciones son las siguientes: Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco (BOPV núm. 111, de 13 de junio), Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas (DOGC núm. 5123, de 2 de mayo), Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOLR núm. 22 de 15 de Febrero), Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego (DOG núm. 242, de 19 de diciembre), Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 117, de 17 de junio), Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León (BOCL núm. 139 de 19 de Julio), Ley 8/1998, de 9 de diciembre de Fundaciones de la Comunidad Valenciana (DOCV núm. 3391 de 11 de Diciembre), Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 57 de 09 de Marzo), Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias (BOIC núm. 47 de 17 de Abril), y Ley Foral de Navarra 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio (BON núm. 86 de 17 de Julio).

⁶⁶⁹Decreto 612007, de 18 de mayo, de regulación del Registro Único de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de las Islas de Baleares y de organización del Registro de Protectorado (BOIB núm. 7, de 24 de mayo), Decreto 34/1998, de 18 de junio, por el que se crea y regula el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias (BOPA núm. 154, de 4 de julio), Decreto 85/2005, de 28 de julio, por el que se crea y regula el Registro de Fundaciones Laborales del Principado de Asturias (BOPA núm. 14871, de 12 de agosto), Decreto 18/1996, de 23 de mayo, por el que se crea y regula el Registro de Fundaciones Asistenciales de Interés General del Principado de Asturias (BOPA núm. 6242, de 10 de junio), Decreto 28/1997, de 23 de mayo, de atribución de competencias en materia de fundaciones, de Murcia (BORM de 24 de junio de 1997), Decreto 26/1997, de 11 de abril, por el que se crea y regula el Protectorado y el Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC de 18 de abril de 1997), 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 (BOA núm. 1, de 3 de enero, de 1996), Decreto 2/1987, de 27 de enero, por el que se crea el Registro de Federaciones, Asociaciones, Fundaciones Culturales y Entidades Afines de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE núm. 9, de 3 de febrero).

Comunidad, los que recojan las atribuciones del precitado órgano, atendiendo a diversos criterios que, en gran medida, equivalen a los contemplados en el RLF, y sobre los que hemos disertado previamente. Así, el artículo 42 de la mencionada norma legal enumera las funciones del Protectorado en tareas de “*apoyo y asesoramiento*”⁶⁷⁰, el artículo 43 hace lo propio respecto al proceso de constitución⁶⁷¹, el artículo 44 detalla las facultades del Protectorado en sus relaciones con el Patronato⁶⁷², el artículo 45 lo hace en relación con el patrimonio de la Fundación⁶⁷³, el artículo 46 detalla las relativas al cumplimiento de sus fines⁶⁷⁴, el artículo 47 contempla las atribuciones del Protectorado

⁶⁷⁰ “*Son funciones del Protectorado en materia de apoyo y asesoramiento, las siguientes:*

- a) *Asesorar a las fundaciones en proceso de constitución en relación con la normativa aplicable a dicho proceso, en particular sobre aspectos relacionados con la dotación, los fines de interés general y la elaboración de Estatutos, así como sobre la tramitación administrativa correspondiente.*
- b) *Asesorar a los interesados y a las fundaciones ya inscritas sobre las cuestiones jurídicas, económicas, financieras y contables que se susciten en la constitución y funcionamiento de las mismas.*
- c) *Cualquier otra función que establezcan las leyes”*

⁶⁷¹ “*Son funciones del Protectorado en el proceso de constitución de las fundaciones las siguientes:*

- a) *Velar por el respeto a la legalidad en la constitución de la fundación.*
- b) *Informar, con carácter preceptivo y vinculante, sobre la idoneidad de los fines y sobre la adecuación y suficiencia dotacional de las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución y sobre la adecuación de los Estatutos a la legalidad.*
- c) *Otorgar, previa autorización judicial, escritura pública de constitución de la fundación, mediante la persona que designe el propio Protectorado, en el supuesto de fundación constituida por acto «mortis causa» (...)*
- d) *Cesar a los patronos de las fundaciones en proceso de formación que, en el plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura de constitución, no hubieran instado su inscripción en el Registro de Fundaciones de La Rioja, y nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial.*
- e) *Cualquier otra función que establezcan las leyes.”*

⁶⁷² “*Son funciones del Protectorado en relación con el patronato de las fundaciones las siguientes:*

- a) *Autorizar al patronato para asignar una retribución a los patronos por servicios prestados a la fundación distintos de los que implican el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del patronato.*
- b) *Autorizar a los patronos a contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero.*
- c) *Ejercer provisionalmente las funciones de patronato cuando faltasen, por cualquier motivo, todas las personas llamadas a integrarlo.*
- d) *Designar a la persona o personas que integren el patronato en los supuestos previstos en el artículo 18 de la presente Ley (dicho artículo remito a lo previsto en los Estatutos fundacionales)*
- e) *Asumir todas las atribuciones legales y estatutarias del patronato durante el tiempo que determine la resolución judicial de intervención temporal de la fundación.*
- f) *Cualquier otra función que establezcan las leyes.”*

⁶⁷³ “*Son funciones del Protectorado en relación con el patrimonio de la fundación las siguientes:*

- a) *Autorizar la enajenación o gravamen de los bienes y derechos de la fundación cuando formen parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de sus fines, velando para que no quede injustificadamente mermado el valor económico de la dotación fundacional.*
- b) *Tener conocimiento formal de aquellos negocios jurídicos de la fundación sobre los que el patronato está legalmente obligado a informar al Protectorado.*
- c) *Velar en todo momento por la adecuación y suficiencia de la dotación fundacional en orden al efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, sin perjuicio de la responsabilidad que a tal efecto corresponde al patronato. A estos efectos el Protectorado podrá solicitar al patronato la información que resulte necesaria, así como realizar actuaciones de comprobación, previa conformidad del patronato.*
- d) *Cualquier otra función que establezcan las leyes”*

⁶⁷⁴ “*Son funciones del Protectorado en relación al cumplimiento de fines por parte de las fundaciones las siguientes:*

en los procesos de fusión, modificación y extinción de fundaciones⁶⁷⁵ y, finalmente, el artículo 48 plasma aquellas vinculadas al ejercicio de las acciones legalmente previstas⁶⁷⁶.

En sentido opuesto, la Comunidad Autónoma más parca en desarrollar legalmente las funciones de su Protectorado ha sido la madrileña. A tal efecto, el artículo 28, apartado segundo, de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, apenas señala seis atribuciones concretas y específicas del Protectorado en dicho ámbito territorial, remitiendo, en la última de ellas, a la legislación estatal⁶⁷⁷.

-
- a) *Velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, teniendo en cuenta la voluntad del fundador y la consecución del interés general.*
 - b) *Conocer y examinar el plan de actuación y las cuentas anuales, incluidos, en su caso, los informes de auditoría, así como solicitar, en su caso, el nombramiento de auditor externo.*
 - c) *Comprobar que las fundaciones facilitan información adecuada y suficiente respecto de sus fines y actividades, para que sean conocidas por sus eventuales beneficiarios y demás interesados.*
 - d) *Comprobar que las fundaciones actúan con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios.*
 - e) *Verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales. Cuando existan dudas a este respecto, el Protectorado podrá solicitar, a su costa, un informe pericial sobre los extremos que considere necesario aclarar. Asimismo, podrá solicitar al patronato la información que resulte necesaria, así como realizar actuaciones de comprobación en la sede fundacional, previa conformidad del patronato. El informe pericial deberá ser emitido por un perito independiente o por un funcionario designado por el Protectorado, en el plazo fijado por este.*
 - f) *Cualquier otra función que establezcan las leyes*".

⁶⁷⁵ "Son funciones del Protectorado en relación con la modificación, fusión y extinción de las fundaciones las siguientes:

- a) *Tener conocimiento y, en su caso, oponerse, por razones de legalidad y de forma motivada, a los acuerdos de modificación de Estatutos o de fusión, adoptados por el patronato.*
- b) *Solicitar de la autoridad judicial la modificación de los Estatutos o la fusión de las fundaciones (...)*
- c) *Ratificar el acuerdo del patronato sobre extinción de la fundación cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional, sea imposible su realización o concurra otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos.*
- d) *Solicitar de la autoridad judicial la extinción de la fundación (...)*
- e) *Tener conocimiento y supervisar, en su caso, las operaciones de liquidación de la fundación, así como acordar el destino que haya de darse a los bienes de esta (...)*
- f) *Cualquier otra función que establezcan las leyes*".

⁶⁷⁶ "El Protectorado ejercerá las siguientes funciones en relación con el ejercicio de las acciones legalmente previstas:

- a) *Ejercitar la acción de responsabilidad en favor de la fundación frente a los patronos, cuando legalmente proceda.*
- b) *Instar judicialmente el cese de los patronos por el desempeño del cargo sin la diligencia prevista por la Ley.*
- c) *Impugnar los actos y acuerdos del patronato que sean contrarios a la ley o a los Estatutos.*
- d) *Instar de la autoridad judicial la intervención de la fundación (cuando resulte procedente)*
- e) *Dictar una resolución motivada y trasladar la documentación oportuna al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente cuando encuentre indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de una fundación, y comunicarlo simultáneamente a esta.*
- f) *Cualquier otra función que establezcan las leyes*".

⁶⁷⁷ De conformidad con el artículo 28.2 de la Ley 1/1998, al Protectorado de la Comunidad de Madrid le corresponden las siguientes funciones:

Con la salvedad ya enunciada de la Comunidad Foral de Navarra, cuya legislación en materia de fundaciones sólo se ocupa del régimen fiscal de este tipo de entidades, el resto de Comunidades Autónomas que desarrollaron, vía texto legal, sus competencias en este ámbito se hallan, respecto a la extensión de las atribuciones conferidas a sus Protectorados, en una posición intermedia que, en cualquier caso, dista mucho de la exhaustiva regulación riojana. En este sentido, cabe resaltar, el artículo 35 de la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias⁶⁷⁸, el artículo 29 de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre de Fundaciones de la Comunidad Valenciana⁶⁷⁹, el artículo 33

a) 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.

b) Asesorar a las fundaciones que se encuentren en trámite de constitución o ya inscritas, en cualquier asunto que se refiera a su régimen jurídico o económico, o a las actividades a realizar en cumplimiento de sus fines.

c) Difundir la existencia y actividades de las fundaciones.

d) 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, así como, en su caso, el informe pericial oportuno en los términos que reglamentariamente se establezca.

e) Realizar el informe que establece el artículo 6 de esta Ley (informe previo a la inscripción de la entidad en el Registro de Fundaciones), pudiendo a tal fin el Protectorado exigir a la fundación la aportación de la documentación que precise.

f) Cuantas otras funciones se establezcan en la legislación estatal de fundaciones que sea de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1 de la Constitución, en la presente Ley y en las demás que resulten de aplicación”.

⁶⁷⁸ “El Protectorado de Fundaciones Canarias será ejercido por la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, en la forma que reglamentariamente se determine.
Son funciones del Protectorado de Fundaciones Canarias:

a) Asesorar e informar a las fundaciones inscritas o en proceso de constitución.

b) Velar por el efectivo cumplimiento de los fines de cada fundación conforme a la voluntad expresada por el fundador y teniendo en cuenta la consecución del interés general.

c) Comprobar si los recursos económicos de las fundaciones se destinan al cumplimiento de los fines fundacionales en los términos previstos en los Estatutos y en la presente ley, pudiendo llevar a cabo las actuaciones de comprobación material que sean pertinentes en los términos que se establezcan reglamentariamente.

d) Ejercer la acción de responsabilidad de los patronos cuando ello fuera pertinente con arreglo a esta Ley.

e) Dar la adecuada publicidad a la existencia y actividades de las fundaciones.

f) Otorgar las autorizaciones y aprobaciones previstas en la Ley.

g) Quedar enterado de las comunicaciones establecidas por esta Ley.

h) Velar para que ninguna entidad que no lo sea utilice la denominación «fundación», denunciando el hecho ante la autoridad competente

i) Cuantas otras le confieran las leyes”.

⁶⁷⁹ Son funciones específicas del Protectorado de la Comunitat Valenciana:

“a) Llevar el Registro de Fundaciones de la Comunitat Valenciana de acuerdo con lo que se establece en el capítulo siguiente.

b) Velar por el cumplimiento adecuado de las actividades que realicen los promotores, así como garantizar la efectiva afectación de los bienes y derechos recaudados a fines de interés general.

c) Asesorar a los Patronos de las fundaciones en proceso de inscripción para alcanzar esta y velar por la adecuación y suficiencia de la dotación; promover que las fundaciones ya constituidas en escritura pública procedan a su inscripción en el Registro de Fundaciones de la Comunitat Valenciana; y (...) designar nuevos Patronos de las fundaciones en período de constitución cuando los Patronos inicialmente designados no hubieran promovido su inscripción registral.

de la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León⁶⁸⁰, el artículo 45.1 de la LFA⁶⁸¹, el artículo 48 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de

-
- d) Acordar y ejecutar las medidas provisionales legalmente establecidas en relación con el Patronato, y velar por el cumplimiento de las obligaciones que incumben a los Patronos.
 - e) 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.
 - f) Velar por la integridad, suficiencia y rentabilidad del patrimonio fundacional y verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales.
 - g) Garantizar la legalidad de las modificaciones de Estatutos, fusiones y extinciones de las fundaciones, instando, en su caso, las correspondientes acciones judiciales, y controlar el proceso de liquidación.
 - h) Asesorar a las fundaciones ya inscritas sobre su régimen jurídico y económico, así como sobre las cuestiones que se refieran a las actividades desarrolladas por aquéllas en el cumplimiento de sus fines, prestándoles a tal efecto el apoyo necesario; dar publicidad a la existencia y actividades de las fundaciones.
 - i) Cuantas otras funciones se establezcan en las leyes”.

⁶⁸⁰“Para garantizar el recto ejercicio del derecho de Fundación y asegurar la legalidad de constitución y funcionamiento de las Fundaciones de competencia de la Comunidad de Castilla y León, corresponde al Protectorado el ejercicio de las siguientes funciones:

- Informar a los interesados sobre el régimen jurídico, económico y fiscal de las Fundaciones, así como de los trámites y procedimientos para su constitución.
- Asesorar a las fundaciones sobre las cuestiones jurídicas, contables y fiscales que se susciten en la constitución y funcionamiento de las mismas.
- Apoyar a las Fundaciones en la realización de las actividades para el cumplimiento de sus fines.
- Velar por la efectiva realización de actividades dirigidas al cumplimiento de los fines fundacionales, procurando respetar la voluntad del fundador siempre que no sea contraria a lo dispuesto en la normativa aplicable y persiga fines de interés general.
- Comprobar la aplicación de los recursos de la Fundación al cumplimiento de los fines fundacionales en los términos previstos en esta Ley.
- Verificar que las actuaciones de las Fundaciones y sus órganos de gobierno y administración se llevan a cabo de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.
- Ejercer provisionalmente las funciones de gobierno y administración de las Fundaciones en que no exista Patronato en los términos que dispone la presente Ley, así como en los supuestos de intervención temporal acordados por el órgano judicial competente.
- Cualquier otra función que establezcan las leyes”.

⁶⁸¹“Al Protectorado de las Fundaciones Andaluzas le corresponden las siguientes funciones:

- a) Asesorar a las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución sobre la normativa aplicable a dicho proceso, y a las fundaciones ya inscritas sobre aquellas cuestiones que se refieran tanto a su régimen jurídico, económico-financiero y contable como a las actividades a realizar en cumplimiento de sus fines.
- b) Informar sobre la adecuación y suficiencia de la dotación y sobre la idoneidad de los fines de las fundaciones en proceso de constitución.
- c) Velar por el cumplimiento adecuado de los fines fundacionales de acuerdo con la voluntad del fundador y teniendo en cuenta la consecución del interés general, así como interpretar, suplir e integrar la voluntad del fundador cuando fuere necesario, conforme a esta Ley.
- d) Velar por la integridad, suficiencia y rentabilidad del patrimonio fundacional y verificar si los recursos económicos de las fundaciones han sido aplicados al cumplimiento de los fines fundacionales, en los términos previstos en los Estatutos y en la Ley, pudiendo solicitar del Patronato la información que a tal efecto resulte necesaria.
- e) Difundir la existencia y actividades de las fundaciones.
- f) Ejercer provisionalmente las funciones del órgano de gobierno de la fundación si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo, designar nuevos patronos o, en los casos indicados por la Ley, instar la disolución de la fundación.
- g) Ejercitar la acción de responsabilidad de los patronos en los supuestos contemplados en la presente Ley.
- h) Garantizar la legalidad de las modificaciones de Estatutos, fusiones y extinciones de las fundaciones, instando, en su caso, las correspondientes acciones judiciales.
- i) Controlar el proceso de liquidación de las fundaciones.
- j) Procurar la efectiva y adecuada utilización de la denominación "fundación", denunciando, en su caso,

Interés Gallego⁶⁸², el artículo 336-2, apartado segundo, de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas⁶⁸³, y,

ante la autoridad competente, su utilización por otra clase de entidades.

- k) Resolver las solicitudes de autorización o aprobación que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, la precisen, entre ellas la de autorizar la constitución por la fundación de otra persona jurídica.*
- l) Clasificar a las fundaciones en función de los fines que persiguen.*
- m) Cuantas otras funciones le confieran las leyes”.*

⁶⁸²De conformidad con la legislación gallega, son funciones del Protectorado en dicha Comunidad:

- “a) Asesorar a las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución sobre la normativa aplicable a dicho proceso y a las fundaciones ya inscritas sobre aquellas cuestiones que se refieren tanto a su régimen jurídico, económico-financiero y contable como a las actividades que es necesario realizar en cumplimiento de sus fines.*
- b) Informar sobre la adecuación y suficiencia de la dotación y sobre la idoneidad de los fines de las fundaciones en proceso de constitución.*
- c) Velar por el cumplimiento adecuado de los fines fundacionales de acuerdo con la voluntad del fundador y teniendo en cuenta la consecución del interés general, así como interpretar, suplir e integrar la voluntad del fundador cuando fuera necesario, conforme a la presente ley.*
- d) Velar por la integridad, la suficiencia y el rendimiento del patrimonio fundacional y verificar si los recursos económicos de las fundaciones han sido aplicados para cumplir los fines fundacionales, en los términos previstos en los Estatutos y en la legislación vigente, pudiendo solicitar del patronato la información necesaria a tal efecto.*
- e) Difundir la existencia y las actividades de las fundaciones.*
- f) Ejercer provisionalmente las funciones del patronato si por cualquier motivo faltaran todas las personas llamadas a integrarlo, así como en los supuestos de intervención temporal acordados por el órgano judicial competente designar a nuevos miembros del patronato o, en los casos establecidos en la legislación, instar a la extinción de la fundación.*
- g) Ejercer la acción de responsabilidad de los miembros del patronato en los supuestos establecidos en la presente ley.*
- h) Garantizar la legalidad de las modificaciones estatutarias, fusiones y extinciones de las fundaciones, instando, en su caso, las acciones judiciales correspondientes.*
- i) Impugnar los actos y acuerdos del patronato contrarios al ordenamiento jurídico vigente, a lo establecido en los Estatutos o al interés general.*
- j) Controlar el proceso de liquidación de las fundaciones.*
- k) Procurar la utilización efectiva y adecuada de la denominación «Fundación» y denunciar, en su caso, ante la autoridad competente su utilización por otra clase de entidades.*
- l) Resolver las solicitudes de autorización o aprobación que, con arreglo a lo dispuesto en la presente ley, la precisen.*
- m) Cooperar, al servicio del interés general y de la sociedad civil, con las asociaciones de fundaciones u otros entes análogos.*
- n) Cualesquiera otras funciones que se le atribuya en la presente ley y ordenamiento jurídico vigente.*

En el ejercicio de las funciones a que se refieren los apartados anteriores se solicitará asesoramiento al Servicio de Igualdad cuando fuera necesario o conveniente a los efectos de integrar activamente la dimensión de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y, especialmente, cuando las funciones de protectorado se ejerzan respecto a una fundación entre cuyas finalidades se encuentre el respaldo a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

En todo caso, el protectorado está legitimado para ejercer la correspondiente acción de responsabilidad (...) y para instar el cese de los miembros del patronato (cuando resulte procedente)

Asimismo, está legitimado para impugnar los actos y acuerdos del patronato que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios por los que se rige la fundación (...).”

⁶⁸³Corresponden al protectorado de la Generalidad de Cataluña las siguientes funciones:

- “a) Resolver las solicitudes de inscripción de las fundaciones, de las delegaciones de fundaciones extranjeras que deban establecerse en Cataluña y de los fondos especiales.*
- b) Llevar el Registro de Fundaciones.*
- c) Asesorar las fundaciones para el cumplimiento de las finalidades fundacionales y los órganos de gobierno para el cumplimiento de sus obligaciones.*
- 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.*

finalmente, el artículo 49 de la Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco⁶⁸⁴.

Por otro lado, respecto a las Comunidades que optaron por desarrollar reglamentariamente sus facultades en material fundacional, sólo dos de ellas, Cantabria y Aragón, han relacionado pormenorizadamente las funciones de sus respectivos Protectorados, ya que el resto, es decir, Murcia, Asturias, Islas Baleares y Extremadura, se han limitado a una mera remisión a la legislación estatal. En este sentido, el Decreto 26/1997, de 11 de abril, por el que se crea y regula el Protectorado y el Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Cantabria, contempla un amplio elenco de atribuciones en su artículo 2.2⁶⁸⁵, al igual que sucede, en idéntico precepto ordinal, con

-
- e) *Aprobar la modificación de Estatutos, la fusión, la escisión y, si procede, la disolución de las fundaciones y de sus fondos especiales.*
 - f) *Autorizar la realización de los actos de las fundaciones para los que la ley establece esta modalidad de supervisión.*
 - g) *Ejercer la acción de responsabilidad contra los patronos y la acción de impugnación de acuerdos, decisiones o actos contrarios a la ley o a los Estatutos o que lesionen el interés de la fundación.*
 - h) *Suplir la falta de actuación de los fundadores o de los ejecutores de la voluntad fundacional y la falta de actuación de los patronos o de los encargados de liquidar la fundación, en los casos en que la ley establece esta modalidad de intervención.*
 - i) *Las demás establecidas por la ley”.*

⁶⁸⁴Según el artículo 49 de la Ley 9/2016, de 2 de junio, “*al Protectorado del País Vasco le corresponden las siguientes funciones:*

1. *Asesoramiento e información en materia de fundaciones a los profesionales y a terceros en general sobre cualquier aspecto de su régimen jurídico, económico-financiero y contable, ofreciendo el apoyo necesario. El asesoramiento se prestará tanto a las fundaciones en proceso de constitución como a las ya inscritas en el Registro de Fundaciones del País Vasco.*
2. *Promover que por parte de las fundaciones se dé publicidad suficiente y adecuada en relación con la existencia de las mismas y con sus actividades, para que sean conocidas por sus eventuales personas beneficiarias y demás interesados.*
3. *Gobierno de las fundaciones y exigencia de responsabilidad a los patronos.*
4. *Vigilancia de las fundaciones.*
5. *Inspección de las fundaciones.*
6. *Cooperar con asociaciones de fundaciones o entidades similares en favor del interés general.*
7. *Otras funciones atribuidas por las leyes y demás normativa en vigor”.*

⁶⁸⁵En la Comunidad Autónoma de Cantabria, son funciones del Protectorado las siguientes:

- ”a) Asegurar la legalidad en la constitución de la fundación.*
- b) Asesorar a las fundaciones ya inscritas y a las que se encuentren en período de constitución sobre aquellos asuntos que afecten a su régimen jurídico y económico, así como las cuestiones que se refieran a las actividades desarrolladas por aquéllos en el cumplimiento de sus fines, prestándoles a tal efecto el apoyo necesario.*
- c) Elaborar el informe previo a la inscripción de la fundación en el Registro en relación a los fines y suficiencia de la dotación*
- d) Comprobar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales.*
- e) Ejercer provisionalmente las funciones del órgano de gobierno o Patronato de la fundación, si por cualquier motivo faltasen todas las personas que lo deberán integrar.*
- f) Ejercer la correspondiente acción de responsabilidad por los daños y perjuicios que causen los patronos por actos contrarios a Ley o a los Estatutos o por los realizados negligentemente.*
- g) Instar judicialmente el cese de patronos cuando éstos no desempeñen el cargo con la diligencia de un representante leal.*

el 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 en esta región⁶⁸⁶.

-
- h) Impugnar los actos y acuerdos del Patronato u órgano de gobierno de las fundaciones que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios por los que se rigen las fundaciones.*
 - i) Instar judicialmente la intervención temporal y ejercerla si se autoriza, cuando se advierta una grave irregularidad en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la fundación o una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada, si el órgano de gobierno de la fundación no atendiese el requerimiento del protectorado conminándole a cesar en esa actividad.*
 - j) Resolver las solicitudes de autorización para todos aquellos asuntos y actos de administración y gestión de las fundaciones que precisen la del Protectorado*
 - k) Reclamar a los Patronatos la información que deban facilitar al Protectorado*
 - l) Controlar la liquidación del patrimonio de las fundaciones y decidir, cuando proceda, el destino de los bienes de la fundación liquidada.*
 - m) Emitir informe y arbitrar las medidas oportunas para que las fundaciones inscritas en el Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Cantabria puedan acogerse a los beneficios fiscales legalmente previstos*
 - n) informar a las Consejerías competentes por razón de la actividad que constituya el objeto o fin de la fundación para que, a tenor de sus competencias respectivas, ejerzan las funciones de fomento, ayuda y coordinación de las fundaciones, según la naturaleza de sus fines.*
 - ñ) Cuantas otras funciones vienen establecidas en la legislación estatal de fundaciones”.*

⁶⁸⁶Para el ejercicio del Protectorado, corresponden al Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales de la Comunidad Autónoma de Aragón las siguientes funciones:

- “a) Calificar las Fundaciones y ordenar su inscripción en el Registro, que sólo podrá denegar, mediante resolución motivada, cuando la escritura pública de constitución no se ajuste a las prescripciones de la Ley.*
- b) Aprobar o denegar la inscripción en el Registro de Fundaciones de las ya constituidas que modifiquen sus Estatutos para adaptarlos a la vigente Ley o para adoptar como ámbito de actuación el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón.*
- c) Aprobar o denegar la inscripción en el Registro de aquellas Fundaciones extranjeras que, mediante la existencia de delegación regional, ejerzan actividades en el ámbito de la Comunidad Autónoma.*
- d) Autorizar la fusión de una Fundación a otra, a propuesta del Patronato y previo acuerdo de las Fundaciones interesadas, al que sólo podrá oponerse por razones de legalidad, mediante acuerdo motivado, en el plazo máximo de tres meses a contar desde su notificación; o solicitar de la autoridad judicial la fusión de aquellas Fundaciones que no puedan cumplir sus fines por sí mismas cuando éstos sean análogos y exista oposición de sus órganos de gobierno y no lo haya prohibido el fundador.*
- e) Ratificar el acuerdo del Patronato para la extinción de la Fundación o, en su defecto, en cuanto proceda, instar del Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Fundación la resolución motivada a que hace referencia el primero de los artículos mencionados.*
- f) Controlar el procedimiento de liquidación realizado por el Patronato en el supuesto de extinción de la Fundación y determinar el destino de los bienes y derechos resultantes de esa liquidación a las Fundaciones o las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general, cuando no estén designadas en el negocio fundacional ni en el Estatuto de la Fundación extinguida y el Patronato no tenga reconocida esa facultad por el fundador.*
- g) Designar la persona que, en defecto de albacea y de herederos testamentarios, deba otorgar la escritura pública de la Fundación constituida por acto «mortis causa».*
- h) Designar la persona o personas que, en los casos en que la sustitución de patronos no fuere posible en la forma prevista en los Estatutos, integrarán provisionalmente el órgano de gobierno y representación de la Fundación, hasta que se produzca la oportuna modificación estatutaria.*
- i) Requerir del Patronato, después de oído, la adopción de las medidas correctoras pertinentes si se hubiera advertido en la gestión económica alguna grave irregularidad que ponga en peligro la subsistencia de la Fundación o una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada; y, si dicho requerimiento no fuere atendido, formular ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Fundación solicitud de autorización para la intervención temporal de esta asumiendo, llegado el caso, todas las atribuciones legales y estatutarias del Patronato de la Fundación intervenida durante el tiempo que determine el Juez.*
- j) Entablar la acción de responsabilidad contra los patronos de una Fundación por los daños y perjuicios*

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, tal como señala el artículo 44 de la precitada LFA, el Protectorado es, básicamente, “*el órgano administrativo de asesoramiento y apoyo técnico de las fundaciones, que velará por el correcto ejercicio del derecho de Fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de aquellas*”, definición que, prácticamente, reproduce el tenor literal del ya referido con anterioridad artículo 34 de la Ley estatal.

Las funciones del Protectorado en el espectro andaluz quedan detalladas en el citado artículo 45.1 de la LFA, el cual se limita, al igual que la mayoría de normas autonómicas, a relacionar sus posibles atribuciones sin criterio ordenador alguno. No obstante, las funciones del Protectorado en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía sí han sido detalladas y sistematizadas de manera muy acertada por el instrumento normativo por el que se desarrolla la antedicha norma legal, es decir, por el Decreto 32/2008, de 5 de febrero, el cual las aglutina y estructura en función de su vinculación con diferentes ámbitos de la actividad fundacional. A saber: funciones y facultades generales (art. 42)⁶⁸⁷, funciones en relación con la constitución de la Fundación (art. 43)⁶⁸⁸, funciones en relación con el Patronato (art. 44)⁶⁸⁹, funciones y

que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados negligentemente.

k) *Instar el cese de los patronos de una Fundación que no desempeñen el cargo con la diligencia de un representante leal, si así se declara en resolución judicial.*

l) *Impugnar los actos y acuerdos del Patronato que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios por los que se rige la Fundación.*

m) *Ejercer todas las demás facultades que, con respecto a las Fundaciones, sean de la competencia de la Administración de la Comunidad Autónoma y no estén expresamente atribuidas a otros órganos”*

⁶⁸⁷Este artículo reconoce como facultades del Protectorado todas aquellas reconocidas por la ley autonómica y estatal. Asimismo, también se reconoce en este precepto la competencia del Protectorado para 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, así como la obligación de velar por la efectiva y adecuada utilización de la denominación «fundación», denunciando, en su caso, ante la autoridad competente, su utilización por otra clase de entidades.

⁶⁸⁸“*En relación con la constitución de las fundaciones, corresponderán al Protectorado las siguientes funciones:*

a) *Asesorar a las fundaciones en proceso de constitución en relación con la normativa aplicable a dicho proceso, en particular sobre aspectos relacionados con la dotación, los fines de interés general y la elaboración de Estatutos, así como sobre los trámites administrativos que precisen para todo ello.*

El Protectorado pondrá a disposición de las personas interesadas un modelo de Estatutos de carácter orientativo, utilizando medios telemáticos y electrónicos además de los ordinarios.

Asimismo las personas interesadas podrán someter al Protectorado un borrador de Estatutos para su informe previo no vinculante.

b) *Asesorar a las fundaciones ya constituidas e inscritas en el Registro de Fundaciones de Andalucía sobre aquellas cuestiones que se refieran tanto a su régimen jurídico, económico- financiero y contable como a las actividades a realizar en cumplimiento de sus fines.*

c) *Clasificar las fundaciones en función de los fines que persigan.*

facultades en relación al patrimonio fundacional (art. 45)⁶⁹⁰, funciones en relación con la modificación, fusión, extinción y liquidación de las fundaciones (art. 46)⁶⁹¹,

-
- d) *Informar preceptivamente al Registro de Fundaciones de Andalucía en los procedimientos administrativos de inscripción de fundaciones sobre la suficiencia y adecuación de su dotación fundacional e idoneidad de sus fines. El informe tendrá carácter vinculante.*
 - e) *Otorgar, previa autorización judicial, escritura pública de constitución de la fundación (en los supuestos que proceda)*
 - f) *Cesar a las personas que integren el Patronato de las fundaciones en proceso de formación que, en el plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura de constitución, no hubieran instado su inscripción en el Registro de Fundaciones de Andalucía, y nombrar nuevas personas que integren el Patronato, previa autorización judicial”*

⁶⁸⁹“En relación con el Patronato, corresponderán al Protectorado las siguientes funciones:

- a) *Comprobar que la designación y cese de las personas que integran el Patronato, así como el nombramiento y cese de quienes desempeñen la Secretaría y, en su caso, la Gerencia u otros cargos de la fundación, son conformes con las previsiones estatutarias a efectos de posibilitar su inscripción en el Registro de Fundaciones de Andalucía.*
- b) *Autorizar a las personas que integren el Patronato a contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero.*
- c) *Autorizar al Patronato para asignar una retribución adecuada a las personas que integren el Patronato por servicios prestados a la fundación distintos de los que implican el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato.*
- d) *Ejercitar la acción de responsabilidad de las personas que integren el Patronato en los supuestos previstos por la Ley.*
- e) *Ejercer provisionalmente las funciones del órgano de gobierno de la fundación, si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo, designar nuevos patronos o, en los casos indicados por la Ley, instar la disolución de la fundación.*
- f) *Instar, en su caso, la disolución de la fundación cuando el número de personas que integren el Patronato sea inferior a tres, y la misma no resulte viable.*
- g) *Designar provisionalmente a las personas que integren el Patronato cuando la sustitución de los mismos no pueda llevarse a cabo de acuerdo con los Estatutos (...)*
- h) *Completar la composición del órgano de gobierno de la fundación (...)*”

⁶⁹⁰“En relación con el patrimonio de las fundaciones, corresponderán al Protectorado las siguientes funciones:

- a) *Autorizar la enajenación y gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación fundacional, y aquellos otros que, sin integrar dicha dotación, estén vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales, así como de aquellos que representen un valor superior al 20% del activo de la fundación que resulte de su balance anual aprobado en el último ejercicio inmediatamente anterior.*
- b) *Verificar la legalidad de la enajenación y gravamen de bienes y derechos patrimoniales de las fundaciones distintos de los contemplados en el apartado anterior.*
- c) *Verificar la legalidad de las aceptaciones de legados con cargas o donaciones onerosas o remuneratorias y la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas acordadas por el Patronato de la fundación.*
- d) *Velar por la integridad, suficiencia y rentabilidad del patrimonio fundacional y verificar si los recursos económicos de las fundaciones se aplican al cumplimiento de los fines fundacionales, pudiendo solicitar del Patronato la información que a tal efecto resulte necesaria”*

⁶⁹¹“En relación con la modificación, fusión, extinción y liquidación de las fundaciones, corresponderán al Protectorado las siguientes funciones:

- a) *Controlar la legalidad de las modificaciones de Estatutos, así como instar dicha modificación en el supuesto de que la fundación no pueda actuar satisfactoriamente de acuerdo con lo dispuesto en sus Estatutos.*
- b) *Controlar la legalidad de la fusión de las fundaciones, así como instar dicha fusión cuando la fundación resulte incapaz de alcanzar sus fines fundacionales.*
- c) *Ratificar el acuerdo de extinción de la fundación adoptado por el Patronato en los siguientes supuestos:*
 - 1.º *Cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional.*
 - 2.º *Cuando sea imposible la realización del fin fundacional.*
 - 3.º *Cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos.*

funciones en relación con el cumplimiento de los fines fundacionales (art.47)⁶⁹² y funciones en relación con el ejercicio de acciones judiciales (art. 48)⁶⁹³.

En cualquier caso, la gran novedad que aporta el Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía se halla en su Capítulo VIII, que regula las relaciones entre el Protectorado y el Registro. El ejecutivo, a la hora de redactar y aprobar el Decreto 32/2008, ha sido consciente de la débil frontera que separa las competencias y funciones que tienen encomendadas cada uno de estos órganos y ha

d) *Controlar el proceso de liquidación de la fundación y determinar los destinatarios del remanente de bienes y derechos de la fundación cuando dichos destinatarios no hayan sido designados en la escritura de constitución ni en los Estatutos de la fundación extinguida, ni el Patronato de la misma tenga reconocida por el fundador la facultad de determinar dichos destinatarios”.*

⁶⁹²“*En relación con el cumplimiento de los fines de las fundaciones, corresponderán al Protectorado las siguientes funciones:*

a) *Velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, teniendo en cuenta la voluntad de la persona fundadora y la consecución del interés general, así como interpretar, suplir e integrar la voluntad del fundador cuando fuere necesario, conforme a la Ley.*

b) *Verificar que las personas que participan en la adopción de los acuerdos del Patronato tienen inscritas en el Registro de Fundaciones de Andalucía las correspondientes aceptaciones de sus cargos de patronos, encontrándose en pleno ejercicio de sus funciones, así como comprobar que la composición del Patronato es conforme a los Estatutos de la fundación y que los acuerdos se adoptan en la forma dispuesta estatutariamente.*

c) *Comprobar que las fundaciones facilitan información adecuada y suficiente respecto de sus fines, y actividades, para que sean conocidas por sus eventuales personas beneficiarias y demás personas interesadas.*

d) *Verificar que los Patronatos publicitan correctamente la naturaleza fundacional de la entidad, a fin de que sea de público conocimiento que la actividad de interés general desarrollada es llevada a cabo por una fundación.*

e) *Comprobar que las fundaciones actúan con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de las personas beneficiarias, promoviendo la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.*

f) *Recibir información mediante escrito del Patronato, de la participación mayoritaria de la fundación en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales.*

g) *Dictar resolución motivada cuando encuentre indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de la fundación dando traslado de toda la documentación al Ministerio fiscal o al órgano jurisdiccional competente.*

h) *Examinar y depositar en el Registro de Fundaciones las cuentas anuales de las fundaciones, incluidos, en su caso, los informes de auditoría, controlando el cumplimiento de la obligación de formular y presentar las cuentas anuales por parte de los Patronatos de las fundaciones.*

i) *Comprobar la adecuación formal del plan de actuación de la fundación a la normativa vigente y depositarlo en el Registro de Fundaciones de Andalucía.*

j) *Difundir la existencia y actividades de las fundaciones”*

⁶⁹³“*En relación al ejercicio de acciones judiciales, corresponderán al Protectorado las siguientes funciones:*

a) *Ejercitar la acción de responsabilidad contra las personas que integran el Patronato, en los supuestos legalmente previstos.*

b) *Instar judicialmente el cese de las personas que integren el Patronato por desempeño del cargo sin la diligencia prevista en la ley.*

c) *Impugnar los actos y acuerdos del Patronato que sean contrarios a las leyes o a los Estatutos de la fundación.*

d) *Instar de la autoridad judicial la intervención de la fundación en el supuesto de grave irregularidad en la gestión económica de la fundación con peligro de su subsistencia o por desviación grave entre los fines de la fundación y la actividad por la misma realizada”*

establecido un régimen entre ambos basado en los principios de comunicación mutua y colaboración. Respecto al primero de ellos, el artículo 49 de la mencionada norma reglamentaria determina que, cuando el Protectorado reciba de los órganos de gobierno de las fundaciones documentos relativos a actos susceptibles de inscripción en el Registro de Fundaciones de Andalucía que no requieran comunicación o autorización previa por parte de aquel, trasladará, sin más trámites, la documentación al Registro que resolverá sobre la inscripción solicitada, dando traslado de ello al Protectorado. En definitiva, se trata de la aplicación práctica de los principios administrativos de economía procesal y de eficacia propios del procedimiento administrativo general, pues, hasta la entrada en vigor de este precepto, en estos casos, el Protectorado estaba obligado a devolver la documentación a la Fundación solicitante e instar la inscripción previa, *praxis* que suponía una dilación de plazos que, afortunadamente, ya ha quedado superada⁶⁹⁴.

Por otro lado, el principio de colaboración mutua entre Protectorado y Registro queda contemplado en el artículo 50 del Decreto 32/2008, el cual obliga a ambos órganos a remitirse la información que se soliciten, empleándose cuantas medidas y medios electrónicos se estimen oportunos para una información directa y fluida que facilite sus relaciones. Asimismo, como materialización de este principio, el Protectorado promoverá de oficio la práctica de asiento en el Registro de Fundaciones de Andalucía de aquellos actos susceptibles de inscripción que le sean comunicados por los Patronatos de las fundaciones o respecto de los que haya otorgado su autorización o aprobación, mientras que, como contrapartida, el Registro de Fundaciones de Andalucía deberá remitir al Protectorado los actos presentados para su inscripción que, debiendo ser comunicados al Protectorado con carácter previo a la misma, no hayan sido remitidos a dicho órgano.

Para concluir este apartado, como reflexión final, y a la vista de la amplitud e importancia de las atribuciones encomendadas por el legislador estatal y autonómico al Protectorado, cabe preguntarse si este dispone de los medios necesarios para el correcto desempeño de las mismas porque, tal como está configurada la normativa de referencia, no se trata de funciones de carácter puntual, sino que, por el contrario, su ejercicio es

⁶⁹⁴MESA VILA, M., *Fundaciones del Sector Público Andaluz*,..., págs. 74 y 75.

continuado y permanente, abarcando, prácticamente, la totalidad de la actividad cotidiana de las fundaciones. Si bien la irrupción de las nuevas tecnologías ha influido positivamente en este ámbito al mejorar y facilitar la necesaria comunicación bidireccional que ha de suscitarse entre Protectorados y fundaciones, lamentablemente, consideramos que los recursos materiales y humanos de los que disponen los primeros resultan insuficientes para satisfacer en su integridad el rol de control, supervisión y vigilancia que tienen encomendando, de ahí que, con frecuencia, estos órganos tengan que emplear técnicas de muestreo para cumplir con su cometido, las cuales, en nuestra opinión, resultan insuficientes para este tipo de entidades que, debido al interés general que persiguen y a su beneficioso régimen fiscal, deberían estar sometidas a un control total y exhaustivo de su actividad.

2.4) Organización del Protectorado

2.4.1) Introducción. Protectorado único o múltiple.

Tal como ya hemos expuesto con anterioridad en este mismo trabajo, el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones ha dispuesto un sistema en el que podemos hallar tres tipos de entidades: las fundaciones de competencia estatal, a las que se les aplica sólo la normativa nacional, las fundaciones autonómicas, que se rigen por la normativa de su correspondiente Comunidad, y las delegaciones de fundaciones extranjeras, que podrán estar sometidas a una u otra normativa según su ámbito de actuación principal. En este contexto, las distintas regulaciones autonómicas, si bien han de respetar el contenido declarado como básico por la norma estatal, también presentan diferencias respecto a esta última en diversas materias, siendo la institución del Protectorado, entre otras, una de ellas.

En base a lo señalado, y de conformidad con el artículo 2 del RLF, el ejercicio de las funciones inherentes al Protectorado corresponderá a la Administración General del Estado en el caso de fundaciones y delegaciones extranjeras que desarrollen su actividad principal en todo el territorio nacional o, al menos, en más de una Comunidad Autónoma, mientras que, *a sensu contrario*, recaerá en una Administración autonómica

cuando la entidad fundacional centre su actuación principal en el ámbito territorial de dicha Comunidad. Esta pluralidad de Protectorados presenta, además, diferencias en cuanto a su ejercicio, pues coexisten sistemas en los que la figura del Protectorado es única con otros que presentan un Protectorado múltiple en el que las atribuciones de esta figura serán ejercidas por órganos distintos en función del contenido o naturaleza de la actividad fundacional.

Esta dualidad de sistemas de Protectorado, único o múltiple, ha suscitado un álgido debate entre los partidarios de una u otra alternativa. En resumen, se puede afirmar que todos los posicionamientos doctrinales pueden agruparse en tres grandes tesis: los defensores del Protectorado Único -que constituyen el grupo más numeroso-, los que apoyan un Protectorado Múltiple y, finalmente, los que propugnan una postura intermedia.

1) Quienes fomentan la existencia de un Protectorado único fundamentan su postura en el cumplimiento del principio de eficacia que, conforme a los artículos 103.1 de la CE y 3.1, letra h), de la LRJSP, debe regir la actuación administrativa. Así, tal como argumenta PÉREZ ESCOLAR, “si se quiere conseguir que el Protectorado sea un órgano de control verdaderamente eficaz, no sólo se tiene que buscar la eficacia en las facultades de actuación que se le atribuyen, sino también hay que buscar una eficacia organizativa que redunde en eficiencia económica y humana. Todo esto sólo se puede lograr con el Protectorado único, pues se trata de conseguir 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 para contribuir al cumplimiento de uno de los principios rectores de la CE: el principio de eficacia (art. 103.1)”⁶⁹⁵.

Ciertamente, el primer exponente de la mayor eficacia del Protectorado único sería la eliminación de la histórica necesidad de las fundaciones de investigar cuál es el órgano competente para desempeñar este papel, en especial cuando las funciones y actividades fundacionales son de naturaleza variada, circunstancia que ha motivado diversos pronunciamientos jurisprudenciales, como, por ejemplo, la STS, Cont-Adm, de

⁶⁹⁵PÉREZ ESCOLAR, M, “El protectorado de las fundaciones. Hacia una renovación de sus facultades de actuación”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2140, marzo 2012. pág. 25.

27 de abril de 2001, la cual abordaremos en un posterior epígrafe⁶⁹⁶.

Junto a ello, también se evitaría una competencia indeseable entre los diferentes Protectorados por “captar” fundaciones y, además, se pondría punto y final a la libre e interesada elección de Protectorado, la cual puede lograrse mediante una sutil descripción de los fines fundacionales según el criterio del fundador.

Asimismo, como consecuencia del Protectorado único y manifestación del mencionado principio de eficacia, quedaría garantizada la homogeneidad de criterio que permitiría pronunciamientos uniformes y, por consiguiente, mayor seguridad jurídica, evitándose la posibilidad de resoluciones contradictorias entre unos y otros Protectorados⁶⁹⁷.

2) Frente a los argumentos planteados, los partidarios del Protectorado múltiple refieren como principal ventaja del mismo el aprovechamiento de experiencias sectoriales y la correlativa mejor conexión entre la Fundación y su órgano de control, por entenderse que los Protectorados que desarrollan fines más próximos a los fundacionales pueden, al conocer con mayor precisión el sector en el que la entidad se desarrolla, optimizar su labor, prestando, en consecuencia, un mejor asesoramiento y ejerciendo un control más exhaustivo y riguroso sobre la actuación de la Fundación⁶⁹⁸.

Según esta tesis, y considerando que la entidad fundacional contribuye a la realización de un interés general en concurrencia (complementaria o competitiva) con

⁶⁹⁶La STS, Cont-Adm, de 27 de abril de 2001, se pronuncia sobre la presunta competencia del, en aquella fecha, Ministerio de Educación y Ciencia para el ejercicio de las funciones de Protectorado y Registro sobre una determinada entidad fundacional. En concreto, el Fundamento de Derecho Cuarto de dicho pronunciamiento, el cual reproducimos a continuación, resulta muy ilustrativo sobre esta problemática: *"El Abogado del Estado parte, en resumen, de la naturaleza «no educativa» de la Fundación de referencia y de que el fin de esta «no es otro que la promoción y difusión de las enseñanzas concretas de un determinado filósofo conferenciante y educador», lo que, en su opinión, «no puede considerarse como una actitud educativa... o de investigación científica y técnica», para llegar así a la conclusión de que no entra «dentro de las competencias específicas del Ministerio de Educación y Ciencia», pero de todos modos esta Sala ha de entender que cultura hace referencia a civilización, conocimientos y saberes sin requerir como necesario un fin de impartir o de proporcionar a otros tales valores, mientras que educación implica enseñanza, instrucción y «doctrinamiento», que exige, por ello, la existencia de unos sujetos a quienes dirigirlos, lo que acerca los fines de la Fundación hacia la educación, al menos a los efectos de que sea el Ministerio de Educación y Ciencia el encargado de resolver sobre las peticiones que se le dirigieron (...)"*.

⁶⁹⁷BENGOECHEA BARTOLOMÉ, A., Y LÓPEZ GARCÍA, J.M., “El Protectorado”..., op. cit., pág. 802.

⁶⁹⁸DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V., “Protectorado de Fundaciones: Único o Múltiple”, *Revista Consejeros*, número 101, mes noviembre 2010, pág. 12.

órganos administrativos que implementan unas determinadas políticas públicas, parece lógico que el Protectorado esté regido por dichos órganos que, sin lugar a dudas, resultan los más cualificados para determinar si la actuación de la Fundación es adecuada, o no, al ordenamiento jurídico que resulta de aplicación para la gestión de la política pública cuya ejecución les corresponde.

3) Finalmente, como resultado de la integración de las dos posturas previamente referidas, existe un planteamiento ecléctico que, si bien aboga por el mantenimiento de diferentes Protectorados por las mismas razones expuestas en los párrafos precedentes, condiciona tal posibilidad a dos factores: que el régimen de general aplicación sea único y que se constituya una suerte de órgano de intercambio de información y coordinación para asegurar la aplicación homogénea de la normativa sobre el ejercicio del Protectorado, pues de lo contrario, la unidad del régimen legal podría desvirtuarse en función del criterio de aplicación que resultara imperante en cada supuesto concreto, coincidiendo en esta última conclusión, por tanto, con los defensores del Protectorado único. En definitiva, para los partidarios de este régimen lo más importante no es la organización única o múltiple del Protectorado, sino la filosofía que impregna las relaciones entre la Administración y la sociedad, ya que las fundaciones sólo son una expresión más del dinamismo de esta última⁶⁹⁹.

2.4.2) La organización actual en la Administración General del Estado

Durante el proceso de tramitación parlamentaria de la vigente LF, surgieron, en mayor o menor medida, todas y cada una de las tesis previamente relatadas. De hecho, en uno de los primeros borradores del referido texto legal, se planteó una organización mixta, con un Protectorado único en el Ministerio de Justicia aunque con delegaciones en los distintos Departamentos ministeriales que ostentaran competencias en la materia. Esta opción implicaba una doble dependencia: orgánica, respecto al Protectorado único, y funcional, en relación a cada Departamento.

En cualquier caso, más explícita fue aun la defensa del Protectorado único por los organismos consultivos y colectivos privados que participaron en la tramitación del

⁶⁹⁹BENGOECHEA BARTOLOMÉ, A., Y LÓPEZ GARCÍA, J.M., “El Protectorado”..., op. cit., pág. 804.

Proyecto de Ley. Así, por ejemplo, el Centro de Fundaciones, en sus alegaciones ante el Consejo de Estado de fecha 19 de julio de 2002, expuso que el texto propuesto parecía “perpetuar la pluralidad de Protectorados” cuando, sin embargo, “la decisión de establecer un Protectorado único debería formularse de modo expreso en la Ley, sin perjuicio de remitir a la vía reglamentaria los desarrollos orgánicos correspondientes”⁷⁰⁰. En esta misma línea se había manifestado el Consejo de Estado en su Dictamen 1636/2002, de 9 de julio, órgano que, además, subrayó las dificultades que la pluralidad de Protectorados entrañaba para determinar cuál de ellos resultaba competente en orden a la naturaleza de los fines fundacionales⁷⁰¹.

En cualquier caso, y a pesar de las recomendaciones propuestas, la LF no llegó a acoger la figura del Protectorado único debido, en gran medida, a las presiones ejercidas por los diferentes Ministerios con competencia en la materia que, como es lógico, discrepaban de esta medida, pues, en definitiva, suponía una pérdida de influencia y capacidad de decisión⁷⁰². Estos Departamentos abogaron por el Protectorado múltiple aduciendo que, dada la diversidad y heterogeneidad existente de fundaciones, dicha modalidad resultaría más efectiva si era ejercida por el Ministerio bajo cuyo ámbito de actuación, y en atención a sus fines, dichas entidades desarrollaban su labor. Asimismo, estos Ministerios consideraban que los problemas esgrimidos por los defensores del Protectorado único no residían en el diseño múltiple que ellos propugnaban, sino en la escasez de medios, siendo necesario, por tanto, para la solución de los mismos, proceder a una adecuada dotación de recursos humanos, materiales y financieros que permitieran a los Protectorados ejercer adecuadamente sus funciones⁷⁰³.

⁷⁰⁰Alegaciones formuladas por Centro de Fundaciones ante el Consejo de Estado con fecha 19 de junio de 2002.

⁷⁰¹Dictamen número 1636/2002, emitido a través de su Comisión Permanente en sesión celebrada el 9 de julio de 2002. En concreto, este órgano consultivo, en las observaciones realizadas al artículo 33 del Proyecto de Ley de Fundaciones, se manifiesta en los siguientes términos: “El apartado 2 de este artículo mantiene la regulación vigente señalando únicamente que el Protectorado será ejercido por la Administración General del Estado, remitiendo al Reglamento la forma de llevarlo a cabo. La Ley no opta por un Protectorado único o un Protectorado diversificado. El Centro de Fundaciones propugna que en este artículo la Ley debería inclinarse por un Protectorado único. El Consejo de Estado en el dictamen 272/96, de 22 de febrero de 1996, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, ya subrayó las dificultades de la pluralidad de Protectorados en orden a su determinación atendiendo a la naturaleza de los fines de la Fundación, dadas las atribuciones, muchas veces circunstanciales, de los Departamentos ministeriales. Es una cuestión compleja que puede regularse en la norma reglamentaria que desarrolle la nueva Ley. Ha de recordarse que las Comunidades Autónomas han utilizado diversos criterios (así, por ejemplo, el País Vasco, la Comunidad Valenciana y Canarias han establecido un sistema de Protectorado único)”.

⁷⁰²DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V., “Protectorado de Fundaciones: Único o Múltiple”..., op. cit.

⁷⁰³En esta línea parecía pronunciarse la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 316/1996, de 26

En cualquier caso, y debido a los antagónicos posicionamientos existentes, la LF no optó expresamente por ninguna de las tres modalidades de Protectorado anteriormente detalladas, limitándose a señalar que el Protectorado será desempeñado por un único órgano administrativo -lo que en su caso podría dar argumentos a la tesis del protectorado único-, en la forma que reglamentariamente se desarrolle (art. 34.2)⁷⁰⁴. Así pues, hubo que esperar a la entrada en vigor del RLF, para, tal como recoge su artículo 40, constatar que, a pesar de las opiniones esgrimidas en sentido opuesto, se mantenía el sistema de Protectorado múltiple (art. 40)⁷⁰⁵. No obstante, como respuesta a una de las principales críticas vertidas por los detractores de este sistema de Protectorado, la norma otorgaba al Registro de Fundaciones la competencia para, en caso de duda o discrepancia, determinar el Protectorado al que una entidad fundacional, en orden a sus fines, habría de adscribirse, evitando así cualquier atisbo de inseguridad

de febrero, por el que se aprobó el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, el cual desarrollaba la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general. El tenor literal de dicha Disposición, rubricada “*Dotación de los Protectorados*”, era el siguiente:

- “1. *Los Protectorados que ejercen las funciones derivadas del Reglamento de Fundaciones estarán dotados de recursos humanos, materiales y financieros suficientes para el cumplimiento de las mismas.*
 2. *Los Ministerios de Economía y Hacienda y para las Administraciones Públicas aprobarán, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 469/1987, de 3 de abril, la relación de puestos de trabajo de los Protectorados que, en todo caso, garantizarán la asignación de los correspondientes puestos para el desempeño de la función de seguimiento de las actividades fundacionales, así como de las de apoyo jurídico, económico y administrativo necesarias.*
- A tales efectos, se integrarán en la correspondiente unidad de Protectorado los recursos humanos y materiales actualmente existentes en los Ministerios de Educación y Ciencia, de Trabajo y Seguridad Social, de Cultura y de Asuntos Sociales. Asimismo, podrán integrarse en el Protectorado cualesquiera otros servicios departamentales actualmente existentes que cumplan funciones análogas relacionadas con entidades sin ánimo de lucro.*
- La aprobación de los puestos de trabajo de los Protectorados y las integraciones de recursos humanos y materiales no producirán incremento del gasto público.*
3. *El Ministerio de Economía y Hacienda efectuará las modificaciones presupuestarias precisas para el cumplimiento del presente Real Decreto”.*

⁷⁰⁴En concreto, el artículo 34, apartado segundo, de la LF señala que “*Las funciones de Protectorado respecto de las fundaciones de competencia estatal serán ejercidas por la Administración General del Estado a través de un único órgano administrativo, en la forma que reglamentariamente se determine*”.

⁷⁰⁵Según el artículo 40, apartado primero, del RLF, “*el protectorado de las fundaciones de competencia estatal será ejercido por la Administración General del Estado 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. La atribución del protectorado a nuevos departamentos ministeriales sólo podrá llevarse a cabo mediante acuerdo del Consejo de Ministros*”.

Asimismo, tal como determina el apartado tercero de este mismo precepto, “*en el ámbito de cada departamento ministerial, la titularidad del protectorado corresponde al Ministro, sin perjuicio de la posibilidad de su delegación o desconcentración. Las resoluciones del titular del protectorado ponen fin a la vía administrativa*”.

jurídica en esta materia⁷⁰⁶.

No obstante, desde enero del año 2015, esta organización ha experimentado un cambio diametral, pues, tras la aprobación del Real Decreto 1066/2015, de 27 de noviembre, por el que se modificaba la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte⁷⁰⁷, actualmente regulada por el Real Decreto 284/2017, de 24 de marzo⁷⁰⁸, se procedió a la implantación de un Protectorado único para la entidades fundacionales de competencia estatal, atribuyendo esta responsabilidad a la Secretaría General Técnica del citado Ministerio, que la ejercerá a través de la Subdirección General de Fundaciones⁷⁰⁹, todo ello sin perjuicio de lo establecido en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias⁷¹⁰, redacción que es idéntica a la contemplada en la actual estructura orgánica del aludido Departamento ministerial, la cual ha sido aprobada por el precitado Real Decreto 284/2017, de 24 de marzo⁷¹¹. Así pues, mediante la antedicha norma reglamentaria se derogaron los apartados correspondientes de los Reales Decretos de estructura orgánica básica de los Ministerios que, hasta la fecha, habían ejercido funciones en materia de Protectorado⁷¹².

⁷⁰⁶ Concretamente, será en el artículo 40, apartado segundo, del RLF, donde se establece que *“el Registro de fundaciones de competencia estatal decidirá, a la vista del fin principal de la fundación establecido en sus Estatutos, tanto en el momento de su constitución como con ocasión de una eventual modificación estatutaria que afecte a sus fines, el protectorado competente al que dicha fundación quedará adscrita”*.

⁷⁰⁷ BOE núm. 287, de 1 de diciembre.

⁷⁰⁸ BOE núm. 72, de 25 de marzo.

⁷⁰⁹ Téngase en cuenta, sobre reestructuración y estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales; el

Real Decreto 415/2016, de 3 de noviembre (BOE núm. 267, de 4 de noviembre). y el Real Decreto 424/2016,

de 11 de noviembre (BOE núm. 274, de 12 de noviembre).

⁷¹⁰ BOE núm. 311, de 27 de diciembre.

Según el artículo 45, apartado segundo, de esta norma legal, el cual ha sido objeto de modificación por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito (BOE núm. 156, de 27 de junio), *“en el supuesto de fundaciones bancarias cuyo ámbito de actuación principal exceda el de una Comunidad Autónoma, el protectorado será ejercido por el Ministerio de Economía y Competitividad siempre que individualmente ostenten una participación directa o indirecta en la entidad o entidades de crédito de, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto o, teniendo un porcentaje inferior, la fundación bancaria sea su mayor accionista. En caso contrario, el protectorado será ejercido por la correspondiente Comunidad Autónoma.*

En todo caso (...) se entenderá que el ámbito de actuación principal de la fundación bancaria excede de una Comunidad Autónoma cuando el 40 por ciento de la actividad de las entidades de crédito en las que participe directa o indirectamente, considerando la distribución territorial de los depósitos de sus clientes, se realice fuera de la Comunidad Autónoma en la que la fundación tiene su sede”.

⁷¹¹ Artículo 12.1, letra s), del Real Decreto 284/2017, de 24 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (BOE núm. 72, de 25 de marzo).

⁷¹² En concreto, y a tales efectos, tal como determina la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto 1066/20105, quedan derogadas:

Esta modificación y, con ella, cambio de criterio en la esfera estatal, es uno de los resultados derivados del trabajo realizado en el seno de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA, en adelante). Dicha Comisión, creada mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012, tenía por objeto mejorar la eficiencia y eficacia de la actividad pública, minorando su coste, sin que ello conllevara aparejado una disminución de la calidad de los servicios prestados. La CORA se adscribió al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a través de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, correspondiendo la presidencia de la misma a la persona titular de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, la vicepresidencia a la persona titular de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, y la secretaría a la persona titular de la Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales. Asimismo, también serían componentes de esta Comisión un representante de cada uno de los departamentos ministeriales, con rango mínimo de Director General, un representante de la Oficina Económica de la Presidencia del Gobierno, un representante del Gabinete de la Presidencia del Gobierno y un representante del Gabinete de la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de la Presidencia.

Para organizar y sistematizar sus trabajos, la CORA se estructuró en cuatro Subcomisiones. A saber: de Duplicidades Administrativas, la cual tenía por objeto

“-La letra f) del artículo 13.3 del Real Decreto 401/2012, de 17 de febrero por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (BOE núm. 42, de 18 de febrero)

-La letra f) del artículo 4.1 del Real Decreto 343/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (BOE núm. 36, de 11 de febrero), en lo que se refiere al protectorado del gobierno sobre las fundaciones laborales.

-La letra h) del artículo 7.1 del Real Decreto 344/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Industria, Energía y Turismo (BOE núm. 36, de 11 de febrero)

-El párrafo n) del artículo 9.1 del Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 20, de 24 de enero)

-La letra j) del artículo 9.1 del Real Decreto 453/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 56, de 6 de marzo)

-La letra c) del artículo 10.2 del Real Decreto 452/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 56, de 6 de marzo)”.

identificar y eliminar duplicidades y reforzar los mecanismos de cooperación, de modo que se redujese el coste de la actividad administrativa⁷¹³, de Simplificación Administrativa, que se encargaría de revisar las trabas burocráticas que dificultaban la tramitación de los procedimientos administrativos con el fin de conseguir una mayor simplificación que redundara en beneficio de la ciudadanía, de Gestión de Servicios y Medios Comunes, la cual estudiaría la posibilidad de centralizar actividades de gestión que, por ser similares o de la misma naturaleza, podían desempeñarse de forma unificada o coordinada para un mejor aprovechamiento de los recursos públicos y, finalmente, de Administración Institucional, que analizaría la distinta tipología de entes que la componen para revisar el marco normativo y los modelos que en él se identifican como óptimos.

Como resultado de los trabajos y estudios efectuados, la CORA elaboró un informe⁷¹⁴ que fue presentado al Consejo de Ministros, de fecha 21 de junio de 2013, por la Vicepresidenta y Ministra de la Presidencia y el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas en aquel momento. Dicho informe recogía un total de 218 medidas dirigidas a la mejora y simplificación del funcionamiento de las Administraciones Públicas, de las cuales, 138 afectaban a la Administración General del Estado y a las Comunidades Autónomas. Para la ejecución, impulso y seguimiento de las medidas contempladas en dicho informe, se creó, mediante Real Decreto 479/2013, de 21 de junio, la Oficina Para la Ejecución de la Reforma de la Administración (OPERA)⁷¹⁵, cuya estructura y funcionamiento están regulados por el Real Decreto 671/2014, de 1 de agosto, de modificación del Real Decreto 199/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales⁷¹⁶.

⁷¹³Fue en esta Subcomisión donde se abordó el análisis del modelo de Protectorado múltiple y su posible sustitución por un sistema de Protectorado único.

⁷¹⁴Se puede consultar el informe en la siguiente URL:
http://www.sefp.minhafp.gob.es/dms/es/web/areas/reforma_aapp/INFORME-LIBRO/INFORME%20LIBRO.PDF (última consulta: 25/02/2018).

⁷¹⁵BOE núm. 149, de 22 de junio. Disposición reglamentaria actualmente derogada en virtud de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto 671/2014, de 1 de agosto de modificación del Real Decreto 199/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

⁷¹⁶BOE núm. 187, de 2 de agosto. Cabe reseñar que el Real Decreto 199/2012, de 23 de enero, y el Real Decreto 1887/2011, han sido derogados por, respectivamente, el Real Decreto 771/2017, de 28 de

En concreto, es la medida número 1.02.003 del antedicho informe⁷¹⁷ la que aborda el problema del Protectorado múltiple, calificando como ejemplo de ineficacia la dispersión de recursos dentro de la Administración General del Estado al existir varios Ministerios con responsabilidades en materia de Registro de Fundaciones y Protectorado. Para solventar esta situación, se propone como mejora la creación de un Registro y un Protectorado de fundaciones únicos que supondrían, además de un ahorro en las arcas públicas, la concentración en un mismo órgano de unidades que, hasta la fecha, se hallaban dispersas por múltiples Ministerios. En cumplimiento y ejecución de esta medida, se aprobó el previamente referido Real Decreto 1066/2015 cuya entrada en vigor pone punto y final al régimen de Protectorado múltiple imperante, hasta esa fecha, en la Administración General del Estado.

Por último, quisiéramos reseñar que, a pesar de que la medida 1.02.003 contemplaba la modificación expresa del RLF, dicha actuación nunca ha tenido lugar. Por tanto, la implantación del Protectorado único mediante el Real Decreto 1066/2015 ha implicado una derogación tácita del anteriormente comentado artículo 40, apartado segundo, del RLF, pues, aunque expresamente el contenido del mismo permanece intacto, sería de aplicación la referencia genérica recogida en la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto 1066/2015, según la cual, quedarían derogadas las disposiciones de igual o inferior rango que se opusieran a lo dispuesto en el mismo, tal como, por ejemplo, sucede con el aludido precepto del Reglamento estatal que, como ya hemos manifestado, implantaba el modelo de Protectorado múltiple. En nuestra opinión, esta técnica de derogación tácita, que está resultando, desgraciadamente, prolífica durante el período de crisis que vivimos en todos los niveles administrativos, resulta criticable, ya que obstaculiza el efectivo cumplimiento del principio de seguridad jurídica y, además, fomenta la dispersión normativa, dificultando el conocimiento del Derecho vigente.

2.4.3) La organización actual en las Comunidades Autónomas

Como ya hemos expuesto en reiteradas ocasiones en este mismo trabajo al

julio (BOE núm. 180, de 29 de julio), y el Real Decreto 424/2016, de 11 de noviembre (BOE núm. 274, de 12 de noviembre).

⁷¹⁷Ver páginas 106 a 108 de dicho informe.

abordar diversos aspectos del régimen jurídico fundacional, el reparto de competencias esbozado por nuestra CE entre el Estado y las Comunidades Autónomas ha dado lugar a una regulación heterogénea de esta materia que, si bien mantiene un nexo común constituido por los preceptos básicos fijados por la LF, igualmente presenta múltiples particularidades en función del territorio donde el fenómeno fundacional sea objeto de estudio. Esta heterogeneidad no sólo puede ser observada desde una perspectiva material o sustantiva, la cual se manifiesta mediante una regulación diferenciada de diversos aspectos del fenómeno fundacional, sino que también es predicable desde una vertiente formal o instrumental, pues no todas las Comunidades han empleado los mismos medios para desarrollar sus atribuciones. Así, diez regiones han llegado a aprobar una ley autonómica de fundaciones⁷¹⁸, mientras que seis han optado por la vía reglamentaria para tal fin⁷¹⁹.

La diversidad que preside el ordenamiento jurídico de las fundaciones en todo el territorio nacional es también una de las notas características de los distintos regímenes autonómicos existentes en materia de Protectorado, los cuales oscilan desde un modelo múltiple o único “puro”, hasta variantes más o menos suavizadas de los mismos.

Con la excepción de Galicia, Cataluña y Andalucía, -aunque en el caso de estas dos últimas con muchos matices que seguidamente tendremos la oportunidad de exponer-, las Comunidades Autónomas que optaron por vehiculizar sus atribuciones en materia de fundaciones a través de una norma con rango de ley han apostado por un modelo de Protectorado único “puro” aunque, en los supuestos del País Vasco, de la Comunidad Valenciana y de la Comunidad de Madrid, esta organización presenta caracteres específicos que, en cierta medida, aproximan dichos sistemas a las tesis intermedias o mixtas anteriormente detalladas. Así pues, en sentido estricto, dentro de las Comunidades con el antedicho modelo de Protectorado, cabe citar a la Comunidad Foral de Navarra⁷²⁰, Canarias⁷²¹, Castilla-León⁷²² y La Rioja⁷²³.

⁷¹⁸País Vasco, Navarra, Canarias, Comunidad Valenciana, Comunidad de Madrid, Castilla-León, Andalucía, Galicia, La Rioja y Cataluña.

⁷¹⁹Extremadura, Aragón, Cantabria, Región de Murcia, Asturias e Islas Baleares.

⁷²⁰Si bien la Ley Foral de Navarra 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio sólo se ciñe al ámbito fiscal, el artículo 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 (BON núm. 142, de 22 de noviembre), señala que el Protectorado en dicha región será ejercido a través del Departamento competente por razón de la materia, siendo este, actualmente, el Departamento de Presidencia, Función Pública, Interior y

Por el contrario, como ya hemos adelantado, frente a este sistema “puro estricto”, las Comunidades del País Vasco, Madrid y Valencia recogen ciertas especialidades en la organización de su Protectorado que, en nuestra opinión, conviene ser destacadas, pues, aunque no llegan a constituir por sí mismas un modelo propio e independiente del Protectorado único, presentan matices próximos a otros sistemas que, sin lugar a dudas, constituyen un ejemplo de la escasa uniformidad del régimen jurídico del Protectorado en España. Así, la Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco, tras otorgar las funciones propias del Protectorado al Departamento competente en materia de fundaciones, el cual, a tenor de lo dispuesto en el Decreto 24/2016, de 26 de noviembre, del *Lehendakari*, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos⁷²⁴, es el Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno⁷²⁵, crea igualmente una Comisión Asesora

Justicia, tal como determina el Decreto Foral 198/2015, de 9 de septiembre, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Presidencia, Función Pública, Interior y Justicia (BON núm., 181, de 10 de septiembre, extraordinario).

⁷²¹ Al amparo del artículo 35 de la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias, “El Protectorado de Fundaciones Canarias será ejercido por la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, en la forma que reglamentariamente se determine”. A tal efecto, si bien se aprobó el Decreto 188/1990, de 19 de septiembre, Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las Fundaciones Canarias (BOC núm., 127, de 10 octubre), para regular la estructura y actuación del Protectorado, no se llegó a recoger en dicha norma el órgano competente para ello, siendo los Decretos de organización de las distintas Consejerías de los distintos Gobierno Autonómicos los que lo determinen para cada mandato. Actualmente, esta responsabilidad recae en la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad, tal como establece el Decreto 382/2015, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad (BOC núm. 252, de 30 de diciembre).

⁷²² De conformidad con el artículo 32, apartado segundo, de la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León, “*El ejercicio de las funciones y competencias de Protectorado de las Fundaciones que realizan sus actividades preferentemente en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Castilla y León corresponde a los órganos de la Administración autonómica que determine reglamentariamente la Junta de Castilla y León*”. A tal efecto, la Disposición Adicional Primera del Decreto 63/2005, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Castilla y León (BOCL, núm. 169, de 1 septiembre) establece que “*el ejercicio de las funciones y competencias de Protectorado de las Fundaciones que realizan sus actividades preferentemente en Castilla y León se atribuye a la Consejería de Presidencia y Administración Territorial*”.

⁷²³ Según el artículo 41.2 de la Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja, “*El ejercicio de las funciones y competencias de Protectorado de las fundaciones que realizan sus actividades principalmente en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de La Rioja corresponde al órgano de la administración autonómica que determine reglamentariamente el Gobierno de La Rioja*”. En este sentido, el Decreto 25/2015, de 21 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Políticas Sociales, Familia, Igualdad y Justicia, y sus funciones en desarrollo de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOLR núm. 95 de 22 de Julio), atribuye a dicha Consejería esta responsabilidad.

⁷²⁴ BOPV núm. 226, de 28 de noviembre.

⁷²⁵ De conformidad con lo previsto en el artículo 10.1, letra j), del Decreto 71/2017, de 11 de abril, por el

encargada de prestarle asistencia técnica. Dicha Comisión estará conformada por representantes, no sólo del propio Departamento antes citado, sino también de aquellos otros que ostenten competencias en el ámbito o sector de actividad en el que las entidades fundacionales actúen para el cumplimiento de sus fines⁷²⁶.

Por otra parte, aunque no de una forma tan explícita y taxativa, el mismo espíritu de participación y colaboración previsto en la normativa vasca parece igualmente impregnar la valenciana. En ese sentido, y en cumplimiento del desarrollo reglamentario exigido por el artículo 28 de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre de Fundaciones de la *Comunitat Valenciana*, el Decreto 68/2011, de 27 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones⁷²⁷, tras establecer en su artículo segundo que “*el Protectorado de las Fundaciones de la Generalitat se ejerce por la Conselleria competente en materia de fundaciones*”, la cual, actualmente, es la Consejería de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas⁷²⁸, recoge en su Disposición Adicional Primera la posibilidad de que otros órganos de la *Generalitat*, en función de sus atribuciones, puedan colaborar con el Protectorado único⁷²⁹.

que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno (BOPV núm. 76, de 21 de abril), el ejercicio del Protectorado recaerá exactamente en la Dirección de Relaciones con las Administraciones Locales y Registros Administrativos.

⁷²⁶En concreto, el artículo 48, apartado segundo, de la Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco determina que el “*el protectorado será ejercido por el departamento de la Administración general de la Comunidad Autónoma del País Vasco que en cada momento tenga atribuida la competencia en materia de fundaciones, y estará asistido en algunas de sus funciones por una comisión asesora. La comisión asesora es un órgano de carácter consultivo que tiene como funciones la asistencia al Protectorado de Fundaciones del País Vasco, la emisión de informe sobre los expedientes de inscripción de la constitución de fundaciones, en lo referente a la licitud e interés general de sus fines y la viabilidad de las mismas, así como informar con carácter preceptivo en los proyectos de disposiciones generales en materia de fundaciones*”.

Respecto a la composición y estructura de la citada Comisión, el apartado tercero del precitado artículo 48 remite a un posterior desarrollo reglamentario. Teniendo en consideración que la Ley 9/2016 aún no ha sido desarrollada reglamentariamente, aún continúan vigente, en lo que no se oponga a esta, el Decreto 100/2007, de 19 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Protectorado de Fundaciones del País Vasco (BOPV núm. 188, de 28 de septiembre), cuyos artículos 6 7 y 8 regulan la organización y estructura de la Comisión Asesora en los términos que hemos indicado.

⁷²⁷DOCV núm. 6534, de 2 de junio.

⁷²⁸Así lo determina el artículo 1 del Decreto 154/2015, de 18 de septiembre, del *Consell*, por el que se aprueba el Reglamento orgánico y funcional de la *Conselleria* de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas (DOCV 7620 de 22 de septiembre).

⁷²⁹Exactamente, la Disposición Adicional Primera del Decreto 68/2011, de 27 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de la *Comunitat Valenciana*, señala que “*dado el carácter único del Protectorado para todas las fundaciones de la Comunitat Valenciana, y sin perjuicio de la dotación de medios personales y materiales que se consideren precisos, el Protectorado, para su eficaz funcionamiento, podrá 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*”.

No obstante, desde una consideración personal, estimamos que el supuesto más importante de Protectorado único “especial” es el modelo actualmente vigente en la Comunidad de Madrid, el cual parte del artículo 28, apartado tercero, de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones, que, tal como es habitual en la mayoría de los textos legales de esta naturaleza, remite el ejercicio de las funciones de Protectorado a las Consejerías que reglamentariamente se determinen. Fruto de este mandato legal, se aprobó el Decreto 20/2002, de 24 de enero, por el que se regula el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid⁷³⁰, cuya Disposición Adicional Segunda, apartado primero, instituye un Protectorado único -a pesar de que el precepto legal de referencia se expresaba en número plural-, atribuyendo tal función a la Consejería de Presidencia y, he aquí la novedad, permite desconcentrar esta competencia o delegar su ejercicio en uno o más órganos⁷³¹. Esta posibilidad ha sido materializada mediante la Orden 1768/2015, de 10 de agosto, de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, por la que se delega el ejercicio de determinadas competencias, la firma de convenios y se desconcentra el Protectorado de fundaciones⁷³². En concreto, el “*Dispongo*” decimoctavo de esta norma reglamentaria prevé, con carácter específico, la desconcentración en la Oficina de Cultura y Turismo⁷³³ de las competencias propias del Protectorado de fundaciones vinculadas a su ámbito competencial, y, con carácter general, la desconcentración en la Secretaría General Técnica de la Consejería de las competencias propias del Protectorado de las restantes fundaciones no incluidas en el supuesto anterior. Así pues, si bien la Comunidad de Madrid ostenta, con carácter formal, un modelo de Protectorado único, materialmente, su propia normativa contempla la posibilidad de distorsionar, en mayor o menor medida, esta realidad mediante el empleo, sin más limitaciones que las

⁷³⁰BOCM núm. 38, de 14 de febrero.

⁷³¹En concreto el tenor literal de la Disposición Adicional Segunda, apartado primero, del Decreto 20/2002, de 24 de enero, por el que se aprueba el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid es el siguiente: “*Las fundaciones de competencia de la Comunidad de Madrid estarán adscritas a un Protectorado único, cuya titularidad corresponderá al consejero de Presidencia, sin perjuicio de la posibilidad de desconcentración de dicha titularidad, mediante Orden del Consejero, o delegación de su ejercicio. En todo caso, la unidad administrativa de apoyo al Protectorado estará orgánicamente diferenciada del Registro de Fundaciones*”.

⁷³²BOCM núm. 190, de 12 de agosto.

⁷³³Figura creada por la Disposición Adicional Primera, apartado segundo, del Decreto 72/2015, de 7 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica la estructura orgánica de las Consejerías de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 160, de 8 de julio). La redacción original de esta Disposición ha sido modificada por el artículo primero del Decreto 207/2015, de 22 de septiembre, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica la estructura orgánica de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno (BOCM núm. 226, de 23 de septiembre).

establecidas por la legislación general, de técnicas de desconcentración o delegación de competencias⁷³⁴.

Tal como ya avanzamos, frente al modelo, más o menos puro, de Protectorado único, sólo tres Comunidades Autónomas presentan una organización articulada mediante un Protectorado múltiple aunque, al igual que sucede con aquel, tampoco existe homogeneidad en su regulación.

Sin lugar a dudas, entre las tres regiones citadas, es la gallega la que muestra un Protectorado múltiple “puro”, pues tanto en Andalucía como en Cataluña, este se halla matizado por diversas cuestiones que seguidamente detallaremos. En este sentido, el artículo 47, apartado segundo, de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego, ya avanza que el Protectorado será ejercido por el Departamento que guarde relación con los fines fundacionales y, si fueran varios, dicha función recaerá sobre aquel que tenga atribuida la competencia en materia de fundaciones⁷³⁵. En similares términos se expresa también el artículo 51.2 del Decreto 14/2009, de 21 de enero, mediante el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de interés gallego⁷³⁶, aunque, como novedad respecto al precepto legal que desarrolla, especifica que, para

⁷³⁴La delegación y desconcentración de competencias son figuras reguladas en la LRJSP.

Respecto a la delegación, el artículo 9 de la antedicha norma legal permite a los órganos administrativos de una Administración delegar el ejercicio de sus atribuciones en otros órganos de la misma Administración, exista, o no, dependencia jerárquica, así como en los Organismos públicos o Entidades de Derecho Público vinculados o dependientes de dicha Administración. No obstante, en ningún caso podrán ser objeto de delegación las competencias relativas a los asuntos que se refieran a relaciones con la Jefatura del Estado, la Presidencia del Gobierno de la Nación, las Cortes Generales, las Presidencias de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Asimismo, no podrán delegarse las competencias relativas a la adopción de disposiciones de carácter general o a la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso, ni aquellas que afecten a las materias en que así se determine por norma con rango de Ley. Finalmente, tampoco será posible la delegación en aquellas otras materias que ya se ejerzan por delegación, salvo que una ley expresa así lo autorice.

En lo referente a la desconcentración de competencias, el artículo 8.2 de la LRJSP sólo la permite en órganos administrativos jerárquicamente dependientes, respetando los requisitos previstos en la propia norma por la que se atribuye la competencia que se pretende desconcentrar.

⁷³⁵En concreto, el artículo 47.2 de la Ley 12/2006 se expresa literalmente en los siguientes términos: “*El protectorado será ejercido por los departamentos de la Xunta de Galicia que tengan atribuidas las competencias correspondientes a los fines de las fundaciones. 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*”.

Obsérvese que la ley gallega distingue entre el Departamento competente para el ejercicio de las funciones de Protectorado y aquél que ostenta la responsabilidad en materia de fundaciones, atribuciones que, por tanto, y a diferencia de lo que sucede en la mayoría de las normas citadas hasta el momento, no han de coincidir necesariamente en el mismo Departamento.

⁷³⁶DOG núm. 22, de 2 de febrero.

determinar el Departamento responsable del desempeño de las atribuciones propias del Protectorado, habrá que atender a lo que disponga la orden de clasificación prevista en el artículo 7, apartado primero, del Decreto 15/2009, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de Interés Gallego⁷³⁷. Según dicho artículo, una vez solicitada a la *Consellería* competente en materia de fundaciones⁷³⁸ la inscripción en el Registro, esta dará traslado de la misma a la Comisión de Secretarios Generales Técnicos a fin de que dicho órgano emita una propuesta vinculante de clasificación de la Fundación. Esta propuesta habrá de servir de fundamento a la *Consellería* para, en el plazo máximo de un mes a computar desde la solicitud, emitir una orden de clasificación que conllevará la adscripción de la Fundación al Departamento cuya actividad guarde relación con los fines fundacionales, siendo aquel, por tanto, el órgano responsable de la tutela de la entidad fundacional mediante el ejercicio de las funciones propias de Protectorado⁷³⁹. Así pues, en conclusión, el régimen gallego constituye el ejemplo más nítido de Protectorado múltiple existente en territorio nacional, ya que el mismo permite la coexistencia de diversas *Consellerías* que, en un plano de igualdad, ejercen las funciones inherentes a esta institución de control.

A diferencia del caso gallego, el modelo de Protectorado múltiple en Cataluña y Andalucía es, prácticamente, de carácter residual, pues en ambos ordenamientos se

⁷³⁷DOG núm. 22, de 2 de febrero.

⁷³⁸Actualmente, Vicepresidencia y *Consellería* de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia, tal como determina el Decreto 72/2013, de 25 de abril, por el que se establece la estructura orgánica de la misma (DOG núm. 91, de 14 de mayo), modificado por el Decreto 11/2015, de 5 de febrero (DOG núm. 27, de 10 de febrero) y por el Decreto 20/2015, de 29 de enero (DOG núm. 29, de 12 de febrero), todo ello en relación con el Decreto 146/2016, de 13 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica de la *Xunta* de Galicia (DOG núm. 217, de 14 de noviembre), y Decreto 177/2016, de 15 de diciembre, por el que se fija la estructura orgánica de la Vicepresidencia y de las *Consellerías* de la *Xunta* de Galicia (DOG núm. 239, de 16 de diciembre).

⁷³⁹De conformidad con el artículo 7.1 del Decreto 15/2009, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de Interés Gallego, “*corresponde a la Consellería competente en materia de fundaciones:*

- a) *La recepción de las solicitudes y la documentación complementaria que se presente en relación con la clasificación de las fundaciones y la adscripción al Protectorado correspondiente.*
- b) *El traslado a la Comisión de Secretarios Generales de las solicitudes y documentación complementaria que se presente en relación con la clasificación, a fin de que dicha comisión emita propuesta vinculante de clasificación de la fundación correspondiente.*
- c) *La clasificación, mediante orden y de acuerdo con la propuesta indicada en el apartado anterior, respecto a todas las fundaciones que proceda. La orden de clasificación deberá dictarse en el plazo de un mes a partir de la solicitud y conllevará la adscripción de la tutela de la fundación a la Consellería correspondiente por razón de materia que constituya el fin principal de tal fundación y que deberá ejercer plenamente el protectorado sobre ella.*

La mencionada clasificación no prejuzgará la inscripción de la fundación y consecuente declaración de interés gallego, que corresponderá en todo caso al departamento que ejerza el Protectorado (...).”

establece un único Protectorado para todas las fundaciones, salvo para aquellas que proceden del sector financiero, las cuales se rigen por un régimen específico, siendo, por tanto, esta última especialidad la que imposibilita afirmar la existencia de un sistema de Protectorado único en dichas comunidades.

En Cataluña, la figura del Protectorado viene contemplada, que no desarrollada, en la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas. Dicha norma, tal como recoge su exposición de motivos, se limitaba a regular transitoriamente, y hasta que no se aprobara una Ley de Protectorado, la organización y funciones de este órgano⁷⁴⁰, estableciendo, como aspecto más relevante, su artículo 336-1 que las funciones de Protectorado serán ejercidas por el Departamento de la Generalidad que tenga atribuida la competencia en materia de fundaciones⁷⁴¹. Si bien la lectura literal de este precepto invita a deducir la existencia de un Protectorado único, esta posibilidad decae tras la aprobación de la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las fundaciones de Cataluña y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública⁷⁴², cuyo artículo 2, apartado segundo, al abordar el Protectorado de las fundaciones especiales reguladas en la Ley de Cajas de Ahorros de Cataluña⁷⁴³, atribuye dicha función tanto al Departamento competente en materia de fundaciones, como al competente en materia de Cajas de Ahorros⁷⁴⁴, creando así un Protectorado compartido que imposibilita la existencia de un

⁷⁴⁰Exposición de Motivos, apartado quinto, párrafo tercero *in fine*, de la citada Ley 4/2008.

⁷⁴¹Actualmente, es el Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, tal como determina el artículo 3.10.4 del Decreto 2/2016, de 13 de enero, de creación, denominación y determinación del ámbito de competencia de los departamentos de la Administración de la Generalidad de Cataluña (DOGC núm. 7037, de 14 de enero). En concreto, y a tenor de lo dispuesto en los artículos 92.1, letra c), y 96 del Decreto 278/2016, de 2 de agosto, de reestructuración del Departamento de Justicia (DOGC núm. 7177, de 4 de agosto), el citado Departamento ejercerá esta competencia a través del Servicio de Supervisión y Protectorado de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas.

En cualquier caso, dicha atribución deberá ser interpretada en relación con lo dispuesto en el artículo 6 Real Decreto 944/2017, de 27 de octubre, por el que se designa a órganos y autoridades encargados de dar cumplimiento a las medidas dirigidas al Gobierno y a la Administración de la Generalitat de Cataluña, autorizadas por acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución. (BOE núm. 261, de 28 de octubre), según el cual, se habilita a las personas titulares de los Ministerios para el ejercicio de las funciones y para la adopción de acuerdos, resoluciones y disposiciones que correspondan a los Consejeros, conforme a la legislación autonómica de aplicación, en la esfera específica de su actuación, de conformidad con el Anexo I de la propia norma reglamentaria que, en el caso que nos ocupa, atribuye al titular del Ministerio de Justicia las funciones que correspondan a la persona responsable del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña.

⁷⁴²DOGC núm. 6780, de 31 de diciembre.

⁷⁴³Aprobada mediante Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de marzo (DOGC núm. 5090, de 13 de marzo).

⁷⁴⁴En concreto, el artículo 67, letra b), del Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Cajas de Ahorros de Cataluña, atribuye al Departamento

Protectorado único con carácter absoluto en Comunidad Autónoma catalana.

Finalmente, en Andalucía, al igual que sucede en Cataluña, si bien la regulación legal del Protectorado parece configurar, en un primer momento, un sistema de Protectorado único, tal como parece inferirse del contenido del artículo 44.2 de la LFA, posteriormente se constata que aquel no es tal. En concreto, el citado artículo señala que el ejercicio de las funciones de Protectorado recaerá en la Consejería que reglamentariamente se determine, la cual ejercerá sus funciones respecto a las entidades inscritas en el Registro de Fundaciones de Andalucía, formulación que, en cualquier caso, supone una importante novedad respecto a la situación precedente, pues, tal como señala MESA VILA, en nuestra Comunidad Autónoma, hasta hace muy poco tiempo, han venido ejerciendo funciones de Protectorado varias Consejerías. A saber, la Consejería competente en materia de Cultura respecto a las fundaciones de carácter cultural y artístico, la Consejería de Educación en relación a las fundaciones de carácter docente, la Consejería responsable en materia de Innovación y Ciencia para las fundaciones dedicadas a la investigación, la Consejería competente en Asuntos Sociales respecto a las fundaciones de carácter benéfico-asistencial y, por último, la Consejería responsable en materia de Economía y Hacienda, para las fundaciones de las Cajas de Ahorro⁷⁴⁵.

La determinación de la Consejería competente para el ejercicio de las funciones de Protectorado en nuestra Comunidad ha sido fijada por el Decreto 32/2008, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuyo artículo 41.2 atribuye tal función -salvo la excepción a la que seguidamente nos referiremos- a la Dirección General competente en materia de fundaciones que, actualmente, es la Dirección General de Justicia Juvenil y Cooperación, órgano directivo de la Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía, tal como determina el artículo 8.4 del Decreto 214/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la citada Consejería⁷⁴⁶, el cual hay que relacionar con el Decreto de la Presidenta de la Junta de Andalucía 12/2017, de 8 de

competente en esta materia las funciones de Protectorado de las fundaciones especiales reguladas en dicha norma *“respecto a su objeto, actividad y continuidad, así como respecto a su presupuesto”*, siendo responsable el Departamento competente en materia de fundaciones para actuar como Protectorado de estas fundaciones en todas aquellas materias no enumeradas anteriormente.

⁷⁴⁵MESA VILA, M., *Fundaciones del Sector Público Andaluz*,..., págs. 73 y 74.

⁷⁴⁶BOJA núm. 136, de 15 de julio.

junio, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías⁷⁴⁷, que mantiene las competencias que la Consejería de Justicia e Interior venía ostentado en materia de fundaciones.

Así pues, la expresa apuesta del legislador andaluz por el Protectorado único ha motivado que, aparentemente, el resto de Protectorados anteriormente referenciados hayan desaparecido. No obstante, dicha afirmación presenta una excepción que, tal como ocurre en Cataluña, impide afirmar la existencia de un Protectorado único en Andalucía. Esta especialidad se halla contemplada en la Disposición Adicional Segunda de la propia LFA⁷⁴⁸, así como en el precitado artículo 41.2 del Decreto 32/2008, según los cuales, se excluyen de este sistema único las fundaciones que gestionen la obra social de las Cajas de Ahorros con domicilio social en Andalucía cuyo Protectorado será ejercido por la Consejería competente en la materia⁷⁴⁹, cuestión que igualmente viene recogida en el artículo 90 bis de la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorro de Andalucía⁷⁵⁰, el cual fue introducido tras la modificación operada en dicha norma por la Ley 6/2011, de 2 de noviembre⁷⁵¹.

Por otro lado, tampoco existe uniformidad de regímenes en las Comunidades Autónomas que han desarrollado su competencia en materia de fundaciones mediante

⁷⁴⁷BOJA extraordinario, núm. 3, de 9 de junio.

⁷⁴⁸“Disposición adicional segunda. Fundaciones que gestionan la obra social de las Cajas de Ahorros con domicilio social en Andalucía

1. El Protectorado de las fundaciones que gestionen obra social de las Cajas de Ahorros con domicilio social en Andalucía se ejercerá por la Administración de la Junta de Andalucía a través de la Consejería competente en materia de Cajas de Ahorros, a cuyo titular corresponderán las funciones y facultades propias de aquél.
2. Lo dispuesto en la presente Ley será de aplicación a las fundaciones mencionadas en el apartado anterior en todo aquello que no se oponga a lo dispuesto en la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorro de Andalucía; en el Reglamento de la citada Ley, aprobado por Decreto 138/2002, de 30 de abril, y demás disposiciones específicas de aplicación a las mismas”

⁷⁴⁹Actualmente, la Consejería de Hacienda y Administración Pública, tal como determina el artículo 1.3, párrafo segundo, del Decreto 206/2015, de 14 de julio, por el que se aprueba la estructura orgánica de la misma.

⁷⁵⁰BOJA núm. 150, de 28 de diciembre.

En concreto, tal como recoge el citado artículo 90 bis, “Corresponderá a la consejería competente para la regulación y control de las Cajas de Ahorros el protectorado de las fundaciones que gestionen la obra social de las Cajas de Ahorros, ya hayan sido creadas por las Cajas de Ahorros o por la Federación de Cajas de Ahorros de Andalucía, así como el de las fundaciones que se constituyan por fundaciones que gestionen la obra social de las Cajas de Ahorros.

Asimismo, corresponderá a la citada consejería el protectorado de las fundaciones de carácter especial previstas en el artículo 16 ter de esta Ley, (transformación de las Cajas de Ahorro en fundaciones de carácter especial), el de aquellas otras que resulten de la transformación de una fundación que gestione la obra social de una Caja de Ahorros, así como el de las fundaciones creadas por las anteriores”

⁷⁵¹BOJA núm. 219, de 8 de noviembre.

disposiciones de rango reglamentario, pues en ellas coexisten nuevamente diversos modelos de Protectorado. Partiendo de esta heterogeneidad, sólo dos Comunidades, Aragón y Cantabria, abogan por un Protectorado único aunque, esta última, con matices. Por el contrario, Extremadura, Asturias, Murcia e Islas Baleares han optado por un modelo múltiple, a pesar de que, tal como sucede con la primera, su ordenamiento interno no lo recoja expresamente.

Comenzando con los sistemas de Protectorado único, cabe reseñar que es la Comunidad de Aragón la que ha seguido un modelo que bien podemos definir como “puro”, ya que cumple con todos y cada uno de los caracteres que lo conforman. A tal respecto, su regulación jurídica parte del artículo 2, apartado primero, 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. Según este precepto, las funciones de Protectorado que correspondan a la Diputación General de Aragón serán ejercidas por el titular del Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales⁷⁵², referencia que, a tenor de lo dispuesto en el artículo primero del Decreto de 5 de julio de 2015, de la Presidencia del Gobierno de Aragón, por el que se modifica la organización de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y se asignan competencias a los Departamentos⁷⁵³, hay que entenderla realizada al Departamento de la Presidencia.

En cualquier caso, la novedad más relevante que introduce la normativa aragonesa respecto a las regulaciones de otras Comunidades Autónomas se halla en el apartado tercero del antedicho artículo 2 del Decreto 276/1995, cuya redacción actual obedece a la modificación operada por el artículo único del Decreto 25/2004, de 10 de febrero⁷⁵⁴. Según el tenor literal del mismo, *“las resoluciones que, en uso de las competencias que le corresponden, adopte el Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales, serán informadas con carácter previo por la Dirección General de*

⁷⁵²En concreto, el referido artículo 2.1 del Decreto 279/1995 señala que *“el Protectorado que sobre las Fundaciones se atribuye a la Diputación General de Aragón será desempeñado, en nombre de esta, por el Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, bajo la superior dirección de su Consejero que velará por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, de acuerdo con la voluntad del fundador y teniendo en cuenta la consecución del interés general, con el fin de facilitar el recto ejercicio del derecho de fundación y asegurar la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones (...)”*.

⁷⁵³BOA núm. 128, de 6 de julio.

⁷⁵⁴BOA núm. 25, de 27 de febrero.

Interior o por el órgano administrativo competente en materia de fundaciones ...”, el cual, actualmente, es la Dirección General de Justicia de Interior, dependiente de la Consejería de Presidencia, que la ejercerá a través de su Servicio de Régimen Jurídico y Registros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21, letra b), del Decreto 307/2015, de 1 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la estructura orgánica del Departamento de Presidencia⁷⁵⁵. Obsérvese que, a diferencia de lo reseñado para otras Comunidades, no se trata de una delegación ni desconcentración de funciones, sino de un informe preceptivo de carácter previo que el ordenamiento aragonés ha introducido en el proceso de toma de decisiones de su Protectorado.

La segunda y última Comunidad Autónoma que, mediante disposición reglamentaria, optó por un modelo de Protectorado único fue Cantabria. En este sentido, el artículo 1, apartado primero, del Decreto 26/1997, de 11 de abril, por el que se crea y regula el Protectorado y el Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Cantabria, atribuye tal responsabilidad a la persona titular de la Consejería de Presidencia aunque, tal como dispone el apartado tercero de ese mismo precepto, el ejercicio ordinario de estas funciones recaerá en la Secretaría General Técnica de la Consejería, sin perjuicio de su delegación o desconcentración⁷⁵⁶. Para auxiliar a la Secretaría General Técnica en el desempeño de esta labor, el artículo 4 del Decreto 26/1997 crea la Comisión del Protectorado del Gobierno de Cantabria⁷⁵⁷ que, sin duda,

⁷⁵⁵BOA núm. 237, de 10 de diciembre.

⁷⁵⁶Personalmente, estimamos poco acertada la redacción de esta última referencia que, en nuestra opinión, es merecedora de una formulación más detallada que impida interpretaciones contrarias a Derecho, pues, tal como está expuesta, no aclara si la delegación puede ser acordada por el titular de la Consejería, por la Secretaría General Técnica o por ambos órganos y, tal cuestión, no es baladí, ya que, si se atribuye la titularidad de la competencia a la Consejería pero se prevé su ejercicio ordinario por la Secretaría General Técnica, en realidad, aunque no se recoja expresamente, se está articulando una delegación permanente de funciones del primer órgano en beneficio del segundo. Así pues, bajo esta premisa, la admisión de que la Secretaría General Técnica puede también, en este caso, acudir a la figura de la delegación resultaría contraria a Derecho, a tenor de los límites fijados por el artículo 9, apartado quinto, de la LRJSP, según el cual, se prohíbe la delegación de aquellas atribuciones que ya se vengán ejerciendo por delegación, salvo que una ley lo autorice expresamente, excepción que no concurre en el presente supuesto al regularse esta cuestión mediante una norma de rango reglamentario. Por tanto, la única interpretación válida en Derecho es que sólo la persona titular de la Consejería, como órgano que ostenta la competencia, puede delegar esta y, ciertamente, tal posibilidad no es la única que, conforme al tenor literal, puede extraerse del precepto señalado que, como ya hemos argumentado, requeriría una redacción más esclarecedora.

⁷⁵⁷Artículo 4. Comisión del Protectorado del Gobierno de Cantabria

“1. Se crea la Comisión del Protectorado del Gobierno de Cantabria que tendrá la siguiente composición:

Presidente: Secretario General Técnico de Presidencia.

Vicepresidente: Director Jurídico Regional.

Vocales: Un representante de la Dirección Regional de Bienestar Social.

constituye uno de los rasgos más característicos del Derecho propio de esta Comunidad en la materia que nos ocupa. Dicha comisión, que está presidida por la persona titular de la Secretaría General Técnica, se compone de un representante de cada una de las direcciones regionales cuyo ámbito de actividad puede coincidir con los distintos fines de las diversas fundaciones que se hallan bajo tutela autonómica, garantizando así la coordinación y participación de todas aquellas áreas afectadas, lo que aproxima el sistema cántabro a un modelo de Protectorado intermedio o mixto.

Para concluir este epígrafe, abordaremos el análisis de las Comunidades Autónomas que mediante disposición reglamentaria adoptaron un modelo de Protectorado múltiple, bien expresamente, como el Principado de Asturias, Región de Murcia o Islas Baleares, bien tácitamente, como es el caso de Extremadura. Comenzando por esta última, que es la que presenta la norma en la materia más vetusta entre todas ellas, cabe reseñar que el Decreto 2/1987, de 27 de enero, por el que se crea el Registro de Federaciones, Asociaciones, Fundaciones Culturales y Entidades Afines de la Comunidad Autónoma de Extremadura, no contempla prescripción alguna sobre el órgano u órganos competentes para el ejercicio de las funciones de Protectorado. Así pues, ante la ausencia de regulación específica aplicable, tan sólo queda descender a las distintas normas que, durante cada mandato parlamentario, estructuran y organizan las competencias del gobierno autonómico. A tal respecto, y según establece el artículo 5, apartado primero, párrafo segundo, del Decreto 261/2015, de 7 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Hacienda y Administración Pública⁷⁵⁸, las atribuciones que corresponden al ejecutivo extremeño en materia de fundaciones serán ejercidas por la Secretaria General de Administración Pública. Teniendo en consideración que el mencionado precepto no establece salvedad alguna, un lectura aislada del mismo puede conducir a la errónea conclusión de que en la Comunidad de Extremadura existe un modelo de Protectorado único que, realmente, no es tal en la actualidad, ya que, junto con la antedicha norma reglamentaria, también existen otras disposiciones que determinan, para ciertas entidades fundacionales, un Protectorado distinto, existiendo, por tanto, una organización múltiple y no única. Así,

Un representante de la Dirección Regional de Educación.

Un representante de la Dirección Regional de Trabajo.

Un representante de la Dirección Regional de Economía.

2. Como Secretario de la Comisión con voz y sin voto actuará un funcionario designado por el Presidente de la Comisión....”

⁷⁵⁸DOE extraordinario núm. 5, de 8 de agosto.

por ejemplo, el Decreto 321/2015, de 29 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica de la Presidencia de la Junta de Extremadura⁷⁵⁹, modificado por el Decreto 85/2016, de 28 de junio⁷⁶⁰, atribuye competencias en la materia a la Secretaría General de Cultura, a la Dirección General de Acción Exterior y a la Dirección General de Bibliotecas, Museos y Patrimonio Cultural⁷⁶¹.

Frente a la falta de concisión de la regulación extremeña, las Comunidades de Asturias, Murcia e Islas Baleares presentan sin ambages un modelo de Protectorado múltiple que es recogido expresamente en la correspondiente normativa autonómica. Entre las tres últimas regiones citadas, destaca especialmente la del Principado de Asturias porque, a diferencia de todas las mencionadas con anterioridad, no contempla en su acervo jurídico una norma general en la materia objeto de análisis, sino que, por el contrario, varias han sido aprobadas a tal fin, atendiendo cada una de ellas a un sector o ámbito de actividad concreto. Así, la norma más temprana fue el Decreto 18/1996, de 23 de mayo, por el que se crea y regula el Registro de Fundaciones Asistenciales de Interés General del Principado de Asturias, el cual, si bien no señalaba expresamente en su articulado el órgano competente para el ejercicio de su Protectorado, sí lo hacía en su Preámbulo, atribuyendo tal cuestión a la Consejería competente en materia social⁷⁶², referencia que, en la actualidad y al amparo del Decreto 6/2015, de 28 de julio, del Presidente del Principado de Asturias, de reestructuración de las Consejerías que integran la Administración de la Comunidad Autónoma⁷⁶³, hay que entender realizada a la Consejería de Servicios y Derechos Sociales⁷⁶⁴. Poco más de dos años después de

⁷⁵⁹DOE núm. 250, de 31 de diciembre.

⁷⁶⁰DOE núm. 127, de 4 de julio.

⁷⁶¹Los artículos 4.4, párrafo primero, 8.6 y 10 de la versión consolidada del Decreto 321/2015 atribuyen, respectivamente, las siguientes competencias:

-A la Secretaría General de Cultura, “*las competencias asignadas a la Administración Autonómica sobre Fundación Extremeña de la Cultura, Fundación Jesús Delgado Valhondo, Fundación Extremadura de Cine y la Fundación Orquesta de Extremadura (...)*”

-A la Dirección General de Acción Exterior, y “*sin perjuicio de lo dispuesto en los correspondientes Estatutos las competencias asignadas a la Administración Autonómica sobre la Fundación Academia Europea de Yuste (...)*”

-A la Dirección General de Bibliotecas, Museos y Patrimonio Cultural, “*las competencias asignadas a la Administración Autonómica sobre la Fundación Helga de Alvear, Fundación Ortega Muñoz y la Fundación Rafael Ortega Porras (...)*”.

⁷⁶²El párrafo segundo del Preámbulo recoge el siguiente tenor literal: “*Las fundaciones asistenciales son un instrumento indispensable de cooperación, entre la sociedad civil y la Administración, por ello en atención a las necesidades socio-sanitarias de la población asturiana, se hace necesario potenciar su actuación, y regular los diversos aspectos funcionales del Protectorado que, sobre las fundaciones asistenciales, tiene asignada la Consejería de Servicios Sociales (...)*”.

⁷⁶³BOPA núm. 175, de 29 de julio.

⁷⁶⁴En concreto, el artículo 2.1, letra f), del Decreto 66/2015, de 13 de agosto, por el que se establece la

esta primera norma en materia de fundaciones, el ejecutivo asturiano aprobó el Decreto 34/1998, de 18 de junio, por el que se crea y regula el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias, el cual, siguiendo la misma técnica que su predecesor, también va a determinar en su exposición de motivos el Protectorado al que se someten las entidades fundacionales de esta naturaleza, recayendo tal responsabilidad sobre la Consejería competente en materia de Cultura⁷⁶⁵, materia cuya titularidad ostenta, a fecha de hoy, y en base al precitado Decreto 6/2015, la Consejería de Educación y Cultura⁷⁶⁶. Finalmente, la última y más reciente norma dictada para regular el ejercicio de las funciones de Protectorado en el ámbito del Principado de Asturias ha sido el Decreto 85/2005, de 28 de julio, por el que se crea y regula el Registro de Fundaciones Laborales en el ámbito de dicha Comunidad. Este, a diferencia de sus hermanos mayores, no emplea su parte expositiva para determinar qué órgano ejercerá el Protectorado sobre esta modalidad de fundaciones sino que, por el contrario, dedica su Disposición Adicional Única a tratar en exclusividad tal cuestión. Según esta, *“El Protectorado de las fundaciones inscritas en el Registro de Fundaciones Laborales del Principado de Asturias será ejercido por quien ostente la titularidad de la Consejería competente en materia laboral (...)”*, atribución que, según el reiterado Decreto 6/2015, recae actualmente en la Consejería de Empleo, Industria y Turismo.

Si el Principado de Asturias se caracteriza por su pluralidad normativa sobre Protectorados, la Región de Murcia también presenta un matiz singular, ya que ha sido la única Comunidad que ha cambiado de un modelo de Protectorado único a otro múltiple, tal como constata el párrafo tercero de la Exposición de Motivos del Decreto 28/1997, de 23 de mayo, de atribución de competencias en materia de fundaciones, de

estructura orgánica básica de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales (BOPA núm. 189, de 14 de agosto), recoge como competencia de dicho órgano *“El asesoramiento, estudio y coordinación de las funciones de protectorado de fundaciones asistenciales de interés general y la llevanza del Registro de Fundaciones”*.

⁷⁶⁵Según el párrafo segundo de la Exposición de Motivos, *“Teniendo en cuenta que las fundaciones docentes y culturales son un instrumento indispensable de cooperación, entre la sociedad civil y la Administración, en la atención de las necesidades educativas de la población asturiana, se hace necesario potenciar su actuación y regular los diversos aspectos funcionales del Protectorado que, sobre las fundaciones docentes y culturales, tiene asignada la Consejería de Cultura (...)”*.

⁷⁶⁶De conformidad con el artículo 2.1, letra g), del Decreto 65 /2015, de 13 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Consejería de educación y Cultura (BOP núm. 189, de 14 de agosto), corresponde a la misma *“el asesoramiento, estudio y coordinación de las funciones de protectorado de fundaciones que competen a la Consejería en materia de fundaciones docentes y culturales de interés general del Principado de Asturias, así como la llevanza del correspondiente registro”*.

Murcia⁷⁶⁷. En este sentido, el artículo 1, apartado primero, de la citada norma establece que el Protectorado de las fundaciones que desarrollen principalmente sus actividades en el ámbito de dicha Comunidad Autónoma corresponde a las Consejerías que en cada momento sean competentes por razón de los fines perseguidos por la Fundación. A tal respecto, y de conformidad con lo dispuesto por el Decreto del Presidente 3/2017, de 4 de mayo, de Reorganización de la Administración regional de Murcia⁷⁶⁸, tras su modificación por el Decreto 32/2017, de 16 de mayo⁷⁶⁹, actualmente tienen competencias en materia de Protectorado las Consejerías de Presidencia y Fomento, Empleo, Universidades y Empresa, Educación, Juventud y Deportes y Turismo, Cultura y Medio Ambiente.

En cualquier caso, como singularidad del régimen murciano, cabe indicar que la regla general plasmada en el antedicho artículo 1, apartado primero, del Decreto 28/1997 presenta una excepción que alberga el apartado segundo de ese mismo precepto, el cual fue objeto de modificación por la Disposición Adicional del Decreto 70/2003, de 11 de junio, por el que se establecen los órganos directivos de la Consejería de Presidencia⁷⁷⁰. Según dicho apartado, “*el Protectorado de las fundaciones en cuyo órgano de gobierno participen altos cargos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia corresponde al Consejero de Presidencia*”. Así pues, el artículo 1 del Decreto 28/1997 establece dos reglas para determinar el Protectorado competente en la Región de Murcia, una la general, que es la contemplada en su apartado primero, y otra la excepcional, que recoge su apartado segundo, y que sólo opera cuando en el Patronato de la entidad fundacional participen altos cargos de la Comunidad⁷⁷¹.

⁷⁶⁷Recoge el párrafo tercero de la Exposición de Motivos que: “(...) *el ejercicio de las competencias durante este tiempo ha evidenciado que la concentración de las funciones de Protectorado en la Consejería de Presidencia no es lo más adecuado en orden a conseguir un mejor desarrollo del ejercicio del derecho de fundación. Por contrario, un modelo descentralizado en el que cada Consejería ejerza el Protectorado respecto de las fundaciones relacionadas con sus competencias, puede coadyuvar decisivamente para conseguir una mayor cercanía sectorial entre la Administración y las Fundaciones (...)*”.

⁷⁶⁸BORM núm. 102, de 5 de mayo.

⁷⁶⁹BORM núm. 112, de 17 de mayo.

⁷⁷⁰BORM núm. 160, de 14 de julio. El contenido de este Decreto se halla derogado en su integridad, salvo lo dispuesto en la citada Disposición Adicional que aún permanece vigente.

⁷⁷¹Según el artículo 2, apartado primero y segundo, de la Ley 5/1994, de 1 de agosto, del Estatuto Regional de la Actividad Política de la Región de Murcia (BORM núm. 187, de 16 de Agosto), tienen la consideración de Altos Cargos en dicha Comunidad “*los miembros del Consejo de Gobierno y todos aquellos titulares de cargos de la Administración pública regional o de los organismos públicos vinculados o dependientes de aquella que, por implicar especial confianza y responsabilidad, sean calificados como tales por ley, reglamentariamente o en la disposición que otorgue su nombramiento*”. En todo caso, tendrán tal consideración: el Presidente de la Comunidad Autónoma, el

Por último, son las Islas Baleares la Comunidad Autónoma que, habiendo optado por un modelo de Protectorado múltiple, presenta la reglamentación más reciente, la cual data del año 2007. En concreto, la organización balear tiene como norma de cabecera el Decreto 61/2007, de 18 de mayo, de regulación del Registro Único de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de las Islas de Baleares y de organización del Registro de Protectorado, cuyo artículo 21 *in fine* señala que el ejercicio del Protectorado se materializará a través de las Consejerías que tengan atribuciones vinculadas con las finalidades fundacionales. A tal respecto, para dilucidar cuáles son las que actualmente ostentan esta responsabilidad, hay que acudir al Decreto del Presidente 8/2015, de 2 de julio, por el que se determina la composición del Gobierno y se establece la estructura de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears⁷⁷², el cual, tras su modificación por el Decreto del Presidente 5/2016, de 6 de abril⁷⁷³, determina que, actualmente, asumen funciones de Protectorado tres Consejerías: la de Transparencia, Cultura y Deporte, la de Educación y Universidad y la de Trabajo, Comercio e Industria.

Una vez llegado a este punto y como colorario del presente epígrafe, estimamos que, si bien las funciones del Protectorado son, con ciertos matices, más o menos coincidentes en todas las normativas analizadas, no cabe predicar igual característica de los diversos modelos del mismo que coexisten en el territorio nacional, circunstancia que, en nuestra opinión, crea una situación de inseguridad jurídica, amén de múltiples problemas y conflictos que seguidamente abordaremos. Es por ello necesario, no sólo una modificación normativa que unifique criterios, sino también una eficiente coordinación entre los diversos regímenes existentes que garantice, no una organización idéntica, pero sí, al menos, una homogénea.

2.5) La determinación del Protectorado competente y su problemática

Vicepresidente, si lo hubiera, y los consejeros, los secretarios generales, secretarios autonómicos, los directores generales y asimilados a los mismos, el Secretario General de la Presidencia y el Jefe del Gabinete de la misma, los presidentes, directores y asimilados de los organismos públicos regionales y los directores de los gabinetes de los consejeros.

⁷⁷²BOIB núm. 97, de 2 de julio.

⁷⁷³BOIB núm. 44, de 7 de abril.

Ante la pluralidad de regímenes que, tal como acabamos de exponer, coexisten en el Estado español, la determinación del Protectorado competente para el ejercicio de las labores de tutela sobre una determinada entidad fundacional puede acarrear ciertas interrogantes que conviene analizar.

Tal como ya manifestamos en otro apartado de este trabajo de investigación, la LF tiene por objeto determinar la legislación básica aplicable cuya determinación, en orden al reparto constitucional de competencias, corresponde al Estado, así como regular las fundaciones sometidas al control de este. Sobre esto último, nada más aclara la ley, siendo el Reglamento que la desarrolla el que determine con exactitud en su artículo segundo el ámbito de aplicación material del mismo y, por consiguiente, de la propia ley estatal. Así pues, y a la luz del referido precepto, cabe concluir que son fundaciones de competencia estatal y, en consecuencia, sometidas a su Protectorado, las fundaciones y delegaciones de fundaciones extranjeras que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado o, principalmente, en el territorio de más de una Comunidad Autónoma, así como las fundaciones del sector público estatal y las fundaciones laborales estatales. Por tanto, *a sensu contrario*, cabría deducir que son fundaciones de competencia autonómica y, por tanto, tuteladas por el correspondiente Protectorado autonómico, aquellas que desarrollen su actividad principal en el territorio de dicha comunidad. Asimismo, de la lectura de las leyes autonómicas también se desprende que, en todos los casos, el domicilio debe coincidir con el ámbito principal de actuación fundacional y, en algunos textos legales, también se alude a la coincidencia de este con la sede del Patronato u órgano de gobierno⁷⁷⁴. No obstante, tal como puesto ha de manifiesto la propia jurisprudencia, citando, a modo de ejemplo, la SAN, Cont-Adm, de 3 de noviembre de 2005, el domicilio social de la Fundación no sirve como criterio determinante para establecer el Protectorado competente, pues este quedará fijado en función de ámbito territorial que abarca la actividad fundacional.

La aparente simplicidad de la regulación aplicable para determinar el

⁷⁷⁴A modo de ejemplo, el artículo 6 de la LFA establece que:

“1. Deberán estar domiciliadas en Andalucía las fundaciones que desarrollen principalmente su actividad dentro del territorio andaluz.

2. Las fundaciones tendrán su domicilio estatutario en el lugar donde se encuentre la sede de su Patronato, o bien en el lugar en que desarrollen principalmente sus actividades.

Las fundaciones que se inscriban en el Registro previsto en la presente Ley para desarrollar una actividad principal en el extranjero tendrán su domicilio estatutario en la sede de su Patronato en Andalucía”.

Protectorado competente, la cual se basa en la interrelación entre actividad fundacional y territorio, es, ciertamente, engañosa, pues, si bien las distintas leyes autonómicas deberían haber reproducido el criterio de conexión fijado por la ley estatal, ello no ha sido siempre así. Además, los problemas se multiplican si se tiene en consideración que multitud de fundaciones operan más allá del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, pudiendo suceder que dicha actuación sólo tenga carácter principal en un determinado territorio. ¿Cuál sería, por tanto, el Protectorado competente en este último caso?

En relación a la primera de las cuestiones planteadas, si bien es cierto que la práctica totalidad del acervo normativo autonómico coincide con el criterio “actividad principal-territorio” fijado por la normativa estatal, existe la excepción de la legislación navarra cuya aplicación literal podría dar lugar a un conflicto positivo de leyes aplicables, ya que emplea criterios de conexión distintos para determinar el Protectorado competente. Esto es así porque los artículos 44 y 45 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del Derecho Civil Foral de Navarra⁷⁷⁵, permiten crear entidades fundacionales sometidas al Derecho navarro con independencia del ámbito territorial de la actividad que desarrollen y del domicilio de su sede principal⁷⁷⁶, pudiendo suceder, por tanto, que a una misma entidad fundacional le resulten de aplicación tanto la ley navarra como la de otra Comunidad Autónoma o la del propio Estado, según el ámbito principal de actuación.

Para solventar esta hipótesis, coincidimos con FONT I MAS cuando afirma que la solución discurre por la aplicación de las normas de Derecho interterritorial previstas en el CC y, en concreto, su artículo 9.11⁷⁷⁷, según el cual “*la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción (...)*”⁷⁷⁸. A pesar de que la norma parece estar redactada en clave

⁷⁷⁵BOE núm. 57, de 7 de marzo.

⁷⁷⁶Existía otra normativa autonómica, la Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las Fundaciones de Interés Gallego que se expresaba en semejantes términos. No obstante, dicha norma ha sido derogada por la actualmente vigente Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego.

⁷⁷⁷FONT I MAS, M., “Coexistencia de Protectorados en la normativa sobre fundaciones en derecho interterritorial español”..., op. cit., págs. 276 y 277.

⁷⁷⁸Recordar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la LF, en relación su du Disposición Final Primera, constituye legislación básica la obligación de constituir toda fundación bajo la forma de una persona jurídica. Ello implica que todas las leyes de fundaciones autonómicas deben reproducir

internacional, de ahí que utilice el término “*nacionalidad*”, resulta aplicable su criterio en sede de conflictos interregionales civiles por aplicación del art. 16.1.1ª del CC pero sustituyendo el concepto de nacionalidad por el de vecindad civil. Como fundamento de este postulado y para despejar cualquier atisbo de duda, quisiéramos destacar que el propio Tribunal Constitucional también se ha decantado por esta opción, tal como recoge la STC de 29 de julio de 1983, argumentando en la misma que, ante la ausencia de una norma postconstitucional que regule este tipo de conflictos, sólo cabe acudir al precitado artículo del CC para encauzar y solventar estas situaciones⁷⁷⁹.

Por lo que respecta a la segunda interrogante, cuando la actuación extraterritorial de una Fundación es permanente en otra Comunidad Autónoma pero sin llegar a constituir su actividad principal, parece lógico deducir, a tenor del silencio que a este respecto guarda la LF, que dicha Comunidad no puede, a *priori*, ejercer ningún tipo de tutela sobre la actuación del ente fundacional, el cual continuará sometido a la legislación del territorio sobre el que desarrolla su actividad principal. En nuestra opinión, esta conclusión, si bien congruente con el Derecho estatal vigente, resulta contradictoria por un doble motivo; por un lado, porque priva a las Comunidades Autónomas de controlar la actuación de todas las fundaciones que actúan en su ámbito territorial, ciñéndose exclusivamente esta potestad sobre aquellas que implementan su actividad principal en dicho territorio, y, por otro, porque podría dar lugar a nuevos conflictos, ya que las Comunidades Autónomas van a incidir sobre acciones de las entidades fundacionales cuya eficacia trasciende sus límites territoriales, afectando, por tanto, sus decisiones a la esfera de intereses de otra Comunidad.

Ante la inacción del legislador estatal para solucionar el problema descrito, algunas Comunidades Autónomas han planteado alternativas al mismo imponiendo a los

esta exigencia que, por tanto, es uniforme en todo el territorio nacional.

⁷⁷⁹En concreto, el Fundamento de Derecho Quinto, párrafo segundo, de la Sentencia señala que “*Centrada así la cuestión, basta con señalar que para solucionar el problema que ahora se trata habrá que partir de lo dispuesto por la Constitución para los supuestos de conflictos de Leyes y, en consecuencia, de la competencia exclusiva reservada al Estado por el artículo 149.1.8 de la misma en cuanto a las, normas para resolver tales conflictos. Esta competencia exclusiva del Estado es el aspecto que interesa poner ahora de relieve (...), si bien, con carácter complementario parece oportuno aludir a que en tanto no se dicte una Ley postconstitucional para solucionar estos posibles conflictos habrá que tener también en cuenta lo dispuesto por el título preliminar del Código Civil*” (en el cual se encuadra su artículo 9.11). A tal respecto, conviene aclarar que, si bien la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 239, de 5 de octubre), regula en el Capítulo II de su Título IV los conflictos de competencias, esta figura no resulta de aplicación a las disposiciones con fuerza de ley.

entes que operen en su territorio la obligación de constituir delegaciones e inscribirse en su registro autonómico de fundaciones⁷⁸⁰, circunstancia que implica que dichas fundaciones queden sometidas a la tutela de sus respectivos Protectorados. Así, por ejemplo, el artículo 311-9, apartado primero, de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del libro tercero del Código civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, exige a las entidades reguladas por otras leyes de fundaciones que ejercen sus actividades en dicha Comunidad con carácter regular, (incluidas las que de acuerdo con la legislación estatal tienen la consideración de extranjeras), el deber de establecer una delegación en Cataluña, así como su inscripción en el Registro de Fundaciones autonómico, lo que, según el artículo 311-1, apartado primero, letra c), de la referida norma legal, conllevaría su sometimiento al Derecho catalán. No obstante, cabe indicar que, mediante Resolución de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado de 30 de enero de 2009⁷⁸¹, se ha establecido un acuerdo de interpretación restrictivo de ambos preceptos al estimar que su contenido excede del ámbito competencial catalán respecto de aquellas fundaciones que, constituidas al amparo de ley estatal u otra ley autonómica, operen de forma regular o permanente en Cataluña, por lo que estas ya no están obligadas a constituir delegaciones en el territorio de dicha Comunidad.

Menor problemática teórica, que no práctica, comporta el hecho de que una Fundación que inicialmente comienza su actividad principal en un determinado territorio cambie esta a otro distinto o, en su caso, la aumente a más de uno. A tal respecto, parece claro que, en el primer caso, será competente para el ejercicio de las funciones de Protectorado el órgano responsable de la nueva Comunidad en la que la entidad desarrolle su actividad principal, mientras que, en el segundo supuesto, el Protectorado deberá recaer en la Administración General del Estado, pues la Fundación ya ejerce su actividad principal en el territorio de más de una Comunidad. No obstante,

⁷⁸⁰El artículo 7.1 de la LF sólo prevé ambas exigencias para las fundaciones extranjeras que pretendan ejercer sus actividades de forma estable en España, guardando silencio respecto a las entidades fundacionales nacionales que, aun ejerciendo su actividad principal en una sola Comunidad, operen en el ámbito territorial de varias.

⁷⁸¹Resolución de 30 de enero de 2009, de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, por la que se publica el Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado en relación con la Ley de Cataluña 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña (BOE núm. 40, de 16 de febrero).

Según el Anexo I, letra b), del texto de dicha resolución, *“en cuanto al artículo 311-9.1, la Administración General del Estado y la Generalidad de Cataluña coinciden en interpretar el alcance de este precepto circunscrito estrictamente a las fundaciones que desarrollen mayoritariamente sus funciones en Cataluña, de conformidad con el ámbito de la competencia asumida por la Generalidad en mérito al artículo 118.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña”*.

la simpleza de la solución ofrecida contrasta con la dificultad de su aplicación práctica, pues aún no se ha articulado ningún sistema en todo el territorio nacional que permita determinar en cada momento el territorio en el que una entidad fundacional desarrolla su actividad principal, existiendo, por tanto, un amplio margen de discrecionalidad que, en nuestra opinión, resulta poco deseable en aras del principio de seguridad jurídica y de aplicación del sistema.

En cualquier caso, quisiéramos destacar que el conflicto de la determinación del Protectorado competente no se circunscribe en exclusividad al elemento territorial, sino que también presenta una problemática de índole material o sustantivo que, obviamente, sólo tiene lugar en aquellas organizaciones administrativas que han apostado por un sistema de Protectorado múltiple. En estos casos, las entidades cuya actividad fundacional no es homogénea pueden encontrar, ante la ausencia de criterios objetivos que resulten de aplicación, graves dificultades para determinar qué órgano, entre los diversos existentes, ha de desempeñar las funciones propias de Protectorado. Esta compleja situación ha propiciado diversos pronunciamientos en sede judicial, destacando, a modo de ejemplo, la ya citada STS, Cont-Adm, de 27 de abril de 2001, la cual, acudiendo a una ardua y meritada labor interpretativa, desentraña la verdadera esencia de la actividad fundacional de una entidad para, a partir de ahí, poder determinar el Protectorado que resulta competente⁷⁸².

Por último, no quisiéramos concluir el presente epígrafe sin abordar una última cuestión vinculada a la elección por parte del fundador del Protectorado y legislación aplicable. Partiendo de la pluralidad y heterogeneidad de regímenes existentes, ¿podría el fundador elegir aquel que más convenga a sus intereses? La conclusión que cabe

⁷⁸²Recordar que la STS, Cont-Adm, de 27 de abril de 2001, se pronuncia sobre la presunta competencia del, en aquella fecha, Ministerio de Educación y Ciencia para el ejercicio de las funciones de Protectorado y Registro sobre una determinada entidad fundacional. En concreto, el Fundamento de Derecho Cuarto de dicho pronunciamiento, el cual reproducimos a continuación, resulta muy ilustrativo sobre esta problemática: *"El Abogado del Estado parte, en resumen, de la naturaleza «no educativa» de la Fundación de referencia y de que el fin de esta «no es otro que la promoción y difusión de las enseñanzas concretas de un determinado filósofo conferenciante y educador», lo que, en su opinión, «no puede considerarse como una actitud educativa... o de investigación científica y técnica», para llegar así a la conclusión de que no entra «dentro de las competencias específicas del Ministerio de Educación y Ciencia», pero de todos modos esta Sala ha de entender que cultura hace referencia a civilización, conocimientos y saberes sin requerir como necesario un fin de impartir o de proporcionar a otros tales valores, mientras que educación implica enseñanza, instrucción y «adocctrinamiento», que exige, por ello, la existencia de unos sujetos a quienes dirigirlos, lo que acerca los fines de la Fundación hacia la educación, al menos a los efectos de que sea el Ministerio de Educación y Ciencia el encargado de resolver sobre las peticiones que se le dirigieron (...)"*.

alcanzar ante este panorama jurídico escasamente coordinado es que, aunque no reconocida expresamente por el ordenamiento jurídico, existe, en la práctica, tal posibilidad. No obstante, en cualquier caso, será preciso que en los Estatutos fundacionales figure expresamente el ámbito de actuación principal de la Fundación, el cual deberá guardar congruencia tanto con el ordenamiento elegido como con el ejercicio ordinario de su actividad⁷⁸³, todo ello sin perjuicio de que, tal como hemos expuesto, dicha actuación pueda tener eficacia extraterritorial.

En definitiva, y a modo de conclusión, procede afirmar que toda la casuística expuesta resulta difícilmente resoluble, pues, entre otros extremos, la conexión utilizada para determinar la ley y autoridad competentes, es decir, el territorio donde la entidad fundacional desarrolla su actividad principal, constituye un concepto jurídico indeterminado, muy difícil de acotar y de controlar, sin que, en la actualidad, exista regulación positiva ni mecanismo plenamente aceptado que permitan dilucidar este asunto, dando lugar esta indefinición a una nueva situación de inseguridad jurídica que convendría erradicar. A tal efecto, apostamos por la implementación de criterios objetivos, tales como el domicilio de la entidad, que determinen sin ambages el régimen jurídico que resulte aplicable. En cualquier caso, esta compleja problemática ha motivado posicionamientos del Tribunal Constitucional, (STC de 6 de julio de 2011⁷⁸⁴, a modo de ejemplo), mediante los que se estima que una Comunidad Autónoma no se extralimita en el ejercicio de sus competencias por el simple hecho de que sus autoridades soliciten documentación sobre fundaciones de competencia estatal con el fin de delimitar el ámbito de actuación principal de dichas entidades y, así, poder deducir la normativa que resultaría de aplicación.

⁷⁸³FONT I MAS, M., “Coexistencia de Protectorados en la normativa sobre fundaciones en derecho interterritorial español”..., op. cit., págs. 280 y 281.

⁷⁸⁴Esta Sentencia se dicta a consecuencia del Recurso de inconstitucionalidad núm. 2564-1998, interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto a diversos preceptos de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid. Según el Fundamento de Derecho Undécimo de dicha Sentencia, “(...) *el inciso controvertido, por tanto, ni condiciona ex ante ni ignora ex post la libre voluntad del fundador para decidir el ámbito territorial sobre el que haya de proyectarse la actividad de la fundación, sino que establece un mecanismo de colaboración entre ambas Administraciones públicas a fin de que la Comunidad de Madrid pueda verificar o conocer el ámbito territorial de actividad de las fundaciones domiciliadas en esa Comunidad Autónoma, realizando de este modo una acción que se limita a constatar un hecho objetivo preexistente, sin realizar valoraciones unilaterales en relación con el ámbito territorial de actuación de la fundación. Todo ello nos lleva a descartar la existencia de extralimitación competencial alguna y, por tanto, a desestimar la impugnación (...)*”.

2.6) El control de la Fundación en Derecho comunitario: la Propuesta de Estatuto de la Fundación Europea

Como ya expusimos al abordar el órgano de gobierno de las fundaciones, no existe en el acervo comunitario una norma vigente de aplicación general para las entidades fundacionales cuyo ámbito de actuación exceda de las fronteras de un Estado miembro. Si bien hace unos años la Comisión Europea presentó la Propuesta de Reglamento de la Comisión, por la que se aprueba el Estatuto de la Fundación Europea, de 8 de febrero de 2012, que planteaba crear una nueva forma jurídica, la Fundación Europea, se vio obligada a retirarla con posterioridad por la falta de unanimidad en el seno del Consejo, a pesar de los importantes consensos alcanzados en otros ámbitos⁷⁸⁵. Así pues, si bien el texto de esta propuesta carece de relevancia normativa, estimamos que puede servir como guía para analizar el camino que la Unión Europea tiene planeado respecto al control de las entidades fundacionales.

Según se deduce del tenor literal de la propuesta del mencionado Reglamento, aunque la Comisión es plenamente consciente de la necesidad de control de la actuación de la Fundación Europea, el texto comunitario resulta poco innovador en esta materia, pues, según avanza en su Exposición de Motivos al esbozar el contenido de su Capítulo VII⁷⁸⁶, se limita a encomendar dicha tarea a cada Estado Miembro que deberá designar una autoridad de supervisión⁷⁸⁷.

La función principal de la aludida autoridad reside en garantizar que el órgano

⁷⁸⁵La Propuesta de Reglamento obtuvo el respaldo tanto del Consejo Económico y Social de la Unión Europea (dictamen de 18 septiembre de 2012) como del Comité de las Regiones (dictamen aprobado en la sesión plenaria de 29 y 30 de noviembre de 2012).

⁷⁸⁶La Propuesta de Reglamento dedica el apartado cuarto de su Exposición de Motivos a sintetizar el contenido de cada uno de los Capítulos en los que se estructura. Al abordar el Capítulo VII, rubricado “*Supervisión de los Estados miembros*”, determina que el mismo “*otorga amplios poderes a las autoridades de supervisión nacionales competentes con objeto de permitirles supervisar eficazmente las actividades de las entidades de utilidad pública de las que son responsables. Dichas autoridades tienen, por ejemplo, la facultad de aprobar una modificación del objeto de la fundación europea, investigar los asuntos de la fundación europea, emitir advertencias al consejo de dirección y ordenarle que cumpla los Estatutos de la entidad, el Reglamento y la legislación nacional aplicable, cesar o proponer a un tribunal el cese de un miembro del consejo, así como liquidar o proponer a un tribunal la liquidación de la fundación europea. Las autoridades de supervisión también deberán cooperar e intercambiar información entre sí; se incluyen reglas con respecto a la cooperación de los registros y las autoridades de supervisión con las autoridades tributarias*”.

⁷⁸⁷Será el artículo 45 de la Propuesta de Reglamento el que contemple esta obligación impuesta a cada Estado Miembro, el cual, tras proceder al nombramiento de su respectiva autoridad de supervisión, deberá notificarlo a la Comisión.

de gobierno fundacional, el Consejo de Dirección⁷⁸⁸, actúe legalmente, lo que implica cumplir, no sólo con las normas legales, tanto nacionales como comunitarias, sino también con las estatutarias. En cualquier caso, y al objeto de garantizar la independencia de la autoridad de supervisión en el ejercicio de su función, la propuesta de Reglamento prohíbe expresamente que aquella pueda actuar en la administración de la Fundación⁷⁸⁹. Así pues, la labor de la autoridad de supervisión se circunscribe a velar por el cumplimiento del principio de legalidad de la Fundación Europea, en general, y de su Consejo de Dirección, en particular, pero de ninguna manera este derecho y deber de supervisión puede interpretarse como una potestad para intervenir en la gestión de la entidad fundacional⁷⁹⁰.

Frente a la parquedad de la propuesta de Estatuto de la Fundación Europea para regular la determinación de la autoridad de supervisión, dicho texto va a dedicar una mayor atención a la configuración de sus funciones. No obstante, con carácter previo a la relación de facultades atribuidas a la citada figura, la Propuesta va a prestar especial celo a la posibilidad de modificación de los fines de la Fundación Europea en virtud de decisión de la autoridad de supervisión, así como a la facultad de esta para acordar la liquidación de la entidad fundacional⁷⁹¹, atribuciones que, en cualquier caso, deben ser puestas en relación con otros preceptos de la Propuesta de Reglamento para su adecuada aplicación. En concreto, la decisión de la autoridad de supervisión para alterar los fines fundacionales sólo resultará procedente en caso de que los fines de utilidad pública de la entidad ya se hayan realizado, hayan devenido imposibles o ya no permitan utilizar de forma adecuada y eficaz los recursos y activos de la propia Fundación Europea⁷⁹². Igualmente, la autoridad de supervisión sólo podrá decretar la liquidación de la entidad por inactividad del Consejo de Dirección en determinados supuestos⁷⁹³, o cuando la

⁷⁸⁸Tal como ya expusimos al analizar el órgano de gobierno de la Fundación Europea en otro apartado de este trabajo de investigación, el Consejo de Dirección es el órgano encargado de su gestión ordinaria (artículo 27.1 de la Propuesta de Reglamento de la Comisión).

⁷⁸⁹Artículo 46.3 de la Propuesta de Reglamento.

⁷⁹⁰GARCÍA ÁLVAREZ, B., “Aproximación a la Propuesta de Estatuto de la Fundación Europea”, *Nuevas Orientaciones en la Organización y Estructuración Jurídica de las Fundaciones...*, op. cit., pág. 313.

⁷⁹¹Ambas potestades de la autoridad de supervisión figuran en el artículo 46.2, párrafo primero, de la Propuesta de Estatuto de la Fundación Europea, debidamente extraídas o separadas del resto de atribuciones encomendadas a la autoridad de supervisión.

⁷⁹²Artículo 20.2 de la Propuesta de Estatuto de la Fundación Europea.

⁷⁹³De conformidad con el artículo 43.2, letra a), en relación con el artículo 43.1 de la Propuesta de Estatuto de la Fundación Europea, los supuestos que legitiman la liquidación de la entidad por decisión de la autoridad de supervisión son los siguientes: “a) cuando los fines de la FE se hayan alcanzado o no puedan alcanzarse; b) cuando el período para el que se constituyó haya expirado;

Fundación Europea vulnere continuamente sus Estatutos, la legislación nacional aplicable o el contenido de la propia Propuesta de Reglamento de la Comisión por la que se aprueba el Estatuto de la Fundación Europea⁷⁹⁴.

Sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo precedente, las atribuciones de la autoridad de supervisión quedan enmarcadas en el apartado segundo del artículo 46 de la Propuesta de Estatuto de la Fundación Europea, pudiendo citar las siguientes: investigar los asuntos de una Fundación Europea cuando tenga motivos razonables para creer que el Consejo de Dirección de la misma no está actuando de conformidad con sus Estatutos, la legislación nacional aplicable o el contenido de esta propia Propuesta de Estatuto, pudiendo exigir a los directivos y empleados de la Fundación, así como al auditor o auditores de esta, que pongan a su disposición toda la información y las pruebas necesarias; formular advertencias al Consejo de Dirección en los mismos supuestos previamente indicados; designar un experto independiente que, con cargo a la cuenta de gastos de la propia Fundación Europea, investigue sobre los asuntos de la misma cuando existan indicios de irregularidades financieras, errores graves de gestión o abuso⁷⁹⁵ y cesar a un miembro del Consejo de Dirección o, cuando así lo prevea la legislación nacional aplicable, proponer el cese a un tribunal competente⁷⁹⁶.

Por último, la escasa regulación que la Propuesta de Estatuto de la Fundación Europea dedica al control de las entidades concluye con la implantación de un genérico

c) cuando la entidad haya perdido todos sus activos”.

⁷⁹⁴ Artículo 43.2 de la Propuesta de Estatuto de la Fundación Europea.

⁷⁹⁵ De conformidad con el artículo 48, apartados primero y segundo, de la Propuesta de Estatuto de la Fundación Europea, la autoridad de supervisión del Estado miembro en el que tenga su domicilio social la Fundación habrá de informar a las autoridades fiscales de cualquier Estado miembro tan pronto como inicie una investigación sobre presuntas irregularidades, así como en caso de designar un experto independiente. Asimismo, informará a dichas autoridades fiscales tanto de los avances y del resultado de esas investigaciones, como de las advertencias formuladas o de las sanciones impuestas.

⁷⁹⁶ Tal como señala el propio artículo 46.2, letra d), de la Propuesta de Estatuto de la Fundación Europea, el ejercicio de la facultad de cese de un miembro del Consejo de Dirección sólo podrá ser ejercido de conformidad con lo establecido en el artículo 28.3 que, a su vez, remite a los supuestos relacionados en el apartado segundo de ese mismo precepto. A saber:

“a) cuando los miembros del consejo de dirección no tengan plena capacidad jurídica o estén inhabilitados, en virtud de las leyes de cualquiera de los Estados miembros o de una decisión judicial o administrativa de cualquiera de los Estados miembros, para el ejercicio de las funciones propias de los miembros de un Consejo de Dirección.

b) cuando no cumpla los requisitos de admisión establecidos en la escritura de constitución o en los Estatutos de la Fundación

c) cuando sea declarado culpable de irregularidades financieras por un tribunal

d) cuando se haya demostrado, en virtud de acciones u omisiones del miembro, que este claramente no es apto para cumplir las obligaciones propias de un miembro del Consejo de Dirección”.

deber de cooperación entre las autoridades de supervisión de los Estados miembros, el cual se materializa en la obligación de cooperación entre la autoridad de supervisión del Estado miembro en el que la Fundación tiene su domicilio y las autoridades de supervisión del resto de Estados miembros en que la entidad desarrolla su actividad.

Como manifestación de este deber de cooperación, las autoridades de supervisión de los Estado miembros deberán, por un lado, facilitarse recíprocamente toda la información que resultare necesaria en caso de infracción del ordenamiento jurídico vigente, tanto real como presunta, por parte de la Fundación Europea, y, por otro, y a petición de la autoridad de supervisión de un Estado miembro en el que la Fundación desarrolle su actividad, las autoridades de supervisión de los Estados miembros en los que una Fundación Europea tenga su domicilio habrán de investigar las presuntas infracciones que dicha entidad hubiera podido cometer, debiendo informar a la autoridad que haya formulado la solicitud sobre todas aquellas conclusiones que extrajeran de la información que obrara en su poder, así como de cualesquiera otras medidas que adoptaran durante el transcurso de su actuación⁷⁹⁷.

Finalmente, el aludido deber de cooperación culmina con una sucinta referencia al ámbito fiscal, imponiendo a la autoridad de supervisión del Estado miembro en el que tenga su domicilio la Fundación Europea la obligación de poner a disposición de la autoridad fiscal de cualquier Estado miembro, previa petición de esta, toda la información o documentación que, relativa a dicha entidad fundacional, obre en su poder⁷⁹⁸.

⁷⁹⁷ Artículo 47 de la Propuesta de Estatuto de la Fundación Europea.

⁷⁹⁸ Artículo 48.3 de la Propuesta de Estatuto de la Fundación Europea.

3) EL CONSEJO SUPERIOR DE FUNDACIONES

3.1) Introducción

La LF dedica su Capítulo IX, compuesto tan sólo por tres artículos (38-40), al Consejo Superior de Fundaciones, el cual es definido como un órgano de carácter consultivo compuesto por representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las propias fundaciones, que se regirá por las normas que reglamentariamente se establezcan⁷⁹⁹. A tal efecto, el también Capítulo IX del RLF, que abarca los artículos 49 a 55, va a desarrollar sin excesiva profundidad la parca regulación del legislador estatal.

Tal como seguidamente se expondrá, si bien el Consejo Superior de Fundaciones no constituye una figura novedosa, las dificultades para articular en la práctica la representación de las fundaciones y, en menor medida, la representanci3n de las Comunidades Autónomas⁸⁰⁰, ha ocasionado que este 3rgano no haya llegado a constituirse, perdiendo con ello la oportunidad de emplear el mismo como instrumento coordinador y cohesionador del complejo y heterog3neo espectro fundacional espa3ol.

En el presente ep3grafe, trataremos de abordar los principales rasgos del Consejo Superior de Fundaciones, así como de sus hom3logos auton3micos, teniendo en cuenta que, ante la inexistencia de actividad, resulta imposible realizar un estudio desde una vertiente pr3ctica, por lo que necesariamente hemos de centrarnos en la sistematizaci3n te3rica de esta figura en las diferentes normas que la contemplan.

Partiendo de estas premisas, en primer lugar, trataremos los atencedentes de 3rganos an3logos para, seguidamente, disertar sobre su naturaleza, la cual ser3 diseccionada desde una doble perspectiva. Así pues, por un lado, se atender3 a la naturaleza org3nica del Consejo Superior de Fundaciones y, por otro, a la funcional, persiguiendo con ello definir la verdadera finalidad que le atribuye el ordenamiento jur3dico. Por 3ltimo, tras profundizar en su organizaci3n y r3gimen de funcionamiento,

⁷⁹⁹ Artículo 38, apartados primero y segundo, de la LF.

⁸⁰⁰ CABO PAN, J.I., Y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, A., “El Consejo Superior de Fundaciones”, *Tratado de Fundaciones*, Vol. I, Bosch, Barcelona, 2007, pág. 817.

realizaremos un recorrido por el acervo normativo autonómico al objeto de detectar y analizar brevemente otras figuras afines que puedan existir en dicho ámbito.

3.2) Antecedentes

Como ya hemos referido, el Consejo Superior de Fundaciones no constituye una innovación operada con la LF, sino que ya estaba previsto con el mismo carácter de órgano consultivo y con funciones similares en la precedente Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General⁸⁰¹, así como en su normativa de desarrollo, constituida, principalmente, por el Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprobaba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal⁸⁰². Además, tal como expondremos seguidamente, se crearon en varias Comunidades Autónomas órganos consultivos o de asistencia análogos.

En cualquier caso, si bien el Consejo Superior de Fundaciones estatal surgió por primera vez con dicha denominación en la precitada Ley 30/1994, previamente existieron tres órganos consultivos, uno en el ámbito social y dos en el de las fundaciones benéfico-asistenciales y culturales de carácter privado que, en sentido estricto, son los verdaderos antecedentes de la figura objeto de nuestro estudio. El primero de ellos, fue el Consejo Superior de Beneficencia y Obras Asistenciales, y los otros dos, la Comisión Nacional de Fundaciones y Asociaciones Culturales Privadas y la Subcomisión de Ejercicio del Protectorado.

El Consejo Superior de Beneficencia y Obras Asistenciales fue regulado mediante el Decreto de 20 de junio de 1958⁸⁰³, por el que se reorganizaba el Consejo Superior de Beneficencia y Obras Sociales, el cual fue creado mediante Decreto de 28 de mayo de 1938⁸⁰⁴. Con dicha modificación, el gobierno de la época pretendía ampliar las atribuciones del citado organismo, atribuyéndole funciones de coordinación y

⁸⁰¹Artículos 38 y 39, ubicados en el Capítulo VII, rubricado “El Protectorado y el Registro de Fundaciones”, del Título I, de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre.

⁸⁰²Artículos 23 a 27 del Capítulo VI, titulado “Del Consejo Superior de Fundaciones”, del Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero.

⁸⁰³BOE núm. 161, de 7 de julio de 1958.

⁸⁰⁴BOE núm. 586, de 31 de mayo de 1938.

orientación en materia social⁸⁰⁵. A tal efecto, la citada norma reglamentaria amplió considerablemente la composición del Consejo para dar entrada en el mismo, no sólo a los distintos departamentos ministeriales, sino también a una representación del sector benéfico-asistencial privado compuesta por tres personas designadas por el titular del Ministerio de la Gobernación⁸⁰⁶. Además, y en esta misma línea, se otorgaron al aludido órgano competencias para “asesorar al Ministro de la Gobernación en asuntos relacionados con la beneficencia y obras asistenciales (...)”, “Elevar al Ministerio de la Gobernación las propuestas e iniciativas convenientes a los intereses generales de la beneficencia y obras asistenciales” y “Emitir dictamen en los problemas que afecten a la coordinación de la beneficencia y obras asistenciales con las actividades de cualquier servicio que dependa del Ministerio de la Gobernación o de cualquier otro departamento ministerial”⁸⁰⁷.

Por su parte, tanto la Comisión Nacional de Fundaciones y Asociaciones Culturales Privadas como la Subcomisión de Ejercicio del Protectorado, aparecen por primera vez contempladas en el Título III del Decreto 2930/1972, de 21 de julio, por el

⁸⁰⁵En concreto, tal como recoge la exposición de motivos del Decreto de 20 de junio de 1958, “(...) Situados los problemas benéficos en zonas donde convergen cuestiones de orden religioso, moral, sanitario, social y jurídico, el Consejo (...) puede señalar la línea donde se equilibren en perfecta armonía consideraciones tan varias.

Dedúcese de ello que el Consejo Superior de Beneficencia y Obras Asistenciales, a la par de una amplia función de orientación general, debe asumir otro cometido de alcance coordinador para evitar que pugnen, difieran o desconecten las actuaciones de los distintos órganos de la Administración Pública competentes para actuar sobre facetas aisladas del problema genérico que forman las obras benéfico asistenciales.

Dentro de esta amplio cometido deberá orientar la trascendente reforma de la legislación de beneficencia cuya compleja regulación exige una nueva ordenación para adaptarla a la natural evolución de las necesidades asistenciales y medios para satisfacerlas (...)”.

⁸⁰⁶Según el artículo primero del Decreto de 20 de junio de 1958, “*El Consejo Superior de Beneficencia y Obras Sociales (...) adscrito al Ministerio de la Gobernación, se denominará en lo sucesivo Consejo Superior de Beneficencia y Obras Asistenciales y estará constituido, bajo la presidencia del Ministro de la Gobernación, por los siguientes miembros: Vicepresidente: a) El Director General de Beneficencia y Obras Sociales. Vocales: Vocales: b) El Delegado nacional de Auxilio Social, c) El Director General de Sanidad, d) El Director General de Administración Local, e) La Delegada nacional de la sección femenina, f) Dos representantes de los Reverendísimos Metropolitanos, g) Un representante del Ministerio de Asuntos Exteriores, h) Un representante del Ministerio de Justicia, i) Un representante del Ministerio de Educación Nacional, j) Un representante del Ministerio del Trabajo, k) Un representante del Ministerio de la Vivienda, l) Un representante de las Obras Asistenciales de la Representación Sindical, m) Un representante del Instituto Nacional de Previsión, n) Un Abogado del Estado de la Asesoría Jurídica del Ministerio de la Gobernación, ñ) Tres personas designadas por el Ministro de la Gobernación que destaquen en el ámbito nacional por su labor benéfico asistencial, o) El Director Nacional de la Cáritas españolas y p) Dos médicos, de los cuales uno ha de ser necesariamente especialista en Maternología y Puericultura. Secretario: q) Un Jefe de Sección del Ministerio de la Gobernación. Todos los Vocales. excepto los que sean por razón del cargo y los contemplados en los apartados f), g), h), i), j), k), l) y m) serán designados por el Ministro de la Gobernación*”.

⁸⁰⁷Artículo 3, apartados primero, segundo y cuarto, respectivamente, del Decreto de 20 de junio de 1958.

que se aprueba el Reglamento de las Fundaciones Culturales Privadas y Entidades Análogas y de los Servicios Administrativos encargados del Protectorado sobre las mismas⁸⁰⁸. En dicho Título, que regulaba la organización de los servicios administrativos del Protectorado para este tipo de entidades, se alude a ambas figuras como órganos de naturaleza consultiva adscritos al Ministerio competente en “*materia de instituciones asistenciales culturales de los particulares*”⁸⁰⁹.

La Comisión Nacional de Fundaciones y Asociaciones Culturales Privadas estaba presidida por el Ministro de Educación y Ciencia, actuando como Vicepresidente el Subsecretario de dicho Departamento y, desarrollando funciones de secretaría, el Secretario General del Protectorado sobre las Fundaciones Culturales Privadas⁸¹⁰. Asimismo, formaban parte de este órgano un total de veintidós vocales, de los cuales dieciséis eran Altos Cargos de la Administración General del Estado y seis eran personalidades de reconocido prestigio designadas por el titular del Ministerio de Educación y Ciencia entre representantes de Fundaciones y Asociaciones culturales de financiación, servicio y promoción, y entre especialistas de estas instituciones⁸¹¹. Debiendo reunirse, previa convocatoria de la presidencia, al menos, una vez al año, la Comisión desarrollaba funciones deliberatorias sobre propuestas de reformas

⁸⁰⁸BOE núm. 260, de 30 de octubre.

⁸⁰⁹En concreto, el artículo 97 del Decreto 2930/1972 señala que “*Se crean la Comisión Nacional de Fundaciones y Asociaciones Culturales Privadas, como órgano consultivo del Ministerio en materia de instituciones asistenciales culturales de los particulares, y la Subcomisión de Ejercicio del Protectorado*”.

⁸¹⁰De conformidad con el artículo 101 del Decreto 2930/1972, “*la Secretaría General del Protectorado, con nivel orgánico de servicio, tiene a su cargo el Registro de Fundaciones Culturales y Privadas, la inspección de estas y la jefatura de las unidades administrativas encargadas de la tramitación de los asuntos que son competencia del Protectorado, así como las de la administración de las Fundaciones cuya dirección corresponde al Ministerio de Educación y Ciencia. Este Ministerio aprobará la estructura interna de la Secretaría General del Protectorado*”.

⁸¹¹Al amparo del artículo 98.2 del Decreto 2930/1972, forman parte de la Comisión, en su condición de Vocales, los siguientes miembros: “*a) El Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia. b) El Secretario General Técnico del Ministerio de Educación y Ciencia, c) el Director General de Universidades e Investigación. d) El Director General de Programación e Inversiones, e) el Director General de Formación Profesional y Extensión Educativa, f) El Director General de Bellas Artes, g) El Director General de Archivos y Bibliotecas, h) El Secretario General Técnico de la Presidencia del Gobierno, i) El Director General de Relaciones Culturales, j) El Secretario General Técnico del Ministerio de Hacienda, k) El Director General del Tesoro y Presupuestos, l) El Director General de lo Contencioso del Estado, ll) El Director General de Política Interior y Asistencia Social, m) El Director General de Capacitación y Extensión Agraria, n) El Director General de Promoción Social, ñ) El Secretario General del Consejo Superior de Investigaciones Científicas. o) Seis personalidades designadas por el Ministerio de Educación y Ciencia entre representantes de Fundaciones y Asociaciones. culturales de financiación, servicio y promoción y entre especialistas de estas Instituciones (...)*”.

normativas en su ámbito de actuación⁸¹², siendo igualmente de su competencia la aprobación de la Memoria Anual de actividades del Protectorado.

Junto a la antedicha Comisión, el Decreto 2930/1972 también creó la Subcomisión de Ejercicio del Protectorado que, bajo la presidencia del Subsecretario del Ministerio de Educación y Ciencia y la vicepresidencia del Secretario General del Protectorado⁸¹³, tenía como principal cometido la emisión de informe en determinados asuntos o materias⁸¹⁴, así como conocer todos aquellos asuntos que la Subsecretaría sometiera a su consideración.

⁸¹²En concreto, el apartado primero del artículo 105 del Decreto 2930/1972 establece que corresponde a la Comisión Nacional de Fundaciones y Asociaciones Culturales Privadas “*Deliberar sobre las propuestas de reforma de la reglamentación de las Instituciones asistenciales privadas de carácter cultural y las medidas que contribuyan al mejor desenvolvimiento de las mismas, así como sobre los demás asuntos que le someta el Ministro de Educación y Ciencia.*”

⁸¹³Además, tal como determinaba el artículo 99.2 del Decreto 2930/1972, constituían la Subcomisión, en condición de vocales, “*(...)el Abogado del Estado, Jefe de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Educación y Ciencia; un representante de cada una de las Direcciones Generales aludidas en el número 2 del artículo anterior –es decir, las que componen la Comisión Nacional de Fundaciones y Asociaciones Culturales Privadas- de las Secretarías Generales Técnicas, de la Presidencia del Gobierno y de los Ministerios de Educación y Ciencia y de Hacienda” y de la Secretaría General del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, tres representantes de las Fundaciones y Asociaciones culturales privadas designados por el Ministro de Educación y Ciencia, y un funcionario de la Secretaría General del Protectorado, que actuará, como Secretario.*”

⁸¹⁴El artículo 106.1 del Decreto 2930/1972 remitía a los supuestos previstos en los apartados segundos y siguientes del artículo 103, que enumeraba las atribuciones del titular del Departamento de Educación y Ciencia, y al artículo 104, que hacía lo propio respecto a la Subsecretaría de dicho Ministerio.

Así, el precitado artículo 103 contemplaba las siguientes funciones: “*(...) Disponer el cumplimiento de la voluntad de los causantes de los legados o donaciones hechos al Estado para la constitución de Instituciones asistenciales de carácter cultural, Aprobar las normas para la designación de los titulares de los órganos de gobierno de una Fundación o de bienes gravados con cargas culturales permanentes, en los casos en que no puedan cubrirse las vacantes con arreglo a los Estatutos o al documento constitutivo, Reconocer, clasificar y disponer la inscripción, en su caso, de la constitución de las Fundaciones culturales privadas, Aprobar, en su caso, las tarifas de los servicios que presten las Fundaciones culturales privadas y Entidades asistenciales análogas, Acordar, previo dictamen del Consejo de Estado la modificación, fusión o extinción de las Fundaciones culturales privadas y Resolver los recursos que se planteen contra las resoluciones de los órganos del Protectorado*”

Por su parte, el artículo 104 de la referida norma reglamentaria enumeraba las siguientes: “*Remover de sus cargos a los titulares de los órganos de gobierno y dirección de las Fundaciones culturales privadas, o suspenderlos temporalmente, por grave incumplimiento de sus obligaciones, Acordar que se entable contra ellos, cuando proceda, la acción de responsabilidad, Dispensar de la subasta en las enajenaciones de bienes, Autorizar la aceptación de herencias sin beneficio de inventario o de donaciones modales y onerosas, la realización de gastos extraordinarios y las actuaciones ante los Tribunales de Justicia, en su caso, Designar los Abogados de las Fundaciones docentes, Acordar investigaciones extraordinarias e inspecciones de las Fundaciones culturales privadas, Acordar la práctica de inspecciones sobre las actividades docentes y culturales de las Asociaciones culturales privadas y respecto del cumplimiento de las cargas culturales de carácter permanente, Promover de oficio los expedientes de modificación, fusión o extinción de las Fundaciones culturales ,privadas y Entidades análogas, Aprobar los programas de amortización de las deudas previstos en el artículo 49 (deudas derivadas de la ejecución de resoluciones judiciales) y Acordar, en su caso, las inscripciones en el Registro de Fundaciones Culturales Privadas a. que haya lugar, salvo lo previsto en el número 4 del artículo anterior (el cual, como ya hemos expuesto, alude a la constitución de las fundaciones culturales privadas)”.*

Finalmente, el antecedente más próximo en el tiempo del Consejo Superior de Fundaciones regulado en la vigente LF es la figura homónima que introdujo su precedente legislativo, es decir, la antedicha Ley 30/1994, la cual fue objeto de desarrollo, en esta y otras materias, por el también ya citado Real Decreto 316/1996, por el que se aprobaba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal.

Mientras que el legislador se limitó a calificar el Consejo Superior de Fundaciones como órgano de naturaleza consultiva compuesto por representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las propias fundaciones (art. 38) que ejerce funciones de asesoramiento, informe, promoción y fomento en materia fundacional⁸¹⁵, el desarrollo reglamentario fue más clarificador y extenso, regulando con mayor precisión la organización, atribuciones y funcionamiento de esta figura.

Respecto a su organización, el artículo 23.2 del Real Decreto 316/1996 determinaba que el Consejo Superior de Fundaciones podía operar en Pleno o en Comisión Permanente. El Pleno, tal como señalaba el artículo 25 de esta misma norma, estaba compuesto por la presidencia, que recaía en el titular del Ministerio de la Presidencia, tres Vicepresidencias, un Secretario y vocales⁸¹⁶. Asimismo, podían asistir

⁸¹⁵Según el artículo 39 de la Ley 30/1994, son funciones del Consejo Superior de Fundaciones: “a) Asesorar, informar y dictaminar, cuando así se le solicite, sobre cualquier disposición legal o reglamentaria que afecte directamente a las fundaciones, así como formular propuestas; b) Planificar y proponer las actuaciones necesarias para la promoción y fomento de las fundaciones, realizando los estudios precisos al efecto; c) Las demás que le puedan atribuir las disposiciones vigentes”.

⁸¹⁶En concreto, el artículo 25 del Real Decreto 316/1996 otorgaba las Vicepresidencias al Subsecretario del Ministerio de la Presidencia (Vicepresidencia 1ª), a un representante de las Comunidades Autónomas elegidos por y entre los vocales del Consejo representantes de las mismas (Vicepresidencia 2ª) y a un representante de las propias fundaciones elegido por y entre los vocales que asisten en representación de las mismas (Vicepresidencia 3ª).

Por su parte, según el apartado cuarto del citado precepto, los vocales se distribuían en la siguiente proporción: “Dos representantes, con categoría al menos de Director general, de cada uno de los Ministerios de Justicia e Interior, de Economía y Hacienda, de Educación y Ciencia, de Trabajo y Seguridad Social, de Cultura y de Asuntos Sociales, nombrados por los titulares de dichos Departamentos, doce representantes de las Comunidades Autónomas designados por el Presidente del Consejo, a propuesta de aquéllas, conforme a los criterios de representación que las mismas acuerden y doce representantes de las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, designados por el Presidente del Consejo, para un período de cuatro años a propuesta, ocho de ellos, de las agrupaciones de Fundaciones legalmente constituidas y los otros cuatro a propuesta de las Fundaciones no integradas en las citadas agrupaciones seleccionados en virtud de criterios objetivos establecidos en convocatoria pública”.

Finalmente, el artículo 25.6 señalaba que “Actuará como Secretario, con voz pero sin voto, un funcionario

con voz y voto hasta un máximo de seis expertos. Por su parte, y al amparo de lo previsto en el artículo 26, apartados segundo y tercero, del reiterado Real Decreto, la Comisión Permanente se componía tan sólo de catorce miembros, entre los cuales podemos señalar un presidente, que era el Vicepresidente Primero del Pleno, un secretario, que también coincidía con el del Pleno, y doce vocales, a la razón de cuatro vocales elegidos por y entre los representantes de la Administración General del Estado, cuatro elegidos de igual forma por los representantes de las Comunidades Autónomas y, finalmente, otros cuatro elegidos mediante idéntico procedimiento por los representantes de las propias fundaciones.

En cuanto a las funciones del Pleno y la Comisión Permanente, si bien el Real Decreto 316/1996 se limitó, prácticamente, a reproducir las establecidas por el legislador estatal para el primero⁸¹⁷, fue mucho más innovador en las atribuciones conferidas a la segunda, otorgándole, entre otras, la resolución de las cuestiones que, con carácter de urgencia, fueran planteadas al Consejo, así como la posibilidad de constituir ponencias y grupos de trabajo para la elaboración de informes⁸¹⁸.

Finalmente, una vez estructurado el Consejo Superior de Fundaciones y delimitadas sus funciones, el Real Decreto 316/1996 dedicaba su artículo 27 a regular el funcionamiento de esta figura, remitiendo, a tal fin, a sus propias normas y a las previsiones contenidas para los órganos colegiados en la legislación de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas. Asimismo, también establecía

del Ministerio de la Presidencia que desempeñe un puesto de trabajo de Subdirector general o asimilado”.

⁸¹⁷Según el artículo 24 del Real Decreto 316/1996, el Consejo Superior de Fundaciones tendrá las siguientes funciones: “a)Asesorar, informar y dictaminar; cuando así se le solicite, sobre cualquier disposición legal o reglamentaria que afecte directamente a las Fundaciones, así como formular propuestas, b)Planificar y proponer las actuaciones necesarias para la promoción y fomento de las Fundaciones, realizando los estudios precisos al efecto, c)Recopilar, para su intercambio y difusión, todo tipo de información relativa a las Fundaciones y d)Cualesquiera que le puedan atribuir las disposiciones vigentes”.

⁸¹⁸En concreto, el artículo 26.1 del Real Decreto 316/1996 señala como atribuciones de la Comisión Permanente las siguientes: “a)Velar por el cumplimiento de los acuerdos adoptados por el Pleno y por las actuaciones en curso derivadas de los mismos, b)Resolver las cuestiones que, con carácter de urgencia, se planteen al Consejo, dando cuenta al Pleno de las actuaciones llevadas a cabo, c)Proponer asuntos a debatir y elevar propuestas de resolución al Pleno del Consejo, d)Constituir ponencias y grupos de trabajo para la elaboración de informes y propuestas acordadas en el Pleno relacionadas con los cometidos del Consejo y e)Cuantos cometidos les sean delegados o asignados por el Pleno”.

la periodicidad de las reuniones, tanto del Pleno como de la Comisión Permanente, y el *quorum* mínimo para la convocatoria de ambos⁸¹⁹.

3.3) Naturaleza

Tal como ya expusimos en la introducción, y en base a lo dispuesto en los artículos 38 y 39 de la LF, podemos definir el Consejo Superior de Fundaciones como un órgano consultivo compuesto por representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las propias fundaciones con funciones de asesoramiento, informe y planificación en materia fundacional.

Partiendo de este concepto, podemos concluir que el Consejo Superior de Fundaciones presenta una naturaleza compleja, pues se trata de un órgano colegiado inserto en una estructura de naturaleza administrativa que desarrolla funciones de consulta, de participación y de colaboración interadministrativas. En definitiva, coincidiendo con CABO PAN Y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, es plausible sintetizar el Consejo Superior de Fundaciones como : a)un órgano administrativo colegiado de la Administración General del Estado; b)un órgano de carácter consultivo en materia de fundaciones; c)un órgano de participación del sector de fundaciones en la Administración Pública, y d)un órgano de colaboración, cooperación y coordinación interadministrativa para el ejercicio de las funciones públicas relacionadas con la materia⁸²⁰, perspectivas todas ellas sobre las que vamos a disertar brevemente.

Si bien el tenor literal de la LF no contempla la colegialidad del Consejo Superior de Fundaciones -aunque implícitamente la reconoce en su artículo 38.1 cuando emplea el término “representantes”-, sí figura expresamente reconocida en el RLF cuyo artículo 49 le atribuye expresamente dicho carácter, todo ello sin perjuicio de que su

⁸¹⁹De conformidad con el artículo 27.1 del Real Decreto 316/1996, “*el Pleno se reunirá como mínimo dos veces al año y, en todo caso, cuando lo convoque el Presidente o lo solicite al menos un tercio de sus miembros*”.

Por otro lado, el apartado segundo del citado precepto señalaba que “*la Comisión Permanente se reunirá al menos cuatro veces al año y, en todo caso, cuando la convoque el Presidente o lo solicite al menos un tercio de sus miembros*”.

⁸²⁰CABO PAN, J.I., Y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, A., “El Consejo Superior de Fundaciones”,... op. cit., págs. 818 y 819.

propio artículo 55.2, al abordar el funcionamiento del Consejo, también remita a lo dispuesto para los órganos colegiados en la legislación administrativa⁸²¹.

De conformidad con el artículo 21.1 de la LRJSP, los órganos colegiados de la Administración General del Estado pueden ser ministeriales o interministeriales, según sus componentes procedan, respectivamente, de uno o varios departamentos ministeriales. En este sentido, si nos atenemos a la composición transversal del Consejo Superior de Fundaciones que alberga el artículo 51 del RLF, al cual nos referiremos seguidamente, podemos concluir que aquel es un órgano colegiado de carácter interministerial que, tal como determina el ya citado artículo 49 de la norma reglamentaria, se halla adscrito al Ministerio competente en materia de Administraciones Públicas.

Delimitado el carácter colegiado del Consejo Superior de Fundaciones, procede abordar ahora su naturaleza consultiva, la cual, sin lugar a dudas, constituye una de las razones básicas de su existencia. Además, se debe añadir que se trata de un órgano consultivo especializado por razón de la materia, ya que su actividad deberá recaer exclusivamente sobre el sector de las fundaciones.

Como todo órgano consultivo, las atribuciones del Consejo Superior de Fundaciones se limitan a la emisión y elaboración de informes, estudios, recomendaciones y propuestas. No obstante, tal como posteriormente indicaremos, el Consejo también tiene atribuida ciertas potestades decisorias que, bajo ningún concepto, desvirtúan la naturaleza consultiva que, con carácter general, preside la actividad de este órgano⁸²². En este sentido, las competencias del Consejo Superior de Fundaciones reconocidas por el legislador en el artículo 39, apartados a) y b), de la LF, se enmarcan en el ámbito de una función consultiva, pues tanto la labor de asesoramiento e informe,

⁸²¹Por la fecha en la que fue aprobado y publicado, el artículo 55 del Real Decreto 1337/1995 remite al Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Considerando que dicha norma ha sido derogada por la Disposición Derogatoria Única, letra a), de la LPAC, dicha referencia hay que reputarla a la Sección 3ª, del Capítulo II del Título Preliminar de la LRJSP.

⁸²²El artículo 54.4, letras b) y e), al enumerar las funciones de la Comisión de Cooperación e Información Registral del Consejo Superior de Fundaciones, atribuye a aquélla la potestad *para “establecer las medidas o mecanismos que considere necesarios para garantizar la colaboración e información mutua entre los diferentes registros de fundaciones”* y para *“Establecer los criterios de actuación para el traslado de la fundación de un registro a otro diferente, en el caso de que la fundación haya cambiado el ámbito territorial en el que principalmente vaya a desarrollar sus actividades”*.

como la de promoción y fomento de las fundaciones, están impregnadas de este carácter.

En concreto, el apartado a) del artículo 39 atribuye al Consejo Superior de Fundaciones la función de *“asesorar e informar sobre cualquier disposición legal o reglamentaria de carácter estatal que afecte directamente a las fundaciones, así como formular propuestas en este ámbito. Asimismo, también podrá informar sobre tales asuntos cuando le sean elevadas consultas por los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas”*. A la vista de este precepto, la actividad asesora del Consejo Superior de Fundaciones revestirá una doble naturaleza; preceptiva, en el caso de disposiciones legales o reglamentarias estatales, y facultativa, en el supuesto de que exista una petición previa de los órganos colegiados ejecutivos superiores de las Comunidades Autónomas.

En uno u otro caso, el Consejo, a través de sus informes y propuestas, emitirá sus opiniones o juicios de valor con objeto de lograr la concordancia práctica de intereses sociales, puesto que está llamado a desempeñar un importante papel político-social como lugar de encuentro y participación entre lo público y lo privado, si bien desde una perspectiva técnica, ya que debe ser un marco de discusión y elaboración que, alejado de ideologías, impulse el desarrollo de las fundaciones⁸²³. Aunque este último matiz también dimana del tenor literal del apartado b) del antedicho artículo 39, el cual atribuye al Consejo Superior de Fundaciones la función de *“planificar y proponer las actuaciones necesarias para la promoción y fomento de las fundaciones, realizando los estudios precisos al efecto”*, en nuestra opinión, dicha atribución va más allá aún, persiguiendo con ella que el Consejo, además de servir de foro de encuentro y debate, lidere la promoción y fomento del papel protagonista que las entidades fundacionales han de desempeñar en la sociedad. En cualquier caso, el ejercicio de esta facultad dependerá de la iniciativa propia que irradie el Consejo, pues, a diferencia del supuesto anterior, es independiente de cualquier consulta o planteamiento previo, ya sea preceptivo, ya sea facultativo.

⁸²³PIÑAR MAÑAS, J.L., “Artículos 39”, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 327.

Cabe señalar que, en el marco de esta función de promoción y fomento del fenómeno fundacional, encontraría implícito acomodo la atribución reconocida al Consejo Superior de Fundaciones en la normativa precedente⁸²⁴, que instaba a la recopilación, “*para su intercambio y difusión, de todo tipo de información relativa a las fundaciones*”, cuyo óptimo desarrollo, en opinión de GONZÁLEZ CUETO, podría dar lugar a un centro estatal de documentación e información sobre fundaciones que resultaría de gran utilidad, tanto para los estudiosos del sector fundacional, como para aquellos que operan en él⁸²⁵.

Por otro lado, y tal como ya habíamos adelantado, el Consejo Superior de Fundaciones es también un órgano de participación, pues sirve como punto de encuentro de las Administraciones Públicas y la sociedad para abordar y analizar la realidad del espectro fundacional. Sin ánimo de profundizar excesivamente en esta materia, cuyo objeto de estudio se circunscribe, especialmente, al ámbito del Derecho Constitucional y excede del contenido del presente trabajo de investigación, la participación ciudadana supone una manifestación del amplio concepto de “Estado Social” que consagra el artículo 1.1 de la CE y que se desarrolla más exhaustivamente en el artículo 9.2 de la misma⁸²⁶.

Este marco constitucional implica que la actuación de los poderes públicos debe estar orientada o informada de tal manera que se favorezca la participación ciudadana en las distintas esferas de la vida social, económica, cultural, etc. En definitiva, como afirma MUÑOZ MACHADO, lo característico de este modelo es que se cuestiona la tesis sobre el monopolio de los poderes públicos en la definición del interés general⁸²⁷, descendiendo tal capacidad a la propia ciudadanía que, debidamente organizada, canaliza la defensa y definición de intereses generales o, cuando menos, de carácter colectivo.

⁸²⁴ Artículo 24, letra c), del Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprobaba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal.

⁸²⁵ GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002, de 26 de noviembre*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 310.

⁸²⁶ De conformidad con el artículo 9.2 de la Constitución española de 1978, “*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”.

⁸²⁷ MUÑOZ MACHADO, S., “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de la participación en la Administración”, *Revista de Administración Pública*, núm. 84, septiembre/diciembre 1977, pág. 522.

Como la aspiración de estos incipientes colectivos es participar e incidir en los procesos de toma de decisiones públicas, resultar necesario articular nuevos sistemas de participación complementarios a la representación parlamentaria, no sólo para permitir a estas nuevas organizaciones acceder a las instituciones, sino también para evitar su participación oculta mediante una representación no identificada, la cual incidiría negativamente en el principio de transparencia⁸²⁸. Es por ello por lo que, en los países democráticos modernos, han ido paulatinamente creándose, bajo denominaciones diversas, órganos que, operando con independencia y autonomía funcional, aglutinan la participación de los grupos de interés existentes en los diversos sectores de implementación de políticas públicas.

Así pues, el Consejo Superior de Fundaciones, del que forman parte representantes del espectro fundacional, responde a esta naturaleza de órgano administrativo de participación, debiendo, en consecuencia, de servir como foro permanente de diálogo y propuesta entre aquellos y las Administraciones Públicas.

Finalmente, el Consejo Superior de Fundaciones es también un órgano de colaboración, cooperación y coordinación porque, debido a la compleja distribución de competencias existente en esta materia entre Estado y Comunidades Autónomas, la cual ya hemos abordado pormenorizadamente en otros epígrafes de este estudio, se torna necesario articular mecanismos o instrumentos que refuercen los citados principios para que las distintas Administraciones intervinientes puedan ejercer eficaz y eficientemente sus atribuciones. En este contexto, el Consejo Superior de Fundaciones estaría llamado a desempeñar un papel esencial, pues en torno a su figura y actuación, bien podrían aquellos materializarse

En cualquier caso, estimamos que, con independencia del razonamiento expuesto, también se puede afirmar que el carácter del Consejo Superior de Fundaciones como órgano de colaboración, cooperación y coordinación deviene igualmente de su naturaleza orgánico-administrativa, pues, al quedar adscrito, como ya se ha dicho, a la Administración General del Estado, se impregna de los principios que afectan a la

⁸²⁸CABO PAN, J.I., Y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, A., “El Consejo Superior de Fundaciones”,... op. cit., pág. 824.

misma, destacando, al efecto que nos ocupa, el Título III de la LRJSP, rubricado “*Relaciones Interadministrativas*”, cuyo artículado va a imponer a las distintas Administraciones el cumplimiento de los principios enunciados⁸²⁹.

Así pues, a modo de conclusión del presente apartado, hemos de afirmar que el Consejo Superior de Fundaciones es un órgano *sui generis*, que reviste una naturaleza compleja, cuyo estudio exige un análisis independiente y minucioso de todos y cada uno de los elementos que la componen, pues sólo así cabe alcanzar una visión global e integradora de esta figura.

3.4) Organización

De conformidad con el artículo 49.2 del RLF, el Consejo Superior funcionará en Pleno, Comisión Permanente y Comisión de Cooperación e Información Registral.

a) Al amparo del artículo 51 de la referida norma reglamentaria⁸³⁰, el Pleno, que es el órgano principal del Consejo, se compone de representantes de la Administración

⁸²⁹En concreto, el artículo 141 de la LRJSP señala lo siguiente:

“1. Las Administraciones Públicas deberán:

- a) Respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias.*
 - b) Ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones.*
 - c) Facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias o que sea necesaria para que los ciudadanos puedan acceder de forma integral a la información relativa a una materia.*
 - d) Prestar, en el ámbito propio, la asistencia que las otras Administraciones pudieran solicitar para el eficaz ejercicio de sus competencias.*
 - e) Cumplir con las obligaciones concretas derivadas del deber de colaboración y las restantes que se establezcan normativamente.*
- 2. La asistencia y colaboración requerida sólo podrá negarse cuando el organismo público o la entidad del que se solicita no esté facultado para prestarla de acuerdo con lo previsto en su normativa específica, no disponga de medios suficientes para ello o cuando, de hacerlo, causara un perjuicio grave a los intereses cuya tutela tiene encomendada o al cumplimiento de sus propias funciones o cuando la información solicitada tenga carácter confidencial o reservado. La negativa a prestar la asistencia se comunicará motivadamente a la Administración solicitante.*
- 3. La Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas y las de las Entidades Locales deberán colaborar y auxiliarse para la ejecución de sus actos que hayan de realizarse o tengan efectos fuera de sus respectivos ámbitos territoriales. Los posibles costes que pueda generar el deber de colaboración podrán ser repercutidos cuando así se acuerde”.*

⁸³⁰Artículo 51. Pleno del Consejo.

- “1. El Pleno del Consejo Superior de Fundaciones estará constituido por el presidente, un vicepresidente, un secretario y los vocales que se determinan en el apartado 4.*
- 2. Actuará como presidente el Ministro de Administraciones Públicas.*
- 3. Será vicepresidente el Secretario General para la Administración Pública del Ministerio de*

General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las fundaciones y, con carácter general, ejerce las atribuciones del Consejo Superior de Fundaciones que no han sido objeto desconcentración en otros órganos⁸³¹.

En concreto, el referido precepto estructura el pleno en torno a las figuras de un Presidente, que será la persona titular del Ministerio competente de Administraciones Públicas, un Vicepresidente⁸³², que recaerá en la persona titular de la Secretaría General para la Administración Pública del precitado Departamento ministerial, treinta vocales, a la razón de diez en representación de la Administración General del Estado, diez por parte de las Comunidades Autónomas y otros tanto en representación de las fundaciones, y un secretario, con voz pero sin voto, cargo que será desempeñado por una persona funcionaria del Ministerio de Administraciones Públicas, designada por el titular del mismo, con rango, al menos, de subdirector general. Asimismo, cabe la

Administraciones Públicas.

4. Serán vocales del Pleno del Consejo:

a) 10 representantes, con categoría, al menos, de director general, designados por el presidente del Consejo, a propuesta, cada uno de ellos, de los Ministros de Justicia, de Economía y Hacienda, de Educación y Ciencia, de Trabajo y Asuntos Sociales, de Industria, Turismo y Comercio, de Agricultura, Pesca y Alimentación, de la Presidencia, de Administraciones Públicas, de Cultura y de Medio Ambiente.

b) 10 representantes de las comunidades autónomas, designados por el presidente del Consejo, a propuesta de aquéllas, previo acuerdo en la Conferencia Sectorial de Administraciones Públicas.

c) 10 representantes de las fundaciones, designados por el presidente del Consejo para un período de cuatro años. Dichos representantes serán propuestos:

1.º Cinco por las asociaciones de fundaciones, correspondiendo tres representantes a asociaciones de fundaciones con implantación estatal, y otros dos a asociaciones de fundaciones de ámbito autonómico.

2.º Cinco por las fundaciones no integradas en asociaciones, cualquiera que sea su ámbito.

5. Podrán asistir a las reuniones del Pleno, con voz y sin voto, los expertos que se consideren necesarios, previa convocatoria del presidente.

6. Actuará como secretario, con voz pero sin voto, un funcionario del Ministerio de Administraciones Públicas con rango de subdirector general, designado por el Ministro”.

⁸³¹El artículo 50.1 del RLF, en consonancia con el ya comentado artículo 39 de la LF, atribuye al Consejo Superior de Fundaciones las siguientes funciones: “a) Asesorar e informar sobre cualquier disposición legal o reglamentaria de carácter estatal que afecte directamente a las fundaciones, así como formular propuestas en este ámbito. Asimismo, deberá informar sobre tales asuntos cuando le sean consultados por los Consejos de Gobierno de las comunidades autónomas; b) Planificar y proponer las actuaciones necesarias para la promoción y fomento de las fundaciones y realizar los estudios precisos al efecto; c) Las demás que le puedan atribuir las disposiciones vigentes”

⁸³²Como novedad, hay un único Vicepresidente, a diferencia de los tres previstos en el artículo 25.3 del Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprobaba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, que estructuraba dicho cargo en un Vicepresidente Primero, el Subsecretario del Ministerio de la Presidencia, un Vicepresidente Segundo, que recaería en un representante de las Comunidades Autónomas elegido por y entre los vocales de las mismas, y un Vicepresidente tercero, cargo que ostentaría un representante del sector fundacional elegido igualmente por y entre los vocales de dicho ámbito.

posibilidad de que asistan a las sesiones plenarios, con voz pero sin voto y previa convocatoria del Presidente, los expertos que se consideren necesarios⁸³³.

Sin lugar a dudas, la singularidad más relevante en la composición plenaria del Consejo Superior de Fundaciones gira en torno a la distribución y elección de sus vocales. En primer lugar, y como novedad respecto a la regulación precedente, cabe señalar que el RLF ha reducido el número de vocales que contemplaba el Real Decreto 316/1996, aunque manteniendo la configuración paritaria de los mismos respecto a cada uno de los sectores representados en el Consejo; Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y fundaciones. En este sentido, se ha pasado de doce vocales para cada sector, lo que arrojaba un número total de treinta y seis, a tan sólo diez, disminuyendo, por tanto, el número total de vocalías a tan sólo treinta.

Respecto a los vocales correspondientes a la Administración General del Estado, si bien el RLF mantiene el rango de Director General de los mismos, ha procedido a modificar tanto su sistema de selección, como los Departamentos ministeriales representados. Mientras que la norma reglamentaria de 1996 establecía que dichos vocales serían nombrados por el titular de cada Departamento, el vigente reglamento de fundaciones confiere tal atribución a la persona titular de la presidencia del Consejo Superior de Fundaciones, a propuesta de las personas titulares de cada Ministerio representado, modificación que, a nuestro juicio, es más correcta, a la par que coherente con la forma de designación de los vocales de las Comunidades Autónomas y del sector fundacional.

Por otro lado, como ya se ha expuesto, el RLF también ha optado por modificar los Departamentos ministeriales que gozan de presencia en el Pleno del Consejo Superior de Fundaciones. A nuestro juicio, resultaba evidente que, si bien con dicho cambio se perseguía otorgar representación plenaria a los Ministerios con competencias en materia de fundaciones, estimamos que hubiera sido más adecuado acudir a formulaciones genéricas, ya que constituiría un reto altamente improbable definir de

⁸³³A diferencia de lo previsto en el artículo 25.5 del Real Decreto 316/1996, que limitaba el número de expertos a seis y los distribuía entre los sectores representados en el Consejo –Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Fundaciones-, pudiendo designar cada uno de ellos únicamente a dos, el vigente RLF suprime tanto dicho número máximo, como su distribución paritaria.

modo permanente los Departamentos que iban a ejercer tales atribuciones, pues, parece lógico, tal como ha sucedido, que sucesivas reestructuraciones en el seno de la Administración General del Estado modificaran el elenco de Ministerios que, en cada momento, pudieran tener reconocidas competencias en este ámbito.

Menos cambios encontramos en la designación de los vocales que asisten al Consejo Superior de Fundaciones en representación de las Comunidades Autónomas. Si bien el RLF mantiene la designación de aquellos por el Presidente del Consejo a propuesta de las propias autonomías, establece como novedad que dicha propuesta ha de venir refrendada por un acuerdo previo de la Conferencia Sectorial de Administraciones Públicas, el cual deberá definir los criterios de representación de las Comunidades y, en su caso, el rango administrativo de los representantes.

Finalmente, procede abordar la regulación de los vocales representantes del sector fundacional, figura que supone uno de los aspectos más novedosos en la configuración del Consejo Superior de Fundaciones respecto a lo dispuesto en el Real Decreto 316/1996, persiguiendo con ello superar los obstáculos que impidieron su primera constitución y que, como bien sabemos, no han sido todavía debidamente superados, ya que el Consejo no se ha constituido formalmente aún.

El artículo 25.4, párrafo tercero, del Real Decreto 316/1996 otorgaba al sector fundacional doce representantes, de los cuales, ocho debían ser designados por el presidente del Consejo Superior de Fundaciones a propuesta de las agrupaciones de Fundaciones legalmente constituidas, mientras que los otros cuatro serían nombrados a propuesta de las Fundaciones no integradas en las citadas agrupaciones, seleccionados en virtud de criterios objetivos establecidos en convocatoria pública.

La parquedad de la regulación que albergaba el reglamento de fundaciones del año 1996 respecto al proceso de selección de los vocales representantes del sector fundacional en el seno del Consejo Superior de Fundaciones contrasta con el mayor desarrollo que ofrece el vigente RLF en su artículo 52, el cual contempla la necesidad de una convocatoria pública por parte del Ministerio competente en Administraciones Públicas, los requisitos que deben cumplirse para proponer candidatos, la forma de designación de los vocales que representan a las asociaciones de fundaciones y a las

fundaciones no integradas en asociaciones y, por último, la posible sustitución de vocales⁸³⁴.

A diferencia de la norma precedente, el RLF prevé expresamente la posibilidad de que los vocales representantes del sector fundacional puedan proceder, bien de entidades fundacionales estatales, bien de fundaciones autonómicas, algo que consideramos un acierto, pues, resulta coherente con la función de cooperación y coordinación interadministrativa que el Consejo deberá desempeñar. Además, en puridad, el Consejo Superior de Fundaciones no constituye un órgano de representación

⁸³⁴ Artículo 52. Vocales representantes de las fundaciones.

- 1. El Ministerio de Administraciones Públicas efectuará una convocatoria pública para la propuesta de candidatos y aprobará las normas relativas a su elección.*
- 2. Para proponer candidatos, tanto las asociaciones como las fundaciones deberán cumplir y acreditar los siguientes requisitos:*
 - a) Encontrarse debidamente inscritas en el registro correspondiente.*
 - b) Encontrarse al corriente de sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social.*
 - c) En el caso de las fundaciones, haber cumplido sus obligaciones en materia de presentación de las cuentas anuales y del plan de actuación, o los documentos equivalentes en cada comunidad autónoma.**Los candidatos propuestos deben contar con plena capacidad de obrar y no encontrarse inhabilitados para el ejercicio de cargos públicos.*
- 3. Cada asociación de fundaciones, conforme a sus respectivas normas estatutarias, podrá proponer un máximo de tres representantes, si se trata de asociaciones de ámbito estatal, o un máximo de dos, si se trata de asociaciones autonómicas, y acompañará una relación nominal de las fundaciones integradas en ella.*

El presidente designará como vocales del Pleno al primer candidato propuesto por cada una las asociaciones estatales, y por cada una de las autonómicas, que cuenten en su respectivo ámbito con mayor número de fundaciones asociadas.

En el caso de que no se presentaran asociaciones en número suficiente para cubrir las cinco plazas a que se refiere este apartado, la plaza o las plazas vacantes acrecerán a las asociaciones que, dentro del mismo ámbito estatal o autonómico, hayan presentado candidatos, y se repartirán según el criterio establecido en el párrafo anterior.
- 4. Cada fundación, estatal o autonómica, no integrada en asociaciones podrá presentar a un único candidato. También podrán presentar candidato las fundaciones integradas en asociaciones, pero solo serán tenidos en cuenta si la asociación a la que pertenecen no ha obtenido representación en el Pleno.*

El presidente del Consejo designará como vocales a los candidatos propuestos por aquellas fundaciones que, dentro de cada uno de los grupos que a continuación se relacionan, cuenten con mayor patrimonio, entendido como total activo del balance de situación, de acuerdo con las últimas cuentas anuales depositadas:

 - a) Fundaciones cuyo patrimonio no exceda de 120.000 euros.*
 - b) Fundaciones con un patrimonio entre 120.000 y 500.000 euros.*
 - c) Fundaciones con un patrimonio entre 500.000 y un millón de euros.*
 - d) Fundaciones con un patrimonio entre un millón y tres millones de euros.*
 - e) Fundaciones cuyo patrimonio sea superior a tres millones euros.*

En el caso de igualdad de patrimonio, primará la prioridad en la fecha de inscripción registral de la escritura fundacional.

Si faltaran candidatos para cubrir la plaza correspondiente a uno o más de los grupos indicados, la vacante acrecerá al grupo de patrimonio inmediatamente superior; y, en el caso de no poder ser cubierta de esta forma, al inmediatamente inferior.
- 5. En el caso de fallecimiento, incapacidad o renuncia de un vocal representante de las fundaciones, será sustituido por quien indique la asociación o fundación que le propuso”.*

territorial del sector fundacional, de ahí que el ámbito de actuación de una entidad no debe ser elemento suficientemente representativo de su relevancia social o interés fundacional. En este sentido, no parecía lógico que grandes fundaciones dotadas de un amplio patrimonio y generadoras de una intensa actividad circunscrita únicamente en el ámbito de una Comunidad Autónoma quedaran excluidas de una posible representación en el Consejo Superior de Fundaciones en beneficio de otras entidades más pequeñas y menos activas por el simple hecho de desarrollar estas últimas su actuación en el territorio de más de una Comunidad Autónoma⁸³⁵.

No obstante, si bien la regulación en vigor ha contemplado expresamente la presencia de representantes del sector fundacional estatal y autonómico en el Consejo Superior de Fundaciones, no ha tenido en cuenta la posibilidad de representantes de la esfera local. Aunque para algunos autores esta ausencia obedece a que sólo las Administraciones estatal y autonómica ostentan competencias en la materia que nos ocupa y, por tanto, la participación de las fundaciones de ámbito municipal o provincial resulta totalmente irrelevante⁸³⁶, personalmente, discrepamos de tal posicionamiento a causa del elevado número de entes que, en la actualidad, aún componen el sector fundacional en la Administración Local⁸³⁷.

Ciertamente, consideramos que la participación de los representantes de las entidades fundacionales locales resulta necesaria y relevante, pues en dicho ámbito se plantean retos y problemas que no han de ser necesariamente comunes a los que se suscitan en la esfera estatal o autonómica pero que, en cualquier caso, demandan soluciones que exigen un proceso previo de análisis y debate. En este sentido, defendemos el papel que la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y organizaciones análogas de ámbito autonómico podrían desempeñar en la articulación y coordinación del proceso de elección de estos representantes.

⁸³⁵CABO PAN, J.I., Y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, A., “El Consejo Superior de Fundaciones”,... op. cit., pág. 843.

⁸³⁶PIÑAR MAÑAS, J.L., “El Consejo Superior de Fundaciones”, en *Las Fundaciones. Desarrollo Reglamentario de la Ley*, coordinado por Piñar Mañas y Olmos Vicente, Dykinson s.l., Madrid, 1997, pág. 247.

⁸³⁷De conformidad con el informe del Ministerio de Hacienda y Función Pública relativo a las entidades que integran el sector público local, de fecha 31 de diciembre de 2016, existen un total de 453 fundaciones pertenecientes al sector público local, las cuales conforman el 10% del total de las entidades instrumentales de las Corporaciones Locales.
http://www.minhafp.gob.es/Documentacion/Publico/CDI/Inventario/InformacionEELL/Sectorpublicolocal_31122016.pdf (visto por última vez el 25/02/17)

b) Un detenido análisis de la composición del Pleno del Consejo Superior de Fundaciones lleva a la conclusión de que, para que tenga continuidad en su actividad, deviene absolutamente imprescindible la constitución de un órgano auxiliar del mismo que se encargue tanto de la preparación de los asuntos a tratar en sus sesiones, como de la ejecución de los acuerdos adoptados en su seno. Dicho órgano es la Comisión Permanente, la cual se halla regulada en el artículo 53 del RLF.

Como ha quedado expuesto, la naturaleza de la Comisión Permanente es netamente representativa del Pleno, lo que se refleja tanto en su composición, que guarda la adecuada proporcionalidad entre la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y el sector fundacional, como en sus atribuciones, que están estrechamente relacionadas con las propias del Pleno, a diferencia de lo que, por ejemplo, sucede con la Comisión de Cooperación e Información Registral que posteriormente abordaremos.

En cuanto a la composición de la Comisión Permanente, el RLF ha introducido algunas novedades respecto a su antecesor. La primera de ellas la encontramos en la presidencia, cargo que actualmente recae en el Vicepresidente del Consejo, mientras que en el Real Decreto 316/1996 esta atribución correspondía al Vicepresidente primero del Pleno. Asimismo, la norma reglamentaria vigente determina que la Comisión Permanente se compondrá de 15 vocales, tres más que en la anterior, los cuales se distribuyen a la razón de uno más por cada sector representando, es decir, cinco vocales elegidos por los representantes de la Administración General del Estado en el Pleno de entre ellos mismos, cinco vocales elegidos por los representantes de las Comunidades Autónomas con igual criterio y, finalmente, otros cinco elegidos por los representantes de las fundaciones en el Pleno de igual forma.

Prosiguiendo con la comparación, menos cambios encontramos en las funciones de la Comisión Permanente, las cuales prácticamente coinciden con las enumeradas en el Reglamento de 1996⁸³⁸, salvo la relativa a la posibilidad de “*constituir ponencias y*

⁸³⁸De conformidad con el artículo 53.3 del RLF, “*Son funciones de la Comisión Permanente: a) Velar por el cumplimiento de los acuerdos adoptados por el Pleno y por las actuaciones en curso derivadas de aquellos, b) Resolver las cuestiones que, con carácter de urgencia, se planteen al Consejo, y dar*

grupos de trabajo para la elaboración de informes y propuestas acordadas en el Pleno relacionadas con los cometidos del Consejo”, que no ha sido expresamente contemplada en el RLF.

c) Finalmente, y como aportación *ex novo* introducida por la LF, encontramos en el seno del Consejo Superior de Fundaciones la Comisión de Cooperación e Información Registral que, tal como establece el artículo 40 de dicha norma legal, se crea como órgano auxiliar de aquel, con la misión de “(...) *establecer mecanismos para la colaboración e información mutua entre los distintos registros, en particular en lo relativo a las denominaciones y a las comunicaciones sobre la inscripción y, en su caso, la extinción de fundaciones*”.

En cuanto a su composición, y a luz del primer párrafo del preñado artículo, se deduce que, al igual que la Comisión Permanente y el propio Consejo, se trata de un órgano de cooperación interadministrativa conformado por representantes de la Administración General del Estado y de las distintas Administraciones autonómicas pero, a diferencia de éstos, carece de participación del sector fundacional.

La composición exacta de la Comisión de Cooperación e Información Registral no se encuentra en la LF, sino en su reglamento de desarrollo, es decir, en el RLF. En concreto, el artículo 54, apartado segundo, de dicha norma señala que la Comisión de Cooperación e Información Registral estará compuesta por el Director General del que dependa el Registro de fundaciones de competencia estatal⁸³⁹, que actuará como presidente, así como por un total de seis vocales, tres en representación de la Administración General del Estado e igual número en representación de las Comunidades Autónomas. Asimismo, desempeñará la secretaría de la Comisión la persona funcionaria de carrera que designe el titular del Ministerio competente en materia de Justicia.

cuenta al Pleno de las actuaciones llevadas a cabo; c) Proponer asuntos a debatir al Pleno del Consejo y elevarle propuestas, y d) Cuantos otros cometidos le sean delegados o asignados por el Pleno”.

⁸³⁹De conformidad con el artículo 3 de la Orden del Ministerio de la Presidencia 2537/2015, de 26 de noviembre, por la que se dispone la entrada en funcionamiento y la sede del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal (BOE núm. 287, de 1 de diciembre), este depende orgánicamente del Ministerio de Justicia y estará adscrito a la DGRN.

Respecto a los vocales de la Administración General del Estado, se exige que ostenten, al menos, rango de subdirector general o de jefe de división, debiendo ser elegidos por los representantes de dicha Administración en el Pleno del Consejo. Por su parte, el mandato reglamentario es más laxo para los vocales autonómicos, ya que no impone un determinado rango administrativo para su designación, permitiendo, por tanto, que las Comunidades Autónomas utilicen el criterio que estimen oportuno aunque, de facto, dicho rango vendrá definido por el que se haya fijado para los representantes de la Administración autonómica en el Pleno, pues, los vocales de las Comunidades Autónomas en la Comisión de Cooperación e Información Registral deben ser elegidos por y entre los propios representantes de estas en el máximo órgano del Consejo Superior de Fundaciones, exigencia esta última que no concurre para la Administración General del Estado que, en consecuencia, disfruta de un espectro de posibilidades electivas mucho más amplio que las Comunidades Autónomas en este proceso de designación.

Finalmente, el artículo 54 del RLF dedica su apartado cuarto a enumerar las funciones encomendadas a la Comisión de Cooperación e Información Registral⁸⁴⁰. Entre dichas atribuciones, tal como ya habíamos adelantado, se encuentran varias que exceden del carácter consultivo y asesor que se le presume al Consejo Superior de Fundaciones, revistiendo una verdadera naturaleza decisoria. En este sentido, podemos destacar dos funciones: la determinación de las medidas o mecanismos que se consideren necesarios para garantizar la cooperación mutua entre los diferentes Registros de fundaciones, y el establecimiento de criterios de actuación para el traslado de una Fundación de un Registro a otro diferente, en el caso de que la entidad haya

⁸⁴⁰Según el artículo 54.4 del RLF, “*son funciones de la Comisión de Cooperación e Información Registral:*

- a) *Preparar el informe o dictamen que el Pleno le solicite sobre los instrumentos de colaboración e información mutua entre los distintos registros de fundaciones.*
- b) *Establecer las medidas o mecanismos que considere necesarios para garantizar la colaboración e información mutua entre los diferentes registros de fundaciones.*
- c) *Constituir ponencias o grupos de trabajo para la elaboración de informes y propuestas sobre los medios que se consideren necesarios para garantizar la cooperación e información mutua entre los diferentes registros de fundaciones.*
- d) *Informar, a solicitud del encargado de cualquier registro de fundaciones, de cuál sea el mecanismo procedente para garantizar la cooperación e información mutua entre registros, y elevar a las autoridades administrativas competentes las propuestas que considere convenientes a tales fines.*
- e) *Establecer los criterios de actuación para el traslado de la fundación de un registro a otro diferente, en el caso de que la fundación haya cambiado el ámbito territorial en el que principalmente vaya a desarrollar sus actividades.”.*

cambiado el ámbito territorial en el que principalmente vaya a desarrollar sus actividades.

Esta última competencia es merecedora de una especial atención por nuestra parte, ya que aborda una cuestión que encuentra regulación específica en la LF. En concreto, el artículo 11 de dicha norma legal, al regular el contenido de los Estatutos, señala expresamente que éstos habrán de contemplar el ámbito territorial de actuación de la Fundación, el cual determinará el Registro de Fundaciones y el Protectorado que van a resultar competentes para conocer, respectivamente, sobre su inscripción y el desarrollo de su actividad. Por tanto, una hipotética modificación estatutaria⁸⁴¹ podría comportar un cambio en el ámbito de actuación territorial de la Fundación y, con él, la adscripción a un nuevo Registro y Protectorado. Esta última posibilidad, que acarrearía un cambio de la legislación aplicable a la entidad, podría ser empleada perniciosamente por las propias fundaciones al objeto de eludir la aplicación de la normativa a la que inicialmente se hallaren sometidas.

Así pues, en conclusión, los criterios que, en su caso, fije la Comisión de Cooperación e Información Registral resultarán de gran relevancia, ya que ayudarán a evitar tanto posibles conflictos interadministrativos, como eventuales actuaciones que pudieran ser consideradas como fraude de ley⁸⁴².

3.5) Funcionamiento

Conforme a su naturaleza como órgano colegiado, y de conformidad con lo expuesto en el artículo 55, apartado segundo, del RLF, en cuanto a su funcionamiento, el Consejo Superior de Fundaciones se rige por las reglas fijadas por su normativa específica y por las establecidas, con carácter general, para los órganos colegiados en la Sección Tercera, del Capítulo Segundo, del Título Preliminar, de la LRJSP.

⁸⁴¹Recordemos que, al amparo del artículo 29 de la LF, el Patronato podrá modificar los estatutos siempre que resulte en interés de la fundación y el fundador no lo haya prohibido expresamente. En cualquier caso, dicha modificación habrá de ser comunicada al Protectorado que sólo podrá oponerse por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado, en el plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación al mismo del correspondiente acuerdo del Patronato.

⁸⁴²CABO PAN, J.I., Y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, A., “El Consejo Superior de Fundaciones”,... op. cit., pág. 851.

En cuanto a las reglas de funcionamiento previstas expresamente para el Consejo Superior de Fundaciones, cabe destacar la posibilidad, contemplada en el artículo 55, apartado primero, del RLF, de constituir “(...) *ponencias, grupos de trabajo o comités especializados para el mejor cumplimiento de sus fines*”. Aunque esta realidad ya se recogía en el Real Decreto 316/1996, se reservaba como exclusiva de la Comisión Permanente⁸⁴³, mientras que en la actualidad se establece con carácter general.

Asimismo, también constituye una novedad el apartado tercero del antedicho artículo 55, que va a propugnar el carácter honorífico que reviste la participación en el Consejo Superior de Fundaciones sin que esta genere derecho a retribución alguna. Como única excepción a esta regla, se reconoce el derecho a percibir las compensaciones que correspondan en aplicación de lo previsto en el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio⁸⁴⁴. Si bien esta norma reglamentaria prevé en su artículo 1.1, letra d), el derecho a “*Asistencias por concurrencia a consejos de administración u órganos colegiados, por participación en tribunales de oposiciones y concursos y por la colaboración en centros de formación y perfeccionamiento del personal de las Administraciones públicas.*”⁸⁴⁵, cabe reseñar que, de conformidad con su artículo 2, la misma se circunscribe al ámbito subjetivo del personal al servicio de las Administraciones Públicas o de cualesquiera de sus entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes⁸⁴⁶, por lo que este derecho no podría ser

⁸⁴³La creación de ponencias y grupos de trabajo venía recogida en el apartado primero del artículo 26 del Real Decreto 316/1996, el cual enumeraba las atribuciones asignadas a la Comisión Permanente.

⁸⁴⁴BOE núm. 129, de 30 de mayo

⁸⁴⁵De conformidad con los artículos 27 y 28 del Real Decreto 462/2002, las cuantías percibidas en concepto de asistencia presentan dos límites en cómputo anual.

En este sentido, el apartado tercero del citado artículo 27 señala que las asistencias que se perciban por cualquier naturaleza, no podrán totalizar un importe por año natural superior al 50% de las retribuciones anuales, excluidas las de carácter personal derivadas de la antigüedad, que se perciban por el puesto de trabajo desempeñado.

Asimismo, y al amparo del artículo 28, tampoco se podrá percibir por asistencias a consejos de administración u órganos colegiados una cuantía anual que sea superior al 40% de las retribuciones, excluidas las de carácter personal derivadas de la antigüedad, que correspondan, asimismo anualmente, por el puesto de trabajo principal.

⁸⁴⁶Artículo 2. Ámbito de aplicación.

“1. El presente Real Decreto será de aplicación a:

- a) El personal, civil y militar, que presta servicios en la Administración General del Estado y los Organismos públicos vinculados o dependientes de ella.
- b) El personal al servicio de la Seguridad Social.
- c) El personal al servicio de los Organismos públicos previstos en las disposiciones adicionales novena y décima de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

de aplicación a los vocales del sector fundacional privado que forman parte del Consejo Superior de Fundaciones, lo que, en nuestra opinión, supone un trato desigual o discriminatorio a favor de los representantes de las Administración General del Estado y de las distintas Comunidades Autónomas, que sí podrían beneficiarse de estas medidas indemnizatorias, de ahí que abogemos por una interpretación extensiva e inclusiva de este derecho.

Por otro lado, también se han suprimido en el RLF determinadas referencias relativas al funcionamiento del Consejo Superior de Fundaciones que el Real Decreto 316/1996 contemplaba. Así, mientras este último fijaba la periodicidad mínima de las sesiones ordinarias tanto del Pleno como de la Comisión Permanente⁸⁴⁷, el reglamento actual guarda silencio al respecto, dejando libertad a los citados órganos para que, a tal fin, acuerden lo que consideren oportuno.

En relación a las reglas establecidas, con carácter general, para los órganos colegiados en la Sección Tercera, del Capítulo II, del Título Preliminar de la LRJSP, hemos de detenernos, en primer lugar, en el artículo 15 de la referida norma legal, el cual, tras fijar en su apartado primero el sometimiento de dichos órganos a las normas contempladas en la citada Sección sin perjuicio de las particularidades organizativas de la Administración en la que se integren, les permite, ya en su apartado segundo y siempre que estén compuestos por representantes de distintas Administraciones, la posibilidad de establecer o completar sus propias normas de funcionamiento.

d) *Los miembros de las Carreras Judicial y Fiscal y el personal al servicio de la Administración de Justicia, tal y como prevé su legislación específica.*

e) *El personal al servicio de las Corporaciones locales, tal y como prevé su legislación específica.*

f) *El personal al servicio de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.*

2. *En el ámbito de aplicación del presente Real Decreto se entiende incluido el personal determinado en el apartado anterior con prestación de servicios de carácter permanente, interino, temporal o en prácticas, excepto el de carácter laboral al que se aplicará, en su caso, lo previsto en el respectivo convenio colectivo o normativa específica, así como el personal no vinculado jurídicamente con la Administración cuando preste a esta servicios que puedan dar origen a las indemnizaciones o compensaciones que en él se regulan.*

3. *Los Expertos Nacionales en la Comisión de las Comunidades Europeas se regirán, a efectos de indemnizaciones, por lo establecido en la correspondiente Decisión de dicha Comisión, no resultándoles de aplicación lo regulado a ese respecto en el presente Real Decreto”.*

⁸⁴⁷Mientras que el artículo 27.1 del Real Decreto 316/1996 determinaba que “*el Pleno se reunirá como mínimo dos veces al año y, en todo caso, cuando lo convoque el Presidente o lo solicite al menos un tercio de sus miembros*”, el apartado segundo del mismo precepto señalaba que “*la Comisión Permanente se reunirá al menos cuatro veces al año y, en todo caso, cuando la convoque el Presidente o lo solicite al menos un tercio de sus miembros*”.

Así pues, considerando todas aquellas cuestiones relativas al funcionamiento del Consejo Superior de Fundaciones ya previstas en su normativa específica, resultarían de aplicación al mismo las prescripciones que la LRJSP contiene respecto a convocatorias y sesiones⁸⁴⁸, actas⁸⁴⁹, presidencia⁸⁵⁰, secretaría⁸⁵¹ y resto de miembros del órgano⁸⁵², principalmente.

⁸⁴⁸ Artículo 17. Convocatorias y sesiones.

“1. Todos los órganos colegiados se podrán constituir, convocar, celebrar sus sesiones, adoptar acuerdos y remitir actas tanto de forma presencial como a distancia, salvo que su reglamento interno recoja expresa y excepcionalmente lo contrario.

En las sesiones que celebren los órganos colegiados a distancia, sus miembros podrán encontrarse en distintos lugares siempre y cuando se asegure por medios electrónicos, considerándose también tales los telefónicos, y audiovisuales, la identidad de los miembros o personas que los suplan, el contenido de sus manifestaciones, el momento en que estas se producen, así como la interactividad e intercomunicación entre ellos en tiempo real y la disponibilidad de los medios durante la sesión. Entre otros, se considerarán incluidos entre los medios electrónicos válidos, el correo electrónico, las audioconferencias y las videoconferencias.

2. Para la válida constitución del órgano, a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, se requerirá la asistencia, presencial o a distancia, del Presidente y Secretario o en su caso, de quienes les suplan, y la de la mitad, al menos, de sus miembros.

Cuando se trate de los órganos colegiados a que se refiere el artículo 15.2, el Presidente podrá considerar válidamente constituido el órgano, a efectos de celebración de sesión, si asisten los representantes de las Administraciones Públicas y de las organizaciones representativas de intereses sociales miembros del órgano a los que se haya atribuido la condición de portavoces.

Cuando estuvieran reunidos, de manera presencial o a distancia, el Secretario y todos los miembros del órgano colegiado, o en su caso las personas que les suplan, éstos podrán constituirse válidamente como órgano colegiado para la celebración de sesiones, deliberaciones y adopción de acuerdos sin necesidad de convocatoria previa cuando así lo decidan todos sus miembros.

3. Los órganos colegiados podrán establecer el régimen propio de convocatorias, si este no está previsto por sus normas de funcionamiento. Tal régimen podrá prever una segunda convocatoria y especificar para esta el número de miembros necesarios para constituir válidamente el órgano.

Salvo que no resulte posible, las convocatorias serán remitidas a los miembros del órgano colegiado a través de medios electrónicos, haciendo constar en la misma el orden del día junto con la documentación necesaria para su deliberación cuando sea posible, las condiciones en las que se va a celebrar la sesión, el sistema de conexión y, en su caso, los lugares en que estén disponibles los medios técnicos necesarios para asistir y participar en la reunión.

4. No podrá ser objeto de deliberación o acuerdo ningún asunto que no figure incluido en el orden del día, salvo que asistan todos los miembros del órgano colegiado y sea declarada la urgencia del asunto por el voto favorable de la mayoría.

5. Los acuerdos serán adoptados por mayoría de votos. Cuando se asista a distancia, los acuerdos se entenderán adoptados en el lugar donde tenga la sede el órgano colegiado y, en su defecto, donde esté ubicada la presidencia.

6. Cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos.

7. Quienes acrediten la titularidad de un interés legítimo podrán dirigirse al Secretario de un órgano colegiado para que les sea expedida certificación de sus acuerdos. La certificación será expedida por medios electrónicos, salvo que el interesado manifieste expresamente lo contrario y no tenga obligación de relacionarse con las Administraciones por esta vía”.

⁸⁴⁹ Artículo 18. Actas.

“1. De cada sesión que celebre el órgano colegiado se levantará acta por el Secretario, que especificará necesariamente los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados.

Podrán grabarse las sesiones que celebre el órgano colegiado. El fichero resultante de la grabación, junto con la certificación expedida por el Secretario de la autenticidad e integridad del mismo, y cuantos documentos en soporte electrónico se utilizasen como documentos de la sesión, podrán

acompañar al acta de las sesiones, sin necesidad de hacer constar en ella los puntos principales de las deliberaciones.

2. *El acta de cada sesión podrá aprobarse en la misma reunión o en la inmediata siguiente. El Secretario elaborará el acta con el visto bueno del Presidente y lo remitirá a través de medios electrónicos, a los miembros del órgano colegiado, quienes podrán manifestar por los mismos medios su conformidad o reparos al texto, a efectos de su aprobación, considerándose, en caso afirmativo, aprobada en la misma reunión.*

Cuando se hubiese optado por la grabación de las sesiones celebradas o por la utilización de documentos en soporte electrónico, deberán conservarse de forma que se garantice la integridad y autenticidad de los ficheros electrónicos correspondientes y el acceso a los mismos por parte de los miembros del órgano colegiado”.

Asimismo, y tal como establece el artículo 19.5 de la LRJSP, “en el acta figurará, a solicitud de los respectivos miembros del órgano, el voto contrario al acuerdo adoptado, su abstención y los motivos que la justifiquen o el sentido de su voto favorable.

Asimismo, cualquier miembro tiene derecho a solicitar la transcripción íntegra de su intervención o propuesta, siempre que, en ausencia de grabación de la reunión aneja al acta, aporte en el acto, o en el plazo que señale el Presidente, el texto que se corresponda fielmente con su intervención, haciéndose así constar en el acta o uniéndose copia a la misma.

Los miembros que discrepen del acuerdo mayoritario podrán formular voto particular por escrito en el plazo de dos días, que se incorporará al texto aprobado.

Las actas se aprobarán en la misma o en la siguiente sesión, pudiendo no obstante emitir el Secretario certificación sobre los acuerdos que se hayan adoptado, sin perjuicio de la ulterior aprobación del acta. Se considerará aprobada en la misma sesión el acta que, con posterioridad a la reunión, sea distribuida entre los miembros y reciba la conformidad de éstos por cualquier medio del que el Secretario deje expresión y constancia.

En las certificaciones de acuerdos adoptados emitidas con anterioridad a la aprobación del acta se hará constar expresamente tal circunstancia”

⁸⁵⁰*De conformidad con el artículo 19.2 de la LRJSP, “corresponderá a la persona titular de la presidencia: Corresponderá a su Presidente:*

- a) Ostentar la representación del órgano.*
- b) Acordar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias y la fijación del orden del día, teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros, siempre que hayan sido formuladas con la suficiente antelación.*
- c) Presidir las sesiones, moderar el desarrollo de los debates y suspenderlos por causas justificadas.*
- d) Dirimir con su voto los empates, a efectos de adoptar acuerdos, excepto si se trata de los órganos colegiados a que se refiere el artículo 15.2, en los que el voto será dirimente si así lo establecen sus propias normas.*
- e) Asegurar el cumplimiento de las leyes.*
- f) Visar las actas y certificaciones de los acuerdos del órgano.*
- g) Ejercer cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de Presidente del órgano”*

⁸⁵¹*Al amparo del artículo 19.4 de la LRJSP, “corresponde al Secretario del órgano colegiado:*

- a) Asistir a las reuniones con voz pero sin voto, y con voz y voto si la Secretaría del órgano la ostenta un miembro del mismo.*
- b) Efectuar la convocatoria de las sesiones del órgano por orden del Presidente, así como las citaciones a los miembros del mismo.*
- c) Recibir los actos de comunicación de los miembros con el órgano, sean notificaciones, peticiones de datos, rectificaciones o cualquiera otra clase de escritos de los que deba tener conocimiento.*
- d) Preparar el despacho de los asuntos, redactar y autorizar las actas de las sesiones.*
- e) Expedir certificaciones de las consultas, dictámenes y acuerdos aprobados.*
- f) Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de Secretario”*

⁸⁵²*Según el artículo 19.3 de la LRJSP, “Los miembros del órgano colegiado deberán:*

- a) Recibir, con una antelación mínima de dos días, la convocatoria conteniendo el orden del día de las reuniones. La información sobre los temas que figuren en el orden del día estará a disposición de los miembros en igual plazo.*
- b) Participar en los debates de las sesiones.*
- c) Ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican. No podrán abstenerse en las votaciones quienes por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas, tengan la condición de miembros natos de órganos colegiados, en virtud del cargo que desempeñan.*

En conclusión, teniendo en cuenta todo lo expuesto hasta el momento, así como la naturaleza interadministrativa y colegiada del Consejo, cabe afirmar que a este le resultarían de aplicación, en primer lugar, las normas de funcionamiento contempladas en su normativa específica y, tras ellas, las señaladas en la LRJSP para los órganos colegiados.

3.6) Órganos análogos en las Comunidades Autónomas

Según expusimos con anterioridad, la compleja distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas ha motivado que estas últimas asuman atribuciones en materia de fundaciones, materializándose esta facultad en la aprobación de normas propias que desarrollan aquellos aspectos del espectro fundacional que no constituyen competencia exclusiva del Estado.

Si bien todas las Comunidades Autónomas, a excepción de Castilla La Mancha, han formulado normas de distinto rango que, en mayor o menor medida, abarcan aspectos homogéneos de la institución fundacional, no sucede igual con el Consejo Superior de Fundaciones, donde sólo cinco regiones han contemplado expresamente en su normativa específica figuras afines⁸⁵³ que, en cualquier caso, han corrido igual suerte que su homóloga estatal; es decir, aun previstas en su respectivo ordenamiento jurídico, su operatividad es nula, pues no han llegado, si quiera, a constituirse. De estas cinco Comunidades, cuatro de ellas, Comunidad Valenciana, Andalucía, Galicia y País

d) Formular ruegos y preguntas.

e) Obtener la información precisa para cumplir las funciones asignadas.

f) Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición.

Los miembros de un órgano colegiado no podrán atribuirse las funciones de representación reconocidas a este, salvo que expresamente se les hayan otorgado por una norma o por acuerdo válidamente adoptado, para cada caso concreto, por el propio órgano.

En casos de ausencia o de enfermedad y, en general, cuando concurra alguna causa justificada, los miembros titulares del órgano colegiado serán sustituidos por sus suplentes, si los hubiera(...)

Los miembros del órgano colegiado no podrán ejercer estas funciones cuando concurra conflicto de interés”.

⁸⁵³La Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, contemplaba en su Título VII el Consejo Superior de Fundaciones de dicha Comunidad, sin embargo, este fue derogado por el artículo 25 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Racionalización del Sector Público (BOCM núm. 310, de 29 de diciembre), en relación con lo dispuesto en el Anexo de la citada norma legal.

Vasco, han empleado una norma de rango legal para regular esta figura, mientras que, por el contrario, tan sólo una de ellas, la Comunidad Autónoma de las Las Islas Baleares, ha optado por acudir a la fórmula reglamentaria.

Respetando un orden cronológico, la primera ley autonómica que alberga en su articulado, aunque sólo sea de forma implícita, un Consejo Superior de Fundaciones es la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, cuya Disposición Final Primera permite la creación de un órgano consultivo en el que tengan participación el Protectorado de la Generalidad Valenciana y las fundaciones reguladas en dicha norma legal. Esta posibilidad se materializó con la aprobación del Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, mediante Decreto 68/2011, de 27 de mayo⁸⁵⁴, que dedica su Capítulo V, artículos 43 a 45, al Consejo Superior de Fundaciones de la Comunitat Valenciana. Según dichos preceptos, este se configura como un órgano colegiado de naturaleza consultiva, adscrito a la *Consellería* competente en materia de fundaciones y compuesto por un Presidente o una Presidenta, que será el o la titular del Protectorado, un vicepresidente o una vicepresidenta, que será el o la titular de la secretaría autonómica competente en materia de fundaciones, un secretario o secretaria, que será quien ocupe tal función en la Comisión del Protectorado, y diversos vocales⁸⁵⁵. Entre éstos, al igual que sucede con el Consejo Superior de Fundaciones de la Administración General del Estado, existen representantes del sector fundacional privado aunque, a diferencia de lo previsto para aquel, se establece expresamente para los mismos el cumplimiento de dos requisitos

⁸⁵⁴DOCV núm. 6534, de 2 de junio.

⁸⁵⁵El artículo 43.2 del Decreto 68/2011 enumera los siguientes vocales:

- “a) Cinco vocales, que serán los miembros de la Comisión del Protectorado.*
- b) Un vocal con categoría al menos de director general o directora general, representante de cada una de las consellerías competentes en materia de economía, hacienda, empleo, urbanismo, obras públicas, transporte, cultura, educación, ciencia, sanidad, industria, comercio, agricultura, pesca, alimentación, medio ambiente, bienestar social y seguridad, designados por sus respectivos titulares.*
- c) Dos vocales representantes de la administración local, designados por la Federación Valenciana de Municipios y Provincias entre sus miembros.*
- d) Ocho vocales designados por los Patronatos de las fundaciones, previamente seleccionadas por el conseller o la consellera competente en la materia, de entre los siguientes grupos:*
- Dos fundaciones de entre aquellas cuyo patrimonio no exceda de 120.202,42 euros.*
- Dos fundaciones de entre aquellas cuyo patrimonio sea de 120.202,43 a 601.012,10 euros.*
- Dos fundaciones de entre aquellas cuyo patrimonio sea de 601.012,11 a 3.005.060,52 euros.*
- Dos fundaciones de entre aquellas cuyo patrimonio sea de 3.005.060,53 euros, en adelante.*
- e) Dos vocales designados por las asociaciones más representativas del sector fundacional.*
- f) Un vocal representante del Comité Económico y Social, designado por sus órganos competentes.*
- g) Un vocal representante del Consejo de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Comunitat Valenciana, designado por sus órganos competentes”.*

específicos y otros dos de carácter general que son predicables también para el resto de vocales. En el marco de los primeros, se exige que las entidades fundacionales a las que pertenecen estén debidamente inscritas en el Registro correspondiente y, además, se hallen al corriente en el cumplimiento de las obligaciones legales y reglamentarias. Por su parte, como requisitos generales, también se les exige, al igual que al resto de vocales, que gocen de capacidad de obrar y no se hallen inhabilitados para el ejercicio de cargos públicos.

La norma valenciana también se ocupa de las funciones y régimen de funcionamiento de su Consejo Superior de Fundaciones sin introducir innovaciones relevantes respecto a la normativa estatal. En cuanto a las atribuciones, le asigna las habituales y ya analizadas de asesoramiento, informe, planificación y recopilación de información y documentación⁸⁵⁶. En lo que respecta al régimen de funcionamiento, se remite, con carácter general, a la legislación básica aplicable a los órganos colegiados, permite la creación de subcomisiones de trabajo para la preparación y elaboración de los distintos dictámenes y fija la periodicidad mínima de sus reuniones⁸⁵⁷.

Prosiguiendo con nuestro *iter* cronológico, la siguiente norma autonómica de rango legal que analizamos es la LFA, cuyo Capítulo IX, rubricado “*Del Consejo de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía*”, ha sido objeto de desarrollo mediante el Decreto 32/2008, de 5 de febrero, de Fundaciones de Andalucía, que dedica su Capítulo X a esta figura.

⁸⁵⁶Artículo 44. Funciones

“*El Consejo Superior de Fundaciones de la Comunitat Valenciana tendrá las siguientes funciones:*

1. *Asesorar, informar y dictaminar cuando así se le solicite, sobre cualquier disposición legal o reglamentaria*

que afecte directamente a las fundaciones, así como formular propuestas.

2. *Planificar y proponer las actuaciones necesarias para la promoción y fomento de las fundaciones, realizando los estudios precisos al efecto.*

3. *Recopilar, para su intercambio y difusión, todo tipo de información relativa a las fundaciones, elaborando, a*

estos efectos, una memoria anual.

4. *Cualesquiera que le puedan atribuir las disposiciones vigentes o cualquier otro asunto que se someta a su*

consideración por el titular del Protectorado”.

⁸⁵⁷De conformidad con el artículo 45.1 del Decreto 68/2011, “*el Consejo Superior de Fundaciones de la Comunitat Valenciana se reunirá, como mínimo, una vez al año y, en todo caso, cuando lo convoque el presidente o la presidenta, o lo solicite, al menos, un tercio de sus miembros*”.

La regulación legal del Consejo de Fundaciones andaluz es bastante parca, ya que sólo dedica dos artículos, los números 53 y 54, remitiendo el apartado segundo del primero de ellos a un posterior desarrollo reglamentario que no se ha limitado a reproducir el contenido de dichos preceptos, sino que ha sido mucho exhaustivo. En concreto, el artículo 54 del Decreto 32/2008 define el Consejo Superior como un órgano colegiado de participación administrativa, adscrito a la consejería competente en materia de fundaciones, compuesto por una presidencia, que recaerá en el titular de dicha Consejería, una Vicepresidencia, que corresponderá al titular de la Dirección General con competencia en materia de fundaciones, una secretaría, que será ejercida por una persona funcionaria de carrera del subgrupo A1⁸⁵⁸ que preste servicio en la Consejería a la que corresponde el ejercicio del Protectorado y que es designada por el titular de la antedicha Dirección General, y vocalías.

En concreto, las distintas vocalías se repartirán del siguiente modo: a) una persona con rango, al menos, de Dirección General en representación de las Consejerías de hacienda, investigación, empleo, salud, educación, bienestar social y cultura, b) cuatro personas en representación de las asociaciones de fundaciones andaluzas con implantación en Andalucía⁸⁵⁹ y c) otras cuatro personas en representación de las entidades fundacionales no inscritas en dichas asociaciones. En cualquier caso, y como novedad no contemplada expresamente en otra norma autonómica que regule el Consejo Superior de Fundaciones en su ámbito territorial, se establece que aquel deberá respetar en su composición la representación equilibrada de mujeres y hombres, excluyendo del cómputo a la Presidencia y a la Vicepresidencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19.2 de la LAJA⁸⁶⁰.

⁸⁵⁸ Realmente, el Decreto alude a una persona funcionaria del grupo A pero tal referencia hay que entenderla de conformidad con el artículo 76 y la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, mediante el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE núm. 261, de 30 de octubre). Dichos apartados establecen una nueva clasificación del personal funcionario, así como una relación de equivalencia con la preexistente, que databa de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (BOE núm. 185, de 2 de agosto). En este sentido, el antiguo grupo A equivaldría al nuevo Subgrupo A1.

⁸⁵⁹ De conformidad con el artículo 54.6 del Decreto 32/2008, “*en caso de que las asociaciones de fundaciones con implantación en Andalucía no presenten (...), candidaturas en número suficiente para cubrir las vocalías que tienen asignadas aquéllas acrecentarán el número de vocales asignadas a fundaciones no integradas en asociaciones*”.

⁸⁶⁰ Artículo 19. Órganos colegiados.

“1. Son órganos colegiados los que están compuestos por tres o más miembros que, reunidos en sesión convocada al efecto, deliberan y acuerdan colegiadamente sobre el ejercicio de las funciones que les están encomendadas.

En cuanto a la elección de las vocalías, la norma reglamentaria andaluza dedica un extenso artículo, el número 56, a su regulación. Según dicho precepto, el mencionado proceso comienza con una convocatoria pública efectuada por la persona titular de la Consejería competente en materia de fundaciones para la presentación de propuesta de candidaturas en representación de las asociaciones de fundaciones y de las entidades fundacionales no asociadas. Respecto a las primeras, cada asociación de fundaciones andaluzas interesada en participar deberá proponer dos representantes de distinto sexo, acompañando esta propuesta con una relación nominal de las fundaciones integradas en ella. Corresponderán dos vocalías a cada una de las dos asociaciones con mayor implantación en Andalucía. Por su parte, las fundaciones no asociadas que deseen participar deberán igualmente proponer dos representantes de distinto sexo. En este caso, las entidades fundacionales que formulen propuesta se dividirán en dos grandes grupos, uno compuesto por aquellas cuyo patrimonio no excede de 500.000 euros, y otro por las fundaciones que superan dicho límite. Tras ello, se procederá al reparto de las vocalías, correspondiendo dos a cada una de las fundaciones que cuenten con mayor patrimonio en cada grupo⁸⁶¹.

Sin perjuicio de lo expuesto, la disposición reglamentaria autonómica también prevé soluciones para distintos problemas que pudieran plantearse durante el proceso de elección. A tal efecto, si las asociaciones de fundaciones andaluzas no llegaran a formular propuesta y faltaran candidatos para cubrir las vacantes, estas incrementarían el número de representantes a elegir por las fundaciones no asociadas con patrimonio superior a 500.000 euros y, si aún no pueden ser designados de esta forma, incrementarían el número de representantes de las entidades con patrimonio inferior a dicha cantidad. Por otro lado, si la ausencia de candidatos tiene lugar en el cupo correspondiente a las fundaciones no integradas en asociaciones, la vacante en uno de

2. *En la composición de los órganos colegiados de la Administración de la Junta de Andalucía deberá respetarse la representación equilibrada de mujeres y hombres en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 18 de esta Ley. Este mismo criterio de representación se observará en la modificación o renovación de dichos órganos. A tal efecto, se tendrá en cuenta lo siguiente:*

- a) *Del cómputo se excluirán aquellos miembros que formen parte del órgano en función del cargo específico que desempeñen.*
- b) *Cada una de las instituciones, organizaciones y entidades que designen o propongan representantes deberá tener en cuenta la composición de género que permita la representación equilibrada”*

⁸⁶¹A tales efectos, el artículo 56.3, párrafo segundo, del Decreto 32/2008 considera patrimonio de la fundación el total activo del balance de situación, de acuerdo con las últimas cuentas anuales depositadas.

los grupos acrecentará el número de vocalías que corresponde al otro. Finalmente, en el caso de igualdad de patrimonio, primará la fecha de la inscripción de la escritura fundacional en el Registro de Fundaciones de Andalucía.

Una vez elegidas las personas que ocuparán las distintas vocalías del Consejo, su nombramiento corresponderá a la persona titular de la Consejería competente en materia de fundaciones, atribución que igualmente habrá de ejercer en los supuestos de suplencia, fallecimiento, incapacidad o renuncia aunque, en este caso, no se inicia nuevamente el proceso electivo descrito, sino que, según los casos, la Consejería, la asociación de fundaciones o la entidad fundacional propondrán a la persona que ocupará la vacante.

Finalmente, la normativa andaluza es menos innovadora en lo que respecta a las atribuciones y funcionamiento del Consejo Superior de Fundaciones, pues prácticamente reproduce lo expuesto en la regulación estatal. Respecto a las primeras, tanto el artículo 54 de la LFA como el artículo 55 del Decreto 32/2008, vienen a detallar las, no por reiteradas menos relevantes, funciones de asesoramiento, informe, dictamen⁸⁶² y propuesta. Por su parte, el artículo 57 de la disposición reglamentaria ajusta el funcionamiento del Consejo a lo dispuesto en la normativa administrativa andaluza para los órganos colegiados⁸⁶³ y consagra el carácter gratuito de la participación en el mismo, sin perjuicio de lo previsto en el Decreto 54/1989, de 21 de marzo, sobre indemnizaciones por razón del servicio del personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía⁸⁶⁴.

⁸⁶²En concreto, el artículo 55, letra a), del Decreto 32/2008 circunscribe dichas atribuciones a “cuando así se solicite por la persona titular de la Consejería competente en materia de fundaciones” y en relación a “cualquier disposición legal o reglamentaria que afecte directamente a las fundaciones”

⁸⁶³A tal efecto, el artículo 91 de la LAJA dispone lo siguiente:

- “1. Los órganos colegiados de la Administración de la Junta de Andalucía se regirán por las normas básicas del Estado, las establecidas en esta Ley y las que se dicten en su desarrollo.
2. Los órganos colegiados en los que participen representantes de otras Administraciones Públicas, personas designadas por organizaciones empresariales y sindicales y otras organizaciones representativas de intereses económicos y sociales o en calidad de profesionales expertos, ajustarán su organización interna y funcionamiento, además de a lo previsto en el apartado anterior, a sus normas reguladoras que, en el marco de esta Ley, podrán completar su régimen de composición, estructura interna, elección de cargos, convocatorias, sesiones y, en su caso, adopción de acuerdos.
3. Las sesiones de los órganos colegiados podrán celebrarse mediante la asistencia de sus miembros utilizando redes de comunicación a distancia, para lo que se deberán establecer las medidas adecuadas que garanticen la identidad de las personas comunicantes y la autenticidad de la información entre ellas transmitida (...)”

⁸⁶⁴BOJA núm. 31, de 21 de abril.

Al igual que en el caso de Andalucía, la Comunidad autónoma gallega también presenta una escueta regulación legal de su Consejo Superior de Fundaciones, siendo igualmente detallado su régimen jurídico con mayor extensión mediante desarrollo reglamentario. Así, la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Galicia, se limita en sus artículos 56 y 57 a anunciar la creación del Consejo Superior de Fundaciones como órgano de naturaleza consultiva adscrito a la Consejería competente en la materia, a esbozar las consabidas funciones generales de informe, consulta, asesoramiento y dictamen⁸⁶⁵ y, finalmente, a remitir a la vía reglamentaria para establecer su composición y estructura, avanzando que en ella estarán presentes tanto la Administración de la *Xunta* como las entidades fundacionales objeto de dicha ley.

Así pues, la regulación sustantiva del Consejo Superior de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Galicia la hallamos en el Decreto 14/2009, de 21 de enero, mediante el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Interés Gallego⁸⁶⁶, el cual va a dedicar sus artículos 71 y siguientes a esta figura. Si bien el primero de dichos preceptos no introduce novedad alguna, pues se limita a reiterar la naturaleza jurídica y régimen de adscripción del Consejo que ya contemplaba la Ley 12/2006, el artículo 72, por el contrario, va a establecer una relación detallada de las atribuciones de este órgano que bien merece nuestra atención.

Aunque el aludido artículo 72, en su primer apartado, vuelve a enumerar las funciones generales recogidas en el artículo 57 de la antedicha norma legal, las cuales no vamos a reproducir porque son coincidentes con las expuestas hasta el momento tanto en la esfera estatal como en la autonómica, su apartado segundo constituye una novedad respecto a las normas analizadas, pues atribuye al Consejo Superior de Fundaciones gallego unas competencias de fomento o impulso que no son recogidas por ninguna otra normativa. Así, corresponde a dicho órgano:

⁸⁶⁵Según el artículo 57 de la Ley 12/2006, “*Serán funciones del Consejo Superior de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Galicia:*

- a) *Asesorar, informar y dictaminar, cuando así se solicite, sobre cualquier disposición legal o reglamentaria que afecte directamente a las fundaciones.*
- b) *Formular las propuestas que considere convenientes, en este ámbito, a la consejería competente en materia de fundaciones.*
- c) *Planificar y proponer las actuaciones necesarias para promover y fomentar las fundaciones de interés gallego.*
- d) *Las demás funciones que puedan atribuirle las disposiciones vigentes”.*

⁸⁶⁶DOG núm. 22, de 2 de febrero.

“a) Impulsar la elaboración del directorio de la Xunta de Galicia de fundaciones de interés gallego, en colaboración con el Registro de Fundaciones de Interés Gallego

b) Impulsar la realización de estudios tendentes a facilitar la ordenación del mapa fundacional de Galicia, en especial en relación a las fundaciones sin actividad

c) Impulsar la realización y la asunción del código ético para las fundaciones de interés gallego, y de redes de difusión y contacto de buenas prácticas en materia de principios y valores de buen gobierno fundacional

d) Impulsar la creación de redes de fundaciones de interés gallego”.

Por otro lado, para que el Consejo Superior de Fundaciones de la Comunidad de Galicia pueda llevar a cabo un óptimo desempeño tanto de estas funciones como de las generales, se impone al Registro de Fundaciones de Interés Gallego, así como los Departamentos que ejerzan el Protectorado de las fundaciones de interés gallego, *“la obligación de facilitar al Consejo toda la documentación e información que les sea requerida”.*

En cuanto la composición del Consejo Superior de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Galicia, el artículo 73 del Decreto 14/2009 señala que está integrado por la persona titular de su presidencia, que recaerá en la titular de la *Consellería* competente en materia de fundaciones de interés gallego, la vicepresidencia, que será ejercida por la persona que ostente la Secretaría General de la antedicha *Consellería*, una secretaria, que será desempeñada por un/a funcionario/a de la reiterada *Consellería* competente en materia de fundaciones de interés gallego, nombrado/a por la persona titular de la misma⁸⁶⁷, y vocalías. En concreto, estas últimas serán ocupadas por catorce representantes de las fundaciones de interés gallego, designados por la persona titular de la presidencia del Consejo Superior de Fundaciones por un período de cuatro años, y por un representante con la categoría, al menos, de Director General de cada uno de los Departamentos de la *Xunta* que ejerzan funciones de Protectorado, también designado por la persona titular de la presidencia del Consejo.

⁸⁶⁷ Obsérvese que, a diferencia del caso andaluz previamente expuesto, no se exige expresamente que sea funcionario de carrera ni que pertenezca al subgrupo A1.

Respecto a los catorce vocalías que representan a las fundaciones de interés gallego, el artículo 74 del Decreto 14/2009 determina que tres se designarán a propuesta de la *Consellería* competente en materia de fundaciones entre miembros de patronatos de fundaciones de interés gallego que desarrollen una reconocida labor y gocen de prestigio y relevancia en el ámbito fundacional de Galicia, otras dos a propuesta de las asociaciones representativas del sector fundacional gallego, siempre que aquellas estuviesen legalmente constituidas, y, finalmente, nueve se designarán entre las personas candidatas propuestas por las fundaciones de interés gallego que, para poder realizar dicha propuesta, deberán estar debidamente inscritas en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego y cumplir con las obligaciones previstas en la Ley 12/2006 relativas a la presentación de cuentas y plan de actuación, requisitos ambos que serán verificados de oficio por el precitado Registro.

Tal como establece el artículo 75 del Decreto 14/2009, el proceso de elección de las nueve vocalías que representan a las fundaciones de interés gallego, que se realizará mediante sorteo, comienza con la publicación en el Diario Oficial de Galicia de una resolución de la persona titular de la Secretaría General de la *Consellería* competente en materia de fundaciones mediante la que se anuncia la apertura del plazo de presentación de propuestas por parte de las fundaciones, que dispondrán de un plazo de 15 días para poder presentar un único candidato. Asimismo, la resolución objeto de publicación también recogerá el lugar, fecha y hora de celebración del antedicho sorteo, mediante el que se procederá a la elección de los nueve vocales entre los candidatos propuestos, atendiendo a la siguiente proporción: tres vocales entre las fundaciones cuyo patrimonio no exceda de los 150.000 euros, tres vocales entre las fundaciones con un patrimonio de entre 150.000 y un millón de euros y tres vocales entre las fundaciones con un patrimonio superior a un millón de euros⁸⁶⁸. Si en alguno de estos tres grupos no se presentan propuestas de candidatos, las vacantes incrementarán el número de representantes del grupo de patrimonio inmediatamente superior.

Por su parte, la selección de los vocales en representación de las asociaciones representativas del sector fundacional gallego se hará entre los candidatos propuestos

⁸⁶⁸A tal efecto, de conformidad con el artículo 75.3 del Decreto 14/2009 se entiende por patrimonio, el total activo del balance de situación, de acuerdo con las últimas cuentas anuales depositadas

por cada una de las asociaciones, que, acompañando una relación nominal de las fundaciones que la integran, podrán proponer un representante. La representatividad de las asociaciones de fundaciones se determinará en función del número de fundaciones de interés gallego asociadas a estas, procediendo el presidente/a del Consejo Superior de Fundaciones a nombrar como vocales a los candidatos propuestos por las dos asociaciones que resulten más representativas del sector fundacional gallego. Si las asociaciones de fundaciones no presentaran propuestas, las vacantes acrecerán los grupos de patrimonio anteriormente referidos, comenzando por el inferior y acumulándose, a continuación, a los restantes.

Finalmente, el apartado sexto del artículo 75 del Decreto 12/2009 señala que, en caso de fallecimiento, incapacidad o renuncia de un vocal representante de las fundaciones, será sustituido por quien indique la Fundación o, en su caso, asociación de fundaciones proponente.

Para concluir la regulación del Consejo Superior de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Galicia, el Decreto 12/2009 dedica su artículo 76 a establecer el régimen de funcionamiento de dicho órgano. A diferencia del contenido de otras normas autonómicas, la gallega no se limita a establecer una mera remisión al régimen general de los órganos administrativos colegiados, sino que fija expresamente el sistema de convocatorias, el *quorum* de constitución y el sistema de votación, entre otros extremos.

Respecto a las convocatorias, cabe reseñar que el Consejo Superior de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Galicia se reunirá, en sesión ordinaria, una vez al año y, de forma extraordinaria, a iniciativa de su presidente/a o cuando lo soliciten la mitad de sus miembros, caso en que se incluirán en el orden del día los asuntos que motivaron la petición. En ambos casos, la convocatoria, que contendrá el orden del día, el lugar, la fecha y la hora de celebración tanto en primera como en segunda convocatoria, será realizada por la persona titular de la secretaría, por orden del/de la presidente/a, con una antelación mínima de siete días naturales, excepto en el supuesto de sesiones extraordinarias en las que, por razones de urgencia motivadas, no se pueda demorar su realización, caso en que la convocatoria se realizará, por lo menos, con cuarenta y ocho horas de antelación.

Para la válida constitución del consejo, se requerirá, en primera convocatoria, la mayoría absoluta de sus miembros y, en segunda convocatoria, la asistencia de, por lo menos, la cuarta parte, siendo, en todo caso, preceptiva la presencia de las personas titulares de la presidencia, secretaría o de quienes le sustituyan. Asimismo, de las reuniones se levantará acta por la persona titular de la secretaría del Consejo, la cual contendrá la relación de asistentes, el orden del día, las deliberaciones y los acuerdos que se adopten, siendo necesario para ello el voto favorable de mayoría absoluta de los miembros presentes en cada sesión, diciendo, en caso de empate, el voto de calidad de la persona titular de la presidencia del Consejo.

Por último, el apartado séptimo del reiterado artículo 76, si bien consagra, como las normas analizadas hasta el momento, el carácter honorífico que reviste la participación en el Consejo Superior de Fundaciones de Galicia, a diferencia de aquellas, no renoce el derecho a percibir retribución alguna por dicha actividad, ni tan siquiera las indemnizaciones por razón del servicio.

La última norma autonómica de rango legal con la concluimos el presente epígrafe es la Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco, que va a dedicar la Sección Cuarta de su Capítulo Segundo a regular el Consejo Vasco de Fundaciones sin que, a diferencia de los textos precedentes, exista una norma reglamentaria que desarrolle este figura.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 9/2016, se crea el Consejo Vasco de Fundaciones como un órgano colegiado de naturaleza consultiva, adscrito presupuestariamente al Departamento con competencia en materia de fundaciones, al que se le reconoce autonomía para la aprobación de sus normas de funcionamiento interno. Si bien formalmente se circunscribe dicha adscripción al ámbito presupuestario, estimamos que esta aportación no aporta ninguna novedad material respecto a la legislación que hemos analizado con anterioridad, pues, tal como hemos tenido la oportunidad de constatar, en todo los textos estudiados se propugna la autonomía de sus respectivos Consejos Superiores de Fundaciones, presentando, por tanto, la adscripción de los mismos un carácter funcional y no orgánico, matiz que igualmente deducimos de la fórmula empleada por el legislador vasco.

Según el precepto anteriormente aludido, el Consejo Vasco de Fundaciones se erige como foro de encuentro entre el sector fundacional y la Administración, manifestación que plasma en su composición, la cual estará encabezada por la persona titular del Departamento competente en materia de fundaciones, que ostentará la presidencia. Asimismo, el Consejo también se compondrá de una Secretaría, que será ejercida por un alto cargo de la Viceconsejería que tenga atribuidas las competencias en materia de fundaciones o por la persona en quien delegue. Respecto al resto de los componentes, la Ley 9/2016 guarda silencio, a la espera, según estimamos, de un desarrollo reglamentario que aún no ha tenido lugar.

En este sentido, el apartado quinto del artículo 61 tan sólo avanza que la composición del Consejo será paritaria entre la representación de la Administración general de la Comunidad Autónoma y las entidades representativas de los intereses del sector fundacional, personas del ámbito universitario de la Comunidad Autónoma de *Euskadi* y personas expertas en la materia, cuya designación corresponderá a la persona titular del Departamento que tenga atribuida la competencia en materia de fundaciones por un periodo de cuatro años. En cualquier caso, aún transcurrido dicho plazo, se mantendrán en su cargo hasta que sean cesados por la institución que los nombró o se dé alguna causa de cese que pueda preverse en las normas de funcionamiento interno del propio órgano.

Finalmente, en cuanto a sus funciones, la Ley 9/2016 dedica su artículo 62 a enumerar desde una perspectiva generalista, al igual que mayoría de normas autonómicas análogas, las atribuciones del Consejo Vasco de Fundaciones que, tal como hemos expuesto en reiterada ocasiones, consisten en asesorar sobre asuntos relacionados con las fundaciones, informar las disposiciones de carácter general que afecten al sector fundacional, realizar propuestas en dicho ámbito y desarrollar e implementar actividades de fomento del fenómeno fundacional⁸⁶⁹

⁸⁶⁹ Artículo 62. Funciones.

“Son funciones del Consejo Vasco de Fundaciones las siguientes:

- 1.-Asesorar e informar en los procesos de elaboración de disposiciones de carácter general referentes a la materia de fundaciones.*
- 2.-Eleva al departamento competente en materia de fundaciones de la Administración general de la Comunidad Autónoma del País Vasco las propuestas que considere oportunas.*
- 3.-Promover y fomentar las fundaciones, así como sesiones formativas dirigidas al sector fundacional.*

Una vez concluido el análisis de las Comunidades Autónomas que han empleado la vía legal para regular en su ámbito territorial y competencial figuras idénticas o análogas al Consejo Superior de Fundaciones previsto en la LF, procede ahora hacer lo propio con aquella que ha acudido a la vía reglamentaria para regular esta figura. En este sentido, y tal como avanzamos al inicio de este apartado, sólo la Comunidad Autónoma de Las Islas Baleares ha optado por desarrollar sus atribuciones en esta materia bajo la fórmula de reglamento, aprobando, a tal efecto, el Decreto 10/1997, de 23 de enero, mediante el que se aprueba el Consejo Superior de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Las Islas Baleares⁸⁷⁰.

El Decreto 10/1997 es una norma breve, pues se compone tan sólo de una Exposición de Motivos, cinco artículos y dos disposiciones finales, mediante las cuales, por este orden, se autoriza a la Consejería competente en materia de Presidencia para dictar cuantas normas sean necesarias para desarrollar su contenido y se determina, por otro lado, su entrada en vigor, la cual tuvo lugar al día siguiente de su publicación en el correspondiente boletín oficial autonómico.

En su parte expositiva, la norma balear se limita, tras un breve excursus sobre sus atribuciones estatutarias y el traspaso de las competencias estatales en materia de fundaciones culturales privadas, a reconocer expresamente la necesidad y oportunidad de establecer “(...)un órgano consultivo y, de propuesta, del que formen parte representantes de la Administración y de las propias fundaciones”.

En cuanto a su naturaleza y estructura, el artículo 1, apartado primero, del Decreto 10/1997 consagra para el Consejo Superior de Fundaciones balear los caracteres que ya hemos reiterado en las homólogas figuras autonómicas estudiadas previamente. En este sentido, propugna la naturaleza colegiada del mismo, determina su adscripción a la Consejería competente en materia de Presidencia y esboza los trazos generales de su composición, anunciando que estará integrado por representantes de las entidades fundacionales debidamente inscritas en los Registros correspondientes que operen en el ámbito territorial de las Islas Baleares, por representantes de los distintos

4.-Las demás que le atribuyan las disposiciones vigentes”

⁸⁷⁰BOIB núm. 17, de 8 de febrero

Protectorados de la Comunidad y, como novedad respecto a otras normas analizadas previamente, por la Intervención General de la Comunidad Autónoma y por la Asesoría Jurídica del Gobierno Balear. Todos estos componentes, al amparo de lo previsto en el apartado segundo del precitado artículo, conformarán los dos órganos a través de los cuales se estructura el Consejo, y que son el Pleno y la Comisión Permanente.

Serán los artículos 3 y 4 del Decreto 10/1997 los que desarrollen más exhaustivamente el contenido del artículo 1, regulando el primero de ellos la exacta composición del Pleno, mientras que el segundo hace lo propio con relación a la Comisión Permanente.

El Consejo Superior de las Islas Baleares estará constituido por la presidencia, que recaerá en el/la presidente/a de la Comunidad Autónoma, cuatro Vicepresidencias, correspondiendo la primera de ellas a la persona titular de la Consejería de Presidencia, la segunda a la de la Consejería competente en materia de Educación, la tercera a la titular de la Consejería de Cultura y la cuarta a un representante de las fundaciones elegido por y entre los vocales del Pleno que les representen, una secretaría, que será desempeñada por un funcionario o funcionaria de la Consejería de Presidencia que ocupe un puesto de trabajo de Jefe/a de Departamento, nueve vocales, el Viceinterventor General de la Comunidad Autónoma y el Jefe/a de la Asesoría Jurídica de la Comunidad Autónoma, pudiendo ambos delegar esta responsabilidad en una tercera persona.

Respecto a los nueve vocales, tres de ellos representarán a las Consejerías con competencia en materia de Protectorado (Presidencia, Educación y Cultura), y los otros seis a las entidades fundacionales. Mientras que los primeros serán designados por la persona titular de cada Departamento entre sus respectivos altos cargos a la razón de uno por Consejería, los segundos serán nombrados por el presidente del Consejo, por un período de tres años, a propuesta, dos de ellos, de las fundaciones culturales inscritas en el Registro de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes; otros dos por las fundaciones inscritas en el Registro de Fundaciones de la Consejería de Presidencia; y, los restantes, por las fundaciones de ámbito nacional domiciliadas en las Baleares o que desarrollen principalmente sus actividades en territorio balear.

La selección de los representantes de las fundaciones se realizará de acuerdo con los criterios que estas acuerden por mayoría de los que válidamente las representen, previa convocatoria efectuada por la Consejería de Presidencia entre las entidades inscritas en los Registros que correspondan. Si no hay acuerdo, se procederá, en la misma convocatoria y entre las candidaturas que se hayan propuesto, a la elección directa de dichos representantes.

La composición de la Comisión Permanente es más reducida que la del Pleno y deviene de este. En concreto, su presidencia recaerá en la persona titular de la Vicepresidencia Primera del Consejo, y su secretaría será desempeñada por quien igualmente realice esta función en este último órgano. Asimismo, también forman parte de la Comisión Permanente cinco vocales, dos elegidos por y entre los vocales que representan a la Administración autonómica en el Pleno, y tres designados por y entre los representantes de las fundaciones.

Una vez diseccionada la composición de los órganos que estructuran el Consejo Superior de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, resulta oportuno abordar sus atribuciones, las cuales son enumeradas en el artículo 2 del Decreto 10/1997. En concreto, el citado precepto viene a reproducir, una vez más, las funciones genéricas de asesoramiento, informe, consulta y fomento que ya hemos expuesto en más de una ocasión. Junta a estas, el apartado primero del artículo 4 de la norma reglamentaria detalla una serie de funciones que son atribuidas directamente a la Comisión Permanente, pudiendo, a tal efecto, destacar las siguientes: a) Velar por el cumplimiento de los acuerdos adoptados por el Pleno y por las actuaciones en curso derivadas de los mismos; b) Resolver las cuestiones que, con carácter de urgencia, se planteen al Consejo, dando cuenta al Pleno de las actuaciones llevadas a cabo; c) Proponer asuntos a debatir y elevar propuestas de resolución al Pleno del Consejo; d) Constituir ponencias y grupos de trabajo para la elaboración de informes y propuestas acordadas en el Pleno relacionadas con los cometidos del Consejo, y e) Cuantos cometidos le sean delegados o asignados por el Pleno.

Como colofón del presente epígrafe, hemos de resaltar que el ejercicio de las antedichas competencias se ajustará a lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 10/1997, el cual, tras remitir en su cuarto y último apartado a las normas previstas para los

órganos colegiados en la legislación administrativa, establece en los tres primeros la periodicidad de las sesiones del Pleno y de la Comisión Permanente, así como la posibilidad de constituir en el seno de ambos ponencias o comisiones. En cuanto al Pleno, se determina que este se reunirá con carácter ordinario, al menos, dos veces al año y, en todo caso, cuando sea convocado por la persona titular de la presidencia o cuando así se solicite por, al menos, un tercio de sus miembros. Por otro lado, se fija para la Comisión Permanente un mínimo de tres reuniones ordinarias al año, sin perjuicio de aquellas otras que puedan ser convocadas por la presidencia, bien a iniciativa propia, bien a petición de la mitad, al menos, de sus componentes.

CONCLUSIONES

- I. El reconocimiento del derecho de Fundación en el artículo 34 de la Carta Magna de 1978 constituye un hito en Derecho comparado, pues es la primera vez que, de una forma expresa y directa, se regula este derecho en un texto de naturaleza constitucional, permitiendo, por un lado, su catalogación como derecho público subjetivo y, por otro, el reconocimiento de la Fundación como entidad revestida de garantía institucional, resultando indisponible, por tanto, para el legislador ordinario, que no podrá alterar su contenido esencial. En cualquier caso, conviene precisar que, si bien derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles (STC de 27 de febrero de 1987), no son tampoco conceptos equivalentes, tal como ha puesto de manifiesto la STC de 26 de julio de 1983, según la cual sólo los derechos contemplados en la Sección I, del Capítulo II del Título I de la CE, artículos 15 a 29, delimitan el inicio y final del elenco de derechos fundamentales.
- II. La relación existente entre el derecho a fundar y el derecho de propiedad es tan manifiesta que el propio constituyente consideró oportuno incluir el derecho a fundar, regulado en el artículo 34, inmediatamente después de referirse al de propiedad, consagrado en el artículo 33, ya que aquel sólo es una manifestación particular y concreta de este último, consistente en un acto de libre disposición de bienes y derechos propios que puede efectuarse tanto *inter vivos* como *mortis causa*. Este razonamiento es también el seguido por el propio Tribunal Constitucional en su ya aludida STC de 22 de marzo de 1988, cuyo fundamento jurídico quinto detalla expresamente que: “el derecho de Fundación figura en el texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia. Ello permite entender que aquel derecho es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados”.
- III. Ni el CC ni la CE albergaron en su articulado un concepto del término Fundación, el cual surge por primera vez con la aprobación de la Ley

30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, la cual ha sido parcialmente derogada por la LF. El artículo 1.1 de ambos textos legales define la figura fundacional como “*organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general*”.

Con anterioridad a dichas normas, la doctrina científica y la jurisprudencia ya habían protagonizado una aproximación al concepto fundacional, destacando, a tal efecto, la STC de 22 de marzo de 1988, en cuyo Fundamento Jurídico Quinto se define la Fundación como “una persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un interés general”.

Así pues, teniendo en cuenta todas las aportaciones, consideramos como concepto más completo de Fundación aquel que la define como un sujeto de Derecho con personalidad jurídica propia que nace en virtud de la afección permanente de un patrimonio a la consecución o cumplimiento de un determinado fin de interés general. Partiendo podemos destacar como elementos inherentes a la figura fundacional los siguientes: el fin, que ha de satisfacer el interés general, la voluntad del fundador, plasmada en el negocio jurídico fundacional, el patrimonio, que no podemos confundir con la dotación, la organización, que se manifiesta, principalmente, en la institución del Patronato, y carácter de permanencia.

IV. Aunque la CE y el CC parecen divergir cuando aluden al fin fundacional, pues la primera establece que esta ha de ser de interés general y el segundo que ha de tender al interés público, hemos de reputar ambas expresiones como equivalentes. En este sentido, si bien los legisladores estatal (artículo 3.1 de la LF) y autonómico (a modo de ejemplo, artículo 3.1 de la LFA) han recogido un amplio y variado elenco de posibles fines que puede perseguir una Fundación, dicha relación rige el principio de *numerus apertus*, de modo que no se excluye la posibilidad de que se constituyan fundaciones que respondan a otros fines, los cuales, en cualquier caso, deberán resultar de interés para la colectividad.

En cualquier caso, el fin fundacional ha de ser posible, lícito, determinado y homogéneo, lo que no implica que permanezca inmutable, pudiendo

actualizarse o adecuarse al interés general colectivo del momento, sin que, con dicha actuación, se llegue a pervertir la voluntad del fundador plasmada en los Estatutos fundacionales, tal como, ha puesto de manifiesto, entre otras, las SSTS, Cont-Adm, de 20 de diciembre y 24 de diciembre de 1985, o la STSJ de Galicia, Cont-Adm, de 17 de noviembre de 1998.

- V. La propia connotación de generalidad inherente al fin fundacional conlleva la imposibilidad de crear fundaciones con intención de beneficiar a personas concretas o determinadas, circunstancia que es compatible con un amplio círculo de individuos destinatarios de la actividad fundacional, siempre que éstos sean indeterminados o, al menos, relativamente indeterminados. Esta limitación ha sido señalada expresamente por el legislador estatal en el artículo 3.3 de la LF, según el cual, *“en ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges a personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general”*. En cualquier caso, a pesar del tenor literal de precepto, tampoco cabe suponer que nuestro Derecho permita la creación de fundaciones para favorecer, en exclusividad, a parientes más allá del cuarto grado, pues, como ha quedado expuesto, el espíritu de la norma no es otro que evitar la determinación de las posibles personas beneficiarias.
- VI. La voluntad de la persona fundadora de crear una Fundación queda plasmada en el negocio jurídico fundacional que presenta una naturaleza jurídica *sui generis*, no encuadrable en una categoría típica, circunstancia que ha motivado la formulación de múltiples tesis sobre su naturaleza jurídica. En nuestra opinión, el negocio jurídico fundacional no debe ser considerado, ni como dos actos separables e independientes (declaración de voluntad y dotación), ni como un acto principal y otro accesorio (declaración de voluntad como acto principal y dotación como accesorio), sino que se trata de un acto jurídico unilateral de autovinculación, pues en un solo acto concurre una única voluntad, la de la persona fundadora, en virtud de la cual se crea el ente fundacional con carácter de permanencia y se vincula al mismo un patrimonio para el cumplimiento de un fin de interés general.

Partiendo de la dificultad que entraña la delimitación del negocio jurídico fundacional, se podría definir este último como un acto unilateral, gratuito, irrevocable, solmene y no recepticio dirigido a la constitución de una Fundación como ente autónomo y que se lleva cabo mediante la vinculación de un conjunto de bienes a un fin determinado de interés público. El negocio jurídico es unilateral porque sólo existe una parte, es gratuito porque no tiene finalidad lucrativa, es irrevocable porque, como regla general, no puede ser revocado una vez que se perfecciona, es solemne porque exige otorgamiento de escritura pública en el caso de constitución *inter vivos* o disposición testamentaria, que habra de ajustarse a las modalidad y requisitos fijados en el CC, en el supuesto de constitución *mortis causa* –lo que, en nuestra opinión, impide emplear otras figuras afines, como los llamados pactos sucesorios que ciertos Derechos Forales reconocen, para este fin-, y, por último, es no recepticio porque no necesita de recepción ni aceptación por tercero para que sea válido.

- VII.** En cuanto a la determinación de la capacidad de las personas menores de edad para constituir fundaciones *inter vivos*, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 1263 del CC, el cual afirma que no podrán prestar consentimiento los menores no emancipados –con ciertas excepciones marcadas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia- ni las personas con la capacidad modificada mediante sentencia judicial firme. En cualquier caso, de conformidad con el artículo 323 del CC, las personas menores de edad emancipadas, si bien gozan de capacidad para prestar consentimiento, carecen de ella para disponer libremente de sus bienes por lo que, para perfeccionar el negocio jurídico fundacional, requerirán de la intervención de sus padres, tutores o curadores. Este régimen cambia en el caso de constitución de fundaciones *mortis causa*, pues, por un lado, el artículo 663 del CC considera capacitados para testar (salvo en el caso de testamento ológrafo que requiere mayoría de edad) a las personas mayores de catorce años no incapacitadas aunque, tal como establece el artículo 666, la incapacidad, para que afecte a la validez de la disposición testamentaria, habrá de observarse en el momento del otorgamiento de esta última, siendo válida aquella que tenga lugar con anterioridad al estado de enajenación.

VIII. La inscripción del negocio jurídico fundacional en el correspondiente Registro de Fundaciones supone, a la sazón de lo dispuesto en el artículo 4.1 de la LF, la adquisición de personalidad jurídica por parte de la Fundación, revistiendo dicho acto, por tanto, una naturaleza constitutiva y no meramente declarativa, tal como ha puesto de manifiesto, entre otras, la SAN, Cont-Adm, de 13 de diciembre de 2005.

IX. Conviene discernir entre los conceptos de patrimonio y dotación fundacionales. Mientras que esta última es el resultado de un acto unilateral, gratuito, de naturaleza patrimonial y no recepticio mediante el que, en el ejercicio del derecho constitucional de fundar o por solidaridad con él, se constituye una Fundación o se incrementa su capital sin intención de financiar directamente sus actividades, el patrimonio, tal como delimita el artículo 19 de la LF, se compone de los bienes y derechos que integran la dotación, así como de aquellos que la Fundación ha adquirido con posterioridad, formen o no parte de la dotación. Así pues, si bien ambos conceptos resultan coincidentes en el acto de constitución de la entidad fundacional, posteriormente difieren, pues, por lo general, el patrimonio crecerá por encima de la dotación que podrá permanecer, o no, inalterable a lo largo de la existencia de la Fundación.

En cuanto la naturaleza jurídica de la dotación, aunque es innegable afirmar que presenta características comunes con la donación, de ahí que se apliquen a la primera algunas de las disposiciones que el CC fija para la segunda, es innegable afirmar que presenta características propias. En el caso de constitución *inter vivos*, no es posible confundir ambas figuras porque la dotación, a diferencia de la donación, no precisa de aceptación, se constituye en beneficio de una colectividad indeterminada de beneficiarios y, ya que está vinculada o supeditada al cumplimiento de un fin de interés general, no supone un enriquecimiento para aquellos. Asimismo, en el caso de constitución *mortis causa*, tampoco cabe confundir la dotación con las figuras del legado o herencia, pues, la primera, además de su carácter no recepticio, pretende, a diferencia de las segundas, constituir una nueva entidad jurídica. A pesar de estas diferencias, tal como hemos avanzado, a la dotación fundacional le resultarán aplicables ciertas prescripciones previstas en CC para la donación. Así, por ejemplo, resultará inoficiosa la dotación

efectuada en fraude de acreedores (artículo 643 del CC), la que afecte a la legítima de los herederos forzosos (artículo 636 del CC) o la que afecte a la reserva viudal o a la reserva troncal (artículos 811 y 968 del CC), etc.

- X.** La irrevocabilidad que, con carácter general, preside el negocio fundacional y, por ende, de la propia dotación, así como el interés general que preside la actividad fundacional, propician que, con carácter general, el patrimonio inicial nunca más regrese a la esfera de dominio del fundador ni a la de sus herederos, tal como ha puesto de manifiesto, entre otras, la STC de 21 de diciembre de 2005. En estos casos, incluso una vez extinguida la Fundación, corresponderá al Patronato la liquidación del patrimonio fundacional, destinando los bienes y derechos resultantes tanto a fundaciones o entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general como, siempre que así esté previsto expresamente en los Estatutos o cláusulas fundacionales, a entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines de interés general. Si no existiera mención expresa a favor de ninguna entidad, será el Protectorado quien decida a qué instituciones de esta naturaleza se adjudicarán los bienes resultantes, salvo que el fundador haya reconocido expresamente esta potestad al Patronato. En cualquier caso, esta máxima supone una ruptura con el criterio recogido en la normativa previa a la entrada en vigor de la LF, que, de acuerdo con la voluntad del fundador, permitía la reversión de los bienes fundacionales, destacando, a modo de ejemplo, la SSTS, Cont-Adm, de 6 de junio de 1987 y de 8 de noviembre de 2011.
- XI.** Como principal manifestación del elemento organizativo fundacional hallamos el Patronato, cuya existencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14.1 de la LF, resulta obligatoria, correspondiéndole las funciones de gobierno y representación de la entidad. En cualquier caso, la preceptiva concurrencia del Patronato no impide que puedan crearse otros órganos complementarios que auxilien al primero en su labor (por ejemplo, una Comisión Ejecutiva que facilite una mayor frecuencia de reuniones, un Consejo Asesor que realice funciones consultivas o una Comisión de Nombramientos que se encargue de la selección y evaluación de los patronos). Asimismo, y aunque el legislador estatal no lo contempla expresamente, es frecuente la existencia, especialmente en las fundaciones

cuyo volumen de actividad así lo aconseje, del cargo de Gerente, el cual, por el contrario, sí aparece recogido en textos legislativo autonómicos como, por ejemplo, en el artículo 21 de la LFA, habiendo sido admitido, además, por la jurisprudencia, tal como recone, a modo de ejemplo, la STS, Cont-Adm, de 16 de febrero de 2004

No obstante, de conformidad con el artículo 15 del RLF, estos órganos complementarios no podrán usurpar las atribuciones del Patronato, pues dicho precepto supedita su existencia a que respeten las funciones atribuidas legamente a este último. Como única y relativa excepción a esta regla, podemos destacar que el artículo 16.4 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego, permite al fundador o fundadores, siempre que sean personas físicas, reservarse con carácter vitalicio el ejercicio de todas las competencias asignadas al órgano de gobierno de la Fundación aunque, en este caso, la persona o personas fundadoras deberán ejercer sus funciones dando cuenta previamente al Patronato, el cual podrá exigir la responsabilidad que proceda.

- XII.** Al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 de la LF, el Patronato se compone de un número mínimo de tres miembros, sin que exista tope para el número máximo, pudiendo recaer dicha responsabilidad tanto en personas físicas, que deben tener plena capacidad de obrar y no estar inhabilitadas para el ejercicio de cargo público, como jurídicas, las cuales, en todo caso, estarán representadas por personas físicas que habrán de cumplir con los precitados requisitos. En el caso de personas físicas, y a pesar de posiciones doctrinales contrapuestas, defendemos la imposibilidad de que los menores emancipados puedan ostentar el cargo de patrono de una Fundación, pues parece ilógico y desproporcionado que una persona que necesita del consentimiento de sus padres, tutores o curadores para perfeccionar la mayor parte de los negocios jurídicos que graven su esfera patrimonial, pueda tomar libremente decisiones sobre un patrimonio, el de la Fundación, que le es totalmente ajeno. Además, una opinión en sentido contrario, haría del todo innecesaria la equiparación entre los conceptos de “persona mayor de edad” y “persona menor emancipada” que el artículo 323 del CC recoge, por lo que se intuye que el legislador ha pretendido excluir en esta materia a todas las personas menores de edad, estén, o no, emancipadas.

XIII. Si bien la representación ordinaria del Patronato corresponde a la persona titular de su presidencia, el artículo 16, apartados primero y cuarto, de la LF permite, salvo disposición estatutaria en contrario, delegar sus facultades en uno o varios de sus miembros, así como otorgar poderes generales y especiales. En cualquier caso, la delegación de facultades no se admite con carácter absoluto, pues, “(...) *no son delegables la aprobación de las cuentas y del plan de actuación, la modificación de los Estatutos, la fusión y liquidación de la Fundación ni aquellos otros actos que requieran la autorización del Protectorado*”.

A diferencia de la delegación los apoderamientos podrán también recaer en persona ajena al Patronato. Los poderes podrán ser generales o particulares. Mientras que para los primeros, dada la amplitud de funciones que comportan, se exige su inscripción en el Registro General de Fundaciones, para los segundos se exime de dicho requisito, de ahí que éstos constituyan una praxis muy asentada en el seno de la actividad fundacional por su ágil y sencilla expedición, siendo frecuente la sustitución de un poder general por la emisión de una pléyade de poderes particulares que, prácticamente, abarcan en su conjunto el ámbito de un apoderamiento general.

Finalmente, junto a la delegación y apoderamiento, el artículo 15.5 de la LF introduce la figura de la representación de un concreto patrono por otro. En estos casos, salvo que el desempeño del cargo del patrono sea ejercido por una persona física con carácter *intuitu personae*, el legislador permite al patrono designar a un tercero que actúe en su nombre y representación aunque, en todo caso, dicha elección deberá circunscribirse al resto de componentes del órgano de gobierno fundacional. Además, quien actúe por representación deberá hacerlo para actos concretos y habrá de ajustar su comportamiento a las instrucciones que el representado formule por escrito sin que, por tanto, sea admisible en nuestro Derecho una representación que tenga carácter general y no esté sujeta a directrices que, con carácter previo, hayan quedado expresamente constatadas.

XIV. Si bien el artículo 15 de la LF determina, como regla general, la gratuidad en el ejercicio del cargo de patrono, el mismo texto legal contempla dos excepciones a la misma: el derecho de reembolso y la posibilidad de fijar una retribución a favor de aquellos patronos que realicen actividades ajenas a

las que les corresponden como miembros del Patronato. Ambas excepciones presentan novedades respecto a la legislación precedente, pues, si bien la regulación actual permite el derecho de reembolso sin excepciones, la Ley 30/1994 sólo la permitía “salvo disposición contraria del fundador”. Además, esta última norma tampoco recogía expresamente en su articulado una posible retribución a favor de un patrono por labores de gestión aunque, a decir verdad, dicha cuestión ya se reconocía en la práctica, a través de la vía de la autocontratación, tal como señala, a modo de ejemplo, el Dictamen del Consejo de Estado 1035/1996, de 30 de abril.

El fundamento del derecho de reembolso reside en evitar un hipotético enriquecimiento injusto de la entidad fundacional a costa del patrimonio del patrono, circunstancia que aproxima el régimen jurídico de esta figura a la relación entre mandate y mandatario que el CC regula. En este contexto, abogamos por una interpretación amplia del derecho de reembolso, de forma que abarque, no sólo los gastos anticipados, sino también los daños y perjuicios que el desempeño del cargo haya irrogado al patrono, siempre que este no haya incurrido en culpa o negligencia, incluyendo tanto los intereses devengados de la cantidad anticipada como el llamado “lucro cesante”, es decir, el beneficio que el patrono ha dejado de percibir con motivo de la acción que ha generado el derecho de reembolso. En cualquier caso, estimamos que ambas cuestiones habrán de ser interpretadas y analizadas restrictivamente, pues, quien desempeña el cargo de patrono, lo hace libre y voluntariamente, con conocimiento de la carga que implicaba. Asimismo, el derecho de reembolso no es absoluto, ya que se halla sometido a dos límites. En este sentido, tal como establece el artículo 3 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos, el reembolso de cantidades por gastos de viaje, manutención y alojamiento no podrán exceder de los límites previstos en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para ser consideradas dietas exceptuadas de gravamen. Además, por otro lado, al considerar las cuantías reembolsables como gastos de administración de la Fundación, también resulta de aplicación el artículo 33 del RLF, según el cual, los gastos de esta naturaleza no podrán exceder la mayor de las siguientes cantidades: el 5% de los fondos propios o el 20% de la renta neta.

Junto con el reembolso, el precitado artículo 15.4, párrafo segundo, de la LF también contempla la posibilidad de que el Patronato, siempre que el fundador no hubiese dispuesto lo contrario, y previa autorización del Protectorado (que habrá de emitir en el plazo de tres meses), pueda fijar una retribución adecuada para aquellos patronos que presten servicios distintos de aquellos inherentes al ejercicio de su cargo, (matiz que diferencia esta figura del derecho de reembolso). En estos casos, el patrono ostentaría una doble vinculación con la Fundación: una fija, la derivada de su propio cargo, y otra que variaría en función de la naturaleza y régimen jurídico aplicable a los servicios prestados a la Fundación. Conjuntamente con lo expuesto, cabe reseñar que esta nueva excepción al régimen general de gratuidad en el ejercicio del cargo de patrono nos conduce, irremediablemente, a relacionar esta figura con el régimen previsto en el artículo 28 de la LF para la autocontratación, según el cual, el patrono deberá abstenerse en la adopción de acuerdos tendentes a establecer una retribución en su propio beneficio o una relación contractual entre la Fundación y el mismo patrono, su representante, sus familiares hasta el cuarto grado inclusive o su cónyuge o persona ligada con análoga relación de afectividad.

- XV.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.3 de la LF, según el cual, *“Los patronos entrarán a ejercer sus funciones después de haber aceptado expresamente el cargo (...)”*, será la aceptación, y no el acto de nombramiento o inscripción en el correspondiente Registro, el que determine el inicio de los efectos derivados del cargo de patrono cuya duración podrá ser tanto temporal como vitalicia, lo que se deducirá en ausencia de previsión expresa. Así pues, la inscripción en el correspondiente Registro no es, por tanto, constitutiva, sino declarativa, tal como ha puesto de manifiesto, entre otras, la STSJ del País Vasco, Cont-Adm, de 31 de enero de 2013. Como excepción a esta regla general, hemos de destacar que, en el caso de que la designación de patrono tenga lugar con carácter temporal, el inicio del cómputo de la duración del cargo habrá que situarlo en el acto de nombramiento, y no en el de aceptación, pues tal como establece el artículo 18.2, letra g), de la LF, el cese de los patronos tendrá lugar *“por el transcurso del período de su mandato si fueron nombrados por un determinado tiempo”*. Argumentar lo contrario implicaría legitimar el retraso

culpable de un patrono en la aceptación de su cargo con la finalidad de prologar o extender el límite temporal del mismo.

En cualquier caso, si bien la LF no regula un plazo expreso para la aceptación e inscripción del cargo de patrono, para este último sí encontramos regulación específica en los artículos 24.1, letra d), y 26.1 del RRF, los cuales vienen a fijar un plazo de un mes para practicar dicha inscripción. Asimismo, ante el silencio del legislador ordinario y en ausencia de previsión estatutaria específica, estimamos oportuno acudir nuevamente a idénticos preceptos para delimitar el plazo máximo para la aceptación del cargo de patrono que, por tanto, habrá que reputar igualmente en un mes.

XVI. Coincidiendo con la práctica unanimidad de la doctrina, podemos afirmar que la responsabilidad de los patronos por las acciones y omisiones (novedad respecto a la Ley 30/1994) derivadas del ejercicio de su cargo reviste una naturaleza contractual, análoga a la aplicable a los componentes del consejo de administración de las sociedades mercantiles. La determinación de la naturaleza de la responsabilidad del cargo de patrono no es un debate baladí, ya que, entre otras cuestiones, afecta al plazo de prescripción de la acción para su exigencia. En este sentido, tal como ha establecido la propia jurisprudencia (a modo de ejemplo, SAP de las Islas Baleares, sección 5ª, de 11 de noviembre de 2013), el plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad del patrono es, en cumplimiento del artículo 949 del Código de Comercio, de 4 años, contados desde que la parte actora tuviera conocimiento del daño o perjuicio, rechazando así la aplicación del artículo 1964.2 del CC, que fija un plazo de prescripción de 5 años para todas aquellas obligaciones personales que carezcan de un plazo específico.

XVII. Según el artículo 17.2 LF, quedarán 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 para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel*”. Respecto al primero de los supuestos, cabe reseñar que sólo acaecerá cuando el patrono haya manifestado su oposición con el voto discrepante, siendo insuficiente la simple abstención. Además, como en todo órgano cuyos acuerdos quedan reflejados en acta, deberá pedirse, a efectos de prueba, que conste

expresamente en aquella la discrepancia, todo ello sin perjuicio de poder emplear otros medios válidos en Derecho que permitan acreditar fehacientemente el voto disidente del patrono que pretende la exoneración de responsabilidad. Por otro lado, en el segundo caso no basta con la emisión de un voto discrepante porque lo que se trata de probar es que el patrono no ha intervenido en la adopción del acuerdo y desconocía su existencia o, aun conociéndola, ha hecho todo lo posible para evitar el daño o, al menos se ha opuesto expresamente a aquel. En cualquier caso, llegado este momento, consideramos importante recalcar que, en nuestra opinión, no basta la simple ausencia del patrono como motivo de exoneración cuando aquella obedece a una actitud negligente, ni menos aún cuando el patrono era pleno conocedor del acuerdo que podía adoptarse y, con su incomparecencia, tan sólo pretendía evitar su responsabilidad, pues es deber de todo patrono asistir a las reuniones y, en caso de no poder hacerlo, delegar su voto en algún otro patrono, con o sin instrucciones. Por tanto, una postura abstencionista cuyo único objeto es dificultar la marcha y el funcionamiento de la Fundación, también dará lugar a responsabilidad cuando origine a esta última un daño o perjuicio, pues, el absentismo o abstencionismo dolosos constituyen, por sí mismos, una forma de incumplimiento del cargo de patrono.

XVIII. Aunque, en sentido estricto, el Patronato es el único órgano de gobierno de la Fundación cuya existencia resulta preceptiva, estimamos que, partiendo de una concepción amplia, también el Protectorado, al controlar la actuación de aquel, influye en la acción de gobierno de la entidad. La existencia del Protectorado se fundamenta tanto en razones de índole subjetivo como objetivo. Respecto a las primeras, la citada institución actúa como garante del efectivo cumplimiento de la voluntad del fundador, la cual no cabe encomendar a los destinatarios o beneficiarios de la actividad fundacional, pues, como ya ha quedado expuesto, éstos son indeterminados o desconocidos. Por otro lado, en relación a las segundas, la intervención del Protectorado resulta necesaria a la vista del interés general inherente a toda entidad fundacional, cuya preservación y cumplimiento parece lógico encomendar a la Administración Pública, pues, tanto el artículo 103 de la Carta Magna como el artículo 3.1 de la LRJSP, consagran que “*Las Administraciones Públicas sirven con objetividad a los intereses generales*”

(...)”. Ambos fundamentos han sido reconocidos expresamente por la jurisprudencia, citando, respecto al primero, la STS, Civil, de 10 de julio de 1985, y, en relación al segundo, las SSTC de 7 de febrero de 1984, 22 de marzo de 1998 y 21 de diciembre de 2005, y las SSTS, Cont-Adm, de 17 de abril de 1979, 31 de mayo de 1985, 20 de diciembre de 1985 y 4 de julio de 2005.

En cualquier caso, considerando la amplitud de atribuciones encomendadas por el legislador estatal y autonómico a sus respectivos Protectorados, estimamos que los recursos materiales y humanos de los que disponen en la actualidad este tipo de instituciones resultan insuficientes, de ahí que, con frecuencia, estos órganos se vean obligados a emplear técnicas de muestreo para cumplir con su labor interventora o fiscalizadora, los cuales, en nuestra opinión, resultan insuficientes para este tipo de entidades, pues, debido al interés general que persiguen y al beneficioso régimen fiscal que disfrutan, deberían estar sometidas a un control total y exhaustivo de su actividad.

XIX. La heterogeneidad del régimen jurídico aplicable al Protectorado en el ordenamiento jurídico patrio se manifiesta, no sólo en su dispersión territorial, sino también en la diferente organización interna de cada uno de los sistemas imperantes, pudiendo éstos, en cualquier caso, estructurarse en dos grandes grupos: los regímenes que abogan por un Protectorado único, en los que un solo órgano ejercerá las funciones de control y fiscalización de las fundaciones incluidas en su ámbito de actuación, y aquellos que defienden un Protectorado múltiple, correspondiendo las antedichas atribuciones a distintos órganos en función de la materia u objeto de la actividad fundacional. Personalmente, abogamos por el Protectorado único como sistema idóneo para lograr el cumplimiento de los fines propios de esta institución por, principalmente, tres motivos. En primer lugar, el Protectorado único permite eliminar la histórica necesidad de investigar cuál es el órgano competente para desarrollar sus funciones. Además, por otro lado, también evita la indeseable competencia que puede suscitarse entre los distintos Protectorados para captar fundaciones, poniendo así punto y final a una hipotética interesada elección de Protectorado por parte del fundador. Finalmente, en tercer y último lugar, mediante el Protectorado único se garantiza la homogeneidad de criterio que permite la emisión de

pronunciamientos uniformes, evitando así posicionamientos contrarios entre unos y otros Protectorados, lo que implica la consecución y cumplimiento de los principios de eficacia y seguridad jurídica.

XX. La organización del Protectorado en la Administración General del Estado ha experimentado una importante evolución. Si bien inicialmente se configuró como un sistema múltiple a pesar de posicionamientos en sentido contrario como el Dictamen del Consejo de Estado 1636/2002, de 9 de julio, actualmente, desde la aprobación y entrada en vigor del Real Decreto 1066/2015, de 27 de noviembre, que modificaba el Real Decreto 257/2012, de 27 de enero, por el que se desarrollaba la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, se ha procedido a la implantación de un Protectorado único para las entidades fundacionales de competencia estatal, atribuyendo esta responsabilidad a la Secretaría General Técnica del citado Ministerio, a través de la Subdirección General de Fundaciones.

Frente a la armónica, aunque dinámica, organización del Protectorado en la Administración General del Estado, la diversidad es la nota característica de los diversos sistemas autonómicos. Así, mientras que Navarra, Canarias, Castilla León, La Rioja, Aragón y Cantabria presentan un sistema de Protectorado Único que podemos definir como “puro”, pues no presenta excepciones, Cataluña y Andalucía divergen levemente, ya que, si bien la regla general es el Protectorado Único, encontramos un régimen específico para el caso de las fundaciones bancarias o de Cajas de Ahorro. Por el contrario, en diametral contraposición, las Comunidades Autónomas de Galicia, Asturias, Murcia, Islas Baleares y Extremadura han implantado un sistema de Protectorado múltiple. Como novedades más relevantes de los distintos sistemas autonómicos respecto al régimen estatal, hemos de destacar a) la posibilidad de delegar o desconcentrar el ejercicio de las funciones propias del Protectorado que contempla la Disposición Adicional Segunda, apartado primero, del Decreto 20/2002, de 24 de enero, por el que se regula el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, b) la necesidad de la emisión de informe preceptivo en el proceso de toma de decisiones del Protectorado por el órgano administrativo que ostente las competencias en materia de fundaciones en la Comunidad Autónoma de

Aragón, tal como establece el artículo 2.3 del Decreto 276/1995, de 19 de diciembre, por el que se regulan las competencias en materia de fundaciones en dicha región, c) la creación de la Comisión del Protectorado del Gobierno de Cantabria como órgano con funciones de auxilio o asesoramiento, de conformidad con el artículo 4 del Decreto 26/1997, de 11 de abril, que crea y regula el Protectorado en la aludida Comunidad, d) la excepción que señala el apartado primero del Decreto 28/1997, de 23 de mayo, de atribución de competencias en materia de fundaciones de la región de Murcia, que, tras atribuir las funciones de Protectorado a cada una de las Consejerías competentes por razón de la materia, establece que, en todo caso, corresponderá el ejercicio de estas funciones a la Consejería de Presidencia cuando, en el órgano de gobierno fundacional, participen altos cargos de la Comunidad y, por último, e) la determinación del Protectorado competente en la Comunidad Autónoma de Galicia que, de conformidad con el artículo 47.2 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego, será ejercido por el Departamento que guarde relación con los fines fundacionales y, si fueran varios, dicha función recaerá sobre aquel que tenga atribuida la competencia en materia de fundaciones.

XXI. La pluralidad de Protectorados que coexisten en el sistema español suscita ciertos problemas para la determinación del régimen aplicable a una determinada entidad fundacional. Si bien la LF delimita dicha competencia partiendo de la interrelación entre actividad fundacional y territorio, esta aparente simplicidad es ciertamente engañosa, pues, si bien las distintas leyes autonómicas deberían haber reproducido el criterio de conexión fijado por la norma estatal, no ha sido siempre así. En este sentido, por ejemplo, los artículos 44 y 45 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, permite la creación de entidades fundacionales sometidas al Derecho navarro con independencia del ámbito territorial de la actividad que desarrollen y del domicilio de su sede principal, criterio, este último, que también ha sido refutado por la jurisprudencia como determinante para delimitar el Protectorado competente (a modo de ejemplo, SAN, Cont-Adm, de 3 de noviembre de 2005). Para solventar esta problemática, y según recoge la STC de 29 de julio de 1983, hemos de acudir a la aplicación de las normas de Derecho interterritorial

previstas en el CC y, en concreto, su artículo 9.11, según el cual, “*la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción (...)*”. A pesar de que la norma parece estar redactada en clave internacional, de ahí que utilice el término “*nacionalidad*”, resulta aplicable su criterio en caso de conflictos interregionales civiles en virtud del art. 16.1.1ª del CC, pero sustituyendo el concepto de nacionalidad por el de vecindad civil. En este sentido, el precitado pronunciamiento del Tribunal Constitucional argumenta que, ante la ausencia de una norma postconstitucional que regule este tipo de conflictos, sólo cabe acudir al aludido artículo del CC para encauzar y solventar estas situaciones.

La compleja casuística puede igualmente deparar el caso de una Fundación que, desarrollando su actividad principal en un determinado territorio, opere también fuera de él pero sin llegar a constituir su actividad principal. En estos casos, la simple aplicación de la normativa estatal nos llevaría a concluir que el ente fundacional continuaría sometido a la normativa del territorio sobre el que desarrolla su actividad principal, solución que, si bien es congruente con el Derecho positivo vigente, consideramos desafortunada porque motivaría la aplicación de un régimen jurídico específico a actuaciones que exceden de su eficacia territorial, es decir, decisiones que se circunscriben al ámbito competencial de una determinada Administración incidirían en la esfera de intereses de otra. En definitiva, procede afirmar que la conexión utilizada para determinar la ley y autoridad competentes, es decir, el territorio donde la entidad fundacional desarrolla su actividad principal, constituye un concepto jurídico indeterminado muy difícil de acotar y de controlar sin que, en la actualidad, exista regulación positiva ni mecanismo plenamente aceptado que permitan dilucidar este asunto, dando lugar esta indefinición a una nueva situación de inseguridad jurídica que convendría erradicar. A tal efecto, apostamos por la implementación de criterios objetivos, tales como el domicilio de la entidad y la cooperación interadministrativa, que determinen sin ambages el régimen jurídico que resulte aplicable.

XXII. Como órgano de carácter consultivo y, por tanto, con incidencia en la labor de gobierno de las fundaciones, el legislador estatal prevé en la LF (artículos 38 a 40, ambos inclusive) la creación del Consejo Superior de Fundaciones, figura que va a encontrar una regulación más precisa y detallada en el Capítulo IX del RLF. En cuanto a su naturaleza, el Consejo Superior de Fundaciones es una figura *sui generis* que presenta una naturaleza compleja que ha de ser abordada desde una cuádruple perspectiva. En primer lugar, se trata de un órgano colegiado de carácter interadministrativo e interministerial, adscrito al Ministerio competente en materia de Administraciones Públicas, de ahí que, sin perjuicio de regulación específica, le resultará de aplicación lo previsto para este tipo de órganos en la Sección Tercera del Capítulo Segundo de la LRJSP. Asimismo, partiendo de que el artículo 39, apartado a), atribuye al Consejo Superior de Fundaciones la función de “*asesorar e informar sobre cualquier disposición legal o reglamentaria de carácter estatal que afecte directamente a las fundaciones, así como formular propuestas en ese ámbito*”, podemos afirmar que se trata de un órgano consultivo especializado en el ámbito fundacional cuya actividad podrá ser de carácter preceptivo, lo que tendrá lugar cuando tenga que informar acerca de disposiciones legales o reglamentarias estatales, o facultativo. Por otro lado, y sin perjuicio de lo expuesto, el Consejo Superior de Fundaciones es también un órgano de participación, pues sirve como punto de encuentro de las Administraciones Públicas y la sociedad, persiguiendo con ello articular nuevos sistemas de participación complementarios a la representación parlamentaria que encaucen el sentir y opinión de los distintos agentes que operan en el espectro fundacional, objetivo cuyo cumplimiento dependerá, en gran medida, de la iniciativa propia y actividad que irradie el Consejo, pues, a diferencia del supuesto anterior, es independiente de cualquier consulta o pronunciamiento previo. Finalmente, el Consejo Superior de Fundaciones es también un órgano de colaboración, cooperación y coordinación porque, debido a la compleja distribución de competencias existente entre Estado y Comunidades Autónomas, aquel se erige como garante de la materialización y cumplimiento de estos principios, los cuales, por otra parte, se hallan

consignados en el artículo 3, letra k), y en el Título III de la antedicha LRJSP.

En cualquier caso, si bien el Consejo Superior de Fundaciones no constituye una figura novedosa, pues ya estaba previsto en la normativa que precede a la vigente LF, las dificultades derivadas de su compleja organización han ocasionado que este órgano no haya llegado a constituirse, perdiendo con ello la oportunidad de coordinar y cohesionar a través del mismo el complejo y heterogéneo espectro fundacional en el ordenamiento jurídico español.

XXIII. En la esfera autonómica, sólo cinco Comunidades han optado por regular expresamente en su normativa una figura análoga al Consejo Superior de Fundaciones que, en cualquier caso, ha corrido igual tipo de suerte que su homóloga estatal, pues ninguno de ellas ha llegado a constituirse. De estas cinco Comunidades, cuatro de ellas, Comunidad Valenciana, Andalucía, Galicia y País Vasco, han empleado una norma de rango legal, posteriormente desarrollada vía reglamento, para regular esta institución, mientras que, por el contrario, tan sólo una Comunidad Autónoma, la de las Islas Baleares, ha acudido directamente a la fórmula reglamentaria para ello. En cualquier caso, el legislador autonómico ha resultado poco innovador en esta materia, pues, salvo la distinta composición numérica de los órganos, no es posible hallar diferencias significativas, a excepción de pequeños detalles contemplados en el régimen andaluz y gallego. Respecto al primero, consideramos oportuno destacar el obligado cumplimiento, expresamente previsto, del principio de representación equilibrada entre hombres y mujeres en los distintos órganos del Consejo, así como el complejo sistema de elección de las vocalías Sin lugar a dudas, el legislador gallego ha sido el más activo en esta materia, ya que, además trasladar a la esfera autonómica las funciones previstas para el Consejo en la legislación estatal, también ha atribuido a su órgano autonómico funciones específicas, tales como impulsar la elaboración del directorio de la Xunta de Galicia de fundaciones de interés gallego, en colaboración con el Registro de Fundaciones de Interés Gallego o impulsar la realización y la asunción del código ético para las fundaciones de interés gallego, por ejemplo. En cualquier caso, la principal particularidad que consideramos oportuno resaltar se encuentra en que, a diferencia de las normas homólogas que existen en otras comunidades, el

régimen gallego no se limita a establecer una mera remisión a la regulación general de los órganos administrativos colegiados cuando aborda el funcionamiento de su Consejo, sino que, por el contrario, fija expresamente un sistema de convocatorias, el *quorum* de constitución y el sistema de votación.

RELACIÓN JURISPRUDENCIAL

1) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

-STC de 26 de julio de 1983. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Pera Verdague (RTC\1983\70)

-STC de 29 de julio de 1983. Ponente: Excmo. Sr. Don Rafael Gómez-Ferrer Morant (RTC\1983\72)

-STC de 7 de febrero de 1984. Ponente: Excmo. Sr. Don Rafael Gómez-Ferrer Morant (RTC\1984\18)

-STC de 27 de febrero de 1987. Ponente: Excmo. Sr. Don Fernando García-Mon y González Regueral (RTC\1987\26)

-STC de 22 de marzo de 1988. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Latorre Segura (RTC\1988\49)

-STC de 21 de diciembre de 2005. Ponente: Excma. Sr^a Doña Elisa Pérez Vera (RTC\2005\341)

-STC de 6 de julio de 2011. Ponente: Excmo. Sr. Don Javier Delgado Barrio (RTC\2011\120)

2) TRIBUNAL SUPREMO

2.1) Sala Civil

-STS, Civil, de 3 de octubre de 1931. Ponente: no consta(RJ\1931\2173)

-STS, Civil, de 12 de diciembre de 1963. Ponente: Excmo. Sr. Antonio de Vicente Turor y Guelbenzu (Id Cendoj: 28079110011963100295)

-STS, Civil, de 22 de marzo de 1983. Ponente: Excmo Sr. Cecilio Serena Velloso (RJ\1983\1607)

-STS, Civil, de 10 de julio de 1985. Ponente: Excmo. Sr. Carlos de la Vega Benayas (RJ 1985\4135).

-STS, Civil, de 21 de julio de 2003. Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela (RJ\2003\5388).

-STS, Civil, de 6 de julio de 2007. Ponente: Excmo Sr. Alfonso Villagómez Rodil (RJ\2007\3657)

-STS, Civil, de 7 de marzo de 2011. Ponente: Excmo Sr. Jesús Corbal Fernández (RJ\2011\2757)

-STS, Civil, de 20 de julio de 2011. Ponente: Excmo Sr. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ\2011\6140)

-STS, Civil, de 18 de junio de 2012. Ponente: Excmo Sr. Francisco Marín Castán (RJ\2012\6851)

-STS, Civil, de 15 de junio de 2016. Ponente: Excmo Sr. Ángel Fernández Pantaleón Prieto (RJ\2016\3875)

2.2) Sala Contencioso-Administrativo

-STS, Cont-Adm, de 18 de abril de 1974. Ponente: Fernando Vidal Gutiérrez (Ref. Cendoj: 28079130011974100651)

-STS, Cont-Adm, de 28 de febrero de 1979. Ponente: Excmo Sr. José Luis Ponce de León y Belloso (RJ\1979\1822)

-STS, Cont-Adm, de 17 de abril de 1979. Ponente: Excmo Sr. Angel Martín del Burgo y Marchán (RJ\1979\1580)

-STS, Cont-Adm, de 31 de mayo de 1985. Ponente: Excmo Sr. Manuel Delgado-Iribarren Negro (RJ\1985\3194).

-STS, Cont-Adm, de 20 de diciembre de 1985. Ponente: Excmo Sr. Angel Martín del Burgo y Marchán (RJ\1986\669)

-STS, Cont-Adm, de 24 de diciembre de 1985. Ponente: Excmo Sr. Francisco González Navarro (RJ\1985\6404)

-STS, Cont-Adm, de 6 de junio de 1987. Ponente: Excmo Sr. Antonio Agúndez Fernández (RJ\1987\4744)

-STS, Cont-Adm, de 10 de marzo de 1989. Ponente: Excmo Sr. Jaime Barrio Iglesias (RJ\1989\1964)

-STS, Cont-Adm, de 21 de abril de 1999. Ponente: Excmo Sr. Mariano Baena del Alcázar (RJ\1999\4178)

- STS, Cont-Adm, de 26 de mayo de 1999. Ponente: Excmo Sr. Eduardo Carrión Moyano (RJ\1999\3666)

-STS, Cont-Adm, de 7 de julio de 1999. Ponente: Excmo Sr. Eduardo Carrión Moyano (RJ\1999\6323)

-STS, Cont-Adm, de 27 de abril de 2001. Ponente: Excmo Sr. Fernando Martín González (RJ\2001\4464)

-STS, Cont-Adm, de 9 de julio de 2002. Ponente: Excmo Sr. Antonio Martí García (RJ\2002\7989)

-STS, Cont-Adm, de 8 de julio de 2003. Ponente: Excmo Sr. Juan José González Rivas (RJ\2003\5419)

-STS, Cont-Adm, de 21 de octubre de 2003. Ponente: Excmo Sr. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ\2004\267)

-STS, Cont-Adm, de 20 de diciembre de 2003. Ponente: Excmo Sr. Nicolás Maurandi Guillén (RJ\2004\614)

-STS, Cont-Adm, de 16 de febrero de 2004. Ponente: Excmo Sr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva (RJ\2004\1882)

-STS, Cont-Adm, de 4 de julio de 2005. Ponente: Excmo Sr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva (RJ\2005\6900)

-STS, Cont-Adm, de 9 de diciembre de 2008. Ponente: Excmo Sr. Antonio Martí García (RJ\2008\8079)

-STS, Cont-Adm, de 2 de junio de 2009. Ponente: Excmo Sr. Antonio Martí García (RJ\2009\6431)

-STS, Cont-Adm, de 8 de noviembre de 2011. Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo (RJ\2012\2010)

-STS, Cont-Adm, de 24 de noviembre de 2014. Ponente: Excmo Sr. José M^a del Riego Valledor (RJ\2014\6209)

3) TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

A) Andalucía

-STSJ de Andalucía, Cont-Adm, de 28 de marzo de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ruperto Martínez Morales (JUR\2003\1066)

-STSJ de Andalucía, Cont-Adm, de 3 de marzo de 2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Puya Jiménez (RJCA\2008\673)

B) Cantabria

-STSJ de Cantabria, Cont-Adm, de 19 de septiembre de 2002. Ponente: Ilma. Sra. María Josefa Artaza Bilbao (RJCA\2002\786)

C) Cataluña

-STSJ de Cataluña, Cont-Adm, de 28 de mayo de 2002. Ilma. Sra. María Luisa Pérez Borrat (JUR\2002\250917)

-STSJ de Cataluña, Cont-Adm, de 8 de julio de 2008. Ponente: Ilma. Sra. María Luisa Pérez Borrat (JUR\2008\315414)

D) Galicia

-STSJ de Galicia, Cont-Adm, de 17 de noviembre de 1998. Ilmo. Sr. D. Francisco Javier d'Amorin Vieitez (RJCA\1998\4826)

-STSJ de Galicia, Cont-Adm, de 8 de mayo de 2002. Ilmo. Sr. D. Fernando Seoane Pesqueira (RJCA\2002\1080)

E) Navarra

-STSJ de Navarra, Social, de 13 de diciembre de 2016. Ponente: Ilma. Sra. Carmen Arnedo Díez (JUR\2016\270229)

F) Madrid

-STSJ de Madrid, Cont-Adm, de 26 de enero de 1998. Ponente: Ilma. Sra. María Jesús Muriel Alonso (RJCA\1998\1064)

-STSJ de Madrid, Cont-Adm, de 23 de junio de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Sánchez Sánchez (RJCA\2004\612)

-STSJ de Madrid, Cont-Adm, de 26 de mayo de 2016. Ilmo. Sr. D. Rafael Botella García-Lastra (RJCA\2016\798)

G) País Vasco

-STSJ del País Vasco, Cont-Adm, de 31 de enero de 2013. Ponente: Ilma. Sra. Margarita Díaz Pérez (JUR\2014\144925)

4) AUDIENCIA NACIONAL

-SAN, Cont-Adm, de 24 de julio de 2001. Ponente: Excma. Sra. Emma Galcerán Solsona (RJCA\2001\1264)

-SAN, Cont-Adm, de 3 de noviembre de 2005. Ponente: Excmo Sr. Eduardo Menéndez Rexach (JUR\2006\222418)

-SAN, Cont-Adm, de 13 de diciembre de 2005. Ponente: Excmo. Sr. Diego Córdoba Castroverde (JUR\2006\273363)

-SAN, Cont-Adm, de 21 de diciembre de 2005. Ponente: Excma. Sra. Ana M^a Sangüesa Cabezudo (JUR\2006\265314)

-SAN, Cont-Adm, de 22 de octubre de 2007. Ponente: Excmo Sr. José Luis López-Muñiz Goñi (JUR\2007\334786)

-SAN, Cont-Adm, de 11 de febrero de 2013. Ponente: Excmo Sr. Angel Arozamena Laso (RJCA\2013\247)

-SAN, Cont-Adm, de 24 de junio de 2014. Ponente: Excmo Sr. Javier Eugenio López Candela (RJCA\2014\579)

-SAN, Cont-Adm, de 16 de febrero de 2017. Ponente: Excmo. Sr. Ramón Castillo Badal (JUR\2017\48184)

5) AUDIENCIAS PROVINCIALES

-SAP de Asturias, sección 7ª, de 23 de febrero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Casero Alonso (JUR\2004\125382)

-SAP de Vizcaya, sección 4ª, de 4 de mayo de 2006. Ponente: Illma. Sra. Lourdes Arranz Freijo (AC\2007\397)

-SAP de Barcelona, sección 11ª, de 7 de febrero de 2007. Ponente: Illma. Sra. Ana Jesús Fernández San Miguel (JUR\2007\205119)

-SAP de Barcelona, sección 13ª, de 17 de enero de 2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Utrillas Carbonell (AC\2008\613).

-SAP de las Islas Baleares, sección 5ª, de 11 de noviembre de 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Oliver Barceló (AC\2013\2197).

-SAP de Madrid, sección 12ª, de 30 de diciembre de 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. María José Romero Suárez (JUR\2014\62307).

-SAP de Valladolid, sección 3ª, de 14 de julio de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Angel Muñiz Delgado (AC\2015\1127).

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M.,

- “Comentario ex artículos 642 y 643”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo VIII, Vol. 2, Edersa, Madrid, 1986, páginas 287 a 302.

- *Derecho Civil*, Volumen I, 19ª edición, Edisofer, Madrid, 2013.

ALLI TURRILLAS, J.C.,

- *Fundaciones y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

- *La Fundación ¿Una casa sin dueño?*, Iustel, Madrid, 2012.

ARIAS RAMOS, J. Y ARIAS BONET, J.A., *Derecho Romano*, 18ª edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986.

BADENES GASSET, R., *Las fundaciones de Derecho Privado*, Vol. I, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1986.

BARÓ, J., *La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1992.

BARRAL VIÑALS, I., “La finalidad fundacional y la destinación de los ingresos como garantes del interés general de la Fundación”, *Asociaciones y Fundaciones, XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2005, págs. 237 a 248.

BENGOECHEA BARTOLOME, A. Y LÓPEZ GARCÍA, J.M., “El Protectorado”, *Tratado de Fundaciones*, Vol. I, Bosch, Barcelona, 2007, págs. 763 a 816.

BLANCH NOGUÉS, J.M., *Régimen Jurídico de las Fundaciones en Derecho Romano*, Dykinson, Madrid, 2007.

BONET RAMÓN, F., *Perspectiva de la Responsabilidad Civil. Estudio de Derecho Comparado*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975.

CABO PAN, J.I., Y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, A., “El Consejo Superior de Fundaciones”, *Tratado de Fundaciones*, Vol. I, Bosch, Barcelona, 2007, págs. 817 a 858.

CARBALLEIRA RIVERA, M^a T., *Fundaciones y Administración Pública*, Atelier, Barcelona, 2009.

CARRANCHO HERRERO, M^a T., *La constitución de fundaciones*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español*, Tomo I, Volumen 2, 15^a edición, Reus Madrid, 2007.

COSCULLUELA, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Thomson-Reuters, 27^a Edición, Navarra, 2016.

CUSCO, M. Y CUNILLERA, M., *Comentarios a la nueva ley de fundaciones. Ley 50/2002 de 26 diciembre*, Dijusa, Madrid, 2003.

DE CASTRO, F.,

- “Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares”, *Anuario de Derecho Civil*, Número 3, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1953, págs. 623 a 652.
- *Temas de Derecho Civil*, Marisal, Madrid, 1972.
- *Derecho Civil de España*, Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

DE DIOS, S., *El Poder del Monarca en la Obra de los Juristas Castellanos*, Servicio Publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014.

DE LORENZO GARCÍA, R.,

- *El Nuevo Derecho de Fundaciones*, Marcials Pons, Madrid, 1993.
- “Comentarios al artículo 13”, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 112 a 120.

DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., *Algunas observaciones en torno al proyecto de Ley de Fundaciones*, La Ley, Vol. 2, Madrid, 1993.

DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V., “Protectorado de Fundaciones: Único o Múltiple”, *Revista Consejeros*, número 101, mes noviembre 2010, págs. 12 y 13.

DEL CAMPO ARBULO, J.A., *Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/1994 de 24 de noviembre de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General*, Fundación Mapfre, Madrid, 1996.

DEL REAL PÉREZ, A.,

- “Fundaciones en Proceso de Formación”, *Constitución y Extinción de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, págs. 150 a 260.
- “Aspectos Jurídico-Civiles Prácticos de la Nueva Ley de Fundaciones”, *En torno a la Ley 30/1994 de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Centro de Fundaciones, Madrid, 1995, págs. 49 a 68.

DIEZ PICAZO, L . Y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil I*, Edición 11ª, Tecnos, Madrid, 2003

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La Representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1992.

EMBID IRUJO, J.M.,

- “Fundación, Empresa y Patronato”, *Nuevas Orientaciones en la Organización y Estructuración Jurídica de las Fundaciones*, Marcial Pons, Madrid, 2014, págs. 17 a 48.
- “La Fundación como modelo para la colaboración Público-Privada”, *El Gobierno y la Gestión de las Entidades No Lucrativas Público-Privadas*, Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 27 a 70.

FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, Comares, Granada, 2006.

FONT BOIX, M.J., Y LLORENS MARTÍNEZ, E., *Responsabilidad de los patronos por conflicto de intereses en las fundaciones*, Bosch, Barcelona, 2015

FONT I MAS, M., “Coexistencia de Protectorados en la normativa sobre fundaciones en derecho interterritorial español”, *Nuevas Orientaciones en la Organización y Estructuración Jurídica de las Fundaciones*, Marcial Pons, Madrid, 2014, págs. 259 a 286.

GAMARRA CHOPO, Y., *Fundaciones y asociaciones no lucrativas en el marco de la Comunidad Europea*, Real Instituto de Estudios Europeos, Zaragoza, 1992.

GARCÍA ÁLVAREZ, B., “Aproximación a la Propuesta de Estatuto de la Fundación Europea”, *Nuevas Orientaciones en la Organización y Estructuración Jurídica de las Fundaciones*, Marcial Pons, Madrid, 2014, págs. 287 a 316.

GARDEÑES SANTIAGO, M., *Las Fundaciones en Derecho Internacional Privado español*, Eurolex, Madrid, 2003.

GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE, J., “Órganos de la Sociedad. De los Administradores”, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo II, 3ª Edición, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, págs. 9 a 224.

GASCÓN ICHAUSTI, F., “Joseph Kholer”, *Juristas Universales*, Volumen III, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

GÓGOVA, S., *Inteligencia competitiva*, Díaz de Santos, Madrid, 2015

GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002, de 26 de noviembre*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.

GONZÁLEZ PORRAS, J.M., “La aportación dotacional y su posible reversión a los herederos del fundador”, *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, Vol. I*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, págs. 2169 a 2194.

IBAN, I.C., Y PRIETO SANCHÍS, L., *Lecciones de Derecho Eclesiástico*, 2ª Edición, Tecnos, Madrid, 1990.

LACRUZ BERDEJO, J.L.,

- “Aportación para una futura ley de fundaciones”, *Hacia un Estatuto de las Fundaciones en España*, Centro de Fundaciones, Madrid, 1979, págs. 105 a 136.
- *Elementos de Derecho Civil I*, Parte general, 5ª Edición, Dykinson, Madrid, 2008, 1990.

LEONSEGUI GUILLOT, R.A., “La actividad de la Fundación”, *Gestión y Administración de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 59 a 77.

LINARES ANDRÉS, L., *Las Fundaciones: patrimonio, funcionamiento y actividades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

LÓPEZ JACOISTE, J.J., “La Fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones”, *Revista de Derecho Privado* núm. XLIX, Madrid, 1965, págs. 567 a 609.

LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F., *Manual de Fundaciones*, Bayern-Hnos., Barcelona, 1996.

MADRUGA MÉNDEZ, J., “Consideraciones en torno a las fundaciones privadas de interés público”, *Anuario de Derecho Civil*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1968, págs. 413 a 448.

MALARET GARCÍA, E., *Las Fundaciones de Iniciativa Pública: un régimen jurídico en construcción*, Fundació Carles Pi y Sunyer, Barcelona, 2005.

MALUQUER DE MOTES, C., *La Fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1993.

MARTÍNEZ BALMASEDA, A., “La Retribución de los Patronos de las Fundaciones”, *Nuevas Orientaciones en la Organización y Estructuración Jurídica de las Fundaciones*, Marcial Pons, Madrid, 2014, págs. 111 a 132.

MARTÍNEZ NIETO, A., “El Nuevo Derecho de Fundaciones en el Estado de las Autonomías”, *La Ley*, núm. 5, año 2003, págs. 1843 a 1851.

MERINO MERCHÁN, J.F. Y PALMA FERNÁNDEZ, J.L.. “Comentarios al artículo 34 de la Constitución Española” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, coordinados por O. Alzaga Villamil, Tomo III, Edersa, Madrid, 1996, págs. 543 a 570.

MESA VILA, M., *Fundaciones del Sector Público Andaluz*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009.

MIQUEL, J., *Derecho Privado Romano*, 1ª edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1992.

MONTÉS PENADÉS, V.L., “Fragmentos de un estudio sobre las fundaciones en el Derecho español, después de la ley 52/200, de 26 de diciembre” en *Asociaciones y Fundaciones. IX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 2005, págs. 161 a 236.

MORILLO GONZÁLEZ, F., *Organización y Funcionamiento de las Fundaciones*, Asociación Española de Fundaciones, Madrid, 2005.

MORILLO GONZÁLEZ, F., *El proceso de creación de una Fundación*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

MUÑOZ MACHADO, S.,

- “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de la participación en la Administración”, *Revista de Administración Pública*, num. 84, septiembre/diciembre 1977, págs. 519 a 535.

- *Las fundaciones en la Constitución. Presente y futuro de las fundaciones*, Civitas, Madrid, 1990.

NIETO ALONSO, A., *Fundaciones: su capacidad*, Fundación Pedro Barrié de la Maza Conde de Fenosa, La Coruña, 1996.

PANTALEÓN PRIETO, F., “Asociación y Sociedad”, *Anuario de Derecho Civil*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1993, págs. 5 a 56.

PÉREZ ESCOLAR, M., “El protectorado de las fundaciones. Hacia una renovación de sus facultades de actuación”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2140, marzo 2012, pág. 3 a pág. 31.

PIÑAR MAÑAS, J.L.,

- "Relaciones de las Fundaciones con los Protectorados", en *Presente y futuro de las Fundaciones*, Civitas-Fundación ONCE, Madrid, 1990.
- “Artículo 39”, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 327 a 328.
- “Comentarios a la Disposición Final Primera”, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 721 y ss.
- “El derecho de Fundación como Derecho Constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, núm.9, mayo-agosto 1996, págs. 147 a 183.
- “El Consejo Superior de Fundaciones”, en *Las Fundaciones. Desarrollo Reglamentario de la Ley*, coordinado por Piñar Mañas y Olmos Vicente, Dykinson s.l., Madrid, 1997, págs. 241 a 262.
- “El Protectorado de Fundaciones: situación actual y propuestas de reformas”, *Manual de Fundaciones*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 81 a 106.

PIÑAR MAÑAS, J.L. Y REAL PÉREZ, A., *Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador*, Marcials Pons, Madrid, 2000.

POLO SÁNCHEZ, E., “Los Administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima”, *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo VI, Civitas, Madrid, 1992.

POUS DE LA FLOR, M^a.P.,

- “Constitución y Atribución de Personalidad”, *Las Fundaciones. Aspectos Jurídicos y Fiscales, Planificación de Actividades y Comunicación*, Colex, 2010, págs. 17 a 33.
- “Régimen Jurídico de las Fundaciones. Legislación Aplicable. Pluralidad Normativa. Derecho Estatal y Derecho Autonómico. Constitución y Atribución de Personalidad”, *Gestión y Administración de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 21 a 39.

REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, A., *La nueva Ley de Fundaciones*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1994.

REY MARTÍNEZ, F., “Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada”, *Derecho Privado y Constitución*, número 3, Madrid, 1994, págs. 169 a 202.

RINCÓN GARCÍA, A., “El Tercer Sector y la Comunidad Europea”, *Tratado de Fundaciones*, Vol. 2, Bosch, Barcelona, 2007, págs. 1209 a 1256.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad de los patronos de una Fundación frente a terceros”, *Estudios Jurídicos*, Universidad de Santander, 2003, págs. 505 a 532.

ROMERO, E., AZOFRA, V. Y DE ANDRÉS, P., “El Gobierno de las Fundaciones en España: patronatos sin patronos”, *Universia Business Review*, Segundo Trimestre 2008, págs. 86 a 103.

RUBIO RODRÍGUEZ, J.J., *Las fundaciones benéfico-religiosas en el derecho común y español*, El Almendro, Córdoba, 1985.

RUEDA MARFIL, I., “El Protectorado de las Fundaciones”, *Boletín PH núm. 16*, Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico, Sevilla, 1996, págs. 85 a 88.

RUIZ JIMÉNEZ, J Y TEJEDOR MUÑOZ, L.,

- “El Gobierno de la Fundación”, *Las Fundaciones. Aspectos jurídicos y Fiscales. Planificación de Actividades y Comunicación*, Colex, Madrid, 2010, págs. 35 a 88.
- “El Gobierno de la Fundación. El Patronato. Organización y Funcionamiento. Relación con el Protectorado”, *Gestión y Administración de las Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 40 a 57.

SALELLES CLIMENT, J.R Y VERDERA SERVER, R., *El Patronato de la Fundación*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

SERRANO CHAMORRO, M^a E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

SERRANO GARCÍA, I., “El Patronato”, *Tratado de Fundaciones*, Vol. I, Bosch, Barcelona, 2007, págs. 507 a 586.

SOCIÁS CAMACHO, J. M., *Fundaciones del Sector Público*, Iustel, Madrid, 2006.

TOMÁS Y VALIENTE, F., *Comentarios sobre la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

TRASERRA, J., *Las Fundaciones Pías Autónomas*, Facultad de Teología de Barcelona, Barcelona, 1985.

VALERO AGÚNDEZ, U. *La Fundación como forma de empresa*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1969.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Panorama del derecho de sucesiones I*, Civitas, Madrid, 1982.

VIÑUELAS SANZ, M., *Gobierno Corporativo en Personas Jurídicas no Mercantiles*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

